

ロトマーによる労働契約の解明

——「不当なるものの多くは、それが不当と
知られた以上は維持しえない」——

Lotmars Aufklärung der Arbeitsverträge:

„Manches Unrecht kann den Verlust seines Inkognitos nicht überleben“

ルカ・ノグラー*
訳 後 藤 究**

訳者まえがき

2014年11月、日本比較法研究所の主催で、「ライフ・タイム契約（Life Time Contracts）という新たな契約類型について」（同月8日）、「ロトマーによる労働契約の解明」（同月11日）をテーマに、ルカ・ノグラー教授（Luca Nogler：イタリア・トレント大学）の講演会が開催された。イタリア人である同氏は、イタリア法はもちろんのこと、EU法やドイツ法についても数多くの論稿を執筆されており、今回の講演会においても、上記の演題の下でEU法及びドイツ法をベースとした講演を担当していただいた。

本稿は、同氏による2日目の講演（以下、「本講演」という。）の翻訳と訳者による若干のあとがきを記したものである。

* トレント大学教授

Luca NOGLER

Professor of Labour and Employment Law, University of Trento

** 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

なお、あらかじめ補足しておくとして、2013年6月13-14日、スイス・ベルン大学において、フィリップ・ロトマー (Philipp Lotmar) のローマ法教授職任命125周年を記念したシンポジウムが開催されており、そこでのノグラー教授による報告が本講演のベースとなっている。同シンポジウムの記念本には、ノグラー教授の報告をはじめとした諸報告が収録されている¹⁾。

1. ロトマーの略歴

フィリップ・ロトマー (Philipp Lotmar) は、1850年9月8日、フランクフルト・アム・マインにて誕生し、ハイデルベルク大学、ゲッティンゲン大学、ミュンヘン大学での法学研究ののち、1875年にミュンヘン大学にて博士号を取得し、翌年(1876年)には、同大学にてローマ法の教授資格を得た。1878年、ロトマーは、ビスマルクによる社会主義者鎮圧法 (Sozialistengesetzgebung) に対する抗議から、社会民主党 (sozialdemokratische Partei) に入党したのであるが、このことは、ライヒの正教授にとっては考えも及ばないようなことであった。1888年の秋頃、彼は講壇社会主義者 (Kathedersozialist) であるユリウス・バロン (Julius Baron) の後任として、スイス・ベルン大学にてローマ法の教授職についた。同大学において、彼の研究・執筆活動の重心は、ローマ法 (とりわけ、彼の師であるアロイス・ブリント (Alois Brinz) の著名な教科書の加筆など) から現行法へと移行し、1900年の論稿「使用者-労働者間の労働協約 (Die Tarifverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer)」及びその後執筆した労働契約についての二分冊によって、ロトマーは労働法学の創始者となった。

1) Fagnoli (Hrsg.), *Philipp Lotmar: letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, F. a. M., Klostermann, 2014. 同書には、イタリア・ドイツ・スイスの教授らの論稿が収録されている。同書を通じて、ロトマーの学説が労働法理論に与えた影響のみならず、彼のローマ法研究における功績などを知ることができる。

労働協約法の大家であるウルリッヒ・ツァッハルト（Ulrich Zachert：1943-2009）は次のように述べる。

「何よりも、ローマ法によって特徴づけられたパンデクテン法学及び実証主義ならびに法的な事実の研究（Rechtstatsachenforschung）という2つの根本的に異なる思想派ないしは思想的傾向を『共存』させた点にロトマーの人格及び業績に対する驚嘆と魅力がある。19世紀から20世紀への転換期において、学問流派として、法的な事実の研究は存在しておらず、今日では、オイゲン・エールリヒ（Eugen Ehrlich）がその創始者として知られているところである。さらに、ロトマーは歴史・経済についても造詣が深く、社会問題に対する鋭い感覚とそれらの知識とを結びつけていた。ローマ法的パンデクテン法学という方法的に正確かつ厳格な学派は、ロトマーによる規範を根拠とした立論、また、規範についての立論に資するものであり、あらゆる場面において法を曲解しないという彼の解釈に資するものであった」。 (*Kritische Justiz*, 2007, S.428ff. を参照)

このことと関連して、ロトマーが個別の労働契約に対する労働協約の直律効とその不可変性（Unabdingbarkeit）を概念的に承認したことは注目に値しよう。この点について、ツァッハルトは次のように述べる。

「確かに、ロトマーは、労働協約を法律学的に把握しそれを類型化することに成功したのだが、しかし、この把握と類型化は、団結をその組合員の代理人とみなすという個別法上の不十分な手段を用いることによってなされたのであった。」（前掲論文を参照）

1921年、ロトマーはケルン大学から名誉博士号を与えられ、それとともに「労働法の理論的先駆者（theoretischer Vorkämpfer des Arbeitsrechts）」として表彰された。1902年のスイス法律家協会会議（Jahresversammlung 1902 des Schweizerischen Juristenvereins）向けに雇用契約法の将来的規制に関する鑑定書を作成して以降、ロトマーは労働法の現代的立法のために尽力してきたのであった。ロトマーは伝統的私法に対して批判を行いながら、労働法という法領域の本質的なメルクマールとして、補填的（kompensatorisch）（すなわち、社会的弱者に対する保護的）性格を強調してい

た。

1911年には、スイス債務法において、ロトマーの求めたことの多くが実現されることとなり、世界で初めて、労働協約の規範的効力が法律上承認されることになった。第一次世界大戦以前、労働法において、スイスはヨーロッパの指導的地位を有していたが、これは、基本的にはロトマーの功績によるものであった。

2. 罨 (*Ein Fallstrick*)?

2013年6月13-14日、ベルン大学にて、ロトマーのローマ法教授職任命125周年を記念したシンポジウムが開催され、同シンポジウムに関する諸論文は近時に刊行された一冊の本に収録されている。

『フィリップ・ロトマー：最後のパンデクティストかそれとも最初の労働法学者か? (*Philipp Lotmar: letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*)』というその本の興味深いタイトルは、解釈学 (Hermeneutik) に従事した哲学者であるハンス・ゲオルク・ガダマー (Hans Georg Gadamer) による警告を筆者に想起させるものであった。ガダマーは、彼の師であるハイデガー (Heidegger) に献呈した短い論文の中で、そのような質問 (上記の「最後のパンデクティストかそれとも最初の労働法学者か?」という質問: 訳者付) はいずれも「罨 (*Falle*)」のようなものであり、「質問された者は、問われた通りの選択をすることによって、その罨に陥り、その罨に嵌ることになる」と述べていた²⁾。ここでの罨とは、パンデクティストである者は最初の労働法学者たりえないであろう、という仮定である。ともあれ、かかる仮定の当否を労働法学者が判断する必要はなからう。

加えて、労働契約についての第一分冊の序論におけるロトマーの次のような記述について言及しておきたい³⁾。曰く、「ローマ法……を回避した

2) H. G. GADAMER, *Der Denker Martin Heidegger*, in Aa. Vv., *Die Frage Martin Heideggers*, Heidelberg, 1969, S. 255.

3) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I.

わけでなければ、我々が法律学上の『ローマからの解放運動 (*Los von Rom-Bewegung*)』に関与したいわけでもない。ただ、今日的課題を背景としながら、また、今日的課題に資するためにローマ法を参照しているのであり、そして、ローマ法的な物事の秩序を明らかにするという更なる目的のために、例外的にローマ法を参照しているに過ぎないのである。前面にあるのは、ライヒの法による規律である」と (S. 27)。実際のところ、これはローマ法の継受というよりは、むしろローマ法からの剝離 (*Loslösung*) を示す記述であるように思われる。このことについては、いま一度後述することとしたい。

むしろ、——恐らくはフーゴ・ジンツハイマー (Hugo Sinzheimer) が初めてそう称したように——フィリップ・ロトマーを「労働法領域における学術的先駆者 (*wissenschaftlicher Pionier auf dem Gebiete des Arbeitsrechts*)⁴⁾」と称しうるか否かを解明することこそが筆者に課せられた任務であろう。

3. 労働法におけるロトマーの新たな方法

オイゲン・エールリヒによれば、労働契約は、ロトマーの下でようやく法律学の対象となったとされる。ロトマーの視点は、およそ判例が取り扱うもののみが法の対象であるとする当時の支配的見解とは異なるものであった⁵⁾。マックス・ヴェーバー (Max Weber) が支配的見解を「古い」方法と評したように、この方法の下では、労働法という新たな領域が創出されることは決してなかったであろう⁶⁾。

Leipzig, Duncker & Humblot, 1902. 引用した頁数については、本文中に記載。

- 4) *Philipp Lotmar*, in Id., *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, F. a. M., Klostermann, 1953, S. 211. 周知のとおり、1938年に刊行された同書を再版したのが、ここで引用する1953年版である。
- 5) E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Hrsg. M. Rehbin-der, Berlin, D. & H., 1989, 19.
- 6) M. WEBER, *Rezension von: Lotmar Philipp der Arbeitsvertrag. Nach dem Privat-*

ロトマーは、労働法という領域に属する諸問題が独自の研究方法を要することを示し、そうすることによって、萌芽状態の労働法という領域を独立させたのであった。そして、この独自の研究方法の特徴は、法的な型 (*juristische Schablone*) へと取り込まれるべき事実を、あらかじめ経験に照らして分析する必要性にあるとしている⁷⁾。「争訟の判断のための諸基準を作成することだけが求められているのではない。このことに常に鑑みて、労働法が研究されねばならない」ということを、フーゴ・ジンツハイマーは彼の労働協約研究において浮き彫りにしていたが、こうした事情の下で、先述したような経験的分析の必要性が生まれてきたのであり、また、今日においても、その必要性が存するのである。危険にさらされている諸利益と力関係を考慮すれば、むしろ、こうした争訟の判断のための諸基準に基づいて、実務においても妥当するような行為規範が(ともすれば、質的というよりも量的に)規定されなければならない。

ロトマーは、序論において、この革新的なアプローチについて説明しているが、その中でも特に、経済的な事実 (*wirtschaftliche Thatsachen*) を前提に、賃労働 (*Lohnarbeit*) ——この表現により、ロトマーは、法的に自由な労働契約 (*rechtlich freier Arbeitsvertrag*) のことを示している——が、現代社会における生計基盤 (*Ernährerin der modernen Gesellschaft*) (S. 3) であり、生産と分配の法的骨格 (*rechtliches Knochengengerüst*) を形成している (S. 5) ということを確認している。その後、ロトマーは、労働契約を「現代経済の法的な仕組みにおけるフライホイール (*Schwungrad*)」と称しており (S. 13)、また、統計的にみれば、売買契約が労働契約のライバルとなりうる唯一の契約類型に該当する、と述べている (S. 5-6)。

このように、労働契約の経済的な意義を考察したうえで、ロトマーはその性質を考察している。この点については、労働契約が「財産 (*Vermögen*)」ではなく人格 (*Person*) の投入 (*Einsatz*)」を前提とすることを確認

recht des Deutschen Reiches, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 1902, 734.

7) H. SINZHEIMER, *Philipp Lotmar*, cit., 219.

し、結論として、「その限りでは、——支配的な法理論及び道徳理論によれば——人間にとって、他の人間は、物よりも身近 (*näher*) でかつ高位 (*höher*) であり、……人間は、労働における人格の没入 (*Hingabe*) を、物の給付よりも高度に尊重 (しなければならず)」(S. 8), そして「法秩序は、人間社会の産物及び道具として、こうした序列に適合する (ものでなければならない)」(S. 8) と述べている。

その上で、ロトマーは、農業労働者 (*Landarbeiter*) についてのマックス・ヴェーバーの研究を参照しつつ⁸⁾、労働契約は、大半の労働者にとっては「生存手段 (*Subsistenzmittel*)」であるために (S. 10)、労働契約の締結及び履行に際して、契約当事者が力関係の極めて不均衡な (S. 13) 状況に置かれるであろうことを明らかにしている。そして、このことは、私法上の手段がどれほど脆弱であるか (S. 12) を示しているという。

このような考察ののち、ロトマーは労働契約に関する学説を概観している。結論として、ロトマーは、議論状況が全く満足のいかない (*unbefriedigend*) ものであるとし (S. 16)、特に、その理由が、「分裂あるいは分散 (*Zersplitterung oder Zerstreutheit*)」という特徴を有する労働契約の法源の性質 (*Beschaffenheit der Rechtsquellen*) にあるとしている (S. 16)。ロトマーは、大半の労働契約が特別法によって整序されており、それゆえに、これらの労働契約がはじめから雇用契約 (*Dienstvertrag*) または請負契約 (*Werkvertrag*) という類型の下に置かれるわけではないということを重要視する (S. 16-17)。しかし、彼はまた、農業労働者のように、特別法によって整序されていない労働形態が、民法典上の雇用ないし請負契約に関する規定によっては適切に規律されておらず (S. 20)、また、多くの場合、債務関係は物の給付を念頭に置いて構成されているがゆえに、こうした欠缺が一般規定によって補填されるわけでもない (S. 22) ということを確認

8) M. WEBER, *Die Lage der Landarbeiter im ostelbischen Deutschland*, Verein für Socialpolitik, D. & H., 1892 und in Max Weber-Gesamtausgabe, Hrsg. Baier, Lepsius, Mommsen, Schluchter, Winckelmann. Abtlg. 1: Schriften und Reden. Band 3. 2. Halbband. Martin Riesebrodt (Hrsg.), Tübingen, J. C. B. Mohr, 1984.

認している。その上で、ロトマーは、彼の法学的分析を継続するための手がかりとして、「ある題材についての法的な秩序に対して不満が募れば募るほど、法理論はますます当該秩序の複写に限定されうるものではなくなり、また、その理論的課題はより一層困難なものとなる」と述べている (S. 23)。

労働契約に関する学説が「実態 (*thatsächliche Zustände*)」の十分な分析を怠ってきたということもまた、ロトマーが諸学説を満足のいかないものと評する理由である (S. 24)。この点に関して言えば、ロトマーは、理論法律家 (*theoretische Juristen*) をいわば痛烈に批判しているのであり、それらの者に対して、現実の世界 (*Welt der Thatsachen*) について検討するよう要請したのであった (S. 24)。周知の通り、ロトマーは自著のために、ドイツ工業裁判所及び商人裁判所連盟の月報 (*Monatsschrift des Verbands Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte*) の助力の下、労働協約、服務規程、ゲノッセンシャフトの定款、工業監督 (*Gewerbeaufsicht*) の記録、そして個別契約の定型書式を大量に収集していた⁹⁾。

ロトマーは問題把握やおおよそ「私法秩序が役に立たない」ということを素描するために、こうした実態分析を利用したのであった (S. 26)。さらに、ロトマーは、問題を明確化するための作業の中で、「(実態を分析し、法の欠缺が存する状況と規制の必要性を説いた上で：訳者付) 舵取りを政治家に委ねなければならないところまでアプローチするのが法律家の任務となる」だろうと述べている (S. 26)。

4. 雇用契約と請負契約は、「労働それ自体 (*Arbeit als solche*)」と「労働の成果 (*Arbeitsersfolg*)」のいずれを条件とするかによって区別されうるものではない

フィリップ・ロトマー生誕150周年記念シンポジウム (*Colloquium zum*

9) M. WEBER, *Rezension*, cit., 723.

150. *Geburtstag Philipp Lotmars* : 2000年6月15-16日にベルンにて開催) をもとにした興味深い記念本の中で, エバーハルト・ドルンドルフ (Eberhard Dorndorf) は, 次のように述べている。曰く, 「フィリップ・ロトマーの労働法に関する基礎著作である『ライヒ私法における労働契約 (*Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs*)』の基礎には BGB とは異なる独自の概念体系があり, そして, 周知の通り, この体系はその中核において非常に広く労働契約を観念し, そのうえで, この労働契約観はさらに, 時間給契約 (*Zeitlohnvertrag*) と出来高給 (*Akkord*) とに分類される¹⁰⁾」と。

もっとも, 筆者は, BGB に反するロトマーのこうした見解に当然に与するものではない。

ロトマーの関心は, 「諸類型を越えた1つの総体づくりのための土台 (*die Bausteine für ein die Typen überragendes Ganzes*)」を敷設することにあつた (S. 29)。この諸類型というのは, BGB 及び特別規定における諸々の労働契約のことである。つまり, 「労働契約」という類型は, 理性法 (*Vernunftsrecht*) のように, 演繹的に, 一般的なものから特殊なものへと構築されるものではなくて, むしろ逆に, 帰納的な方法において, 特殊なものから一般的なものへと構築されるものであると述べている¹¹⁾。さらに, この労働契約という類型が雇用契約及び請負契約の下位類型として位置づけられていないのは, ロトマーが, 雇用契約及び請負契約というこの2つの契約類型を「要件によって (*nach dem Thatbestand*)」は区別しえないと理解するためである。フィリッポ・ラニエリ (Filippo Ranieri) が近

10) E. DORNDORF, *Lotmars "Arbeitsvertrag"*, in P. CARONI (Hg.), *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*, F. a. M., Klostermann, 2003, 81.

11) 「他の多くの法的概念と同様に, その根源的事象 (Quelle) を学術的に検討することによって, すなわち, その根源的事象において示される契約の諸類型をもとにして, 労働契約という類型的概念を抽象化ないし展開することによって, これ (労働契約という概念: 訳者付) は……, 獲得されるのである」(P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag I*, 264-265)。

時において述べたように、雇用契約と請負契約の区別は¹²⁾、ベルンハルト・ヴィントシャイト（Bernhard Windscheid）の見解に基づくものであった。ヴィントシャイトは、役務（*Dienst*）の給付義務に関する契約と、期待されている成果の提供を中核とする契約とを区別するべきであるとしている¹³⁾。ギールケもまた、雇用契約においては——請負契約と異なり——労働の成果は重要でなく、契約債務は給付の履行によってではなく、単に一定時間、勤務をすること（*Ableisten der Zeit*）だけで消滅することを主張した¹⁴⁾。

これに対して、ロトマーは、「成果の達成を目的としない義務は存在し

12) 雇用契約と請負契約は、1916年のスイス民法典（*Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch, ABGB*）第3次改正においても相互に区別されている（なお、スイスにおいては、この従前の雇用契約はもはや存在していない）。T. TOMANDL, *Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht*, Wien-New York, Springer, 1971, 20においては、1811年当初のABGBにみられた賃金契約（*Lohnvertrag*）というカテゴリーから雇用・請負契約という二分法への移行過程が以下のような記述で再現されている。すなわち、「ある者が、一定の時間において他人のために役務提供義務を負う場合、雇用契約が成立する。これに対して、ある者が報酬と引き換えに仕事の完成を引き受ける場合、請負契約が成立する」と。起草過程が示すように、1916年改正法におけるABGBの条文は、単に労働契約と請負契約にのみ関係するものであって、独立した雇用契約（*freier Dienstvertrag*）に関するものではない。独立した雇用契約についての法規制はいまだに欠けたままである（G. LÖSCHNIGG, *Arbeitsrecht*, 11. Aufl., Wien, OGB Verlag, 2011, 163 ff.）。

13) 統一的な賃約（*locatio conductio*）というローマ法上の概念から、物の賃約（*locatio rei*）、仕事の賃約（*locatio operis*）、労務の賃約（*locatio operarum*）という3類型への移行が生じたのは、Johannes Voetの功績であり、また、本文において説明するように、ヴィントシャイトによって、後二者（仕事の賃約及び労務の賃約）は請負契約及び雇用契約と称されることとなった（この点については、L. RANIERI, *Dienstleistungsverträge*, cit., 1 ff. も参照）。

14) O. GIERKE VON, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jhering Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 64 (1914), 24 ff.; O. GIERKE VON, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, in *Festschrift für Heinrich Brunner*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, 37 ff.

ない」として、こうした区別を否定したのであった¹⁵⁾。リュームリン (Rümelin) は、「達成されるべき成果がまったく指定されていない場合には、……成果の完成は約され(え)ない」¹⁶⁾との考えを示したが、これに対して、ロトマーは、労働契約においては「提供された労働には成果が随伴する」と反論し、この点で医師の例を引き合いに出している¹⁷⁾。すなわち、医師の場合には、適切な治療行為を行うことが義務づけられた給付の成果を意味すると述べている。

その後で、医者と患者の間の雇用契約を例として、ロトマーは成果 (*Erfolg*) と成果の成果 (*Erfolg des Erfolgs*) とを区別している¹⁸⁾。後者の成果の成果とは、ロトマーの言葉を借りれば、直接的な成果に対して、通常、それ自体としては債務の対象とならないような「成功という結果」(*glücklicher Ausgang*) が付け加わったものであるという¹⁹⁾。それゆえ、患者を適切に治療した医者は、患者の死亡という結果 (*eventus mortalitatis*) には責任を負わない。

このような考察から、ロトマーは次のような結論を導いている。すなわち、「労働に通常随伴する成果に応じて、常に、労働と成果はともに約されており、雇用契約及び請負契約はただ報酬関係 (*Entgeltverhältnisses*)

15) ロトマーの議論を継受して、このテーゼの証明にもっとも詳細に取り組んだ研究として、L. MENGONI, *Obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato» (Studio critico)*, *Rivista di diritto commerciale*, 1954, I, 185 ff., 280 ff., 366 ff. und zum Zitat im Text S. 188.

16) G. RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1905.

17) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, II, 433 e 879.

18) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, II, 423.

19) 医者という職業はロトマーを強く魅了した。彼は、1888年にベルン大学からの招聘を受ける前には、医学部に編入することを検討していた。J. RÜCKERT, *Philipp Lotmar (1850–1922). Römisches Recht, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geiste von Freiheit und Sozialismus*, in Heinrichs H., Franzki H., Schmalz K., Stolleis M. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München, Beck, 1993, 331 ff.; L. NOGLER, *Philipp Lotmar (1850–1922), Lavoro e diritto*, 1997, 205 ff. 参照。

に基づいて区別されうるにすぎない」としている²⁰⁾。見て取れるように、ロトマーは実定法に深く根ざしながら、実定法にとっての革新的な解釈を提示しているのである²¹⁾。

5. フィリップ・ロトマーにいう労働契約に内在する非財産法的利益

ロトマーの革新的アプローチは、彼を最初の労働法学者と認めるための必要条件であっても、十分条件ではない。もっとも、そのアプローチに加えて、ロトマーが、従前は誰も取り上げてこなかった問題を描写したことをふまえば、最初の労働法学者としての彼の功績は認められてしかるべきである。ここでは、ロトマーによる問題描写に注目したい。私見によれば、「——労働は常に法学の対象であったし、ローマ法の時代においてすらそうであったというように——研究対象となる経験上の事実がある法分野を定義づけるのではなく、ある特定の学問領域を参照しながら問題を描写することによって、その法分野が定義づけられる²²⁾」のであると考える。そのため、ロトマーが初めて取り上げた新しい問題とは何であったか、また、この問題が現代ドイツ労働法学とヨーロッパの労働法学に独自性をもたらしたと言えるのかどうかを解明することが重要となる。

この点を解明する上で、労働契約に関する二分冊の序論の中でのロトマーによる記述を確認しておこう。ロトマーは、ここで、「……労働者が、自らの何らかの財産を委託しまたは引き渡すという点に労働契約の本質があるのではなく、労働者が労務を提供する点にその本質がある。労働と

20) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, II, 831.

21) J. RÜCKERT, *Philipp Lotmar – ein Rechtsphilosoph von Rang*, in P. CARONI (Hrsg.), *Forschungsband Philipp Lotmar (1850–1922)*, cit., 152は、「法実証主義者とは、単に現行法に満足しているような法律家なのだ」という偏見に反駁してはいるものの、結局、ロトマーを法実証主義者とみなしている。

22) G. BONAZZI, *Storia del pensiero organizzativo*, Milano, Franco Angeli, 2008, 20.

は、労働を約する時点において、将来的に労働者が所有することになるものではなく、また、労務の履行の時点において、労働者が所有しているものでもない。むしろ人格が存在することに由来するものなので、そもそもその所有に帰するものではない²³⁾。」と述べたのであった。のちにギルケはこのテーゼを受け入れ、労働とは労働者の「自由な人格の発露」であるとした²⁴⁾。

トーマス・ガイザー (Thomas Geiser) が2013年6月13-14日のベルン大学におけるシンポジウム (訳者まえがき参照: 訳者付) において紹介したように、1902年のスイス法律家協会会議において、ロトマーは雇用契約に関する報告を行い、特に労働者の身体的人格を保護する義務を使用者に課すことを目的に、労働者人格の持つ優越的価値を強調しようとしたのであった²⁵⁾。

これが、ロトマーが浮き彫りにした問題なのである。すなわち、ロトマーは、債務者の人格それ自体から債務者の提供すべき給付が生み出されているような契約類型を発見し、その契約類型においては、債務者の人格に道徳上の優越的価値が認められることを説いたのであった。つまり、こうした新たな問題を浮き彫りにした背景には、道徳的価値を受け入れるとい

23) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, I, 7.

24) O. GIERKE VON, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jhering Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 64 (1914).

25) *Referat und Diskussion zum Dienstvertrag*, in *Zeitschrift für schweiz. Recht* 21 (1902), 607 ff; のちにロトマーは、スイス社会民主党における債務法改正に関する特別委員会のメンバーとして、自身の考えを弁明する機会を得たのであった (E. EICHHOLZER, *Ein Professor des altrömischen Rechts, Philipp Lotmar, als Förderer des modernen schweizerischen Arbeitsvertragsrechts*, in *Gewerkschaftliche Rundschau*, 1974, 148)。その後の1912年1月1日、債務法改正法は施行された。ロトマーは同改正についての研究の中で、いくつかの欠点を指摘しながらも、おおむね同改正を肯定的に評価していた。: P. LOTMAR, *Das neue Schweizerische Obligationenrecht und der Arbeitsvertrag*, in *Gewerbe und Kaufmannsgericht*, 1912, Nr. 7, 145 ff. Vgl. insgesamt C. A. GASSER, *Philipp Lotmar 1850-1922 Professor der Universität Bern*, F. a. M., Peter Lang, 1997.

う新しい手法があったのである。「不道德な契約——とりわけ普通法にもとづいて (*Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach Gemeinem Recht*)」の研究以降、ロトマーは、近代法はローマ法を継受したとはいえ、ローマの道徳 (*römanische Moral*) を継受したわけではないと説明してきた²⁶⁾。売買契約と用益賃貸借契約がローマの道徳に依拠しながら構想される一方で、労働契約は新しい道徳に対応するものであった。そのため、ロトマーは、労働契約は財産についての契約ではなく、労働者の人格についての契約であることを確認し、——ルヨ・ブレンターノ (*Lujo Brentano*) やフランチェスコ・カルネルッティ (*Francesco Carnelutti*) が労働契約は売買契約から導き出されると主張するように²⁷⁾——労働者の労務給付は労働者の身体に関係するものではなく、また、——フランスの学説が、労働契約は用益賃貸借契約から導かれうると主張するように——労働者の労務給付は労働者の労働力に関係するものでもないことを確認していたのであった。

ベルンハルト・ヴィントシャイトの「倫理的、政治的あるいは経済的な側面を考慮することは……法学者の役割ではない²⁸⁾」との言葉に代表されるようなパンデクテン法学を克服するために、労働法が重要な貢献を果たした、と述べても誇張ではないだろう。

同じく、ロトマーが上記の問題を解決するために、實際上、債務関係の理論構造に変革をもたらした点、すなわち、債務者はもはや債務関係の対

26) Leipzig, D & H., 1896, 85, 93; なお、筆者はこの部分について、H. SINZHEIMER *Philipp Lotmar* cit., 215. を引用している。

27) L. BRENTANO, *Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht*, Leipzig, 1877; F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, IX (1913), 384 ff. 網羅的な解説として、B. VENEZIANI, *The Evolution of the Contract of Employment*, in Hepple B., *The Making of labour Law in Europe*, London, Mansel, 31 ff.

28) B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* Hrsg. von Paul Ortman, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, 112.

象 (Gegenstand) ではなく²⁹⁾、債務関係の主体 (Subjekt) になりうる³⁰⁾、とした点も尊重されるべきである。ロトマーの場合、サヴィニー (Savigny) のアプローチとは対照的に、一般的なレベルで、債務関係という概念を物権法から切り離し、債務給付を財産の引き渡しから切り離す必要があったのである。さらにロトマーは、グスタフ・ハートマン (Gustav Hartmann) の理論を否定する必要があった。ハートマンの理論というのは、債権者が期待する債務の目的から債務関係を構成しようというものだった³¹⁾。ロトマーはこの理論に反論し、「成果は作為ではないし、また不作為でもないもので、これを約することはできない」とした³²⁾。こうした議論とともに、ロトマーは、債務関係の一般的カテゴリーは作為義務を念頭に置いて構想されるべきであるということを示し、そうであるにもかかわらず、民法典では、およそ、債務関係は物の給付を標準としていると述べている (S. 22)。

結局のところ、ロトマーは、ここでもまた、新たな道徳との関係でこうした考えをとり、労務の提供を「最も重要な債務給付」ないしは売主や受益賃貸人の財産給付よりも高次の道徳上の地位を有する給付である³³⁾、としている。

29) C. F. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, I, Berlin, 1981, 4-5.

30) 債権者は、給付請求権 (*Anspruch auf die Leistung*) を有しているのであって、物権法のような、給付物そのものに属する権利 (*Recht an der Leistung*) を有するのではない。K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, München, Beck, 1998, 17; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, *JUS*, 1952, 161.

31) G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über Ihren Zweck und Bau*, Erlangen, Deichert, 1875, 40-41.

32) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, II, 427, Fn. 2.

33) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, I, 8.

6. ロトマーの思想の今日的意義 (Aktualität)

最後に、今日、ロトマーの思想を再考することが可能だと思われる理由について検討させていただきたい。ロトマーの著名な労働法著作の基礎にある理論的アプローチは、長きにわたり陽の目をみることがなかったのであるが、その理由は、ヨーロッパにおいてフォーディズムが登場する以前にロトマーが自らの著作を執筆したことにある。つまり、フランツ・クライン (Franz Klein) が「現代組織の本質 (*Organisationswesens der Gegenwart*)」を執筆する以前に、ロトマーは自らの著作を執筆したのであった。クラインのこの著作は、フーゴ・ジンツハイマーにも強い影響をもたらしたのであった³⁴⁾。

そのために、ロトマーの著作である『ライヒ私法における労働契約』では、人的従属性 (*persönliche Abhängigkeit*) というテーマは扱われていなかった。その後、この人的従属性という要素は、労働契約の今日的定義づけのために中核的な意味を持つものとされ、その結果、20世紀においては、ロトマーが定義するよりもはるかに厳格に労働契約が解されるようになった。しかしながら、ロトマーがフォーディズムの登場以前に著作を執筆したということからすると、彼は、まさに、今日のポストフォーディズムの時代において、(再び) 注目されるべき側面を強調していたのである。

今日では例えば、手段債務か結果債務か³⁵⁾、という違いが、個人による

34) L. NOGLER, *Franz Klein und Hugo Sinzheimer*, in *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Wien, Fischer, im Druck.

35) イタリアの最高裁大法廷 (Nr. 577 vom 11. Januar 2008) が認めるように、「あらゆる債務関係においては、法的な拘束を介して獲得される実際の成果と、債権者がその成果を得るために負わなければならない義務の双方が重要な意味を持つのである」。この点については、A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, *Diritto e responsabilità civile*, 2008, 871 ff. も参照。また、こうしたアプローチを支持する論者として、Ranieri F., *Dienstleistungsverträge*,

労務提供契約 (*Verträgen über persönliche Arbeitsleistungen*) のうちの契約諸類型を区別する基準として意味を持ち得るのかという疑問が浸透しつつある³⁶⁾。つまり、ポストフォーディズムの労働組織では、指揮命令権は重要性を失うとともに、労働の成果が重要性を増してきているのである³⁷⁾。

最後に、労働関係の特徴づける経済的事実を分析することは、情報化社会や新たな情報技術が、どれほどまでに生産様式を変えてきたのか、そして、こうした変化に伴い、個人による労務提供契約に関する一般法 (*Allgemeines Recht der Verträge über persönlich geleistete Arbeitsleistungen*) を新たに熟慮することがどれほど求められているかを明らかにする上で、今日でも極めて有益なこととして評されよう³⁸⁾。これをもって、本稿の結びとしたい。

cit., 34.

- 36) 労働の成果の重要性如何で雇用契約と請負契約が区別されるのではない。また、ドイツの学説においては、独立的労務提供契約 (*Vertrag auf selbständige Arbeitsleistung*) という統一的な形態へと議論を移行していくことがより声高に提唱されている (C. WENDEHORST, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, cit., 245, は、今日においては、少なからず、統一的な雇用契約という形態が重要になると述べる)。
- 37) さらに、ギールケの主張 (前掲注14) 参照：訳者付) とは反対に、継続的給付についても、義務づけられた給付の履行が重要となることが主張されている。(G. WIESE, *Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, I, 1965, 837 ff., もっとも、この点については、すでに G. OPPO, *I contratti di durata*, *Rivista di diritto commerciale*, 1943, I, 236 が、時間の経過を理由として、債務が消滅するわけではないとしている。) そして、——ここがポイントなのであるが——カール・ラーレンツが指摘したように、継続的債務関係に基づき、常に新しい給付義務が発生するために、債務関係が個々の履行行為によって消滅するわけではないような場合においても、ある特定の成果を達成することが重要となるのである (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., 31)。
- 38) Vgl. zuletzt O. RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, Giappichelli, 2012.

訳者あとがき

ここでは、ノグラー教授の講演に対するあとがきとして、特に、以下の3点、すなわち、(1)本講演におけるノグラー教授のアクセントはどこに存したのか、(2)労働法学のパイオニアと評される一方、ロトマーの労働法学説がこれまでに陽の目を見ることがなかったのはなぜか、(3)今日の我が国の議論状況に対して、ノグラー教授の講演がもたらしうる示唆は何か、について、訳者による若干の補足を記したい。

(1) 本講演におけるノグラー教授のアクセントはどこに存したのか

本講演は、19世紀から20世紀への転換期において活躍したフィリップ・ロトマーの論稿『ライヒ私法における労働契約』を手掛かりに、ロトマーがどのようにして「労働契約」という概念を解明しようとしたのか、また、ロトマーの労働契約論が持つ今日的意義とは何かを論じるものであった。特に、本講演でのノグラー教授のアクセントは、以下の3点に存したものである。すなわち、第一に、ロトマーが労働契約研究における前提として、経済的事実、つまり、当時の社会において、労働契約が「現代社会における生計基盤」ないしは「生産と分配の法的骨格」としての性格・役割を有していたという事実を考慮に含んでいた点、第二に、人格の投入という特徴を有する労働契約を売買や用益賃貸借などの契約よりも高次の道徳上の地位を有する契約として構成しようとした点、そして、第三に、ポストフォーディズムの今日においては、フォーディズムの下で生まれ、それ以来展開されてきた人的従属性をメルクマールとする労働契約論の再検討が要請されており、その際には、人的従属性にはとらわれずに労働契約を構想したロトマーの議論が道標となりうる点、を、ノグラー教授は強調していたように思われる。

(2) 労働法学のパイオニアと評される一方、ロトマーの労働法学説がこれまでに陽の目を見ることがなかったのはなぜか

ロトマーの議論を手掛かりとしたノグラー教授の講演が、我が国の議論

状況にいかなる示唆をもたらしうるのかについて言及する前に、なぜ、ロトマーの議論がこれまでに看過されてきたのかということをも補足的に検討しておきたい。

本講演においても度々言及されていたように、労働法のいわば萌芽期におけるロトマーの活躍を称え、彼を労働法のパイオニアとして評する者は多い。しかし、一方では、このようにしてロトマーがパイオニアとして評されながらも、他方、今日の労働法学の議論の中でロトマーの名を目にする機会がほぼ無いというのは、何とも奇妙なものである³⁹⁾。(あるいは、ロトマーに対するこうした賛辞は、彼の学説それ自体のみならず、彼の人柄や⁴⁰⁾学問への姿勢⁴¹⁾に由来するのかもしれない。)

もっとも、集团的労働法について言えば、ロトマーの業績が度々参照されてきたことは否定できないだろう⁴²⁾。我が国においても、ロトマーが「代理説」を提唱したことや⁴³⁾、ロトマーの尽力があって、世界で初めて、

39) Vgl., Fagnoli, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn.1). S.14; Geiser, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn.1). S.123; Hartmann, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn.1). S.131.

40) ロトマーの人柄については、久保敬治『フーゴ・ジンツハイマーとドイツ労働法』(信山社, 1998年)60頁以下において詳細に記述されている。また、ロトマーの人間性に魅了された人物として、例えば、ジンツハイマーの名を挙げることができる(久保敬治『ある法学者の人生 フーゴ・ジンツハイマー』(三省堂, 1986年)86頁によれば、ジンツハイマーはロトマーの人間性に限らない畏敬の念を終生いだいていたとされる)。

41) Vgl., Fagnoli, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn.1). S.12. (Fagnoli は、ロトマーの大著である『ライヒ民法における労働契約』にふれ、その大著において参照される資料について、「たった一人の人間がこれほどにも膨大な量の資料をどのように蒐集したのであろうか」と読み手が驚くほどの作品であったと紹介する。)

42) Vgl., Hartmann, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn.1). S. 133. (ロトマーの名がドイツ労働法に関する今日的議論で挙げられるとすれば、それは、ほとんどいつも、集团的労働法、より正確に言えば、労働協約法に関する議論の場においてであるとす。)

43) この点については、例えば、西谷敏『ドイツ労働法思想史論—集团的労働法における個人・団体・国家—』(日本評論社, 1987年)228頁など。

スイス民法典が労働協約の規範的効力を承認するに至ったということは⁴⁴⁾、既に多くの論者によって紹介されている。とはいえ、これに対して、個別的労働法、特に、彼の「労働契約」論については看過されてきた部分が少なからず存在するように思われる⁴⁵⁾。

なぜ、ロトマーの議論、特に、その労働契約論は看過されてきたのであろうか。これについては、様々な理由が考えられよう⁴⁶⁾。ノグラ教授は、ヨーロッパにおいてフォーディズムが登場する以前に、ロトマーが労働契約論を展開したことをその理由として指摘するが、訳者もまた、ロトマーの議論が、当時の社会情勢の下で展開されていた議論動向になじみにくいものだったのではないかと考える。特に、ローマ法対ゲルマン法あるいは個人主義対集団主義という当時の学問的対立構造の中で、ロトマーの議論が提唱されたという事実に目を向ける必要があるように思われる。す

44) スイス労働協約法制におけるロトマーの功績については、例えば、中野育男『スイスの労働協約』(専修大学出版局, 2007年) 20頁など。

45) もっとも、ドイツ法上の労働者概念に関する邦文文献の中では、ロトマーの労働契約論が詳細に紹介されており、特に、ロトマーが構想した労働契約論がいかなる内容であったのかということについては、これらの論稿から多くを学び取ることができる(例えば、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者(二)——ドイツ法における労働契約と労働者概念——」法協120巻8号(2003年)1497頁以下、労働政策研究・研修機構『労働政策研究報告書 No.67「労働者」の法的概念に関する比較法研究』(2006年)140-141頁〔皆川宏之執筆担当部分〕など。また、島田裕子「ジンツハイマーと労働の法体系」季労247号(2014年)203頁以下もロトマーの労働契約論を詳細に紹介する)。他方、なぜ、ロトマーがそのような労働契約論を定立するに至ったのか、また、その今日的意義は何かということについては、あまり注目が向けられてこなかったように思われる。

46) 1つの理由として、ロトマーの社会民主主義的思想を指摘するものとして、Geiser, in: Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn.1), S.123. これに対して、Hartmann, in: Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn.1), S.131は、ロトマーの議論が看過されてきたのは、少なくとも、ロトマーの理論それ自体にも原因があり、彼がユダヤ人であったこと、また、社会民主主義者であったことがその理由であるのか否かについては、歴史家が判断すべき仕事である、と述べる。

なわち、ロトマーの議論は、ローマ法に根差し、また、労働契約を債務法に従って解明しようというものであり、これは、ジンツハイマーをはじめとした、ゲルマン法思想に根差し⁴⁷⁾、また、債務法では説明しきれないような集団主義的法理論の追究に従事した当時の学説の潮流とは相容れないところがあったのではないかと考える⁴⁸⁾。

このようにして、ローマ法対ゲルマン法あるいは個人主義対集団主義という対立軸の中で、ジンツハイマーらの議論が陽の目を見ることとなり、ロトマーの労働契約論は陰に隠れてしまったように思われるのであるが、両者の議論においては、労働者による人格の投入という事情を労働契約の特徴として把握するなどの共通点は認められると言えよう。ただ、ロトマーの労働契約論が、およそ労務を提供する契約である以上、人格の投入が認められる点では異なるところはないとして、それらの諸契約を広範に労働契約概念で把握しようとしたのに対して、ジンツハイマーらは、それよりも進んで、労働者と使用者との共同体的関係ないしは被用者の人格が使用者の権力に服するような支配関係を捉えて、従属労働という概念で労働契約を表現しようとしたものと言えよう⁴⁹⁾。そして、ジンツハイマーの議論の方が、当時の社会問題の対象であった、工場労働者、すなわち、使用者によって支配される組織において強度に指揮命令権に服する者の労働契

47) 久保・前掲注40) (『ある法学者の人生 フーゴ・ジンツハイマー』) 86頁や、西谷・前掲注43) 175頁、島田・前掲注45) 204-205頁もまた、ゲルマン法思想対ローマ法思想という対立軸をもとに、ジンツハイマーとロトマーの議論を整理しているように思われる。

48) ジンツハイマーが、集団主義的思想を個別主義的思想に優先させていたことについては、例えば、西谷・前掲注43) 260-261頁などを参照。また、島田・前掲注45) 214頁によれば、ロトマーが労働契約論を展開したのに対して、ジンツハイマーは、労働法を労働契約という観点からのみ検討するということは不十分であると考えていたとされる(この点については、Hartmann, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn. 1), S. 132も参照)。なお、ジンツハイマーの集団主義労働法理論には、オッター・フォン・ギルケの理論、とくにその団体法論の影響があったとされる(西谷・前掲注43) 192頁以下を参照)。

49) Vgl., Geiser, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn. 1), S. 117.

約を適確に描きうるものであったとも言えるだろう⁵⁰⁾。

- (3) 今日の我が国の議論状況に対して、ノグラー教授の講演がもたらしうる示唆は何か

最後に、本講演が我が国の議論状況にもたらしうる示唆について、若干ながら検討してみたい。

ロトマーの議論に依拠しながら、労務提供者による人格の投入という要素を重要視し、そこから、人的従属性というメルクマールには頼らない労働契約概念あるいは「個人による労務提供契約に関する一般法」を定立しようというのが、本講演におけるノグラー教授のテーゼであったと訳者は理解する。ノグラー教授からすれば、ポストフォードイズムの今日においても、人的従属性というメルクマールによって労働法の適用如何を決することは、（本講演の副題において引用されているロトマーの言葉に示されるように）「不当なるもの」と評されることになるだろう。

我が国の今日の議論においても、人的従属性というメルクマールによって労働法の適用如何を決定しようとするとき、そうした「不当なるもの」は維持されているように思われる⁵¹⁾。「不当なるものの多くは、それが不当と知られた以上は維持しえない」とのロトマーの命題が真であるとすれば、人格を投入しているにもかかわらず、人的従属性というフィルターによって、労働法の適用から排除される者が存するという不当な状況を解消するためのアプローチが求められるのではないだろうか。ロトマーが提唱

50) この点については、橋本・前掲注45) 1508頁を参照。もっとも、ロトマーの議論がこうした工場労働者の保護に欠けるものであったとは速断できないように思われる。Geiser, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn. 1), S. 119は、ロトマーが貧困労働者の保護を考慮していたことを指摘している。

51) 少なくとも、労働基準法及び労働契約法上の労働者性をめぐる裁判例の多くは、人的従属性というメルクマールを強く意識しているものと解される（労働基準法上の労働者概念について、横浜南労基署長（旭紙業）事件・最一小判平8・11・28判時1589号136頁、藤沢労基署長（大工負傷）事件・最一小判平19・6・28判時1979号158頁など。労働契約法上の労働者概念については、例えば、NHK神戸放送局事件・大阪高判平27・9・11判判1130号22頁など）。

した労働契約論あるいはノグラー教授が述べるような個人による労務提供契約に関する一般法という構想には、そのための極めて刺激的な示唆が含まれているものと思われる⁵²⁾。

52) その他、Geiser, in; Fagnoli (Hrsg.), a.a.O (Fn. 1). S. 124もまた、今日において、ロトマーの議論が模範となることを指摘する。