

日本労働法の形成・発展過程における 外国法の影響

——古いヨーロッパ，新しいアメリカ？——

西 谷 敏

*筆者は、2004年6月にドイツ・フライブルク大学において、「古いヨーロッパ，新しいアメリカ？——ドイツ法とアメリカ法の影響下の日本労働法の展開——」と題する記念講演の機会を得た。講演原稿に加筆したものは、すでに、Nishitani, Altes Europa - neues Amerika? Die Entwicklung des japanischen Arbeitsrechts unter dem Einfluss des deutschen und des amerikanischen Rechts” *Recht der Arbeit* 2005, S.354ff. として公表されているが、本稿はそれにさらに大幅に加筆し修正を加えた日本語版である。ここでいう「古いヨーロッパ，新しいアメリカ」とは、アメリカの元国防長官ラムズフェルドが2002年のイラク戦争を前にヨーロッパの対応を批判して述べた言葉であり、ヨーロッパでは否定的な意味あいでも広く流布したようである。私が講演にこのタイトルをつけたのは、フライブルク大学レーヴィッシュ教授 (Prof. Dr. Manfred Löwisch) の示唆による。教授に対しては、この機会に改めて、長年の学問的交流に対する心からの感謝の意を表しておきたい。

はじめに

私は、長期・短期を含めて何度かドイツ留学を経験しているが、滞在中しばしば、日本人がなぜドイツ労働法を研究するのかという質問を受けた。なぜアメリカ法ではなくドイツ法なのか、というわけである。日本労働法の骨格が第二次大戦後、事実上のアメリカ単独占領体制の下で形成されたことを考えると、

この疑問にはもっともなところがある。しかし実際には、日本の労働法は、アメリカからの影響は否定できないものの、全体としては大陸法的であり、とくにドイツ法からの強い影響の下に形成された。なぜこのような事態が生じたのか。これが、本稿で問題にしたい第一の論点である。

日本の労働法は、しかしながら、次第に強くアメリカ法の影響を受けつつある。1949年の改正労働組合法による不当労働行為制度など、当初よりアメリカ法から継受された制度が日本労働法の中に埋め込まれていたが、その後、アメリカからの影響は次第に強くなっており、とりわけ1990年代以降、アメリカ法をモデルとする規制緩和論が実際に日本労働法を相当大きく変えてきた。そのなかで、ヨーロッパ法からの影響はむしろ後退しつつある。こうした事態をいかに評価するか。それが、第二の論点である。

一 日本労働法の確立と外国法

1. 第二次大戦前の「遺産」

(1) 労務法制審議会の作業

連合軍による日本占領（事実上はアメリカによる単独占領）は、ドイツなどの場合と異なり、間接統治方式をとっていたため、形式上は新憲法もすべての法律も、議会によって制定された。もちろん、占領下においては占領軍は憲法よりも上位の権力であり、いかなる法律も最終的には占領軍の意向に逆らって制定はできなかったであろう。アメリカは、労働法関係の法令についても事実上の最終的決定権をもっていた。

しかし、占領軍は、占領政策を展開するにあたって、すべての分野で自ら法案を作成することはしなかった。それは、第一に、初期の段階では対日占領政策が必ずしも固まっていなかったし、自ら法政策を立案するスタッフが揃っていなかったためである。日本の民主化、そのための労働組合の解放といった基

本政策は明確であったが、それを具体的にいかなる方法で実施するかの検討は日本に委ね、占領権力は日本側の作成した法案が占領目的に反しないかどうかチェックするにとどめざるをえなかった。第二に、法律が実効性をもつためには日本の社会的慣習をある程度考慮する必要がある、アメリカ法を異質な法文化をもつ日本に直接持ち込むことは必ずしも賢明な法政策でなかった。また、アメリカの労働法制担当者や憲法制定に携わった民政局担当者は、アメリカとは異質なヨーロッパ諸国の法文化もよく知っており、日本の今後にとってアメリカ的な法文化が唯一の正しい選択とは考えなかったのである。

法案の作成を委ねられたのは労務法制審議会であり、その会長は、戦前からの著名な民法学者で、労働法についても多くの発言をしていた末弘厳太郎であった。末弘会長を中心とするこの審議会は、敗戦後ごく短い期間内に労働組合法（旧労組法）の制定作業に着手し、すでに敗戦の年には、団結を解放し団体交渉の自由をうたった画期的な法律の制定にこぎつけた。労務法制審議会は、1946年の憲法制定の過程においても、アメリカ側と協力しつつ、労働に関するいくつかの条項の挿入に成功するのである。また、1947年には、労働者保護法の中核的存在である労働基準法が制定されているが、この法律の制定にあっても労務法制審議会が重要な役割を果たした。

労務法制審議会のメンバーなど法案作成に関与した日本人たちは、短期間で法案をつくりあげるために、当然、過去の、すなわち第二次大戦前の遺産に依拠せざるをえなかった。ここでいう遺産とは、1911（明治44）年工場法やそれにもとづく施行令、いくつかの労働組合法案、そして多数の著作・論文である。そして、継承すべき過去の遺産においてはドイツ法の影響が圧倒的であったために、結局は、アメリカ占領下で行われた立法作業であるにもかかわらず、そこにドイツ法の影響が色濃く反映されることになったのである。

(2) 日本法におけるドイツ法の影響

日本は、明治維新以来の近代化の過程において、ヨーロッパ法文化の摂取に努めてきた*1。最初の段階では、フランス法の影響が強かったが、早い時期にドイツ法の影響がそれを凌駕することになる。たとえば1889年に制定された明治憲法には、ロessler（Hermann Rösler）やモッセ（Albert Mosse）のアドヴァイスを媒介として、1850年プロイセン憲法の特徴が色濃く反映している。また、1896年の民法典は、部分的には、フランス法の影響を強く受けた旧民法（1890年に公布されたが施行されなかった）との連続性を保っていたが、基本的にはドイツ民法典（BGB）第一草案の影響を強く受けたものであった*2。後になって、当時の多くの法律学者が本来フランス法に起源をもつ民法の規定をもドイツ法的に解釈してしまったという批判がなされている*3 が、当時、法律学者のなかで、それだけドイツ法の影響が強かったのである。

それでは、当時の法学者はなぜそれほどまで強くドイツ法から影響を受けたのであろうか。この問題については、まだ十分に解明されているとはいえない。たとえば、奥田教授は、①ドイツ民法がフランス民法よりも、より新しくかつ優れていると一般に信じられていたこと、②わが民法とドイツ民法との体系上の近似性からドイツ民法学の解釈論の方がわが民法の解釈論として導入しやすかったであろうこと、③法典の論理的・体系的貫性を貫こうとの志向が、ドイツ法とフランス法の理論の折衷的採用を拒否し、ドイツならドイツの解釈学を全面的に採用することを是としたであろうことをあげる*4。これに対して、

*1 日本におけるヨーロッパ法継受の過程については、Marutschke, Einführung in das japanische Recht, 1999, S.33ff. 参照。

*2 奥田昌道「日本における外国法の摂取・ドイツ法」岩波講座現代法14『外国法と日本法』（1966年）222頁。日本法に対するドイツ法の影響については、さらに、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（1968年、日本評論社）128頁以下参照。

*3 星野英一『民法講義・総論』（1983年、有斐閣）39頁以下。

*4 奥田・前掲（*2）237頁。

星野教授は、①当時の学者のほとんど唯一の養成機関の役割を果たしていた東京大学法学部において、穂積陳重を中心としてドイツ法学の優秀性を強調する学者がおり、将来の優秀な学者候補をドイツに留学させたこと、②当時のフランス法学は立法者意思説にたった民法典の詳細な注解とその体系化にのみ腐心していて面白くなかったのに対して、ドイツ法学はサヴィニー、イエリング、ギールケといった巨人を擁し、優れたものがあり、さらに理学、医学においても、フランスの優位は終わり、ドイツの躍進がみられたこと、③日本の学者の新しもの好き（穂積や富井が自然法論を排して、歴史主義を採用する理由は、それが新しいからであった）、④フランス啓蒙主義がフランス革命に結実したことへの反感から、全体としてプロイセン志向が強かったこと、をあげている*5。これら両者のあげる要因は、部分的に重なり合うものの、相当に異なっており、この問題の解明がなお残された課題であることを示している*6。

(3) 労働法分野におけるドイツの影響

労働法の分野においても、諸外国のうちもっとも熱心な研究対象になったのは、ドイツであった。ロトマル (Philip Lotmar)、ジンツハイマー (Hugo Sinzheimer)、ポットホフ (Heinz Potthoff)、カスケル (Walter Kaskel)、ヤコビ (Erwin Jacobi)、フーク (Alfred Hueck)、ニッパーダイ (Hans Carl Nipperdey) などは、日本でも当時からよく知られ、積極的に紹介されていた。たとえば、カスケルの教え子であった孫田秀春の『労働法通義』*7は、ほとんどドイツ労働法学説の叙述に終始している。それを暗に批判して、

*5 星野・前掲 (*3) 41頁以下。

*6 外国法の継受については、さらに、文学、哲学、音楽を含めた文化全体の影響関係を視野に入れて考える必要があろう。ハバーマスが強調するように (ハバーマス『近代・未完のプロジェクト』(2000年、岩波現代文庫))、科学、道徳、芸術はある意味で一体といえるからである。

*7 孫田秀春『労働法通義』(1929年、日本評論社)。

「単にドイツに於ける学者の所説を糊と鉄で綴り合わせるだけが労働法の研究態度だと思はない」と述べた津曲蔵之亮*⁸も、しかし、「労働法は未だ完成の途上にあるし、且つ将来我国に於いても労働法の台頭は明白であるから、その意味からでもドイツに於ける学説を紹介するのは徒爾ではないと思った」*⁹として、ドイツ労働法學説（とくに労働の従属性論）を詳しく紹介している。後藤清の『労働協約理論史』*¹⁰もよく似た性格をもっている。ここでは、1918年労働協約令による立法的解決に至るまで、ドイツの労働法学者が労働協約の規範的効力（不可變的効力）を民法の一般条項をめぐる解釈によって引き出すのにかに苦心したかがきわめて詳細に紹介されている。津曲や後藤のこれらの労作は、ドイツにおいても比較しうる研究をみないほど丹念なものである。

当時、多くの労働法研究者において、ドイツ労働法は、数ある国の単なる一つの法ではなく、むしろほとんど唯一といってよいほどの地位を占めていた。その背景の一つは、上述のように、法学一般がドイツ法から強い影響を受けていたことであるが、さらに労働法學固有の事情として、社会民主主義の思想に裏づけられたドイツ労働法學への深い共感があったと考えられる。団結権や労働者の諸自由が抑圧され、労働者保護法が発展していく展望ももちにくい時代状況にあって、労働法學は、ジンツハイマーに代表される労働法理論や、ワイマール時代に全面的に開花するドイツ労働法*¹¹に強い憧憬の念をもっていたと思われるのである。

もっとも、第二次大戦前から労働法分野について積極的に発言し、日本労働法の基礎を確立したともいえる末弘巖太郎*¹²を外国法との関係でいかに位置

*⁸ 津曲蔵之亮『労働法原理』（1932年、改造社）9頁。

*⁹ 津曲・前掲（*⁸）8頁。

*¹⁰ 後藤清『労働協約理論史』（1935年、有斐閣）。

*¹¹ 西谷敏『ドイツ労働法思想史論』（1987年、日本評論社）第5章参照。

*¹² とくに末弘巖太郎『労働法研究』（1926年、改造社）。

づけるべきかは、一つの問題である。末弘がドイツ法から相当強い影響を受けたのは事実である*13が、英米法からの影響も無視できなかったし、何よりも彼自身、ドイツ法一辺倒の傾向を批判し、日本の生ける現実から出発すべきことを強調していた*14からである。この点については、さらに立ち入った研究が必要であることだけ指摘しておきたい。

2. 旧労働組合法

占領軍は、労働組合法の制定を指示したものの、その内容についてはほぼ全面的に労務法制審議会に委ねた。そこで、1945年の旧労組法は、ほとんど労務法制審議会の原案どおりに制定されたのである*15。

第二次大戦終了まで、日本には団結自由を保障する規定もそれを明文で禁止する規定も存在しなかったが、労働組合はしばしば刑事法や行政法分野の様々な法律の適用を受け、最初はコントロールされ、次に抑圧され、最後には壊滅させられた。もっとも、第一次大戦後から10年あまり、ちょうどドイツではワイマール体制の成熟期に相当するいわゆる大正デモクラシー期には、労働運動は比較的活発に活動し、労働争議も頻発した。こうした事態に直面した当局は、それに対して二様の対応をしようとした。すなわち、労働行政を担当した内務省社会局が、労働組合を法認したうえで、組合、使用者、国家の協調体制によって安定をはかるというワイマール的な労働法政策をめざしたのに対して、農商務省や司法省は労働運動や小作争議などを力で抑圧しようとした*16。こうした法政策の分裂を反映して、この頃いくつかの労働組合法案が作成されること

*13 米津孝司「社会法・労働法から」民商法雑誌132巻4・5号526頁以下は、サヴィニー、ギールケ、ジンツハイマーとの連続性を強調する。

*14 この点については、奥田・前掲（*2）238頁以下参照。

*15 遠藤公嗣「労働基準法の国際的背景」日本労働法学会誌95号（2000年）141頁、竹前栄治『戦後労働改革』（1982年、東京大学出版会）79頁以下。

*16 矢野達雄『近代日本の労働法と国家』（1993年、成文堂）13頁参照。

になった*17。

このなかでとくに注目されるのは、1925年の内務省社会局案である。ここでは、労働組合の設立の自由（届け出主義）、組合員差別の禁止、黄犬契約の禁止と並んで、労働協約の不可変的効力が盛り込まれていた。つまり、「労働組合が、雇用条件に関し雇用者または雇用者団体と契約〔労働協約〕を為したる場合に於いて、協約の条項に違反する雇用者及び組合員間の雇用契約は、其の違反する部分に限り無効とす。無効となる部分は、協約の条項を以って之に代る」（12条）とされていた。この不可変的効力こそ、かのジンツハイマーが「労働協約制度のバックボーン」*18と表現したものであり、ドイツでは、幾多の論争の後ようやく1918年労働協約令によって規定されたものである。それが、すでに日本の1925年の法案に盛り込まれていたことは、興味深い事実である。この不可変的効力に関する規定は、労働協約制度そのものが普及していないという理由で後の法案から削除されている*19が、結局、1949年の改正労働組合法に取り入れられ（16条）、現在においても労働協約制度を支える基礎となっているのである。

3. 憲法の労働条項

1946年に制定され、翌年に施行された日本国憲法は、第3章「国民の権利及び義務」において、一連の自由権的基本権と並んで、社会権的基本権を宣言している点に特徴をもつ。周知のとおり、アメリカ憲法は自由権的基本権を保障するだけで、社会権を知らないので、この点で日本国憲法とアメリカ憲法の相違は明確である*20。

*17 田村譲『日本労働法史論——大正デモクラシー下における労働法の展開——』（1984年、お茶の水書房）219頁以下。

*18 Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.Aufl., 1927, S.264.

*19 田村・前掲（*17）290頁。

*20 もっとも、1949年制定のボン基本法も、ワイマール憲法とは異なり明文の社会権条項を含んで

労働法にかかわってまず注目されるのは、「すべて国民は健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と規定する25条1項の規定である。通常、生存権と呼ばれるこの規定は、最近まで労働法に関する最も基本的な理念を宣言する規定として重視されてきた。この規定の挿入は、直接的には衆議院における社会党の修正提案にもとづいているが、生存権に関する規定を挿入しようという発想自体は当時日本において広く流布しており、政府関係者の草案や意見、政党その他の民間憲法草案のなかにもみられるものであった^{*21}。アントン・メンガーの生存権思想やそれに連なるワイマール憲法151条の規定^{*22}は、すでに第二次大戦前から紹介され、よく知られていた。たとえば、メンガーの『新国家論』^{*23}や『全労働収益権史論』^{*24}は、すでに戦前に翻訳され、かなり広く読まれていたのである。

生存権規定と並んで重要なのが、いわゆる労働条項である。憲法27条1項は、勤労の権利と義務を宣言し、2項は、勤務条件に関する基準を法律で定めることを立法者の任務としている。これらの規定は、「労働力は共和国の特別の保護の下に置かれる」と規定したワイマール憲法157条と密接な関連をもっている。また、勤労者の団結権、団体交渉権、団体行動権（争議権）の保障をうたった28条は、団結自由の保障を宣言したワイマール憲法159条を想起させる。

いない。しかし、それは東西分裂状態の過渡的憲法としての基本法の性格に由来するものであり、社会権の発想を積極的に否定する趣旨ではなかった。そこで、現在ドイツでは、「社会国家条項」などが事実上社会権条項に代替する役割を果たしているものであり、この点で、日本国憲法はドイツ基本法とも親和性をもつといえる。

- *21 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法上巻』（1984年、青林書院新社）566頁以下（中村睦男）。
- *22 ワイマール憲法151条やその他の社会権条項は、明らかに19世紀と20世紀の社会主義思想の影響を受けたものである。この点については、Anschütz, Die Verfassungs des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S.697f. 参照。
- *23 メンガー・川村又介訳『新国家論』（Menger, Neue Staatslehre, 1903）（1921年、聚英閣）。
- *24 メンガー・森戸辰男訳『全労働収益権史論』（Menger, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung, 1886）（1924年、弘文堂書房）。なお、この本の訳者・森戸辰男は、憲法制定時の社会党議員であり、憲法制定委員会に生存権規定の挿入を提案した。

これらの規定は、日本側の労務法制審議会が GHQ 経済科学局労働課と協力して起草したものである。したがって、労務法制審議会によって作成された旧労組法の基本的な考え方が、GHQ 労働課を媒介として GS（民政局）の日本国憲法草案に反映しているのである^{*25}。そこには、もちろん GHQ の意図も働いていた。彼らは、日本では国民の福祉に対する国家責任の観念が欠如しているので、社会権に関する詳細な規定を憲法の中に入れておいたほうが将来にわたってそれらの観念が普及するのに役立つと考えたとされている^{*26}。しかし、日本側のイニシアティブがなければ、そうした条項を憲法に挿入しようとする発想は生まれなかったであろう。そして、日本側のイニシアティブは、やはり第二次大戦前の、ドイツ法からの強い影響を受けた労働組合法案や法理論の遺産を抜きには考えられなかったのである。もっとも、憲法28条が団結権と並んで団体交渉権の保障を明記した点は、アメリカ法の影響によるものといえるであろう。

4. 労働基準法

労働者保護法の中核たる労働基準法は1947年に制定されたが、これについては、GHQ は英文原案を作成せず、日本側で作成した原案をベースとして日本側と労働課で折衝がなされたにとどまる^{*27}。それは、労働過程における実質的な労働条件を規制する労働基準法は、様々な日本の実情を配慮する必要があると考えられたからである^{*28}。したがって、ここでも第二次大戦前の遺産が大きな役割を果たすことになった。ここでいう第二次大戦前の遺産とは、工場

*25 竹前・前掲（*15）81頁以下。

*26 高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程（一）（二）』（1972年、東京大学出版会）205頁。

*27 遠藤・前掲（*15）140頁。

*28 遠藤・前掲（*15）143頁。

法である。工場法と労働基準法とは、適用範囲やそこにおける労働条件基準に大きな差異があったが、両者は明らかに連続性をもっていたのである*29。

工場法は、すでに1898年に法案ができていたのに、ようやく1911年に成立し、さらにその施行は1916年になるという、きわめて困難な過程を経て誕生した。それは当時の企業家たちがその成立に猛反対したからである。そのため、工場法の適用範囲は狭く、また水準も低かった。しかし、1923年には一定の改正がなされており（1926年施行）、それについてはILOの果たした役割が大きいとされている。

1926年の改正法施行にあたって出された施行令でとくに注目されるのは、就業規則に関する規定である。それは、常時50人以上の職工を使用する工場の工場主に対して、始業・終業時刻、休憩時間、休日、賃金支払い方法・時期、制裁、解雇などについて明記した就業規則の作成と、監督機関への届け出を義務づけたのである（施行令27条の4）*30。

就業規則に関するこの規定は、ドイツの1891年の改正営業法（いわゆる労働保護法 *Arbeiterschutzgesetz*）の影響によるものであることは明らかである*31。この改正営業法は、常時20人以上の労働者を使用する全工場に就業規則の制定を義務づけ、その際、労働者代表の意見聴取義務も使用者に課している（134 a～h条追加）。当時の日本においては、意見聴取義務の制度を導入する条件はなく、それに代わって地方長官の指導・監督が重要な役割を果たしたが、1947年の労基法制定にあたっては、まさに労働者代表の意見聴取義務の制度が導入されたのである。ドイツでは、1920年従業員代表委員会法（*Betriebs-*

* 29 渡辺章「立法史料からみた労働基準法」日本労働法学会誌95号（2000年）14頁以下。

* 30 就業規則に関するこの規定の淵源は、1898年工場法案に求められる（浜田富士郎『就業規則法の研究』（1994年、有斐閣）4頁以下）。

* 31 手塚和彰「就業規則の社会的規範としての実態と法的考察」有泉亭先生古稀記念『労働法の解釈理論』（1977年、有斐閣）169頁以下。

rätegesetz) 以来、就業規則は労使の共同決定事項となったが、日本では現在でも労働者代表の意見聴取が義務づけられるにすぎず、日本の法制はドイツの1891年の段階にとどまっているともいえるのである。

日本では現在も、就業規則が労働条件の決定にきわめて重要な役割を果たしているが、使用者による不利益変更問題と関連して、就業規則の法的性質を契約とみるか規範とみるかについて深刻な議論が展開されてきた。ドイツでも1891年法の後、契約説と法規範説の対立があった^{*32}が、日本で指導的役割を果たしてきた末弘厳太郎は、1905年のオェルトマンの論文^{*33}を引用しつつ、法規範説をとり^{*34}、それが戦後日本の法規範説の優位につながっていくのである。判例は、事実上法規範説に依拠する立場をとり^{*35}、2007年労働契約法は、就業規則に関して基本的に判例法理に沿った規定をもうけた（7，9，10条）。こうして、ドイツ法の影響は、日本労働法の一つの中核である就業規則法制にも及んでいるのである。

5. アメリカ法の影響

以上のように、日本の労働法制に対するドイツ法の影響は明らかであるが、他方、占領期の法律に対するアメリカの影響を過小評価することもできない。占領軍は、1945年末には日本に対する基本政策を確立し、また、ラディカルに

*32 桑原昌宏「ドイツ就業規則論の展開（一）（二）」法学論叢73巻3号（1963年）、74巻2号（1964年）参照。

*33 P. Oertmann, Die rechtliche Natur der Arbeitsordnung, in: Festgabe für Hübler, 1905, S.3ff

*34 末弘・前掲（*12）410頁以下。オェルトマンは、工場を支配団体的性質をもつ組織とみて、就業規則をその組織体を支配する根本法律、すなわち、「国家の承認に因って国家内部の一小生活範囲に行はるる自治（autonomes, kraft staatlicher Anerkennung geltendes Recht eines engeren Lebenskreises im Staate）」ととらえたが、末弘はこうした見解をも根拠にしつつ、自らの規範説を展開したのである。

*35 秋北バス事件・最大判昭43.12.25民集22巻13号3459頁。

なってきた労働組合運動を抑制するためにも、次第に法政策の確立にイニシャティブを発揮するようになっていった。たとえば1946年の労働関係調整法（旧労調法）は、コーエン第二代労働課長が日本原案を否定し、英文原案を日本に手交して作成されたものであり*36、内容的にはとりわけ非現業公務員の争議行為を禁止するという抑圧的なものであった。さらに、1948年、占領軍最高司令官ダグラス・マッカーサーは日本政府に書簡を送り、公務員が全体の奉仕者であることを根拠として、すべての公務員の争議行為を禁止することを命じた。マッカーサーが書簡のなかでフランクリン・ルーズベルトの言葉を引用していることから明らかなとおり、それは明らかにアメリカの発想によるものであった*37。日本政府は、公務員を含むすべての勤労者に対して争議権（団体行動権）を保障する憲法28条との整合性に疑義を残しながらも、この命令に従って、国家公務員法、地方公務員法などの法律を整備せざるをえなかった。この法制は、結局、占領終結時にも見直されることなく、現在まで続いているのである。

さらに、1949年に労働組合法が抜本的に改正された。これは、労働省案の形をとっているが、その原案はGHQ労働課が英文原案を日本に提示したものであり、明らかにアメリカのイニシャティブによるものであった。それは内容的には、使用者が労働協約の解約を容易にするための規定、組合員の範囲を制約する規定、組合活動を規制する規定などを含んでおり、旧労組法に比較して、全体として労働組合抑圧的であった。アメリカが当初導入を企図したアメリカ流の交渉単位制などは、ソ連、イギリスの批判もあり導入されず、1949年労働組合法は、当初のアメリカの意図どおりに形づくられたわけではないが、ワグナー法にならった不当労働行為制度を導入するなど、全体として労働組合法の「アメリカ化」をもたらした*38のは明らかである。

*36 竹前・前掲（*15）102頁以下。

*37 沼田稲次郎『労働基本権論』（1969年、勁草書房）53頁以下。

*38 この点については、とくに沼田・前掲（*37）55頁以下。

このように、労働組合法制におけるアメリカ法の影響は無視できないが、日本労働法は、憲法による基本権保障、労働協約法制、就業規則法制という中核部分においては大陸法的であった。日本法は一般に、大陸法（とくにドイツ法）とアメリカ法の「二元主義（Dualismus）」*³⁹によって形成されたといわれ、労働法もその例外ではないが、労働法制の出発点においては、大陸法的な発想が優位にあったというべきであろう。

二 学説・判例に対する外国法の影響

1. ドイツ法の影響

(1) 解釈論上の影響

日本労働法の制定法上の骨格はすでに占領中に確立され、しかもそれは、その後の大きな経済的変動にもかかわらず、1980年代中葉まで基本的な変更を受けることはなかった。その結果、この間の労働法の発展は学説・判例によって担われることになったが、そこでもドイツ法からの強い影響を観察することができる。

たしかに、戦前期や戦後初期にみられた、ドイツ法を絶対視するような雰囲気は次第に薄れていった。労働法研究者は、ドイツ法以外にも、イギリス、アメリカ、フランスなどの労働法を研究し、その成果を個々の労働法理論に反映させてきた。しかし、ドイツ法の影響はなお学説・判例の重要部分を支えていたのである。

たとえば、通説はドイツ法から継受した「労働の従属性」の概念と、同じくドイツ法に淵源をもつ生存権の理念を結びつけて、それを労働法の基礎となした。そうした理論は、今日でも労働法理論のなかで重要な影響を残している。

*39 Marutschke, a.a.O. (*1), S.58.

また、解雇問題の法的処理にあたって、解雇無効という法律構成にもとづいて被解雇者の地位確認請求を認めるという判例法理（後に労基法18条の2に明記され、2007年に労働契約法16条に移された）も、ドイツ法的である。日本では、アメリカのような解雇を原則として自由と認める発想も、違法解雇について基本的には損害賠償請求しか認めないイギリスやフランスなどの発想も採用されなかったのである。その結果また、解雇法理の発展過程において、ドイツの解雇制限法（Kündigungsschutzgesetz）の規定とそれをめぐる理論が日本に与えた影響はきわめて大きかった。さらに、労働協約の法的性質が規範的効力と債務的効力の複合と理解されたこと、労働争議の二面的集団の本質に関するブッラの理論^{*40}が、違法争議における個人責任否定の結論を根拠づけるためにしばしば援用されたことなど、個別的な解釈論においてドイツ法が与えた影響は枚挙にいとまがない。

(2) 労働法学の方法

ドイツ法からの影響は、さらに、個別的解釈論を越えて、労働法学の方法にも及ぼざるをえなかった。日本法全体がドイツ法と強い結びつきをもっており、それが第二次大戦後まで持続していたこと^{*41}が、その背景をなしていた。

ドイツ的な法的思考とは、一言でいえば、法的関係の認識からその類型としての法制度へ、そしてさらに法原理や法理念に至る内的体系を重視する思考方法といってよい。言い換えれば、全法体系および個別法領域における基本理念と現実を視野に入れ、演繹的方法と帰納的方法を通じて、基本理念—法制度—法関係という体系を構築し、個別問題もたえずこの体系的構造のなかに位置づけて解決をはかろうとする態度である。新たな現実を既存の法体系でとらえき

*40 Bulla, Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, in: Festschrift Nipperdey, 1955, S.163ff.

*41 奥田・前掲（*2）235頁。

れない場合には、体系そのものの修正が図られ、それによって弾力性が確保されるが、いずれかといえば体系的思考による安定性が重視される点に特徴があるといえよう*42。

しかし、ドイツ法においても、法学方法論は、時代と人により一定の多様性を含んでおり、日本への影響もそのこととの関連で考えられる必要がある。戦前、戦後を通じて日本労働法学に強い影響力を及ぼした社会民主主義者ジンツハイマーは、概念法学を批判し、法の基本理念とともに現実の労働実態を直視して、社会学的方法によって労働法を創造すべきことを強調した。その際、彼が力点を置いていたのは、法解釈よりも立法であり、それは、第一次大戦末期からワイマール期を通じて、彼が憲法や労働法分野の法制定に現実に関与する立場にあったという事情と密接に関係している。これに対して、カスケルは、ワイマール時代においても、ジンツハイマーとは対照的な、概念法学的な立場を鮮明にしていた。戦後西ドイツにおいては、いわば両者の折衷的な立場をとるフークやニッパダイが、版を重ねた著名な体系書(Lehrbuch des Arbeitsrechts)を通じて、またニッパダイの連邦労働裁判所長官としての活発な活動を通じて、少なくとも1960年代終わりまでは圧倒的な影響力を誇るようになるのである。

沼田稲次郎に代表される戦後労働法学の左翼的潮流は、方法論的にもジンツハイマーから多くのものを継承したといえる*43。戦後一斉に設立された労働組合が、当時の社会的要請も受けて、部分的に既存の市民法秩序を乗り越える

*42 米津・前掲(*13)536頁は、こうしたドイツ法学の方法が、法発展のダイナミズムと法的安定性確保という両立困難な要請に応え、そのバランス保持の機能を発揮しうるとして、その典型的な例として、労働契約の内容コントロールのために約款規整法理の適用が主張され、連邦労働裁判所判決による承認を経て、BGB改正によって約款規整が労働契約に及ぼされるに至った経緯をあげている。

*43 Sinzheimer, a.a.O. (*18)は、ジンツハイマー・梶崎二郎・蓼沼謙一訳『労働法原理』(1955年、東京大学出版会)として訳出されている。

争議戦術（生産管理、スクラム・ピケッティングなど）を展開する状況のなかで、労働法学は、これらを市民法の観点から切り捨てるのではなく、時代の要請に適合した独自の労働法の創造によって対応しようとした。それは、ちょうどワイマール時代のジンツハイマーが直面した課題と共通していたのである。もっとも、ジンツハイマーとは異なり、立法過程から基本的に排除されていた戦後労働法学は、新たな労働法の創造を立法ではなく裁判に期待するほかなかった。そうした背景のもとで、戦後労働法学は独自の方法を確立していくことになる。それは、団結権や生存権などの憲法上の基本原理を重視し、それにもとづく創造的な法解釈によって労働者の規範意識に働きかけ、労働者の法形成的実践（裁判闘争など）通じて、法そのものの発展を展望するというものであった*44。そこでは、法理念と現実的必要性を結びつけて構想されたあるべき法（法解釈）が、労働者の権利意識による受容→労働運動による法形成的実践→判例法理の形成という過程を経て初めて実現されることとなるため、法解釈の客観性を証明することが容易でないという宿命をかかえることになった。これらの方法に対して、しばしば場当たりの批判が加えられたのは、そのことと関係している。市民法とは異なった労働法を創造する必要をあれほど強く主張したジンツハイマーが、法解釈の方法では意外にオーソドックスであったこと*45と比較しても、戦後労働法学のとった方法の独自性は明らかといえよう。

他方、立法にも裁判にも大きな影響力をもっていた石井照久に代表される労働法学は、カスケル、フーク、ニッパーダイなど、ジンツハイマーよりも概念法学に傾斜したドイツ労働法学の影響を強く受けていたと思われる*46。そう

*44 こうした特徴については、片岡昇『現代労働法の理論』（1967年、日本評論社）157頁以下参照。

*45 たとえば、Sinzheimer, a.a.O. (*18)、ジンツハイマー・前掲 (*43) 参照。

*46 フークとニッパーダイの有名な教科書の一部が、A. フーク・H. C. ニッパーダイ・ドイツ労働法研究会訳『労働法講義』（Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts）第2巻第1分冊（1959年、有斐閣）として訳されている。

した立場は、労働法を民法の特別法ととらえ、ある現実に適用すべき労働法規が発見できない場合には、直ちに民法の一般的原则を適用して結論を導くという傾向をもっていた。そこでは、それなりの体系性は保持されていたが、現実が提起する諸問題が労働法規や民法原理の形式的な適用によって切り落とされる場合が少なくなかった。そうした解釈は、実は、憲法上の基本理念との整合性に疑問を生じさせるものであったが、労働法解釈にあたって憲法の理念にさほどの重きが置かれなかったために、この矛盾は十分に意識されなかった。こうした立場は、自ら連邦労働裁判所長官として積極的に判例法の形成に携わったニッパードイと比較しても、独自の労働法理の形成に消極的であったといわざるをえない。

2. アメリカ法の影響の増大

労働法学の形成に多大の影響を与えたドイツ労働法は、戦後の判例・学説の展開過程において徐々に相対化され、その影響力を後退させていくことになる。様々な要因によるが、ここではとくにアメリカ法からの影響をとりあげておきたい。

前述のように、日本労働法は、すでに制定法の一定部分においてアメリカ的であり、そうした分野で学説や実務がアメリカ法（学）の影響を受けることは自然であった。それは、とくに不当労働行為や誠実交渉義務の理論について妥当する^{*47}。たしかに、日本の不当労働行為制度は、行政救済と司法救済の併存を認めている点、救済機関たる労働委員会が公労使三者構成とされている点、労働委員会が紛争調整の機能を併せもつ点など、重要な部分でアメリカ法と異なっているが、依拠すべき固有の蓄積が欠けている以上、その理論形成にあたっ

*47 山川隆一「団体的労働関係法制に対する外国法の影響とその現地化——日本」日本労働研究雑誌404号（1993年）29頁以下参照。

てアメリカ法上の法令や実務を参考にするほかなかったのである。

しかし、アメリカ法からの影響は、不当労働行為法の領域を超えて、様々な分野に広がってきた。とくに集团的労働法の分野では、団体交渉制度を重視するアメリカ法の発想が、労働基本権理解における団交権中心論を支えてきたことが重要である。憲法28条の労働三権のうち団体交渉権を中核に据え、団結権も争議権も団体交渉の促進という目的のために保障されているとの考え方は、石井照久以来の東京大学労働法学の伝統をなしており*48、それは、政治ストや山猫ストを当然に違法視する見解や、不当労働行為制度の救済対象となる「労働組合の……行為」（労組法7条1号）を団体交渉を中心にとらえようとする見解などに結びついている*49。

とはいえ、日本における団交権中心の労働法理論がアメリカの発想を相当程度修正したものであることも看過してはならない。元来、アメリカにおける労使関係観は、労働者と使用者の利害対立の認識から出発しており、団体交渉は、そうした利害対立を前提とした調整・解決の手段として理解される。これに対して、日本の企業内労使関係においては、労使の対立的側面よりも、同一企業に所属する構成員としての利害の共通性が強調され、協調的な関係が求められる。大企業において団体交渉そのものが後退し、労使協議制に代替されることが多いのは、交渉と協議の境界が不明確であることを象徴する事態である。こうした実態のもとでは、労使の集团的・個別的な権利・義務を事前に明確化しようとする発想は定着しにくい。問題が生じた場合には、そのつど労使で協議すればよいからである。そのような企業内労使関係の実態を前提とした団交中心論は、労働法の目的として、使用者と企業内労働組合との良好な関係の構築

*48 石井照久『労働法総論』（1957年、有斐閣）310頁、同『新版労働法』（1971年、弘文堂）70頁、石川吉右衛門『労働組合法』（1978年、有斐閣）12頁、菅野和夫『労働法〔第八版〕』（2008年、弘文堂）19頁。

*49 それに対する私の批判として、西谷敏『労働組合法〔第2版〕』（2006年、有斐閣）39頁以下参照。

あるいは回復を何よりも重視し、そうした労使関係の存在する限り、集团的・個別的な権利・義務の明確化を重要視しないという傾向をもつ。ここに、日本的に修正されたアメリカ法の受容がみられるのである*50。

他方、アメリカ法は、雇用差別禁止の分野では積極的な影響を及ぼしてきた。個別的労働関係分野におけるアメリカ法の特徴は、全体として契約自由を強調し規制を最小限にしつつ、雇用差別に対しては厳しい規制を加えるという点にあり、この点で、諸々の労働条件規制の網を構築しながら、差別禁止の面で立ち遅れてきたドイツとは対照的である。1985年の男女雇用機会均等法は、国連の女性差別撤廃条約を批准するために必要とされたものであるが、その解釈・適用にあたって、またその後の差別禁止に関する立法論において、アメリカ法が重要な参考資料とされた。セクシュアル・ハラスメントに関する判例・学説の展開や、それを受けた均等法の規定（現11条）にも、アメリカ法からの影響が顕著である。また、近年、年齢差別や障害者差別の議論も盛んである。

こうして、学説・判例において、その意味あいは様々であるにしても、全体として次第にアメリカ法の影響が強まってきたのである。

三 規制緩和と労働法の「アメリカ化」

1. 規制緩和の進行と論拠としてのアメリカ法

日本の労働法制の展開は、1985年頃から新たな段階に入った。この年、男女雇用機会均等と労働者派遣法が制定され、1987年には、週40時間制の宣言と労働時間規制の弾力化をセットにした労基法の大幅な改正がなされた。これらは、労働法分野における規制緩和の開始とも評価しうるが、この頃ヨーロッパ諸国で重大な争点になっていた労働法の弾力化、規制緩和に比べると、その範囲は

*50 山川・前掲（*47）30頁以下は、こうした修正を「外国法的要素の現地化」と表現する。

かなり限定的であった。その基本的な理由は、日本の労働法制がドイツなどに比較してすでに十分弾力的だったことにある*51。

しかし日本でも、1990年代中頃から労働分野の規制緩和を求める声が経営者団体の間で次第に強くなり、それを受けて、1998年以降、労基法や労働者派遣法などが数次にわたって改正され、企画業務型裁量労働制の導入、契約期間の上限緩和、労働者派遣の原則自由化、営利職業紹介の自由化などの規制緩和が進められてきた*52。その際、規制緩和を推進した（総合）規制改革会議などの政府機関が最大のより所にしたのが、アメリカ労働法のモデルであった。アメリカでは、「労働の従属性」から出発するヨーロッパとは対照的に、労働者を独立・対等の契約当事者として把握する発想が根強い伝統をなしており、差別禁止を除くと個別的労働関係に関する規制はきわめて緩やかである。アメリカでは、現在でも解雇は原則として自由とされ（employment at will）、また、労働時間の上限そのものを規制するという発想は乏しく、週40時間を超える労働について割増賃金の支払いが義務づけられる（これについても広範なホワイトカラー労働者が適用除外とされている）にとどまる。労働者派遣も自由であり、パートとフルタイムの均等取扱いを義務づけるという EC 指令のような発想も欠けている。日本が不況から脱出し経済力を強化するためには、労働法がこうしたアメリカ・モデルに従って大胆に弾力化されるべきであるとする規制緩和論が有力となり、それが部分的に実現したわけである。つまり、労働法の規制緩和は、端的に言えば日本労働法の「アメリカ化」を意味したのである。

2. 「アメリカ化」と「再ヨーロッパ化」

規制緩和論がアメリカを引き合いに出すのに対して、規制緩和に反対し、む

*51 西谷敏『ゆとり社会の条件——日本とドイツの労働者権』（1992年、労働旬報社）参照。

*52 こうした過程については、西谷敏『規制が支える自己決定』（2004年、法律文化社）68頁以下参照。

しる労働者権を確立する方向での労働法の再構成を主張する側は、しばしばヨーロッパ諸国、とりわけドイツやフランスを引き合いに出す。こうして、労働法のあり方について、アメリカ対ヨーロッパという対決図式が描かれることになった。

しかし、憲法に忠実に労働法のあり方を構想しようとする限り、「アメリカ化」には重大な問題があった。何よりも、日本の憲法は様々な社会権条項を含む点において大陸法型であり、とりわけ、「賃金、就業時間、休息その他の労働条件に関する基準は、法律でこれを定める」と規定する27条2項からして、際限のない規制緩和が許されないのは明らかである。たとえばドイツでは、無制限の規制緩和は、社会国家原理あるいは基本権保護義務に反するとされる^{*53}が、日本では、そのことが憲法27条2項によってより明確に規定されているのである^{*54}。労働法の「アメリカ化」の主張には、憲法的視点が欠落しているといわねばならない。

もちろん、この問題は、1990年代以降の急速なグローバル化^{*55}の進行との関係で考えなければならない。これまでは、規制をミニマム化しようとするアメリカ的モデルが、グローバル化のなかで、ヨーロッパ諸国を含む各国の労働条件と労働者権の水準を掘り崩してきた。まさに「古いヨーロッパ、新しいアメリカ」という事態が労働法分野にも及んできたのである^{*56}。

しかし、最近のサブプライム問題に端を発する世界的な金融危機と深刻な経

*53 Kraft, Arbeitsrecht in einer sozialen Marktwirtschaft, ZfA 1995, S.421. すでにニッパードイは早くから、基本法が「社会的市場経済」というモデルを選択したことを強調していた(Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3.Aufl., 1965, S.269ff.)。

*54 西谷・前掲(*52) 269頁以下。

*55 「グローバル化」の意義は多様である(vgl. Beck, Was ist Globalisierung? 1997, S.39ff.) が、ここでは、単純に、経済活動が国境を越えて地球規模で展開される事態をグローバル化と呼んでおく。

*56 グローバル化が労働法と国内の諸関係に及ぼす影響については、Zachert, Globalisierung und Arbeitswelt—Rechtliche Perspektiven, in: Die Aktiengesellschaft 2002, S.36ff. 参照。

済不況の到来は、アメリカ主導の経済システムとアメリカン・スタンダードによるグローバル化に重大な欠陥があることを露呈した。グローバル化の動きが不可逆的であるとしても、世界市場の共通ルールの形成は避けられない課題であり、そのルールにおいては、適切な労働条件と労働者権の基準が不可欠の構成要素となる。そして、そうした新たな基準の確立にあたっては、200年に及ぶ労働運動の苦闘によって一定水準の労働条件と労働者権を確立してきたヨーロッパ諸国が重要なモデルとされるべきである。こうして、21世紀労働法の進むべき道を示す標語は、もはや「古いヨーロッパ、新しいアメリカ」ではなく、むしろ「古いアメリカ、(再び)新しいヨーロッパ」でなければならないであろう*57。

四 ドイツ法の影響力の後退と法学方法論

以上見てきたように、労働法分野の立法および学説・判例の発展過程において、一方におけるドイツ法（あるいは大陸法）からの影響の後退と、他方におけるアメリカ法の影響の拡大をみることができる。そのことがもつ規制緩和との関係は上述したが、法解釈方法論との関係についても一言しておきたい。

私は、今日、労働法分野の判例とそれに従う学説において「法的思考の後退」がみられるのではないかとこの印象を持っている*58。ここで「法的思考の後退」

*57 なお、労働法におけるアメリカとドイツの差異は、その経済的機能からみれば、外見ほど大きなものではないとの指摘がある（Finkin, RdA 2002, S.333ff.; Kittner/Kohler, BB2000, Beilage 4 Heft 13, S.1ff.）。その指摘の当否は別として、労働法の機能がそれぞれの国の社会構造全体のなかで評価されるべきことは明らかである。それだけに一層、アメリカ労働法の直輸入を図ろうとする規制緩和論には重大な問題があるというべきである。

*58 日本全体において、法的思考が後退していることを問題にする論者は少なくない。たとえば水林彪「日本近代法史学からのコメント」民商法雑誌132巻4・5号（2005年）584頁は、「日本にとってのドイツ法学とは」と題して開催されたシンポジウムの参加者の多くが、「政治ないし行政の場当たり的ご都合主義のために法が無視され、法学そのものも内部から崩壊しかねない危険」を指摘したことを紹介し、それを「法的思考の融解」と表現している。

とは、次のような二つの偏向の併存を意味している。

第一は、労働条件変更の必要性や企業秩序維持の必要性といった結果的妥当性の観点を重視するあまり、労働条件は労使の合意によって決定され変更されなければならないという近・現代の基本原則が軽視されるという傾向である。たとえば、「合理性」さえ認められれば、使用者が就業規則の一方的変更によって労働条件を引き下げうとする、契約論からは説明不可能な法理*59、労働条件明示義務（労基法15条）の存在にもかかわらず、使用者の一方的な配転命令権を広く認める発想*60、法的根拠の明確でない「企業秩序」論によって、労働者の義務を無限定に拡大し、契約的根拠とは無関係に懲戒を根拠づけようとする発想*61、経営上の必要性のために契約論の基礎も無視する企業年金引き下げ論*62 などである。

第二は、法律の文言解釈や民法上の原則の機械的な適用によって、現実的要請に適合しない解釈がなされるという、ある意味で以上とは逆の現象である。たとえば、労基法や労組法などという「労働者」概念の形式的な判断*63、事業譲渡における労働契約の承継について、譲渡人と譲受人の形式的な合意を重視する解釈*64、偽装請負にもとづいて労働者を事実上使用する企業を容易に労働契約当事者と認めない態度*65、親会社の団交応諾義務に関する消極的な

* 59 秋北バス事件・最大判昭43.12.25民集22巻13号3459頁。この判例法理の主要部分は、2007年の労働契約法（7、9、10条）に取り入れられた。

* 60 東亜ペイント事件・最二小判昭61.7.14労判477号6頁。

* 61 目黒電報電話局事件・最三小判昭52.12.13民集31巻7号974頁、国鉄札幌運転区事件・最三小判昭54.10.30民集33巻6号647頁など。

* 62 松下電器産業事件・大阪高判平18.11.28労判930号13頁、松下電器産業グループ事件・大阪高判平18.11.28労判930号27頁。

* 63 横浜南労基署長事件・最一小判平8.11.28労判714号14頁。

* 64 東京日新学園事件・東京高判平17.7.13労判899号19頁など。

* 65 サガテレビ事件・福岡高判昭58.6.7労判410号29頁、松下プラズマディスプレイ事件・大阪地判平19.4.26労判941号5頁（もっとも同事件・大阪高判平20.4.25労判960号5頁は黙示の労働契約の成立を肯定）。

態度*66、公務非常勤職員の雇止めについて、形式的な任用行為の欠如を根拠に地位確認を否定する態度*67などがあげられる。これらの問題においては、いずれも、使用者が法的規制を逃れることを目的として選択した一定の法形式ないし契約形式を追認するかどうかが問われているが、判例においては、その形式によって覆い隠された実質的内容に着目して、それを効果的に規制する法理を形成しようとする態度が稀薄なのである。

こうして、近年の判例法理やそれに依拠する有力説においては、結果的妥当性重視のために法の基本原則を軽視する傾向と、法律の形式的解釈によって結果的妥当性を無視する傾向との奇妙な混在がみられるといえよう*68。両者に共通しているのは、法の基本理念と原則をふまえ、体系的整合性を保ちつつ現実を適切に包摂する法解釈を確立しようとする努力の不足ではなからうか。こうした判例の傾向が生じた原因としては、憲法にもとづく基本理念そのものの風化、法と現実の乖離を問題にして民法上の原則の修正を迫ってきた労働運動の後退、裁判官の意識、判例に追随する傾向を強める労働法学のあり方など、多様な事柄が考えられ、それ自体が独自に検討されるべき重要な課題である。

ただ、外国法からの影響という本稿の関心に引きつけていえば、こうした判例・学説の状態と、ドイツ法からの、広くいえば大陸法からの影響の後退がどこかで結びついているといえないであろうか。基本理念重視の体系的思考方法という、ドイツ法に典型的にみられる大陸法のよき伝統が、日本の戦後60年の間に影響力を後退させ、それが法的思考の劣化に関係しているといえないだろうか。あるいは、日本労働法に対するドイツ法の影響が、結局は法学方法論

*66 中労委（大阪証券）事件・東京地判平16. 5.17労判876号5頁。

*67 情報・システム研究機構（国情研）事件・東京高判平18.12.13労判931号38頁。

*68 米津・前掲（*13）530頁は、「比較的素朴な制定法実証主義といわゆる裸の利益衡量、あるいは社会学的手法の雑居状態」と表現する。同537頁以下はまた、「法体系内の評価矛盾」を指摘する。

にまで及んでいなかったか、少なくともきわめて底の浅いものであったといえるかもしれない*69。これらの点については、判例・学説の現状認識それ自体を含めて異論のありうるところである。しかし、少なくとも、外国法の継受や外国法からの影響を法学方法論の観点でとらえ直してみることも、判例・学説の現状を反省するために有意義であることだけは間違いないと思われる。

おわりに

日本労働法における立法や判例・学説の発展を、外国法の継受や外国法からの影響という視点だけから把握するとすれば、明らかに一面的である。すでに第二次大戦前から日本独自の労働法理論の構築に努めてきた末弘巖太郎をあげるまでもなく、これまでの労働法の発展が多くの日本人研究者や実務家の創造的営為の産物でもあることは明らかである。しかしながら、日本が、先進諸国のなかで、とくに外国法の強い影響のもとに法を発展させてきた国であることも否定できない事実であり*70、それは労働法についても決して例外でないのである。

しかもそれは、必ずしも否定的な役割を果たしてきたわけではない。そもそも憲法による基本的人権や民主主義の確立自体が、欧米諸国からの影響を抜きには考えられない。また、ヨーロッパ諸国の労働条件基準が日本にとって到達目標とされたこと（「ヨーロッパに追いつき、追い越せ！」）が労働運動の発展を促し、ドイツ労働法の紹介が、日本における労働者権の確立に寄与したことも事実であろう*71。日本の労働法は、外国法のあり方を強く意識して形成さ

*69 水林・前掲（*58）585頁は、丸山真男の日本的「古厝」論を引用して、日本が近代化によって受け入れたはずの法と法学の「融解」を説明している。

*70 このことを強調するものとして、たとえば川口由彦『日本近代法制史』（1998年、新世社）15頁参照。

*71 西谷・前掲（*51）は、少なくともそのことを意識して書かれた書物である。

れることによって初めて、日本社会に変革的な作用を及ぼしうる規範的な力を獲得したともいえるのではなからうか。前述のように、末弘厳太郎は、外国法（とくにドイツ法）一辺倒を批判して、生ける現実から出発すべきことを力説した。その指摘自体の正しさは疑う余地がないが、「生ける現実からの出発」の強調が、現状の単なる法的正当化に終わる危険性を秘めていることも事実なのである*72。

問題は、日本の労働法が外国法の継受により形成され、その後も外国法からの強い影響のもとに発展してきたこと自体にあるのではない。それぞれの外国法の、それぞれの制度・理論の受容が、日本の具体的な社会関係においていかなる意味をもつのか十分吟味することなしに、それらをいわば直輸入することが問題なのである。日本労働法の形成・発展の過程においては、たしかにそうした傾向があったことは否定できない。そのことを含めて、外国法の継受や外国法からの影響を反省的に回顧することが、日本労働法の問題の所在を明確にし、また今後の展開に際しての外国法との接し方を定めるうえで不可欠な作業なのである。本稿はそうした課題に関する一つのささやかな試みにすぎない。日本労働法への外国法の影響について、さらに掘り下げた実証的かつ理論的な研究が発展することが期待される。

*72 一例をあげよう。労働契約を単なる「地位設定契約」ととらえた末弘厳太郎の立場が戦後も長らく判例・学説に影響を残し、たとえば就業規則に関する判例法理の基礎となっている（この点については、石田眞「労働契約」初井常喜編『戦後労働法学』〈1996年、旬報社〉616頁以下参照）。たしかに、企業を一つの小社会ととらえ、労働契約をその社会への単なる加入証とみるような発想は、現在の企業でもなお支配的かもしれない。しかし、こうした「生ける現実」を直接反映した労働契約理解は、労基法や労働契約法の強調してやまない労働条件対等決定原則や合意原則に明らかに反し、実際上も、使用者による労働条件の一方的決定と変更を正当化する、規範性を欠いた議論にならざるをえないのである。