

ドイツにおける 憲法と労働法の関係についての覚書

倉 田 原 志*

目 次

はじめに
第1章 憲法の具体化としての労働法
第1節 具体化された憲法
第2節 流れ出た憲法
第3節 労働憲法による具体化の命令
第2章 批判と問題提起
第1節 批 判
第2節 問 題 提 起
おわりに

はじめに

憲法と労働法がどのような関係にたつかは、ドイツ基本法のもとでも、憲法と私法に関する議論の一環として、議論がされてきた¹⁾。憲法たるドイツ基本法は国家機関を拘束するので、法律は憲法に違反してはならず、特に、原則としてその保障する基本権を制限することは許されない。また、法律でなんらかの制度をつくる場合には、憲法に違反するものであっては

* くらた・もとゆき 立命館大学法学部教授

1) 最近の論文等では、S. Baer, Grundgesetz und Arbeitsrecht, RdA 2022, S.266ff.; L. L. Fischer/A. J. Schmidt (Hrsg.), Arbeitsrecht als geronnenes Verfassungsrecht?, Dokumentation der 12. Tagung Junge Arbeitsrechtswissenschaft von 20.-22. Juli 2023, 2024などがある。

ならないが、法律の対象によって、憲法の法律への影響については濃淡があるように思われる。そこで、本稿では、ドイツで、憲法と労働法の関係がどのように捉えられているかについての議論を追うこととしたい。

ヴァイマル憲法には、労働法に関する規定は、「第5章 経済生活」に見られ、労働力保護・統一的な労働法の制定(157条)、団結の自由(159条)、公民権の保障(160条)、社会保険制度の創設(161条)、社会的諸権利を保障する国際的協定の擁護(162条)、労働の道徳的義務・労働権(163条)、共同決定権(165条)などがあった²⁾。

しかし、ドイツ基本法には、これらの規定のほとんどは基本的には受け継がれず、労働法に関する規定は、団結の自由(9条3項)、職業の自由(12条)、日曜・祭日の保護(ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条)、主権的権能の行使の公務員への委託(33条4項)、宗教団体の自己決定権(ヴァイマル憲法137条3項と結びついた基本法140条)、連邦と州の競合立法としての労働法(74条12号)に限定されている³⁾。

一方、ドイツの労働法は、日本と同様に、個別的労働法と集団的労働法にわけられることが一般的といえるが、統一的な労働法典が存在するわけではなく、それぞれの分野で個別法が制定されている。しかし、集団的労働法に位置づけられるもののうち、争議行為法は法律が少なく、連邦労働裁判所の判決が大きな役割を果たしてきた。

そこで、以下では、このような状況のもと、憲法と労働法の関係について、労働法を憲法の具体化としてとらえるいくつかの見解をまずみて(第1章)、その見解に対する批判とそれを踏まえてどのようなことが課題とし

2) Vgl. Nörr, Arbeitsrecht und Verfassung-Das Beispiel der Weimarer Reichsverfassung von 1919, ZfA 1992, S.366ff. これらの条文の日本語訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第8版〕』(信山社、2020年)113頁以下などを参照。

3) W. Däubler, Arbeitsrecht und Politik, RdA 1999, S. 20. なお、このヴァイマル憲法とドイツ基本法の規定の比較を前提にすると、ヴァイマル憲法の職業の自由(111条)、日曜・祭日の保護(139条)、ライヒの競合立法として労働法(7条9号)も労働法に関する規定ということになる。

て指摘されているかを概観することとしたい（第2章）。

第1章 憲法の具体化としての労働法

憲法と労働法の関係として、労働法を「具体化された憲法」と位置づける見解としては以下のものがあるので、まずその内容をみてみたい。

第1節 具体化された憲法

(1) ライプホルツ

ライプホルツは、1959年の講演で、労働法と憲法の関係について、「具体化された憲法」として労働法を位置づけている⁴⁾が、この位置づけの言明は、おそらくはじめてのものであるとされる⁵⁾。当時、ライプホルツは連邦憲法裁判所の裁判官であった。具体的には次のように述べている。

まず、憲法については、憲法が政治的な領域に突出しており、このことによって憲法が他の法、つまり、民法・刑法・行政法および労働法とも根本的に区別されることは否定できず、憲法上の争いは、政治的な法的争いであり、憲法は（同じことは国際法にあてはまるが）真に政治的な法である、とする（S.21）。

ライプホルツは、民法・刑法・行政法と労働法も、特定の政治的判断を基礎としており、高度に政治的な性格をもちうることを認めるが、憲法と本質的な違いが存在するとし、それは、民法などが政治的判断を基礎とする事例においては、その政治的性格は、立法者の行為によって、政治的な領域からとりあげられ、法的な領域に変換されるという理由で、いわばた

4) G. Leipholtz, Verfassungsrecht und Arbeitsrecht, in: A. Hueck/ G. Leipholtz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, 1960, S.41. この項の本文での頁数は、同書からの参照・引用頁数を示す。

5) L. L. Fischer/A. J. Schmidt, Arbeitsrecht als geronnenes Verfassungsrecht? Eröffnung der 12. Tagung Jung Arbeitsrechtswissenschaft, in: dies. (Hrsg.), a.a.O. (注1), S.10.

だ偶然的なものであり、これらの法が一般的に基礎としている判断の一时的な政治的性格は、たとえば、民法、刑法あるいは労働法を内容的に変換し、これに特別の政治的特色を与える力はなく、逆に、憲法の特徴は、全く脱政治化されえないことであり、それは憲法に固有の実質的な性格を付与するのが政治そのものであるからである、現存の憲法裁判権によって法的コントロールに服せしめられるのは、この法なのである、とする(S.22)。

他方で、労働法は、憲法と民主的政党国家という現実から発展しているということ共有しているとし、このたいへん優勢になった現実は、それに抵抗する立法者と最終的にはさらに憲法制定者に、この現実を合法的に認め、法令を発効させることを余儀なくさせた、とする。政治的な空間における政治組織と同様に、社会的空間における経済的に権限を失った人々は、その経済・社会的目標設定を追求するために、まず、私法を使ったさまざまな形態を用い、自助を組織的形態で包むという状況が設定され、個別契約から、労働協約という法制度の結果へと展開し、これは1918年に法制化され、第2次世界大戦後は、1952年の労働協約法でこの経過がくり返された、とする。さらに、労働協約法についてと同様のことが解雇制限法、経営組織法、および労働争議にもあてはまる、とする。

そして、労働法の全展開にとって特徴的なのは(S.25)、この領域においては、法律がこの現実が遅れをとっていることであり、社会国家的現実がそれに内在する推進力によって、規範設定に動員される機関に、これを法制化することを強制することである、とする。このことで、規範が現実を特徴づけるのではなく、逆に社会的発展が、労働法をつくり、最終的には、さらに憲法制定者に、重要な労働法上の原理に憲法上の地位を与えることを余儀なくさせるのである、と述べる。この状況からすれば、はじめてヴァイマル憲法がその権限秩序において、そもそも労働法ととりくみ、ライヒの競合的権限立法に関連する権限カタログに独自の法領域としての労働法に言及したことは驚くことではない、とする(S.26)。

さらに、労働関係の重点が事業所に移されれば移されるほど、特別の労

働法の社会的性格があらわれ、労働法が市民法の付属物として扱われることを避けられるようになり、今や社会パートナーは、労働契約の形成の際には、もはや部分的な特別の利益をもつ孤立した個人としてではなく、事業所における連帯の原理によってお互いに結びついたものとして現れる、とする。労働関係は、その本質からして、人格法的共同体関係として、すべての共同体にとって特徴的な性格をもつものとして現れ、この労働契約の、人格法的共同体関係としての労働関係への展開に応じて、徐々に公法的要素が労働法に入り込むようになった（S.27）。連邦憲法裁判所（BVerfGE 7.342（350f.））が、連邦労働裁判所の見解に対して、労働法は民法上の法典化原理によって把握されるのではない、というのは、「全体として——その私法規範を含めて——この十年間の経過によって、民法とならぶ、自律した独自の法領域に発展したことからであるとするのは正しい」、とする（S.28）。

その後、裁判の役割に触れるなかで、裁判が今日、社会的法治国家の原理を解釈ルールとして使用するために引き合いにだされる限り、この基本法の中心的な理想像を創造的に展開させることが、裁判の任務であるとし、その際、裁判の特別の機能は、伝統的な基本権を社会国家原理と対照し、この対照の結果、特に人間の尊厳を求める権利、人格の自由な発展を求める権利、ならびに一般的平等原則を内容的に詳細に定めることであるとした上で、その際、特に、以下のことが配慮されなければならない、つまり、基本権のすべての必要な修正や詳細な具体化の際には、この権利の本質的内容が、原則として問題にされないことである、とし、第三の権力、しかも特に、労働法の規範の解釈と取り組まなければならないすべての権力が、社会的法治国家という憲法の理想像の具体化において、この概念に内在する限定を意識つづける場合だけ、立法者と執行に憲法の社会国家原理によって課された課題の向こう側で、新しい憲法秩序によってたてられた、すべての社会秩序を実現することに貢献できる、と述べる（S.41）。

そして、行政法は、その固有の特別の機能の向こう側で、「具体化された

憲法」と呼ばれ⁶⁾、まるで同じことが今日、労働法と社会法にも言われうるように私には思われる、とする。さらに、労働裁判官と社会裁判官は、真に、憲法の実現とその実施に参加しており、それを通じて同時に憲法上の重要な現実になり、その限りで、労働法と社会法は、今日では同時に憲法にも属し、労働裁判権および社会裁判権は同時に、憲法裁判権でもあり、労働裁判官と社会裁判官は、同時に、憲法問題の判断、つまり政治的な法的問題にかかわりあう裁判官でもあるのである (S.41)、とする。

ここからは、ヴァイマル憲法成立以前からの歴史も視野にいれ、労働法が社会の現実から立法者や憲法制定者に強制する形態で生まれ、独自の法領域として成立し、憲法の社会国家原理の実現の課題を担うものとして、「具体化された憲法」と位置づけられ、憲法の一部であるともしていることがわかる。

なお、ここでは、行政法を「具体化された憲法」とした連邦行政裁判所長官のヴェルナーの論文が引用されているが、このヴェルナーの論文では、「行政は、その『傾向』において、憲法が理想像 (Leitbild) としての形態で定式化している制度に向けられていなければならない。この憲法の理想像を具体化することがまさに行政の任務である。憲法国家と行政国家はわかちがたい」、「行政法が憲法とどれだけ強く関係しているかは、公法上の問題に関係している人にとっては、容易に認識される」、「行政法にとってその重要性が示されるべき、基本法の国家の理想像は、基本法20条、28条から生じる。それは社会的法治国家の理想像であり、多くの部分からなり、段階づけられた民主制である」と述べられている⁷⁾。

6) F. Werner, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, DVBl 1959, S.527ff.

7) Werner, aa.O. (注6), S.529. このヴェルナー論文については、三宅雄彦「憲法具体化と行政法——フリッツ・ヴェルナー行政法学と技術社会」社会科学論集 (埼玉大学) 134号 (2011年) 1頁以下参照。

(2) ベンダ

ベンダは、後に連邦憲法裁判所の長官（1971年-1983年）となるが、1966年の著書の中で、「労働法は、特に、社会国家条項の実現を顧慮して、具体化された憲法と呼ばれうる」と述べている⁸⁾。

それは、同書の「第4章 産業化された労働関係における社会国家原理の実現」の中で、「一般的に、労働法の存在と強化は、社会的法治国家原則が、産業領域においても貫徹されうるという確認によってのみ正当化されると言いうる」（S.415）、「従属労働者の権利は、たしかに、すべての労働関係に、原理的には同じように妥当する。つまり、個々の問題についての規律の際には、事業所の大きさに配慮されるが、大企業特有の会社法的形態は、小事業所あるいは中事業所に典型的な問題とは異なって扱われる。しかし、この産業の抜きん出た国民経済のおよび社会的役割は、労働法上の問題の責任に関しては、通常は、この社会学的モデルが基礎におかれるということをもたらす」とし、労働法は、特に、社会国家条項の実現を顧慮して、「具体化された憲法」とみなされると、(1)でみたライブホルツの論文を引用して述べている。さらに、「立法者はたしかに、憲法の目的に義務づけられるが、個々の問題の判断においては、特定の最小限の必要の例外をともないつつ自由であるので、社会関係の変更と政治的見解の変更によって影響を受けうる立法者は、憲法の基本決定と同一ではありえない、しかし、このことは、一般的な法思想として、つねに、特別のやり方で社会的法治国家の原則を受け入れ、実現する、まさに労働法の内容形成（Ausgestaltung）と適用を貫く」とする。

また、社会国家条項と労働法の間はこの調和は、人間の労働が産業時代に、必然的にかつ不可変的に非人間的である、すなわち、人間の尊厳の要請に矛盾するのであれば、考えられないであろうし、「労働法の理念」は、基本法1条の要請に対応した見解、つまり、「人間の労働は、特に事物を超

8) E. Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, 1966, S.416. この項の本文での頁数は、同書からの参照・引用頁数を示す。

えて存在している人格の機能である』⁹⁾という見解であり、この法の理念について今日では争いはもはや存在しない、とするのである(S416)。

ここでは、ライブホルツにもこのことは見られたが、労働法と社会国家原則の実現とのつながりがより強調され、労働法の理念として「人間の尊厳」が指摘され、ニッパードイの見解の引用がなされている¹⁰⁾。

(3) アハターベルク

アハターベルクは、1975年に、待機期間の補償の喪失および契約終了後の競争禁止の憲法適合性についての論文の中で、以下のように、労働法は、具体化された憲法であると述べている¹¹⁾。

契約終了後の競争禁止の合憲性の「問題の特別の刺激は、2つの法領域の交差領域に由来する問い、つまり、『労働法への憲法の影響』が問題であることにある。行政法だけではなく、労働法も——他の下位の法同様に——『具体化された憲法』¹²⁾であることはたいへん確かであり、労働法における憲法の形成力はさらに、『特別明確に輝く』が、ただ、すべての労働法上の問題が、基本法のもとでその存続力について自ずとわいてくる疑念にもとづく契約後の競争禁止と同様の憲法への関係を示すわけではない。つまり、この問題は、その平等原則、職業の自由、法治国家性——過剰禁止の観点のもとで——との適合性、最後に、しかも社会国家性との適合性が審査されなければならない」、とする。

ここでは、前述したヴェルナーを引用して、労働法を「具体化された憲

9) H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, II, 1954, S.23.

10) ニッパードイの人間の尊厳論については、石村善治「H・C・ニッパードイ『人間の尊厳』福岡大学法学論叢5巻2号(1960年)147頁以下、拙稿「人間の尊厳と連邦労働裁判所」立命館法学411・412号(2023年)98頁以下など参照。

11) N. Achterberg, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1975, S.714.

12) Werner, a.a.O. (注6), S.529.

法」としており、さらに「他のすべての下位の法と同様」であるとしつつ、労働法における憲法の形成力が特別であるということ¹³⁾に依拠している。

(4) プライス

プライスは、1997年の論文の中の「Ⅱ 憲法の枠」という章で、近年、まさに解雇制限法は、「具体化された憲法」であるということが、労働法学の意識に、ますます入ってきている、として¹⁴⁾次のように述べる。

その際、この憲法上の次元は、異なった関連で強調されるとし、一方では、解雇の自由自体は、基本法2条1項と12条1項を通じて保護を要求することができる、契約の自由の現れである、他方、連邦憲法裁判所は、立法者と補助的に裁判に、重大な不平等状態に対応することを義務づけており（BVerfGE 81, 242; BVerfGE 89, 214）、この文脈においては、基本法12条は、内容コントロールだけではなく、解雇制限にも意味を獲得する、とする。さらに、連邦憲法裁判所の1991年4月24日のいわゆる待機旋回飛行判決¹⁵⁾に言及して、連邦憲法裁判所は、基本法は基本法12条を通じて、解雇制限の最低水準を保障していると判断したが、そのとき妥当していた解雇制限法が憲法上の保護の必要性を満たしているという指摘がなかったわけではなかった、と述べる。

ただ、このことについては、学説から、基本法12条を解雇制限法外での一般的な解雇制限の理由付けのための代父（Paten）として引き合いにだす連邦憲法裁判所のこの言明は、十分であろうか、つまり、問題点は一般的

13) G. Kühlehof, Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: Festschrift für H. C. Nipperdey, Bd. II, 1965, S.317.

14) U. Preis, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S.1257. この項の本文での頁数は、同論文からの参照・引用頁数を示す。

15) BVerfGE 84, 133. この判決については、石村修「旧東ドイツの公務員関係を停止・終了させた統一条約——待機旋回飛行判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2006年）273頁以下、拙稿「ドイツにおける政治活動を理由とする解雇と基本権・覚書」立命館法学271・272号（2000年）1003頁以下など参照。

解雇制限の妥当範囲に縮減されうるのか、あるいは、解雇制限規範の網全体を視野に入れてはいけないうかであるという問題が提起されていることを指摘する。

多くの特別の解雇の禁止は、その正当性を、特別の憲法上の保護要請から引き出しており、妊娠中や出産後の解雇制限は、この点では、基本法6条に照らして、明確な例であることを示したあとで、解雇制限をめぐる憲法上の議論の二律背反は、少し前に、そもそも、そしてどの程度、解雇制限が使用者の負担で、その職業の自由を許されないように侵害するかどうかをめぐる頻繁になされたことを考慮するとき認識可能であり、憲法上の出発状況を先鋭に示すとすれば、基本法12条と使用者の負担での憲法違反の解雇制限の過剰が相容れないのは、労働者の負担になる憲法違反の解雇制限規定の過少と同様であるので、基本権の衝突は、中間の途を要求し、立法者の形成の裁量はたいへん広いものであるとし、アクチュアルな議論の際には、立法者は、憲法上の最低限を下回らない、多くの道を歩むことができることを指摘し、通常法律は、対立する基本権の地位を相当に——実践的調整の意味で——調整するべきである、とする (S.1257)。

さらに、基本権の保護要請機能の固有の役割に触れ、それは、立法者の利益調整が欠ければ欠けるほど、より強く前面に出て、立法者が特定の領域で実質的な解雇制限を完全に断念する場合には、利益調整が欠けていることになることを指摘している。連邦憲法裁判所は、統一条約にもとづく解雇の場合に特別にこのことを強調する機会をもち、前述の待機旋回飛行判決とならんで、とくに、民法626条2項の保護機能についての決定 (BVerfG, AP Nr.13 zu Art.20 Einigungsvertrag)、および当時のドイツ社会主義統一党の幹部の解雇についての決定 (BVerfG, NZA 1995, S.619; BVerfG, NZA 1997, S.923ff.) が言及されるべきであり、これらの判決に照らすと、立法者はその形成の余地を憲法適合的に充填しているかどうか、あるいは、解雇制限法規について憲法違反の過少が存在するかどうか、およびどの程度、その都度の解雇規範の充填に、憲法の価値に依拠することが許され、要請され

ているかが検討課題となる、とする（S.1258）。

ここでは、労働法全体ではないが、解雇制限法が「具体化された憲法」であるという認識が示され、特に職業の自由を保障する基本法12条の保護機能にかかわって論じられている。基本法12条は、使用者の解雇の自由も基礎づけることになるので、法律で利益調整をすることが求められ、その際には立法者はさまざまな方法があるが、憲法上の最低限を下回らないこと（過小禁止）が要求され、立法がなされなければ、基本権の保護機能の裁判所による実現となることが指摘されていることが確認できる。

第2節 流れ出た憲法

シュトッフエルスは、2022年の論文のなかで、労働争議法について、「流れ出た憲法（geronnenes Verfassungsrecht）」という表現を用いている¹⁶⁾。ただ、この論文のなかの1つの章のタイトルとして「I 流れ出た憲法としての労働争議法」としており、その章では以下のことを述べている。

「労働争議法は、立法者によっては、詳細に内容形成されていない。たしかに、労働争議は、全くいくつかの法律上の規定で言及されている（たとえば、基本法9条3項3文、社会法典Ⅲ160条、労働者派遣法11条5項、経営組織法74条2項）。しかし、どのような争議行為が労働争議法に含まれるか、その法適合性の前提は何か、およびそれはどのような結果をもたらすかという中心的な問題は、ドイツの立法者もEUも答えていない。必要な具体化は、昔から本質的に基本法9条3項で保障されている団結の自由から引き出されている。したがって、この、いくつかの認められている原理（たとえば、比例原則）によって強化された憲法規範が、今日の労働争議法が立脚する、中心的な源である。これに、さらに憲法上保障された、参加者と場合によってはその他の関係者の基本権の地位が加わる」、とする。

なお、それに続けて「II 代替立法者としての連邦労働裁判所」という

16) M. Stoffels, Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an ein paritätsgerechtes und verhältnismäßiges Arbeitskampfrecht, ZfA 2022, S.203.

章では、「法律上の規範化が欠けるため、労働争議法の輪郭を与え、基準となり、不可欠の法的ルールを定式化することは、裁判所、特に連邦労働裁判所に割り当てられる。ここでは、連邦労働裁判所は代替立法者の役割を引き受けて立派にやっつけている」、とする。

この「流れ出た憲法」というのは、刑法や刑事訴訟法について見られる言葉であるとされる¹⁷⁾が、いわゆる労働争議法については、通常法律上の基準がないことを背景としている。ここでは、必要な具体化が憲法9条3項に基づきなされているということを述べているので、労働法が憲法を具体化するものということを否定するものではないが、別の意味も付与している可能性があると思われる¹⁸⁾。

第3節 労働憲法による具体化の命令

労働法が「具体化された憲法」であると直接述べるわけではないが、基本法の労働法に関する規定について「労働憲法 (Arbeitsverfassung)」という概念を用いて論じられることがあり、これは、労働法を名指しするわけではなく、また、労働法だけが具体化の役割を担うとも言い切れないが、結果的には、労働法を憲法の具体化とみるものと思われる。たとえば、シヨルツは、労働憲法の定義について、以下のように述べる¹⁹⁾。

基本法は秩序政策的に閉じられたシステムの意味での「労働憲法」を明文で定めているわけではなく、そのような社会憲法的システムをたいへん意図的に断念したが、そのかわりに、基本法の経済憲法・労働憲法それ自体として、「開かれた」あるいは「中立的な」システムを指示し、他方、憲法直接的ならびに憲法間接的な秩序保持と意味関連の形成にいたり、結果

17) Fischer/Schmidt, „a.a.O. (注5), S.10.

18) なお、刑事訴訟法について同様の表現を使っているものとして、Jahn, Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht—Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO, JuS 2005, S.1057がある。

19) R. Scholz, Arbeitsverfassung, Grundgesetzreform und Landesverfassungsrecht, RdA 1993, S.250.

としてまったく、今日でも労働憲法的な憲法の指向ないしはシステムの基本構造について語ることを許す、具体的な憲法の決定をしている、とし、この意味で、「労働憲法」について語ることができ、この「労働憲法」は、労働生活を事物的、人的および機能的ならびにその個別法的小および集団法的秩序関連において規律し、この具体的な（憲法より下位の）詳述のために、原則的な（具体化が必要な）命令を設定する、すべての憲法規範の複合体を含む意味で語ることかできる、とする。そして、この労働憲法の決定的な憲法上の基礎は基本権ならびに法治国家と社会国家という基本原則に見いだされる、として、基本権の領域においては、特に私法的・個人的で私的に利用し社会的に拘束される、生産手段に関する所有権（基本法14条）、自由な職業選択、自由な職業遂行、職場と職業訓練所の自由な選択、自由な営業の保障（基本法12条）、契約の自由の保障（基本法12条、14条2項1文）および競争の自由（基本法12条、14条2項1文）、居住移転の自由（基本法11条）、および、特に、団結の自由（基本法9条3項）が重要である、とする。全体として、この基本権の決定と社会的法治国家の原理との調和から、労働生活の形成を、個別的と同様に集団的な社会自治と、国家の労働立法者にも同様に期待する自由で社会的な秩序が帰結されるとして、社会的・自由的な自治の開放性と国家的・社会的責任については、基本法の労働憲法は——経済憲法と同様に——「中立的」ないしは開かれたシステムであることが明らかにされる、つまり、秩序政策的・社会政策的に形成可能で展開能力があるシステムとして、政治的・イデオロギー的に閉じられた秩序コンセプトを断念し、このことで継続しても、原理的な基準として、独自の開放の維持を義務づけられ続けるシステムとしてあり、この意味において、基本法上の労働憲法（Arbeitsverfassungsrecht）は、かつてヴァイマル憲法が構成しようと試みた（ヴァイマル憲法157条以下参照）、完全主義的な秩序プログラムとは決定的に異なると、基本法の労働憲法の開放性を強調するのである。

また、バドゥーラは、このショルツの論文を引用しつつ、「経済成長や雇

用の保障、ならびにこの目的は、国家の措置と規律に依存しており、利益の状況および展開に規定された調整は、政治と立法の問題であり、憲法規範によって直接達成可能なわけではない。このことを考慮せずに『労働憲法』について語られるならば、それは、労働法、労働生活、および労働条件に本質的な経済政策・社会政策に関して規定されている、憲法の規律および保障の集合名詞にすぎない、つまり、『開かれた』労働憲法という付加語は、立法者の政治的形成の自由を強調するのである」と述べる²⁰⁾。

これらでは、労働憲法が具体的な（憲法より下位の）詳述のために、原則的な（具体化が必要な）命令を設定するすべての憲法規範の複合体であるとされ、労働憲法が労働法に関わる規定を含むこととされていることからすれば、労働憲法は、憲法より下位の規定による具体化を前提とし、それを命じるものであり、その具体化の役割を果たすものが労働法であるということになると思われる。その際、立法者の形成の自由が強調されている。

以上のように、その表現や対象についてはまったく同じとはいえないものの、基本的には、労働法を具体化された憲法ととらえる見解が一般的であると思われる。ただ、この見解には批判も出され、問題提起もなされているので、次章ではそれらについてみることにしたい。

第2章 批判と問題提起

第1節 批判

シュベルトナーは、前章第1節(3)でみたアハターベルクの見解をあげつつ、以下のような批判を展開している²¹⁾。

まず、連邦労働裁判所が1974年9月13日判決（BAG AP §611 BGB Gratifikation Nr.84）において、学説上の抵抗にもかかわらず、賞与およびそれと類似した特別賃金の際に、司法によって引かれた特定の限界の中で、排除

20) P. Badura, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht, RdA 1999, S.8.

21) P. Schwerdtner, AP BGB § 611 Gratifikation Nr.86. 1 (unter 1)) .

条項あるいは返還条項によって過去に関連し将来に関連する目的規定をお互いに結びつけられることが広範に許されるとしたことは、歓迎すべきことであり、憲法上の反対する議論は、連邦労働裁判所にほとんど印象を与えなかったことはありがたいことだとし、憲法学は、すべてが間違っているわけではないが、憲法の規律をまさにこわしかかっているとした上で、残念ながら、労働法学の一部も「憲法の魔力」に屈している、とする。このことについてさらに証拠が必要であれば、若きアハターベルク（JZ 1975, S.713ff.）を提供することが許されるであろうと、ここで前述（第1章第1節（3））のアハターベルクの見解をとりあげている。シュベルトナーは、アハターベルクによれば、契約終了後の競争禁止は憲法違反であるが、具体化された憲法としての労働法という叙述の視点のもとでの機能分析の向こう側で労働法の解決モデルを憲法上決定することを追求するならば、労働法と憲法がかえって迷惑をかけられるとし、労働法は、行政法よりは、はるかに具体化された憲法ではないと述べる。さらに、憲法もうつろいやすいものであるが、評価問題は、憲法の変更の場合には、通常法律のレベルでは、直ちに再び完全に答えることができず、ライヒ労働裁判所あるいはプロイセン上級行政裁判所は、広範な類似の問題に準備するために、基本権の枠組みプログラムを必要としなかったことも忘れられてはならない、とする。ただ、その際、見誤られるべきではないのは、基本法のもとでの憲法的価値判断を引き合いにだすことによって進歩が生じたことであり、妨げとなっているのは、解決モデルの厳格な憲法上の導出だけであり、その際、たびたび、目的適合性が憲法適合性と取り違えられており、憲法をそのような継続的負担にさらす者は、本来の確保の試みの際に、憲法がもはや真剣にうけとめられないという危険を冒すことになり、私経済的に組織された社会において体系内在的な労働法の問題に、憲法による努力が関わるのであれば、今日では、労働法の完全な改定のおそれがある、とする。その例として、ふたたびアハターベルクを引き合いにだし、アハターベルクが、基本法の社会国家性および人間の尊厳から労働権、少なくとも仕事への機会、

を導くことを指摘して、国家は、急に变化する労働市場と長くかかる政治的な決定過程に照らせば「緊急の使用者」としては、ほとんど組織されることは許されないの、国家のかわりに「緊急の使用者」として私的な企業に契約強制がかされることを恐れるとし、これは、社会国家原理の過剰な解釈であるだけでなく、競争経済のおわりを意味し、その代償は、失業者に疑いなく生じる「非物質的な生存最低限」の一時的な喪失よりもきっと大きいとし、さらに、この途方もない法律的法ンタジーは、憲法の領域ではもっとも鋭い矛盾を引き起こし、われわれの国家秩序の最高の構成原理からのこの導出は、労働法にとっては、カタストロフィーとのみ評価されうる、とする。

この指摘は、「まったく厳しい言葉であった」とされるが²²⁾、具体化された憲法であること自体は完全には否定せず、その理由は必ずしも示されてはいないものの、労働法が行政法よりは憲法の具体化の程度が少ないことを指摘し、「具体化された憲法」と位置づけることは、憲法にも労働法にも負担をかけるものであるとし、労働法の独自性を指摘する見解ととらえることができる。さらに、労働法の体系内在的な問題に憲法が関わる例として、労働権が認められるかという問題をとりあげ、アハターベルクがこの承認に肯定的であることを指摘し、それがカタストロフィーであるとの評価を加えている。ただ、労働権が承認されるかどうかは、独自の問題として議論がなされるべきことだと考えられ、「具体化された憲法」という労働法の位置づけと直結するとはいえないのではなかろうか。

第2節 問題提起

フィッシャー／シュミットは、これらの議論を受けて、いくつかの問題提起を含め、以下のような見解を述べている²³⁾。

22) Fischer/Schmidt, a.a.O. (注5), S.11.

23) Fischer/Schmidt, a.a.O. (注5), S.11ff. この節の本文での頁数は、同論文からの参照・引用頁数を示す。

「具体化された憲法」という言い回しの正当さと憲法と労働法の関係について、すでに何十年前に激闘があったことがわかるが、これは正確には、本来何を意味するべきだろうか、具体化されたあるいは流れ出た憲法としての1つの法領域なのだろうか、と問題を提起し、1つの法領域全体が憲法の影響にさらされているのか、あるいは、その一部が特別の程度、より高次の憲法の影響にさらされているかは、明らかに述べられるべきであるとするが（S.11）、この影響は、労働法にとっては、出発点においてほとんど否定されず、今日、特に、基本法の基本権、最近では、しかも、ヨーロッパ基本権憲章とヨーロッパ人権規約の保障の、管轄を有する裁判所における労働法への影響は、たいへん多様であり、「憲法」の労働法への影響は、さまざまな問題に関して現れている、とする。

しかし、憲法が労働法の多くの領域で相当の意味をもっていることは、さしあたり観察結果にすぎず、そもそも、どこで、どの程度、この影響を拒否ないしは擁護するか——そもそも、どこで、どの程度、労働法は流れ出た憲法であるべきか——は、全然別の問題である、として、この憲法と私法ないしは労働法との正しい関係についての問題については、すでに長く議論されてきており、関連する文献を一瞥すれば、この議論においては、さまざまな側面によってその都度とても正当な関心が述べられているが、ここでの核心には、その間にまさに労働法にとって典型的な緊張分野を構成する、2つの極が確認されうる、つまり、一方での憲法の優位と、他方で私法の独自性であるとし²⁴⁾、議論においてはその都度、両方の視点が異なって強く強調されていることを指摘する。

そして、この2つの極それぞれについて以下のように述べる。つまり、1つの極である憲法の優位は、私法・労働法は基本法1条3項、20条3項のゆえに、序列における法秩序の段階構造の意味において、憲法の下位におかれることから憲法上自明なことであり、労働法は憲法の基準、特に、基

24) M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S.44ff.

本権ではかられなければならないとし、しかも、同様に2つの方法で(S.12)、つまり、立法者と裁判官の行動は、一方では、防御権的過剰禁止で限界づけられ、他方で、高権は、基本権的保護義務あるいは社会国家原理にもとづいて、まさに労働法において行動が要求され、したがって、明らかなことは、労働法は憲法とはきっぱりと分離されえないことである、とする。

他方、もう一方の極である私法の独自性については、以下のように述べる。つまり、他の極の強調は、正当さが少ないというわけではなく、立法者の判断の余地と私法・労働法の独自性は、憲法の優位に逆らって保持されつづけられなければならない、とする。その理由として、短く書かれ、解釈の必要な憲法は、私法・労働法のすべての問題に自ら答えるという状況にはなく、逆に、私法・労働法の多くの諸問題は、基本法がそもそも発効する前に、すでに長く説明されており、まさに、私法の伝統と事物への近さは、それゆえ、憲法の妥当の優位に対立する、私法の原理的な認識の優位という見解²⁵⁾に賛成できる、とする。

結論としては、憲法から強行的な基準が直接引き出せるところでは、民主的に正当化される通常法律の立法者の判断のための余地はもはやないので、憲法の影響が強ければ強いほど、専門裁判権と憲法裁判権の影響も強くなる、とする。ただ、労働法の場合に、高度に政治的な素材が問題となる限りでは、このことは、問題であるように思えるので、裁判官による継続形成の際には、特別な程度、市民法の方法の規律(Disziplin)に配慮されなければならない、とする(S.13)。

ここからは、①「憲法の具体化としての労働法」ないしは「流れ出た憲法としての労働法」は、労働法全体なのか、その一部なのか、②憲法が労働法に相当の影響を与えていることは事実として存在するが、それをどのように評価すべきか、③その際、憲法の優位と私法・労働法の独自性という緊張関係をどのように考えるかという問題を提起していると考えられる。

25) Ruffert, a.a.O. (注24), S.51.

ここでは、ルフアートの見解を引用して、それに賛同しているが、ルフアートは、次のような議論を展開している。

つまり、ルフアート²⁶⁾は、労働法に限定してではなく、労働法が含まれる私法と憲法という問題を設定しているが、憲法の妥当の優位と私法の認識の優位については、ドクマティーク的価値レベルにおいては、憲法の優位と私法の独自性の間の緊張関係がより示されるとし、私法の伝統と事物への近さがはかりの一方にのせられ、一方では、憲法の優位の重要性が基本法1条3項と20条3項から生じ、両方の問題は、お互いに結びついており（S48）、私法のドクマティークは、原則として憲法から導かれなければならないという要求は憲法ゆえに唱えられ得ない、とし、その理由として、私法ドクマティークは、憲法より、他の、そして本質的により古い源から供給されており、その内容の開放性と不確定性ゆえに、憲法は、私法をその分枝にいたるまで定めることができないからである、とする。

それゆえ、憲法と私法の関係は、法律的な「一方通行」ではなく、憲法と私法の間関係は、特に、そのような「相互の補完と条件付け」（コントラート・ヘッセ）²⁷⁾として確立される、とする（S49）。

それぞれの根拠としては、議論の余地のない憲法の妥当の優位は、基本法1条3項、20条3項から生じ、認識の優位は、私法の伝統と事物への近さに根拠をおくとし、伝統的に成長し、ドクマティークとして適正に形づくられた私法は、基本法よりも時期的に先行し、基本法は原理的に、この構造の排除を目的としていない、というのは、わずかな例外（基本法9条3項2文、48条）を除いて、内容的に私法関係についての明確な規定を含んでいないからである、と説明する。したがって、私法概念、制度、ドクマティーク的構造は、できるだけ憲法によって配慮されなければならない、民

26) Ruffert, a.a.O. (注24), S.44ff. この節の以降の本文での頁数は、同書からの参照・引用頁数を示す。このルフアートの著書の内容については、西村枝美「憲法の私人間効力の射程（3）」関西大学法学論集62巻6号（2014年）177頁以下参照。

27) K. Hesse, Verfassungsrecht und Privatsrecht, 1988, S.31.

法は、たとえば、市民的観点から要求される「自己展開と自己主張の余地」を含んでいる、とする(S51)。

ただ、私法の認識の優位は、絶対的に妥当するのではなく、最適化の傾向をもった原理の性格を示すので、明確な憲法上の、このことで優位する価値にもとづいて、私法上の規律が保持されえないのであれば、私法の認識の優位は後退するが、憲法のドクマティークと価値の形成が必要なので、この領域においては私法の認識の優位に配慮しなければならない、とする。

さらに、私法の認識の優位だけで、特定のやり方で個々の法的問題を解決する結果となるわけではないとし、それは、その原理的性格ゆえに、私法の認識の優位は、個々の憲法上の制度およびドクマティークの発展の処理の際には、憲法の整形に、議論の必要な要素として持ち込まれなければならない、とする。その限りでは、その都度の法の他の法に対する優位は、議論の必要な性格を有するが、このことは、妥当の優位に根拠付けられて、憲法の最終決定の可能性——憲法がそれに対応した決定を含んでいる限りではあるが——を否認することはできず、憲法の妥当の優位と私法の認識の優位は、相並んで実現されなければならない、とする(S52)。

ここでは、基本権が立法権も拘束すること(基本法1条3項)、立法が憲法に適合する秩序に拘束されること(基本法20条3項)に基づく憲法の妥当の優位と、私法とそのドクマティークが基本法以前に成立していることと事物への近さから私法の認識の優位とを導き、私法の独自性を基礎づけている。ただ、この私法の認識の優位は、原理としての性格を有するとして、明確な憲法上の価値との関係で、私法の認識の優位は後退することがあることは認め、また、私法の認識の優位だけでは解決されえないことも認め、私法の認識の優位が憲法の議論に持ち込まれることで、憲法の妥当の優位と私法の認識の優位がともに実現されるとしていると思われる。

前述のとおり、このルフアートの見解は、フィッシャー／シュミットによる問題提起としてあげた、③の憲法の優位と私法・労働法の独自性という緊張関係に関するものであり、枠組みとしての憲法のもとの、まずは私

法理論での解決を優先し、それが憲法の価値と明確に一致しない結果をもたらず場合には、憲法理論の介入が認められるというものと理解できる。したがって、憲法の範囲内であるということになるが、民事法の制定・維持にあたっての立法者の裁量も尊重されることになり、憲法と私法の緊張関係を認め、その相互関係の中で調和点をたえず求めていこうとする試みとして支持できる。ただ、私法の認識の優位の根拠として、私法の伝統、すなわち、私法とそのドクマティークが基本法以前に成立していることがあげられており、基本法のもとでの検討はそれで差し支えないかもしれないが、憲法と私法という観点からは、ドイツに限ってもそれ以前の憲法との関係や、私法理論の変遷・発展もあるであろうから、私法の認識の優位への配慮も、個別具体的にされなければならないように思われる。

これらを踏まえ、フィッシャー／シュミットによる問題提起に即して考えると以下のようなのではなかろうか。

まず、①については、法律は憲法に拘束され、多かれ少なかれ、憲法を具体化する役割をもつと考えると、労働法も憲法の具体化であり、憲法が流れ出たものであるといえる。さらに、労働法が労働条件決定について、使用と労働者の力の非対等性を前提として民法などに対してその独自性を獲得してきたことからすると、特に社会国家においては労働法全体が「具体化された憲法」であり「流れ出た憲法」といえると思われるが、プライスの言うように解雇制限法やシュトッフエルスと言うように労働争議法は、憲法とのつながりがより強い領域であり、領域によってその程度は異なり得て、一律とはいえないであろう。たとえば、解雇制限法は、解雇が労働者が生きていくうえで必要な収入の源をたつものであり、その影響は大きく、また、さまざまな解雇の理由はあるが、基本権の行使を理由とする解雇や平等原則違反の解雇もあることから、憲法の保障する基本権との関係が頻繁に問題となり、さらに、解雇が労働者に与える否定的評価が人間の尊厳の侵害の問題ともなりうるということから、憲法との結びつきが深くなるものと思われる。後者の労働争議法は、労働争議に関しては立法がほ

とどなく、労働争議法理は判例によってつくられてきたので、規範としては基本法9条3項だけが根拠となるという事情が関係しているが、法律があれば、団結の自由を具体化するものと位置づけられると思われる。ただ、団結の自由という防御権に関する法律であるから、具体化(内容形成)ではなく、団結の自由を制限する法律の場合もありうるであろう。

次に、②の憲法が労働法に相当の影響を与えていることは事実として存在するが、それをどのように評価すべきかは、労働法の理念をどこに求めるかとも関連するが、労働法が労働者の人間らしい労働条件の確保、人間らしい生活の確保を目的とするとすれば、少なくとも基本法の人間の尊厳の保障や社会国家原則と一致するものであり、憲法が労働法に相当の影響を与えることは、上述のように領域ごとに程度の差はあるにしても、自然なことであり、肯定的に評価できるものと思われる。

最後に③の憲法の優位と私法・労働法の独自性という緊張関係をどのように考えるかについては、労働法に限定して考えた場合も、立法者の裁量や労働法理論が尊重されるべきであるが、上述のとおり、労働法の存在理由からして、憲法との関係、特に基本権との関係は深いものにならざるを得ず、これまでもそうされてきたように、憲法を意識した議論がされる必要があると思われる。特に、法律が制定されていない場合には、憲法に直接もとづく議論が必要になり、ただ、シュバルトナーが批判するように、憲法は、何でも引き出せるという意味での「憲法の魔力」をもつものと評価されるようなものではあつてはなからうし、個別具体的な問題に即して、憲法の労働法への影響が検討されなければならないであろう。その際、枠組みとして、基本権の第三者効力論や労働法における保護義務論が検討される必要があらうし、労働関係における個々の基本権の関わりが検討される必要があると思われる。

おわりに

以上、ドイツの基本法のもとの、憲法と労働法の関係について、労働法を憲法の具体化としての法と位置づける諸見解をみて、それに対する批判・問題提起を概観してきた。

連邦憲法裁判所裁判官であったライブホルツが、連邦行政裁判所長官であったヴェルナーが行政法について「憲法の具体化としての行政法」と位置づけたことを参考にして、「憲法の具体化としての労働法」と位置づけ、このことが、のちの連邦憲法裁判所長官のベンダや、国法学者のアハターベルクに引用されて、その位置づけが引き継がれることになる。ただ、解雇制限法について「憲法の具体化としての労働法」とするプライスの見解や、いわゆる労働争議法を、これとは別の表現である「流れ出た憲法」とするシュトッフフェルスの見解もある。さらに、基本法の労働に関する規定の複合体を「労働憲法」として、法律にその具体化を要請するものにとらえる見解もあり、これも労働法を具体化された憲法にとらえるものと思われる。

ただ、この「具体化された憲法としての労働法」というとらえ方を完全に否定するわけではないが、シュベルトナーから、「具体化された憲法としての労働法」という視点のもとで、労働法上の問題の解決を憲法上決定することに対する批判が出され、これは、たとえば、労働権を憲法から導けば、これは労働法にとっては、カタストロフィーとのみ評価されうるといった強い批判をとまなうものであった。

これらの議論をうけて、「憲法の具体化としての労働法」という命題に対して、①「憲法の具体化としての労働法」ないしは「流れ出た憲法としての労働法」は、労働法全体なのか、その一部なのか、②憲法が労働法に相当の影響を与えていることは事実として存在するが、それをどのように評価すべきか、③その際、憲法の優位と私法・労働法の独自性という緊張関

係をどのように考えるかという問題提起がなされ、議論がなされているが、人間の尊厳や社会国家原則を基本法原理とする基本法のもとでは、それらが労働法の存在意義と一致することからすれば、その程度の差はあるにせよ、全体として労働法全体が憲法の具体化としてとらえることができ、労働法上の個々の問題は、まず労働法と労働法理論にもとづいて解決することが追求されるが、究極的には憲法の理念に沿う必要があり、労働者の基本権がかかわってくる場面が多くならざるを得ないこともあり、基本法にもとづく議論が必要な場合が多いということになる。

本稿では、憲法と労働法の関係について、網羅的に検討できたわけではなく、かつ、抽象的な議論の確認にとどまったので、この枠組みを前提に、憲法論を含んだ個々の問題についての検討をすすめ、この枠組みを修正・具体化することは今後の課題とさせていただきたい。

* 本研究は、JSPS 科研費 JP23K01090の助成を受けた研究成果の一部である。