

# 懲戒処分法理の比較法的研究 I

盛 誠 吾

## 目 次

### 序章

第一節 わが国における懲戒処分法理の現状と問題の

提起

第二節 本稿の対象および方法

第一部 ドイツにおける懲戒処分法理

第一章 序説

第二章 経営罰法理の歴史的展開

第一節 営業法下の経営罰法理

一 一八九一年労働者保護法による営業法の改正

二 経営罰の法的性質および根拠をめぐる議論の端

結

第二節 ワイマール・ドイツの経営罰法理

一 経営協議会法による制裁の規制

二 契約説の展開

三 秩序罰説の再編成

四 若干の検討

第三節 ナチス・ドイツの経営罰法理

一 国民労働秩序法による経営罰の規制

二 経営協同体思想に基づく経営罰理論

三 契約説による批判

第四節 第二次大戦後西ドイツの経営罰法理の概観

- 一 現在に至る法制の変遷
  - 二 一九六五年以前の理論状況
  - 三 「経営内司法」をめぐる論争
- 第三章 西ドイツにおける経営罰法理の現状と内容
- 第一節 経営罰の基礎的法理構成
    - 一 序説
    - 二 自主法規説
    - 三 集団的協定説
    - 四 契約説
  - 第二節 経営罰の形態および対象
    - 一 序説
    - 二 経営罰の形態
- 三 経営罰の対象
- 第三節 経営罰の行使と法的規制
- 一 序説
  - 二 経営罰行使の要件と手続
  - 三 司法審査の対象および限界
- 第四節 経営罰と契約上の措置の境界設定
- 一 両措置の区別の意義
  - 二 両措置の区別の基準
  - 三 若干の検討——多数説・判例の問題点
- 第四章 小括
- (以下次号)

## 序 章

### 第一節 わが国における懲戒処分法理の現状と問題の提起

一 近代法秩序の下においては、労使関係はもはや権力的・身分的な支配従属関係たりえず、相互に自由対等な法的な人格者間の契約関係として把握される。しかし現実の労使関係は決して文字どおり自由対等な関係ではなく、そこには厳然として事実上の権力的な支配と服従の関係が存在している。そしてそのような事実的な権力関係の最も顕著な発現形態として、またそのような関係を維持し貫徹するために、古くから使用者によって用いられてきたものが懲戒処分であった。懲戒処分こそは、労使関係の法的レベルにおける近代化にもかかわらず、依然としてそこに前近代的な権力的支配従属関係を存続せしめ、それを固定化するために使用者によって駆使されてきた特殊な制裁措置である。確かに、懲戒処分の性格や機能に関しては、近代的生産・労働関係においてはその集団性・組織性の故に一定の内部的な秩序ないし規律の維持が必要とされること、それは単に使用者のみならず労働者にとっても重大な利益であること、また、懲戒処分はそのような秩序・規律の維持のための不可欠の手段であることが、しばしば強調されている。しかし、懲戒処分が使用者により労働者に対して一方的に加えられる制裁であり、また、たとえ事後的な国家の司法審査に服しうるとはいえ、それを行使するか否かの判断があくまで使用者によってなされるものである限り、それは常に、使用者がもっぱら自己の固有の利益を維持するための手段に転化する可能性をはらんでいる。<sup>(1)</sup> もちろん今日では、かつての体罰や苛酷な罰金のごとき異常な現象は見られなくなったとはいえ、多様な形態をとる懲戒処分<sup>(2)</sup> 自体が労働者に多大の不利をもたらしものであることに変わりはなく、かえって現代においては、懲戒処分は使

用者による労働関係内容の一方的形成およびその強制のための手段たるにとどまらず、労働者の組合活動や政治的活動に向けられることによってその基本的人権や自由に対抗し、それを抑制するものとして機能し、更には労働者の企業外・労働時間外の行為にまで行使されることによって、使用者による労働者の私生活をも含めた全面的な管理・統制のための手段として機能するが如き様相を呈している。

(1) 労使関係における懲戒処分が右に指摘したように近代的な生産・労働関係の特質に基づいて要請されるものである限りでは、それは経済体制のいかんにかかわらず存在する。現に、そのような意味での懲戒処分制度は資本主義国家のみならず社会主義国家においても何らかの形で広く普及したのとなっているのである (cf. *Actes du cinquième congrès international de droit du travail et de la sécurité sociale*, tome II, Lyon 1973)。しかし、資本主義国家においては、生産手段の私有を背景として、資本家としての使用者が労働関係を組織づけ、懲戒処分を行使する主体として登場するのであって、資本主義国家における懲戒処分に特有の問題もまさにそのことに起因している。この点に関しては、特にレーニンの次の言葉が印象的である。「共同作業は、秩序がなくてはおこなえない。……しかし、共同作業は、労働者が工場主に従属しなくてもおこなうことができる。」「(工場)で労働者から徴収する罰金にかんする法律の説明」新田礼二訳『ストライキ闘争について』(大月書店国民文庫一頁)

(2) 近代的な工場制生産の展開に伴い猛威をふるった罰金制度は、そのあまりの苛酷さの故に一九世紀後半以降相次いで各国の立法的規制の対象とされるに至った(罰金規制立法の比較研究として、Yannacourcas, Nicolas, *Les retenues disciplinaires du salaire, leur établissement et leur contrôle dans l'entreprise moderne*, Paris 1956 参照)。その結果、むしろの罰金制度も次第に影をひそめることになったが、懲戒処分そのものはかえって罰金にかわる多様な形態をとって存続し、一個の企業内制裁制度として整備されていった。むしろの罰金規制立法が使用者側の当初の強硬な反対にもかかわらず結局は受け容れられ、定着したのも、その実は、使用者がそれにかわる多様な懲戒処分形態を手にし、強いて罰金にこだわる必要がなくなったためであるとも解される。ところが、右の罰金規制立法以降、そのように制度化され整備された懲戒処分に対する各国の立法的規

制は必ずしも積極的なものではない。この点については、この後の具体的検討によって明らかにされるであろう。

二 以上のような性格と機能を有する懲戒処分に対する現在のわが国の立法的規制は、少なくとも私的労使関係に関する限り、極めて乏しい。公務員および公社職員関係における懲戒処分に関しては、懲戒処分の形態や懲戒事由、手続などについてそれぞれ簡単な明文規定が存在するものの、<sup>(1)</sup>一般の私的労使関係については懲戒処分に関する直接的な明文規定は存在せず、わずかに労基法第八九条が「制裁」の種類および程度に関する定めを就業規則の相対的必  
要記載事項の一つとし、同法第九一条が「減給」の制裁についてその限度額を規制するにすぎない。<sup>(2)</sup>従って、特に私的労使関係については、法は少なくともそこで何らかの「制裁」が行使されうることが予定しながらも、その具体的な要件、形態、対象、手続などの問題は、あげて学説・判例の法理論的处理に委ねていると言うことができる。

このような法状態の下で、わが国の懲戒処分をめぐる法理論は、とりわけ昭和三〇年代の学説上の一連の論争（いわゆる懲戒権論争）を通じて大きな展開を示すことになった。この論争は、戦後の労働判例における懲戒処分（殊に懲戒解雇）に関する事案の急増という事情を背景として、直接的には私的労使関係における懲戒処分の法的許容性をめぐって、使用者は労働者に対する関係において懲戒処分を行使しうる権利ないし権能としての懲戒権を有するか否か、然りとすればその法的根拠いかに争われたものであるが、それ以外にも、それを契機として懲戒処分をめぐる数多くの問題が論議の対象とされたものである。なかでも懲戒権の法的根拠の問題をめぐっては、学説は多岐に分かれ、その対立は現在もなお続いている。<sup>(3)</sup>

ところが、このような懲戒権の法的根拠についての学説上の対立にもかかわらず、そのことは懲戒処分をめぐる個別的法律問題に関しては必ずしも明確な結論上の差異としては現われないことも事実であった。まず、多くの学説は、たとえ懲戒処分の行使について準拠すべき明示の規範が存在しない場合にも、使用者は企業や労働契約の本質な

どに基づきその固有の権能として懲戒権を有し、行使しうるといふいわゆる固有権説の立場にはこぞって反対したものの、結果的には就業規則ないし労働協約に懲戒処分に関する具体的な定めが存在することを条件として、その限りにおいて使用者が懲戒権を有することを承認するという態度をとった<sup>(4)</sup>。従って、一般に労基法第八九条第九号にいう「制裁」が懲戒処分を意味するものと解され、その結果多くの企業・事業場の就業規則中に多様な形態の懲戒処分が広範な懲戒事由と共に定められているという現状の下では、たとえいづれの説をとろうとも使用者が懲戒権を有することに変わりはなく、その限りでは懲戒権の法的根拠をめぐる議論はむしろそのような懲戒規定が労使間において法的拘束力を有するに至ることの論理構成についての抽象論的レベルでの争いという性格を強めることになった<sup>(5)</sup>。また、懲戒処分の本質や目的といった基本的な問題に関しても、それが労働者の単なる労働契約上の義務違反とは区別された企業・経営における集団的な秩序・規律の侵害に対して科される特殊な制裁措置であり、使用者の債権法上の措置や「契約罰」とは異なる「秩序罰」としての本質を有すると解することで、多くの学説は一応の共通の理解に達して<sup>(7)</sup>いた。懲戒処分をめぐる多くの個別的な法律問題もまた、懲戒権の法的根拠に関する基礎的法理構成からの理論的演繹としてではなく、むしろ右のような多くの学説に共通の認識やそれに基づく懲戒の一般原則からの帰結として、とりわけ企業秩序侵害の有無・程度の問題として論じられたのである。そして右の論争以降、懲戒処分をめぐる学説の主たる問題関心は、使用者が懲戒権を有することを一応の前提としたうえで、個々の懲戒事由ごとの懲戒処分の法的許否・限界、あるいは懲戒処分を契機として生ずる個々の法律問題それ自体の検討へと移行することになった<sup>(8)</sup>。

一方、判例においては、種々の論拠に基づいて使用者に固有の懲戒権を認め、あるいはそれが当然に使用者に帰属すると解するものが少なくなく<sup>(9)</sup>、また、右の学説上の論争に影響されて、明確に固有の懲戒権を否定し、更には労使間の合意に懲戒権の法的根拠を求めるものも現われた。しかし大多数の判例は、その対象となった事実が具体的な懲

戒規定が存在するというものであり、いわゆる否定説を除いて懲戒権の法的根拠に関するいずれの説をとろうとも使用者が懲戒権を有すること自体は肯定されることから、その点に関する具体的態度を示すことなく、もっぱら個々の懲戒規定の解釈・適用の問題として当該紛争の処理を行ってきた。しかもそこでしばしば強調されたものが就業規則の客観的解釈・適用の要請であり、また、懲戒処分の本質や目的あるいは企業秩序といった、その限りでは多くの学説と同様の理解に基づく懲戒処分の客観的な法的限界であった。判例は、そのような観点から、当該事案の具体的な事実関係の認定をはじめとして、懲戒の対象とされた労働者の行為の性質、その懲戒事由の相当性、更には懲戒処分形態の選択の妥当性や情状評価の相当性の問題に至るまで、幅広い司法審査を加えてきたのであって、少なくとも形式論理的には、使用者の懲戒権行使における裁量の範囲は判例上著しく制約されたものとなっていると言うことができる<sup>(11)</sup>。そしてその限りでは、判例の一般的態度は多くの学説とも決定的に対立するものではなかったのである。

(1) 国家公務員法第八二条以下（このほか国家公務員については「職員の懲戒」に関する人事院規則一二―二がある）、地方公務員法第二九条（地方公務員については懲戒の手続及び効果は条例で定めなければならないことになっている。同条第二項。）、日本国有鉄道法第三一条、日本電信電話公社法第三三条参照。

(2) しかも、労基法は「制裁の定めをする場合」（第八九条九号）や「減給の制裁を定める場合」第九一条について規制を加えるにとどまり、懲戒処分の具体的形態を定め、それらの「処分をすることができる」とする公務員法や公社法とは大きくその体裁を異にしている。

(3) 主要なものだけを取り上げてみても、懲戒は労働契約による労働者の同意のある場合にのみ認められるとする契約説、基本的にはそれと同一の立場に立つが就業規則に懲戒に関する定めがあればそれは民法第九二条によって労働契約の内容とするとする事実たる慣習説、懲戒処分の個別的性質に応じて使用者の指揮命令権と労働契約上の合意とにその根拠を求める根拠二分説、労働者の集団的な合意を要するとする集団的合意説、経営における労働者集団の規範意識によって承認され、保護法目

的に反しない限りで就業規則中の懲戒規定が法認されるとする規範意識説、労基法第八九条（ないし第九一条、第九三条）は客観的な企業秩序の確立維持のため労基法所定の要件を具備する限りで就業規則による懲戒権の設定を認めたものであるとする保護法授權説、懲戒は法律上の明文規定が存在する場合にのみ許容されるとして財産的なものである限りにおいて労基法第九一条の制限の範囲でのみ認められるとするいわゆる否定説などがあつた。なお懲戒権論争の展開と学説の状況について、詳しくは小西國友「懲戒権の理論」労働法文獻研究会編『文獻研究労働法学』（総合労働研究所・昭五三）一〇五頁に譲る。

(4) ただし、いわゆる否定説だけは、法的な意味での懲戒としては労基法第九一条にいう減給のみを認め、他の懲戒処分形態はたとえ就業規則に定めがあろうとも一切否定する（峯村光郎「懲戒権の法的根拠」季刊労働法一八号（昭三一）など）。その他の見解においては、それぞれ独自の条件や留保を強調するものの、就業規則に懲戒規定が定められている限りにおいて基本的に使用者の懲戒権を承認している。

(5) 実務上多くの就業規則において懲戒処分に関する規定が定められていること、またその内容については、花見忠・深瀬義郎編著『就業規則の法理と実務』（日本労働協会・昭五五）、本多淳亮・佐藤進『就業規則（第三版）』（ダイヤモンド社・昭和五七）、労働法規研究グループ編『就業規則集』（労働法令実務センター・昭和五三）などを参照。

(6) この点について特に重要な役割を果たしたものが、懲戒権論争の当時に学説上の重大な理論的関心を惹き、活発な議論の対象となつていた就業規則の法的性質論であつた。懲戒権の法的根拠をめぐる議論は、ある意味では、就業規則上の懲戒規定の効力について、一方で就業規則の法的性質論、他方で懲戒権に特殊な契機との関連において、それらをいかに調和的に説明するかの議論であつた（本多淳亮『労働契約・就業規則論』（一粒社・昭五六）二一九頁参照）。ところが、就業規則の法的性質論そのものが複雑多岐に分かれ、対立した状況にある以上（諏訪康雄「就業規則」前掲『文獻研究労働法学』八二頁以下参照）、懲戒権の法的根拠についての法理構成がそれに対応して錯綜したものとなることは、いわば当然の帰結であつた。しかし逆にこのことが、懲戒権論争の性格を規定し、ひいては後述のような懲戒処分法理そのものの限界性とも言うべきものをもたらす原因ともなつたのではないかと思われる。

(7) このことは、懲戒処分の法的基礎を労働契約に求める見解においても同様であつた（花見忠『労使間における懲戒権の研



究」(勁草書房・昭三四)一六一頁以下、同「懲戒権」労働法講座第五卷(有斐閣・昭三三)一四〇七頁以下。ただしこの見解は他の箇所では懲戒罰と違約罰とは本質的差異をもたないとも述べている(上掲書一八六頁以下)。おそらくは本質ということの意味が別異に用いられているためであろう)。このほか懲戒処分の「秩序罰」としての理解については、窪田隼人『職場規律と懲戒』(総合労働研究所・昭四五)二頁以下とそこに引用された文献を参照。

(8) その意味では、懲戒権の法的根拠についてのいづれの見解をとろうとも實際上の結論において大差ないこと(秋沢清彦「服務規律」経営法学会全集『人事』(ダイヤモンド社・昭和四一)一〇四頁)は、いわば当然の結果であった。

(9) 判例については、窪田・前掲書三一頁以下、拙稿「使用者の懲戒権」別冊ジュリスト73労働判例百選(第四版)(昭五六)六八頁参照。

(10) その場合の論拠としては、組織体としての企業の本質、経営権、指揮命令権など種々のものがあつた(この中では、企業の本質や経営権に依拠するものが昭和二〇年代および三〇年代に集中し、四〇年代に入るとそれに代わって指揮命令権に言及するものが多数を占めることが注目される)。ただ、これらのすべての判例について、そのことを額面通り懲戒権の法的根拠に関する説示として、あるいはそのようなものとしてのみ受け取ってよいか否かは疑問がないわけではない。もちろん、それらの判例が、右のような論拠に基づいて懲戒処分を適法化しようとしていることは疑いないが、同時にそのことが、一方で使用者の懲戒権を一般的に認めながら、他方でその行使が法的に全く自由かつ無制限のものではなく、むしろその本質や目的による制約を免れず、しかもそのことが裁判所による司法審査の対象となることを導くための前提としての形式論理にすぎない場合も少なくないと思われるからである。さもなければ、右のような論拠によって使用者に対して固有の懲戒権を認めておきながら、実際にはその行使について幅広い司法審査を加えてきたことの説明がつかないであろう。

(11) これに対して、公務員および公社職員に対する懲戒処分については、判例は懲戒権者の幅広い裁量の余地を認め、社会通念上著しく妥当性を欠くと認められる場合でない限り違法とはならないとする(神戸税関事件・最判昭五二・一二・二〇民集三一巻七号一一〇二頁、国鉄中国支社事件・最判昭四九・二・二八民集二八巻一号六六頁参照)。しかし、私的労使関係の場合と比べても懲戒処分それ自体のもたらす不利益において変わりなく、かえって法律上厳格な身分保障規定が置かれ、人事の

運営についても一層の公正さが要求されて然るべき公務員・公社職員関係について、懲戒権者に幅広い裁量の余地を認めることは、それだけ懲戒処分行使における恣意を放任することにもなり、それ自体重大な疑念を禁じ得ないものである。

三 さて、以上のように懲戒権の法的根拠を論ずることの意義がその実益という観点からは必ずしも大きなものではなく、また懲戒処分の本質・目的・限界などをめぐる基本的理解についても学説・判例の間にかんりの共通のものが形成されているとすれば、懲戒処分の基礎的法理そのものを論ずることはもはやその価値に乏しく、残された問題は、もっぱらそのような基本的理解に基づいて個々の懲戒事由ごとの懲戒処分の限界を論ずること、あるいは従来の判例をその事案に則して整理・分類し、そこに一定の判例法上のルールを見出すことにあると言いうるのであろうか。私にはとうていそのようには思われない。わが国の懲戒処分法理は、これまでの学説上の活発な議論や多数の判例の蓄積にもかかわらず、およそ以下のような理由により、依然多くの点で未確立のまま、ないしは不完全なままに残されていると思われるからである。

第一に、かつての懲戒権論争の性格からくる懲戒処分法理そのものの限界性である。つまり、そこでの多くの学説の主たる問題意識は、近代法の基本原理とは当然には相容れるはずのない使用者の懲戒権が、なおかつ現行法秩序の下において法的に許容されうるとすればそれはいかなる法的根拠・条件によるのか、また、そのことを当時に労働法学上の重大な論争を惹き起こしていた就業規則の法的性質論といかに関連づけ、論理整合的に説明すべきかということにあり、必ずしもそれを基礎として懲戒処分の具体的な要件や限界を理論的に導出しようとするものではなかったということである。そのことは、懲戒権の法的根拠に関する法理構成についてはしかく多様な見解が輩出しながら、その要件や対象上の限界については比較的安易に懲戒の本質や目的といった一般原理に依拠するという、これまでの議論にしばしば見受けられる傾向とも言うべきものに最も端的に現われている。しかもその場合の懲戒処分の本質や

目的なるものも、労使関係における懲戒処分についての基礎的法理構成から論理的に導かれたものというよりは、むしろそれに先立って指定された懲戒処分一般に関する原理・原則からの帰結であつた。<sup>(3)</sup> その意味では、懲戒処分の法的根拠の問題をめぐる活発な論争にもかかわらず、懲戒処分に関する多くの個別的問題についての解釈論は、未だ一種の「もちろん解釈」の段階を完全には越えていない。

第二に、従来の懲戒処分法理における基礎的概念および方法論上の多義性・不統一性である。確かに従来の懲戒処分法理においては、使用者が懲戒処分を行使しうる権利ないし権能が懲戒権としてとらえられ、その独自の法的根拠が論じられてきた。また、懲戒処分の本質や目的に関しても、それが労働者の労働契約上の義務違反を理由とする使用者の債権法上の措置や「契約罰」とは異なり、企業秩序・経営秩序・職場秩序などの語によって示される一定の集団的な秩序ないし規律の維持のため、それに違反した労働者に対して科される「秩序罰」たる本質を有する特殊な制裁であるとする点でも、多くの学説・判例は一応の共通の理解に達していた。ところが、それにもかかわらず、それらの概念や方法について一歩立ち入ってその具体的意義・内容を考察するならば、それらは決して共通のものではなく、むしろ個々の学説・判例によってその理解するところは大きく異なるものであることは容易に窺い知られるであろう。たとえば、懲戒法理の最も基本的な概念である懲戒権についてすら、それをいかなる性格・効果を伴う法的概念として捉えるかについて必ずしも明確な統一的理解が存在していたわけではなく、それに伴って懲戒権の法的根拠を論ずることの意味もまた異なるものとなつていたのである。遑つて考えれば、懲戒処分という概念そのものについてさえ、実務上懲戒として行使されるものという以上に、法的概念として明確に定義づけられ、他の不利益措置や制裁措置と判然と区別されてきたか否かは疑問である。<sup>(6)</sup> また、懲戒処分の本質・目的についても、いかなる意味でその「秩序罰」としての本質が語られるのかはしかく明確なことではない。懲戒処分の法的な意味での本質がいったい何

によって規定され、またそれが行使される場合の現実のないしは規範的要請としての目的が、その本質規定にとつていかなる意味を持つのかについての理解が、論者によってまちまちだからである。更にこのことと関連して、とりわけ企業秩序、経営秩序などの概念については、その侵害こそが懲戒処分の対象であるとされ、それを限界づけるためのほとんど絶対的な基準と解されながら、実際にはその内容は極めて多義的・抽象的であり、個別具体的な懲戒処分の対象画定に際しては必ずしも有効な機能を果たしていない。もともと企業秩序の概念は、懲戒処分法理のみならず他の分野においてもしばしば言及されてきたものであり、また懲戒処分法理の中でも個々の問題ごとに多様な趣旨で用いられてきたものであって、時として安易な、もしくは便宜的な企業秩序概念への依拠が、結局はその内容や意義の一層の多様性・抽象性をもたらした大きな原因の一つであったように思われる。

第三として、これまでの懲戒法理そのものが、その内容を具体的に見るならば、しばしば理論的に一貫せず、または少なくとも外見上はかなり混乱したものであったことを指摘しておかなければならない。たとえば、懲戒処分について「契約罰」や債権法上の措置とは区別された「秩序罰」としての本質が語られるが、現実の懲戒処分の多くは労働契約の内容の変更やその終了を法的効果としており、労働契約との関係を離れて単にその独自の本質を強調するだけでは、何らそのような効果や個々の懲戒処分の法的性質を説明したことにはならず、「契約罰」などとの区別も不明確なままである。また、懲戒処分の対象に關しても、一般にそれは労働者の企業秩序侵害行為と解されながら、実際に懲戒処分の法的効力の評価において論じられるものは、労働契約上の義務違反の有無や程度、すなわち労働者の債務不履行の問題であることが少なくない。そこでは、とりわけ懲戒処分と労働契約との関係が必ずしも明確に意識されないまま、あるときはそれらを峻別し、あるときは安易に結び付ける形で議論が展開されているのであって、懲戒処分法理が労働契約論との関連においていかに位置づけられ、また相互にいかなる関係にあるのかは、未だ十分な

究明がなされているとは言い難い状態である。

(1) このような問題意識を最も明確に述べるものとして、沼田稻次郎『就業規則論』(東洋経済新報社・昭三九)一四八頁以下、一八四頁以下参照。そこでは、就業規則上の懲戒規定に関して、「私的制裁である懲戒に関する規定は、特に一定の条件を満たすのでなければ、保護法原理に照らして法認されているとは解しえず」、「保護法目的に照らして、私的制裁そのことが自体が矛盾しないとされる条件」が(法的)根拠だという。それはまた、かつての懲戒権論争において、多かれ少なかれほとんどの学説に共通の問題意識ではなかったかと思われる。

(2) 前掲二注(6)参照。

(3) 先に指摘したように、懲戒権の法的根拠に関する法理構成が多岐に分かれながら、そのことが個別具体的な問題については明確な結論上の差異となって現われないということも、このような事情にその原因の一端がある。逆にそのことは、かつての懲戒権論争が当時の特殊な問題関心に基づいて展開されたものであり、必ずしも具体的な問題解決のための理論的前提としてのもではなかったこと、従って、懲戒処分の基礎的法理論は未だ十分な形では煮詰められていないことの証左とも言えるのではあるまいか。

(4) 懲戒権の概念については、これまでほとんど意識的に議論の対象とされることはなかったと言つてよい。もともと懲戒権の概念自体が実定法上のものではないのであるが、通常は、使用者が多様な懲戒処分を行使しうる一般的権能として(場合によっては使用者が懲戒規定を制定すること、あるいは懲戒処分を行使する際の評価・決定や裁量の権能を含めて)、ないしは懲戒規定に定めのある範囲において、その事由・形態による懲戒処分を行使しうる権能として理解されていたと思われるが、その限りでは、懲戒権は独自の法的要件と効果を伴った一つの権利というよりは、経営権や施設管理権のごとき一種の包括的な権限と呼ぶにふさわしい。このほか懲戒権概念の理解としては、使用者が債権法上ないしは労働契約上当然には有しえない法的機能の上位概念とするもの(石井照久「使用者の懲戒権」『労働法の研究Ⅱ 経営と労働』(有信堂・昭和四二)一三六頁以下など。懲戒処分を使用者の債権法上の措置と区別する見解は、その限りではこのような意味での懲戒権の理解を前提としていると思われる)や、特別権力関係に基づく法的意味での特殊な処罰権として捉えるもの(峯村・前掲論文一七頁など)な

どもあった。いずれにせよ、懲戒権の概念は、その権利（ないしは権限）としての法的性格や効果について必ずしも十分な吟味を加えられないまま、実用法学上の一種の道具概念として、適宜定義づけられ、用いられてきたものであった。

(5) 懲戒権の法的根拠の問題は、それぞれの懲戒権概念の理解に従い、①現行法上当然には認められない私的制裁としての懲戒処分がおかつ法的に許容されるための特別の要件として、とりわけ就業規則上の懲戒規定が労使間で法的効力を有し、それに基づいて使用者が懲戒処分を行使しうるための要件として、②使用者が債権法上当然にはとりえない権能の個別的な法的基礎および要件として、あるいは③特殊な処罰権としての懲戒権が法的に容認されるための実定法上の具体的な根拠規定の存否として論じられた。このように、懲戒権の法的根拠をめぐる議論は、法的根拠を論ずることの意味自体について既に多様な理解が存在していたのであって、かつての懲戒権論争がしばしば議論がかみ合わず、紛糾したものとなったことも、いわば必然的な結果であった。

(6) 一般には懲戒処分概念は、先に指摘した懲戒権の一般的理解に対応して、使用者が懲戒規定に基づいて行使する措置、ないしは少なくとも社会常識上懲戒処分として行使される措置として理解されてきたと思われる。しかし単にこれだけでは、懲戒権の法的根拠や眼界を論ずる場合の対象としての法的な意味での懲戒処分概念を特定するものとしては必ずしも十分ではない。たとえば、遅刻や欠勤に対応した賃金カットや、起訴休職処分・配転・昇給停止など形式的には懲戒処分とは別個の制度に基づく措置が、懲戒と称して、もしくはその意図で行使される場合には、それらは当然に懲戒処分としての法的取扱を受けなければならないのかという問題が生ずるからである。また、使用者が労働契約の一方当事者として有する解雇権が懲戒として行使される場合も同様である。そこには、懲戒処分概念自体が懲戒権と同じく実定法上定義づけられたものでないことも相俟って、社会的事実の意味での懲戒処分概念と法的な意味での懲戒処分概念との関連をいかに捉えるべきか、また、法的概念としての懲戒処分をもっぱら「懲戒として」行使されるという主観的要素に基づいて定義づけられるべきか、それともその形態や法的効果あるいはその法的基礎といった客観的要素に基づいて定義づけられるべきかという困難な問題が横たわっているのである。この点に関して、ある有力説は、「契約上普通にとれる措置をとる」ということは、法律的にみて『懲戒処分』ではないのであって、これ以上に或いは、これと異なる何らかの措置を制裁としてとれるかということが、まさに懲戒権の問題で

ある。」と述べるが（石井・前掲書一三六頁以下）、契約上の措置である解雇権が懲戒と称して行使されてはならないのか否か、実際にそのような行使がなされた場合にそれは法的に「懲戒処分」としての評価に服さないのか否かは、やはり別途に検討を要する問題である。

(7) たとえば労働者の経歴詐称や企業外非行などについて、それらが懲戒処分事由としての企業秩序侵害行為にあたるか否か、然りとしても、実際に懲戒処分を行使しうるためには企業秩序が具体的に侵害されたことを要するのか、それとも抽象的な侵害ないしはそのおそれがあったことで足りるのかが争われてきたが（学説・判例については、窪田・前掲書二〇〇頁以下、二〇四頁以下、近藤昭雄「企業外の行為と懲戒」季刊労働法九三号〔昭四九〕一一八頁以下、福島淳「労使間における信義則と懲戒」福岡教育大学紀要二一九号第二分冊〔昭五四〕三九頁以下など参照）、もともと企業秩序の概念自体が観念的・抽象的なものであるため、その具体的・抽象的侵害を論じても、必ずしも有効に懲戒処分の限界を明らかにすることはできない。むしろその議論は、労働者の個々の行為が懲戒処分の対象となしうるか否かについてのそれぞれの論者の価値判断を、単にその結論において正当化するための論拠として持ち出されているにすぎないように思われる。

(8) たとえば、最も典型的な懲戒処分である懲戒解雇は、使用者の一方的意思による労働関係の解消、従って労働契約関係の一方的終了という法的効果をもたらす点で、使用者が労働契約の一方当事者として有する解雇権の効果と何ら異なるところはなく、また懲戒処分としてなされる降格、降職、配置転換なども、当然に労働契約関係の内容変更という効果を伴うものである。更に、罰金、減給、賞与・退職金の不支給や減額なども、使用者が労働契約上負っている債務の免脱や減額と解しうる限りでは、やはり使用者の一方的意思による労働契約内容の変更にはかならない。その意味で、懲戒処分について使用者の債権法上の措置や「契約罰」との本質的差異を強調したとしても、何らそのような個々の懲戒処分に伴う労働契約上の法的効果を説明したことにはならず、かえってそれらの間の類似性を覆い隠す結果となってしまうのである。

(9) このことは、たとえば配転・出向命令拒否、残業命令拒否などの業務命令違反を理由とする懲戒処分をめぐって顕著に現われる。そこでは、懲戒処分の法的効力についての評価が、しばしば、使用者は労働契約上そのような命令を発することができ、労働者は労働契約上それに従う義務を負うか否かの判断と結び付けられているのであり、少なくとも外見上は、それは労働

働契約上の債務不履行の問題であって、それとは区別された懲戒処分についての独自の義務違反の問題ではない。

四 以上のようなわが国の懲戒処分法理に伴う問題性は、懲戒処分に関する従来の判例の一般的傾向、および特に最高裁をはじめとする最近の判例の一連の動向を考慮するならば、いっそう顕著な、しかも深刻なものとなっていると言ふことができる。

まず、判例は、右に指摘した懲戒権論争の帰結および一応の共通の理解なるものを前提としながら、懲戒処分事件における一つの紛争処理パターンとも言うべきものを形成し、定着させてきた。すなわち、判例は、裁判上争われた懲戒事件の大多数は就業規則中に懲戒規定が定められ、当該懲戒処分がそのような懲戒規定に基づいて科されたものであるという事実に基づき、使用者が懲戒権を有することを当然の前提としながら、もっぱら個々の懲戒規定の解釈適用の問題として当該紛争を処理してきたのである。しかも、その場合に多くの判例が用いた手法は、懲戒規定に定められた懲戒事由の形式的な該当性いかんと、客観的・主観的な懲戒責任阻却事由の有無についての判断によって具体的結論を導くというものであり、それはあたかも、裁判官が日頃慣れ親しんだ刑事訴訟事件においてとられる判断形式をそのまま懲戒処分事件訴訟にも応用しようとするものであった。そして、このような意味では機械的な判断形式によってもたらされる具体的事案についての結果的妥当性の欠如を回避するために判例によって駆使されたものが、懲戒処分的情状ないし量刑判断における「客観的相当性(妥当性)」の要請であった。<sup>(1)</sup>しかしながら、このような従来の判例の一般的傾向は、少なくとも形式的には使用者の懲戒権行使に対する大幅な司法審査の可能性を開くものとして積極的に評価すべきものであるとしても、既にその前提において、私人たるにすぎない使用者が一方的に作成する懲戒規定に法令上の刑罰規定と同様の(比喩的な意味での)違法性推定機能を付与し、実質的には懲戒処分をめぐる訴訟における立証責任を再び労働者に転嫁することになる点で重大な問題をはらんでいるだけでなく、最終



的な相当性判断による制約を予定しつつ比較的安易に懲戒事由該当性を肯定した結果、懲戒処分の対象上の限界を不  
 明確なものとし、それだけ懲戒処分の「客観的相当性」判断にあまりにも多くの問題を解消し、裁判官の価値的評価  
 の枠を広げることにもなった。<sup>(3)</sup> この場合、判例に現われた事案の多くが、懲戒処分の中でもいわば極刑たる懲戒解雇  
 であったという事実も見逃しえない。そこでは、懲戒事由該当性を一応の前提としつつ、しばしば懲戒事由とされた  
 行為と処分形態の間の不均衡や情状判断の過誤に基づく「客観的相当性」の欠如の故にその効力が否定されたために、  
 本来懲戒処分の基礎的法理に基づく具体的な要件や対象上の客観的限界として論じられるべき問題の多くが未決のまま  
 に残され、形式的には懲戒処分の対象の極めて安易な拡大がもたらされてしまったからである。<sup>(4)</sup> その意味で、かりに  
 従来判例をその具体的事実関係と結論とを対比させながら整理・検討したとしても、それによって、懲戒処分一般  
 の対象上の限界を画定するための統一的基準が容易に導かれうるとは言い難い。

次に、特に最近の判例においては、先に述べたようにこれまで一種の客観的利益として懲戒処分の対象を限界づけ  
 るための基準と解されてきた企業秩序の概念を、もっぱら使用者の利益と結び付けることによって内容的に拡張し、  
 懲戒処分の対象を積極的に拡大するための論拠とするという傾向が認められる。それは、とりわけ企業内での労働者  
 の組合・政治活動を理由とする懲戒処分に関する最高裁判例において顕著である。

最高裁はまず、公社職員が政治的ブレートを着用して就労し、またその取り外し命令に対する抗議のために休憩時  
 間にピラを配布したことを理由とする懲戒処分(誹責)<sup>(5)</sup>の効力が争われた目黒電報電話局事件において、右ブレイ  
 ト着用行為は「身体的活動の面だけからみれば作業の遂行に特段の支障が生じなかったとしても、精神的活動の面か  
 らみれば注意力のすべてが職務の遂行に向けられなかったものと解されるから、職務上の注意力のすべてを職務遂行  
 のために用い職務にのみ従事すべき義務に違反し、職務に専念すべき局所内の規律秩序を乱すものであったといわ

ければならない。」と述べ、更に右行動は「他の職員の注意力を散漫にし、あるいは職場内に特殊な雰囲気をかもし出し、よって他の職員がその注意力を職務に集中することを妨げるおそれのあるものであるから、この面からも局所内の秩序維持に反するものであったといふべきである。」とした。また、休憩時間中の行為についても、「従業員は労働契約上企業秩序を維持するための規律に服すべき義務があるから、それによる制約を免れないとした。このように、最高裁にとって、局所内の秩序規律（より一般的には企業秩序と解しうる）とは、単に労務遂行に関する外部的な秩序・規律にとどまらず、当該労働者や他の職員の精神的活動という内心的要素をも包含するものであり、しかもそのような企業秩序を維持すべきことは労働者の労働契約上の一般的義務だといふのである。最高裁はまた、組合活動の一環として職員用ロッカーにピラを貼付したことを理由とする懲戒処分（戒告）の効力が争われた国労札幌支部事件<sup>(6)</sup>において、企業は人的要素及び物的施設の両者を総合して企業秩序を定立するものであり、それに基づく規則・命令の違反者に対しては、企業は企業秩序を乱すものとして懲戒処分を行うことができる」と述べ、特に企業の物的施設を利用して行なわれる組合活動に関しては、使用者の許諾など特段の事情がない限り当該物的施設を管理利用する使用者の権限を侵害し、企業秩序を乱すものであって、正当な組合活動として許容されるころではないとした。

これらの判断において明らかのように、最高裁にとって企業秩序の概念は、もはや懲戒処分を客観的に限界づけ、制約するための基準ではなく、むしろ一方的に労働者の義務を加重し、懲戒処分の対象を拡大するための論拠とされるに至っている。それは、労働者の内心の状態をもその内容とすることによって使用者が労働者の精神的活動まで懲戒処分を通じて統制・支配するための論拠とされ、更には労働者の最も基本的な権利である団結権にすら優位するが如き絶対的利益として理解されているのである。そこでは、従来おそらくは労使の個別的利益を越えた一個の客観的利益として使用者の懲戒権を正当化し、かつそれを限定づけるものとして理解されてきた企業秩序の概念<sup>(7)</sup>が、もっ

ばら使用者の企業運営上の利益と同視されることによってその性質を變容され、その内容を拡大されている。いわば、企業秩序概念の一人歩きの現象である。<sup>(8)</sup>確かに、企業秩序の概念それ自体の意義・内容が多義的であり、曖昧であることは、これまでも多くの論者によって繰り返し指摘されてきたとおりである。しかしここでの問題は、単に企業秩序概念の多義性そのものにあるのではない。もともと実定法上の概念ではなく、その具体的な法的意義や効果も特定されていない企業秩序の概念そのものをとらえて、その具体化・明確化を志向したとしても、議論が容易に決着し難いことは明らかであろう。むしろ、企業秩序概念の持つそのような性格をふまえながら、それが懲戒処分をめぐって問題とされてきたことの意義、とりわけ懲戒処分の対象が企業秩序侵害行為であると解されてきたことの意義が、懲戒処分の基礎的な法理構成との関連において改めて問われねばならない。

更に、最近の判例のいま一つの問題点として指摘しうるものが、労働契約論に依拠することによる懲戒処分の対象拡大の傾向である。まず、右に指摘した目黒電報電話局事件・最高裁判決は、職務専念義務（それは公社職員関係の法的性格<sup>(9)</sup>からすれば、一種の労働契約上の義務と解される）を労働者の身体的活動にとどまらず精神的活動にも及ぶものと解し、その違反は局所内の規律秩序を乱すものとして懲戒事由に該当するとしたほか、労働者は労働契約上の義務として一般的に企業秩序を維持するための規律に従うべき義務を負うとして、休憩時間中のビラ配布行為が懲戒処分の対象となとした。また、深夜、会社社宅において会社批判の文書を配布したことを理由とする譴責処分の効力が争われた関西電力事件<sup>(10)</sup>において、大阪高裁判決は、労働者は労働契約に基づき「その付随義務として、企業の内外を問わず、ひろく使用者の利益を書してはならないのは勿論、不当に侵害するおそれのある行為をも慎しむべき忠実義務を負う。」としたうえで、当該文書の内容が事実に基づかず、ないしは誇張・歪曲して会社を誹謗するものであること、および企業秩序を乱しまたは乱すおそれがあったことなどのゆえに当該処分を有効とした。これらの判例は、

いずれも一般的・抽象的に労働者の労働契約上の包括的義務を指定し、それを懲戒事由該当性判断の前提としているところに特徴がある。しかもその場合の義務とは労働者の内心の状態や休憩時間中、更には勤務時間外の私生活にまで及ぶものであり、またその義務違反は、使用者側に財産的損害をはじめとする何らかの具体的損害が生ずるまでもなく、使用者による懲戒責任追及の対象となるというのである。確かにそこではなお、企業秩序侵害ないしそのおそれの有無が問題とされてはいる。しかし実際にはそのことは、右のような義務違反が直ちに規律秩序の紊乱に結び付けられ(前掲最高裁判決)、あるいは単に情状判定の一要素として理解されているにすぎない(前掲大阪高裁判決)ことによって、もはや懲戒処分の対象を限界づけるための客観的基準としての機能を果たしていない。いずれにせよ、これらの判例の最大の問題点は、懲戒処分法理の中に極めて安易に労働契約法理ないしその概念を持ち込むことにある。かつての懲戒権論争は、少なくともその大勢においては懲戒の独自の本質や法的根拠を問題とし、懲戒処分法理を形式的な労働契約法理から分離解放することによって、その客観的な法的限界を設定しようとするものであった。右に指摘した判例は、懲戒処分法理に再び労働契約論的構成を持ち込むことによって、従来の懲戒処分法理の基本的な性格や意義そのものまでも否定する可能性をはらんでいる。

(1) このような判例上の要請が、判例による就業規則の法規範としての理解、そしてその客観的法としての解釈適用に基づく社会正義の実現のためのいわば後見的な立場の志向に由来することにつき、山口浩一郎「服務規律と制裁」有泉亭編『日本の労使関係と法』〔有斐閣・昭四七〕三四五頁以下参照。

(2) 使用者の解雇権行使をめぐっては、これまで学説・判例上、解雇自由説、解雇権濫用説、正当事由説の対立が見られたが、懲戒解雇に関しては、就業規則上の懲戒解雇事由に関する規定が限定列举と解され、あるいは懲戒処分の選択について客観的な妥当性が要請される結果として、実質的に正当事由の存在が要請される(萩沢清彦「解雇の自由」労働法大系5〔有斐閣・昭三八〕二四六頁、三島宗彦「解雇権の濫用」労働法大系5・二九九頁など参照)。その限りでは、懲戒解雇の法的効力をめ

ぐる主張・立証責任は第一次的には使用者側にあると解される。懲戒解雇以外の懲戒処分形態についても結果的には同様であろう。ところが、懲戒規定に一種の違法性推定機能が認められる結果、労働者の行為が形式的にそれに該当する場合には、むしろ労働者側において実質的な懲戒責任阻却事由を積極的に立証しない限り、懲戒処分は当然にその効力が肯定されることになる。ここではいちいち具体例を挙げる余裕はないが、従来の判例の中には、就業規定の懲戒事由該当性を比較的容易に認めたいうえで、不当労働行為、思想信条に基づく差別などの労働者側の主張がいずれも理由がないことから、直ちに懲戒処分の効力を肯定したものが少なくないことを指摘しておきたい。

(3) このことは、本来懲戒処分の客観的要件の有無の問題として論じられるべき多くの事柄が、しばしば処分の相当性や当該事案における情状の評価といった、裁判官の専権的判断事項の問題として処理されたこと、その限りでは、当該紛争の処理において決定的な役割を果たすものは、実は他の介入を許さない裁判官の個人的な価値評価であったことを意味する。一方で比較的容易に懲戒事由該当性を肯定しつつ、他方で情状判断や処分選択における「客観的相当性」を求めるといふ判例の判断形式は、同時にそのような裁判官の価値的评价に基づく紛争処理を最大限に可能とするための判断形式でもあった。

(4) この場合、懲戒処分(特に懲戒解雇)が情状判断の誤りや相当性欠如の故に無効とされたときは、厳密な意味では、懲戒事由該当性の判断は先例的価値を持たないと言えるであろう。それは、当該処分を情状判断や相当性の問題によって無効とし、その結果として当該労働者を救済するための前提としての、あくまで仮定的な判断と解しうるからである。ところが、判例の先例拘束性の意識および制度的基盤が不十分なわが国では、そのことが、当該行為は懲戒事由に該当する(その限りでは何らかの懲戒処分の対象となりうる)にもかかわらず、単に相当性を欠くが故に当該処分の効力が否定されたにすぎないと解されたとしても不思議はない。ひいてはそのことが、後の裁判例において、懲戒事由該当性を容易に肯定したうえで、何らかの正当化事由や相当性欠如の立証がなされない限り、当該処分を有効とするという判断形式がとられることの前提ともなっているように思われる。

(5) 最三小判昭五二・一二・一三民集三一巻七号九七四頁。

(6) 最三小判昭五四・一〇・三〇民集三三巻六号六四七頁。

- (7) かつての懲戒権論争において、多くの学説は、私的制裁として機能する懲戒処分は近代法秩序とは当然には相容れないとの前提に立ちながら、なおかつそれが現行法秩序の下において法的に許容されるための条件を問ひ（それが「法的根拠」の具体的内容の一つであることについては既に指摘した）、企業・経営においては一定の集团的秩序が維持されねばならず、そのために懲戒処分が必要かつやむをえないものである限りで、その法的許容性を認容するという態度をとった（このことが特に明確に述べられているものとして、沼田・前掲書、片岡・前掲論文参照）。その意味で、企業秩序、経営秩序、共同作業秩序などによって示される秩序概念は、多かれ少なかれ労使の個別的利害とは区別された客観的利益として理解され、その限りにおいて、懲戒処分を積極的に正当化すると同時にそれを越える懲戒処分を限界づけるといふ二面的機能を果たしたものである。
- (8) このことは、決して最高裁によってはじめられた現象ではなく、既にそれ以前の下級審判例によって徐々に形成されてきたものであった。たとえば、企業秩序を労働者の内心的状態をも含めて理解するものとしては、リボン闘争に関する灘郵便局事件・大阪高判昭五一・一・三〇（労民集二七巻一号一八頁などが、施設管理権の団結権に対する優位性を承認するものとしては、日本エヌ・シー・アール事件・東京高判昭五二・七・一四（労民集二八巻五〇六号四二頁などが注目される。
- (9) 公社職員関係が原則として私法上の法律関係であることは多くの判例も認めるところであり、右目黒電報電話局事件・最高裁判決も、公社とその職員の関係は、一般私企業と若干異なる規制を受けることは否定できないとしても、基本的には私企業におけるとその本質を異にするものではなく、私法上のものであるとしている。
- (10) 大阪高判昭五三・六・二九（労民集二九巻三三三頁）。

五 右に指摘したような最近の判例の傾向に対しては、とりわけそこでの企業秩序概念や労働契約上の義務に関する理解をめぐって学説による活発な批判が展開されることになった。<sup>(1)</sup> しかもそれを通じて、従来の学説・判例においても企業秩序概念の意義や内容は必ずしも明確なものではなく、それを改めて見直し、その内容・限界を具体化する必要があること、あるいは労使間の労働契約上の権利義務の具体的内容や範囲を再検討すべきことなどが指摘されるに至っている。<sup>(2)</sup> そのことは、先に述べた従来の懲戒法理の性格やそれ自体に伴う問題性からすれば、いわば当然の問

題提起でもあった。しかし、少なくともそれを懲戒処分法理との関連で見ると、そこでのより根本的な問題は、むしろ従来の懲戒処分法理の基本的論理構造そのものにあつたように思われる。仮に懲戒処分の基礎的法理構成との関連を離れて企業秩序概念の意義を論じたとしても、結局それは抽象的な議論の繰り返しに終始せざるを得ないことは過去の経験の示すところであり、また労使間の個別的な権利・義務の内容や限界もあくまでそれとの関連において論じられるべきものであるにもかかわらず、従来の懲戒処分法理はその基本的論理構造の不完全性ないしは欠陥の故に、それらの点で必ずしも十分な対応をなしえないと解されるからである。かつての懲戒権論争を通じて形成されたわが国の懲戒処分法理が、上述のようにすぐれて当時の問題状況や理論的関心によって規定されたものであるが故に、統一的な法理としての論理的な一貫性において必ずしも十分なものではなく、また、現在の懲戒処分法理をめぐる問題状況の原因の一端もその点にあるとするならば、右のような要請への対応は、決してかつての懲戒権論争への単純な回帰やそれに基づく抽象的議論の再論によってではなく、むしろ現在の問題状況をふまえたうえで懲戒処分の基本的論理構造にまで遡った再検討、ないしはその積極的な再構成によってはじめて可能なものとなるべきであろう。そしてそのためには、従来の懲戒法理の特質をより一層明確なものとし、その意義および限界を明らかにすることが不可欠の前提作業であると考え<sup>(3)</sup>る。

(1) 現代労働講座3労働組合(総合労働研究所・昭五五)および日本労働法学会誌五七号「企業内組合と団結権」(総合労働研究所・昭五六)所収の諸論稿のほか、労働判例三〇八号・三三〇号、労働法律旬報九八三号掲載の座談会等を参照。また、先に掲げた最近の判例についての評釈も数多いが、いちいち引用することは省く。

(2) たとえば、西谷敏「企業秩序と労働者の市民的自由」ジュリスト五六五号(昭五三)七八頁、菊池高志「労働契約論と企業秩序」労働法律旬報九四八号(昭五三)三頁など。また、このような観点からの企業秩序概念の再検討の試みとして、横井

芳弘「『企業秩序』と労働者権の交錯」季刊労働法一一七号（昭五五）四頁が特に注目される。

(3) 筆者は、このような観点から、既に「懲戒解雇の法理」日本労働協会雑誌二七二号・二七三号（昭五六）および「懲戒処分」現代労働法講座10（総合労働研究所・昭和五七）において、懲戒処分法理について再検討を加えると共に私見の概要を披瀝した。本稿における比較法的研究は、いわばそれらの前提をなすものとして予定していたのであるが、種々の事情によって発表の順序が逆になってしまった。大方の御寛恕を乞う次第である。なお、右の拙稿「懲戒解雇の法理」に対してはその後、毛塚勝利（懲戒の機能と懲戒権承認の規範的契機）日本労働協会雑誌二七七号）、諏訪康雄（懲戒権と懲戒解雇の法理）日本労働協会雑誌二八〇号・二八一号）の両氏によって、懇切かつ鋭い批判が加えられた。そこで指摘された私見の問題点については、本稿とは別の機会に改めて検討したいと考えている。

## 第二節 本稿の対象および方法

一 本稿は、およそ以上のような問題関心に基づき、労使間の懲戒処分に関する法理論の再検討ないしはその再構成のための一環として、諸外国における懲戒処分法理について検討を加え、それとの対比においてわが国の懲戒処分法理の理論的特質とその問題性を明らかにすることを目的とする。具体的には、ドイツ（西ドイツ）、フランス、イギリス、アメリカにおける懲戒法理を取り上げるが、これらの四カ国に限ったのは主として筆者の能力と資料上の制約によるものであって、それ以外の懲戒法理を意図的に除外しようとするものではない。ただ、これらの諸国においては、これまで各国毎にかなり特色のある懲戒処分法理に関する学説・判例の展開が見られ、それらの検討だけでも、本稿の目的を達するためには十分の素材が提供されるのではないかと思われる。

また、以下では、まず各国の懲戒法理を個別に検討し、然る後にそれらを比較対照するという方法をとる。もちろん、懲戒法理の比較法的な研究にあたっては、はじめから懲戒処分をめぐる主要な問題、たとえば懲戒処分の法的基



礎や性格、その形態、対象、手続などについて、それぞれ各国の理論を対比しながら検討するという方法も可能であろう。ところが、各国の懲戒法理は、それらが対象とする懲戒処分法の現象上の共通性にもかかわらず、おそらくは各国の法制度や法理論上の特質や伝統、あるいは現実に生起する法的問題の特殊性などに規定されて、それぞれにかなりの特徴のある独自の法理として形成されており、そのことをふまえずに単純にその内容を個別的問題ごとに比較することは、かえってそれらの特徴を捨象し、皮相的な検討に終始することになるおそれなしとしない。むしろ、さしあたっては各国の懲戒法理を一定の共通の視点に基づきながらもそれぞれ一体として把握し、それらの特質とその背景を明らかにすることが、本稿の目的達成のためにも近道であるように思われる。そこで以下の検討においても、まず各国ごとの懲戒法理の特質およびそれを規定する背景的事情を究明することが直接的な目的とされることになる。そのため、以下の叙述においては、各国ごとに、内容的・量的にかなり統一性を欠くものとなることが懸念されるが、それについては最後の総括的検討の中である程度補うことにしたいと思う。

二 次に、以下の各国の懲戒法理の検討においては、先に述べたようなわが国における懲戒処分法理の問題状況にかんがみ、それらの基礎的な法理構成の内容および性格、なかんづく懲戒処分法理と労働契約法理との関連性についての説明、およびその中で用いられる基礎的概念(たとえば「懲戒処分」、「懲戒権」、「企業秩序」など)の意義および内容の明確化が最大の関心事となる。わが国の懲戒法理は、戦前戦後を通じて外国法理、とりわけドイツおよびフランスのそれによって少なからざる影響を受け、その概念や方法の多くを摂取している<sup>(1)</sup>のであるが、右の検討を通じてそのような摂取の過程における問題点、およびそれらの外国法理とその後のわが国における法理との概念や方法論上の異同がある程度明らかになるであろう。特に、従来のわが国の懲戒処分法理にあっては、ドイツ的な経営組織体論やフランスにおける制度理論、あるいはアメリカ的な経営権理論などに基づいて使用者の懲戒権を承認する見解は、

一括していわゆる固有権説としてさかんな批判の対象とされてきたのであるが、それらのわが国の批判的見解においてもおそらくは当然の前提とされてきた懲戒処分の本質や目的に関する理解が、もともと右のような諸外国の法理の中で形成されたものであったという事実は、いま改めてそれらの法理を検討し、それとの対比によってわが国の従来の議論の意義を再評価すべき必要性を高からしめていると言うことができる。従来の議論において意見が分かれていた点よりも、むしろ当然のこととして理解されていた点、それ故に従来の議論においてともすれば等閑視され欠落していた点に改めて焦点を当てること、そしてそれによって懲戒処分法理全体を見直すための視点を導き出すこと、それが本稿において外国法理を研究することのいま一つの基本的目的である。

(1) たとえば懲戒処分の本質に関する「秩序罰」の概念は明らかにドイツにおける理論からの移入であり(古くは孫田秀春『改訂労働法論・総論各論上』〔有斐閣・昭六〕三九一頁以下、その他花見・前掲書一五六頁以下、一六一頁以下、片岡・前掲論文四四八頁以下参照)、使用者の行使する懲戒処分を包括的に懲戒権の概念によって捉えること、および懲戒処分の本質や機能に関しては、フランスの制度理論に基づく懲戒理論からの少なからざる影響を受けている。また、経営権に基づいて使用者の懲戒権を説明しようとするアメリカにおける理論の影響も見逃しえない。

三 更に以下の研究においては、各国における懲戒処分の実際の運用やそれに伴って現実に生じている主要な法的問題についても併せて検討を加えることによって、それぞれの懲戒法理の内容や性格を理解するための一助とすると共に、わが国の懲戒法理や実務に対する参考資料ともしたいと思う。とりわけ懲戒処分の適正確保のための運用手続、および懲戒処分をめぐって生ずる労使紛争の処理に関して各国で形成されている自主的規制や立法的規制は、それらの点で従来必ずしも十分なものではなかったわが国にとって、少なからざる示唆をもたらすことになると思われる。

## 第一部 ドイツにおける懲戒処分法理

### 第一章 序 説

一 西ドイツの現行法制度上、労使間の懲戒処分に関する直接的な明文規定は、連邦および州レベルでの官吏 (Beante) に関するものを除き<sup>(1)</sup>、一般の私的労使関係及び官吏とは区別された公的勤務の労働者 (Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes) の関係については一切存在しない<sup>(2)</sup>。従って、これらの関係における懲戒処分の問題は、わが国と同様、基本的には学説・判例による法理論的处理に委ねられていると言ふことができる。このような法状態の下で、現在の西ドイツにおいては、極めて活発な懲戒処分に関する議論が展開され、しかも実に特色のある懲戒処分法理が形成されている。以下の論述に先立ち、無用の混乱や誤解を避けるため、予めその最も基本的な特徴を抽出するならば、およそ次のような諸点を指摘しうるであろう。

まず第一に、西ドイツ懲戒処分法理における概念上の特質である。端的に言つて、そこで議論の対象とされるものは、わが国のごとく現実の労使関係において懲戒として行使されている多様かつ包括的な「懲戒処分」についてはなく、一貫して、より限定的な「経営罰」(ないしは「工場罰」、Betriebsstrafe od. -bude) の概念であった。その具体的形態としては、主として罰金 (Geldbuße)・譴責 (Verweis)・および戒告 (Verwarnung) が考えられているにすぎず、一部には有力な反対説があるものの、一般に解雇や配転などは「経営罰」には含まれないと解されている<sup>(3)</sup>。そ

の意味で、西ドイツにおいては、少なくとも外見上は、わが国において通常理解されているような「懲戒処分」法理と同様のものを学説・判例の中に見出すことは困難である。

第二に、右の第一の特徴と関連して、西ドイツにおいては、使用者が現実に懲戒として行使する制裁措置を包括的に「懲戒権」の行使として捉え、そのような法的権能について一般的にその法的根拠を論ずるという方法もほとんど見られない<sup>(5)</sup>。そのような包括的な意味での「懲戒権」の存在は、あたかもはじめから当然のこととして否定されているかのごとくである。

第三に、右の「経営罰」をめぐる問題は、学説・判例上、もっぱら労働者の経営参加・共同決定をめぐる集団的労働法の領域において論じられている<sup>(6)</sup>。このことは、後に見るように、ワイマール・ドイツ以来の立法および法理論体系上の沿革に基づくものであるが、この点も、西ドイツ懲戒処分法理の内容や特質を知る上で重要な意味を持つ特徴の一つである。

ところで、このような基本的特徴を有する西ドイツの経営罰法理は、近年、とりわけ一九六〇年代半ばから七〇年代前半にかけての「経営内司法 (Betriebsjustiz)」を標題とする一連の活発な論争を通じて、新たな展開を示している<sup>(7)</sup>。この論争は、直接的には経営内での労働者間の紛争に対する使用者による強権的調停の法的可否と、経営内で発生した犯罪行為の経営内処理の問題に端を発し、多くの法分科に多様なテーマを提供したものであるが、殊に労働法の分野においては、それは経営内制裁制度の法的許否の問題として、具体的には経営罰の本質や法的根拠をめぐる古くからの議論の再燃という形で論じられた。そしてこの論争を通じて、西ドイツ経営罰法理の特質とも言うべきものがより一層鮮明に現われることになっただけでなく、それに付随した多くの法的問題についても議論が深められ、逆にそれが抱える多くの重要な問題点も明らかとなった。しかし、結果的に見て、今回の論争は、経営罰法理の全く新

たな再編成をもたらしたというよりは、むしろ従来の基本的な理論的枠組の上に立ちながら、戦後西ドイツの労働法上の理論的成果と調和的に経営罰法理を再構成したというにとどまり、その結論の多くは、既にその大要においてかつての議論において用意されていたとの感が強い。従って、現在の西ドイツの経営罰法理の意義を理解し、その内容や特質を適確に窺い知るためには、やはりその歴史的な形成過程にまで遡って検討を加えることがぜひとも必要であると思われる。<sup>(8)</sup>

(1) たとえば連邦レベルの官吏の懲戒に関しては、独立した法律として、連邦懲戒法 (Bundesdisziplinarordnung) が制定されている (その内容については、中村博『公務員懲戒法』(日本評論社・昭四五) 六四頁以下に概説がある)。そのほか、州レベルでも、それぞれ官吏の懲戒に関する法律が制定されているようである。

(2) 連邦懲戒法は、連邦官吏法に服する官吏及び退役官吏 (Beamten und Ruhestandsbeamten) に適用され (同法第一条)、また、連邦官吏法によれば、「連邦官吏とは、連邦または連邦直轄の社団、营造物若くは公法上の社団に対して、公法上の勤務関係または信任関係にある者をいう。」(同法第一条)とされており、ドイツ法上官吏とは明確に区別された公的勤務の労働者については連邦懲戒法の規定は適用されない (Vgl. Bohne, Kurt, *Bundesdisziplinarordnung*, 2. neubearbeitete Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1970, S. 145)。なお、後述第二章第四節(1)の注(1)を参照。

(3) ただし、ドイツ・西ドイツにおいて、これまで一般の労使関係における懲戒処分に関する法規定が全く存在しなかったわけではない。一八九一年の労働者保護法 (Arbeiterschutzgesetz) により新設された営業法 (Gewerboordnung) 第一三四条および第八〇条は制裁の定めおよび確定を労使の共同決定にからしめていた。その後これらの法規定はナチス時代の一九三四年国民労働秩序法 (Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit) 第二十七条、第二八条によって置き換えられ、更に第二次世界大戦後、同法が管理委員会法 (Nr. 40 Kontrollratsgesetz) によって廃止されたことにより、西ドイツ法上一般の労働関係における懲戒処分に関する立法上の規制は存在しないことになり、その状態が現在まで続いているのである。なお、以上の法

律上の規定の内容、およびそれらが現在もなお法理論上重要な意義を有していることについては、次章以下に述べる。

(4) ただし、このことは、解雇や配転、停職などが労使関係の実務において懲戒ないし制裁として定められ、行使されていないことまでを意味するものではない。むしろ実務上は、それらの措置をも含めた多様な制裁措置が就業規則(経営協定)中に定められ、行使されているのである。第三章第二節二参照。

(5) かつては使用者の一般的な制裁権能(Strafbefugnis)についての法的根拠が論じられ、現在でもそのような論じられ方が無いわけではないが、たとえそのような場合でも、そのような権能が具体的にいかなる内容のものとして用いられているかについては十分に留意することを要し、少なくともそれをわが国で一般に理解されているような「懲戒権」と同視することはできない。このこととも関連して、西ドイツにおいては、使用者が事実上懲戒処分として行使する多様な措置を対象とする統一的な懲戒処分法理とも言うべきものは、現在に至るまで労働法体系上の独自の一分肢として形成されているとは言い難い。

(6) 現在の西ドイツの主要な体系書・概説書は、いずれも経営罰の問題を経営組織法(Betriebsverfassungsgesetz)の中の労使間の共同決定の問題として取扱っている。

(7) この論争の概要については、第二章第四節三において改めて述べる。

(8) 西ドイツの懲戒処分法理に関しては、筆者は先にその概要を紹介する機会を持った(「西ドイツにおける懲戒理論——『経営内司法』をめぐる最近の論争を契機として——」日本労働協会雑誌二四〇号〔昭五四〕一〇頁)。以下の考察は、それを更に歴史的に遡って跡付けると共に、そこでは十分に論じえなかった点についても比較的詳細な検討を加えようとするものである。

二 そこで以下では、まずドイツ・西ドイツにおける経営罰法理について立法の変遷を一応の目安として歴史的な展開過程をたどり(第二章)、然る後にそれをふまえながら現在の法理の内容および特質を検討する(第三章)。

その場合の歴史的考察にあたっては、一八九一年の労働者保護法による最初の工場罰規制立法の成立の時期から始めることにする。近代的労使関係における懲戒処分法理の研究という本稿の目的からして、また現在の西ドイツ経営罰法理の特質を明らかにするための前提としては、それが必要かつ十分だと思われるからである。具体的には、(一)右

の一八九一年法により改正された營業法適用下の時代、(二)一九二〇年經營協議會法適用下のワイマール時代、(三)ナチス時代、(四)第二次世界大戰後に区分して考察を進めるが、それを通じて、とりわけ右に指摘した西ドイツ經營罰法理の特徴がいかにして形成され、そのことは具体的にいかなる背景を持ち、いかなる意義を有していたかを明らかにしたい。

次に、現在の西ドイツ經營罰法理の検討においては、まず經營罰の法的本質および根拠に関する学説・判例を整理・検討した後、經營罰の対象および形態と、經營罰行使に対する法的諸規制の問題について考察を加えるが、ここでは特に、わが国の懲戒処分法理と対比した場合の西ドイツ經營罰法理の理論的特質やそれが抱える問題点・限界性が明確に浮かび上がるよう、論述にある程度の配慮を加えようと思う。従って、以下の考察は、決して単なる西ドイツ經營罰法理の紹介にとどまらず、あくまで固有の理論的関心に基づく一外国研究者としての立場からの研究の結果でもあることを、予めお断りしておきたい。

(一) 次章以下にきつて、複数箇所著者名(および版数)のみによって引用した文献を予め掲げておく。

Dietz, Rolf, *Betriebsverfassungsgesetz*, 4. Aufl., München/Berlin 1967; Dietz, Rolf/Richardi, Reinhard, *Betriebsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., München 1973 (BetrvG); Dietz/Richardi, *Bundespersonalvertretungsgesetz*, 2. Aufl., 2. Bd., München 1978 (BPerVG); Friese, Victor, *Die Strafen in den Arbeitsordnungen, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, Bd. 67 (1925) S. 627; Galperin, Hans, *Betriebsjustiz, ihre Zulässigkeit, ihre Grenzen*, BB 1970 S. 933; Galperin, Hans/Siebert, Wolfgang, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., Heidelberg 1963; Galperin/Löwisch, Manfred, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 4. Aufl., Heidelberg 1963; Galperin/Löwisch, Manfred, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., Heidelberg 1976; Herbst, Fritz, *Die betrieblichen Ordnungsstrafen*, BB 1965 S. 419; Herschel, Wilhelm, *Betriebsrussen, ihre Voraussetzungen und Grenzen*, Köln/Berlin/Bonn/München 1967; Henck, Alfred/Nippendey, Hans Carl, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. I (von Henck): 7. Aufl.,

Berlin/Frankfurt a. M. 1963, Bd. II (von Nipperdey): 6. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M. 1957, 7. Aufl., 1. Halbband (II/1), Berlin/Frankfurt a. M. 1967, 2. Halbband (mit Sacker, Franz Jürgen) (II/2), 1970; Kaiser, Günther/Metzger-Pregizer, Gerhard, *Betriebsjustiz*, Berlin 1976; Landmann, Robert/Rohmer, Gustav, *Gewebeordnung*, 3. Aufl., München 1897, 8. Aufl., Bd. II/2, München 1932, 10. Aufl., (mit Eyermann und Fröhler), Bd. II/2, München/Berlin 1953; Leinemann, Wolfgang, Betriebsbußen — Betriebs- oder Vertragsstrafen? ANR 1970 S. 134; Luhmann, Ulrich, *Betriebsjustiz und Rechtsstaat*, Heidelberg 1975; Mansfeld, Werner, Die Buße, DAR 1934 S. 273; Mansfeld/Pohl, W./Steinmann, G./Krause, A. B., *Die Ordnung der nationalen Arbeit*, Berlin 1934; Meyer-Cording, Ulrich, Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechtsstaat, NJW 1966 S. 225; Nikisch, Arthur, *Arbeitsrecht*, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1961, Bd. III, 2. Aufl., Tübingen 1966; Oertmann, Paul, *Deutsches Arbeitsvertragsrecht*, Berlin 1923; Potthoff, Heinz, Die Straf Gewalt des Arbeitgebers, *Beiträge zur Erklärung des Deutschen Rechts*, Bd. 68 (1927) S. 287; Schlosshauer, Ursula, Mitbestimmungsfreie Abmahnung und mitbestimmungspflichtige Betriebsbuße, DB 1977 S. 254; Schumann, Elkehard, Abschied von der Betriebsjustiz, in: *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, München 1973 S. 323; Siebert, Wolfgang, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hamburg 1935; Sinzheimer, Hugo, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. Aufl., Jena 1927; Zöllner, Betriebsjustiz, ZZP 1970 S. 365.

雑誌の引用は次の略号によつた（つぎ以外のものは題名やその番号を用いた）。

AcP: *Archiv für die civilistische Praxis*

AnR: *Arbeit und Recht*

BB: *Der Betriebs-Berater*

DAR: *Deutsches Arbeitsrecht*

DB: *Der Betrieb*



DR: *Deutsches Recht*

GewMh: *Gewerkschaftliche Monatshefte*

JZ: *Juristenzeitung*

NJW: *Neue juristische Wochenschrift*

NZlA: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*

RdA: *Recht der Arbeit*

ZlA: *Zeitschrift für Arbeitsrecht*

ZRP: *Zeitschrift für Rechtspolitik*

ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*

ZZP: *Zeitschrift für Zivilprozess*

判例の引用は、特に断らなから限り、次のものによる。

BAG (Bundesarbeitsgericht): *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*

BVerwG (Bundesverwaltungsgericht): *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts*

RAG (Reichsarbeitsgericht): *Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte*

AP: *Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts*

なお、上記以外の略号については、その都度適宜表示する。

- (2) 懲戒処分法理論を検討の対象とする本稿において、ドイツにおける懲戒処分の実態について立ち入った検討・分析を加えている余裕はない。しかし、本稿での検討においても、そのような実態の把握は不可欠の前提である。むしろそれによって、懲戒処分法理の意義や性格も正しく評価しうると言うべきであろう。この点で特に注目されるものが、先年公刊されたマックス・プランク国際刑法研究所の調査グループによる実態調査の成果である (Kaiser/Metzger-Pregitzer, a. a. O.)。この調査は、バーデン・ビュルテンベルグ州の製造業経営について、①アンケート調査(五四〇の経営、同州の五パーセント

に相当)、②経営者と経営協議会員の聞き取り調査(六八の経営)、③労働者との面談(一三の経営、二六〇人)および集団討論と個別聞き取り(五経営)という方法によって、経営内犯罪や秩序侵害行為の実態と傾向や、経営内制裁制度を含めた経営における労働者管理・規制措置の実態と運用情況などを明らかにしたものであって、西ドイツ労使関係における懲戒処分の実態を知る上でも極めて有益な資料である。なお、右の報告書では、就業規則上の制裁規定に関する分析もなされているが(Kaiser/Metzger-Fregizer, S. 297, von Baumann, Ulrich)そのほか、実際の就業規則を年代順に紹介している Homadka, Wolfgang, *Die Arbeitsordnung im Wandel der Zeit*, Köln/Berlin/Bonn/München 1979 や、実務向けの就業規則の雛型を掲載する Koch, Jürgen R., *Arbeitsordnung*, 3. Aufl., Heidelberg 1963; Schaub, Günter, *Arbeitsrechtliche Formularsammlung und Arbeitsgerichtsverfahren*, 3. Aufl., München 1982 なども参考になった。

## 第二章 経営罰法理の歴史的展開

### 第一節 営業法下の経営罰理論

#### 一 一八九一年労働者保護法による営業法の改正

近代的大規模工場の形成・発展に伴い、使用者による労働者に対する苛酷な制裁として猛威をふるった罰金を中心とするいわゆる工場罰制度の現象は、ドイツにおいても決して例外ではなかった。その現実的弊害の故に各国において相次いで成立を見た罰金規制立法は、ドイツにおいては一八九一年の労働者保護法による営業法への新規定の挿入によって実現することとなったのである。<sup>(1)</sup>

改正営業法は、まずその第一三四条 a 以下において、常時二〇人以上の労働者を使用する工場について使用者が就

業規則 (Arbeitsordnung) を制定することを義務づけると共に、有効に制定された就業規則の内容は、「法律に違反しない限り使用者及び労働者を拘束する」(同法第一三四条c) として就業規則に特別の法的効力を認めた。

次に改正営業法は、第一三四条bにおいて就業規則の必要記載事項を定め、その中に、「制裁 (Strafe) に関する定めをする場合には、その方法及び程度、並びに金銭による制裁を定めるときは、その取立て及び取立てた制裁金の使途」(同条第一項第四号) を掲げた。そしてそのような制裁について更に次のような規制を加えたのである。

① 制裁の種類——名譽感情または善良の風俗を害する制裁の定めをすることはできない (第一三四条b第二項)。  
また、就業規則に定められた制裁以外の制裁を科すことはできない (第一三四条c第二項)。

② 制裁の手続——制裁は遅滞なく確定し、労働者に通知されなければならない (第一三四条c第二項)。

③ 罰金額の制限——罰金は、平均賃金の一日分の半額を越えることができない、ただし、重大な違反<sup>(4)</sup>についてはその全額を科すことができる (第一三四条b第二項)。

④ 罰金の使途——罰金は、工場の労働者の利益のために使用しなければならない (第一三四条b第二項)。

⑤ 罰金に関する記録——使用者は、罰金が科された労働者の氏名、日付、制裁の理由、及びその額を記載した帳簿の作成を義務づけられる。それは労働監督官の閲覧に供される (第一三四条c第三項)。

このような使用者による制裁、とりわけ罰金 (Geldstrafe) に対する規制は、立法理由によれば、「現在の多くの就業規則に見出される不当かつ過度に高額な制裁は、著しく労働者の敵対感情を助長するものであり、また、それが使用者の利益において消費されることは、容易にその確定の公正さを疑わしめるものでしかない。」<sup>(5)</sup> という考慮に基づくものであった。また、それまで罰金が高額のものになりがちであったことの理由が、労働者が使用者に対して生ぜしめた損害の賠償の機能を罰金に持たせたことにあったことも考慮し、罰金額を右のように規制する反面、それが使

用者の損害賠償請求権を害するものでないことを明言する規定(第一三四条b第二項<sup>(6)</sup>)が置かれた<sup>(7)(8)</sup>。

ところで、以上のように営業法改正によって法的規制が加えられるに至った使用者の制裁権能は、それ以前においても決して明文の法規定によって認められていたものではなかった。かつてプロイセン一般ラント法によって定められていたツンフトにおける職人に対する処罰権に関する規定は当時既に廃止されており、工場主は労働者に対する制裁行使のためにそれらの規定を援用することは困難であった。それにもかかわらず、当時においてもなお、いわゆる営業権(Recht an eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)が主張され、工場主は、それに基づいて、規則に反する労働者を工場内において処罰するという実務を継続していたのである。改正営業法による制裁規定の明示の要請とそれに対する法的規制は、確かに当時の工場罰制度の恣意的行使を矯正し、その限りでは労働者保護に資するものであった。そのことは、右に掲げた立法理由にも窺われる。しかしそれは同時に、当時の法状態を考慮するならば、まさに「工場主の処罰的権能を、かつての一般ラント法の規定に現代的な形で結び付けようとした政治的保守勢力の企ての成功」の所産であり、「五〇年以上も前に廃止された一般ラント法の規定を、特に工場労働者を犠牲としてきた実務を正当化するために、いわば弱められた形で再び持ち込むもの」であった<sup>(11)</sup>。

(1) アントン・メンガーは、「ドイツ民法典第一草案を批判した『民法と無産者階級』(Menger, Anton, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890)において、草案が使用者の懲戒権に関して何らの規定も含んでいないことに対しても鋭く批判を加え、独自の修正案を提示した(花見・前掲書一一〇頁以下参照)。メンガーの主張は結局ドイツ民法典の採用するところとはならなかったが、その立法上の制約は、民法によってではなく営業法の規定によって、ある程度の実現を見たのである。

(2) 立法の提案理由によれば、それは、「労働契約条件の確実かつ明確な周知は、それによってすべての労働者がその時々々の権利義務を知ることができ、経験上労働契約の不完全性や不明確性から生ずる多くの紛争を防止し、その結果使用者と労働者

の間の平和的關係の維持に適切に役立つところを配慮」に基づくものであった (*Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstages*, I Session 1890/91, 1. Bd., S. 21)。

(3) 改正された営業法の規定によれば、使用者は、就業規則の制定にあたって労働者または常設労働者委員会 (*ständiger Arbeiterausschuss*) の意見を聞くこと (第一三四条 d)、および制定した就業規則を見易い場所に掲示し、雇入れに際して労働者に交付すること (第一三四条 e 第二項) が義務づけられた。また、使用者は制定後三日以内に行政庁に就業規則を提出しなければならず (第一三四条 e 第一項)、これらの規定に違反して制定され、またはその内容が法律上の定めに対するときは行政庁がその変更を命じうるものとされた (第一三四条 f)。そして、制定された就業規則及びその追加規則は、その公布から最低二週間経過後に効力を生ずるものとされた (第一三四条 a 第四項)。

(4) このような事由として、第一三四条 b 第二項は、「同僚に対する暴行、善良の風俗に対する重大な違反、並びに経営の秩序維持、安全確保、もしくは営業法の規定の実施のために制定された定めに対する重大な違反」をあげていた。

(5) *Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstages*, a. a. O., S. 21.

(6) なお、このことは、一般には就業規則による損害賠償額の予定を禁止する趣旨とは解されていない (Landmann/Rohmar, 8. Aufl., S. 631)。また、同条に関して、就業規則に使用者の損害賠償を請求する権利についての規定を定めてはならない旨の修正案が審議過程において提案されたが、否決された ( *Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstages*, a. a. O., Nr. 393, S. 2283, 2290)。

(7) このほかに、営業法は、「工場の秩序および工場内における労働者の行動 (Verhalten) の問題に関する規定」を就業規則に定めるか否かは工場所有者の自由としたほか、福利施設の利用及び未成年者の工場外における行動に関する規定は、常設労働委員会の同意を得て、就業規則中に定めうるものとした (第一三四条 b 第三項)。ただし、成年労働者の工場外の行動についての就業規則による規制に関しては言及されていない。

(8) なお、営業法第一三四条 a 以下の規定は、一九〇〇年の改正によって當時二〇人以上の使用人および徒弟を使用する公開の物品販売所 (*offene Verkaufsstelle*) についても準用され (同法第一三九条 k)、また、一九〇八年の改正によって、第一三

四条a以下の規定は常時二〇人以上の労働者を使用する経営(Betrieb)に適用するものと定められ(同法第一三二条h)、それに伴って同条以下の「工場」の語は「経営」によって置き換えられた。

(9) ドイツの中世的労働関係においては、奉公人(Gesinde)に対する主人の家父長的処罰権と、手工業的職人に対するツングフトの処罰権があった。このうち後者については、それを定めるプロイセン一般ラント法の規定が一八四五年のプロイセン営業法により廃止され、代って職人の仕事の放棄や重大な不服従、継続的反抗などの非行が国家の刑罰の対象とされることになった(同法第一八四条)が、この規定も一八六九年の北ドイツ連邦営業法の制定と一八八三年の全ドイツへの拡張適用によって最終的に廃止され、その後は工場労働に関する使用者の処罰権限に関する明文規定は一切存在しないこととなったのである。

Vgl. Luhmann, S. 45ff.; Leinemann, AuR 1970 S. 134f.

(10) Leinemann, S. 135

(11) Leinemann, S. 136

## 二 経営罰の法的性質および根拠をめぐる議論の端緒

### 1 序説

一八九一年の営業法改正による就業規則制定の義務づけと、制裁に関する定め要求およびその法的規制は、一方において就業規則の法的性質ないし効力に関する問題、他方において使用者による制裁、とりわけ罰金の法的性質および根拠の問題に対する理論的関心を惹起する契機となった。これらの問題は、決して別個の問題として論じられたものではなく、むしろ不可分のものとして理解されるべきものであるが、ここではそのことを念頭に置きつつ、もっぱら後者の問題に焦点をあてながら議論の内容を見ることにしたい。<sup>1)</sup>

一八九一年の改正営業法は、実務上の制裁制度を全く廃止し、ないしは原則的に禁止するものではなく、その採用

いかんは使用者に委ねながら、その行使および内容に関して厳格な規制・監督を加えることによって、その弊害を除く去しようとするものであった。しかもそれは、少なくともその文言上は使用者に対して積極的に一種の処罰権能を付与するものではなく、制裁が定められる限りにおいて („sofern Strafen vorgesehen werden“) それに関する事項を就業規則中に定めるべきことを要求し、かつその内容・手続を制約するにとどまる。従って、罰金の法的性質、あるいは使用者がそれを就業規則に定めることによって労働者に対してそれを行使しうることの法的根拠は、少なくともそのような法規定の上からは自明のことではない。そしてこの問題は、既に営業法改正の前後にそれに関する議論の端緒が見られ、その後今日に至るまでドイツ労働法上の重要なテーマの一つとなったものであった。

(1) ドイツにおける初期の就業規則論に関しては、桑原昌宏「ドイツ就業規則論(一)・(二)」法学論叢七三卷三号・七四卷二号〔昭三八・三九〕に詳しい紹介がある。このほか、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」有泉古稀記念論文集・労働法の解釈理論〔有斐閣・昭五一〕一六七頁以下参照。

## 2 罰金の違約金としての理解——契約説

改正営業法の定める罰金について、まず立法提案者はその審議過程において、「我々の見解によれば、違約金 (Konventionalstrafen) の確定権能を付与することを合意しうることは、疑いのないところであり、これは刑法上の権能の付与が問題なのではなく、ある者が他の者と違約金を合意しうるか否かという問題なのであります。」と述べ、<sup>(1)</sup> 罰金が違約金であるとの立場をとっていた。

次に学説においても、多くの論者により罰金が違約金と解された。たとえばシェフレが罰金に関し、「違約金 (Vertragsstrafen) の濫用に対し、労働者保護は、許される違約金の最高額の確定と、それによる取得額を労働者救助基

金 (Arbeiterhilfskassen) に払込ませることによってその実現を図る。」と述べる<sup>(2)</sup>ほか、少なからざる見解が罰金を違約金と解していた<sup>(3)</sup>。そしてこの立場によれば、一九〇〇年のドイツ民法典の制定以降、罰金は同法第三三九条以下にいう違約罰 (Vertragsstrafen) として捉えられ、営業法上の規定はその特則として理解されることになる<sup>(4)</sup>。

このような契約説の立場は、罰金が現実には有する目的や機能を直ちにその法的性質や根拠の問題に結び付けるものでないことは確かである。むしろ当時の契約説にあっては、使用者の制裁権能を直接的に基礎づける法規定が存在しないという状況を前提としつつ、労使関係の封建的支配関係としての要素の漸次的払拭と、その契約関係としての構成という法制度上の一般的な発展傾向の下において、罰金制度をそれと調和的に論理構成することが志向され、罰金をそれとして違約罰として捉えたものと評しうる。それは、一方で使用者の固有の処罰権を少なくとも法理論上は否定するという点で積極的な意義を有するものであるとしても、実際には法律の制限内での罰金を単に違約罰として構成したにとどまり、使用者による一方的な処罰権能の設定・行使という実務をそのまま追認するものにはかならなかつたのである。

(1) *Stenographische Berichte des Reichstages*, 1890/91, Bd. IV S. 2285 これは、罰金の法的性質そのものについての質問に答えたものではなく、罰金それ自体を否定すべしとの議員の主張に対してそれに反論するために述べられたものである。ここでは併せて大経営における罰金制度の不可欠性が強調されている。

(2) Schäffle, *Zur Theorie und Politik des Arbeiterschutzes*, *Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 47 (1891) S. 100

(3) このほかにも当時罰金を違約金として捉えた見解は少なくない。たとえば次のようなものがあつた。Zorn, *Staatsrecht des Deutschen Reichs* II, 1897, S. 85; Joel, *Das Arbeiterschutzesetz vom 1. Juni 1891*, S. 175; Schücker, *Gewerbeordnung*, 1901, S. 787 (zit. in Neuburger, S. 471.); Neukamp, Ernst, *Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, 9.



Aufh., Tübingen 1910, S. 342 など、ラントマン・ローマーは、そのコメントールの第三版では、就業規則上の制裁は単に約定された給付の履行確保だけでなく、経営の規律や秩序の維持にも奉仕するものであり、従って同時に秩序罰としての性格をも有するものであるから、私法上の意味での違約金とは解されないとしていた (Landmann/Rohrer, 3. Aufl., S. 281) が、民法施行後の第四版では、その法的性質は単一ではないとし、それが労働者によって労働契約上引受けられた給付の履行を確保するものである限りで民法第三三九条以下にいう違約金であるのに対し、もっぱら経営の規律と秩序の維持に奉仕し、従って秩序罰である限りでは民法第三三九条以下の規定は適用されないが、なおかつそれは契約に基づく制裁であるとしていた (Landmann/Rohrer, 4. Aufl., S. 307)。

(4) ドイツ民法第三三九条以下に定める *Vertragsstrafen* の語は、本来は違約金として訳すべきであるかも知れないが、それが金銭の支払以外の給付についても合意でき (民法第三四二条)、また契約説においても必ずしも罰金のみを念頭に置いて論じているとも思われないので、ここではむしろ契約に基づく制裁という意味で違約金としておいた。

(5) Nonkamp, a. a. O., S. 342f.

### 3 罰金の秩序罰としての理解

以上のような使用者による罰金を違約金・違約金の一種として捉える見解に対しては、それがむしろ違約金とは區別された秩序罰 (*Ordnungsstrafen*) であると見解によって批判が加えられた。改正営業法により就業規則に定めることが要請される制裁を秩序罰として捉える見解は既に一八九二年のポーンハークの論稿において見られ、ここでは使用者による罰金が違約金ではない理由として、①罰金が使用者に帰属するのではなく労働者の利益のために使用されること (営業法一三四条 b 第二項)、②使用者の損害賠償請求権は影響を受けないことがあげられ、それはむしろ労働規律 (*Arbeitsdisziplin*) の違反に対する秩序罰であると主張されていた。<sup>(1)</sup> そしてこのような理解の系譜に属する見解は、秩序罰としての制裁の法的基礎に関する論理構成をめぐって、固有権説、授權説、自治的刑罰権説などに分

岐し、展開してゆくことになった。

(1) 固有権説 まず、<sup>(2)</sup>レームによれば、就業規則に定められる制裁は報復を目的とする固有の制裁であり、工場の規律・秩序の維持に奉仕する私的な秩序罰である。それは国家目的のためではなく工場の人的領域の利益に役立つ点において刑事罰と区別され、また、それが工場所有者により定められた法規たる就業規則に基づいて科されることおよび徴収された金員が国庫に帰属せず労働者の利益のために使用されねばならないことの故に、国家による秩序罰とも区別される。法はこのような処罰権を工場所有者に対して特に認めたものではなく、単に自明のものとして前提とし、一定の範囲でそれを制約するにすぎない。従って、<sup>(3)</sup>レームによれば、工場主は法律による制約がない限り無制限の制裁制定権を有し、場合によっては労働者に対する身体的強制すら可能である。その意味で、使用者の行使する制裁は一種の私的刑罰 (Privatstrafe) なのである。

ところで、このような<sup>(3)</sup>レームの見解の前提には、労使関係が法的権力関係であるとの理解がある。それは、一方で営業法第一〇五条<sup>(3)</sup>がその但書において契約自由の原則を修正したこと、他方で労働力商品の特殊性と経営の運営のもつ経済的・技術的性格からの必然的帰結である、大経営における労働者の従属性を基礎とする<sup>(4)</sup>。しかし<sup>(4)</sup>レームは、そのような権力関係も決して無制限のものではなく、右のような従属性が当面なくならないことを前提として、使用者は労働者に対して社会的責任を負わねばならないと主張し、それは具体的には営業法第一三四条<sup>(5)</sup>および第一二〇条<sup>(5)</sup> a ないし c の規定として現われているという。<sup>(5)</sup>レームのこのような立場は、彼自身が語るごとく、労使関係を家父長的関係として捉え、それによって使用者の諸権限を承認すると同時に使用者に労働者保護義務を課すという、産業封建化理論 (Die Theorie der Feudalisierung der Industrie) に基づくものである<sup>(6)</sup>。

以上のような<sup>(6)</sup>レームの立場は、労働者の使用者に対する事実上の従属に基づき使用者の権力的支配を「固有の権限」

として法的なものにまで高めるものであり、労使関係の契約関係としての把握に基づく当時の自由主義的立場の擡頭を否定し、使用者の権限に対する法律上の諸規制の意義を矮小化することによって、使用者の支配権限を最大限に確保しようとするものと評しうるであろう。そしてそのことは、当時なお封建的要素を残存していた現実の労働関係の肯定と維持を意図するものであり、また国際競争に打ち勝つための大経営の擁護という国家的政策にも合致するものであった。<sup>(7)</sup> 確かにレームは、そのような大経営の保護と並んで労働者の使用者に対する経済的・人格的保護をあげ、それに基づくドイツ的労使関係形成の必要性を強調する。<sup>(8)</sup> しかし、彼にあっては、使用者の権限は法律上の制限がない限りほとんど無制約に行使されるものであるのに対し、労働者の保護として語られるものはせいぜい法律上の制限規定の内容にすぎず、しかもそれが極めて限定されたものであることから、その主張を過大に評価することはできない。むしろそのような制限規定自体が、使用者の広範な支配権限の根拠としてすら引用されているのである。

(2) 授權説 改正営業法の規定は、先に指摘したように、その文言自体からは、必ずしも直接使用者に対して制裁の権限を付与したものと読みとれないのであるが、この時期の学説の中には、法律が使用者に対して処罰権能を付与したものと説く見解が存在した。

アプトは、<sup>(9)</sup> 経営内における私的刑罰制度 (Institut der Privatstrafe) に関し、それに基づく制裁は違約罰のように財産的利益に奉仕するものではなく、威嚇を目的とするものであるとし、それを就業規則の法的性質の検討によって基礎づけようと試みる。彼は、営業法上の就業規則に関する規定について、それは使用者と労働者が労働契約を基礎として就業規則に法的に拘束されるという自明の原則を表明したものであるというよりは、むしろ就業規則がその発効と共に、労働者がそれ以前に既に労働関係にはいつていたか否か、その内容を知ってそれに服従したか否かを問わず、法律によって当然にすべての労働者に適用になる趣旨だとする。すなわち、就業規則は使用者の一方的意思表示であり、

その法的効力の基礎をなすものは契約ではなく法律であって、その内容が法律に反しない限り当然に使用者と労働者に対する法的拘束力が認められる（営業法第一三四条c）というのである。このことを前提としてアプトは、就業規則に定められる制裁は工場所有者に付与された独自の処罰権能から派生するもの（Ausfluss einer selbständigen dem Fabrikbesitzer übertragenen Strafbefugnis）であり、一致した意思の結果ではないとすべ。

このように、アプトにおいては、使用者の処罰権能は法律が直接の明文規定によって授權したというよりは、就業規則が法律によって特別の効力を付与されること、および制裁がそのような就業規則に定められることによるいわば間接的な授權によるものとして捉えられている。しかしその結果として、その場合に法律によって授權される使用者の処罰権能の意味が、必ずしも明確なものではないように思われる。それが果たして国家の刑罰権の付与であるのか、それともそれは別個の独自の制裁権能であるのかは、その論述の上からは明らかではないのである。また、就業規則の法的効力を定めた営業法上の規定から使用者の処罰権の授權を導く論理構成についても、決して十分なもとのとは言い難いように思われる。

(3) 自治的刑罰権説 基本的には右に見たレーム、アプトらの見解と同一の理解に立ちながら、更にそれを理論的に展開したものとしてノイブルガー<sup>(10)</sup>の見解がある。彼は就業規則上の制裁を「自治的刑罰 (autonome Strafe)」として捉えることにより、その法的性質を理論的に明確なものとしようとしたのである。

ノイブルガーはまず、就業規則上の制裁を違約罰として捉えることに対する批判として、違約罰が完全な制裁としての威嚇を包含しえないことをあげ、更に「労働者が使用者に対し、労働関係にはいることによって默示的に自分を罰する権限を認めたということは、全くの虚構である。」として契約説の問題性を指摘する。その上でノイブルガーは、プレーガー<sup>(11)</sup>に依拠しつつ、それを「公法的刑罰と違約罰の中間にあり、その双方から本質的に区別されるところの自

「治的刑罰」として性格づけるのである。そしてそのような自治的刑罰権について、彼は国家の授権によって法的に基礎づけようとする。そのことは、「刑罰権限は、国家により法律を通じて与えられる。使用者は国家に対して私人である。私人に対して国家は当然には公法上の刑罰権を授けることはできないが、私的なものであれば別である。」<sup>(13)</sup>と述べることから窺われる。ところがノイブルガーは、右の国家による授権が具体的にいかなる法規定によってなされているのかについて、明確には語らない。制裁の自治的刑罰としての理解が、たとえば罰金が使用者の損害賠償請求権を害しない旨の営業法の規定に則したものであるとの指摘<sup>(14)</sup>以上に、それを知るための手がかりを見出すことはできないのである。

ノイブルガーの言う自治的刑罰の権限は、それがあくまで使用者に属するものである点において、同じく自治的とはいいながら、現在の西ドイツにおいて有力に主張されるところの経営罰を経営自治によって捉える見解とは異質のものであることが留意されねばならない。「自治的」刑罰の意義は、もっぱら对国家の関係において使用者の有する処罰権限を特徴づけるものにならず、その法的基礎はあくまで国家法に求められるというのが、イノブルガーの基本的理解であると思われる。

(1) Bornhak, Conrad, Das deutsche Arbeitsrecht——Das gewerbliche Arbeitsverhältnis, *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*, 1892, S. 647, 673 ただし彼は、契約破棄の場合の賃金喪失(営業法第一三四条 企業主は、労働者が将来労働関係を違法に解消した場合には、未払の賃金のうち週平均賃金を越える額に対する償権を喪失する旨を約定することができる。)については、なお違約金としての性質を有しているとする。なお、ボンハークは、就業規則の法的性質について、それは使用者によって労働者に与えられる法であり、法律によって使用者に認められた労働者に対する支配権に基づく自治的法規制定権能(Befugnis zur autonomen Satzung)によって創造されるものであるとした。

(2) Rehm, Hermann, Die verwaltungsrechtliche Bedeutung der Fabrikordnung, *Annalen des Deutschen Reichs für*

*Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*, 1894 S. 132

- (3) 營業法第一〇五条 独立した工場所有者と工業者の関係は、自由な合意により定められる。但、ライヒ法に基づく制限のある場合はこの限りでない。
- (4) レームによれば、大経営においては当事者の自由・平等に基づく労働契約は後退し、それはほとんど労働関係の成立に關与するにすぎない。労働関係の形成は法律と工場内法規によってなされ、労使間の合意はその残余部分において意味を有するにすぎない(Rehm, a. a. O., S. 147f., 153)。
- (5) これらは、労働者の生命、身体の危険を防止し、風俗や風紀を維持するため、工場所有者に対して施設や設備の整備や労働環境の維持についての配慮を義務づける規定である。
- (6) Rehm, a. a. O., S. 155f.
- (7) 桑原・前掲論文(161) 一一七頁以下参照。
- (8) しかしそこであげられるドイツ的特色とは、一般にさわる忠勤契約(Treudienstvertrag)において語られるところの、財産的關係とは区別された人格的(身分的)關係としての性格と、忠義および従順(Treu und Församkeit)であり、レームはそれを従来のように家族的服従によってではなく、大経営と労働者保護という新たな法律關係によって基礎づけようとしたのである(Rehm, a. a. O., S. 156)
- (9) Apt, Max, Die Rechtsnatur der in Arbeitsordnungen vorgesehenen Strafen, AöR Bd. 15 (1900), S. 143ff.
- (10) Neuburger, Leopold, *Die rechtliche Natur der Arbeitsordnung*, Borna/Leipzig 1905
- (11) ノイブルガーによれば、「賃金喪失、労働の開始・終了などに関する一定の就業規則規定は契約上の制裁規定として妥当しうるのに対し、未成年者の工場外の行為、その他の工場内の行為、特に職場での労働者の行為に関する規定は、違約罰の概念とは相容れない」とする(Neuburger, S. 50)。
- (12) Prager, K., Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht, AöR Bd. 7 (1892), S. 365 ノイブルガーによる秩序罰の理解は、その多くをブレーガーに負っている。ブレーガーは秩序罰を①公法上の刑罰としての秩序罰、②自治的刑罰としての秩序罰、③

強制執行手段としての秩序罰に分類する。①は国家により公法的な刑罰権が与えられた機関を通じて、国家自身が公法的秩序違反を罰するものであるのに対し、②は国家の授權(staatliche Ermächtigung)に基づく点で契約に基づく違約金と區別され、また、処罰主体とそれが科される法領域の違いによって公法上の刑罰と區別されるという(Pregel, a. a. O., S. 397f.)。そして、この自治的刑罰は国家の授權なしには考えられないものであるが、その授權は広範なものであるとする(Pregel, a. a. O., S. 401)。プレーガーはそのような自治的刑罰権の法領域として、具体的には、家族、学校、徒弟関係、刑務所、軍隊のほか、公的勤務、団体・社団などにおける懲戒をあげるが、一般の工場関係における制裁には言及していない。ノイブルガーは、右のような自治的刑罰権の概念をその場合にも拡大しようとしたのである。

(13) Neuburger, S. 51f.

(14) Neuburger, S. 52

#### 4 若干の評価

以上のように、一八九一年労働者保護法による就業規則および制裁に関する営業法規定の新設は、罰金を主たる内容とする就業規則上の制裁の法的性質および根拠に関する学説上の議論を惹起した。しかもそれを民法上の違約罰として捉えるか、あるいはそれとは異なる独自の秩序罰として捉えるかという基本的な対立は、既にこの時期において形成されていたのである。しかしそれは、未だ端的な性質のものであったことも否めない。そのことは、特に使用者の制裁を秩序罰として捉える見解についてあてはまる。確かにそれは、就業規則上の制裁が独自の性格と目的を有することを明らかにした点で、その後の経営罰理論の展開においても重要な意義を果たすことになるのであるが、しかし当時においては、そのような特殊な制裁は、労使関係の新たな封建的構成に基づく使用者の固有の処罰権によって基礎づけられるか、法律により使用者に付与された特殊な処罰権限として構成されたのであり、それは結局、使用

者の一方的制裁権限を法的にも認めることにより、使用者の労働者に対する権力的支配を改正營業法の下においてもなお容認せんとするものにはかならない。いわば、それによって私的刑罰制度の復活<sup>(1)</sup>を意図するものであった。使用者による制裁の秩序罰としての把握がそのような使用者の固有の処罰権の前提としての意味を克服され、新たな法的構成を与えられるに至るのは、次に見るワイマール時代、更に進んでナチス時代における経営罰法理の展開においてであった。そしてそれは、やがて現在の西ドイツにおける支配的経営罰理論へと発展してゆくのである。

(1) Apt. a. a. O., S. 324

## 第二節 ワイマール・ドイツの経営罰法理

### 一 経営協議会法による制裁の規制

一九二〇年に制定された経営協議会法 (Betriebsrätegesetz) は、常時二〇人以上の労働者 (Arbeitnehmer)<sup>(1)</sup> を雇用する経営において、労働者代表としての経営協議会 (Betriebsrat) の設置を義務づけ (同法第一条)<sup>(2)</sup>、労働者 (Arbeiter) および職員 (Angestellte) から成る経営については、それぞれのグループの経済的利益を擁護するために、更に労働者協議会 (Arbeiterrat) および職員協議会 (Angestelltenrat) を設置すべきものとした (いわゆるグループン協議会 [Gruppenrat]<sup>(3)</sup>、同法第六條)<sup>(4)</sup>、そして、労働者協議会および職員協議会、またはこれらの存在しない場合には経営協議会が、「現行の労働協約の範囲内において、第八〇条の規定に従い、就業規則またはその他の服務規定 (Dienstvorschriften)<sup>(4)</sup>」につき、使用者と協定をすること (同法七八条第三号) をその任務の一つとしたのである。なお、右の経営協議会法第八〇条第一項および第七五条は次のような規定であった。

第八〇条第一項 第七八条第三号により、労働者の集団のために就業規則またはその他の服務規定を協定しなければならない場



合には、第七五条の規定を準用する。

第七五条 第六六条第五号により共同の服務規定を協定しなければならぬ場合には、使用者は、上記の規定が労働協約に基づかない限り、その草案を経営協議会に提出しなければならぬ。草案に関し合意が成立するに至らないときは、当事者は拘束力ある決定をする調停委員会 (Schlichtungsausschuss) に申立てをすることが出来る。

以上によって、営業法上は使用者が労働者の意見を聞くことを唯一の条件として一方的に制定するものとされてきた就業規則は、使用者と経営協議会ないしグループ協同会との協定、すなわち経営協定 (Betriebsvereinbarung) によって定められることになったのである。

また、就業規則に定められる制裁に関しては、経営協議会法は次のような規定を置いた。

第八〇条第二項 営業法第一三四条第四号に定める制裁の確定 (Festsetzung von Strafen) は、使用者により、労働者協議会または職員協議会と共同してなされるものとする。争いがあるときは、労働裁判所がこれを判断する。

右にいう「制裁の確定」の意義については争いがあり、それが制裁の種類と程度についての一般的な定めのみを指すのか、更に個別具体的な制裁の決定をも意味するのかが問題とされたのであるが、通説・判例は後者と解していた。これによって、経営協議会法が適用される経営においては、使用者はもはや一方的に就業規則を（従って制裁に関する定めを）制定することができないだけでなく、個別的な制裁の行使についても労働者代表と共同してのみないうることとなったのである。ここにおいて、経営罰をめぐる理論の前提そのものが変更したことは、もはや疑いのないものであった。

なお、同法は、解雇については右の規定とは別個に次のような規定を置いていた。

第八四条 以下の場合には、労働者は使用者による解約告知に対して、告知後五日以内に労働者協議会または職員協議会に異

議の申立をすることができる。

一 解約告知が、特定の種族 (Geschlecht) に属することを理由として、政治上、軍事上、宗教上もしくは労働組合上の行動を理由として、または政治上、宗教上もしくは職業上の結社または軍事上の団体に属すること、もしくは属さないことを理由として行なわれたという根拠のある疑いの存するとき。

二 解約告知が理由を示さないでなされたとき。

三 解約告知が、労働者が雇入の際に約定した労働と異なった労働を継続して行なうことを拒否したことを理由とするとき。

四 解約告知が労働者の行動または経営の状態にもとづかず、不当に苛酷であるとき。

法律上解約告知期間を守ることなく雇傭関係を解約告知することが認められる事由に基づいて即時の解約告知がなされたときは、かかる事由の存しないことを理由として異議の申立をすることができる。

そして、右の異議があったときは、労務者協議会または職員協議会が使用者と協議するが、それが整わないときは労働裁判所に申立をすることができることとされた (第八六条)。

このように、経営協議会法は、営業法の規定には直接の変更を加えることなく、それを前提としながら就業規則の制定を労使間の集团的協定にかからしめ、また制裁の確定を労使が共同で行なうべきものとした。その限りでは、立法者は、就業規則に定められる制裁の法的性質や根拠について、何ら明確な態度を示したものではない。それは依然未解決の問題として、学説・判例に残されることになったのである。<sup>(1)</sup>

(1) Arbeitnehmer の概念は、Arbeiter と Angestellte を含むそれらの上位概念であるが、ここでは Arbeitnehmer を「労働者」とし、Arbeiter を「労務者」、Angestellte を「職員」として区別する。

(2) 経営協議会法第一条「使用者に対する労働者 (労務者および職員) の共同の経済的利益の擁護および使用者の経営目的の遂行を補助するため、通常少なくとも二〇人以上の労働者を使用するすべての経営において、経営協議会を設置しなければな

らない。」経営協議会員は、経営規模に応じて三ないし三〇人が選挙される（同法第一五条）。

(3) 経営協議会法第六条「使用者に対する経営における労働者および職員の特別の経済的利益を擁護するため、経営協議会が労働者および職員を代表するすべての経営において、労働者協議会および職員協議会を設置しなければならない。」これらの協議会はグルッペン協議会と称され、それぞれ経営協議会の労働者代表、職員代表によって構成される（同法第一五条）。

(4) 就業規則と服務規定は、それらの制定が法的に義務づけられているか否かによって区別される。就業規則が営業法、鉱業法などにより刑罰の威嚇をもってその制定と一定の事項の記載が強制されるものであるのに対し、服務規定はそれ以外の経営の秩序および経営内の労働者の行動に関する規定であって、原則としてその制定・内容は任意的である。経営協議会は服務規定について、経営内のすべての労働者についての「共同の服務規定(Gemeinsame Dienstvorschriften)」(第六六条第五号)と特定の労働者グループのみ適用される「グルッペン服務規定(Gruppen dienstvorschriften)」(第七八条第三号)の二種類を定めた。

(5) 第六六条第五号は、「労働者のために、現行労働協約に抵触しない範囲で、第七五条の規定に従い、共同の服務規定およびその変更を使用者と協定すること」を経営協議会の任務の一つと定める。

(6) Kieschke/Syrup/Krause, *Betriebsrätegesetz*, Berlin 1928, S. 219; Wolbing, *Betriebsrätegesetz*, 2. Aufl., Wien 1929, S. 189; Mansfeld, *Betriebsrätegesetz*, 3. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1930, S. 406; Landmann/Rohmer, 8. Aufl., Bd. II/2, S. 626f.; RAG, *Urt. v. 23. 3. 1929*, Bd. 5 S. 324 更に判例は、その確定は個別的にならねばならぬことを以て「予め一定の違反について一定の制裁を同意することによって置き換える」とはできず (RAG, *Urt. v. 19. 2. 1930*, Bd. 8 S. 380)、また一人の経営協議会員の同意で代えることはできない (RAG, *Urt. v. 2. 5. 1931*, Bd. 12 S. 124) である。

(7) ここで一九二三年に発表された一般労働契約法草案 (Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes) によって触れておこう。この草案は、一九一九年にライヒ労働省に設けられた学者・実務家から成る労働法委員会によって作成されたものであるが、主としてポットホフの手にかかるものとされている。この草案は、第三一条として次のような規定を置いていた。

第三十一条 労働者に対して科される制裁は、明確に定められた義務違反にかかわるものでなければならぬ。制裁は、労働協約もしくは経営協定によって予め定められ、または労働者により書面によって同意された場合にのみ許される。

労働者全体のために使用すべき制裁の金額は、使用者の損害賠償請求権に算入されない。

秩序維持目的 (Ordnungszwecken) にのみ奉仕する制裁は、労働者の一日分の平均賃金を越えてはならない。その金員は労働者全体のために使用されねばならない。

この規定を見る限り、それは制裁の要件、内容、行使等の規制を定めるものにすぎないが、その中では、右規定が、制裁は労働協約、経営協定または書面による個別的合意によるべきことを明示したことが注目される。このことは、草案作成に重要な役割を果たしたとされるポットホフのこの後に見る見解と対比するならば、その意味が理解されるであろう。また、右規定が制裁を秩序維持目的に結び付けたことも一つの特徴である。この点において、経営罰を秩序罰として捉える見解の影響が窺われるであろう(ただし、当時においては、たとえ契約説の立場においても、経営罰が経営における秩序維持を目的とする制裁と解される傾向にあったことは、後に述べる)。

この一般労働契約法案に対しては、その後多くの批判的検討が加えられたが (Vgl. Kroller, Hans, Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, ACP 122 (1924) S. 1ff., 123 (1925) S. 263ff.; Molitor/Hueck/Riezler, *Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1925) 右の制裁に関する規定もまた、盛んに論じられた争点の一つであった。そのことが、この時期における経営罰理論の展開に少なからざる寄与をしたことは言うまでもない。

## 二 契約説の展開

### 1 通説・判例としての契約説

右に見たように、経営協議会法は、営業法改正以来の就業規則上の制裁の法的性質・根拠をめぐる学説上の対立に

ついで明確な態度を示すものではない。しかし同法によって、制裁の定めおよび行使がもはや使用者の専権ではなく、労使が共同してなすべきものとされたことにより、少なくとも使用者の一方的処罰権という法律構成がそのままの形では維持しえないことは明らかであった。ここにおいて、就業規則上の制裁を違約罰として捉える契約説の立場が、明確に多数説・判例としての地位を占めるに至つたのである。また、単なる制裁の語に代わり、経営罰の語が法的概念として定着するのもこの時期においてであった。以下にまず契約説の内容を見ることにしよう。

## 2 契約説による経営罰理論の内容

(1) ポットホフの見解　まず、経営協議会法を前提として使用者がもはや一方的な処罰権を持ちえないことを強調するポットホフの見解を取り上げる。<sup>(1)</sup>

ポットホフによれば、経営協議会法が就業規則を労使の協定にかからしめたことよつて、営業法の規定は根本的にその意義を転換したという。そのことは、使用者の制裁権限についても例外ではない。すなわち、かつては一部の見解によつて営業法上承認されるものと解された使用者の労働者に対する一方的な処罰権限はもはや存在せず、使用者が何らかの制裁権限を持ちうるとすれば、それは労使間において明確に合意される場合でなければならぬのである。そしてこのことは、一九二三年の一般労働契約法案<sup>(2)</sup>に対してポットホフが持ち込もうとした趣旨でもあった。同草案第三一条が、労働者に対する制裁は労働協約もしくは経営協定によつて定められ、または労使間の明示の合意が存在する場合のみ許されるとしたのも、まさにそれによつて使用者のすべての一般的かつ無制約的な制裁権能、いわば「生来的な」懲戒権 (die „angeborene“ Disziplinar-gewalt) を否定し、制裁が労使間の明示の合意の存在する場合のみ認められるとする趣旨なのである。<sup>(3)</sup>

ところで、ここで特に指摘しておきたいのは、ポットホフが、とりわけギールケの影響の下に、労使関係が一個の組織関係であることから当然に権力関係 (Gewaltverhältnis) なしは支配関係 (Herrschaftsverhältnis) としての性格を有するとし、しかもその人格法的性格を強調して労働者の使用者の支配に対する人格法的托身 (Personenrechtliche Angabe) について語っていた点である。<sup>(5)</sup> 彼はそのような関係を、「個別的意図ないし労働契約から完全に切り離し、団体法理によって直接基礎づけようとした」<sup>(6)</sup> のである。しかし、ポットホフにおいても、このような人格法的な支配・権力関係としての労働関係の特質といえども、直ちに使用者の処罰権限までも基礎づけるものとは解されていない。多数の労働者が協働する経営において厳格な秩序と規律が必要であること、そして規律維持のための制裁を定めることが民主的経営組織の本質に反しないことは、彼自身も認めている。更に、使用者の指揮命令権には、警告を発し、注意を行なう権利もまた属しているとも言う。しかし、だからといって、経営管理者の処罰権限が概念必然的に傭使関係 (Anstellungsverhältnis) に結びつく<sup>(7)</sup> と解することも、経営それ自体に労働者に対する処罰権限が認められると解することもできないとする。経営に組み込まれる労働者は、あくまで労働関係と必然的に結びつき、あるいは明示的に合意された限りでのみ、服従関係に入るにすぎないものだからである。<sup>(8)</sup>

このように、ポットホフによって強調された組織的・支配的關係としての労働関係の本質も、それが当然に労働者に対する使用者の制裁権限をも法的に基礎づけるものとは解されていない。制裁はあくまで労使間の明示的な協定もしくは同意に基づかねばならず、その限りでそれは違約罰として捉えられるのである。労働関係の本質そのものによって使用者の制裁権限を基礎づけることは、後のナチス労働法の下において、労働関係の本質論と経営協同体理論とが結びつけられることによって、はじめて現実のものとなるのである。

(2) ジンツハイマーの見解 次に、ジンツハイマーもまた、使用者による制裁を労使間の合意に基づく違約罰と

して捉えた。しかしここでも、彼が労働関係について所有権を基礎とする権力関係として理解していたことが想起されねばならない。以下にその所説を概観することにしよう。<sup>(9)</sup>

ジンツハイマーはまず、労働関係を法的権力関係すなわち処分権 (Vertügensgewalt) に基づく関係として捉える (Sinzheimer, S. 11 ff.)。彼がその理論の基礎とする従属労働の概念も、そのような法的権力関係のもとで給付される労働を意味する。そのことは、彼がギールケに依拠し、労働関係を単なる債権関係にとどまらない組織的關係ないし人格法的関係として捉えることと関連している。前者においては個人と個人の關係が問題となるのに対し、後者においては統一関係 (Einheitsverhältnis) が問題となるのである。そして、統一関係が成立するためには、一方において個々人を命令と秩序の下に統一的作用へ統合する法的な力が必要であり、他方においてすべての個別的作用を統一的作用に合一するための法的な力が必要である。この二つの法的な力がジンツハイマーのいう権力であり、それは統一関係から生ずる人または人的団体の有する法的権力である。権力は、右の区別に応じて、人に対する支配 (行政法的機能) および物に対する支配 (財産法的機能) として現われる。

このような権力としての処分権の基礎は、所有権、すなわち「労働に対向して成立するすべての権限の究極の源泉としての所有権」(Sinzheimer, S. 23, Fn. 11) に求められる。所有権は、その価値実現のために、その処分下に置かれた労働力を支配管理する。このような所有権の支配権的作用は既にその根源の中に含まれたものであり、単に物に対する支配としてだけでなく、更に人に対する支配として、ジンツハイマーの引用するマルクスの言葉によれば「物によって媒介された人と人との間の關係」として現われるのである (Sinzheimer, S. 22 ff.)。

次に、労働関係は、契約によって、または契約なしで発生する。まず、労働関係を設定する契約は傭使契約 (Arbeitsvertrag) すなわち労働契約 (Arbeitsvertrag) である (Sinzheimer, S. 117 ff.)。傭使契約は、その内容において、

労働者の従属労働の給付に向けられた債権法的義務と、他人の処分権すなわち権力への自己の投入 (Hingabe) を生ぜしめる人格法的行為が区別され、それに従い、一方で権力に身を委ねる約束 (権力約束、Gewaltversprechen)、他方で服務の開始によって生ずる権力に身を委ねることそれ自体 (権力関係、Gewaltverhältnis) が区別される。それは、先に指摘した労働関係の二重性に対応するものである。次に、右のような傭使契約に基づく労働関係のほかに、契約によらない労働関係が存在する (Sinzheimer, S. 140ff.)。例えば、傭使契約の締結されない児童の労働関係、無効の傭使契約に基づく労働関係などである。これによって、労働関係が労働契約とは区別された、むしろそれを越えた独自の法的関係であることが示される。

このように労働関係はその内容において権力法的内容と債権法的関係に区別されるのであるが、ここでの関連で問題となるのはそのうちの権力法的内容、特にその中の命令権 (Befehlsrecht) である (Sinzheimer, S. 145ff.)。命令権は、労働関係が権力関係であることから当然に導かれる権利である。それは契約によって特別に基礎づけられる必要はない。使用者が命令権を行使するのは「彼が債権者であるからではなく、主人 (Herr) だからである。」(Sinzheimer, S. 149)。<sup>1)</sup> ただ、労働関係が傭使契約に基づく限りで、命令権が契約によって制約を受けることはありうる。しかし、契約は命令権それ自体を基礎づけるものではないのである。

以上のごとくジントツハイマーは、所有権を基礎として、使用者の支配権、殊に命令権を導く。しかしながら、その場合の命令権とは、あくまで命令をする権利にとどまり、制裁を行使する権利までをも含むものとは解されていないことに注目すべきである。すなわち、権力は歴史的に衰退しつつあり、それは命令権の内容において端的に現われている。「命令権は単に命令する権利であるにとどまり、もはや命令を強制的に実現する権利ではない。」(Sinzheimer, S. 150) のである。労働者の命令違反に対しては、使用者はその者を解雇し、あるいは訴訟を提起しようとしても、



当然に自らの手によって命令の履行を強制することはできない。刑罰権は私的権力に内在的なものではなく、刑罰は国家のみが科しうるものだからである。ただし、私的権力が全く刑罰を行使しえないわけではない。契約または国家の授権により、明確に刑罰権が認められる場合には事情が異なる<sup>(10)</sup>。換言すれば、使用者は契約または国家の授権に基づいてのみ刑罰権を行使しうるのであり、逆にそれらが存在しない限り、一方的な制裁規定の制定や制裁の行使は許されないのである。確かに、経営規律の維持のため使用者が労働者を罰することの必要性はジンツハイマー自身も認めている。しかしそれは、国家による処罰権の授権が存在しない以上、契約により（個別契約だけでなく、労働協約、経営協定が考えられている）認められることによってじめて可能となるのであり、その意味で、経営規律のための制裁はすべて違約罰として捉えられることになる（Sinzheimer, S. 246 ff.）。

以上の検討から、ジンツハイマーによる権力関係としての労働関係もまた、それ自身が使用者の制裁権限を内包し、あるいはそれを法的に基礎づけるものではないことが明らかにされた。使用者の一方的制裁権能は明確に否定され、それはあくまで契約による労使間の合意に基づかねばならないとされるのである。

(3) その他の学説、判例 このほかにも経営罰を契約に基づく違約罰として捉える見解は、モリトール、カスケル、シーケルなど多くの学説の唱えるところとなつた<sup>(11)</sup>。これらの学説の中でも、労働関係を組織法的ないしは権力的関係として捉えることは次第に有力となつてゆくのであるが、しかしそのような労働関係の特質も、たとえ労働関係の内容を独自の観点から形成・規律し、とりわけ使用者の支配権・命令権を基礎づけるものではあつても、使用者の制裁権限までも基礎づけるものと解されてはいなかった。それはあくまで国家法の授権による公法的な処罰権によるか、然らざれば契約によって認められるほかはないとの理解が、その根底にあつたからである。そしてそのことが、とりわけ経営協議会法が経営罰の定めおよびその確定を労使の共同決定にかからしめたことによつて、使用者はも

や一方的な処罰権者たりえないという事実によって規定されたものであることは疑いない。<sup>(12)</sup> また、実際には制裁が経営協定による就業規則に定められ、労働協約による可能性も開かれているが、そのことも右のような理解を妨げるものではない。なぜなら、そのいずれもが労働契約の内容を定めるものだからである。<sup>(14)</sup>

このような学説の動向に呼応して、当時のライヒ労働裁判所もまた、経営における秩序維持のための制裁が国家に由来する公法上の処罰権によるものではなく、労働契約から発生する違約罰であることを認めるに至った。<sup>(15)</sup>

- (1) Pothoff, Die Strafgewalt des Arbeitgebers, *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, Bd. 68 (1927) S. 287
- II. (以下、特に断らな限りこの論文の引用は以下) ; ders., *Entlassung als Strafe, Arbeitsrecht* 1928, Sp. 203
- (2) 本節一注(一)参照。
- (3) Pothoff, S. 288f.
- (4) v. Gierke, Otto, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, in: *Festschrift für Heinrich Brunner*, München/Leipzig 1914, S. 37
- (5) Pothoff, *Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? Arbeitsrecht* 1922, Sp. 267 など、ポットホフの理論に関して、片岡昇「ドイツ労働法学における団体法理論(一)」法学論叢六二巻四号一頁以下に詳細な検討がある。
- (6) 片岡・前掲論文三〇頁。
- (7) ポットホフは、このような見解として、この後で検討するフリーゼを想定している。
- (8) Pothoff, S. 289
- (9) Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. Aufl., Jena 1927 邦訳として、栖崎・蓼沼(訳)『シンツハイマー・労働法原理』(東大出版会・昭三〇)。以下の検討・訳語については同書に負うところが大きい。なお、シンツハイマーの団体法理論については、片岡昇「ドイツ労働法学における団体法理論(一)」法学論叢六〇巻三号一頁の研究がある。
- (10) シンツハイマーは、このような場合として船員法第九一条をあげている。

- (11) Molitor, Erich, in: Molitor/Hueck/Riezler a. a. O., S. 132ff.; Kaskel, Walter, *Arbeitsrecht*, Berlin 1932, S. 206f.; Schieckel, Horst, Petriobsstrale, NZIAR 1930, S. 437ff.; Kischke/Syrup/Krause, a. a. O., S. 220; Wolbing u. a., a. O., S. 189; Mansfeld, a. a. O., S. 406; Landman/Rohmer, 8. Aufl., Bd. II/2, S. 624; Schnabel, Die Betriebsstrafe, *Arbeitsrecht und Schreckung* 1932, Sp. 41ff.
- (12) Vgl.: Pothoff, S. 289f.; Molitor, a. a. O., S. 133f.
- (13) 就業規則に関する労使の協定は、「現行の労働協約の範囲内において」なされる（経営協議会法第七八条第三号）。
- (14) Molitor, a. a. O., S. 134
- (15) RAG, Beschl. v. 13. 7. 1929, Bd. 6 S. 393; RAG, Beschl. v. 15. 11. 1930, Bd. 10 S. 307

### 3 契約説による理論的帰結

契約説によれば、まず、経営罰は契約に基づく違約罰として捉えられ、民法上の違約罰に関する規定（独民法第三三九条以下）が適用されることになる。<sup>(1)</sup> それは、債務者による債務の不履行または不完全履行の場合についての金銭の支払（同法第三三九条）、またはその他の給付（同法第三四二条）の合意である。<sup>(2)</sup> このように経営罰に対して民法上の違約罰規定が適用されることの結果として、裁判所による司法審査とその額の引き下げの可能性が開かれることが、契約説における重要な理論的帰結の一つである。ドイツ民法第三四三条は、違約罰が不当に高し（*unverhältnismäßig hoch*）場合について裁判所はその額を引き下げうることを定めるが、それが経営罰にも適用されるのである。もちろん、制裁の金額については、既に営業法が大幅な規制を加えている（同法第一三四条b第二項）ことにより、その実際の意義は大幅に減殺されたものとなるであろう。しかし、その場合にもなお民法第三三九条が適用されること、および営業法や経営協議会法が適用されない小経営（労働者二〇人未満）についてもそれによって制裁金額の適正化を実

現する可能性が開かれることにおいて、契約説の積極的意義が見出されることになる。<sup>(3)</sup>

次に、契約説によれば、使用者の一方的処罰権限は否定され、労働協約、経営協定または労働契約に基づかない限り経営罰の行使は否定される。また、経営協議会法により就業規則の制定が労使間の協定によるべきものとされた結果、使用者は一方的に就業規則に制裁規定を置くことによって制裁権限を設定し、それを行使する可能性を失った。このことに関連してポットホフは、従業員代表の設置が義務的でありながら実際には存在しない経営について、使用者による一方的な就業規則の制定を認めるものの、それは制裁に関する規定を含みえないとし、そのことは就業規則の制定が法律上の義務とはされていない経営についても同様であるとして、そのような場合には制裁は労働者の個別の合意に基づくほかはないとする。<sup>(4)</sup> なお、労働協約または就業規則に制裁の定めがあるときは、個別契約による制裁の合意は当然にそれによって制約を受けることになろう。<sup>(5)</sup> (一九一八年労働協約令第一条、営業法第一三四条(第二項))。

(1) 前掲2注(11)の文献参照。ただしラントマン・ローマーは、労働契約上の給付義務の履行確保を目的とする違約罰と、経営の規律・秩序の維持を目的とする経営罰(それも契約に基づく制裁であるとする)を区別し、後者については民法第三三九条以下の適用を否定している(Landmann/Rohmer, 8. Aufl., Bd. II/2, S. 624)。

(2) ただし、民法上は、債権者は違約罰を債務不履行による損害の最低額として請求でき、それ以上の損害の請求を防げないとされる(民法第三四〇条第二項)のであるが、営業法上は、就業規則に定められる制裁によって使用者の損害賠償請求権は影響を受けないとされていた(営業法第一三四条b第二項)点に留意すべきである。

(3) Vgl. Mansfeld, a. a. O., S. 406

(4) Potthoff, S. 288

(5) ただし、ジンツハイマーは、協約や協定に制裁の定めがある場合には、それが確かに不十分と認められるときにのみ個別契約による制裁の合意が可能であるとしてくる(Sinzheimer, S. 247)。しかし、その場合に個別契約によって合意された制

裁もまた、労働者代表の関与による確定（経営協義会法第八〇条第二項）を要するという趣旨か否かは、明らかではない。

### 三 秩序罰説の再編成

#### 1 契約説に対する批判

この当時の契約説に対する批判的見解としては、とりわけエルトマンおよびフリーゼのそれがあった。<sup>(1)</sup> 彼らはいずれも就業規則に定められる制裁を違約罰とは異なる秩序罰と解し、独自の法的構成を試みた。まず契約説に対する批判としては、使用者による制裁が違約罰としては把握しえないことが強調されるが、それはおよそ以下の諸点に要約される。

第一に制裁の目的に関するものである。違約罰は債権者が賠償されるべき損害の最低額を確保することによって債権者としての利益を保證するのに対し、秩序罰は経営の秩序と規律を確保するものであり、刑事罰的性格を有している。

就業規則上の制裁は、清潔さの維持、遅刻、同僚に対する侮辱や暴行、仕事中の雑談など、使用者にとってはおおよそ測定可能な損害が全く発生しない場合にも科されうるのであって、決して違約罰として捉えうるものではない。<sup>(2)</sup>

第二に、制裁の執行についても違約罰と秩序罰は全く異なっている。違約罰に対する請求権は、債務の不履行または不完全履行の事実があれば合意された額において当然に発生する（*verwirkeln*）するのに対し、秩序罰にあっては一般的な威嚇と個別的行使が区別され、制裁の種類と程度の確定（*Festsetzung*）という特別の手續が必要である。<sup>(3)</sup>

第三に、違約罰が債権者に帰属し、損害賠償額に算入しなければならぬ（独民法第三四〇条第二項、第三四一条第二項）のに対し、就業規則上の制裁は営業法第一三四条b第二項により「経営の労働者の利益のため」に使用されねばならず、使用者はそれを損害賠償額に算入する必要がない点でも区別される。このことは、秩序罰が企業家の経済的

利益ではなく経営の客観的秩序を確保するものであり、使用者の利益と同じく労働者の利益にもかかわるものであることよって正当化されるといふ<sup>(4)</sup>。

このほか契約説に対する批判として、フリーゼは、契約説によれば警告・戒告・譴責などの制裁を明らかにしえないという。民法上の違約罰は金銭その他の給付を内容とするのであり、それらの非財産的な形態の制裁を含みえず、それらはすべて刑罰としての害悪として理解すべきだとするのである<sup>(5)</sup>。

## 2 秩序罰としての経営罰の法的根拠

以上のような批判の上に秩序罰として捉えられた経営罰の法的根拠に関し、まずエルトマン (Oertmann, S. 24ff.) は、工業的労働者に対する制裁措置の原則的許容性は営業法第一三四条b第一項第四号および第一三四条c第二項から生ずるとする。また、工業的企業家が「経営の安全確保に必要な経営の秩序および労働者の行動に関する規定」を定めることを義務づける同法第一二〇条第四項が考慮されねばならないともいう。なぜなら、「そのような規定をしなければならぬとすれば当然に、たとえ条文の上には現われていなくとも、場合によってはそれが制裁によって強制されるものでなければならぬからである」。更にエルトマンは、同法第一三四条bが制裁命令の許可を定めるものではなく、その命令 (Anordnung) の原則的な授權 (Ermächtigung) は同法第一二〇条第四項から引き出すべきであると明言している<sup>(6)</sup>。このような説明を見る限り、エルトマンの見解はかつての授權説 (本章第一節二②および③を参照) の系譜に属し、国家の授權に基づく使用者の制裁権限を認めるものであるように思われよう。しかしエルトマンにあっては、もはや使用者の一方的な制裁権なるものは強調されない。経営秩序維持のため、労働者は使用者の制裁権限を完全には免れることはできないとしても、制裁権限の主体とその行使は次第に民主化されており、それは

少なくとも工場労働関係について言えば個人としての企業家の制裁権限から企業のそれへと発展し、ここでは企業家自身は一つの最高機関を形成するにすぎないとされるのである (Oertmann, S. 24)。このようなエルトマンの理解が、營業法による制裁の法的規制および経営協議会法に基づく制裁に関する労働者代表の関与という法制度上の変遷についての評価によって規定されたものであることは疑いの余地がない。

次にフリーゼ (Frise, S. 636 ff.) は、就業規則を自治的法規 (autonome Satzung) として理解することから、それに含まれる制裁は一種の自治的性格をもった制度であるとする。彼によれば、自治的立法には、自主的行政と並んで独自の裁判権、従って独自の刑罰権が対応する。なぜなら、「刑罰権を伴わない自治は刃のないメスに等しい」からである。しかしそのような自治的刑罰権に基づく権力関係は、国家への帰属に基づく本源的権力関係 (qualifiziertes Gewaltverhältnis) とは区別された単純権力関係 (einfaches Gewaltverhältnis) として、時間的に限定され、服従者の意思によって条件づけられたものである。従って、労働関係が人格法的関係として捉えられなくてもそれは決して絶対的な効果を伴うものではなく、それは時間的 (労働契約と労働時間) および場所的 (経営内の行動) に限定されたものと解さなければならない。

このように、フリーゼにあっては、かつての自治的処罰権説 (本章第一節二(3)を参照) とは異なり、もはや使用者の一方的処罰権は強調されない。むしろ右のような労使間の権力関係を民主化するものとして、経営協議会法が存在意義が語られているのである。また、自治的権力の意義について国家法、とりわけそれによる授權との関連を問題とすることなく、自治それ自体として論ずることも、フリーゼの特徴である。

以上のように、この時期の秩序罰説にあっては、かつての類似の見解と比較して、使用者の一方的な処罰権限はもはや強調されてはいない。むしろそこには、制裁権限帰属主体の使用者個人から経営それ自体への移行、そして経営

の機関としての使用者および経営協議会によるその行使という理解すら窺われるのである。また、経営の自治は、かつてのように国家に対する関係における使用者の権限行使の自由裁量の問題としてではなく、むしろ経営という小社会ないしは団体における労使の集団的自治として把握されているように思われる。その意味で、右の秩序罰説は、その後のナチス労働法下における経営協同体思想に基づく理論化を経て、やがて現在の多数説である自主法規説へと展開していく一連の経営罰理論の系譜の中で、その直接の起源となったものと言いうことができるであろう。

- (1) Oertmann, *Deutsches Arbeitsrecht*, Berlin 1923; Friese, *Die Strafen in den Arbeitsordnungen, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Reichs*, Bd. 67 (1925) S. 627 のほか、経営罰を秩序罰として捉える見解としては、Steinbach, *Gewerbeordnung*, München/Berlin/Leipzig 1923, S. 301 などがあった。
- (2) Oertmann, S. 29; Friese, S. 641 など、違約罰が特に歴史的沿革からしてもはや刑罰的性格を持ちえず、もっぱら損害填補を目的とするものであることについては、ヘルトマンは既に一九一三年の論稿(Oertmann, *Zur Lehre von der Vertragsstrafe, Das Recht* 1913, Sp. 186) において明らかにしていたものであった。
- (3) Oertmann, S. 29 ただしフリーゼは、その差異は単に文理解釈によるにすぎないものとして否定的である(Friese, S. 638)
- (4) Oertmann, S. 29 この点についてもフリーゼは、第三者のための違約罰も可能であるとして否定的に解している(Friese, S. 638)
- (5) Friese, S. 642
- (6) Oertmann, S. 28 このことは、就業規則の制定義務のない小経営についても同様であり、そこでは就業規則が存在しなくとも使用者は国家の授権に基づく制裁の行使が可能であるという。また、その場合に制裁が就業規則に定められる限り、それに対しては営業法上の制限規定が妥当するとしている。
- (7) といえ、当時の秩序罰説にあっては、特に経営罰の法的根拠に関する理論構成に関して依然として難点があり、そのこ



とが契約説の優位をもたらした原因でもあったように思われる。確かにエルトマンにおいてはもはや使用者の一方的な制裁権限は強調されず、むしろその民主化が説かれ、また経営罰の本質の把握についても大きな影響力を発揮したのであるが、少なくともその法的根拠に関する限り、乏しい立法規定に依拠しながら使用者の一方的処罰権能によってそれを根拠づけようとするかつての秩序罰説による理論構成を、完全に脱却しているとは言いがたい。しかも、経営の秩序・安全に関する規定の制定を使用者に義務づけるにすぎない営業法の規定から、それに違反した労働者に対する制裁権限の国家による授権を引き出すことにも問題がある。フリーゼが、ことさらに国家法との関連性を問題とすることなく経営の自治それ自体について語るのは、経営罰を秩序罰として把握することに伴う右のような理論的難点を回避しようとする意図に基づくものと解されないでもない。しかし、他方において、エルトマンが制裁権限の主体とその行使の民主化について語り、制裁権限の主体は個人としての使用者ではなくむしろ経営それ自体に帰属すべきものであり、その場合には使用者は単にその一機関となるにすぎないと説いたことは、その後のドイツにおける経営罰理論の展開を見るとき、ある意味では実に先見的な理解であった。

#### 四 若干の検討

##### 1 経営罰論争の意義

既に労働者保護法による営業法改正と前後して提起され、見解の対立を見ていた経営罰の法的性質および根拠の問題は、この時期、経営協議会法の制定を契機として再び学説上の論争状況を惹起し、それを違約罰と捉える契約説と、独自の秩序罰と捉える見解の対立が一層鮮明な形で現われることになった。

これら両説の対立は、まず経営罰の法的性格の把握において現われる。特に秩序罰説の立場からは、経営罰の本質・目的が違約罰のそれとは相容れないことが強調され、それは経営の規律ないし秩序違反に対する威嚇と報復のためのものであることが主張された。また、違約罰が目的とする債権者の損害賠償請求権の確保とは無縁のものであることが主張された。

ところがこれに対して契約説の立場からは、違約罰は契約違反が損害を惹起しない場合についても合意しうるものであり、それ自体、労働者に対する一種の威嚇ともなりうるとの反論がなされた。つまり契約説においても、違約罰が労働者の契約違反によって使用者に生じた損害を回復すること、従って損害の存在が違約罰の前提条件であることはもはや重要な意味を有せず、むしろ損害の回復は経営罰にあっては付随的な目的にすぎないとされたのである。<sup>(1)</sup> において、経営罰の目的や機能をめぐる両説の対立は、大きく接近することとなった。

逆に契約説の立場からは、経営罰が契約に基づくことを否定した場合の使用人の制裁権限の法的根拠に関して批判が加えられた。契約説によれば、それを契約以外に見出すとすれば、公法上の根拠以外にはない。エルトマン自身も、それを直接的には営業法上の規定による一種の授權に求めていたことは既に見たとおりである。しかし、モリトールによれば、それは使用者に対して営業に雇われた労働者との関係における公法上の権力を認めることにほかならず、予見し難い不当な結果をもたらさずにはおかないという。<sup>(2)</sup> また、経営罰について違約罰としての性格を否定することは、逆に使用者が労働契約によって別に違約罰を合意することについて何ら制約を受けないこととなり、法律上の経営罰に関する制限規定が容易に回避されてしまうとの批判も加えられている。<sup>(3)</sup>

ところで、このような議論の展開を離れて当時の論争の性格そのものについて考察するならば、それは経営罰をめぐって当時現実に生起していた具体的問題の処理をめぐる対立というよりは、むしろ抽象的な法理論レベルでの対立という感が強い。経営罰の内容とその行使については、既に営業法および経営協議会法により重大な法的規制が加えられていたのであり、その限りでは経営罰の法的性質や根拠に関する議論の果す実際の意義は初めから限定されたものであった。契約説と秩序罰説の対立は、経営罰の個別具体的な対象についての議論が必ずしも意識的に展開されていないせいもあって、実際の結論上の差異としては、せいぜい、労働者代表の存在しない経営における制裁に関する

る個別的合意の要否<sup>(4)</sup>、そして民法上の違約罰規定の適用の可否<sup>(5)</sup>、とりわけ民法第三四三条に基づく裁判所による経営罰の評価および減額の可能性の有無<sup>(6)</sup>をめぐって現われるにすぎないのである<sup>(7)</sup>。むしろ両説の対立を決定づけた原因は、第一に、使用者の一方的処罰権限の後退をもたらした経営罰に関する法制度上の変遷をふまえ、それと実務上の経営罰権限をいかに調和的に理論構成すべきかについての基本的視点の相違、第二に、その場合に経営罰の現実の、あるいは規範的要請としての目的や機能を重視すべきか、それとも現行法秩序の下での私的制裁権能の創設についての法制度上もしくは法形式上の可能性を重視すべきかという、方法論上の理解の相違にあったように思われる。その意味では、経営罰の本質が違約罰か秩序罰かということは、その法律構成のための前提というよりはむしろその結果にすぎない。

- (1) Molitor, a. a. O., S. 134; また、Kreller, AcP 123 (1925), S. 318f.) は、伝統的な概念に基づいて工場罰が違約罰か否かを問うことそれ自体を否定している。それらは、その法的根拠においては異なりうるとしても(経営法規 Betriebsatzung か契約か)その目的は本質的に同一であり、どちらも私法上の義務の履行に対する債権者利益が問題となつてゐるからである。
- (2) Molitor, a. a. O., S. 134
- (3) Molitor, a. a. O., S. 134f.
- (4) 契約説では、その場合経営罰は労使間の個別的合意に基づくことを要する(Pothoff, S. 288)のに対し、たとえばヘルトマンの立場からは使用者が一方的に就業規則に制裁の定めをすること十分である(Oertmann, S. 28)。
- (5) 民法上の違約罰規定の適用を認める契約説においても、経営罰の形態、手続、帰属などについては民法の規定を重視しておらず、結局問題となるのは第三四三条の規定に限られる。
- (6) この点についても、罰金の限度額は既に営業法の規定によって制限されている結果、重ねて裁判所による減額を認めることの意義は後退する。それは実際には、営業法の適用のない小経営における罰金に対する裁判所の関与を認める点に、主たる

意味があるように思われる。

(7) Vgl. Luhmann, S. 56

## 2 経営罰の概念

ドイツにおける経営罰の概念は、おそらくはこの時期において法理上の概念として定着し、同時にそれが意味する具体的な制裁形態についても一応の共通の理解が確立したものであると思われる。すなわち、多くの見解は、それは罰金ないし制裁金 (Geldstrafe od. -buße) を主要な形態とし、そのほかには戒告 (Verwarnung)、譴責 (Verweis)、福利施設の利用禁止 (Ausschluss von den Wohlfahrtseinrichtungen) などが含まれるものと解し、解雇についてはそれ自体としては制裁ではなく、経営罰ではないとしていた。<sup>(1)</sup> このことは、労働契約上の解約権行使としての解雇の性格もさることながら、経営罰と解雇の法律上の取扱いの差異に影響を受けたものであることも否定できない。つまり、解雇に関しては、営業法上解雇事由が制裁事由とは別個に就業規則の必要的記載事項とされ(同法第一三四条b第一項第三号)、かつ経営協議会法上も制裁の確定(同法第八〇条第二項)とは別個に経営協議会による関与についての規定(同法第八四条)が置かれていたのであり、経営罰の概念規定は、同時に経営協議会法第八〇条第二項に基づき労使が共同で確定すべき制裁の範囲を画定するという法解釈上の実質的意味をも有していたのである。

ただし、特に契約説に立つ見解の中には、解雇が制裁として合意されうること、つまり合意に基づいて一定の事由が存在する場合に解雇が制裁として言渡されうることを認めるものがあつた。<sup>(2)</sup> たとえばポットホフはこの問題について立入った検討を加えているが、そこで注目されるのは、彼が解雇もまた制裁として合意しうるとすることが、実はその限りで解雇が経営協議会法第八〇条による労使共同の確定に服するという結論を導くためのものであつたという

点である。ポットホフにとって、制裁として合意された解雇といえどもその適法性の評価は他の解雇と異なるものではなく、ただそれを越えて経営協議会による共同の確定、つまりその同意が必要とされることよって、より厳格な規制に服するものと解されているのである。<sup>(3)</sup> 右に指摘したように、経営罰の概念規定の問題がまさに経営協議会法第八〇条に基づき労使が共同で確定すべき制裁の範囲の決定の問題であったということは、このようなポットホフの主張からも窺われるであろう。

以上のような経営罰概念の理解は、今日の西ドイツにおける経営罰理論にも基本的には引き継がれている。第一章において指摘したごとく、現在の西ドイツにおける労働法理論の中にわが国における「懲戒処分」と同一の概念を見出し難いという情況は、既にこの時期において形成されていたのである。

- (1) Kieschke/Syrup/Krause, a. a. O., S. 219; Mansfeld, a. a. O., S. 408; Landmann/Rohmer, 8. Aufl., Bd. II/2, S. 625; Fladow, Georg, *Betriebsratgesetz*, 12. Aufl., Berlin 1928, S. 331; RAG, Urt. v. 14. 11. 1931, Bd. 13, S. 484
- (2) Pothhoff, S. 291f.; ders., *Arbeitsrecht* 1928, Sp. 205ff.; Mansfeld, a. a. O., S. 408; Schnabel, *Arbeitsrecht und Schlichtung* 1932, Sp. 42 判例もまた「解雇が一般には制裁ではないとしながら、そのようなものとして合意しうることを認めうる。RAG, Beschl. v. 4. 10. 1930, Bd. 10, S. 489
- (3) ポットホフによれば(前注の文献参照)、解雇が事実上制裁として行なわれた場合であっても、それは法的には労働関係の解消にはかならないのであるから、その適法性は、労働者の義務違反を理由とする解雇としてあくまで労働関係継続の期待可能性の有無によって判断されるべきものであり、また、解雇が制裁として合意されたとしてもそれによって経営協議会法第八四条にいう解雇が不当に苛酷な場合の異議申立が排除されるものではなく、まして即時解雇について必要とされる重大な事由の存否についての裁判所による審査を免れうるものでもないという。つまり、ポットホフのいう制裁として合意された解雇は、解雇としての法的評価においては一般の解雇と交りなく、むしろそれに加えて経営協議会法第八〇条の制裁としての評価がなされる点に積極的意義が見出されるのである。

### 第三節 ナチス・ドイツの経営罰法理

#### 一 国民労働秩序法による経営罰の規制

##### 1 序説

一九三四年に制定された国民労働秩序法 (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*) は、ドイツの労働法体制に根本的な転換をもたらし、それに伴って、労働法理論そのものも、大きな変容を遂げることになった。このことは経営罰理論についても例外ではない。国民労働秩序法は、経営協議会法と営業法上の就業規則および制裁に関する規定を廃止し、それに代えて新たな法規定を置いた。確かにそれは、基本的には経営罰の法的規制を内容とするものであり、使用者に対して明確に経営内における一般的な処罰権能を認めたものではない。しかし、同法が新たに採用した指導者原理 (*Führergrundsatz*) と経営協同体 (*Betriebsgemeinschaft*) の理念は、経営罰をめぐる法理論に対しても直接・間接の影響を及ぼさずにはおかなかった。ここにドイツにおける経営罰理論は、全く新たな展開を示すことになるのである。

#### 2 国民労働秩序法の内容

国民労働秩序法はまず、その冒頭において、使用者を「経営指導者 (*Führer*)」、「労働者を「従業者 (*Gefolgschaft*)」として捉え、使用者には労働者に対する配慮を、労働者には使用者に対する忠誠を求め、その上に経営協同体の理念を高唱する。

第一条 経営においては、経営の指導者たる企業家と従業者たる職員および労働者は、経営目的の要請と国民および国家の共同

利益のため、共同して活動するものとする。

第二条 経営指導者は、従業者に対し、本法が定める限りにおいて、すべての経営の事項について決定をなすものとする。

経営指導者は、従業者の福祉を考慮しなければならない。従業者は経営指導者に対し、経営協同体に基づく忠誠を保持しなければならない。

次に同法は、それまでの経営協議会法を廃止することによって経営協議会その他の労働者代表組織を一掃し、それに代えて信任委員 (Vertrauensmann) を置いた。しかしそれは、労働者の代表というよりはむしろ経営指導者に対する助言者にすぎず、経営指導者と共に、またはその指導の下に信任委員会を形成するものとされた(第五条)。この信任委員会も、労働者の代表機関であった経営協議会とは異なり、一定の事項に関する諮問・協議機関にすぎない(第六条)。それによって、もはや労使間の協定も、労使による共同の決定も存在しないこととなったのである。

就業規則に関しても、同法は従前の法制度を大幅に変更した。すなわち、同法第二六条は、通常二〇人以上を雇用する経営において、就業規則に代えて経営規則<sup>(1)</sup> (Betriebsordnung) の制定を義務づけたのであるが、それはもはや労使間の協定に基づくものではなく、経営指導者の一方的制定にかかるものであり、信任委員会は単にその作成および運用について協議する (Beraten) にすぎない(第六条)。これに伴って、それまでの営業法上の就業規則に関する規定および制裁に関する規定は廃止された(第六九条)。しかし同時に、国民労働秩序法は、内容的にはそれら営業法の規定の多くを引き継いだものであることも事実である。まず第二七条は経営規則の必要記載事項として特に以下の事項を掲げていた。

第二七条 経営規則は以下の事項を定めなければならない。

(中略)

四 制裁 (Bußen) が定められる場合においては、その種類、額および取立てに関する定め

五 法定の事由にとどめない限りにおいて、解約告知期間を伴わずに労働関係の解約告知がなされうる事由

六 法律の規定の範囲内で経営規則または労働契約において労働関係の違法な解消による賃金の喪失を定めるときは、失効した賃金額の使途

以上の規定は、少なくともその文言からは、それぞれ営業法第一三四条b第一項の第四号、第三号、第五号に相応するものであるが、ここでは特に右第四号の規定が営業法上の Strafe の語に代えて Buße の語を用いたことが注目される。次に同法は、この制裁に関して以下のような規定を置いた。

第二八条 従業者に対する制裁の行使は、経営の秩序または安全違反についてのみ許される。金銭による制裁は、平均賃金一日分の半額を越えることができない。但し、重大な違反については平均賃金の一日分までを科すことができる。制裁の使途は労働大臣が定めるものとする。

制裁の行使は、経営指導者またはその受任者により、信任委員会が存在するときはその協議を経た後に、なされるものとする。

第一項および第二項の規定は、経営規則が定められない経営において、労働契約によって合意された制裁の行使についても適用する。

経営規則が定められる経営においては、解約告知期間を伴うことなく労働関係の解約をなしうる法定の事由を拡張し、または増加することはできない。

ここではまず、制裁行使の対象として「経営の秩序または安全違反」が掲げられたこと、その反面で、経営規則の定められない経営における労働契約による制裁の合意の可能性が前提とされていることが注目される。しかし、制裁の形態に関する制限（営業法第一三四条b第二項）や制裁の確定、手続、記録に関する規定（同法第一三四・第二項、第三項）



は国民労働秩序法においてはもはや存在せず、特に制裁の確定、行使に対する労働者の関与は大幅に後退せしめられた。制裁の行使は経営指導者またはその受任者によってなされるべきものとされ、経営協議会法によって認められていた労使共同の確定は否定された。信任委員会はそれについて協議すべきものとされたものの、第六条によれば、それは制裁の確定に先立ち意見を聴取されうるというにすぎないのである。<sup>(2)</sup>

### 3 国民労働秩序法と経営罰理論

国民労働秩序法上の制裁に関する規定は、少なくともその規定の内容から見ると、それまでの経営罰をめぐる論争に対して明確な方向づけを与えるものとは言いがたい。制裁が経営の秩序および安全違反に対してのみ科せられること(第二八条第一項)は、その限りでは確かに従来 of 秩序罰説の主張に則したものであるが、他方において同法は、経営規則が存在しない経営における契約による制裁の合意の可能性をも前提としている(同法第二八条第三項)。しかも同法は、その体裁からは、それまでの営業法や経営協議会法と同様、制裁が何らかの根拠に基づいて行使されることを前提としながら、それが経営内の規則に定められるべきことを要請し、その行使に対して一定の法的規制を加えるというにとどまる。結局、同法によっても、経営罰の法的性質や根拠の問題は、依然として未解決のまま残されることになったのである。

- (1) 第三〇条は経営規則の効力に関し、「経営規則は経営の帰属者にとって最低条件として法的拘束力をもつ。」と定める。また第三一条は就業規則の周知義務を定めると共に、経営規則は揭示の翌日に発効するものとした。加えて第三一条は、いわゆる労働管理者 (Trenthänder der Arbeit) が経営規則および個別労働契約の内容についての要綱を定めることのできることをした。
- (2) このほか国民労働秩序法は、経営協同体に基づく社会的義務違反に関して経営所屬者に対する名誉裁判の制度 (Soziale

Gerichtsbarkheit)を定めていた(第三五条)が、これは経営罰とは別個のものであり、ここでは立入らない。

## 二 経営協同体思想に基づく経営罰理論

### 1 序説

右に見たように、経営罰をめぐる法制度の変更は、それ自体としてはそれまでの経営罰法理に対して一定の方向づけを与えるものではない。しかしながら、国民労働秩序法の下において経営罰をめぐる理論状況は大きな変革を遂げることになった。同法の掲げる経営協同体の理念および指導者原理は、それまでの理論に代えて、それらを基礎とする新たな経営罰理論の形成と展開をもたらしたのである。経営罰を経営協同体における固有の秩序権力によって基礎づけようとする理論がそれである。確かにそれは、一面において、経営罰を秩序罰として捉え、それを自治的処罰権限によって根拠づけるといふ従来の理論の系譜に連なるものとしての性格を有していた。しかしここでは、経営罰の本質の把握においても、またその理論構成についても、全く新たな展開が認められる。ここではまず、当時のナチス労働法学において、新たな労働法の理論体系とりわけ労働関係論の形成を志向して一連の著作をものしたジーベルトについて、その基礎的理論との関連において経営罰に関する理解を見ることにしたい。

### 2 ジーベルトによる経営罰理論

(1) ジーベルトはその著書『国民労働秩序における労働関係<sup>(1)</sup>』において新たな労働関係論を展開し、その中に経営罰理論(彼のいう秩序罰権限 Ordnungstrafengewalt)に關する理論)を位置づけている。本書はあくまで労働関係論についてのものであり、経営罰理論そのものを直接の対象とするものではないが、ジーベルトが経営協同体の思想に

基づいて労働関係を再構成し、その中で経営罰を論じていることから、当時有力となりつつあった経営協同体理論に基づく経営罰理論を理解するうえで格好の素材を提供するものと思われる。

(2) 基本的立場 ジーベルトの意図するもの、それは労働法理論における労働契約概念の否定であり、それに代えて経営協同体思想に基づく労働関係を据えること、そして労働関係をめぐる法律関係を当事者の意思から切り離し、労働関係それ自体の効果として統一的に把握しようとするところにある。

ジーベルトによれば、国民労働秩序法の高唱する経営協同体の思想は、単に一種の超越的な理念として企業家と労働者の対立する利害を調整するにすぎないのではなく、むしろ民族共同体の中の一つの全体的かつ生きた共同体として労働関係に内在し、その現実の中に展開する実体として、労働関係を内面から形成するものである。そしてこのような経営協同体思想の下においては、労働関係は一つの共同体関係をなし、それ自体が独自の人格法的(ないしは身分法的)法律要件 (*ein personenrechtlicher Tatbestand eigener Art*) となる。すなわちそれは、家族法関係や官吏関係と同じく全体としての人格の協同体への編入 (*Eingliederung*) に基礎を置き、人格法的性格を有するものであり、また労働関係に伴う法律効果についても、それは経営協同体における構成員の具体的地位から生ずるものと解され、かつその観点から統一的に把握されるべきものであるという (*Siebert, S. 12-16*)。

ジーベルトはこのようにその基本的立場を表明したのち、具体的論述を展開している。

(3) 労働契約から労働関係へ ジーベルトはまず、民法典制定以降のドイツにおける労働関係理論の展開とその内容について批判的検討を加える (*Siebert, S. 17ff.*)。それによって、ドイツ労働法学における労働契約概念の後退と就業関係としての労働関係概念への移行の傾向を明らかにし、更にそのうえで新たな労働関係理論を構築しようとするのである。

民法的な労働（雇用）契約概念については、既に民法制定当時から、ギールケ、メンガー、ロトマーらの批判によってその継続的債権関係としての特質および身分法的性格が明らかにされ、続いて事実上の就業関係（Beschäftigungsverhältnis）としての労働関係概念の提唱によって労働契約概念は決定的に後退せしめられた。労働関係の理論は最初ポットホフによって提起され、そこではギールケに依拠しつつ労働関係が一つの社会的な組織関係であり、単なる財産法的関係ではなく人格的結合関係であるとされたが、その後この理論はクレラー、ニキッシュ、モリトールらによって展開されることになった。このような理論展開についてジーベルトは、それが労働契約と労働関係を峻別し、特に経営への編入と経営への帰属（Betriebszugehörigkeit）自体による法律効果が問題とされた点で、民法的労働契約概念を後退せしめるという功績を有したとして評価するものの、そのような理論においてもなお民法的な労働契約は大きな地位を占めており、むしろ労働契約と労働関係の分離によってもたらされた全体的関係についての把握の分裂の上に立ち止まってしまったとして批判を加えている（Siebert, S. 31+32）。

これに対して国民労働秩序法第一条、第二条は、新たに経営協同体の理念を掲げた。ジーベルトによれば、それは労働契約についても全面的な法倫理的、法政策的な転換をもたらすべきものである。ところが、当時の通説的理解においては、経営協同体の思想と労使間の信義・配慮の理念に基づいて労働関係の人格法的性格を認めながら、それは解釈を通じて労働契約の内容に影響を及ぼすものとしてしか理解されていない。そこでも依然として民法的な労働契約の概念は維持されており、従って従来の基本的理解はなおその残滓をとどめているとしよう（Siebert, S. 45+48）<sup>(4)</sup>。

しかしジーベルトは、以上のような理論的展開を、人格法的な経営協同体思想のうえに構成された労働関係による、民法的労働契約観念の克服に向かう発展過程として捉えている。その意味で、今や民法的労働契約の観念を右の諸見解における残余部分についても克服し、それに代わる経営協同体の上に構成された人格法的労働関係（Personenre-

chtliches Arbeitsverhältnis) が新たに形成されねばならないという。まさにそのことが、経営協同体の本質から導かれる信義関係 (Treuverhältnis) こそが労使間のすべての法律関係の基礎であること、従って民法的な労働契約の消失を要請するのだというのである。

(4) 経営協同体 ジーベルトによれば、経営協同体とはもはや事実的な関係ではなく、「独自の、具体的な、生きた秩序 (eine einständige, konkrete, und lebendige Ordnung)」であり、それは固有の法 (eigene Gesetze) の下に存在する。経営への組入れおよびそれからの排除、更に経営帰属に伴う諸効果は、経営協同体の秩序に属し、その法的形成がそのような秩序によってなされるところの行為、法律事実、および結果である (Siebert, S. 60)。そして、経営協同体の本質について更に次のような理解を示している。

経営協同体は国民労働秩序法第一条、第二条によって法律上の承認を受けたが、そのことは経営の概念自体にも根本的な転換をもたらした。従来それはもっぱら技術的目的との関連で捉えられ、一定の目的を持つ組織的統一体として、人、権利、無体財産の集合と解されてきたが、<sup>(5)</sup>それでは経営の内部の本質を明らかにすることはできない。経営は、確かに一面において社会的・経済的秩序の一つの細胞ともいふべきものであるが、それは同時に労働生活の場であり、従業員の生活基盤である。ここでは、企業家とはや経営とは区別されてそれと対立するものではなく、むしろ経営の中にあつて従業員と共に一つの共同体を形成している。そのような経営協同体は、民族共同体の中より限定された一つの秩序であり、一つの具体的共同体 (eine konkrete Gemeinschaft) すなわち生きた、目に見える、全体的共同体 (eine lebendige, sichtbare und ganzheitliche Gemeinschaft) である。そのことは、民族共同体内部の経営のトレーガーとしての経営協同体の地位、および経営において協働する人間の人格的かつ全体的結合を基礎づける労働の本質から生ずるものである (Siebert, S. 65ff.)。

このような理解に立ち、ジーベルトは、当時形成されつつあった「真の具体的共同体 (die echte konkrete Gemeinschaft)」についてのすべての基本的認識は、経営協同体にも当然に妥当するものとする。すなわち、経営協同体は、真の具体的共同体として、単なる理念や、意思と感情の同一体ではなく、生きた(存在しかつ主体的な)実在であり、外部的な制約ないし抑圧ではなく、本質的に統一のかつ全体的な形成態である。また、共同体における構成員の地位の諸効果は、統一的秩序の具体化であり現象形態であって、二つの法的人格の間の孤立した関係とみなしうるものではなく、(Siebert, S. 62)。

(5) 労働関係論 右のような経営協同体の理解が、まさにジーベルトの労働関係論の基礎ともなっている。すなわち、「労働関係は、具体的共同体秩序の構成単位たる経営協同体の顕在化であり、直接的現象形態である」(Siebert, S. 64)。労働関係の本質は経営協同体に根ざすのであって、その有効性要件あるいはその効果は、あくまでそのような労働関係の本質それ自体からのみ統一的に理解すべきものである (Siebert, S. 65ff.)。

労働関係は、なによりもまず民法的な契約の觀念から、従って財産法的色彩の強い民法典の総則編および債務法編から切断されねばならない。なぜなら、労働関係は家族法、団体法、公務員関係と類似し、財産法的な交換関係ではなく、人格法的組織体関係 (personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis) だからである (Siebert, S. 68ff.)。そしてこのような組織体関係の特質は、その中に全人格的に包摂された構成員間の包括的信義関係 (umfassendes Treuverhältnis) たる点に明確に現われる。信義の義務は確かに財産法関係においても要請されるものであるが、財産法関係においてはそれは形成的、補充的であるのに対し、人格法的関係においてはむしろそのような法律関係の直接的な本質と原則的内容を構成するものである<sup>(7)</sup> (Siebert, S. 82)。

ジーベルトは、このようにして労働関係を人格法的組織体関係・協同体関係として性格づけたのち、その創設と効

果について具体的な検討を加えている (Siebert, S. 85 ff.)。つまり、労働関係は労働契約によってではなく人格法的協同体関係への加入によって創設され、その効果もまた、当事者の意思によってではなくそのような秩序自体によって基礎づけられるのである。これによって、民法的契約の観念を否定し、労働関係をその本質において捉えるという彼の立場が明らかとなるのであるが、ここではむしろその効果の点に着目しなければならぬ。

労働関係の効果について、ジーベルトはその基礎に信義義務 (Treupflicht) を据える。労働関係の諸効果は双互的な信義義務にのみその基礎を置き、そのことは経営協同体内の人格法的組織関係としての労働関係の本質から生ずるものである。この義務は、決して他の義務と併存的に存在する付随義務でも個別的な法的義務でもなく、まさに包括的な基本的義務であり、他のすべての義務は、その帰結ないし現象形態として派生し、形成される (Siebert, S. 100)。このような信義義務の主要な個別的現象形態としてジーベルトが挙げるものは、労働者については労働義務、服従義務、経営に対する特別の忠実義務、競争禁止義務であり、使用者については配慮義務、就業させる義務、休暇付与義務、賃金支払義務である。

(6) 秩序罰権限 最後に経営罰については、ジーベルトはそれを経営における秩序罰権限 (Ordnungsstrafewalt) からの派生として捉え、右に見た労働関係の理論は当然にこの秩序罰権限についても妥当しなければならぬとする (Siebert, S. 106 f.)。それは決して当事者間の自由意思に基づくものではなく、あくまで有効な労働関係が存在することを前提とし、それ自体が労働関係の法的効果だといふのである。従って、秩序罰権限が労働契約に基づくとする見解<sup>(9)</sup>、あるいは経営への事実上の帰属が秩序罰権限への服従を基礎づけるとする見解<sup>(10)</sup>はいずれも斥けられねばならない。このことはまた、秩序罰権限の本質から導かれる帰結でもある。すなわちそれは国民労働秩序の一分肢をなし、そのような秩序の上に構成されるものであり、しかもその秩序が経営協同体と経営帰属によって形成されるもの

である以上、秩序罰権限もまた、まさに経営協同体への帰属によって基礎づけられねばならないからである。このような理解に基づくならば、経営規則に定められる制裁はもちろん違約罰ではありえない。それは、経営協同体における固有の法により定められる独自の制裁であり、その意味で「自主法規罰 (Satzungsstrafen)<sup>(11)</sup>」として捉えられるべきものである (Siebert, S. 107)。

このように秩序罰権限を労働関係それ自体からの帰結として、従って経営協同体への編入の直接的効果として捉え、労使間の契約による合意に基づくことを否定する場合に当然に生ずる疑問は、労働契約による制裁の合意の可能性を明文上認める国民労働秩序法第二八条第三項の意義をいかに解すべきかであろう。この点についてジーベルトは、労働関係における「補助的合意 (zusätzliche Vereinbarung)」の觀念によって説明しようとする。つまり、経営協同体の秩序、従って労働関係のための自主法規 (Satzung) は、時としてその細部にわたって十分に詳細に定められてはいないため、その限りで「補助的合意」がなされる余地を残しており、右の法規定もそのようなものとして理解すべきだといのである。しかしそのような合意といえども、もはや民法的な契約の觀念によって捉えるべきものではなく、経営協同体への加入に直接的に結び付き、それと一体をなすものとして、その本質もまた協同体関係によってのみ定まるものであるとする (Siebert, S. 107, 88)。それによって、一見相矛盾するが如き結論を極力整合的に説明しようとするのである。

(7) 以上のように、ジーベルトは、秩序罰権限を労働関係の本質、すなわち組織体関係としての経営協同体の本質から導かれる直接的効果として捉える。経営協同体は単なる理念ではなく法的实在であり、独自の法律要件である。秩序罰権限はそのような経営協同体秩序から当然に派生し、労働者はその秩序に編入されることによって、その秩序罰権限に対しても服従することになる。



この理論は、それまでの通説的見解が組織体関係としての労働関係理論に依拠しながら、なお経営罰の根拠を労働契約に求めていたのに対し、労働関係それ自体を経営罰の法的根拠とする点において、経営罰理論に一大転機をもたらした。それはまた、経営協同体を独自の秩序と法を有する一個の法的実在となし、それ自体を固有の法律関係形成の基礎とすることによって、それまでの秩序罰説が経営罰権限の根拠を国家の授権に求めることでかえって経営罰そのものの性格を曖昧なものにしてしまったことを克服しようとするものであった。しかし、ジーベルトの労働関係理論自体、既に重大な問題点と批判を伴うものであったのであり、またその具体的な理論展開を見ても、しばしば重要な結論が経営協同体の本質や労働関係の本質からの帰結として安易に片付けられるという傾向も否定しえない。このことは秩序罰権限の説明においても同様であって、そこでも労働契約による根拠づけの排除に性急なあまり、その詳細な理論的展開は挙げて経営協同体秩序の本質の問題として回避されてしまうのである。

(一) Siebert, Wolfgang, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hamburg 1935 本書については既に吾妻光俊『ナチス民法学の精神』(岩波書店・昭一七)第三章において詳細な紹介・検討がなされており、以下の論述も本書に負うところが大きい(ただし同書では経営罰に関する記述までは言及されていない)。ジーベルトの労働関係論については、上掲書のほかに以下のジーベルトの著作を参照。Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis, DAR 1935 S. 95; Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, DR 1935 S. 481; Die Begründung des Arbeitsverhältnis, DAR 1937 S. 305, 338; *Die deutsche Arbeitsverfassung*, Hamburg 1942

(2) 本章第二節二に参照。

(3) Huckel/Nipperdey/Dietz, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, 1. Aufl., München/Berlin 1934, § 2; Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, *Die Ordnung der nationalen Arbeit*, Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934 u. a.; RA.G, Urt. v. 23. 3. 1935, Bd. 15 S. 46

- (4) この点についてニキッシェは、企業家・労働者間の法律関係の重点を経営への帰属と経営協同体の思想に移行させようとして、事実的経過としての経営への編入をそこに生ずる経営協同体の基本的な法律要件であるとした (Nikisch, Arthur, *Das Gesetz zur nationalen Arbeit*, Leipzig 1934)。これに対してシーベルトは、ニキッシェが経営ないし経営協同体の思想に基礎を置きつつ、いわゆる事実上の就業関係を法律関係にまで高めた点にその功績を認めるのであるが、しかしなお労働契約に独自の存在領域を承認するものとして批判を加えている (Siebert, S. 501)。
- (5) Hueck/Nipperdey, 1. Aufl., Bd. I, S. 77f.; Nikisch, a. a. O., S. 11f.
- (6) Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934; Höhn, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, Hamburg 1935
- (7) とはいえ、シーベルトにとって、労働関係の人格法的(身分法的)性格といえども、決して従業者の人格に対する企業家の権利を絶対的権利として認めることを意味しない。指導 (Führung) は支配 (Herrschaft) ではなく、従業者は服従によってではなく、人格的な、信義に基づいた指導者との結びつきによって従うのだという。また、労働関係の人格法的性格は、労働力の持つ財産的価値を否定するものでなくとも指摘されている (Siebert, S. 84)。
- (8) ここでシーベルトは、労働関係の本質に則した労働関係の意味を論じ、引き続き加入と合意の関係や労働関係創設上の問題について論じている。この部分は彼の労働関係論の中でも重要な点であるが、ここでは立ち入らない。吾妻・前掲書一七二頁以下参照。
- (9) Manastfeld/Pohl/Steinmann/Krause, a. a. O., S. 329; Hueck/Nipperdey/Deitz, a. a. O., § 30 Anm. 9; なお、後述三を参照。
- (10) Nikisch, a. a. O., S. 48, 59
- (11) この語は現在の西ドイツの多数説が経営罰を特徴づけるために用いるものでもあり、それ故に自主法規説と称されていることは後に述べるとおりである。ただしこのことの故に直ちに現在の多数説をシーベルトの見解に結びつけることは早計である。

(12) このことについては、吾妻・前掲書一七七頁以下、二一七頁以下において適切な検討がなされており、ここで再論すべき必要をみない。

### 3 経営協同体思想に基づく経営罰理論の優位

この時期においても、後に指摘するように、経営罰を違約罰として捉える見解が全く影をひそめたわけではない。しかし当時の情勢の下において、経営罰を経営協同体の思想に基づいて捉えようとする見解の優位は、次第に否定し難いものとなっていった。たとえばデーネッケ<sup>(1)</sup>は、経営罰は経営指導者による経営協同体に帰属する処罰権限の行使として科されるものであるとし、国家と経営協同体の対比によって、経営協同体の自治的立法権と自治的処罰権とを基礎づけている。また、ニキッシェ<sup>(2)</sup>は、企業家の経営に対する支配によって経営罰行使の権限を導こうとした。経営罰は、経営指導者により、そのような支配に基づく秩序罰権限の行使として科されるというのである。更にデルシ<sup>(3)</sup>は、経営罰は公務員法上の懲戒罰と同質のものであり、それは経営指導者により、その公法上の地位に基づいて科されるものとして、やや特異な理解を示している<sup>(4)</sup>。

いずれにせよこれらの見解は、経営罰を労働契約によって基礎づけることを否定し、その根拠を経営協同体の自治的処罰権力に求めるか、ないしは容易にそのような理解に帰着するものであった。そしてひとたびこのような経営罰法理が優位を占めた後においては、経営罰をめぐって争われた問題は、せいぜいそのような処罰権限のトレーガーに關し、それは経営協同体そのものであるのか、それとも経営協同体は単に企業家の処罰権力の前提にすぎず、あくまで経営指導者たる企業家に固有の権利として帰属するののかということにすぎなかつた<sup>(5)</sup>。

(1) Denecke, Johannes, Die Bußen nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Arbeitsrecht und Volkstum,

1934 Sp. 263ff.

(2) Nitsch, a. a. O., S. 44

(3) Dorsch, Hermann, *Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, Berlin 1934

(4) 以上の文献については直接参照しなかつたが、Mansfeld, Die Buße, DAR 1934 S. 273f. の要約による。このほか同様の見解に立ち学説として Hueck/Nipperdey/Dietz, a. a. O., 4. Aufl., § 28 Rdz. 3 (第一版以降の見解を變更) がある。

(5) Vgl. Luhmann, S. 59f.

### 三 契約説による批判

経営罰を労使間の労働契約に基づく違約罰として捉える見解は、この時期においても当初は少なからず存在した。<sup>(1)</sup>ここでは、その代表的見解であるマンスフェルトについて、経営協同体思想に基づく経営罰理論に対する批判を概観する。

マンスフェルトによる批判は、およそ次のようなものであった。<sup>(2)</sup>まず経営に対する企業家の支配(ニキッシュ)あるいは公法上の地位(デルシュ)に基づいて経営指導者の処罰権限を認める見解については、国家法上そのような権限の明文の授与がないとして批判を加える。彼によれば、法規によって懲戒権ないし処罰権を与えられた者のみが他人に対して自己の権利として制裁ないし刑罰を科しうるが、国民労働秩序法第二八条第二項は制裁権限の根拠については何ら触れておらず、そのような規定と解することはできないという。また、経営に対する支配とは、せいぜい物的な経営手段に対する支配を意味するにすぎず、経営帰属者に対する支配ではなく、まして処罰権までをも当然に含むと解することはできないとする。次に、経営協同体それ自体が自治的処罰権限を有するという見解に対しても同様の

批判が加えられる。経営協同体はそれ自体として権利・義務の帰属主体ではなく、何らかの共同体が、明文の規定が存在しないにもかかわらず、単にその觀念のないし事実上の存在に基づいて当然に一種の裁判的機能を営むということは、とうてい認められないというのである。<sup>(3)</sup>そして以上のような批判に基づき、マンスフェルトは、経営罰権限の明文上の授權が存在しない以上、その基礎は、個別契約による合意または経営指導者の懲戒権への契約による服従に求めるほかはないとしている。

しかしながら、このようなマンスフェルトの批判にもかかわらず、当時の経営協同体思想に基づく経営罰理論にあっては、もはや国家法による処罰権限の授權の有無はさして重要な意味を有していなかったことが留意されねばならない。そこでは、国家法が経営協同体を法認したことによって、それが独自の法秩序を形成し、自治的な法定権については自治的処罰権を有することまでもが承認されたと解されたのであり、むしろ法的事実としての経営協同体そのものが、秩序罰権限の根拠であった。その限りでは、もっぱら明文の授權規定の不存在を語るにすぎないマンスフェルトの批判は、必ずしも問題の核心を衝いたものとは言い難い。

他方、国民労働秩序法が労働関係を経営協同体として捉え、経営指導者たる使用者に対して一般的な経営支配権を容認したこと、とりわけ従来の労使の協定に基づく就業規則法制を廃し、それに代えて使用者による事実上の一方的な経営規則の制定を認めたことは、マンスフェルトにとっても無視し去ることのできない事実であった。彼自身、同法が人格法的経営協同体の存在を承認したものであり、また経営指導者は法律上経営規則を通じて協同体生活の内容を決定しうる権限を授權されていることを認めざるをえなかったのである。<sup>(5)</sup>しかしそれにもかかわらず、彼は次のような説明によってその基本的立場を維持しようとする。まず第一に、人格法的な経営協同体の承認はいわば道徳的な意味での指導原理たるにとどまり、その限りで労働契約の性質を修正するものではあっても、経営における労働が契

約に基づいて給付されるという事実までも変更するものではない。むしろ、経営協団体への編入という法的効果自体が、労働契約に基づいて発生するものである。第二に、経営指導者としての使用者に認められた協団体生活内容の決定権により、使用者は労働条件の決定のみならず制裁要件の一方的制定をなさう。しかしその場合の授権は決して実際の制裁行使についてまで及ぶものではなく、それはあくまで労働契約に法的根拠を置くものと解さなければならぬ<sup>(6)</sup>。要するに、マンスフェルトは、制裁規定すなわち制裁要件の制定権限と、実際の制裁行使権限とを区別し、それぞれに異なる法的根拠を認めることによって、法制度上の変革にもかかわらず、経営罰それ自体はあくまで労働契約に基礎を置く違約罰であるとの立場を貫徹しようとするわけである。

それでは、当時次第に経営協団体思想に基づく経営罰理論が有力になりつつあった状況の下で、マンスフェルトがなおかつ契約説に依拠しようとしたことに、単なる従前の通説的見解の承継以上の積極的意義があったとすれば、それはいかなるものであろうか。それを単に経営罰をめぐる解釈論的平面における具体的結論の差異に求めることは、おそらくは適切ではあるまい。マンスフェルトにおいても、労働者は経営協団体への編入によって経営指導者の経営罰権限に服するものとされ、経営罰の目的・対象に関しても、それは本質的に契約上の義務履行の確保を目的とする「純粹な違約罰」とは異なる独自の違約罰として、むしろ一般的な懲戒権の場合に接近するとされていたのである<sup>(7)</sup>。強いてその差異を挙げるとすれば、経営罰に対する民法上の違約罰規定の適用の有無、とりわけ裁判官による司法審査及び金額引き下げの可能性(民法第三四三条)に関してであろう<sup>(8)</sup>。もちろんそれとて、制裁金の額が法律上制限されていること(国民労働秩序法第二八条第一項)によって、実際の意義としては極めて限定されたものである。しかしそれにもかかわらず、マンスフェルトが経営罰の違約罰としての把握に固執しようとしたことの理由も、まさにそのような限定された意義に求めることができるように思われる。つまり、経営協団体思想に基づく経営罰理論が経営指導

者の一方的な自治的処罰権能を強調し、その行使を積極的に正当化しようとしたのに対し、彼はあくまで経営罰を契約に基づくものと解することによって使用者の絶対的な処罰権能を否定し、裁判所によるコントロールの可能性を求めようとしたのではあるまいか。仮にそうだとすれば、そこには、当時の時代的背景の下で経営協同体の思想と指導者原理に基づいて使用者の絶対的支配権力を容認せんとする法制度上の改革、およびそれを法理的に追認しようとする学説の趨勢に対して、あえて契約法理に固執することによって抵抗を試みようとする意図すら窺うこともできるであろう。しかし、当時の特殊な状況の下では、そのような試み自体が自由主義的思想に基づくものとして批判の対象とされたのであり、やがてマンسفエルト自身、その見解を修正せざるをえなかったのである。<sup>10(11)</sup>

(1) Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, a. a. O., S. 329f.; Mansfeld, DAR 1934 S. 273; Bertin, Nachprüfbarkeit der Bußen, DAR 1938 S. 143f.

(2) Mansfeld, DAR 1934 S. 274ff.

(3) ただし、マンسفエルトにあっては、企業家と労働者がもはや単なる債権法的な労働契約の当事者にとどまらず、経済生活上の生きた組織体 (lebendige Organisation) の構成員であることが認められている。しかし、そのことは、組織体自体がその機関を通じて構成員を処罰する権限を有することまでを意味するものとは解されていない。

(4) 経営罰を秩序罰として捉える従来多くの見解がその法的根拠を国家法による授權に求めていたことについては、本章第一節二および第二節三を参照。

(5) Mansfeld, DAR 1934 S. 275

(6) *ibid.*

(7) Mansfeld, DAR 1934 S. 276; Vgl. auch, Bertin, DRA 1938 S. 144 なお、経営罰の目的や機能に関しては、既にワイマールドイツの時期において、秩序罰説と契約説の間で必ずしも決定的な対立はなくなっていたことは、先に指摘したとおりである。

- (8) Mansfeld, DAIR 1934 S. 276  
 (9) Sieg, Karl, *Die Buße nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, Diss. Berlin 1936, S. 29 (zit. in Luhnmann, S. 60)  
 (10) Mansfeld, *Die Ordnung der nationalen Arbeit*, 1943, § 28 Anm. 2, 10  
 (11) その後の戦時体制の強化に伴い、一九四二年の労働省令は、経営指導者に対して一般的に、法律または経営規則に定めのない場合であっても、従業者に対して罰金を科す権限を認めた (Vgl. Wagner, Siegfried, *Zur Frage der Nachprüfung von Geldbußen im Arbeitsrecht*, DR 1943 S. 538)。

#### 第四節 第二次大戦後西ドイツの経営罰法理の概観

##### 一 現在に至る法制の変遷

##### 1 大戦直後の法制度

第二次世界大戦の敗北により、ドイツは連合国による支配下に置かれ、東西に分断されることになった。以下では、経営罰をめぐる法制と法理の連続性という観点から、対象を西ドイツ(ドイツ連邦共和国)に限定して考察を進める。連合国支配下における法制の改革・整備は、まずナチの性格の強い法規の廃止に始まった。その中で、国民労働秩序法も、一九四六年一月三〇日管理委員会法第四〇号(Nr. 40 Kontrollratsgesetz)によって廃止された<sup>(1)</sup>。しかしこれはかつて国民労働秩序法が廃止した営業法および経営協議会法上の経営罰に関する規定を復活させるものではなく、これ以降西ドイツにおいては経営罰に関する直接的な法規定は一切存在しないこととなった。ただ、一九四七年以降各州で相次いで制定された州経営協議会法の中には、かつての営業法および経営協議会法にない、経営罰に関する規定を置くものも見られたが<sup>(2)</sup>、それも次に見る一九五二年経営組織法の制定と共に効力を失った。



(1) なお、戦時体制下における罰金に関する命令(前掲三、注(11)参照)は、一九五〇年の告示によって正式に廃止されたが、実際にはそれ以前に戦時的色彩の強い命令として既にその効力を失っていた。

(2) たとえば、一九四九年ブレーメン州経営協議会法は次のような規定を含んでいた。

第三三条 社会的問題に関する経営協議会の任務

A 私的経営 社会的問題に関する経営協議会の共同決定権は、私的経営においては特に以下の事項に及ぶものとする。  
(中略)

10 既存の、もしくは今後制定される就業規則に定められる限りにおいて、秩序罰の行使(第三四条第二項)について使用者と共に決定すること。

(以下略)

第三四条 就業規則

(1) すべての経営において、使用者と経営協議会は就業規則を協定しなければならない。(以下略)

(2) 就業規則中に秩序罰の確定の権利を定めるときは、秩序罰の種類、額、取立および使途に関する規定を就業規則に置かなければならない。(以下略)

このほか、バーデン、バイエルン、ビュルテンベルク・ホーエンツォレルンの諸州においても、経営協議会法中に経営罰に関する規定が置かれていた。

2 経営組織法の制定とその内容

経営組織法(Betriebsverfassungsgesetz)は、一九二〇年経営協議会法に代わる労働者の経営参加に関する基本法として一九五二年一月一日に制定された。同法は、常時五人以上の労働者を雇用する経営に従業員代表組織である経営協議会(Betriebsrat)の設置を義務づけ(第八条)現行一九七二年法第一条(以下同じ)、使用者との間に経営とそ

の労働者の福祉のための相互の協力を義務づける（第四九条<sup>(1)</sup>第一条第二項）と共に、経営協議会に対して協力権（Mitwirkungrecht）および共同決定権（Mitbestimmungsrecht）を認めた。<sup>(2)</sup> 具体的には、経営協定（Betriebsvereinbarung）の締結をはじめとして、社会的事項（soziale Angelegenheiten）、人事事項（personelle Angelegenheiten）、経済的事項（wirtschaftliche Angelegenheiten）のそれぞれについて詳細な内容が定められている。

ところが、この経営組織法は、かつての経営協議会法第八〇条のような経営罰に直接かわる規定を一切定めてはおらず、また、既に廃止された営業法第一三四条<sup>b</sup>以下のような経営罰規制に関する定めも取り入れられなかった。それにもかかわらず、その後の西ドイツにおける経営罰法理は、もっぱら次のような経営協議会の社会的事項についての義務的共同決定を定める経営組織法第五六条第一項(f)号の問題として理解され、論じられている。

第五六条 経営協議会は、法律上または協約上の定めが存在しない限り、以下の事項について共同決定しなければならない。

(a) (e) (略)

(f) 経営の秩序および経営内における労働者の行動の問題。

(g), (h) (略)

(2) 上記の問題について合意が得られないときは、第五〇条第三項<sup>(3)</sup>による規程が存在しない限り、調整委員会<sup>(4)</sup>（Einigungsstelle）が拘束力をもって決定する。<sup>(5)</sup>

（一九五二年経営組織法は一九七二年に改正され、右の第五六条は新法では第八七条となり、第一項の内容が拡張・整理されたほか、旧第五六条第一項(f)号は、新法では第八七条第一項第一号となった。更に第二項は「第一項の事項に関する同意が成立しないときは、調整委員会が決定する。調整委員会の決定は、使用者と経営協議会との合意に代るものとする。」<sup>(6)</sup>と修正された。）

経営罰が右経営組織法第五六条第一項(f)号<sup>(7)</sup>第八七条第一項第一号の問題として論じられたことの理由や意義に関

しては後に改めて触れるが、ここで特に注目しておきたいのは経営組織法の立法に至る経緯である。実は、一九五二年経営組織法の政府提案にかかる立法草案には、経営罰に関して次のような明文規定が含まれていたのである。

草案第六一条 使用者と経営協議会は、経営協定 (Betriebsatzung) <sup>(7)</sup> によって以下の事項を規律する。

(a)、(b) (略)

(c) 告知期間を置かずに労働関係の解約告知をなす事由の合意が許され、それが法定の事由を越える限りにおいて、その事由。  
(d) 経営罰 (Betriebsbuße) が許される方法で合意される限りにおいて、その種類、額、行使、取立ておよび使途。

この立法草案第六一条はその後の審議過程で削除されたが、そのことは、経営罰の法的許容性そのものを否定する趣旨から出たものではなく、それを経営組織法によって特別に取扱う必要はないとの理由に基づくものであった。審議にあたった労働経済委員会労働分会の委員も、一致して右規定の削除によって経営協定中に経営罰の問題を定める可能性はなくなるとの見解をとっていたのである<sup>(8)</sup>。

なお、一九五二年経営組織法は、その後一九七二年に全面的に改正された。この改正によって、労働組合の法的地位・権限の強化、従業員代表組織の拡大のほか、共同決定権の内容の大幅な拡充がなされたのである<sup>(9)</sup>が、経営罰に関しては何らの修正もなされなかった。経営罰に関する法律上の規制が存在しないという状態は、従って現在も変わっていない。

(1) 経営協議会は、経営内における従業員代表組織として、経営外の職業的代表としての労働組合と区別され、労働争議 (第四九条第二項) 第七四条第二項) と政治活動 (第五一条) 第七四条第二項) が禁止される。また、使用者と経営協議会は、相互の協力が要請されるほかに、一般的任務として経営における従業員の平等取扱の監視が義務づけられ (第五一条) 第七五条第一項)、更に一九七二年の新法は、経営に雇用される労働者の人格の自由な展開をその対象に加えた (第七五条第二項、基本法第二一条第一項参照)。

- (2) 「協力」とは、報告、意見の聴取、諮問などの上位概念であり、労使間の意見の一致が要請されないのに対し、「共同決定」の場合は、使用者は経営協議会の同意を得た場合にのみ当該事項をなしうることに、および両者の意見が一致しないときは調整委員会（注（4）参照）または労働裁判所により合意にかわる決定がなされること、において異なる。その意味で、後者は「必要のない強制共同決定 (notwendige oder zwingende Mitbestimmung)」とも呼ばれる (Solner, Alfred, *Arbeitsrecht*, 7. Aufl., S. 155, 159)。
- (3) 第五〇条第三項 調整委員会は、労使双方がその活動を申請し、または双方がそれに同意している場合にのみ活動する。その決定は、双方があらかじめその決定に委ね、または事後に承認する場合にのみ拘束力を有する。
- (4) 調整委員会は、使用者および経営協議会のそれぞれにより任命された同数の陪席委員と、労使の同意による中立の議長一名から成る。議長の人選について意見が一致しないときは、労働裁判所が決定する（第五〇条第一項、第七六条第一、二項）。
- (5)(6) 旧第五六条第二項および新第八七条第二項は、それぞれの第一項に掲げる事項について同意が成立しないときは、調整委員会がそれにかわる拘束的な決定を行なうとする点に意味がある。それは、調整委員会への付託についての労使間の事前の同意を要せず、当事者の一方の申請によって調整委員会が活動を開始するという趣旨である。仮にその場合に当事者の一方が陪席委員を任命せず、またはその者が出席しないときは、議長と出席した陪席委員によって決定がなされることにならぬ（第五〇条第四項、第七六条第五項）。
- (7) 立法草案では使用者と経営協議会との間の経営協定について *Betriebsatzung* の語を用いていたが、審議の過程において *Betriebsvereinbarung* に変更された。
- (8) Landmann/Lohner, 10 Aufl., Bd. II/2, Vorbemerkung zu §§ 134a-134h Rdz. 86
- (9) 新法については、さしあたり森英良「西ドイツの新経営組織法」日本労働協会雑誌一六八・一七二号（昭四八）、松原直雄「経営組織法」外国の立法一巻六号・一二巻一号（昭和四七・四八）、徳永重良「西ドイツ共同決定制と労働運動の課題」季刊労働法九二号（昭四九）を参照。

## 3 連邦職員代表法

既に指摘したように、連邦の官吏に関する連邦懲戒法は官吏とは區別された公的勤務の労働者<sup>(1)</sup>については適用がなく、これらの者については右の経営組織法に相当するものとして連邦職員代表法(Bundespersonalvertretungsgesetz)が制定されている。本法もまた、公的勤務の労働者に対する勤務罰に関して何らの規定も定めていないわけではないが、以下の検討に必要な限りで、若干の内容に言及しておく。

同法は、連邦および連邦直轄の社団、営造物ならびに財団、および連邦裁判所について、被用者(Beschäftigte)——官吏、職員および労務者<sup>(2)</sup>の代表として職員協議会(Personalrat)を置くこととし、勤務庁(Dienststelle)に対する一定の協力権および共同決定権を認めている。同法は一九五五年に制定され、一九七四年に全面的な改正がなされたが、ここでの問題との関連では特に次の点が重要である。

まず旧法では、第六六条第一項が「勤務庁における秩序および被用者の行動の規制」(第七号)について、職員協議会が協力(Mitwirken)すべきものと定めた。つまりこの点では、経営組織法における「共同決定」とは異なり、単に「協力」が要請されていたにすぎない<sup>(2)</sup>。また、経営協定に相当する勤務協定(Dienstvereinbarung)について、同法は経営組織法とは異なり同法が明文上認める場合にのみ締結しようとした(第六四条第一項)が、社会的事項について勤務協定の対象事項を定める第六七条では、勤務罰はもとより右第六六条という秩序等の問題もその内容として定められてはいなかった。

しかし一九七四年の新法では、第七五条は「勤務庁における秩序および被用者の行動の規制」(第三項第一五号)を勤務協定の締結により共同決定をなすべきものとして旧法を改正した。これによって、職員代表法が適用される公的勤務の労働者も、勤務罰に関しては、法文上は経営組織法適用の労働者と内容的に全く同一の状態に置かれることに

なったのである。(2)

(1) 西ドイツにおいては、わが国の公務員概念とは異なり、官吏と公的勤務の労働者とは明確に区別され、前者が公法的権力関係であるのに対し、後者は基本的には労働契約に基づく私法的関係とされている (Vgl. Hueck/Nippurday, 7. Aufl., Bd. 1, S. 80ff.)。そしてこれらの者についても通常の労働者と同様の労働法制および労働法理が妥当し、そのことは経営罰(公的勤務の労働者の場合は特に勤務罰 Dienststrafe od. -buße と呼ばれる)についてもあてはまると解されている (Söllner, Alfred, Anmerkung zu BAG Urt. v. 25. 2. 1966, JZ 1966 S. 804)。

(2) 「協力」と「共同決定」の違いについては前掲2注(2)参照。ただし、職員代表法では、共同決定事項についての合意が得られない場合の手続が経営組織法とは異なっている。その場合には、当該事案はまず上級代表機関の存する上位の勤務庁に提出され、それでも合意がなされないときにはじめて、労使それぞれ三名の陪席者と労使の合意による中立の議長一名による調整委員会が決定を行なう。中立の議長についての合意が成立しない場合にそれを決定するのは連邦行政裁判所である (旧法第六二、六三条、一九七四年法第六九、七一条)。

(3) ただし、官吏の懲戒については連邦懲戒法が特別の要件、手続等を定めていることから、職員協議会による共同決定権は及ばず、第七八条第一項第三号による「公務員に対する正式の懲戒手続の開始」についての協力権だけが認められると解される (Vgl. Dietz/Richardt, BPersVG, S. 1119, 1202ff.)。

## 二 一九六五年以前の理論状況

### 1 概説

右に見たように、戦後の西ドイツにおいては、一時期の州法による規定を除き、経営罰を直接的に根拠づける法規定はもちろん、戦前の営業法などのように、少なくとも間接的にその行使を認容するような法規規定すら存在しないことになった。ここにおいて、経営罰は改めてその一般的な法的許容性の如何を問われざるをえないこととなったわけ

である。しかし戦後西ドイツの学説・判例は、この点に関してほぼ一貫してそれを肯定するという立場をとった。<sup>(1)</sup>むしろそこでは、経営罰の一般的な法的許容性は当然の前提とされ、その上に経営罰の法的性質、要件、限界、手続等の問題が論じられたのである。

戦後の連合国支配下において国民労働秩序法をはじめとするナチ労働法制は全面的に否定され、戦後西ドイツの労働法学は、ワイマール時代の成果を前提としつつそれを拡大することによって、民主的で、社会的正義と社会的自主決定の要請に基づいた、現代労働法の形成を志向した。<sup>(2)</sup>しかしこのことは、経営罰理論に関する限り、単純にナチス時代の理論を否定し、ワイマール時代のそれへと回帰したことを意味しない。むしろ、ナチス時代の理論とは一線を画しながらも、実質的にはそれを修正する形で、経営罰を違約罰とは区別された秩序罰として据える見解が多数を占めたのであって、それをあくまで違約罰と解するかつてのワイマール時代における多数説たる契約説は、再びその多数説としての地位を回復するには至らなかった。<sup>(3)</sup>

(1) 経営罰を否定する見解としては、Bühlig, Erich, *Handbuch der Betriebsverfassungsgesetz*, Köln 1953, S. 290 (ただし具体的な理由は示されていない)のほか、後に検討するシューマンがあるのみである。

(2) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. I, S. 22

(3) ただし、特に近年、再び経営罰を契約によって捉える見解の数が増し、有力となりつつあることについては後に述べるとおりである。

## 2 経営罰の法的性質・根拠に関する主要な見解

### (1) 契約説

戦後間もなくのこの時期において、ナチス労働法体制の崩壊とそれによる公法的権力関係としての労働関係の否定を前提とし、ナチス以前の理解に立ち還るべきことを主張する見解としてモリートルがあつた。<sup>(1)</sup>彼は、

労使を対等なものとして捉える現在の法体制の下においては、もはや使用者の公法的処罰権を維持しうる余地はなく、経営罰は、労働者の自由意思による経営罰への服従として、労働契約（およびその内容を定める経営規則並びに労働協約）によって根拠づけられるほかはないとした。ニッパードイもまた、経営罰はもはや法律上明文規定によっては言及されないものの、それが経営における秩序規定の実施に役立つものであることから、それは経営組織法第五六条にいう必要的共同決定の対象であり、法的には「経営協定により定められた違約罰」であると解していた。<sup>(2)</sup>

(2) 秩序罰説・団体罰説 これに対して経営罰を秩序罰として捉える見解は、かつての秩序罰説と同様、労働契約上の義務履行の確保とは区別された経営の秩序および安全の維持という経営罰の固有の目的を強調し、それを労働契約とは別個の法的根拠によって基礎づけようとした。<sup>(3)</sup>そしてこのような見解の中には、ナチス時代において高唱された経営協同体思想に基づく経営罰理論をなおも維持しようとするものが見られた。たとえばニキッシュは、使用者の秩序罰権限は労働者の経営協同体への帰属とそれによって基礎づけられる経営秩序への服従にその法的基礎を有するとしていた。<sup>(4)</sup>そこでは、ナチス時代における経営協同体思想に基づく経営罰理論が、ほぼそのままの形で維持されていると言いつるであろう。

次にフックは、<sup>(5)</sup>労働契約の履行確保と損害賠償額の確定のための個別的違約罰と、経営の秩序および安全の維持のための秩序罰とを明確に区別し、後者は経営協同体の自治からの派生（Ausflug der Selbstverwaltung der Betriebsgemeinschaft）であるとする。しかしここでは、それを公法的な強制権として捉えるナチス時代の理解は否定され、むしろ経営協同体の「自治」が強調されることによって、経営罰と一般の団体における団体罰（Vereinsstrafe）との共通性が説かれて注目にすべきである。このことは、もちろんナチス的な使用者の一方的処罰権を否定するという意義を有するものであるが、同時に、経営罰に関する明文の法的規制を欠く法状態においてもなお、一般に団



体罰が団体の定款に基づかねばならないと解されることの類推によって、経営罰もまた特別の法的基礎としての経営協定に定められることを要するとの結論を導くための論拠でもあった。

フックのように、必ずしも経営協団体の理念を強調することなく経営罰を団体罰と同質のものとして捉え、むしろそれとの対比において法的に基礎づけようとする試みは、既にそれ以前にもジークの見解に見られるものであった。彼は、団体罰を団体の自治的活動として特徴づけた従来の判例に着目しつつ、団体罰と経営罰は組織的協団体が自ら定めた目的を達成するための手段という点で共通性を有し、その問題処理方法も同一であるべきことを主張したのである。<sup>(7)</sup>ジークがかつて経営協団体思想に基づく経営罰理論の有力な推進者であったことを思えば、そのような試みは、当時の状況の下において、典型的なナチスの性格を帯びた経営協団体の理念は極力抑制しつつ、経営罰を一般的な団体自治との対比によって理論的に再構成するものと評しうるであろう。そしてこのような志向は、やがて次に述べる一九六五年以降のいわゆる「経営内司法」をめぐる論争を通じて理論的深化が図られ、現在の多数説・判例である自主法規説へと展開してゆくこととなる。

- (1) Molitor, Erich, Vereinbarung und Verhängung von Arbeitsstrafen, DB 1951 S. 345
- (2) Hueck/Nipperdey, 6. Aufl., Bd. II, S. 829
- (3) Koch, Jürgen P., Betriebliche Ordnungsstrafen, BB 1954 S. 565; Nikisch, Arthur, *Arbeitsrecht*, Tübingen 1951, S. 420; Sieg, Karl, Gerichtliche Nachprüfung verhängter Betriebsbußen, RdA 1954 S. 361; Dietz, Rolf, *Betriebsverfassungsgesetz*, 1. Aufl., München/Berlin 1953, § 56 Rdz. 34; Galperin, Hans, *Betriebsverfassungsgesetz*, 2. Aufl., Heidelberg 1953, § 56 Rdz. 22; Fitting K./Kraegeloh, W., *Betriebsverfassungsgesetz*, 3. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M. 1953, § 56 Anm. 30
- (4) Nikisch, a. a. O., S. 420; Koch, BB 1954 S. 565f.

- (5) Hueck/Nipperdey, 6. Aufl., Bd. I, S. 227ff., 7. Aufl., Bd. I, S. 260f.
- (6) ただしフックは、使用者と労働者の間には法的に認められた共同体としての経営協同体は存在せず、経営組織法は事実上労働間に存在する利益共同体 (Interessengemeinschaft) を法的にも承認したにすぎないとしてる (Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. I, S. 96)
- (7) Sieg, Rda 1954 S. 361f.
- (8) Sieg, Karl, *Die Buße nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, Diss. Berlin 1936 (前掲第三節三注(5))

### 三 「経営内司法」をめぐる論争

#### 1 「経営内司法」の意義

一九世紀における工場罰制度をめぐる議論に始まり、ワイマール時代、ナチス時代、戦後と論じられてきた経営罰理論は、最近に至り新たな局面を迎えた。その契機となったものが、一九六五年に始まる「経営内司法 (Betriebsjustiz)」をめぐる一連の論争である。この論争は、後に述べるように多様な内容を含むものであったが、その一環として経営罰の法的性格や根拠などをめぐる問題が改めて理論的関心を惹き、活発な議論の対象とされたのである。まずこの「経営内司法」の意義について、予め若干の点を指摘しておこう。

「経営内司法」の概念自体は、既に一九五〇年代半ばの東ドイツにおいて、経営内犯罪行為の経営内処理の問題、とりわけ経営内における新たな犯罪処罰制度・手続の導入の是非の問題<sup>(1)</sup>をめぐって用いられていたものであるが、西ドイツでは一般に一九六五年以降頻繁に用いられるようになったものであり、しかもその意味や内容も多様であって、必ずしも統一的認識が存在するとは言い難い。たとえば狭義の「経営内司法」としては、「経済的企業において見ら

れるところの、企業が労働者の一定の行為規則違反に対して制裁ないし刑罰類似の措置を科す制度であって、常にはないがしばしば裁判類似の手續をふむもの」というツェルナーの定義にも示されるごとく、労働者に対する経営内制裁制度を指すものとして用いられている。これに対して広義では、経営内で生じた紛争や犯罪行為を公的機関（裁判所や警察当局など）から独立して、むしろそれを排除することによって、経営内において処理すること、およびそのための経営内のすべての管理・規制措置を意味するものとされている。従ってこの意味での「経営内司法」は、①右の狭義の「経営内司法」のほか、②経営内で生じた職制と労働者間、あるいは労働者相互間において生じた紛争を裁判所に持ち込ませず、経営管理者が事実上（たとえば解雇の威嚇によって）拘束的な調整機能を果たすこと、更には③経営の利益擁護のための種々の規制・管理措置、たとえば門戸管理や工場警備、あるいは経営の利益を害する第三者に対する自救措置（万引に対する制裁措置など）を含む、非常に広範な内容のものである<sup>(3)</sup>。

このように「経営内司法」とは、「司法（Justiz）」の語を含むにもかかわらず、必ずしも裁判に類似した制度・機関の存在を前提とするものではなく、国家の裁判制度、特に刑事司法との直接的な関連性もない。むしろ実質的にはそのような国家机关の関与を排除しつつ、あくまで経営内において処理される種々の強権的な管理・規制措置を意味するものであり、そのため、「経営内司法」とはその実際の内容を考慮すればむしろ「行政（Verwaltung）」に近く、用語としては甚だ適切さを欠くとの指摘<sup>(4)</sup>も見られる。

(1) Schulze, Willi, Neue Maßstäbe, *Neue Justiz* 1956 S. 645; Kitzsch, Heinz, Soll die Betriebsjustiz gefördert werden?, *Neue Justiz* 1956 S. 728; Laim, Ernst, Problem der "Betriebsjustiz", *Neue Justiz* 1957 S. 38; Görner, Kurt, Betriebsjustiz—ja oder nein?, *Neue Justiz* 1957 S. 111

(2) Zöllner, ZfP 1970 S. 365

(3) Reuß, Wilhelm, Betriebsjustiz und Demokratisierung der Gesellschaft, in: *Demokratie und Verwaltung*, Berlin 1972, S. 519

(4) Herbst, Fritz, *Betrieblichen Ordnungsstrafen*, BB 1965 S. 419

## 2 論争の発端

このような「経営内司法」の問題が西ドイツにおいて法的関心の対象とされ、活発な論争を惹起するに至った背景には、主として次のような二つの事情があった。

一つは、経営内で生じた犯罪行為が、司法当局に告発されないまま経営内において処理されていることが、私的裁判 (Privatjustiz) の問題としてマスコミで取り上げられ、連邦議会でも質義の対象とされたことである。ここでは、犯罪行為が経営内で処理されることと国家の裁判権独占の原則 (基本法第九二条) との関係、あるいはそれによって関係者が正式な司法手続への道を閉ざされ、通常の法的手続の保障が得られないことなどが問題とされていた。

いま一つは、労働者間の紛争に対する使用者の調停的介入に関する連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht) ——以下では BAG として表示する) の一九六四年五月一四日の一判決<sup>(3)</sup>である。この判決において BAG は、使用者は労働者に経営の平穩を害するような紛争が生じないことについて正当な利益を有し、そのような紛争が生じた場合にはそれに対して調停のために介入することは正当であるとし、しかも使用者が十分な熟慮に基づいて労働者双方に受け容れられると思料した提案をしたときは、たとえその受諾を拒んで訴訟手続に訴えた労働者を解雇しても、その解雇は良俗違反ではないとした。また、労働者はそのような場合に訴訟手続に訴えることは自由であるが、それは自己の責任においてなすべきものであり、そのことによって生ずる結果を甘受しなければならぬとも述べ、結局当該解雇

を有効なものとした。

この判決に対しては、直ちに学説からの批判が加えられた。たとえばニキッシュ<sup>(4)</sup>は、そのようなBAGの態度は、社会的・経済的な力を背景として、自己中心的にかつ容赦なく労働者の人格を無視し、傲慢にも国の裁判所に代る「自家裁判 (Hausjustiz)」を行なおうとする企業家の態度を何ら咎めず、かえってそのような優勢な力に屈しようとしな<sup>(5)</sup>い労働者による人格的価値の保護の要求を抑圧するものであるとの批判を加えている。アーンント<sup>(5)</sup>もまた、労働者の紛争に対して和解を強制するために圧力を加えることは、経営の利己主義に基づくものであって良俗違反であるだけでなく、仮にそれを仲裁契約 (Schiedsvertrag) によって捉えるにしても、それは一方当事者がその経済的・社会的優位をその締結強要のため利用するものとして無効であること (独民訴法一〇二五条) を指摘する。そして、BAGは違法な「経営内司法 (Betriebsjustiz)」と合法的な秩序維持のための措置の間に境界線を引くことを怠ったものであり、人格的名誉の保障や、解雇という不利益処分からの権利擁護のために裁判所への提訴の道を開く国家が、自らその任務を放棄してしまったと批判している。その際アーンントは、特に経営内裁判権 (Betriebsgerichtsbarkeit) をめぐって、経営内での刑罰類似の措置を定める経営規則の妥当性についても問題を提起していた。それは、基本法上の国家による裁判権の独占の原則 (第九二条) との関連において、またその私的刑事裁判としての性格の故に、基本法上の刑事罰をめぐる保障規定 (第一〇三条第二項、第一〇四条) との関連においても、疑問を伴うもののだとい<sup>(7)</sup>うのである。

このような事情に端を発した「経営内司法」をめぐる問題は、その後それに関連した法分科における活発な論争を惹起し、多くの文献を輩出することになった。中でも大きな関心と呼んだものが、第一に「経営内司法」の合憲性問題、第二に経営内犯罪に関する刑事政策的問題、第三に経営内制裁制度をめぐる労働法的问题であった。

- (1) Vgl. Herschel, S. 7
- (2) Vgl. RdA 1965 S. 204, 291 また、ノルトライン・ヴェストファーレン州でも同様の質議がなされてきた。Vgl. RdA 1965 S. 17f.
- (3) BAG-Urt. v. 14. 5. 1964, Bd. 16 S. 21 (AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung) この事件の事実関係は次のようなものであった。原告労働者(X)は、訴外労働者Aが技術管理部の会議の席上、以前Xが働いていた会社でのXの不名誉な行為を暴露した事実を知り、Aに対してその取消と釈明を求めるとともに侮辱罪によりAを告訴した。これに対して被告会社(Y)は仲介を試み、釈明の草案を両者に提示したが、Aは受諾したもののXはそれを拒み、かえってAを相手として発言の取消と損害賠償を求める民事訴訟を提起した。その後同事件の証拠調の直前にYはXに対して停職の措置を言渡し、更にXが労働関係の合意解約および自発的退職についてのYの申入を拒否したため、Xを解雇したというものである。
- (4) Nilsch, Arthur, Arbeitsverhältnis und Gerichtsschutz, NJW 1964 S. 2387ff.
- (5) Arndt, Adolf, Private Betriebs-„Justiz“, NJW 1965 S. 26 ff.
- (6) このようにアレントは「経営内司法」をはじめから違法なものとして、合法的な秩序措置と区別するのであって、この後の一般的な用語法とは異なっている。このことから、「経営内司法」の意味が必ずしも確定的ものではないことが窺われるであろう。
- (7) Arndt, NJW 1965 S. 27

### 3 論争の展開

(1) 「経営内司法」と基本法上の諸原則 「経営内司法」をめぐる論争はまず、その合憲性の問題に対して向けられた。右に見たアレントによる経営内裁判権についての問題提起は、程なくしてパウアによって展開され、「経営内司法」の原則的な違憲性が主張されるに至った。<sup>(1)</sup>

パウアはまず「裁判権は裁判官に委ねられる」と定める基本法第九二条について、それは単に国家に対してのみ向けられたものではなく、たとえ事実的なものであっても、裁判の機能を行使しようとするすべての者に対して向けられた、包括的な裁判権の独占を内容とするものと解している。その理由は、既に私人が事実上拘束的な決定をしてしまったために、その行使が不可能であるような裁判権の独占を国家に承認することは無意味だからという点にある。従って、経営内における犯罪行為あるいは秩序違反行為に対して行使される経営内裁判権は、原則として法的に許容されない。ただしパウアは、憲法制定権者はその例外として二つのことを認めているという。一つは民事訴訟法第一〇二五条以下の私的仲裁裁判であり、いま一つは民法第三三九条以下の違約罰である。しかし前者については、労働裁判所法第一〇一条により労働事件への適用は否定されており、和解の提案が許されるにすぎないから、結局違約罰だけが経営内裁判権の唯一可能な方法であるとしている。

このようにパウアは、「経営内司法」の問題を経営における私的裁判権の問題として捉え、基本法上の原則を根拠にその原則的違憲性を主張したが、彼の見解は一部の学説の支持を得たものの、<sup>(2)</sup>その後の論争の中で多くの批判を受けることになった。たとえば、基本法第九二条はあくまで組織規範であり、国家における裁判権の帰属を確認したものにすぎないこと、パウアのいう「裁判」の概念が曖昧であり、経営内での裁判機能はむしろ「行政」に近いものであること、経営内での処理も最終的には裁判所の審査の可能性を閉ざされていないのであるから、それによって国家の裁判権の独占は害されないこと、更に、すべての犯罪行為を告発すべき義務は存在しないから、それがなされないことをもって人権保護や平等原則に反するとはいえないこと、などの点がパウアに対する反論として指摘された。<sup>(3)</sup>とはいえ、パウアによって提起された「経営内司法」の合法性についての疑問、ないしはそれにまつわる否定的要素が、その後の「経営内司法」をめぐる論争における基本的な問題意識を喚起することになったことも確かである。

(2) 刑事政策的問題関心 経営において発生した犯罪行為が、当局に告発されずに経営内で処理されることをめぐる刑事政策的問題もまた、「経営内司法」の標題の下にさかんに論じられた。それはたとえば、捜査当局に知られない犯罪領域の問題（いわゆる Dunkelzaid の問題）として、あるいは犯罪行為を犯した者が十分な法的保障を与えられる機会を失ったまま、経営ごとと異なった基準・手続によって処分されることと人権保障・平等原則の関係の問題として、更には軽微犯罪 (Bagatelldelikt) の問題の一環として、多くの関心を惹いたものであった。

この点についての具体的成果としては、たとえば、「経営内司法」について通常の刑事手続とは別個の特別制度を導入し、それによって経営内犯罪の統一的処理と手続的保障を実現しようとする立法の提案や、経営内の犯罪行為や秩序違反行為の発生・処理を中心としたマックス・プランク研究所の研究グループによる実態調査を挙げることができ<sup>(3)</sup>る。また、次に述べる労働法の問題関心とも関連して、経営における警備・制裁制度についての刑法・刑事訴訟法上の実体的・手続的原則に基づく評価やその観点からのアプローチの試みなども、新たになされることになった<sup>(4)</sup>。

(3) 経営罰をめぐる労働法的関心 「経営内司法」をめぐる労働法上の問題関心は、とりわけ狭義の「経営内司法」すなわち経営内の労働者を対象とした制裁制度の法的評価に向けられた。しかもそれは、そのような制度の法的根拠の問題として論じられ、実際には従来<sup>(5)</sup>の経営罰をめぐる法的議論の再燃という形で展開された。更に一連の論争の中では、単にそれにとどまらず、経営罰の手続上の要件や原則、裁判所による審査権の有無・範囲など、それまで必ずしも十分には論じられてこなかった問題にも理論的関心が広げられ、議論の対象とされた。その際、経営罰に関する主要な問題について BAG はじめて明確な態度を示す判決を下したことも、学説の理論的関心を刺激することに役立ったものと思われる。いづれにせよ、この論争を通じて、西ドイツにおける経営罰法理には新たな理論的深化がもたらされ、その特色が一層鮮明に現われるとともに、それが抱える問題点も少なからず明らかになった。



「経営内司法」をめぐる論争は一九七〇年代の前半ではほぼ終息し、少なくとも経営罰をめぐる労働法的議論に関する限り、今後全く新たな展開を示す可能性は大きくない。そこで以下では、章を改めて、これまでの論争を通じて形成されたいわば現代の西ドイツにおける経営罰理論について検討を加えることにしたい。その場合に特に留意したいのは、現在の経営罰法理それ自体の内容や論理構造もさることながら、これまで検討してきた従来の経営罰理論がいかに継受ないし克服され、もしくはいかに新たな展開がもたらされたかという点である。それによって、今回の一連の論争において経営罰が改めて議論の対象とされたことの意義も、自ずから明らかとなるであろう。

- (1) Baur, Fritz, Betriebsjustiz, JZ 1965 S. 163ff.
- (2) Lederer, Herbert, Betriebsjustiz — etwas außerhalb der Legalität? *GewMH* 1965 S. 215f.; ders., Nochmals: Betriebsjustiz, *GewMH* 1966 S. 629ff. 彼は特に刑事犯罪の経営内司法による処理について、それが、国家の刑事訴追の利益を排除すること(檢察官はその事実を知らされない)、刑事手続のような厳格さや公正さに欠け、被疑者にとって不安定なものであること、判断者の公平さや中立性も疑問であることなどを理由に、その憲法上の正当性を否定している。
- (3) Kionanfol, Diethelm, Betriebskriminalität und Betriebsstrafe, JZ 1965 S. 602f.; Kaiser, Eberhard, Die sogenannte Betriebsjustiz im Licht der staatliche Rechtsplege, BB 1966 S. 1109; Zöllner, ZRP 1970 S. 380 f. u. a. の Grundsatzエッセイは、既に私人が事実上の決定をってしまったために全く行使しえないような裁判権の独占を国家に認めても無意味だとする点では、ウアに賛成するが、それは基本法第九二条よりも私法上の原則規定によるべきだとしている。
- (4) Arzt G./Eser A., u. a., *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*, Recht und Staat, Hoff 447/448, Tübingen 1974; Vgl. Piarr, Heide M., Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz, Kritische Bemerkungen aus arbeitsrechtlicher Sicht, ZRP 1976 S. 233; Kuhlmann, Goetz-Joachim, Betriebsjustiz, JZ 1976 S. 537; ders., Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz, DB 1979 S. 100
- (5) Kaiser/Metzger-Pregizer, *Betriebsjustiz*, Berlin 1976 45ff. の調査の途中経過・報告については、次のような文献が

榮業(1971) Kaiser, Günther, Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut, ZStW Bd. 83 (1971) S. 1093; Fests. Johannes, Tagungsbericht, Bericht über das Kolloquium 'Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut', ZStW Bd. 83 (1971) S. 1131; ders., Betriebsjustiz: Organisation, Anzeigebereitschaft und Sanktionsverhalten der formellen betrieblichen Sanktionsorgane, ZStW Bd. 85 (1973) S. 1125; Metzger-Pregizer, Gerhard, Tagungsbericht, Bericht über das Kolloquium 'Betriebsjustiz', ZStW Vd. 85 (1973) S. 1154; ders., Betriebsjustiz und Betriebskriminalität, ZRP 1974 S. 176

(9) Kaiser, Eberhard, Bedeutung strafprozessualer Grundsätze für Werkenschutz und Betriebsgerichte, BB 1967 S. 1295; Vogler, Thes., Betriebsjustiz und Strafrechtspflege, in: Kaiser/Metzger-Pregizer, S. 356ff.

(10) BAG Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79 (AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Betriebsbuße) の評決については後述詳しに触れる。

### 第三章 西ドイツにおける経営罰法理の現状と内容

#### 第一節 経営罰の基礎的法理構成

##### 一 序説

「経営内司法」をめぐる一連の論争は、労働法の領域においては経営罰法理の再論という形で展開された。その結果、経営罰の法的性質・根拠に関して新たに自主法規説が形成され、多数説・判例としての地位を占めるに至ったほか、有力な批判的見解も少なからず提起されている。

経営罰の本質が違約罰か秩序罰かという古くからの問題は、今回の論争においても主要な争点の一つであった。前章において見たように、この点についてワイマール時代の多数説・判例はそれを違約罰と解し、その根拠を契約に求めたのに対し、ナチス時代には逆に秩序罰と捉える見解が優勢となり、しかもそれが指導者原理および経営協団体思想を基礎として根拠づけられた。経営罰を違約罰とは異なる一種の秩序罰と解することは、基本的には現在の多数説・判例によって引き継がれている。しかし現在ではもはや、経営罰の法的根拠は、かつてのナチス時代の理論のごとく経営協団体の本質やそれへの帰属・服従の直接的効果としては説明されない。むしろ現在の多数説は、経営を一種の自治的団体として捉え、そこでの集団的自治権能からの派生として経営罰を法的に基礎づけようとしている。そして経営罰の行使は、経営における自治的法制定権能によって制定される経営の自主法規 (Satzung) たる経営協定に基づくことを要すると解されている。このように、第一に経営罰の秩序罰ないしは自主法規 (Satzungsstrafe) としての把握、第二に経営自治による経営罰の法的基礎づけ、第三に自主法規としての経営協定による経営罰規定の存在の要求という諸点において共通する見解が、一般に自主法規説と総称され、現在の多数説・判例を形成しているわけである。ただし同じく自主法規説といってもその具体的内容は単一のものではなく、特に右の第二点については実に多様な理論構成が提唱されていることは、後に見るとおりである。

次に、今回の論争の過程においては、多数説・判例に対する批判の上に、いくつかの独自の見解が現われた。その中で特に注目されるのは、基本的には経営罰を秩序罰として捉えながら、経営協定をあくまで契約の性格を有する集団的協定であるとし、経営罰をそれに基づく特殊な法制度として理解する見解 (ここでは仮に集団的協定説と呼んでおく)<sup>(1)</sup>、および経営組織法により間接的に認められた付随権限 (Annexkompetenz) によって経営罰を根拠づけようとする見解 (新授權説と呼びうるであろう) などである。しかし、多数説・判例に対する批判的見解としては、やはり

契約説に注目しなければならぬ。経営罰を違約罰として捉える契約説は、一時は少数説として位置づけられたが、その後も有力に主張され、最近では次第にその数を増しているようにも見える。更に一部には、基本的には契約説の立場に立ちながらも契約法理に基づいて経営罰を積極的に限定づけようとする見解、あるいは徹底した「二重の危険」の排除により実質的に経営罰の存在を否定する見解も現われている。

以下ではまずこれらの経営罰の基礎的法理構成をめぐる諸説について、順次その内容と問題点を検討する。

- (1) この見解は、後に見るように、経営罰が慣習法により認められたものであることを強調することからは、慣習法説と呼ぶるかも知れない。しかし、慣習法は多数説の立場からいけば補助的論拠として持ち出されることが多く、それらを一括して慣習法説と呼ぶことは正確さを欠くことにもなるので、ここでは多数説と区別する意味で集团的協定説と呼ぶことにした。
- (2) この見解はその内容において必ずしも一貫しないものがあり、本文中で詳しく検討することはしない。その要旨については、後掲二3の注(10)で簡単に紹介しておいた。

## 二 自主法規説

### 1 経営罰の法的性質——秩序罰ないし自主法規罰としての理解

自主法規説<sup>(1)</sup>は、その理論的基礎として、経営が契約に基づくことを否定し、それを秩序罰ないしは経営の自主法規に基づくという意味での自主法規罰たる本質<sup>(2)</sup>を有する独自の制裁であるとす。その理由はおよそ以下の諸点にある<sup>(3)</sup>。

第一に、それらの目的の違いである。違約罰が債務者に対して契約上の義務履行を強制し、同時に損害額や責任の立証を免除することにより債権者の損害賠償請求権を確保することを目的とするのに対し、経営罰は経営の秩序や安全の確保を目的とするものであって、使用者に生じた損害の填補を目的とするものではなく、また具体的な損害の発生いかんにもかかわらない。むしろ経営罰は、違約罰とは異なり、贖罪、報復などの目的を伴う真正の刑罰(cointe

(4) Strafe)である。第二に、違約罰は債務者の責任を要件としないのに対し、経営罰は一種の刑罰であることから、その対象となる労働者が有責であることを前提とする。第三として、違約罰は債務者の義務違反という要件の充足によって当然に発生する(5) (verwirken)のに対し、経営罰はその要件を確定し、科す(vorhängen)という特別の手続が必要である。第四に、経営罰と違約罰は金銭その他の給付(独民法第三四二条)に限られるのに対し、経営罰はそれに限られない(戒告、譴責など)。第五に、違約罰としての給付が使用者に帰属するのに対し、金銭による経営罰(制裁金)は使用者に帰属してはならない(6)(7)。

このように、経営罰が違約罰とその本質を異にすることの根拠としてあげられるもの多くは、既にワイマール時代あるいはそれ以前の秩序罰説によって主張されていたことの繰り返しであり、特にワイマール時代の契約説によってなされた反論を考慮することなくそれをそのまま維持していることは、むしろ奇異にも感じられるが、ここではこの点には立ち入らない(8)。自主法規説が経営罰を秩序罰ないしは自主法規罰として把握することの意義は、あくまでそれによって経営罰を契約から切り離し、それを契約とは別個の独自の法的構成によって根拠づけるための立論の基礎とすることにあると思われるからである。

(1) 「経営内司法」をめぐる論争の中で自主法規説の立場に立つと思われる主要な学説には、次のようなものがあった。このうちの幾つかは次項以下で具体的内容を検証する。Fitting K./Auffarth F./Kaiser H., *Betriebsverfassungsgesetz*, 10. Aufl., München 1972, § 87 Rdn. 18; Galpern, Hans, *Betriebsjurist*, ihre Zulässigkeit, ihre Grenzen, BB 1970 S. 933; Harbock, Wolf Dieter, *Materiale Grundlagen der betrieblichen Strafbelugnis*, AnR 1971 S. 173; Herschel, Wilhelm, *Betriebsnussen*, Köln/Berlin/Bonn/München 1967; Hueck/Nippendey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1375ff.; Isale, Hellmut Georg, *Urteilsanmerkung*, JZ 1968 S. 338; Kienapfel, Diethelm, *Betriebskriminalität und Betriebsstrafe*, JZ 1965 S.

599; Meyer-Cording, Ulrich, Betriebsstrafe und Verensstrafe im Rechtsstaat, NJW 1966 S. 255; Neumann, Dirk, Die Rechtsgrundlage von Betriebsstrafenordnung, RDA 1968 S. 250; Reuß, Wilhelm, Betriebsjustiz und Demokratisierung der Gesellschaft, in: *Demokratie und Verwaltung, 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften*, Speyer/Berlin 1972, S. 517; Schloschauer, Ursula, Mitbestimmungsfreie Abmahnung und mitbestimmungspflichtige Betriebsbuße, DB 1975 S. 254

「は、必し、経営者に対する制裁としての経営罰を秩序罰として捉え、経営協定または労働協約に定められた法的根拠を認めざるを得ない。次に、その根拠として、次のようなものがある。Amelnxen, Clemens, Ordnungstrafen im Betrieb, *Arbeitsgeber* 1966 S. 716; Dietz, Rolf, *Betriebsverfassungsgesetz*, 4. Aufl., München/Berlin 1967 S. 700; Fabricius, F./Kraft, A./Thiele, W./Wiase, G., *Betriebsverfassungsgesetz*, Neubied/Berlin 1974, § 87 Rdz. 63; Franzheim, Horst, *Werkchutzrecht*, Köln 1966, S. 51f.; Herbst, Fritz, Die betrieblichen Ordnungsstrafen, BB 1965 S. 419; Nikisch, Arthur, *Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Bd. III, Tübingen 1966, S. 417; Brecht, Hans-Theo, *Betriebsverfassungsgesetz*, Herne/Berlin 1972, S. 423

(2) 経営罰を単に秩序罰とする見解と自主法規罰と捉える見解とは、厳密に言えばその法的根拠の理論構成の点で必ずしも同一ではなからのであるが、少なくともその機能や目的についての理解、およびそれが契約によっては根拠づけえないとする点では共通である。

(3) Herbst, BB 1965 S. 420; Herschel, S. 22f.; Harbeck, AuR 1973 S. 173f.; Nikisch, Bd. III S. 417

(4) Herschel, S. 22

(5) 違約金の額が債権者や第三者によって決定される場合も、それは要件の充足により当然に生じた違約金の額を後に確定する(独民法第三一五条以下参照)ものにつきなからう( Herschel, S. 24)。

(6) この点に関して、旧営業法第一三四条b第二項の規定は、慣習法的に制裁金の使途を規制するとも解されている(Vgl. Herbst, BB 1965 S. 420)。

(7) このほか、民法第三三九条以下の適用の有無、経営協議会の関与の要否、などの違いが指摘されているが (Herbst, BB 1965 S. 420)、それは経営罰と違約罰の区別の論拠というよりは、むしろ区別の結果であろう。

(8) 多数説が違約罰を不当に狭く解していることに對する批判については、後述の契約説に関する検討の項を参照。

## 2 経営罰の法的根拠——経営自治による基礎づけ

(1) 序説 以上のように経営罰を違約罰とは異なる本質を有する秩序罰ないし自主法規罰として捉える自主法規説は、経営罰の法的根拠として経営自治を措定する。経営罰は、経営における使用者と経営協議会の自治的法制定・秩序形成機能に基づく自治的制裁とされるのである。秩序罰としての経営罰について、かつてのナチス的な経営協同体理論に依拠することなく、むしろ経営の自治それ自体によって根拠づけようとする試みが、既に戦後初期の段階において存在していたことは前章において指摘した。自主法規説は、いわばそれを承継し、理論的に精緻化しようとしたものにはかならない。しかし同時にその具体的内容を見るならば、経営自治の理解や経営罰権限を導出する論理過程などの多くの重要な点で、実に多様な見解が存在し、相互に活発な批判を展開していたことも事実である。そこで以下では、これらの見解のうち特に主要な学説および B A G 判例を検討することによって、自主法規説による経営罰の法的拠に関する理解の輪郭を抽出することにした<sup>(1)</sup>。

(1) 以下の見解のうち、いずれを捉えて最も典型的な自主法規説と呼びうるかは容易に確定し難い。むしろある論者によれば以下の見解の幾つかは多数説からは除外されているほどである (Schaub, Günter, Betriebsbuden, AR-Blattei D)。しかし少くとも外国研究者としての目から見る限り、現在の西ドイツの経営罰に関する多数説・判例の共通の特色は、まさに経営の自治的団体としての把握とそれに基づく経営罰権限の根拠づけにあるのであって、ここでの分類もあくまでそのような観点からのものである。

(2) マイヤー・コーディングの見解　まず「経営内司法」をめぐる論争の初期において経営内制裁制度に関する詳細な理論構成を試みたものとして、マイヤー・コーディングの見解がある。彼は既に「Vereinsstrafe」<sup>(1)</sup>と題するモノグラフ<sup>(2)</sup>において団体自治に基づく団体罰理論を公にしていたが、そこで展開した基本的理論を経営罰についても「転用」しようとしたのである。

マイヤー・コーディングは右の著書の中で特に、すべての団体は自ら法を制定する権限を有しているというギールケによるゲノッセンシャフト理論を基礎に捉え、団体罰は、団体がその自治に基づいて自ら設定した定款(Satzung)に由来するものと捉えていた。彼にとって真の自治とは、団体が自ら法規範(Rechtsnormen)を創造することにその本質があり、多くの見解が二当事者間の契約についていわゆる私的自治として語るような、法主体が自己の問題を自らの判断によって規制する機能とは明確に区別される。このような団体による法規範の創造と契約との区別は、一方で法制的考察によって(ゲルマン法の伝統)、他方で法社会学的事実の考察によって確認されるものであると<sup>(3)</sup>。また、団体関係においては、契約関係における対等(Koordination)にかわって集団法への従属(Subordination)が認められる。団体の構成員は、個別的な合意が存在しない場合であっても団体の法秩序に組込まれるのであり、それによってその間に従属関係が形成されるのである。そしてそのような関係において、ギールケのいう公法・私法と並ぶ第三の法領域たる社会法の成立が認められるというわけである。<sup>(4)</sup>

ただし、すべての集団が法を創造するものでないことは、マイヤー・コーディング自身も認めている。たとえば、少数者が共同で具体的目的を追求する民法上の組合などでは、契約による構成が考えられ、右のような意味での自治的<sup>(5)</sup>法創造はなされない。しかし精神的関連性が強まり、継続的になるに従い、また共同で追求する目的が有意義であればそれだけ、構成員の共通の思考、感情、意思は共通の傾向、見解、志向へと総合され、更に共同精神(Gemein-



Geist)としての社会構造を形成するに至るといふ。ここにおいて、団体構成員の法感情や法意識が、当初は純粹に事實的であつた行為モデルを規範的な定めへと発展せしめることになる。従つて、このような共同精神は、単に国家における国民精神としてだけでなく、団体における集團精神としても法を創造すると解さねばならないというのがマイヤー・コーディングクの理解である。<sup>(5)</sup>

このように団体における自治的な法創造を理解するとき、団体における処罰権限は、団体法とその一部をなす組織が創造されることの二次的徴候 (sekundäres Indiz) にすぎない。なぜなら、集團の法創造にかかる拘束的な行為規範は法的強制なしには存在しえないからである。従つて、問題の中心はあくまで団体の法創造をいかに解するかであり、処罰権限それ自体が問題なのではない。<sup>(6)</sup>

そしてマイヤー・コーディングクにとつて、経営もまたそのような自治的な法創造の権能を有する団体と同列のものとして捉えられる。それは単に使用者に属する財産的価値の集合ではなく、一つの社会的制度 (soziale Institution) である。そこでは使用者および経営協議会が経営の法と経営秩序を創造するのであり、立法者はそれを経営組織法第五六条 (現行第八七条) で認めているのだといふ。<sup>(7)</sup>

このようにマイヤー・コーディングクは、ギールケによるゲノッセンシャフト理論に依拠し、経営罰を経営における自治的法制定機能から派生するものとして捉える。その基本的態度はその後の自主法規説の形成にも大きな影響を与えたものと思われるが、しかしここでは、彼が既に詳しい検討を加えていた一般的な団体罰を前提とし、それを経営罰にも導入するに急なあまり、一般的な団体と経営の間の異質性への配慮が十分になされず、その共通性のみが安易に強調されているとの印象を禁じえない。経営の自治的団体の把握の仕方とはより、経営罰権限の帰属主体、経営における法創造の特殊性 (たとえば、それが経営の個々の構成員の多数決によつてではなく、使用者と経営協議会と

いう二当事者によってなされること)などの多くの問題について曖昧さを残していることも、おそらくは彼の方法論自体に起因するものなのであろう。

- (1) Meyer-Cording, Ulrich, *Vereinsstrafe*, Tübingen 1957
  - (2) Meyer-Cording, NJW 1966 S. 227
  - (3) Meyer-Cording, *Vereinsstrafe*, S. 41f., 44ff. すなわち「契約関係が当事者間の利害調整と合目的性の原則によって形成されるのに対し、自治的法創造関係においては、利害の調整が問題となるのではなく、完結した領域として継続的な関係にある集団が集団の生活のため社会的規範を創造するのであり、そこでは合目的性によってではなく正義によってその妥当性が獲得されるという。それは「集団の法的確信 (Rechtsüberzeugung) に合致すること」に従って共同意思 (Gemeinwillen) によって支えられる場合に言うべきことである。
  - (4) Meyer-Cording, NJW 1966 S. 230 他方でマイヤー・コーディンクは、そのような団体自治について、それはギールケのいうとき固有の自治ではなく「国家により付与された(あるいは授けられた)自治 (delegierte Autonomie) である」としており、この点ではギールケの見解に従っていないなり (Meyer-Cording, *Vereinsstrafe*, S. 49f.)。しかしこの場合の「付与」ないし「授権」とは、「決して国家のみが唯一の法制定機能を有し、団体の法創造はその機能に由来することを意味するものではなく、むしろ国家が団体の法律関係を規制することができ、団体の法創造機能といえどもそのような国家の規制から完全に自由ではありえないことを強調する点に意味があるものと思われる。
  - (5) Meyer-Cording, NJW 1966 S. 230
  - (6) *ibid.*
  - (7) Meyer-Cording, NJW 1966 S. 226 マイヤー・コーディンクがこのように言う場合、それは彼が経営における法制定機能に従って自治的処罰権能を文字とおり国家が「授権」したものであることを認める趣旨とは解しえないであろう。注(4)参照。
- (3) ハーシェルの見解 ハーシェルはその „*Betriebsrussen*“ と題するモノグラフにおいて、経営罰法理の

体系的な展開を試みた。その中で彼は、マイヤー・コーディングクと同様、ギールケのゲノツセンシャフト理論に依拠しつつ、経営罰を法的に根拠づけている。<sup>(1)</sup>

ハーシエルはまず、集合体としての経営を個別的法律関係に解体することを否定した上で、それは今や一つの社会構造 (Sozialgebilde) であり、そのことが、経営罰を違約罰という個別法的概念によってではなく集団的な自治的刑罰、すなわち自主法規罰 (Satzungsstrafe) の觀念によって捉えることを要請するという。そして彼は、それをギールケのいう社会法の理論<sup>(2)</sup>によって説明しようとする。すなわち、組織の存在するところでは社会法を問題としなければならぬ。社会的なものは法的なものである。そのことは人的団体における法の全体について、従ってその刑罰権限についても妥当する。しかもそれはとりわけ経営に関して重要な意味を有している。ここでは、集団的要素が強度に現われるからである。経営においては単にそれを形成する自治的権能だけでなく、法規範を創造する機能も存在している。更に経営の集団的要素は経営の処罰権にも及ぶのであり、それは経営の構造に対する集団性の影響の結果にほかならない。

ハーシエルは、経営罰の直接的な法的根拠についてはこれ以上のことを語らない。それは、あげてギールケの社会法理論に委ねられるのである。ただ彼は、これに続いて次のようにも述べている。すなわち、右のような処罰権は現代の経営が獲得したのではなく、単にそれを見出したものである。かつての営業法および経営協議会法の規定も、それを新たに創出したのではなく、所与のものとして認容したにすぎない。しかも現在ではもはや明文の法規定は存在しないものの、経営の処罰権は自明のものであり、それは慣習法にまで発展している、と。<sup>(3)</sup>しかしハーシエルは、経営罰権限を基本的には経営の集団的・社会法的性格によって基礎づけている以上、そこで慣習法を持ち出すのは、いわば補助的論拠としての意味を持つにすぎないと解すべきであろう。

ところでハーシエルは、組織体としての経営を一つの共同体すなわち経営協同体として、また使用者および経営協議会をその機関として理解し、経営協定はそのような二つの機関により制定される客観的法としての自主法規であるとしていた。<sup>(4)</sup>そして、後に取り上げるようにハーシエルもまた、通説と同様、経営協議会は一般的な経営罰規定の制のみならず個別的な経営罰行使についても共同決定権を有することを認めている。<sup>(5)</sup>ところが他方では、経営の処罰権の行使は使用者の指揮権の一端であることを明確に認め、それは企業家の機能にその構成部分として内在するとい<sup>(6)</sup>う。そこでは、経営組織法は使用者の指揮権を機能的に制約するものではあってもそれを実質的に制約するものではなく、それを使用者と経営協議会とに分配するものでもないとされている。つまりハーシエルは、経営罰の法的根拠とその実際の行使とを区別し、前者については経営における集団的自治に基づく処罰権として説明しながら、後者についてはあくまで使用者の労働者に対する権能として捉えているのである。<sup>(7)</sup>

右のような説示部分は、直接的には経営罰が基本法第九二条にいう裁判ではなく、あくまで私法的な管理行為であるとの結論を導くためのものであるが、ハーシエルの経営罰の法的根拠に關する基本的理解との関連でいえば、もう一つの意義を有していると思われる。というのは、彼が経営罰を集団としての経営の処罰権限として捉えることから、それは他の一般の団体と同様に団体それ自体に帰属する権限であり、すべての構成員に対して向けられるものであることは当然の帰結であろう。ところが現実の経営罰は、使用者を含めた経営の構成員のすべてに対してではなく、あくまで労働者に対する一方的な制裁として発現しており、右の帰結とは合致しない。そこでハーシエルは、そのような現実自己の経営罰理論を適合させるため、経営罰を行使する権限を使用者の労働者に対する指揮権に基づくものとして説明する必要があるのではあるまいか。<sup>(8)</sup>しかし、そのような法的構成が果たして論理的に一貫したものと  
言いうるかは大いに疑問であり、それは結局、使用者の制裁権限を経営の自治によって法的に根拠づけようとするも

のほかならない。

このように、経営罰を経営自治によって基礎づける場合に、それが現実には労働者に対してのみ一方的に科される制裁として現われるという事実を経営自治という構成ととくに理論的に調和させるかは、その後も多数説の立場に伴う重要な問題の一つとなった。その解決のための試みは、次のノイマンおよびガルベリンの見解に見出すことができる。

- (1) Herschel, Wilhelm, *Betriebsbussen, ihre Voraussetzungen und Grenzen*, Köln/Berlin/Bonn/München 1967, bes. S. 25ff.
- (2) v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I S. 26
- (3) Herschel, S. 28
- (4) Herschel, *Betriebsvereinbarung oder Betriebsatzung?* RdA 1948 S. 47; ders., *Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts*, RdA 1956 S. 161 ノーシエルの経営協定理論については、横井芳弘「経営協定の本質」法学新報六一巻一一号六七頁以下に要領を得た紹介がある。
- (5) Herschel, S. 34f.
- (6) Herschel, S. 31f.
- (7) 従って、ノーシエルが指揮命令権そのものを経営罰権限の法的根拠と解しているということとはできない。彼の意図は、あくまで経営罰の法的根拠とその行使を明確に区別しようとすることにある。
- (8) このほかにハーシエルが経営罰権限の行使を使用者の固有の機能として捉えることの帰結として、経営協議会が存在しない場合に使用者は単独で(労働者がそれに服従することを条件として)制定しうること(Herschel, S. 41f.)、経営罰の行使が使用者の任務を越えないこと、具体的にはそれが使用者の活動を規制するすべての法律によって限界づけられ、その執行は法律行為として必要な条件を具備しなければならぬこと(Herschel, S. 57ff.)などが導かれる。

(4) ノイマンの見解 経営罰を団体罰と類似した自主法規罰として捉え、それを社会的自治 (Sozialautonomie) の觀念によつて基礎づけようとする見解としてノイマンがある。<sup>(1)</sup> 彼はBAGの裁判官でもあり、後に見るBAG判決との関連でもその見解には興味深いものがある。

ノイマンはまず、経営罰を使用者の支配権によつて捉え、あるいは経営協同体の觀念に基づいて説明するといふかつての理解について、労働者と使用者は全く対等に債務法的關係として結びついており、そこから使用者の支配権、更には処罰権を導くことはできないとして否定する。次に契約説については、それが使用者の支配権力としての処罰権を否定する点では正しいものを含むとして評価しながら、経営罰を違約罰として捉えることはその本質・目的と合致しないとして批判する。その上にノイマンは、経営の秩序維持機能としての特別の処罰権能は、社会的自治の領域において、経営協定または労働協約によつてのみ定められうるものであると主張する。それらは、経営パートナー (Betriebspartner) たる使用者および経営協議会、または協約当事者である使用者ないしその団体と労働組合によつて制定される自主法規であり、経営罰権限は、それらに定められることによつてその法的根拠が創造されるというのである。<sup>(2)</sup>

しかしノイマンにとつて、経営罰権限が自主法規によつて創造されるとしても、それが当然に使用者によつて行使されるといふ結論は導かれない。ハーシエルのごとく、その行使が使用者としての機能に内在するものとは解されていないのである。むしろその行使主体は経営パートナーまたは協約当事者が自由に決定すべきことからであり、自主法規による秩序罰権限の委譲 (Übertragung) によつて定まるといふ。従つて、その行使主体は必ずしも使用者である必要はない。それは独立の第三者、たとえば経営内裁判所のような独自の機関であることも、また経営協議会それ自体であることも可能である。<sup>(3)</sup>

このように、ノイマンにおいては、経営罰権限は社会的自治に基づく自主法規による創造およびその委譲として説明される。そしてそこには、一貫して使用者の一方的な処罰権限を否定しようとするノイマンの態度を見出すことができるように思われる。経営罰権限の行使主体はあくまで経営パートナーまたは協約当事者によって決定されるのであり、それが当然に使用者に帰属し、使用者によって行使されるものとは解されていないのである。しかしその反面、ノイマンのいう「社会的自治」が具体的にいかなる意味・内容を有する概念であるのかは明らかではなく、また経営罰権限の帰属主体が明確でないことについては次に見るガルベリンによって批判されたところでもある。自治的な経営罰権限の把握を貫徹することによって、それを使用者の一方的権限とすることをあくまで否定しようとする意図は窺われるものの、その具体的な論理構成についてはなお不十分なものを残していると言うべきであろう。

(1) Neumann, Die Rechtsgrundlage von Betriebsstrafenordnung, Rda 1968 S. 250

(2) Neumann, Rda S. 252f.

(3) Neumann, Rda S. 253

(4) この点について手がかりとなるような説明は全く見られない。

(5) ガルベリンの見解 自主法規説は、これまで見た見解がそうであるように、経営罰と団体罰の類似性を前提とし、それを経営自治あるいは社会的自治によって基礎づけようとするのであって、ナチ的な経営協同体の概念は少なくともそのための直接的な基礎とはされず、むしろ否定される傾向にあった。<sup>(1)</sup>これに対して、経営罰理論との関連において改めて経営協同体の概念を見直し、それに独自の意味を付与しようとしたのがガルベリンである。<sup>(2)</sup>

ガルベリンは、従来の自主法規説の立場に対して、特にそれらが説く自治的な法定権のトレーガーが明確でなかったという批判を加えている。たとえばノイマンや次に見るBAGの見解は、単に経営罰が経営パートナーにより制

定される経営協定に基づくべきことを主張するにすぎず、そのような法制定権の法的主体については何ら語っていないという。ガルベリンによれば、そのような自主法規制定権のトレーガーは、あくまで使用者および経営協議会を代表ないし機関とする経営協同体 (Betriebsgemeinschaft) と解さねばならない。つまり、独自の法主体としての経営協同体の自治的法制定権が語られねばならないというのである。また、マイヤー・コーディンクやハーシエルが「経営」の処罰権について語ることも正確でないという。経営は法的な意味での団体ではなく、独立した法主体ではないからである。法主体はあくまで人または共同体に限られ、そのような条件は経営協同体によって満たされる。<sup>(3)</sup>

このように、ガルベリンが「経営協同体」の概念を持ち出すのは、少なくとも形の上ではかつてのナチ的な経営協同体思想に基づく経営罰理論を再生しようとするためではない。彼においても、使用者と経営協議会という経営パートナーによる自治的法制定権ないし自主的規則制定権を認め、それに経営罰の法的根拠を求める点では自主法規説としての共通性を有しているのであって、「経営協同体」の概念を持ち出すのは、あくまでそれに伴う法理論上の欠陥を補おうとする趣旨に基づくものと思われる。

ところでガルベリンは、経営における自治的法制定権について、それをギールケのゲノッセンシャフト理論に基づき一種の固有の自治として捉えることに對しても批判的である。その理論はいわゆる団体自治に関するものであって、労働法上の自治をカバールしないというのである。ガルベリンによれば、労働法上の自治は立法による直接的授権によるものではないが、憲法秩序それ自体と自治的法制定を容認する実定法上の規定を前提として認められるものであり、その意味で「授権」されたものである。<sup>(5)</sup>そして経営組織法第五六条第一項(旧法。現行法第八七条第一項)によって国家が自治的法制定機能を承認したものである以上、それが規範的秩序維持のための一定の制裁行使の機能をも含むことは、彼にとって一種の「法論理的帰結」<sup>(6)</sup>にほかならない。



ガルペリンの見解は、「経営内司法」をめぐる議論がひととおり出揃った段階で発表されたものであり、多数説の立場に立ちながらもそれまでの見解の理論的欠陥ないし問題点をつき、それを克服しようとしたものと言うことができる。しかしそのために再び経営協団体という古めかしい概念に依拠しようとする点において既に、今日の下ではとうてい十分な説得力を持ちうるものではなかった。かえって多数説の理論的欠陥を補うために経営協団体の概念に新たな意味を付与することで処理しようとすること自体、経営協団体概念の神秘的・全能的性格を脱却しえず、むしろそれに依存しようとするものであろう。ガルペリンも指摘するような多数説・判例の理論的欠陥は、単に経営協団体の概念を持ち込み、それに新たな意味を与えることによって容易に克服しようものではないというのが、ガルペリンに対する率直な評価である。

- (1) 少くとも「経営内司法」をめぐる論争以降、以前のような経営協団体理論によって直接経営罰を根拠づけようとする見解はほとんど見られない(例外として、Kaiser, BB 1966 S. 1109 をあげることができる)。経営協団体理論推進者の一人であったニッキッシュも、一九六六年の『労働法』の新版では経営罰に関して経営協団体には言及せず、その法的根拠は「労働者の経営秩序への服従と経営の生活領域への編入」にあるとし、るにすぎない(Nikisch, Bd. III, 2. Aufl., S. 417)。
- (2) Galperin, Betriebsjustiz, ihre Zulässigkeit, ihre Grenzen, BB 1970 S. 933
- (3) Galperin, BB 1970 S. 936
- (4) *ibid.*
- (5) Galperin, Die autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht, *Festschrift für Molitor*, München/Berlin 1962, S. 143, 155f.
- (6) Galperin, BB 1970 S. 934
- (6) 判例の立場 経営罰に関する判例は、経営罰の概念自体が限定的なものであることも手伝って、必ずしも頻

繁には現われない<sup>(1)</sup>。この中でまず初期の下級審判例についてみると、経営罰は集団的協定(労働協約または経営協定)によって根拠づけられ、そのような協定の正当性は労働者の経営協同体への帰属とそれによる一般的な経営秩序への必要の服従に見出されるとするもの<sup>(2)</sup>、経営罰は違約罰ではなく懲戒罰(Disziplinarstrafen)であるとし、団体罰法理を援用することによって労働協約に基づく制裁金の行使を認められたもの<sup>(3)</sup>、経営秩序罰は労働協約または経営協定においてその法的根拠が創設される場合にのみ科せられるとするもの<sup>(4)</sup>などがあった。これらの下級審判例は、「経営内司法」をめぐる論争が本格化する以前の段階において、それまでの学説上の多数説の理解に依拠しつつ、労働協約または経営協定に経営罰の法的根拠を求めるものである。

これに対してBAGは、当初経営罰の法的根拠については積極的判断を示さなかったものの、使用者の一方的な制裁規定の制定権限を否定し、また使用者の指揮命令権は経営罰の法的根拠たりえないとの態度をとった。まず一九六六年二月五日の判決は、連邦郵便の労働者に対する制裁金の効力が争われた事案に関するものであるが、その中でBAGは、使用者に対して一方的な制裁ないし処罰権限を認めることはナチ的な指導者原理から導かれる絶対的権力を承認するものであり、あまりに典型的にナチ的なものであるとして、明確にそれを否定した<sup>(7)</sup>。そして特にその根拠を示さないものの、経営罰行使のためには労働協約または経営協定に具体的な定めがあることを要すると述べていた。また、一九六六年一月一四日の判決は、明文の懲戒規定が存在しない場合になされた譴責と賞与の減額に関するものであるが、BAGは、「使用者の指導命令権は、経営についての懲戒規定を一方的に制定し、あるいはそのような規則がないときに経営罰を科す権限を含むものではなく、そのことは、たとえ経営協議会の同意があるとしても同様である。」とし、更に経営慣行についても、それは経営協議会の設置を義務づけられた経営において不文の懲戒規定を有効に作り出しうるような法源ではありえないと判示した。

このような判断の積み重ねの上に、BAGの経営罰に関する基本的理解は一九六七年九月一二日の判決<sup>(9)</sup>によって明確に示されるに至った。BAGはこの判決の中で、単に経営罰の法的根拠のみならず、経営罰行使の有効性要件、更には経営罰に関する司法審査などの幅広い問題について判断を加えたのであるが、それがちょうど「経営内司法」をめぐる論争のさなかにおいてなされたことから、その後の論争の展開に対しても重大な影響を及ぼすことになった。

BAGはこの判決の中で、特に経営罰の法的根拠に関し、それは「自治的経営団体 (autonomer Betriebsverband) の領域における経営パートナーの自治権から派生するもの」であると示した。そしてこのような経営罰は経営における集団協定としての経営協定に基づくことを要するとし、その実定法上の根拠規定として経営組織法 (旧法) 第五六条第一項を引き合いに出す。すなわちこの規定は、法律上または協約上の定めのない限りで、経営の秩序および経営における労働者の行動に関する規定を使用者と経営協議会の共同決定によって制定することを前提とするものであり、そのことから、そのような規定の違反に関する定め、従って特に制裁に関する定めも可能であるとの結論が導かれる<sup>(10)</sup>というのである。

BAGが経営罰の法的根拠について直接的に判示した内容はこのように簡単なものではあるが、そこで経営団体の自治について語ることは、BAGが自主法規説の立場に立つことを明らかにしたものと一般には理解されている。そしてこの基本的な立場は、一九七二年の経営組織法の改正以降においても維持されている<sup>(11)</sup>。

(1) わが国では懲戒処分をめぐる裁判例の多くは懲戒解雇に関するものであるが、ドイツの場合には懲戒解雇という法的範疇が明確な形では存在せず、しかも解雇は経営罰ではないとするのが大方の理解であるため、総じて経営罰に関する判例は少数となる。

(9) LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 10. 1. 1963, DB 1963 S. 871

- (3) LAG Dusseldorf, Urt. v. 18. 3. 1964, DB 1964 S. 661 本件は、職場での私語を禁ずる勤務命令に違反したことを理由とする連邦郵便職員に対する制裁金の効力が争われたものであり、裁判所はその効力を肯定した。なお本件では、連邦郵便職員労働協約に経営罰に関する規定が定められていた。
- (4) LAG Bremen, Urt. v. 8. 12. 1965, DB 1966 S. 76 (具体的な事実関係は不明。ただし、直接的には経営罰ではなく、労働契約上の義務違反についての非難が問題となったものようである。)
- (5) 第二章第四節二参照。
- (6) BAG Urt. v. 25. 2. 1966, Bd. 16 S. 172 (AP Nr. 8 zu § 66 PersVG) 本件は、連邦郵便の労働者たる原告が勤務時間中に同僚に対して暴力をふるい、傷害を負わせたことを理由に、一日分の平均賃金に相当する制裁金を科されたことについて、その処分効力が争われたものである。このほか、その後起こった再度の暴行事件を理由となされた配転の効力も争われている。
- (7) BAGがこのような判断を示した背景には、本件において制裁金の根拠規定とされたものが、ドイツ帝国郵便服務規定の付属規定として、ナチ支配下の一九三八年に制定されたものであったという事情がある。BAGは、そのような懲戒規則はあまりに典型的にナチ的使用者の一方的処罰権という考え方に基づいて制定されたものであるから、その内容を考慮するまでもなくナチの支配の終焉とともに効力を失なったものであり、結局当該処分は依るべき根拠が存在しないことに帰するとして、その効力を否定したのである。なお、BAGはそれに続いて更に、たとえその規則が有効であるとしても、当該処分については職員協議会の関与がなされなかったから、いずれにしても処分は無効であるとしている。
- (8) BAG Urt. v. 14. 12. 1966, Bd. 16 S. 181 (AP Nr. 27 zu § 59 BetrVG) 本件では、ボイラーマンである原告労働者が勝手にボイラーの水量警報装置を取り外してしまったために、会社に対して多大の損害をもたらしたことを理由としてなされた書面の譴責および賞与の半額カットの効力が争われたものである。BAGは、いずれの措置についても明文の規定が存在しなかったことを理由に効力を否定した。
- (9) BAG Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79 (AP Nr. 1 zu § 56 VetrVG Betriebsbuße) 本件は、トレーラー等の運転手

に対し、欠勤、遅刻などを理由として科された一日分の賃金額の制裁金が争われたものである。本件では使用者と経営協議会の協定にかかる就業規則に経営罰に関する定めが存在し、当該処分は会社の秩序委員会の諮問および経営協議会の同意を経てなされたものであった。BAGは処分の効力を肯定した。

(10) BAGはその論拠として、立法の沿革、とりわけ経営組織法の制定過程(第二章第四節一参照)を問題としている。

(11) BAG Urt. v. S. 12. 1975, Bd. 27 S. 366

### 3 経営罰行使と経営罰規定

自主法規説は、右に見たように、いずれも経営罰権限を使用者および経営協議会による経営自治(もしくは協約当事者による協約自治)からの派生として捉える<sup>(1)</sup>。しかし自主法規説にとつて、経営自治の承認はそれ自体として現実の経営罰行使を可能ならしめるものではない。そのためには、予め経営における自主法規に具体的な経営罰規定が定められることが必要であり、逆にそのような規定が存在しない限り、たとえ個別的に経営協議会の同意があったとしても、経営罰の行使は許されないのである<sup>(2)</sup>。そしてそのような自主法規としては、経営組織法第八七条(旧第五六条)に基づき、経営協定または労働協約が考えられている<sup>(3)</sup>。ただ、経営罰が予め自主法規により定められることを経営罰行使の要件とすることはすべての見解が一致するものの、その理由づけは決して同一ではない。たとえば、経営における制裁権能は自主法規を通じてのみ「創造」されうるとするもの<sup>(4)</sup>、団体罰法理を援用するもの<sup>(5)</sup>、一般的な法原則としての刑法法定主義の類推を根拠とするもの<sup>(6)</sup>などがあつたほか、BAGは、法治国原則を根拠に制裁規定の事前の周知を経営罰の有効性要件の一つとしていた<sup>(7)</sup>。いずれにせよ、経営罰が経営協議会法第八七条にいう「経営の秩序および経営における労働者の行動」に含まれると解することは現在の通説・判例であり<sup>(8)</sup>、それが労働協約の存在しない限りで経営協議会の共同決定事項、従つて経営協定の対象事項とされることからは、経営罰規定が経営協定または労働

働協約によって定められるべきことは、あたかも自明の帰結として捉えられているように思われる。<sup>(9)</sup>

ところで、この場合に多数説・判例が経営組織法第八七条(旧第五六条)を引き合いに出すことは、この規定を厳密な意味で経営罰の授權規定として捉えているものではないことに留意する必要がある。この規定は、経営罰規定が労使の共同決定事項にかかる経営協定によって定められるべきこと、あるいは自治的法制定機能なしはそれに基づく制裁権能の国家法による承認の根拠として持ち出されるのであって、経営罰権限それ自体の法的基礎はあくまで経営自治に求められているのである。<sup>(10)</sup>とはいえ、多数説・判例が経営組織法第八七条(旧第五六条)を問題とすることには、更に次のような意味が含まれているものと解される。

第一に、それがいわゆる義務的ないし強行的共同決定<sup>(11)</sup>に関する規定と解されることから導かれる意味である。つまり、同条に掲げられた事項は単に労使の共同決定すなわち合意によることが要請されるだけでなく、仮にその合意が成立しないときは、少なくともその一方の申立によって調整委員会がその合意にかわる決定を行なうものとされる(経営組織法第八七条第二項、旧法第五六条第二項)ことによって、現実には使用者による強行的な経営罰規定の制定が可能となるということである。使用者は、右の規定によって、たとえ経営協議会の反対がある場合にも、経営罰規定の制定を実現する道が開かれているからである。<sup>(12)</sup>

第二に、同条が「労働者」の行動についての共同決定を定めることに伴う意味である。経営組織法上の「労働者」とは、同法の定義規定(第五条、旧第四条)によれば、いわゆる管理職員(leitende Angestellte)を含まない。その結果、管理職員に対する経営罰については同法第八七条の適用がないだけでなく、多数説のいう経営罰の法的根拠の基盤そのものが欠落することになる。多数説の中には、この場合についてのみ違約罰合意の可能性を認める見解<sup>(13)</sup>もあるが、理論的に一貫しないとの批判は免れないであろう。

第三に、同条が経営組織法上人事事項とは区別された社会的事項に関する規定であるという点である。このことはとりわけ、経営罰の形態およびその対象となる労働者の行為の限界性の問題に関して重要な意義を有するのであるが、それについては後に詳述する。

(1) 以上で検討した自主法規説に立つ学説・判例のほか、注目すべき見解として、たとえばニッバーダイは、一九七〇年に出版されたレーアブーフの第七版 (Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1378 ただしニッバーダイは一九六八年に死去し、本書はゼッカーとの共著) においてそれまでの契約説の立場を改め、経営罰は経営秩序維持のための強制措置であり、団体罰と同視されるどころの自主法規罰 (Satzungsstrafe) であるとした。また、ハーネック (Harbeck, Anr 1971 S. 172) は、経営自治について、補充原則 (Subsidiaritätsprinzip) に基づき、労働生活秩序の規制をその関係者に委ね、自らはそれから大幅に退こうとする立法者の態度からそれを導こうとしている。すなわち、特定の社会的組織の形成責任はできるだけ組織体それ自体に委ねられるべきであり、より大きな共同体は、より小さな共同体がそのような目的を自治的に完遂しえない限りでのみ、その権利を制約する必要がある。このことは経営協同体と国家の関係についても妥当する。経営協同体は固有の自治に基づき自主法規による一定の規制権能を有するのであり、立法者は経営組織法第五六条を通じて経営の安全および秩序のための配慮を同法上の機関である使用者と経営協議会に委ねることによって、その旨を明らかにしている。そしてそのような権能には当然に経営罰の定めをも含んでいる。およそ以上がハーベックの理解である。そこには、経営自治をあくまで国家法との関係において捉えようとする意図が窺われる。

(2) 前掲の BAG Urt. v. 25. 2. 1966; BAG Urt. v. 14. 12. 1966 は、いずれも有効な経営罰規定が存在しないことを理由に、経営罰の法的効力を否定したものであった。

(3) この結果、経営協議会の存在しない経営においては独自の経営罰規定の制定がなしえないことになり、当該経営に適用される労働協約にも経営罰規定が存在しない場合には、経営罰の行使はできないことになる。なお、法律上は常時五人以上の労働者を雇用する経営において経営協議会の設置が義務づけられているにもかかわらず、現実には特に中小の経営において設置されていないことが多い。Vgl. Kaiser/Metzger-Pogizier, S. 59

- (4) Neumann, Rda 1968 S. 252f.
- (5) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1378
- (6) Herschel, S. 47f.
- (7) BAG-Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79
- (8) その理由としては、経営の秩序および労働者の行動に関する定めが可能だということは、当然にその違反に対する定めに従って制裁に関する定めも可能だということの意味するとの解釈が、しばしば指摘されている (Vgl. BAG-Urt. v. 12. 9. 1967: Galperin, BB 1970 S. 934)。
- (9) 経営罰の行使が経営罰規定の存在を効力を要件とすることは、営業法および経営協議会法によってそれが就業規則の必要記載事項とされ、更にその制定が労使の協定によるものとされたワイマール時代において既に通説的見解であったのであり (Vgl. Kieschke, u. a., *Betriebsverfassungsgesetz*, S. 219; Manfeld, *Betriebsverfassungsgesetz*, S. 400) 現在ではそのような直接的な法規定は存在しないものの、その沿革を前提としつつ、解釈を通じて同様の結論を導こうとするのが、学説・判例の態度であると思われる。
- (10) 経営組織法第八七条を一種の授權規定として捉える見解として、シュルツ (Scholtz, *Die rechtliche Ordnung der Betriebsjustiz*, in: *Kaiser/Metzger-Pregitzer*, S. 31ff) がある。彼は、一方で経営組織法第八七条が経営罰の直接的な授權規定であることは否定する (同書三一九頁) が、他方で同条が「経営の秩序および経営における労働者の行動」を経営協定の規制対象としており、「経営内司法」がそれと機能的な関連性を有する制裁制度を形成していることから、経営罰権限はそのような経営組織法上の規制権限の授權に伴う付随権限 (Annektkompetenz) として認められるであろう (同書三二七頁以下)。ところが彼は、同時に経営罰を契約によって根拠づけることを認め、「経営内司法」の集団法的および個別法的基礎づけは排他的なものでなく、いわば混合的・併存的にその根拠となるとする (同書三一九頁以下) ことから、一種の折衷説の見解とも言いうる。
- (11) 第二章第四節一注 (4) 参照。



(12) そのため学説の中には、それは事実上使用者に当然に処分権限が帰属することを認めることになるとして、経営罰規定はあくまで経営組織法第五七条(旧規定、現行第八八条)に基づき、調整委員会の関与を排除し、経営協議会の同意を要件とする任意の経営協定によるべきだとする見解も見られる(Isaie, JZ 1968 S. 339)

(31) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1377f. Anm. 27f.

#### 4 自主法規説に対する批判とその問題点

自主法規説は、その内部においても細部の理論構成をめぐって相互に一定の対立を示していたことは既に指摘したが、それを別としても、「経営内司法」をめぐる論争の中で異なる立場からも多くの批判が加えられた。ここでは、自主法規説の有する問題点とそれに対する批判について、要点を整理しておく。

自主法規説の前提には、経営罰がその本質上契約に基づく違約罰としては捉えられず、また現行法上経営罰権限を授権する明文の規定も存在しないことから、経営罰が法的に認められるためにはそれらとは全く別個の法的根拠によらざるをえないとの理解があった。そのために自主法規説は、経営罰の集団法的性格を強調し、一般の自治的団体における団体罰との対比において、経営を一種の自治的団体として捉えることにより、経営罰を経営自治からの派生として説明する。自主法規説に対する批判も、まず第一にそのような経営の自治的団体としての把握、およびその自治的権力についての理解そのものに対して向けられる。すなわち、そのような理解は、その社会学的当否はともかくとして、十分な法理的基盤を有しないとの批判である。経営は、法的に見れば一定の生産のために結合された対象の全体であって、自治的な団体や組織体ではなく、しかもそのような把握は私的所有の原則や労働関係の債務法的構成と調和せず、その結果、自治的権能、従って経営罰権能のトレーガーが不明確となる<sup>(32)</sup>というのである。

自主法規説に対する批判の第二点は、自治的な法制定機能から直ちに制裁権をも導出する論理過程に対して向けら

れる。たとえば、団体の処罰権は集团的法創造の「二次的徴候」にすぎないとし(マイヤー・コーディンク)、あるいは自治的法制定権が制裁権能をも含むことは一種の「法論理的帰結」であるとする(ガルベリン)は、法の本質のメルクマールとしての強制可能性について、法秩序全体についてのそれと個別法規範についてのそれを区別しないことからくる誤解であり、行為規範としての法の性格はそれが処罰規定を伴うか否かにかかわらずそれ自体として存在しうること、また、内部的秩序維持のために制裁の行使が不可避であるということも、単に社会学的要請の確認にとどまり、とうてい「法論理的帰結」たりえないこと、などが指摘されている。<sup>(2)</sup>

しかし、経営罰権限を経営における自治的法制定権能と不可分のものとして捉えるか、あるいはより端的に経営自治からの派生として捉えるかにかかわらず、そこでの問題の本質は、やはり経営における自治的機能それ自体の法的意義および根拠にあるはずである。ところがこの点については、マイヤー・コーディンクおよびハーシエルがギールケによるゲノッセンシャフト理論に依拠することを述べるほかは、他の見解においてはせいぜい一般的な自治的団体と経営(ないし経営団体、経営協同体)の同質性を強調し、あるいは十分な説明のないまま経営自治や「社会的自治」について語るにすぎず、それらの意義や内容は決して明確なものとは言い難い。<sup>(3)</sup>これが自主法規説の第三の問題点である。このうちゲノッセンシャフト理論に依拠する見解に対しては、これまでも同理論と経営の関係について加えられてきた一般的批判が繰り返されているが、<sup>(4)</sup>ただ、そのような見解も含めて、自主法規説がいずれも経営組織法によって認められた使用者および経営協議会による規範的規制権限についての理解を前提とし、それを経営自治に結び付けるものであることから、果たして同法がそのような一般的経営自治を承認し、<sup>(5)</sup>更には経営罰権限の創設までをも認めるものか否かが、改めて重要な問題点として浮び上がってくるであろう。

第四に、右のことと関連して、自主法規説が経営罰に関して経営組織法上認められた規範的規制権限について語る

場合、それは単に経営協定を通じての労働契約内容の規範的形成や使用者の種々の法的権限に対する外部的規制にとどまらず、むしろ労働契約による法律関係の規制領域を越えて、それとは別個の法律関係形成の基礎としての意味を有していることに留意する必要がある。つまり、経営罰に関して経営自治を持ち出すことは、まさに労働契約によっては形成しえない経営罰の法律関係について、経営における規範的規制権限を媒介とした独自の法律要件に伴う法律効果として創設しようとするものにはかならない。使用者および経営協議会による規範的規制権限が、労働契約内容の規範的規制を越えて独自の法律関係形成の基礎たりうるか否かについては議論の存するところであり、それは個別契約上の合意の可能性の範囲を越えては存在しえないとの立場からは、当然にその観点からの批判がなされることになる。<sup>(6)</sup>

第五として、自主法規説が経営（もしくは経営団体、経営協同体）の経営罰権限について語りながら、実際には経営罰の対象は労働者に限定され、同じく経営自治の関係者である使用者および管理職員<sup>(7)</sup>が除外されていること、しかも現実の経営罰行使が使用者の発意によって、使用者の名においてなされているということは、理論的に一貫しない<sup>(8)</sup>。自主法規説に立つ見解の多くは、いずれも経営罰と団体罰の同質性を説く反面、その異質性についてはほとんど考慮の外に置き、結局は経営自治に基づいて、使用者により労働者に対して一方的に行使される経営罰権限を基礎づけているのである。その意味で、自主法規説は経営罰権限の自治的性格を強調するにもかかわらず、実質的には使用者の経営罰権を経営（もしくは経営団体、経営協同体）の経営罰権限によって説明し、正当化するものにほかならないとの評価も可能であろう。

最後に、自主法規説に対しては、経営協定の本質論<sup>(10)</sup>との関連での論理的・一貫性の欠如が指摘されている。つまり、自主法規説に立つ論者の多くが、経営罰を論ずる場合には「自主法規」としての経営協定について語りながら、経営

協定の本質を論ずる場合には、その規範的効力を国家の授権に置く契約ないし協定として捉えているといふのである。<sup>(11)</sup> たとえばニッパードイは、一方で経営協定の本質は自主法規ではなく契約であるとしながら、他方では経営罰を自主法規罰として性格づけている。<sup>(12)</sup> 経営協定を集团的な契約ないし協定として捉えるならば、それによって定められる経営罰もまた契約によって説明することが論理的に一貫している。これに対して自主法規説の立場からは、経営協定の本質と経営罰の性質とは直接結び付くものではないとの反論がなされているが、その趣旨は明らかでない。<sup>(13)</sup>

自主法規説は、主要なものだけでも以上のような理論的問題点を伴い、多くの批判を免れないものであった。しかし自主法規説の意義を正しく評価するには、単にそのみにとどまらず、更にその実際的な解釈論上の帰結についても検討する必要がある。このことは、後に経営罰法理の具体的展開についての考察を通じて明らかとなるであろう。

(1) Schnorr, Gerhart, Bemerkungen zum Disziplinarrecht des Arbeitgebers, RDA 1968 S. 453; Leinemann, AnR 1970 S. 136f. なお、経営における自治的法制定機能・経営罰権能のトレーガーをめぐっては、自主法規説の内部でも見解の相違があることは、既に指摘したとおりである(特にガルパリンの見解を参照)。

(2) Iselc, JZ 1968 S. 339; Luhmann, S. 70ff.

(3) Leinemann, AnR 1970 S. 139; Luhmann, S. 72ff.

(4) つまり、ゲノッセンシャフト理論は、共同体の内部生活の法社会学的確認を独自の団体自治によって置き換え、それによって社会的集団において用いられる処罰権力を法的にも確保するためのものにほかならず、そこでは事実認識と法的妥当性の間の評価過程が欠落し、いわば社会学的認識と規範的妥当性の混同が見られるというものである。Vgl. Luhmann, S. 81ff.

(5) Vgl. Schumann, S. 332ff. 西ドイツにおける「経営自治」の理解について、ここで立ち入った検討をする余裕はない。他の機会に改めて検討を加えたいと思う。

(6) Dietz, Urteilsanmerkung, AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Betriebsruhe; Schumann, S. 329f.

(7) 経営罰権限の実定法上の認容規定として経営組織法第八七条第一項第一号に依拠する限り、その対象は同法にいう「労働

者」に限られ、しかもそれがいわゆる管理職員を含まないことについては、前項において指摘した。

(8) この点に関して興味深い提案がロイスによりなされてゐる (Reuß, Betriebsjustiz und Demokratisierung der Gesellschaft, in: *Demokratie und Verwaltung*, Speyer/Berlin 1972 S. 517, 529f.)。彼は、経営罰が自治的経営団体の自治権から派生し、経営の秩序維持を目的とする制裁であるならば、同じように経営の構成員である使用者ないし管理職員の類似の行為がそのような制裁を免れることは平等原則 (基本法第五条) に反するとし、経営罰規定が経営組織法第五七条 (旧法。現行第八八条) に基づく任意の経営協定によって定められるべきものと解することにより、使用者および管理職員をもその対象とすべきことを主張する。このような主張の背景には、おそらく経営罰が使用者の個人的権能ではなく、あくまで自治的な経営団体そのものに帰属する権能であるとの理解があるものと思われる。しかしながら、任意の経営協定は使用者および経営協議会の完全な合意を条件とし (調停機関の関与も、個別的に合意され、あるいは一方の申立てで足りることが事前に同意されていることを要する。その点に、義務的共同決定に基づく経営協定と、任意の経営協定の差異がある。)、一方当事者の拒否があれば成立しないのであって、使用者が進んで経営罰権限に服することは現実には考えにくいことからしても、結局ロイスの見解は単なる机上の空論と言わざるをえないであろう。

(9) この点、ハーシェルが経営罰の法的根拠を経営自治に求めながらその行使を使用者の機能とすることは (前掲のハーシェルの見解を参照)、一つには経営罰の経営自治に基づく理論構成とその現実の発現態様を調和させようとの意図によるものとも思われる。しかし経営罰行使が何故に使用者の機能でなければならないのかについての説得的な説明がなされていない以上、やはり使用者の経営罰権限を経営のそれによって結果的に正当化するものにすぎないとの批判を免れないであろう。

(10) 経営協定の本質をめぐっては、それを集团的契約ないし協定として捉え、その規範的効力の基礎を国家の授權に求める見解と、経営を一種の自治的団体として捉え、経営協定をその固有の自治に基づく経営の自主法規として理解する見解が対立し、前者が多数説・判例とされてきた。Vgl. Dietz/Richardi, BetrVG S. 800f. なお、ドイツにおける経営協定理論の一端については、横井芳弘「経営協定の本質に関する若干の考察——Götz Hneck の所説」法学新報六一巻二号、「経営協定の本質」

法学新報六一巻一―二号を参照。

- (11) Luhmann, S. 78ff. また、シュタットラーおよびカンマンは、このような批判の上に、後述の集团的協定説を唱えた。
- (12) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 127ff. und S. 1378 同(1)に於て、ノイマン (Luhmann/Rohmer, 12. Aufl., Bd. II, Vorbem. §§ 134a-134h Rdz. 31 und Neumann, Rda 1968 S. 253) 等よりの見解 (Reuß, a. a. O., S. 527f. und ders. AuR 1968 S. 127) に對しては、Luhmann, S. 79)。
- (13) Harbeck, AuR 1971, S. 178

### 三 集团的協定説

この見解は、経営罰の法的性質については秩序罰として捉えながら、他方で経営協定を契約ないし集团的協定として理解することから、経営罰が団体罰に類似した自主法規罰であることを否定し、むしろそれはそのような集团的協定に基づく独自の制裁制度として理解すべきだとするものである。シュタットラーおよびカンマンの主張にかかる。

まずシュタットラー<sup>(1)</sup>は、経営協定の本質については多数説に従い契約ないしは契約の原則に基礎を置く協定であり、経営罰は少なくともその限りでは契約としての経営協定・労働協約の範囲内で存在するとしながら、同時に経営罰を違約罰に解消することを否定し、それはむしろ固有の種類の法制度として理解すべきだと主張した。ところがシュタットラーは、それに続いて、経営罰は初め実務において形成され、今日では「経営の秩序維持のための、慣習法上認められ、契約に基づいた措置」であるとしている。ここにおいて彼の見解は極めて捕捉し難いものとなる<sup>(2)</sup>。しかも、経営罰の前提条件や限界については、労働関係並びに経営ないし経営協同体または(BAGのいう)経営団体の意味と目的から導かねばならないと述べるに至っては、その非論理性は一層明らかである。結局シュタットラーの見解は、経営協定の本質論と経営罰法理の間の論理的・一貫性を意識的に維持しようとする点では意義を有するものの、未だ経

営罰理論として十分に詰められたものとは言い難い。経営罰の個別問題に関する具体的帰結についても、多数説のそれと大差なく、むしろそれを積極的に認容しているのである。

これに対してカンマン<sup>(4)</sup>は、基本的理解についてはシュタットラーに賛成しながら、慣習法による根拠づけは問題としていない。ここでは経営協定は自主法規ではないことが強調され、経営罰は秩序維持のための措置であり、それは使用者および経営協議会の意思の一致によりもたらされる契約に基づく固有の種類の法制度であることが主張されるにとどまる。また、カンマンにおいても、経営罰をめぐる具体的解釈問題については多数説の結論に接近する。

集団的協定説が経営協定を契約ないし協定として捉え、経営罰が契約に基づくことでは、次に見る契約説の理解と同一である。しかし、契約説との類似性はほとんどそれに尽きる。集団的協定説にとって、経営罰は違約罰とは区別され、秩序罰たる性格を有する「固有の種類の法制度」なのであり、経営罰を違約罰として捉え、その観点から経営罰の解釈論を展開する契約説とは明確に一線を画し、むしろその点では自主法規説に接近するものである。その意味では、一種の折衷的見解とも言いうるであろう。

- (1) Stadler, Hubert, Voraussetzungen und Grenzen von Betriebsbünden, BB 1968 S. 801
- (2) Stadler, BB 1968 S. 802
- (3) 経営罰が集団的契約ないし協定に基づくというのであればあえて慣習法を持ち出すまでもなく、逆もまた同様であろう。あるいは、シュタットラーの見解は、経営罰の直接的根拠については集団的契約・協定に求めながら、経営罰制度そのものの合法性の根拠として慣習法に言及するものかとも思われるが、定かではない。
- (4) Kammann, Karl-Udo, Zulässigkeit von Betriebsbünden, DB 1969 S. 2132

#### 四 契約説

## 1 序説

経営罰を基本的には違約罰として捉え、その法的根拠を労働契約に求める契約説の立場は、現在においては少数説とされる。しかしそれは「経営内司法」をめぐる論争を通じて終始有力に主張され、しかも徐々に賛同者を増しつつあるように思われる。また、契約説そのものは古くから主張され、ワイマール時代には多数説の地位を占めていたことは既に指摘したところであるが、そのような契約説と現在の契約説を単純に同一視することは危険である。契約説自体、今回の論争を通じて理論的に深化したものとなっているからである。<sup>(1)</sup>

更に最近の西ドイツにおける経営罰をめぐる議論の中で特に注目したいのが、従来の経営論には見られない独特の問題意識と方法による新たな見解の出現である。このうちルーマンのそれは、基本的には契約説的理解に立ちながら、契約法理に依拠することによって積極的にその対象を限定づけようとするものであり、新契約説とも呼ぶべき見解である。また、シューマンは、おそらくはドイツでは初めて経営罰の全面的否定説というべきものを提起した。この見解は、もとより従来の見解とは別個に分類すべきものであるが、その大きな特徴は違約罰としての経営罰の存在を実質的に否定する論理過程にあると思われるので、併せてここで取り上げることにした。

- (1) 契約説に立つ主要な見解としては、次のようなものがあつた。Baur, Fritz, Betriebsjustiz, JZ 1965 S. 163; Dietz/Richardi, *Betriebsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., S. 979ff.; Dietz/Richardi, *Bundespersonalvertretungsgesetz*, 2. Aufl., Bd. 2, S. 1120ff.; Galperin, H./Löwisch, M., *Betriebsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., Bd. 2, S. 175ff.; Gaul, Dieter, Betriebsjustiz als zulässige Konkurrenz der Rechtspflege? DB 1965 S. 665; Gelder, A./Leinemann, W., *Übungen im Arbeitsrecht*, Berlin 1971; Leinemann, Wolfgang, Betriebsbußen——Betriebs- oder Vertragsstrafen? AuR 970 S. 134; Löwisch, Manfred, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe im Arbeitsrecht, AuR 1970 S. 261; Luhnmann, Ulrich, *Betriebsjustiz und Rechtsstaat*, Heidelberg 1975; Schnorr, Gerhard, Bemerkungen zum Disziplinarrecht des Arbeitgebers, RdA 1968 S.



452; Schwerdtner, Peter, *Arbeitsrecht I*, München 1976, S. 153ff.; Söllner, Alfred, *Einsseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis*, Mainz 1966; Wehnauer, Hermann, Vereinsstraße und Betriebsstraße, in: *Festschrift für Rudolf Reinhardt*, Köln 1972, S. 179; Zöllner, Wolfgang, *Betriebsjustiz*, ZZP 1970 S. 365

## 2 契約説の内容

(1) 経営罰の違約罰としての理解 契約説の主張のうち、自主法規説に対する批判については既に指摘した。そして逆に契約説は、自主法規説によって加えられる経営罰の本質——秩序罰（自主法規罰）か違約罰か——をめぐる批判に対して、秩序罰と違約罰の区別はほとんど意味がないという趣旨の反論を加えている。自主法規説は、先に見たように多くの点で秩序罰と違約罰を区別し、経営罰はまさに秩序罰としての性格を有すると主張するが、契約説はそのような区別自体を否定しようとするのである。

第一に、それらの目的に関して、経営罰は経営の秩序・安全の維持を目的とするのに対し、違約罰は債務者による契約上の義務の履行強制と債権者の損害賠償請求権確保を目的とするという自主法規説の主張については、ある概念は何らの目的をも持ちえず、いかなる目的が追求されるかは概念決定にとって重要な問題ではないとの反論が、契約説の側からなされる<sup>(1)</sup>。また、自主法規説は秩序・安全を維持するための秩序罰は契約によっては基礎づけられないとし、経営自治という独自の法的構成に依拠することの結果として、労働者の秩序維持義務と労働契約上の義務とを理論的に峻別し、違約罰をあくまでも労働契約上の主要義務についてのみ合意しうるものとする。しかしライネマンによれば、違約罰が契約上の付随義務、あるいは単なる作為・不作為自体について合意されうることには何らの妨げもない。しかも、経営罰の対象である経営秩序の紊乱として特徴づけられる労働者の行為は、実際には労働関係から生ずる労務提供義務に付随する義務の違反にほかならず、あくまで契約上の義務違反が問題なのだ<sup>(2)</sup>という。

なお、契約説は経営罰を違約罰として捉える反面、一般にそれが経営秩序の維持のために行使されるものであること自体は否定しない。しかし契約説にとって、このことは決して経営罰が一種の刑罰であること、あるいは契約によって一種の刑罰権限そのものを基礎づけるべきことを意味するものではない。かえって自主法規説が経営罰の独自性を説くためにその刑事罰類似の性格を強調することに對しては、それは私人による人的無価値判断を許容するものとして批判が加えられている<sup>(3)</sup>。

第二に、違約罰が一定の要件の充足によって当然に発生するのに対して、経営罰はその要件の存否や制裁の種類・程度を確定し言渡すという特別の手續が必要であるとの批判については、違約罰もまた、民法第三一五条または第三一七条により債権者たる使用者または第三者によってそのような確定手續がなされうるとの反論がなされる<sup>(4)</sup>。経営罰の行使を債権者または第三者による給付内容の決定の問題として捉えるものである。逆に契約説からは、自主法規説が経営罰の確定を問題とすることによって、かえってそれが使用者の労働者に対する給付請求権を発生させるものであることを曖昧にするとの批判がなされている<sup>(5)</sup>。契約説にとって、経営罰はあくまで労働者が契約上の義務に違反した場合の一定の給付義務の発生として捉えられるのである。

第三に、経営罰の使途に關しても、それが経営の労働者の福祉のために使用されるべきことの要請はかつての法律上の規制に基づくものであり、現在はそのような法規定は存在しないものの、使用者が経営罰として徴収した金員を第三者に引渡すことは自由であるとされる<sup>(6)</sup>。

このように秩序罰と違約罰の区別を否定しようとする契約説にとって、最も困難をきたし、またその理論的一貫性を脅かすものが、経営罰の形態に關する批判であらう。つまり、民法上の違約罰が金銭その他の「給付」を内容とすることから、経営罰の主要な形態である戒告・譴責などについては違約罰としての説明がつかないとの批判である。

契約説の中には、それについてもあくまで違約罰の法範疇によって処理しようとする見解もあるが、結局それは「給付」の意義を軽視するか、さもなければそれに全く異質の要素を持ち込むことにならざるをえない。たとえばライネマンは、戒告・譴責は民法にいう「給付」ではないが、それが経営罰として合意されることはその言渡によって生ずる債権者の人格権侵害の正当化事由であり、労働者はそれについて受忍 (Dulden) の義務を負うという。<sup>(7)</sup> またホルシッツは、戒告・譴責を異議なく受け容れること自体が「給付」であるとしている。<sup>(8)</sup> これに対して他の契約説の見解においては、戒告・譴責は労働者の債務不履行または不完全履行についての使用者の債権者としての立場からの「警告」(Abmahnung) の行使にはかならないとして、違約罰概念による統一的把握そのものを放棄している。<sup>(9)</sup>

以上の検討からも明らかのように、契約説の立場において違約罰として理解されているものは、自主法規説が秩序罰と違約罰を対比することによって契約説批判の論拠とする場合の違約罰の理解とは大きく異なっている。自主法規説のいう違約罰が民法上の違約罰規定によって予定された最も典型的ないし純粹な概念であるのに対し、契約説が経営罰を特徴づける場合の違約罰とは、その目的、機能、要件、手続など多くの点ではるかに緩やかな概念なのである。<sup>(10)</sup>

(2) 経営罰に関する合意と経営協定 契約説は、右のように違約罰が経営罰としての諸性質を伴いうることを論ずるほか、自主法規説のように経営を自治的団体として捉え、経営罰を経営自治によって根拠づけることを否定し、結局経営罰の法律構成としては契約法理によるだけで必要かつ十分であると主張する。<sup>(11)</sup> ただしそのことは、経営罰が個別労働契約上の労使間の合意によって根拠づけられうるものであることを意味しない。むしろ営業法、経営協議会法などの立法の沿革からも、経営罰としての違約罰に関する限り個別労働契約による合意は排除され、経営協定ないし労働協約による合意のみが可能とされている。<sup>(12)</sup> 従ってその意味では、経営罰の形式的根拠に関する限り、自主法規説・集団的協定説と契約説との間に結論上の差異は存在しない。

その反面、契約説の理論的帰結として、経営罰権限の法的主体は決して自治的な経営団体や経営ないし経営協同体そのものではありえず、あくまで使用者である。そのことは、経営罰権限を使用者の指揮命令権の一環ないしはそれを補充するものとして理解し、その観点からの法的規制を持ち込むこと、また、経営協議会の関与が決して経営団体の機関としての地位によるものではなく、あくまで共同決定権を通じて使用者の権能を制約するものとして捉えられ(13)ることの前提でもある。

(1) Leinemann, AuR 1970 S. 140 すべて概念規定はその概念自体の要素によってなされるべきもので、それによって人が追求する目的にかかわるものではないとしよう。

(2) Leinemann, AuR 1970 S. 141; Dietz/Richardt, BetrVG, S. 984

(3) Zöllner, ZZP 1970 S. 375ff.; Gaul, DB 1965 S. 669 ただし、ライネマンは、戒告・譴責についての合意が労働者の人格権侵害の正当化事由であるとす(Leinemann, AuR 1970 S. 141)が、そのことよって経営罰が私的刑罰としての性格を有するものであることを認めようとする趣旨かは明らかでない。

(4) Baur, JZ 1965 S. 166; Leinemann, AuR 1970 S. 141; Söllner, a. a. O., S. 108; ders., JZ 1966 S. 801 ただし、このうちゼルナーは、経営罰が民法上の違約罰たることを否定している。しかしいすれにせよそれは労働者にとって一種の賃金喪失を意味するとし、そのことを使用者による給付決定に関する形成権の問題として説明している。なお、ここで民法三二五条以下が援用されることは、債権者または第三者による給付決定が正当性(Billigkeit)を欠くときはその決定が裁判所によってなされることになり(民法第三一七、三一九条)、その限りで経営罰に関する司法審査の可能性が開かれる点でも意義があると思われる。

(5) Leinemann, AuR 1970 S. 141

(6) *ibid.*

(7) *ibid.*

- (8) Horschitz, Harald, *Atypische Vertragsstrafen*, NJW 1973 S. 1959
- (9) Dietz/Richardi, *BetrVG*, S. 984; Gaul, *DB* 1965 S. 666
- (10) この点に関してホルシッツは、違約罰を典型的違約罰と非典型的違約罰(atypische Vertragsstrafe)とに区別することによって、契約説の立場を代弁している(Horschitz, NJW 1973 S. 1958ff.)。すなわち、典型的違約罰とは民法によって規定される一つの理念型としての違約罰であり、自主法規説が前提とするものもまさにそのような限定された違約罰であるのに対し、契約当事者は契約自由の原則に基づいて、強行法規に反せず、あるいは一方当事者による濫用的方法での任意法規の排除と認められない限り、違約罰についても内容形成の自由が承認されるのであり、それが非典型的違約罰であるという。そのようなものとしてホルシッツは、違約罰がたとえば債務者の有責を要件となしうることを、刑罰目的を伴いうることを、特別の機関による確定にかかわらずしめうることを指摘している。しかし同時にこのようにして違約罰の要件や内容を拡張し、経営罰のそれに安易に適合させようとすることに対しては、ルーマンにより、違約罰をあくまで賠償的機能によって捉え、財産的制裁に限定することによって、それを私的刑罰の制度から解放することを目的とした従来の努力(Vgl. Oertmann, *Zur Lehre von der Vertragsstrafe*, *Das Recht* 1913 Sp. 186; Böttcher, Eduard, *Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, ZfA 1970 S. 3)と真向から対立するものであるとの批判がなされている(Luhmann, S. 131ff.)。
- (11) 契約説は、広い意味では経営罰が契約に法的基礎を置くとする見解を総称するものであり、個々の見解の内容を仔細に見れば当然にその説くところは多様である。たとえば、経営罰が民法上の違約罰であることを否定し、それを使用者による給付決定行為として説明するセルナー(注(4)(参照)や、労働契約に基づく使用者の命令権によって説明するシュノー(Schnorr, *RdA* 1968 S. 452)などの見解も見られる。しかしここでは論述が煩瑣となることを避けるため、それらの見解の詳細には立ち入ることは省略した。
- (12) Dietz/Richardi, *BetrVG*, S. 988f.
- (13) Schnorr, *RdA* 1968 S. 452; Löwisch, *AnR* 1970 S. 261

### 3 契約説をめぐる新たな理論的動向

## (1) ルーマンによる新契約説

基本的には経営罰の法的基礎を労働契約に求めながら、同時に従前の契約説に対しても批判を加え、独自の経営罰法理を提唱するものにルーマンの見解がある<sup>(1)</sup>。

ルーマンはまず、自主法規説に対する批判を通じて、それは現実に経営において見出される経営罰権限の現象を法的に性格づけ、組み込むことに終始し、その現行法上の許容性という基本的問題を回避してしまつたとするが、同様のことは多くの契約説の論者にもあてはまるといふ(Luhmann, S. 80 f.)。そして彼がそのような経営罰の法的許容性を検討するための基本的視点として捉えるものが、契約法の秩序原則(Ordnungsgrundsätze des Vertragsrechts)である。すなわち、経営罰の形態はそれぞれ契約法上基礎づけられ、規制された法律制度に組み込まれるべきものであることから、逆にその法的許容性もまた、その基礎となる法律制度の許容範囲によって定まるといふものである<sup>(2)</sup>。従つてそこで志向されるものは、決して現実の経営罰のあらゆる形態を違約罰制度の下で強引に把握することではなく、あくまで経営罰の個別的形態ごとに、契約の領域で可能な種々の法形式の基準に従い、その許容性を限界づけることにあつる(Luhmann, S. 105 f.)。

ルーマンは、このような基本的視点に立ち、戒告・譴責、解雇、制裁金の三種類の制裁形態について具体的検討を加えている。

まず戒告および譴責について、それはすべての契約関係において許される契約違反に対する抗議権ないし忠告権(Rügerecht)としての、使用者による「警告」(Abmahnung)としてのみ可能である<sup>(3)</sup>。従つて、戒告・譴責は、そのような契約上の「警告」権の限界性を当然に内包している。第一に、戒告・譴責が人的無価値判断としての刑罰的性格を伴うことが否定され、第二にそれは契約上の義務違反に対してのみ許される(Luhmann, S. 107 f.)。

次に解雇が取り上げられ、そこでは解雇もまた経営罰たりうるとするハーシェル、マイヤーコーディンクらの見解を批判し、解雇はあくまで労働契約上の解約告知権の行使であり、特別の経営罰機能としての解雇は認められないとの主張がなされるが (Luhmann, S. 123f.)、この点については後に改めて触れる (後掲第二節二二参照)。

ルーマンが最も重視し、かつ詳細な議論を展開しているのが制裁金である。先に指摘した彼の基本的視点は、ここにおいて最も明瞭に現われる。

そこではまず、従来の違約罰理論の検討を通じて、違約罰が一方で損害の立証を要しないことによる包括的な利益補償の機能を有し、他方で圧力と威嚇による予防的機能を有することを指摘し (Luhmann, S. 132ff.)、かつその場合の「利益」(独民法第三四三条)とは損害賠償法上の利益、すなわち財産的利益および金銭的損害に表わしうる精神的利益として理解すべきだと主張する (Luhmann, S. 144ff.)。従って、違約罰においても原則として損害賠償法における損害填補の原則 (Ausgleichsprinzip) に従わねばならないことになるが、<sup>(4)</sup>ただ違約罰の場合にはそれは必ずしも厳密な意味では貫徹されず、付随的な予防的效果を越えて、利益実現のための威嚇的圧力手段として定められることもできる。そのことは、債務者による損害の不発生の反証を遮断することによって実現されるものである。とはいえ、ルーマンにとってそれも決して無制限ではありえず、その場合にもあくまで損害賠償法理との関連性が維持されねばならないとする。そしてそれは、潜在的な損害の発生によって確保される。すなわち、違約罰は債務者の義務違反行為が債権者の利益に損害を生ぜしめうるような性質のものである場合にのみ合意されうるというのである。ルーマンは、そのような意味での違約罰、従って制裁金の保護対象たる利益を「損害法上重要な利益 (ein schadenrechtlich relevantes Interesse)」(Luhmann, S. 151)と呼んでいる。それが、彼の指摘する制裁金の限界性の基準である。

そこで問題は、このようなルーマンによる理解が実際にはいかなる意義を有するかであるが、それは具体的にいか

なる労働者の行為が制裁金の対象となりうるかについての彼の理解を見ることによって明らかとなるであろう。

まず、当該行為が現実使用者に対して損害をもたらし、もしくはもたらしうるものである限り、制裁金の対象となしうることは否定されない。たとえば、労働時間遵守義務違反、職務懈怠などはそれに伴う損害の立証がしばしば困難となるが、まさにそのことの故に、違約罰の「修正された損害填補機能」がその意義を発揮するという。このほかに、労働者財産の窃盗<sup>(5)</sup>、詐欺、企業秘密の暴露、二重就職、禁煙違反、企業の信用を害する発言、差迫った損害の危険を告知する義務の懈怠などが、使用者に損害を生ぜしめうる行為として制裁金の対象となりうるとしている(Luhmann, S. 153ff.)。

これに対して、使用者に財産的損害をもたらさないような労働者の行為については事情が異なる。具体的には経営内規則によって定められる秩序維持に関する義務違反、たとえば上司や同僚に対する侮辱、風紀紊乱行為、宣伝活動、個人的なビラの掲示、証明書の不携帯、政治活動の禁止違反などである。ルーマンによれば、そのような場合に問題となる使用者の利益とは、その物的な所有者の支配の帰結としてのみ存在するにすぎない経営秩序に対する観念的利益(彼のいう秩序利益 Ordnungszinteresse)であって、損害賠償法的な重要性は物的支配の侵害にのみ存し、それが財産的損害を生ぜしめる限りでは制裁金の対象となとしても、そのような損害からの間接的結果にすぎない観念的秩序利益の侵害それ自体は独自の損害賠償法的意味を有せず、従ってそのような利益の侵害を理由とする制裁金の行使も許されないという(Luhmann, S. 156ff.)。これによって、右に掲げた具体的行為に対する制裁金の行使は、使用者に対する侮辱的言辞のようにその観念的利益を直接侵害する場合を除き、ほとんど否定されることになるだけでなく、秩序違反、良俗違反、経営平和紊乱などを包括的に禁止する一般条項も、その観点からの制約を受けることにな

29 (Luhmann, S. 164ff.)。



以上のように、ルーマンによれば、従来一般に経営罰の対象と考えられてきた多くの行為、特に使用者に対する損害の発生を伴わない経営秩序紊乱行為が制裁金の対象から除外されることになる。しかもそれは、制裁金を違約罰として捉えることの論理的帰結として論じられるのである。このようなルーマンの試みは、従来の経営罰理論、もちろん契約説の中にも見られないものであり、経営罰の法的許容性を積極的に限界づけようとする基本的視点とも併せて、注目に値するものと思われる。

さて、ルーマンに対しては、その後ハーシェルによって自主法規説の立場からの批判がなされたが、ここでは特に、ルーマンの見解の意義および理論構成に関して以下の点を指摘しておきたい。

第一に、ルーマンの語る経営罰の許容性の限界とは、あくまで特殊化され、それ自体限定されたものであり、経営罰さらにはその他の制裁措置をも含めた統一的な限界性ではないという点である。ルーマンが最も重視し、詳細な論述を展開している経営罰の「損害法上重要な利益」に基づく限界性はあくまで制裁金に関するものであり、戒告・譴責や解雇にはかかわりなく、その他停職処分<sup>(7)</sup>のような措置についても妥当しない (Tuhmann, S. 150f.)。ルーマンの理論は、制裁金以外の措置についての制約理論が全く不十分なものであることもあって、実質的には制裁金制約法理としての意義しか有していないのである。

第二に、その場合にルーマンが依拠するものはあくまで一般的な契約法上の制度・措置であり、それについて既に形成された法理であって、経営罰についての特殊な契機、とりわけそれが現実の労使関係において果たす実際の機能をふまえた、労働法的原理もしくは労働契約の特質に基づく制的法理ではない。しかもその場合の契約法理さえも、ともすれば固定的なものとして捉えられ、その結果その経営罰に対するあてはめも、極めて概念的・形式的な手法に終始しているように思われる。その意味で、そこで見られるものは、確かに独自の経営罰法理ではあっても、経営罰

に固有の法理ではない。

第三に、ルーマンが特に重視する制裁金の許容性の限界に関する論理展開についても、一つの重要な問題点を指摘しておきたい。ルーマンはそのために、損害賠償法は損害填補ないし回復の原則に支配され、刑罰的目的は二次的効果として働くにすぎないことを論証した (Luhmann, S. 132ff.) のち、損害賠償法と違約罰法理を結び付けるための接点として独民法第三四三条を持ち出し、同条にいう「正当な利益」とは、同法の全体的な趣旨からすれば、損害法上の利益と解すべきだとする (Luhmann, S. 147)。しかし、その間の論証は極めて不十分なものというほかはない。そこで述べられることは、せいぜい、債権者の利益が違約罰金額の相当性の基準を演ずるとすれば、それは債権者が債務者の作為または不作為義務に対して一定の価値関係 (Wertbeziehung) を有することを前提とするのであり、この価値関係とは財産法的なものであることも観念的なものであることもできるが、いずれにせよそれは金銭的価値として表現されるものであるというにすぎない。従って、一部の契約説が、契約自由の原則により民法上の制度とは別の (契約に基づくという意味での) 違約罰<sup>(9)</sup>の存在を認めることに対して、ルーマンが、民法第三四三条第二項により同条第一項にいう債権者の正当な利益がすべての違約罰の基準となるとすることによって、それもまた「損害賠償法上の重要な利益」に結び付けようとする (Luhmann, S. 150f.) こともまた、説得力を欠いたものとなる。損害賠償法理と違約罰法理の接合はまさにルーマンの経営罰法理の核心であるだけに、その間の論旨の不明確さは彼の理論の致命的な欠陥として批判されねばならないであろう。

(1) Luhmann, Ulrich, *Betriebsjustiz und Rechtsstaat*, Heidelberg 1975

(2) この点については、本節四の注(10)を参照。

(3) それは、債務者に対して契約違反の事実とそれに結び付いた法的効果(特に解雇)を提示し、あるいはそのような法的効

果を導くための前提条件を満たすための手段としての意味を有している。また、これによって戒告・譴責は使用者の指揮命令権とは明確に区別され、一部の契約説のように経営罰を使用者の命令権の一部として捉える見解（たとえば Schnorr, RDA S. 454）は明確に否定される。使用者の指揮命令権は、労働契約によっては原則的にしか確定されていない労務提供義務（それには経営における労働者の秩序に従った行動も含まれる）を具体化する機能を有するにすぎないからである（Luhmann, S. 108; Vgl. Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. 1, S. 158f.）。

(4) このことは、損害賠償、従って違約罰が、加害者に対する贖罪としての害悪ではなく、財産的損害の回復であることを意味する。それによって、違約罰が私的刑罰の制度に転化するのを否定するのである（Luhmann, S. 148）。

(5) 労働者財産の窃盗がいかなる意味で使用者に損害をもたらしうるのか疑問もあるが、ルーマンは、それは使用者に直接損害を生ぜしめるものではないとしながら、使用者が契約上の配慮義務（Fürsorgpflicht）に基づいて被害を受けた労働者に対して賠償義務を負うことを理由に、使用者の「損害賠償法上重要な利益」の存在を認めうる（Luhmann, S. 153）。

(6) Herschel, Betriebsjustiz und Rechtsstaat—eine Antikritik, BB 1975, S. 1209ff. ところで、たとえば、国家以外に法の制定はなしえないという誤った自由主義理論に基づくものであること、対象の組織法的考察方法が必要なところに、あまりに解剖学的・原子論的方法を持ち込むものであること、経営の真の本質を理解しないものであること、などの点が指摘されている。

(7) 戒告・譴責は、労働者の行為が労働契約上の義務違反と評価される限りですべてのものに対して向けられる。しかもルーマンにあっては、戒告・譴責は通説・判例の認める経営罰に関する一般的要件や法的規制から除外されることとなり、とりわけ経営罰としての観点からの経営協議会による共同決定や裁判所による司法審査も及ばないことになる。また、解雇についてもそれはあくまで解約告知権の行使として一般の解雇法理に従って法的に評価すべきものであり、解雇を経営罰機能に含ましめることにより、その拡張をもたらすことは許されないとするにすぎない。

(8) ルーマンによれば、停職は、使用者に対して信義則上労働者の継続雇用を一時的に期待しえない場合に許されるものであり、制裁金のように「損害賠償法上重要な利益」が侵害される場合には限られないという。また、ルーマンはその場合に停職

について特別の合意の必要性を問題としていない。

(9) デイツのいう「内容的に自由形成される違約罰 (inhaltlich frei gestaltete vertragliche Strafe)」(Dietz, Urteilsanmerkung, AP Nr. 1 zu §56 BetrVG)、ホルシッツのいう「非典型的違約罰」(本節四の注(10)参照)。

(2) シューマンによる経営罰否定説 ドイツにおける長年にわたる経営罰をめぐる議論の中で、おそらくは初めて本格的な経営罰否定論を展開する見解として、シューマンのそれがある。<sup>(1)</sup> 従来の経営罰理論が経営罰の原則的合法性と合理性を当然の前提とした上でその法的根拠や要件等を論じてきたのに対し、シューマンはそのような議論の前提そのものを覆えそうとするのである。

シューマンはまず、従来の経営罰理論のうち多数説・判例の掲げる論拠をいずれも否定している (Schumann, S. 324) が、ここでは立入らない。むしろ彼の理論の特徴は次の契約説に対する批判的検討の部分にあるからである。ここでは、違約罰としての経営罰が、その必要性・合理性の観点から法的に存在しうる可能性が問題とされる。すなわちシューマンにとって、違約罰としての経営罰は、労働者の行為が他の法制度による制裁的措置が予定される限りにおいて、その存在価値が否定されるというのである。具体的には、労働者の行為を下記のように分類して個別の検討を加えている (Schumann, S. 341-353)。

- ① 経営外行為 経営外行為が経営罰の対象たりえないことは現在の支配的見解であり、改めて問題とするまでもない。<sup>(2)</sup>
- ② 労働者の犯罪行為 経営外のもの①と同様であり、経営内でなされたものについても、そもそも刑法上の秩序維持は国民の一般的義務であり、そのことは労働契約が存在することによって影響を受けるものではないから、経営罰は認められない。もちろんそのことは、当該行為が同時に債務不履行や不法行為にあたるか否かと別個の問題である。
- ③ 損害発生を伴う労働者の非違行為
  - (a) 危険労働 (Gefahrgeneigte Arbeit) の場合には学説・判例上労働者の免責が認められており、そのような場合に経営罰を

行使することは、そのような免責を否定することになり、許されない。

(b) それ以外の場合は、労働者は原則として損害賠償義務を負う。しかし、損害賠償は損害填補機能のほかに予防・制裁機能をも有するものである以上、それと共に経営罰を科すことはできない。

④ 損害の発生を伴わない非違行為

(a) 業務遂行上の危険を伴わない(損害発生のない)行為 たえば非協調的な行為、不適切な言辞や服装などであるが、経営の運用を阻害するほどのものでない限り、それはたとえ不快なものであっても期待可能な範囲内のささいな偏向にすぎないから、経営罰は許されない。

(b) 業務遂行上の危険を伴う(損害発生を伴う)行為(損害発生の前段階の行為) それが労災防止のための公法的

処罰規定が適用される限りで、経営罰は許されない。また、使用者はその場合に、契約上の権利として「警告」(Abmahnung)および通常・非常の解雇をなしうる。

このような検討の結果として、シューマンによれば、違約罰としての経営罰が存在しうるのは、右の④・(b)のうち労災防止規定違反には該当しないような損害発生の前段階の行為であって、しかも解雇に相当するほどに重大ではないが、「警告」で済ますこともできない程度の重大性を伴う非違行為に限られるという。しかし、この最後に残された狭い範囲についても、次のような点を考慮すれば、結局独自の法制度を実現するだけの甲斐がないとする(Schimmann, S. 354ff.)。すなわち、第一に、経営罰はそれに関する合意が労使間の経済的不平等によってもたらされる場合ではなく、しかも労使関係の適切な規制のために必要なものである場合にはじめて許容されるものであること、第二にその準司法的処理から生ずる疑念であり、判例による経営罰に関する手続的要請<sup>(4)</sup>にもかかわらずそれが秘密手続として行われているという事実、第三に、たとえば労働事件についての仲裁裁判の禁止規定(労働裁判所法第一〇一条)に現われたような、社会的劣位者を私的裁判から保護するという手続法上の基本原則違反についての疑念<sup>(5)</sup>、以上の諸

点である。このようにしてシューマンは、最終的に経営罰の存在しうる余地は全く存在しないと結論づけるわけである (Schumann, S. 358)。

シューマンの見解は、右に見た違約罰としての経営罰に関する限り、労働者の非違行為に対して加えられる刑事罰、損害賠償などの法的措置が可能な限りにおいて、徹底した二重処罰の危険 (Gefahr der Doppelstrafung) の排除によって経営罰制度の法的許容性の範囲を限定し、残った部分についても独自の制度として積極的にその存在意義を認めることはできないとするものである。しかし、その結論はともかくとしても、その論旨にはしばしば独断と飛躍を伴うように思われる。立ち入った検討は省略するが、たとえば、労働者の行為が刑事罰や損害賠償の構成要件に該当することによって形式上それらの責任が追及されうるにすぎないことを捉えて、そのような行為に対して重ねて経営罰を行使することができないとすることは、いかにも論証不足の感を免れない。従来のほとんどすべての学説は、その法的根拠のいかんにかかわらず、経営罰が刑事罰や損害賠償とは全く異なる本質や目的を有する独自の法制度であることを認めてきたのであり、シューマンの主張がそのような理解を根底から覆すだけの十分な論拠を提示しているとは言い難いであろう。

シューマンの見解は、従来の経営罰に比してあまりに特異的であり、それが西ドイツ経営罰法理に広く受け容れる可能性は小さい<sup>(6)</sup>。しかし、少なくともそれは、経営罰の法的許容性に関してその独自の合理性・必要性という観点からの限界づけという評価視点を提起するものである点で、積極的に評価すべきものであるように思われる。なお、シューマンによる経営罰否定論も、その対象はあくまで制裁金を中心とした経営罰であって、解雇やその他の契約上の措置をも含めた広範な否定論ではない点に留意する必要がある。

(1) Schumann, Ekkehard, Abschied von der Betriebsjustiz, *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, München 1972, S. 323

(2) しかし、通説の見解が経営罰は企業外の行為には及びえないとするのはあくまで原則論であって、シューマンのように単純に割り切れるかどうかは疑問である。

(3) シューマンはその際、立法による経済的不平等者間における違約罰合意の制限の傾向を指摘する。たとえば、独民法第五五〇条aによる貸借関係における違約罰合意の禁止である。

(4) 本章第三節二参照。

(5) シューマンによれば、そのような疑念は、国家の裁判所が最終的審査を行なうが故に「経営内司法」は裁判ではないという論拠によって否定されるものではなく、むしろその故にこそ私的裁判制度の正当性は存在しないという。まさにそのような司法審査が保障されていないことに、私人が私人に対して刑罰を言渡す理由があるということを指摘している。

(6) シューマンの見解に賛意を示し、従来の経営罰の法的根拠に関する論拠のすべてに疑問を提示するものとして、Michels, H. P./Derhofer, H./Rose, G., *Sanktionierende und präventive Ordnungsmaßnahmen, Arbeitsrecht der Gegenwart*, vol. 20 (1981), S. 19 があげられる。

## 第二節 経営罰の形態および対象

### 一 序説

第一章の冒頭でも指摘したように、西ドイツにおける労使間の懲戒に関する議論は経営罰という特殊な概念をめぐってなされるものである。それは、わが国で通常用いられる懲戒の概念とは形態においても、また対象においても著しく異なっている。この経営罰の意義を正確に把握することなしには、西ドイツにおける懲戒法理を正しく理解することはできない。

経営罰をその形態上の特質という観点から見た場合に最も問題となるのは、それと使用者が契約上とりうる措置と

の区別である。現在の多数説によれば、経営罰としての制裁金が違約罰（違約金）と区別されることは既に見たとおりであるが、そのほかにも解雇が経営罰に含まれるか否かは古くから論じられた問題である。わが国では、懲戒解雇が懲戒措置であることは自明のこととされ、懲戒権の法的根拠をめぐる議論も懲戒解雇の問題が発端の一つとなり、それを中心に論じられたのであるが、ドイツでは一貫して解雇は経営罰ではないとすることが多数説・判例の採るところとなっており、少なくとも経営罰をめぐる法的議論の前提としては、解雇は考慮の外に置かれていると言ってよい。解雇以外の使用者の契約上の措置についても同様のことがあてはまる。

次に経営罰の対象については、従来の議論はともすれば一般的・抽象的な内容のものにとどまり、個別的な経営罰事由ごとにその限界が論じられることは決して多くはない。むしろ、そのような問題関心に立って経営罰法理を論ずること自体、従来の議論においてはまれであつたと言ふべきであろう。<sup>(1)</sup>従って、ここでの検討も、他の問題に比べて相対的に内容の乏しいものとならざるをえない。逆にそのような理論状況の中で、従来学説・判例上の問題関心を惹いてきたものが、経営罰が一般に経営秩序維持のためにその違反に対して科される制裁と解されることとの関連で、経営秩序違反と契約上の義務違反との区別の問題である。このことは、単に契約上の措置とは区別された経営罰の対象を確定するための基準にとどまらず、経営罰と契約上の措置の区別そのものについての基準としての意味をも有するものであることに留意する必要がある。経営罰の形態と対象の問題は、その点でまさに不可分のものとして論じられているのである。

(1) この点で、先に紹介したルーマンおよびシューマンが、労働者の具体的行為形態を類型化しながら経営罰の限界を論じていることは、従来の経営罰法理の方法論そのものに対する批判という意味からも注目されるものである。



## 二 経営罰の形態

### 1 経営罰の具体的形態と経営罰理論

経営罰の具体的形態は、経営罰理論から直接間接に演繹されるものではなく、もっぱら経営の実務に委ねられた問題である。かつての営業法第一三四条bは、名譽感情を害し、良俗に反する制裁を禁じていた。この規定は現在ではもはや存在しないものの、その趣旨が今日でも妥当すべきことは自明のこととされ、名譽刑 (Ehrenstrafen) の問題として論じられている。学説上は、特に被処分者の氏名を揭示板に公表することは、人間の価値の尊厳という基本原則に反し、許されないとするものが多い<sup>(1)</sup>。また、旧営業法には金銭による制裁についてその金額および使途に関する制限規定が存在したが<sup>(2)</sup>、それは現在においてもなお慣習法的に経営罰を規制するものと解されている<sup>(3)</sup>。

このような基本的制約はあるものの、経営罰の形態を限定的に列挙するような実上法上の規定は存在せず、実務においては極めて多様な制裁形態が定められ、行使されている<sup>(4)</sup>。ところが、少なくとも経営罰理論の平面で見ると、経営罰の具体的形態として例示されるものは、戒告 (Verwarnung)、譴責 (Verweis)、制裁金 (Geldbuße) が主要なものであり、そのほかには経営内福利施設の利用制限があげられるにすぎない<sup>(5)</sup>。これに対して、解雇をはじめとして配転 (Versetzung)、降格 (Rückstufung) などは、一部には反対があるものの、多数説・判例によれば経営罰とは解されていない (後掲<sup>2</sup>、<sup>3</sup>参照)。従って、西ドイツにおける経営罰理論は、決して実務上労働者に対して制裁として行使される多様な措置をことごとく経営罰の概念によって包摂し、それについての法的根拠その他の問題を論ずるものではない。そしてここに、西ドイツ経営罰法理とわが国の懲戒法理における理論的前提に関する決定的差異を見出すことができると思われる。すなわち、あえて誤解を恐れず言うならば、西ドイツ労働法学において、使用者が現実に制裁ないし懲戒として行使する措置を包括するものとしての「懲戒」という法的概念は存在せず、従ってそのよ

うな措置を行使する法的権能としての「懲戒権」に関するわが国で一般的に見られるような法理論も存在しないのである。

(1) Koch, BB 1954 S. 566; Zöhrer, ZfP 1970, S. 376; Dietz/Richardi, BetrVG, S. 986; 以下に同じ。LAG Bayern, Beschl. v. 20. 1. 1970, DB 1970 S. 888 は、即時解雇された者の氏名を掲示板に公表することについて、それは経営罰であるとした上で、それが許されるためには、経営協議会の共同決定と経営規則上の定めを条件とするものと判示している。結果的にはそのような定めが存在しなかったことを理由として当該措置は許されないとしたものであるが、抽象的には氏名の公表が経営罰として可能であることを前提としている。

(2) 第二章第一節一参照。また、ナチス時代の国民労働秩序法にも同様の制限規定が存在した。第二章第三節一参照。

(3) Koch, BB 1954 S. 566; Herbst, BB 1965 S. 421 「慣習法」を根拠とするか否かは別としても、結果的にそのような制限を認めることは現在の通説と言わなければならない。Vgl. Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1378; Dietz/Richardi, BetrVG, S. 988

(4) Vgl. Kaiser/Metzger-Pregizer, S. 174。そこでは、解雇の威嚇、口頭・書面の戒告・譴責、退職の勧告、経営内の配転、昇進・昇格の停止、降格、制裁金、福利施設利用の禁止などがあげられている。なお、解雇、とりわけ即時解雇については、それらの定めとは別個に、一定の事由が列挙されることが多いようである。

(5) しかもこの中には、制裁金が最も主要な形態として前提とされている。このことは、自主法規説、契約説のいずれにおいても変わりはない。なお、自主法規説の立場にあっても、違約罰に関する合意そのものを全面的に否定するものではない。ドイツでは、わが国の労基法第一六条のような規定は存在せず、労働契約による違約罰(違約金)の合意の可能性は否定されない。しかし、後述するように、違約罰の合意はあくまで契約上の義務違反についてのみ可能であり、秩序維持のための制裁としては許されないというのが自主法規説の理解である。

## 2 経営罰と解雇

解雇が、通常解約告知 (ordentliche Kündigung) であれ非常解約告知 (außerordentliche Kündigung) であれ、経営罰ではないとすることは既にワイマール時代の多数説・判例であった。<sup>(1)</sup>そしてそれは現在の多数説・判例<sup>(2)</sup>のところでもある。その理由として掲げられることは多岐にわたるが、たとえば、第一に、解雇は使用者が労働契約上有する解約告知権の行使であってそれ自体が制裁ではなく、そのために経営罰のような特別の法的根拠を要しないという法的性質や根拠の差異、第二に、解雇が制裁として行使される場合であってもそれは経営罰とは異なる要件・手続に服し、あくまで解雇法上の法的評価に服すること、第三に、解雇が制裁として行使されることの故に、解雇に関する多くの強行法規<sup>(3)</sup>の適用やそれに基づく経営罰とは別個の司法審査の可能性を否定すべくもないこと、などが指摘されている。<sup>(4)</sup>

このほか解雇と経営罰の区別の理由として、経営組織法上の制度的差異も重要な意味を有している。つまり、経営罰が経営組織法上は第八七条第一項の社会的事項にかかわる問題として経営協議会の義務的共同決定に服し、次節に述べるように、経営罰規定の制定や個別的確定に関して経営協議会の同意を要するとされるのに対し、解雇については同法上人事事項としての別個の要件、手続、経営協議会の関与などに関する規制が定められているという点である。具体的には、同法第一〇一条は、使用者はすべての解雇に際して経営協議会に解雇の事由を通知して意見を聞かなければならないとし、意見の聴取のない解雇は無効とする(同条第一項)が、たとえば経営協議会が反対する場合でも、他の解雇制限法規に服する限り、解雇を言渡すこと自体は可能である。ただし、経営協議会等の非常解雇については経営協議会の同意が必要であり、それが得られないときは労働裁判所が代わって同意を与えることができる(第一〇三条)が、それはそれ以外の労働者には及ばない。従って一般の解雇に関する限り経営協議会の同意はその効力要件ではなく、経営組織法は単に「使用者および経営協議会は、解雇が経営協議会の同意を要し、同意をしないこ

との正当性について争いがあるときは調整委員会が決定するものと協定することができる。」(第一〇二条第六項)と定めるにすぎない<sup>(5)</sup>。このような法制度を前提とする限り、解雇を経営罰に含ましめることは、解雇について経営協議会の義務的共同決定を、従ってその同意を要件とすることになり、法制度上の差異を無視し、共同決定権の不当な拡大をもたらすことになるとの主張がなされるわけである<sup>(6)</sup>。

このような多数説の立場に対し、解雇もまた経営罰たりうるとする見解も古くから存在した。既にポットホフの見解については簡単にその内容と意義を指摘したが<sup>(7)</sup>、最近も一部の有力な学説によって解雇が経営罰たりうること、あるいは少なくともそれと同列に取扱うべきことが主張されている。たとえばハーシエルは、解雇は確かにそれ自体としては経営罰ではなく、共同決定には服さない契約解消のための法律行為にすぎないが、実際にはそれは報復・一般的威嚇といった刑罰的目的を伴いするのであり、それが罰として言渡されることによって共同決定に服する処罰措置に高まるという<sup>(8)</sup>。しかし彼にあっても、たとえば解雇の裁判所による審査はあくまで解雇法の原則に従うのであり、労働者は制裁として解雇された場合であっても解雇に対して通常とりうるすべての法的手段を用いることができる<sup>(9)</sup>。従ってハーシエルは、解雇を経営罰に含める(ないしは同列に扱う)ことによって、解雇について解約告知権とは異なる経営罰としての独自の法的根拠を認めようとするものではなく、むしろそのような解雇についても経営罰と同様の共同決定と、経営罰のために設けられた特別の経営内機関による関与を認めようとする意図に基づくものと思われる<sup>(10)</sup>。しかし、このように解雇もまた経営罰であるとする理解は未だ幅広い支持を得るに至ってはおらず、先に指摘したような多数説・判例からの批判を受けているのである。

ところで、多数説・判例によれば解雇は経営罰とは解されず、従って経営罰としての法的根拠・要件などは問題とされないわけであるが、しかしそのことは決して経営罰の対象である経営の秩序・安全の紊乱を理由としての解雇が

なしえないということの意味しない。つまりそれは、あくまで解雇法上の要件・手続に従ってなされるべきものであり、その評価も解雇法上の原則に基づいてなされねばならないのである。重大な経営秩序違反が非常解雇の理由となることは一般に認められるところであり、また「社会的に相当」(解雇制限法第一条参照)な限りで通常の解雇も可能である。解雇が経営罰でないこととされることは、それが経営罰としての特別の要件・手続によって拘束されないというにすぎない。

以上のように、西ドイツにおいては、解雇が制裁として行使されるという事実と経営罰の概念規定の問題は一般には別個のものとして理解されている。従ってこのことから、既に検討した経営罰の法的根拠をめぐる理論が解雇については妥当しないことは明らかであろう。その意味でも、西ドイツにおいてはわが国の懲戒解雇のような特別の法的概念やその法的根拠といった問題も存在の余地はないように思われる<sup>(12)</sup>。わが国では懲戒解雇の重要な法的効果の一つとして退職金の減額・不払が考えられているが、退職金の制度が一般的でない西ドイツではそれと結び付いた懲戒解雇の法的構成の必要性も意味もないであろう。ただ、西ドイツでも重大な事由に基づく非常解雇に際しての企業内年金の減額または剥奪の問題が論じられるが、それは労働者の信義則違反と関連した年金の発生要件の問題としてであり<sup>(13)</sup>、経営罰理論とは全く別個のものであって、それによって懲戒解雇という独自の法的概念が形成されるのである<sup>(14)</sup>。

(1) 第二章第二節四参照。なお、ナチス時代にも、国民労働秩序法第二七条にいう「制裁」には解雇は含まれないと解されつゝた。Vgl. Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, S. 321

(2) BAG Urt. v. 25. 2. 1966, Bd. 18 S. 172 この事件は連邦郵便職員に関するものであるが(それは官吏関係とは異なり、一般の労働関係と同一のものとして処理される)、その中でBAGは次のように述べている。「労働関係を即座に解消する即時

解雇は、通常は『重大な』理由のある場合に可能である。それは労働者の行為に存することもあるが、そうでなければならぬわけではなく、また労働者の責に帰すべき事由に存する必要は全くない。労働者の責任は、即時の解雇にとって必要でもなく、十分でもないのである。労働関係が継続する中で、勤務秩序及び労働者の行動の維持回復並びにその規制に奉仕する制裁とは異なり、労働関係と勤務協同体 (Dienststellengemeinschaft) への労働者の帰属は、原則としてすべての重大な事由によって可能な即時解雇によって直ちに終了されるものである。譴責や罰金がそれとして罰ないし制裁の性格を有しているのに対して、即時解雇はそのような性格を有しない。それは、協力が義務的である処罰や制裁の行使という措置とは異なる種類の措置、すなわち即時の解約告知という法律行為なのである。」

(3) 解雇制限に関する独立法としての解雇制限法 (Kündigungsschutzgesetz)、解約告知期間および即時解雇に関する独民法第六二一条以下、経営協議会の関与を定める経営組織法第一〇二条以下のほか、母性保護法 (Mutterschutzgesetz) など多くの個別の解雇制限法規がある。Vgl. Becker/Etzel/Friedrich/Gröninger/Hillebrecht/Rost/Weigand/Wolf, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, Neuwied/Darmstadt 1981

(4) Herbst, BB 1965 S. 421f.; Kammann, DB 1969 S. 2135; BAG Urt. v. 25. 2. 1966, Bd. 18 S. 172

(5) 解雇等の選衡基準について経営協議会の同意を必要とする経営組織法第九五条が、労働者の個人的な、あるいはその行為を理由とする解雇についても適用されるか否かについては争いがある。Vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, S. 1123f.

(6) Isele, JZ 1968 S. 338

(7) 第二章第二節四を参照。

(8) Henschel, S. 64ff., bes. S. 68

(9) 解雇もまた経営罰たりうるとの主張に対してルーマンは、解雇はあくまで労働契約上の解約告知権の行使であって特別の経営罰機能としての解雇は認められないとの批判を加えているが、ハーシェルのそのような主張が、ルーマンの言うように、経営罰としての解雇が解約告知権とは異なる独自の法的基礎に基づき措置であることを主張するものと思われず、それが解

約告知権の拡張に通じるとのルーマンの指摘も必ずしも十分な論拠に基づくものでもないようである。現にルーマンの批判に對しては、ハーシケルにより、経営罰としての解雇が「執行」されるためには使用者が非常解約告知権を有することが条件となり、また、経営罰としての解雇を認めることによって、解約告知権の拡大を意図するものではないとの反論がなされている (Herschel, BB 1975 S. 1212)。

(10) ハーシケのほか、マイヤー・コーディンクもまた、解雇が労働法上の解雇制限に服することを認めながら、団体における除名処分との対比において、極刑処分としての解雇について語っている (Meyer-Cordin, NJW 1966 S. 227)。この限りでは、解雇もまた経営罰に含ましめるものと解されるが、しかしその場合の解雇が、契約上の解約告知権とは別個の、他の経営罰と共通の法的根拠に基づく独自の法制度となるのか否かについては明らかにしていない。このほか解雇もまた経営罰たりうるとする見解としては、Franzheim, a. a. O., S. 55; Gaul, DB 1965 S. 668; Galperin/Löwisch, S. 175 などがある。

(11) Vgl. Stahlhacker, Eugen, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, München 1972, S. 60f.

(12) もちろんこのことは懲戒解雇の概念規定のいかんにかかわることであるが、少なくとも経営罰権限からの派生としての解雇という意味での特殊概念は存在しない。

(13) Vgl. Hueck/Nippordy, 7. Aufl., Bd. I, S. 473ff., bes. S. 478, 492

### 3 解雇以外の契約上の措置

解雇と同様のことが、停職、配転、降格などの措置、更には使用者が労働契約に基づき労働者の義務違反に對して行なう注意や「警告」についてもあてはまる。それらの措置は労使間の合意または労働契約それ自体に由来し、その観点からのそれぞれの要件を満たすことによって当然に行使されるのであって、経営罰についての特別の要件・手続を要するものではない。<sup>(1)</sup>ここでは特に停職について、西ドイツの理論状況を簡単に指摘するにとどめる。<sup>(2)</sup>

西ドイツでは停職ないし出勤停止 (Suspendierung) は経営罰の問題としてではなく、あくまで労働契約論の中で、

特に就労請求権 (Recht auf Beschäftigung) との関連において論じられている。ここでは、一般に労働者には就労請求権が認められ、それは判例および有力説によれば、基本法第一条および第二条による人間の価値および自由な人格の展開という基本的人格と結びついた労働関係の人格法的要素から導かれるものと解されている。<sup>(3)</sup> 従って、停職は使用者にとって特別の法的基礎ないし労働者の同意がない限り、当然に認められる権利ではない。さもなければ、それは労働者の法的地位を一方的に侵害することになるからである。ただしそのことは、いかなる場合にも貫徹される厳格な原則ではない。たとえばフックによれば、停職についての重大な事由が存在する場合、すなわち信義則に基づき使用者に対して一時的に雇用の継続を期待しえない場合には事情が異なるといふ。しかもそのような意味での重大な事由とは、非常解雇を正当とするほどの重大な事由である必要はない。そしてその間の賃金請求権に関しては、労働者がその責任によって停職を必然的なものとした限り、それによって労務提供が不可能となったことは使用者の受領遅滞ではなく、労働者の責に帰すべき不能と同視すべき場合であるから、賃金請求権は発生しないとされている。<sup>(4)</sup>

このように学説の多くは、使用者による停職処分を一定の重大な事由のある場合について一種の労働契約上の権利として承認する傾向にある。そしてその場合に賃金請求権が発生しないことは、それに伴う当然の帰結として考えられているのである。<sup>(5)</sup> また、労使間に特約のある場合に使用者が停職をなしうることは、そのような理解における当然の前提である。

これに対してイゼーレは、使用者の停職の権利をより厳格に解そうとする。<sup>(6)</sup> すなわち、右のような学説の理解は、使用者者に対して双方の主要義務(労務提供義務および賃金支払義務)の排除を伴う労働関係の停止を一方的な意思表示によって行なう権利を認めるものであり、独民法三〇五条に反するとして批判し、特に賃金不払いし減額を伴う停職は、決して即時解雇よりも軽易で負担の少ない手段とはみなされないとして、<sup>(7)</sup> 結局、停職処分は非常解雇を正当



化するほどの重大な事由がある場合にのみ許されると主張している<sup>(8)</sup>。

以上のような意見の対立は見られるものの、いずれにせよ停職処分は経営罰の問題として、あるいはその他の使用者による制裁措置をも包摂した使用者の懲戒権の問題としては論じられていない。むしろそれが経営罰理論との関連で論じられること自体が乏しく、せいぜいそれとの異質性が強調される場合に言及されるにとどまるのである。

停職以外の配置転換などの措置についても、停職と同様労働契約にかかわる問題であり、使用者がそれに基づいて特別の権能を認められる限りにおいて当然に行使しうるものである。このように、解雇をはじめとした停職、配転などが労働契約によって説明されるということは、その限りではわが国の懲戒法理の理解に従えば契約説として性格づけられるものかもしれない<sup>(9)</sup>。しかしそれは、わが国のように使用者の懲戒権の問題ではなく、経営秩序の問題と直接関連づけられるものでもない。むしろ理論体系そのものが異なる基盤に立脚するものであり、右のような性格づけは無意味ならし単に誤解を招くものにすぎないのである。

- (1) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/1, S. 1379; Isele, in: *Actes du cinquième congrès international de droit du travail et de la sécurité social*, tome II, Lyon 1963, p. 551 et s. なお、ハンニケンの場合についても使用者はそれらの措置を制裁として言渡さるべき、それはあくまで使用者にそのような権限があるか、労働者の同意がある場合のみ許されるという( Herschel, S. 691f. )。
- (2) Isele, H. Georg, Das suspendierte Arbeitsverhältnis, in: *Festschrift für Molitor*, München/Berlin 1962, S. 107; Wolterbeck, Suspendierung des Arbeitnehmers, AR-Blattzei, D Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VIII; Becker, u. a., *Gewerkschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz* (a. a. O.), S. 141 (von Wolf)
- (3) BAG Urt. v. 10. 11. 1955, Bd. 2 S. 221 (AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht), Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. I, S. 380ff.; Niksch, Bd. I, S. 512f.

- (4) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. I, S. 385f.
- (5) 停職中の賃金が発生しないことについては、フックのような理由づけのほか、それが労働者の責任において惹き起こされたものである以上、賃金支払の要求は信義則に反するところもの(Nitsch, Bd. I, S. 516)‘使用者に悪意の抗弁権が認められるところもの(Neumann-Duersberg, Horst, Anmerkung zu LAG Dusseldorf AP 50 Nr. 1997 S. 348)‘停職の動機が労働者の領域にあることを理由とするもの(Mohn, Heinz, Nachwirkungen des Arbeitsverhältnis, RdA 1957 S. 410)などがあった。
- (6) Isele, Das suspendierte Arbeitsverhältnis, S. 119f.
- (7) その理由として、たとえば、労働者は停職中労働再開のための準備をしなければならず、それを妨げるような新たな法的拘束にはいってはならないこと、忠実義務が継続することから、競争企業で働くことはできないこと、失業給付を受けられないこと、などをあげる(*ibid.*)。
- (8) Isele, a. a. O. (注(1)), S. 559
- (9) 戒告、譴責、制裁金などの典型的な経営罰については経営自治によって根拠づけることから、一種の二分説と呼びうるであろう。

### 三 経営罰の対象

#### 1 経営罰の対象の評価基準

西ドイツ経営罰理論においては、その法的根拠などをめぐる議論に比べて、その対象に関する議論は必ずしも豊富なものではなく、それも多くの場合に極めて抽象的なものにとどまっている。そのため、ここでは特に多数説的見解の理解を中心に、その概要を指摘するにとどめざるをえない。

経営罰が、誰のいかなる行為に対して科されうるものかは、多数説・判例の立場による限り、経営罰の秩序罰(な

いし自主法規罰)としての性格および目的、そしてそれが根拠とする経営自治の規制領域によって決定される。

まずその人的対象については、経営罰が団体罰と対比せられ、経営自治について語られるにもかかわらず、それが経営構成者のうち労働者に対してのみ向けられるものであることについては既に指摘した<sup>(1)</sup>。また、経営罰は、経営自治権限に基づく制裁として、その規制権限外の者には科されえない<sup>(2)</sup>。たとえば経営の部外者や退職労働者<sup>(3)</sup>である。

経営罰の行為上の対象についても、多数説・判例によれば、まずその秩序罰としての性格・目的から導かれる。すなわちそれは、経営の秩序および安全を侵害する行為に対して、それを維持、回復するためにのみ科される<sup>(4)</sup>。経営は一定の生産活動を営む生産組織 (Leistungsorganisation) としてその内部秩序の形成を必要とし、経営罰はそのための強制手段である<sup>(5)</sup>。そのことが経営罰の行使を正当化し、逆にそれを限界づけるのである。具体的にいかなる行為が経営罰の対象となるかは、「経営の秩序および経営における労働者の行動」(経営組織法第八七条第一項第一号)が経営協議会による共同決定事項とされることも相俟って、個々の経営ごとに経営協定によって定められる。たとえば、上司の命令に対する違反、侮辱的言辞<sup>(7)</sup>、無断欠勤、遅刻<sup>(8)</sup>、労働時間・入退場のための管理措置違反(タイムカードの不正打刻など)、服装規定違反、経営内での無権限の集会・ピラ配布<sup>(9)</sup>、禁酒・禁煙違反、安全規則違反、窃盗、暴行など、多くの行為がその例として指摘されている<sup>(11)</sup>。

経営罰の対象となしうる行為は、経営自治による規制権限の場所的限界によっても限定づけられる。この点で特に問題となるのは労働者の企業外での行為である。このことに関してシューマンは、経営罰が労働者の経営外の行為に対して及びえないことは通説的理解であるとするが、そこでいう通説的見解が何ら例外を認めない趣旨か否かは疑問である。たとえばハーシニルは、「経営内司法」の目的は経営の秩序保障に尽きるのであり、そのような秩序を越えて任務を有するものではないことを理由に、経営罰の処罰規範は経営帰属者をその全人格において拘束するものでは

なく、単にその構成員としての経営に対する関係において拘束するにすぎず、従って使用者と経営協議会は原則として労働者の経営団体の外における行為を処理する権限はないとするが、その例外として、そのような行為が経営の観点から看過しえないときは異なるとする<sup>(13)</sup>。また、ゴールは、経営外の犯罪行為を例にあげ、それが経営に知れ、従業員の間になような行為をした同僚との共同作業を拒むような動揺を生じたときは、経営罰の対象たりうるとして<sup>(14)</sup>。このように、学説は原則として経営外の労働者の行為に対する経営罰の行使を否定しながら、それが経営秩序に對して何らかの影響を及ぼす限りでは例外を認めるようである。しかし、総じて労働者の企業外行為に関しては、それを理由とする解雇の当否の問題として論じられることが多く、経営罰に固有の問題として論じられることはまれであって、この点についての学説・判例の状況は容易に捕捉し難い状態である。ただ、既に検討した経営罰理論を前提とする限り、企業外行為に対する経営罰行使の可否は、解雇の場合に比して、経営秩序あるいは経営の自治的規制権の限界性などの別個の評価基準を伴い、しかもそのことがより制限的に機能することは確かであるように思われる。

このほか経営罰の対象としての労働者の行為については、最近の「経営内司法」をめぐる論争の中で特に経営内の犯罪行為が問題とされ、それが国家の刑事司法手続を排除しながら経営内の制裁制度によって処理されることに對しては一部から疑問も提示されているが、多くの学説は、経営罰が国家の刑事罰とは異なる独自の目的を追求するものであることなどを理由に、それが経営秩序を紊乱する限りで経営罰の対象たりうることを認めている<sup>(15)</sup>。

(1) 本章第一節二3および4を参照。また、管理職員についても、多数説が経営組織法第八七条を問題とすることから、必ずしも理論的に一貫した処理がなされていないことも、そこで指摘しておいた。

(2) これに對して契約説の立場においては、経営罰の対象が労働契約の一方当事者としての労働者(管理職員も含めて)であ

ることは自明のこととされているようである。従って、経営組織法第八七条は、そのうちの経営組織法上の「労働者」に対する経営罰について、経営協議会の共同決定が認められるための根拠規定と解されることになろう。

(3) ハーシェルはその例として、経営を訪問したにすぎない者、独立の職人として、ないしは原料の提供や商品の搬出のため一時的に経営に立入る者のほか、特にいわゆる社外工の場合を挙げている (Herschel, S. 74)。

(4) Herschel, S. 76 など、退職労働者については、特に企業内年金の減額ならし罰奪が問題となるが、たとえはフックによれば、一般に年金受給者の義務違反に対して年金の全部または一部を剝奪するといふ意味での懲戒権 (Disziplinarergewalt) が当然に使用者に属するものではないことは、在職中の労働者に対すると同様であり、また、年金受給者が在職中の労働者よりも使用者に対してはるかに独立した地位にあることから、使用者の年金受給者に対する処罰権を容認することはできないと云う (Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. I, S. 492)。更に、経営協議会が年金に關して年金受給者を代表する権限のなからずは、BAGの認めるところである (z. B. BAG Urt. v. 16. 3. 1956, Bd. 3 S. 1 = AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG)。

(5) このことは、自主法規規をよび集団的協定説にとっては、経営罰の本質を秩序罰として捉えることから導かれる当然の帰結であるが、契約説によれば、その法目的を有する違約罰を経営罰として捉える傾向にある。Vgl. Leinemann, AuR 1970 S. 141; Dietz/Richardi, BetrVG, S. 988

(6) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1377

(7) BAG Urt. v. 22. 2. 1978, DB 1978 S. 1548

(8) BAG Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79

(9) BAG Urt. v. 5. 12. 1975, Bd. 27 S. 366

(10) BAG Urt. v. 25. 2. 1966, Bd. 18 S. 172

(11) Meyer-Cording, NJW 1966 S. 277; Kienapfel, JZ 1965 S. 599 実務上規定をわづらざる多様な違反行為にらうれば、

Vgl. Kaiser/Metzger-Preigler, S. 400ff. (von Baumann)

(12) Schumann, S. 342

(13) Herschel, S. 52 その例として、徒弟工場を管理する親方の行状をあげてゐる。

(14) Gaul, DB 1965 S. 677

(51) Vgl. Mayer-Maly, Theo. Arbeitsverhältnis und Privatsphäre, AnR 1968 S. 1; Trappe, Hermann, Betriebsbezüge und Privatinteressen, BB 1974 S. 434 企業外行為を理由とする解雇が問題となった判例の中で特に注目すべきものとして BAG Urt. v. 28. 9. 1972, Bd. 24 S. 438=AP Nr. 2 zu § 14 BGG がある。この事件は、共産党員である銀行員が、街頭で所属銀行に対する批判を含む党発行のビラを配布したことを理由とする解雇の効力が争われたものであるが、BAGは、労働者が使用者の利益に反し、あるいはそれを害してはならないという義務を負っていることを前提として、当該行為は忠誠的行動の限界を越えて労働関係を具体的に侵害したものととして、解雇を有効とした。しかし、この判決は、忠実義務の語こそ用ゐていないがその趣旨を不当に拡大するものとして、学説からの強い批判を受けてゐる。Vgl. Ladour, Karl-Heinz, *Kritische Justiz* 1972 S. 409; Schwardtner, Peter, JZ 1973 S. 377; Ramm, Theo, AnR 1973 S. 220 (ふたたび判例評釈)

(91) Vgl. z. B. Herschel, S. 51f. 以下、第二章第四節IIIを参照。

## 2 秩序違反と契約上の義務違反との峻別

経営罰の対象に関する西ドイツ経営罰理論の最大の特徴は、少なくとも多数説たる自主法規説に関する限り、経営罰の対象としての秩序違反と労働契約上の義務違反が、理論上明確に区別されるという点にある。すなわち、経営罰が違約罰とは異なる本質と目的を有し、その法的根拠も契約とは別個の経営自治に求められることの結果として、経営という集団法的次元における経営秩序違反と労働契約に基づく個別的な債務法上の義務違反とが区別され、経営罰はあくまで経営秩序違反に対してのみ科されうるものであり、契約上の義務違反に対しては科されえないとの結論が導かれるのである。<sup>(1)</sup>この区別は、経営罰と使用者が契約に基づいて当然にとりうる措置との関係についても同様にあ

てはまる。経営罰が秩序違反に対して科されるものであるのに対し、契約違反に対しては契約に基づく措置のみが、それぞれの要件が満たされる限りで行使されうるのである。ここにおいて、多数説が、一方で経営罰が違約罰たることを否定し、他方で違約罰合意の可能性そのものを承認することの意味も明らかとなる。違約罰は、あくまで経営秩序違反とは区別された労働契約上の義務違反について合意しうるものと解されているのである。

このような経営秩序違反と契約上の義務違反との峻別は、確かに経営罰と契約に基づく措置との区別に対応し、それぞれの法的性質と法的根拠の差異から導かれる帰結ではあるが、逆にそれらの義務違反の区別が、現実の制裁措置が経営罰か契約上の措置かを判断するための基準でもあることに注目する必要がある。このことは、特にそれらの措置が少なくとも実際の形態・効果の点で類似する場合に重要な意味を持つものである。すなわち、そのような措置が経営罰と評価される限りで、この後に検討する経営罰としての特別の要件、経営協議会による義務的共同決定、広範な司法審査などに服するのであるが、その前提としての経営罰か否かの評価にあたっては、単に実際の名称や態様などの形式的基準ではなく、より実質的な基準によらなければならないとされ、結局当該措置が集団的な経営秩序違反と個別的な契約違反のいずれに向けられたものかによって判断すべきものと解されているのである<sup>(3)</sup>。ところが、これらの義務違反の区別は、概念的には一応明確であるとしても、実際問題としては労働者の具体的行為がそのいずれに該当するかは決して自明のことではない。そのため、右の区別のためのより具体的な評価基準が問われることになるわけである。この問題については、近年とりわけ経営罰としての戒告・譴責と契約上の「警告」の境界設定をめぐって、学説・判例上新たな議論が展開されており、それは経営罰の形態や対象の理解のためにも一つの素材を提供するものと思われるが、この点については、そのような議論の前提となる経営罰に対する法的規制（とりわけ共同決定と司法審査）の問題を検討した後に改めて取り上げることとする。

- (1) Vgl. BAG Urt. v. 5. 12. 1975, Bd. 27 S. 366; Schloschauer, Ursula, Mitbestimmungsfreie Abmahnung und mitbestimmungspflichtige Betriebsräte, DB 1977 S. 255 のほかにも、自主法規説に立つ見解の当然の帰結である。
- (2) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. I, S. 260f.
- (3) Schloschauer, DB 1977 S. 257f. 詳しくは後掲第四節参照。

### 第三節 経営罰の行使と法的規制

#### 一 序説

最近の「経営内司法」をめぐる一連の論争は、単に経営罰の法的性質や根拠に関する法理論の再構成にとどまらず、その要件や手続、更に裁判所の司法審査の問題をめぐっても新たな議論が展開された点においても重要な意義を有していた。そしてその議論を通じて、西ドイツ経営罰法理の特質は、より一層鮮明に現われることになった。そこで次に、経営罰の行使とそれに対する法的規制をめぐる個別問題についての現在の理論状況を見ることにしたい。もちろん、そのような問題のすべてについて網羅的かつ詳細に跡づけることはここでの目的ではなく、また本稿のテーマにとって必要なことでもない。従って以下でも、あくまで西ドイツ経営罰理論の特質を明らかにするという観点から、特に必要と思われる主要問題について、その要点を整理しつつその意義を検討するにとどめる。

#### 二 経営罰行使の要件と手続

##### 1 経営罰行使の一般的要件

経営罰が有効に行使されるために必要な条件は、これまでの検討の中からも拾い出すことができる。たとえば第一



に、経営罰が行使されるためには、経営罰規定が存在しなければならぬ。このことは、経営罰の法的根拠をめぐり理論的対立にもかかわらず、現在ではほとんどすべての見解の一致した帰結である。しかもその経営罰規定は、使用者と経営協議会との経営協定、または労働協約によって制定されなければならない。従って、経営協議会の存在しない経営、またはたとえ存在しても経営罰規定の制定されていない経営においては、経営罰は科されえないことなる<sup>(1)</sup>。第二に、経営罰制度の目的に従い、経営罰は経営秩序違反に対してのみ科されるのであり、労働者の労働契約上の義務違反に対して科されてはならない<sup>(2)</sup>。以上の要件は、いわば経営罰の性格・法的根拠に関する理論からの当然の帰結ともいふべきものである。しかし、経営罰行使に必要な要件はこれに尽きるものではない。更にその上に、経営罰規定の内容や経営罰行使手続に関して一定の要件が要請されるのである。この点で特に注目されるのが一九六七年のBAG判決である。この判決の中でBAGは、経営罰行使の有効性要件として次の諸点を掲げていた<sup>(3)</sup>。

- ① 制裁規定の有効な作成および周知
  - ② その中に制裁の対象たる事実と行使可能な制裁が定められること
  - ③ 法国的で秩序に適った手続が定められ、遵守されること
  - ④ 意見聴取の機会の保障と代理の許容
  - ⑤ 個別的な制裁確定における経営協議会の共同決定による関与
- これらの要件のうち、①および②は経営罰規定の制定・周知・内容についての形式的要件、③ないし⑤は手続的要件に関するものであるが、その後の学説もおおむねこのBAGの判断を承認し、それを前提として経営罰の要件および手続を論ずる傾向にある。ここでは特に、経営罰規定の制定および内容、経営協議会による共同決定の内容、そして一般的手続原則の問題について、現在の理論状況を概観することにする。

- (1) 経営罰規則が存在しないことを理由に経営罰の効力を否定した判例として、BAG Urt. v. 25. 2. 1966, Bd. 18 S. 172; BAG Urt. v. 14. 12. 1966, Bd. 19 S. 181; BAG Urt. v. 5. 12. 1975, DB 1975 S. 1946 があつた。これに對してハーシーは、特に経営協議会が存在しない場合について、使用者による一方的な経営罰規則の作成を認めてゐる (Herschel, S. 41)。(2) なお、契約説の立場においても、経営罰としての違約罰は、経営秩序維持のための制裁として、通常の契約上の義務違反を対象とする違約罰とは区別される。Vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, S. 988f.  
(3) BAG Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79

## 2 経営罰規定（規則）の制定および内容

経営罰が有効に行使されるためには、あらかじめ経営罰規定（規則）が制定され、周知されることが必要である。しかもそれは経営協定または労働協約の形式によらなければならない。このような要請は、現行法上の明文規定によって定められたものではないが、経営組織法の立法的沿革を重要な論拠の一つとして導かれるものである。既に指摘したように、営業法により制裁に関する定めが必要的記載事項とされていた就業規則は、一九二〇年の経営協議会法により使用者と経営協議会との経営協定によって制定されることになったほか、一九五二年経営協議会法の立法草案でも、経営罰を経営協定によって定めるべき旨の明文規定を含んでいた。この規定は立法過程で削除され、その後そのような規定は実定法上存在しないこととなったが、その趣旨は現在でも経営組織法の解釈において生かされるべきものと解されている。すなわち、経営組織法第八七条第一項第一号（旧第五六条第一項(f)号）にいう「経営の秩序および経営における労働者の行動の問題」について、労働協約が存在しない限りで使用者と経営協議会の経営協定による規制が可能であるとすれば、そのような規制に対する違反についての定め、とりわけ制裁に関する定めもまた可能であると解されるのである。(1)

への労働者代表の関与の保障にあることは明らかであろう。ただし、それがいわゆる義務的共同決定事項に関する経営組織法第八七条に基づくものであることから、一見それと反するが如き意義をも有していることについては既に指摘したところである。<sup>(4)</sup>

経営罰規定には、経営罰の構成要件とそれに対して科せられる具体的経営罰形態や程度のほか、経営罰の確定・行使の手続が定められねばならない。それは基本的には使用者と経営協議会の共同決定にかかる。しかし、有効な経営罰行使のためにはそれがいかなる内容のものであり、どの程度具体的なものであるべきか、またその解釈・適用の評価基準などの問題に関しては、学説の理解は分れている。一方で刑事法上の原則の類推により厳格な解釈が要請されている反面、他方では経営罰制度の特殊性が強調され、それを緩和すべきことが主張されているのである。

たとえばハーシエルは、基本法第一〇三条を基礎に据え、それはすべての文化国家における法感情の基本的要素であるとして、「経営内司法」への間接的適用を認め、罪刑法定主義の原則に基づいた厳格な解釈を主張する。<sup>(5)</sup> ロイス

もまた、後に述べる法治国原則の要請として、経営罰の構成要件に関して、列挙主義の妥当や、一般条項・白地構成要件・類推適用の不許などが導かれるとしている。<sup>(6)</sup> これに対してジークは、経営罰規定の明確な適用を主張しながらも、経営罰が法律についての知識に乏しい素人によって行使されるものであることから、刑事法上の複雑な解釈原理をそのまま適用することは疑問であるとす。そして、たとえば経営罰の構成要件について、個別的な具体的列挙が好ましいとするものの、特に通常の処分領域に含まれる違反に関する限り、「経営の秩序および安全に対する違反は罰せられる」というような一般条項でも十分であるとしている。<sup>(7)</sup> このようなジークの理解の基礎には、おそらくは、経営罰の対象が経営の秩序・安全違反という一般的基準によって限定され、しかもそれが最終的には裁判所のコントロールに服することによってその適正さが確保されるとの判断があるものと思われる。このほか、経営罰規定が概括

的でよいとの立場からは、連邦や州の懲戒法ですら一般条項による定めにとどまる<sup>(8)</sup>ことが主張されている<sup>(9)</sup>。

このように、経営罰の行使には経営罰規定の存在を必要とする点ではすべての見解が一致しながら、その内容の具体性の程度や解釈基準に関しては理解が分れているというのが現状である。ただ、その対立は実際には主として経営罰事由に関する定め<sup>(10)</sup>の具体性の程度や一般条項の許否に関するものであって、それをめぐる議論もどちらかといえば抽象的レベルのものにとどまっている。

- (1) 詳しくは、第二章第四節一参照。
- (2) 経営組織法第八七条は明文上経営協定によるとは定めていないが、それは共同決定が個別的措置についての決定をも含むためであり、一般的規制が経営協定によるものであることは争われていない。
- (3) BAG-Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 81, Galperin, BB 1970 S. 934 これに対してイゼーレは、命令の問題と威嚇の問題は区別されねばならず、経営の秩序と労働者の行動に関する規定はあくまで懲戒規定なしに意味を有するとして批判を加えている (Ische, JZ 1968 S. 339)。ただしこのことは、経営罰規定はあくまでその制定が任意的な経営協定 (旧経営組織法第五七条 II 現行第八八条) によるべきであるとの主張の前提である。
- (4) 本章第一節二二参照。
- (5) Henschel, S. 47ff. たとえば、類推適用の不許、不確定概念の制限などが論じられている。
- (6) Reub, S. 530
- (7) Sieg, RdA 1954 S. 363
- (8) たとえば連邦官吏法は、懲戒処分の対象を勤務違反 (Dienstvergehen) とするにすぎず (第七七条)、個別的な懲戒事由を限定的に列挙するという方法をとっていない。
- (9) Kaiser, BB 1966 S. 1109

## 3 経営協議会による共同決定

## (1) 経営罰の個別的確定と行使手続

右に述べたように、経営罰規定の制定は労働協約が存在しない限り経営協議会と使用者との間の経営協定にかかるわけであるが、経営罰に対する経営協議会の関与はそれにとどまるものではない。経営協議会は、単に一般的な経営罰規定の制定にとどまらず、個々の経営罰の確定についても共同決定権を有するものとされるのであり、それは現在の通説および判例となっている。<sup>(1)</sup>

経営罰の個別的確定が経営協議会の共同決定事項であることは、既に一九二〇年経営協議会法下での多数説・判例であった。同法は、第八〇条第二項において「制裁の確定」は使用者とグルッペン協議会が共同して行なうべきものと定め、それが一般的な制裁の種類と程度についての定めにとどまるのか、それとも個々の場合についての制裁行使とその内容の決定を意味するの<sup>(2)</sup>かについて疑義があったものの、多数説・判例は後者と解していたのである。現在ではそのような明文の規定は存在しないものの、その結論はなお維持されている。その理由としては、たとえば、経営罰の個別的確定は使用者の執行措置<sup>(3)</sup>ではなく、経営の規律維持の合目的性に関する決定にはかならないこと、あるいはそれはそもそも制裁を科すか否か、いかなる種類の制裁を科すかという決定<sup>(4)</sup>そのものにかかわる問題であることなどが指摘されているが、最大の理由はやはり立法の沿革にある。<sup>(5)</sup>

このような一般的傾向の中<sup>(6)</sup>にあって、連邦行政裁判所は一九七四年の職員代表法改正以前の段階において、公的勤務の労働者の経営罰(勤務罰 Dienststrafe)に対する職員協議会の関与権を否定していた。<sup>(7)</sup>連邦行政裁判所によれば、官吏の免職が最も重い懲戒処分であるのと同様、公的勤務の労働者の即時解雇は勤務庁における秩序違反に対する最も重い威嚇であり、しかもそれは職員代表法第七〇条第三項(旧法)により職員協議会の関与が明確に排除されてい

るのであって、最も重い措置としての解雇の場合に協力権を排除しながら、より軽い制裁措置についてそれを認めることは矛盾だというのである。これに対してBAGは、連邦行政裁判所の見解を明確に否定した。<sup>(8)</sup>つまり、連邦行政裁判所においては労働者の解雇がそれ自体として秩序罰ないし制裁ではないことが見落され、性質の異なる措置の間の不当な比較によって、経営罰が職員協議会の協力権に服さないとの結論が導かれているというのである。BAGによれば、公的勤務の労働者については一般に労働法的観点が基準となるのであり、それは経営罰ないし勤務罰についても異なるものではない。そして、経営組織法第五六条および職員協議会法第六六条(いずれも旧法)の当該規定はその意味・文言とも同一であり、公的勤務の労働者であるか私的経営の労働者であるかによって異なる解釈・適用がなされるべきでもない。従って、単に勤務罰規定の制定のみならず、勤務罰の個別具体的な行使についても、秩序の維持回復に資するところの「勤務秩序の秩序および労働者の行動」のための具体的措置として、職員協議会の協力権が及ぶものと解さなければならぬとするのである。<sup>(9)</sup>学説の多くも、BAGの見解に従っている。<sup>(10)</sup>

いずれにせよ通説およびBAGの理解による限り、経営罰の確定は使用者の専権ではありえず、経営協議会と共同してのみ行なわれうる。経営協議会の関与なしに行使された経営罰は、単にそのことの効力を否定されることになる。<sup>(11)</sup>仮にその場合に労使間に意見の合致を見なければ、調整委員会がそれにかわる拘束的決定を下すことは、経営罰規定の制定に関して述べたところと同様である。そして以上のようにして確定された経営罰は、使用者と経営協議の間の合意にかかる措置として、使用者がそれを実施するというのが法制度上の建前である。<sup>(12)</sup>

ところで、経営罰の個別的確定が使用者と経営協議会の共同決定にかかるといことは、必ずしも使用者と協議会のみがそれをなさねばならないということを意味しない。経営罰の確定手続それ自体もまた、労使の共同決定に委ねられるのであり、それによって経営罰の確定を労使構成の第三者機関に委ね、あるいは一般的に使用者の単独決定を

認めることもできるとする見解も見られる。<sup>(15)</sup>しかし、たとえ経営協議会自らの意思によるとはいえ、使用者に対して単独の確定権限を認め、あるいは一定の場合について経営協議会が事前に同意を与えたものとして扱うことは、事実上経営協議会の共同決定権を放棄するものとして問題が残るところである。<sup>(14)</sup>

経営罰の確定手続に関しては、労働者に対して十分な手続的保障を与え、また経営罰の統一的・画一的処理を実現するためにも、労使構成による経営内裁判所 (Betriebsgericht) ないし工場内裁判所 (Werkgericht) の設置が目的<sup>(16)</sup>的だとされている。実際にも、特に大規模経営においてはそのような制度が存在しているようである。<sup>(16)</sup>しかし、そのような制度についても問題がないわけではない。経営内裁判所制度が「経営内司法」をめぐる論争において一つの問題を提起したことは既に指摘したとおりであるが、そのような機関の権限の内容に関しても、学説上見解の相違があった。たとえば、一方でそのような機関に対していかなる権限を付与するかは使用者および経営協議会の任意に委ねられるとし、実質的な経営罰の確定・行使の権限を認める見解<sup>(17)</sup>がある反面、他方ではハーシエルのように、経営協議会の権限については代理を否定すべきであるから、経営罰行使のための共同の委員会といえども独自の決定をなす<sup>(17)</sup>るものではなく、あくまで経営罰決定の勧告機関にとどまり、せいぜい使用者と経営協議会の事後的な承認を前提とした独自の決定をなしうるにすぎないとする見解<sup>(18)</sup>も見られる。

さて、以上に見たように、経営罰に関する経営協議会の関与は単に経営罰規定の制定のみならず、一般に個別的な経営罰の確定についても認められ、経営罰行使のための形式的要件および手続に関する二重の制約としての機能を果たすことになる。また、経営罰行使のための労使構成による特別の機関の設置の可能性も開かれている。それらがかつての使用者による一方的かつ恣意的な制裁行使の権限を否定し、労働者に対して客観的で公正な手続を保障することによって、その法的地位と権利を保護することに資するものであることは明らかであろう。しかしこのような経

営罰行使の妥当性確保のための法理論上の努力にもかかわらず、実際問題として見た場合、経営協議会の設置が義務的でありながらそれが存在しない経営は依然として多く、また少なからざる場合に制裁の行使が使用者の専権としてなされているのであって、<sup>(19)</sup>右に見た学説・判例の理論状況と現実の経営罰実務とは厳に區別して理解する必要がある。

- (1) Dietz, S. 702 が疑問を提示しているほかは、ほとんど異議を見出しえなかった。ただし、契約説が経営協議会による共同決定の対象となる経営罰形態を限定しようとしていることについては後述する。
- (2) 第二章第二節一参照。
- (3) 経営組織法第七七条は次のように定める。「経営協議会と使用者の合意は、使用者がこれを執行する。合意が調整委員会  
の決定によるときも同様である。但し、異なる合意があるときはこの限りでない。」
- (4) Galperin/Siebert, S. 410
- (5) Nikisch, Bd. III, S. 418f.
- (6) Neumann, RdA 1968 S. 253 ノイマンはそこで次のように述べている。「経営組織法第五六条(旧法)から導かれる個別的な経営罰確定についての経営協議会の共同決定権は、歴史的展開からのみ明らかとなる。一九二〇年経営協議会法は、明確に個別的確定を経営協議会の共同決定と結び付けていたのであり、経営組織法においても、それからの後退は許されない。」
- (7) BVerwG Urt. v. 11. 11. 1960, Bd. 11 S. 238=AP Nr. 2 zu §66 PersVG
- (8) BAG Urt. v. 25. 2. 1966, Bd. 18 S. 172=AP Nr. 8 zu §66 PersVG
- (9) なお、一九七四年の職員代表法の改正によって、勤務庁の秩序の問題については協力権にかえて共同決定権が認められた(第二章第四節一参照)。
- (10) Sollner, JZ 1966 S. 805; Küchenhoff, Anmerkung, AP Nr. 2 zu §66 PersVG; Ballerstadt, Anmerkung zu AP Nr. 8 zu §66 PersVG



- (11) Vgl. BAG Urt. v. 5. 12. 1975, DB 1976 S. 583
- (12) 経営組織法第七七条(注(三))参照。
- (13) Neumann, RdA 1968 S. 253; Kaumann, DB 1969 S. 2135; Nikisch, Bd. III, S. 419
- (14) 経営協議会法上の判例であるが、RAG Urt. v. 19. 2. 1930, Bd. 8 S. 380 は、経営協議会法による制裁の個別的確定の要請は強行的であるから、その場合の経営協議会の関与は、経営協議会の代表が予め一定の場合に一定の制裁が確定されることを同意しておくことにより置き換えるものではないとし、RAG Urt. v. 2. 5. 1931, Bd. 12 S. 124 は、制裁確定に つづいての経営協議会の関与は、経営協議会がその構成員のうちの一人にそれを委ねることを許すものではないとしている。なお、BAG Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79 は、経営罰のための労使構成の秩序委員会(Ordnungsausschuß)が置かれ、事情聴取のための呼出しがなされたという事案に関するものであるが(当該労働者はそれに応じなかった)、BAG は、その場合に経営協議会が改めて意見を述べ、経営罰行使に同意していたことを捉えて、手続的に欠けることはないとした。
- (15) Nikisch, Bd. III, S. 418; Herschel, S. 37
- (16) Vgl. Kaiser/Metzger-Pregizer, S. 58, 95 ただし、本書における実態調査では、特に大経営においては秩序委員会のような特別の組織は存在しないとのアンケート結果が得られている。しかし、従前の調査においてはむしろ大経営においてそのような組織の存在が確認されてきたのであり、今回の結果はおそらく回答者の認識いかんによるものであろうというのが注釈者の理解である(つまり、そのような組織は、決定機能のほか単なる調査、諮問、提案などの機能を有するものであり、右の回答は実質的な決定機能を有するか否かという観点からなされたものと考えられるという)。
- (17) Neumann, RdA 1968 S. 253; Kammann, DB 1969 S. 2135
- (18) Herschel, S. 37f.
- (19) Kaiser/Metzger-Pregizer, S. 59, 83ff.

## (2) 契約説における共同決定対象の限定

ところで、経営罰に関する経営協議会の共同決定、とりわけその個別確定についてのそれは、多数説・判例による限り、通常経営罰として理解されている具体的形態（制裁金、戒告、譴責など）のすべてに及ぶわけであるが、それに対して最近の契約説の立場からは、その基本的理論構成からの帰結として、そのうちの戒告・譴責については原則として経営協議会の共同決定権は及ばないとの主張がなされている。<sup>(1)</sup> すなわちそれらの見解によれば、一般に経営罰として理解されている戒告・譴責は、すべての契約関係において認められる契約違反に対する抗議権ないし忠告権（Rügerecht）としての使用者による「警告」（Abmahnung）としてのみ可能であり、従ってそれは使用者がそのような観点から一方的に行使しうるものであって、経営協議会の共同決定には服さないというのである。<sup>(2)</sup> しかしそのような理解は、単に戒告・譴責が使用者の労働契約上当然に認められる権利行使であること<sup>(3)</sup>の故に、労働者保護にとって重要な意味をもつ経営協議会の経営罰手続への関与を否定しようとするものである点で、極めて形式的であるだけでなく、同じ見解が他方では違約罰としての制裁金について経営協議会の共同決定を認めること<sup>(4)</sup>といかに調和することも疑問と言わざるをえない。

(1) Dietz/Richardi, BetrVG, S. 984; Dietz/Richardi, BPersVG, S. 1220; Luhmann, S. 117ff.; Zöllner, ZZP 1970, S. 373

(2) ただしリヒャルディは、経営の外部的秩序の範囲内での労働者の行動に関する規定については経営協議会が共同決定権を有し、それには、使用者がいかなる形式で秩序違反を叱責すべきか、またそもそも秩序違反が存在するか否かをいかに確定するかについて、経営協議会が経営協定を要求しうるという点も含むとする（Dietz/Richardi, BetrVG, S. 985; Dietz/Richardi, BPersVG, S. 1121）。それに対してルーマンは、戒告・譴責に関する経営協議会の関与はあくまで使用者と経営協議会の間の自由意思に基づく経営協定（経営組織法第八八条）によってのみ可能であるとしてゐる（Luhmann, S. 120f.）。

(3) このことについてルーマンは、契約上の「警告」権の内容的な限界性（それが人的無価値判断という刑罰的性格を有してはならないこと、契約上の義務違反に対してのみなされうることなど）によって労働者保護が図られるとする（Luhmann, S. 122）が、それはあくまで抽象的な理論上の限界性であって（従って最終的には裁判所による救済をまたざるをえない）、経営協議会の関与による現実的な経営罰規制に代わりうるものではあるまい。

(4) Dietz/Richardi, BetrVG, S. 988; Luhmann, S. 169f.

#### 4 一般的手続原則の要請

経営罰行使にあたっては、経営協議会による関与のほか、一般的な手続原則の遵守の要請によってもその適正化が図られる。この問題自体はこれまでも経営罰をめぐる主要な問題の一つとして論じられてきたものであるが、特に「経営内司法」をめぐる論争の中で重要な争点とされたものであった。そのことは、直接的には「経営内司法」の論争の契機となった問題、すなわち経営内で発生した犯罪行為が、当局に告発されることなく、しかも労働者に対して十分な防御の機会すら保障されないまま経営内で処理されていることについての問題提起に対する反省に由来するものであったと思われる。

経営罰行使に際して要請される手続的原則として、BAGは特に意見聴取の保障と代理の許容をあげていた<sup>(1)</sup>。このほかにも学説においては、たとえば（起訴法定主義に対する意味での）便宜主義<sup>(2)</sup>（Opportunitätsprinzip）、二重処罰の禁止（*ne bis in idem*）、制裁の遅滞なき確定、書面による理由の開示などが問題とされている<sup>(3)</sup>ほか、更に多くの刑事法上の原則を経営罰にも導入しようとする見解も見られる<sup>(4)(5)</sup>。

しかし、これらの個別的手続原則がいかなる条件のもとに、いかなる範囲で適用されるかについては見解の相違が

あり、決して統一的理解が存在するわけではなく、その理論的体系化も不十分な状態である。それらの個別的原則の具体的な内容や適用範囲について逐一検討することはここでの直接の目的ではないので省略するが、ただ最近のこの問題をめぐる議論の傾向として、しばしば憲法上の基本原理としての法治国原則 (rechtsstaatliche Grundsatz) が言及されていることを指摘しておきたい。従来必ずしも明確な根拠を示すことなく、基本的かつ一般的な原則として、あるいは基本法や刑事法上の原則の類推によって説明されてきた手続原則は、最近では右のような法治国原則に基づき、それから派生するものとして説かれるに至っているのである。

このような最近の傾向に大きな影響を与えたものが、一九六七年のBAG判決<sup>(6)</sup>である。BAGはその中で先に指摘したような経営罰行使のための一定の有効性要件を呈示したのであるが、その場合の理論的基礎としてBAGが据えたものが「一般的法治国原則」であった。しかもそこでBAGは、その原則を右に指摘したような経営罰の有効性要件や手続的原則の基礎たるにとどまらず、経営罰に関する裁判所の事後的審査が許容されるための法的基礎としても引用していた。更に学説の中にも、法治国原則をたとえば、一般条項の制限、白地構成要件や類推解釈の禁止などの実体的原則を導くための基礎として理解する見解が見られる<sup>(7)</sup>。

しかし、このように憲法上の原則である法治国原則を基礎として多くの手続的原則を導き、更にその適用領域を拡大しようとする傾向に対しては、批判がないわけではない。たとえばツェルナーは、いかにしてそのような抽象的原則から具体的な手続的要請が導かれるのかは明確でなく、またそれが経営罰に対して当然に適用されるか否かも疑問であるとする<sup>(8)</sup>。確かに法治国原則の適用領域を拡大しようとする試みも、ともすれば刑事法上の原則の安易な導入となつているくらいがないわけではなく、あるいはそれらの経営罰の特殊性に基づく修正によって得られた結論をそのまま法治国原則からの派生として置きかえているにすぎないようにも思われる。経営罰を支配する諸原則については、

法治国原則を基礎とした再編成という点では一定の傾向を示しながら、未だその具体的内容についての意見の一致は存在せず、その理論的体系化も十分ではないというのが現状であると言つてよいであろう。

- (1) BAG Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79
- (2) このこととの関連で、経営罰においては完全な意味での平等原則は維持されないとの見解も見られる (Sieg, RDA 1954 S. 364)。ノースヘルも便宜主義が妥当であると主張するが、その場合の裁量は羈束的なものであることを強調している (Herschel, S. 82f)。
- (3) Koch, BB 1954 S. 566; Sieg, RDA 1954 S. 364; Nikisch, Bd. III, S. 419; Galperin, BB 1970 S. 937f.; Herschel, S. 81f.
- (4) Kaiser, Eberhard, Bedeutung strafprozessualer Grundsätze für Werkschutz und Betriebsgerichte, BB 1967 S. 1295; Vogler, Theo, Betriebsjustiz und Strafrechtspflege, in: Kaiser/Metzger-Pregizer, S. 356
- (5) これに対して、公開の原則の適用は一般に否定的に解されている。この点に関しては、連邦懲戒法も、懲戒裁判所の手続を原則として非公開とし、申立によって公開とすることとしている (第七三条)。
- (6) 前掲注 (1)。
- (7) Kaiser, BB 1967 S. 1295; Reuß, S. 530
- (8) Zöllner, ZZP 1970 S. 390ff. ツヘルナーは、法治国原則から導かれるものはせいぜい意見聴取の要請にすぎないという。彼は経営罰の手続についても法律行為の原則によって処理しようとしており、たとえば意見聴取の要請は信義則から派生する実質的な有効要件として説明し、二重処罰の禁止は、経営罰権能を形成権として捉えることによって説明しようとしている。そのことは、経営罰制度に基本法や刑事法上の原則を持ち込むことによってそれを裁判類似の手続に変質させ、行政的行為でないしは懲戒手続としての性格を与えようとする試みを、あくまで否定しようとの意図に基づくものである。

### 三 司法審査の対象および限界

## 1 経営罰と司法審査

経営罰の行使は、右に見たように、多くの実体的・手続的な要件によって法的規制を受けるだけでなく、経営協議会による共同決定を通じてそれらの要件の充足や独自の手続的保障が担保される。しかし、それによって経営罰に関する裁判所による司法審査の意義が後退することにはならない。現実に経営協議会が設置されず、ないしは経営罰行使に実質的に関与していない経営が少なくなく、また、仮に使用者と経営協議会が共同で経営罰を行使したとしても、それだけで経営罰の法的要件が満たされ、労働者の保護にとっても十分だということにはならないからである。<sup>(1)</sup>そのような意味で、経営罰に関する司法審査の可否や限界の問題が論じられること自体の意義は決して小さくない。

また、経営罰の司法審査に関しては、先に指摘した「経営内司法」をめぐる論争の重要な争点の一つが、経営内制裁制度と国家の裁判権の独占との関係にあったことにも留意する必要がある。つまりそこでは、「経営内司法」とりわけ経営内制裁制度による犯罪行為や秩序違反の経営内での処理が、基本法に定める国家の裁判権の独占に反するとの主張に対し、それは国家の裁判権を排除するものではなく、むしろその積極的なコントロールに服するとの反論が加えられていたのである。<sup>(2)</sup>従って、経営罰に関する司法審査の問題は、そのような観点からも新たな意義を担うものであった。

経営罰の司法審査について、基本的にはそれを広く認めようとする点で現在の学説・判例は一致している。見解の対立は、主として経営罰の相当性評価に関して現われる。ここでは、特にこの問題を中心として学説と判例のそれぞれの理解について検討を加えたい。

(1) 経営罰に関する判例の数は、学説における活発な議論と比較しても、決して多いものではない。しかしそのことは、実務上経営協議会が適切な問題処理を行なっていることの証左だとは言えないであろう。それはむしろ、後述のように、経営罰概

念が限定的であることに伴う司法審査の対象およびその実際の意義の制約からの結果ではないかと思われる。また、この点に關して、経営組織法上の調整委員会の役割を過大視することもできないであろう。それが現実にとどの程度機能しているかは疑問であり、しかもその決定は単に使用者および経営協議会の合意にかわりうるものにとどまり、被処分者たる労働者が当該経営罰の効力について、裁判上争うことを排除するものではないからである。

(2) 第二章第四節三三を参照。

## 2 学説および判例の状況

(1) 学説 経営罰に関する司法審査の可否、範囲の問題は、以前から学説において論じられてきたものであるが、その中では、それを広範に認めようとする見解がある反面、経営罰の法的基礎である経営自治の理解に基づき、それは一定の範囲に制約されるべきであるとの見解がむしろ有力であるように思われる。

経営罰の司法審査を一般の団体罰との対比によって一定の範囲に限定しようとする試みは、かつてジークによって展開されていた<sup>(1)</sup>。彼は団体罰に関する従前の判例を検討し、その結論をおおむね経営罰にも準用しようとしたのである。それによって彼は、経営罰に関する司法審査は経営罰規定の存在、その内容の良俗性、規定の適用、手続規定の遵守、最少限度の手続原則の遵守<sup>(2)</sup>には及ぶものの、原則としてそれを越えては及びえず、ただ経営罰行使が良俗に反する場合または明白に不当 (offenbar unbillig) な場合に限って許されるとした。しかし他方でジークは、団体罰の構成要件が実際に満たされているか否かについては司法審査が及ばないとする判例の結論は経営罰については妥当しないとして<sup>(3)</sup>、その限りでは経営罰の司法審査を容認しており、結局経営罰に關して司法審査が原則的に及びえないのは、実際には経営罰の相当性および不文の手続原則の遵守に限られるようである。

同様の主張は、最近の一連の論争の中でもしばしば見受けられた。しかもそれは、経営罰の法的根拠でもある経営自治との関連で論じられたものであった。たとえばマイヤー・コーディンクは、国家による団体の独自の活動領域の尊重という補充原則 (Subsidiaritätsprinzip) に基づき、特に経営罰の量刑の問題は良俗違反または明白に不当な場合にのみ司法審査が及びうるとする。その問題は、あくまで経営独自の観点からのみ正当な評価が可能だというのである<sup>(4)</sup>。そのほかにも、経営罰の司法審査は原則としてその相当性には及ばないとする立場からは、経営罰への裁判所の過度の介入は経営の自治そのものを麻痺させること<sup>(5)</sup>、経営罰の相当性にまで司法審査を認めることは自治的な経営パートナーの規制権限の侵害であり、経営罰に対する有効なコントロールはあくまで経営協議会の共同決定権によってなされるべきこと<sup>(6)</sup>、などが指摘されている<sup>(7)</sup>。

このように、学説上は経営罰に関して司法審査の範囲を制限的に解することが有力であるが、しかしそれはもっぱら経営罰の相当性に関するものであることに留意しなければならない。それ以外の問題、たとえば経営罰規定の存在や適法性、経営罰の理由とされた行為の存否やその経営罰規定へのあてはめ、労働者の責任の存否、規則上の手続規定の遵守などの広範な問題に関して司法審査が及びうることは、それらの学説においても認められているのである。従って、一般の団体罰に関し、団体自治を重視することによってそれに対する司法審査をもっぱら団体罰規定の存否や適用などの形式的審査に限定し、実質的審査はあくまで「明白に不当」な場合にのみなされうるとの従来の学説<sup>(8)</sup>・判例の態度は、経営罰に関してはそのままの形では維持されていない。このような理解の背景には、おそらくは、一方で経営自治の尊重の要請と、他方で労働関係が通常の団体関係とは異なり、事実上の支配従属関係であることから<sup>(9)</sup>、労働者保護が一層強く要請されることを、いかに調和せしめるかという問題についての考慮があるものと思われる。その意味で、経営罰の相当性について「明白な不当」性が問題とされることは、経営罰を経営自治によって捉えるこ



とに伴う最小限の要請と解することができるであらう。

これに対して、学説の中にはこの後に述べる B A G の立場を支持してより広範な司法審査の可能性を認めるものがある<sup>(10)</sup>ほか、契約説の立場からは独自の観点からの司法審査の拡張が主張されている。つまり、特に制裁金について民法第三四三条<sup>(11)</sup>または第三一五条ないし第三一九条<sup>(12)</sup>に基づく相当性の評価と制裁金額の引き下げの可能性である。多数説・判例による限り、経営罰をめぐる訴訟形式は確認訴訟または給付訴訟に限られることになるが、契約説は、形成訴訟による減額請求権が認められるとする点に多数説・判例に対する自説の優位性を自認するようである<sup>(13)</sup>。

- (1) Sieg, Karl, *Gerichtliche Nachprüfung vorhängiger Betriebsbuße*, Rda 1954 S. 361
- (2) シュークが問題とする一般原則は、意見聴取および二重処罰の禁止に限られる。それ以上は、「明白に不当」な場合のみが司法審査の対象となるという (Sieg, Rda 1954 S. 364)。
- (3) シュークはその理由として、構成要件へのあてはめが裁判所の審査に服さないとすると、労働者の不利益が余りに大きいとをあげる。すなわち、団体罰についてそのような帰結が認められる理由である構成員の自由な加入は、労働者にとっては無縁のものであり、そこでは自由意思が問題とならなうからだとする (Sieg, Rda 1954 S. 362)。
- (4) Meyer-Cording, NJW 1966 S. 228f.
- (5) Nikisch, Bd. III, S. 420
- (6) Kammann, DB 1969 S. 2134
- (7) 以上のほかにも同様の見解を述べている者がある。Amelnunxen, Clemens, *Ordnungsstrafen im Betrieb, Arbeitgeber* 1966 S. 717; Stahhacker, Eugen, *Das Arbeitsrecht in der Gewerbeordnung*, Berlin 1966, S. 104; Fitting/Auffarth/Kaiser, a. a. O., S. 783
- (8) Vgl. Meyer-Cording, Ulrich, *Vereinsstrafe*, Tübingen 1957; Benthien, Volker, *Die richterliche Kontrolle von Vereinsstrafen und Vertragsstrafen*, BB 1968 Beilage (ただし後者の論議は、従前の学説・判例とは異なり、広範な

司法審査の許容が主張されている。

(9) 注(3)のジークの主張を参照。そこで見られるような一般の団体と労働関係との単純な比較には問題があるとしても(一般の団体関係においても自由意思が問題となりえない場合は少なくない)、そこには、一般的な団体自治とは区別された経営自治の特質に基づき、経営罰についてはより積極的に司法審査を認めようとする意図が窺われるであろう。

(10) Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 1379

(11) Zöllner, ZRP 1970 S. 386ff.; Luhmann, S. 172

(12) Baur, JZ 1965; Söllner, Alfred, *Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis*, S. 108; dens., JZ 1966, S. 803

(13) ただし、以上のことは、あくまで経営罰のうちの制裁金に関するものに留意する必要がある。同じ経営罰のうちでも戒告・譴責については、最近の契約説による限り使用者の契約上の「警告」権の行使として捉えられる結果、それに対する司法審査もやはりそのような観点からなされるべきものとされ(この点についてはこの後に見る判例による「警告」の司法審査に関する理解を参照)、民法第三四三条はもちろん、多数説・判例のように経営罰としての観点からの幅広い司法審査の可能性も問題とならない。

(2) 判例 一方、経営罰の司法審査に関する判例の基本的立場は、これまでもしばしば引用した一九六七年九月一二日のBAG判決によって示された<sup>(1)</sup>。BAGはその中で、裁判所は経営罰に関する問題の全範囲にわたって審査権限を有するとし、それは単に経営罰規定の有効性や経営罰の要件の充足、手続の遵守のみならず、個々の場合に科された経営罰の相当性の評価にも及ぶと判示したのである。そしてそのような判断の根拠としてBAGが掲げたものが、ここでもやはり、憲法上の基本原理としての「法治国原則」であった。すなわち、基本法第一九条第四項の類推に基づく「国家という全体共同体の中のかなる共同体や団体においても恣意の危険が生ずることを許さない」という法治国原則<sup>(2)</sup>が、そのような裁判所による審査可能性をもたらすというのである。従って、BAGによる限り、経営罰に

関する裁判所の審査権限は全面的かつ完全なものである。そしてこのような審査権限は、単に制裁金のような労働者に対して直接的な財産的不利益をもたらす経営罰形態のみならず、戒告・譴責のようなわざわざ道徳的な意味での経営罰形態についても妥当する<sup>(2)</sup>。

ところでBAGは、その形態上の類似性にもかかわらず、経営罰としての戒告・譴責と使用者による単なる非難的表明 (mibilligende Äußerung) なし「警告」(Abmahnung) を明確に区別し、後者については原則として裁判所の審査は及ばず、例外としてそれが侮辱的内容を含み、あるいは労働者の職務上の昇進に危険をもたらすような場合には、その限りで裁判上その取消または撤回を請求しうるものとしていた<sup>(4)</sup>。ただ、そのような例外が具体的にいかなる場合に認められるのかについては、その後の下級審判例の理解は分かれていたのであるが、BAGは最近の判決<sup>(5)</sup>においてその立場を明確に示すに至った。この判決は、上司に対する侮辱的行為を理由とする戒告 (Verwarnung) の撤回と人事書類からの除去が求められた事件に関するものであるが、その中でBAGは、使用者の非難的表明といえどもその形式・内容において労働者の法的地位を害するときは裁判所の審査対象たりうるとし、とりわけそれが人事書類に記載されるような正式のものである場合には、仮にそれが不当なものであるとすれば、それによって後に当該労働者についての誤った評価の基礎となり、職務上の昇進の妨げやその他の法的地位を害する措置がもたらされることは否定できないから、労働者はその撤回を請求しうるとしたのである。そしてその具体的判断にあたっては、たとえ当該措置が非難的表明ないし「警告」であるとしても、その理由とされた労働者の行為は侮辱の要件を満たしていないとして、それを人事書類から取除くべき旨の請求を認容している<sup>(7)</sup>。このようなBAGの理解による限り、使用者の労働者に対する非難や注意のための措置は、①経営協議会の共同決定および裁判所の審査に服する経営罰、②共同決定には服さないが裁判所の審査の対象となる正式な措置としての非難的表明ないし「警告」、③裁判所の審査の対

象ともならない事実的な非難的表明ないし「警告」の三つに区別されることになる。

- (1) BAG Urt. v. 12. 9. 1967, Bd. 20 S. 79
- (2) BAGは、経営罰としての制裁金について民法第三四三条などの適用を問題としていない。経営罰を経営自治に基づく特殊な制裁として捉える以上、当然の帰結である。
- (3) BAG Urt. v. 5. 12. 1975, Bd. 27 S. 366; BAG Urt. v. 22. 2. 1978, DB 1978 S. 1548 前者は書面の譴責 (Verweis) について、経営罰規則が存在しなかったことを理由に無効であるとして、人事書類からの除去を認めたもの、後者は書面の戒告について、経営罰規則が存在しないこと、および仮にそれが経営罰ではない単なる「警告」であるとしてもその理由とされた行為が存在しないことを理由に、その撤回と人事書類からの除去を認めたものである。
- (4) BAG Urt. v. 13. 7. 1962, NJW 1962 S. 2268 (AP Nr. 1 zu § 242 BGB)
- (5) 下級審判例の中には、大別して次のようなものがあった。まずBAGの掲げる基準を厳格に解するものとして、LAG Hamm, Urt. v. 30. 10. 1973, DB 1974 S. 439 は、使用者による非難的表明は、それが侮辱や名誉毀損、あるいは財産的損害の基礎とならない限り、たとえ人事書類に記載される場合であっても、その撤回を要求することはできないとした。その理由として右判決は、労働者が経営組織法第八三条第二項により自己の立場を人事書類に付記できること(後に解雇が争われた場合にはそれを引用することによって法的保護がなされる)、そのような措置は使用者による労働者の態度についての意見の表明という意味を有しており、それを人事書類から除去すべき旨の要求は、非難や批判の撤回ないしは一定の法的見解そのものの放棄の要求と同じことになってしまうこと、などをあげていた。またLAG Frankfurt a. M., Urt. v. 3. 8. 1977, DB 1977 S. 2000 では、非難的表明の人事書類からの除去を請求しうるのは、それが労働者の職務上の昇進にとって「具体的危険」を伴う場合に限るとしている。これに対して、BAGの基準を比較的緩やかに解するものとしては、たとえばArbG Berlin, Urt. v. 27. 9. 1973, DB 1973 S. 2406 があった。これは、使用者による非難的表明であっても、それが労働者の人事書類に取入れられる正式の書面によるものであるときは、それが不当なものである限り裁判所による審査が認められるとしたものであるが、その理由としては、そのような記載が再度の違反の際に労働者にとって不利な判断のために持ち

出されうること、特に大企業においては人事書類がしばしば労働者の昇進についての判断の基礎となることなどの故に、それが労働者の法的地位にとって継続的な侵害を意味することをあげている。このほか、事実にくわない記載については当然にその除去を求めうるとするものと、LAG Bremen, Urt. v. 8. 12. 1965, DB 1966 S. 77 (そこでは、人事書類を正確に記載すべき使用者の「配慮義務」がその根拠としてあげられている)、人事書類の記載が虚偽であるときはその撤回を求めようとするもの、ArbG Darmstadt, Urt. v. 30. 1. 1973, DB 1973 S. 1408 などがあった。

(6) BAG Urt. v. 22. 2. 1978, DB 1978 S. 1548

(7) この判決は、当該措置が経営罰と契約上の「警告」のいずれに該るかについては明言していない(この点については、この後の第四節を参照)。BAGは、それが経営罰であるとすれば経営罰規定が存在しないために許されず、仮に単なる非難的表明ないし「警告」であるとしても、本文で述べたようにそれは不当なものであるとして、結局労働者側の請求を認容したものである。

### 3 経営罰の相当性に関する司法審査の意義

以上のように、多数の学説とBAG判決およびそれを支持する学説との間には、同じく自主法規説の立場に立ちながらも、経営罰の相当性に関する司法審査の可否をめぐる見解の相違が認められる。しかし、そのような見解の対立の意味、あるいはそのような司法審査の実際の意義については、更に別個の検討を必要とする。

まず、右のような対立は、果して全く相容れない決定的なものかという点である。この点に関しては、特にハーシエルの指摘に注目したい。すなわちハーシエルによれば、経営罰の評価の問題に関してはその性質上経営内機関に対して一定の範囲で裁量の余地を認めざるをえず、とりわけ制裁の種類や量刑の決定は不可避的に裁量事項であるとして、裁判所もまたその裁量の結果を尊重しなければならないが、同時にその裁量は経営罰の目的の考慮の下に羈束

的なものであり、その限りで裁判所の審査に服するといふ<sup>(1)</sup>。そこで、BAGが経営罰の相当性についても司法審査が及ぶとする場合、それがハーシエルのいうような意味での裁量の余地すら認めず、裁判所が全く独自の視点から経営罰の評価を行なうことを意図するものか否かは疑問であり、そのため、BAGがその具体的な内容について明確に述べていないことからは、それは一定の範囲内でのみ司法審査を認める学説の立場とは必ずしも相容れないものではないとの理解もなされて<sup>(2)</sup>いる。

もちろん、たとえこのように解しようとしても、経営罰行使の裁量権の範囲の広狭いかんによっては具体的結論は異なりうるのであって、単にそのような基本的態度の類似性を強調すること自体に重要な意味があるわけではない。同じことは、経営罰の相当性に関する司法審査を「明白に不当」な場合に限定しようとする学説についてもあてはまる。ところがこの点に関する議論は多くの場合に一般的・抽象的なものにとどまり、具体的な結論上の差異という観点から学説・判例を比較対照することは困難である。経営罰の相当性が直接争われた裁判例も見当たらない<sup>(3)</sup>。経営罰の相当性に関する司法審査の問題は、もともと現実の裁判上の紛争に起因し、その実際の処理のために議論の対象とされたものではなく、主として経営自治からの理論的帰結として、いわば経営罰法理としての論理整合性という観点から論じられたものであった。その意味で、この問題に関する議論の内容が抽象的なものとならざるをえないことは、いわばやむをえない結果でもある。

次に経営罰の相当性に関する司法審査の問題は、その実質的な意義という観点からも、必ずしも重大なものではないことにも留意する必要がある。それは第一に、経営罰概念の狭さによる。つまりそれは、実際に使用者が労働者に對して行使されるすべての制裁措置を包含するものではなく、主として戒告、譴責および制裁金を意味するにすぎず、たとえば解雇については解雇法上の問題として別個の評価がなされるのである<sup>(4)</sup>。従って、たとえば団体罰の相当性が、

除名を含めた（むしろそれを中心とした）制裁形態について論じられるものであるのに対し、経営罰のそれは相対的に限定されたものとならざるをえず、具体的には戒告、譴責、制裁金相互間の選択、そして制裁金額の程度に関して現われるにすぎない。第二に、そのうちの制裁金の額に関しても、具体的な論拠は別として、結果的には多くの学説によってかつての營業法上の規制が妥当すると解されているために、その限りでは、それについての裁量自体が極めて限定された範囲でしか問題とならないのであり、経営罰の相当性に関する司法審査の實際的意義は、ますます小さなものとならざるをえない<sup>(6)</sup>。

(1) Horschel, S. 96

(2) Zöllner, ZRP 1970 S. 386

(3) 直接参照しえた限りでの判例は、いずれも主として経営罰の要件の有無やその理由となった行為の有無・性格によって問題の処理がなされたものであり、相当性の欠如を問題としたものは存在しなかった。経営罰の相当性に関しては原則として司法審査は及ばないと主張する学説も、実際に経営罰の相当性を否定した特定の判例を前提として論じているものではない。

(4) 前掲第二節二2参照。

(5) 前掲第二節二1参照。

(6) なお、前述のように、契約説の立場からは民法第三四三条、三一五条などに基づく制裁金の相当性の評価および減額の可能性が主張されている。しかし、ここでいう「不当に高い (unverhältnismäßig hoch)」違約罰(第三四三条)や「相当性 (Billigkeit)」を欠く給付決定(第三一五条)という評価基準が、多くの学説の主張する「明白に不当」な場合との間でいかなる差異をもたらすのかは明らかでない。それはせいぜい、制裁金の額が不当な場合に裁判所による引き下げが可能となる点に意味があるにすぎないようにも思われる。

#### 第四節 経営罰と契約上の措置の境界設定

——経営罰としての戒告・譴責と契約上の「警告」——

##### 一 両措置の区別の意義

以上の検討を通じて明らかとなったように、西ドイツ労働関係における特殊な制裁概念である経営罰は、少なくとも現在の多数説・判例による限り、労働契約とは別個の法的根拠に基づき、特別の効力要件および法的規制、とりわけ経営協議会の共同決定と広範な司法審査に服するものと解されている。同時に、そのような要件や法的規制は、あくまでその場合の限定的な意味での経営罰に関するものであって、それとは明確に区別された使用者の労働契約に基づく法的措置には及ばない。ところがこのような二種類の措置の区別は、確かに概念上は明確であるとしても、実際には少なくともその形態ないし効果からは容易に区別しえない場合が生ずる。そのことは、とりわけ経営罰としての制裁金と契約に基づく違約金、そして同じく戒告・譴責と契約上の注意ないし「警告」との関係において顕著に現われる。<sup>1)</sup> ここにおいて西ドイツの経営罰理論は、両措置の境界設定のための具体的基準という重大な問題に逢着することになる。それは単に、右に見た経営罰に関する要件や経営協議会の共同決定および司法審査の妥当領域の確定のための前提としての意味を有しているだけでなく、経営罰の概念規定、ひいては経営罰法理そのものの対象画定にかかわる問題である。<sup>2)</sup>

この問題をめぐっては、近年とりわけ経営罰としての戒告・譴責と契約上の措置としての注意ないし「警告」の区別に関して新たな議論の展開が見られ、幾つかの注目すべき判例も現われている。<sup>3)</sup> ここでは、一般に、両措置の区別は単にその実際上の名称いかに<sup>4)</sup>、口頭か書面か、就業規則等による規定態様などの形式的基準によってではなく、よ



り実質的な基準によらねばならないとすること、およびその基礎として集団的な経営秩序違反と個別的な契約上の義務違反の区別を据えることでは大方の理解は一致しながら、更にそれらの義務違反を区別するための具体的な評価基準やそれらの違反が同時に存在する場合の両措置の区別に関しては、かなりの見解の対立が存在する。以下ではこの問題をめぐる学説・判例を概観するが、それを通じて経営罰の概念やその対象に関する西ドイツ経営罰理論の意義が一層明らかになるとともに、それが抱えるより根本的な問題点も窺い知ることができるであろう。

- (1) これに対してたとえば解雇については、先に指摘したようにそれが経営罰たりうるか否かをめぐって争いがあるもの、たとえそれを肯定する立場においても解雇が労働契約に基づく措置であること自体は必ずしも否定されておらず、経営罰としての解雇と労働契約上の通常の解雇の境界設定という問題は生じていない。そこで論じられるものは、主として解雇が経営罰として協定されうるか否か、それよって解雇の要件・手続が加重されるか否か(特に経営協議会による義務的共同決定)である。
- (2) この点、最近の契約説のように戒告・譴責を使用者の「警告」権の行使として捉える限り、両措置の境界設定や競合の問題は生じない(Dietz/Richardi, *BetrieVG*, S. 985)。しかし、契約説が、それによって従来一般に認められてきた経営罰としての戒告・譴責に関する共同決定や司法審査を制限しないか否定していることは既に指摘したところであって(前掲第三節二(2)、三(1)参照)、両措置の区別の否定に急なあまり、かえって実際には不当な結論を導いているようにも思われる。なお、それらの契約説にあっても、経営罰としての制裁金(それは一種の違約金と解される)については経営協議会の共同決定に服するものとされるが、それと通常の違約金の境界設定の問題については必ずしも十分な説明は見られない。

(3) Vgl. Rewoll, Hans-Dietrich, Die Abmahnung im Arbeitsverhältnis, DB 1976 S. 774; Gernelmann, Claas-Hinrich, Die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwarnungen, RdA 1977 S. 75; Schloschauer, Ursula, Mitbestimmungsfreie Abmahnung und mitbestimmungspflichtige Betriebsbuße, DB 1977 S. 254; Fischer, Hermann J./Klebe, Thomas, Abmahnung, Ermahnung und Verwarnung im Arbeitsverhältnis, *Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht*, 1978 S. 212; Däubler, Wolfgang, *Das Arbeitsrecht*, Bd. 2, Hamburg 1979, S. 208f.; Schaub, Günter, *Ar-*

*beits- chis-Handbuch*, 4. Aufl., München 1980, S. 271; *Stahhacker, Eugen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 4. Aufl., München 1980, S. 2f.

(4) さらに、実務上用いられる名称としては、*Ermahnung*, *Mißbilligung*, *Bescanndung*, *Rüge*, *Mahnung*, *Abmahnung*, *Tadel*, *Verwarnung*, *Verweis* など多様なものがあり、それが更に正式の (formlich) 口頭 (mündlich) や口書面 (schriftlich) の区別がある。Vgl. Schloschauer, DB 1977 S. 254

(5) Schloschauer, DB 1977 S. 257f.

## 二 両措置の区別の基準

1 基本的基準としての集団的秩序違反と個別的契約違反

(1) 判例 両措置の区別の問題については、学説よりもむしろ判例が先行していた。そこでまず、判例の立場について見ることにしよう。

BAGはこの点に関して、以前から経営罰としての戒告・譴責と使用者の非難的表明 (misbilligende Äußerung) ないし「警告」(Abmahnung)を区別し、それぞれについての裁判所の審査の範囲と経営協議会による共同決定の要否を区別してきた。たとえば一九六二年七月一三日のBAG判決は、書面の戒告 (Verwarnung)の語が用いられていないことについて、それは経営罰ではなく単なる使用者による非難的表明にすぎないとしたが、そのような非難的表明は、虚偽の内容を含み、あるいは事実上の差別的待遇を伴うものでない限り、その撤回または取消の請求はなしえず、また、それは経営組織法旧第五六条第一項(f)号には該当しない人事的措置であるが、そのような措置についての経営協議会による協力権を排他的に列挙する同法旧第六〇条第二項に含まれていない以上、経営協議会の関与の必要もないとした。しかしそこでは、判決のいう非難的表明と経営罰を区別する具体的基準は示されておらず、せいぜい、当該

戒告は「被告（使用者）が原告（労働者）の態度に加えた単なる評価の表現」にすぎず、また、経営組織法旧第五六条は「使用者により労働者の個々の行為に対してなされる批判」には関係しないと述べるにすぎない。続いて一九六六年一月一四日の判決<sup>(2)</sup>では、業務上の不注意により会社に損害を生ぜしめたことを理由とする書面の誹責（Verweis）の語が用いられていた<sup>(3)</sup>について、その目的が経営の秩序の維持回復にあったことを理由にそれは単なる使用者の非難的表明や「警告」ではなく真正の経営罰であるとし、更に、その対象となった行為が同時に労働契約から生じた義務に違反するとしても、そのことは右の措置から経営罰という性格を奪うものではないとした。

これらの判例によれば、BAGは当初、経営罰と非難的表明ないし「警告」を具体的措置の名称いかんにとらわれることなくその趣旨や目的によって区別しようとし、経営秩序の維持回復を目的とするものを経営罰として、それに至らない単なる労働者の契約違反の行為を非難するにすぎないものを契約上の非難的表明ないし「警告」として理解していたように思われる。しかし、その場合の経営秩序そのものの意味が明らかではなく、個々の措置の趣旨・目的をどのようにして認定するのかも明確ではないため、両措置を区別するための具体的基準は曖昧なままである。

このようなBAGの基本的理解の下で、その後いくつかの下級審判例が現われたが、そこでも個々の措置の名称や形式は問題とされてはいないものの、使用者が労働者の労働契約から生じた義務の違反を非難する場合は契約上の「警告」であるとの一般論が述べられるにすぎないことが多く、契約上の義務違反と経営罰の対象としての秩序違反との区別のための、BAG以上に具体的な基準は示されていない<sup>(4)</sup>。ただ、一九七三年九月二七日ベルリン労働裁判所判決<sup>(5)</sup>だけは、書面の戒告（Vorwarnung）についても「ばらその文言を問題とし、それが「経営秩序違反ないし反共同体的態度を罰するものではなく、原告労働者が職業訓練関係から生じた個別契約上の義務違反について非難されているということ」を明確に示している。」<sup>(6)</sup>ということを理由に、当該戒告処分は経営罰ではなく個別契約上の措置

であるとしたことが注目される。それは、経営罰と契約上の措置の区別について、当該措置の対象とされた行為の客観的な法的性格よりも、むしろ当該措置の文言によって示された使用者の非難が、集団的な経営秩序違反と個別契約上の義務違反のいずれに向けられたのかを重視しようとするものであった。そしてこのような評価方法は、最近のBAGによっても採用されているように思われる。

まず一九七五年九月二三日のBAG判決は、勤務態度不良を理由とする書面の戒告(Verwarnung)に関するものであるが、その中でBAGは、当該文書は戒告の語を用いてはいるものの、その性質は文書全体との関連で評価されねばならないとの態度を示したうえで、右戒告は「全体として、使用者が労働者に対してその個別契約上の義務を示し、将来この個別契約上の義務に違反した場合の個別契約上の結果を威嚇したものであることが明らかである」から、経営罰ではなく「警告」であるとした。<sup>(7)</sup>そしてこのようなBAGの立場は、その直後の一九七五年二月五日の判決<sup>(8)</sup>によっていっそう明確なものとなった。この判決は、経営協議会委員が就業時間中に経営内で企業を攻撃するピラを配布したことを理由に書面の譴責(Verweis)が言渡され、それが人事書類に記載されたことから、その抹消が請求されたという事案に関するものであるが、BAGはまず経営罰と「警告」の区別について、経営罰は経営秩序違反に対して向けられるものであり、集団的関連性(kollektiver Bezug)なしに労働者の反共同体的態度(gemeinschaftswidrigen Vorkalten des Arbeitnehmers)の存在が必要であるのに対し、「警告」は労働契約の不完全履行その他の違反についてなされるものであり、集団的秩序には影響がないものであるとしてその基本的理解を示した後、具体的な措置がそのいずれにあたるかは客観的な意思解釈の問題であり、単にその名称や文言のみに基づくべきではなく、使用者がそれを言渡す動機となったすべての事情を考慮しなければならぬと述べ、しかもそのことは意思表示の一般原則に従い、表示者が知りうるように表現したところの意思に基づいて判断すべきであると判示したのである。<sup>(9)</sup>従って、

このようなBAGの理解による限り、経営罰としての戒告・譴責と契約上の「警告」の実際的な区別については、個々の措置の対象となった労働者の行為の客観的な法的性質いかんはもはや重要な意味を持ちえず、もっぱら使用者の主観的な意思（もちろんそれが客観的な解釈によるべきものであることは強調されているが）<sup>(10)</sup>によってその結論が左右されることにならう。しかし、経営罰と契約上の措置の区別が実際には使用者の意思表示いかんによって判断されるほかないとすれば、そのことは経営罰に関する特別の要件をはじめとして経営協議会による共同決定や裁判所による広範な司法審査の対象を画定するための基準としては、はなはだ不安定で流動的なものと言わざるをえない。法的根拠や対象行為において明確に異なるはずの両措置の区別が、そもそも使用者の意思表示いかんによって判断しうることかという疑問も残る。しかも、そのような意思解釈においても当然の前提であるはずの、集団的秩序違反と個別的契約違反を区別するための基準は、依然として不明確なままである。それが具体的に明らかにならない限り、使用者の意思表示の評価そのものが困難となるであろう。結局、右のBAG判決は、経営罰としての戒告・譴責と契約上の「警告」との区別の基準として、個々の措置の対象とされた労働者の行為の客観的な法的性質のいかんに依拠することを放棄したか、あるいはそれを事実認定とその法的評価という裁判官の専権によって処理することにより、労働者の行為の法的性質という問題そのものを回避したものと評しうるのではあるまいか。

ただ、右のBAG判決の後にも、なお労働者の行為の性質、ないしはその実際的な結果のいかんによって両措置を区別しようとする下級審判決も存在する。たとえばフランクフルト・州労働裁判所の一九七七年八月三日の判決は、<sup>(11)</sup>航空会社に勤務する原告労働者が勤務予定の変更をめぐる上司との電話による会話を無断で録音したことに対する「警告」(Abmahnung)の語が用いられていた)が問題とされたものであるが、判決は、右の行為によって他の従業員の仕事が害されたものでも全体としての仕事が害されたものでもないとしてそれが集団的経営秩序違反であることを否

定し、使用者は単に当該労働者の可罰的行為<sup>(12)</sup>による労使間の信頼関係の破壊を非難したにすぎないと述べている。これは、経営秩序違反の意味を経営における業務遂行の具体的な阻害として捉え、労使間の個人的な信頼関係の毀損を契約上の義務違反と解することによって、使用者による個別的措置の法的性質を判断しようとするものであり、経営罰と契約上の「警告」の区別について、より客観的な基準を志向するものとして注目される。

- (1) BAG Urt. v. 13. 7. 1962, NJW 1962 S. 2268 (AP Nr. 1 zu § 242 BGB) この事件は、労働者の欠勤に関してなされた使用者の出頭命令に従わなかったことを理由とする警告の無効確認または取消が争われたものであるが、原審がその取消を認めたのに対し、BAGは本文に述べた理由によって訴を棄却した。
- (2) BAG Urt. v. 14. 12. 1966, Bd. 19 S. 181
- (3) 経営罰であることを認めた注(2)の判決も、謹責の対象とされた業務上の過失による損害の惹起が、いかなる意味で経営秩序を害したのかは明らかにしていない。ひいてはそのような行為によって害される経営秩序の意味も、不明確なままである。
- (4) たいせつに LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 17. 4. 1968, DB 1968 S. 1499 (職員に対する侮辱的言辞を理由とする書面警告 Verwarnung); ArbG Darmstadt, Urt. v. 30. 1. 1973, DB 1973 S. 1408 (虚偽の勤務報告を理由とする警告 Verwarnung); LAG Hamm, Urt. v. 30. 10. 1973, DB 1974 S. 439 (警告 Verwarnung に関するものではないが、事実関係は不明) などがあるが、いずれも経営罰であることを否定し、「警告」ならし非難的表明であるとしている。
- (5) ArbG Berlin, Urt. v. 27. 9. 1973, DB 1973 S. 2406
- (6) BAG Urt. v. 23. 9. 1975, DB 1975 S. 1946
- (7) なお、本件にちがって使用者が発した書面には、当該労働者が職長として要求されるような勤務をしていないこと、それが改められないときは警告が発せられると共に降格されることなどが記載されていた。
- (8) BAG Urt. v. 5. 12. 1975, Bd. 27 S. 366

(9) BAGはこのような観点から、当該譴責処分における使用者の非難の重点は経営秩序違反にあったと判断し、当該経営に  
おいては経営罰規定が存在しない以上、そのような措置は許されないとした。なお、その場合にBAGが重視したものが、当  
該書面において経営組織法第二条、第七四条第二項、第七五条第一項などの違反が指摘されていたという事実であって、その  
ことから、そこでは当該労働者の契約違反よりも、彼が経営協議会員としての義務に違反し、それによって経営秩序を乱した  
ことについての非難が重視されていたと判断したのである。また、BAGはその前提として、経営協議会員による経営組織法  
上の義務違反は労働契約上の義務違反とは同視できず、それを理由に使用者は「警告」を発することはできないとの理解に立  
っている(ただしこの点については学説および下級審判例からの異論もある)。

(10) その後BAGはこの点について、当該措置の解釈においては、その文言や表現の全体的関連性を考慮し、労働者が信  
義則上それをどのように理解すべきかが問題となるところとした(BAG Urt. v. 30. 1. 1979, DB 1979 S. 1511)。

(11) LAG Frankfurt a. M., Urt. v. 3. 8. 1977, DB 1977 S. 2000

(12) 西ドイツ刑法第二〇一条によれば、他人の非公開の発言を録音することは処罰の対象となる。

(2) 学説 一方、学説においても、両措置の区別に関しては、多くの見解はもっぱら集団的秩序違反と個別的な  
契約違反の区別といった抽象的基準を示すにとどまり、そのための具体的な判断基準を問題とするものは必ずしも多  
くない。しかしその中では、そのための基準を労働協約および経営協定理論における経営規範(Betriebsnormen)と  
内容規範(Inhaltsnormen)の区別に依拠することによって明らかにしようとする見解が、有力に主張されている<sup>(1)</sup>。  
通常、経営規範とは一般的・集団的性格を有するものであり、具体的には経営の施設や設備に関する定め、安全衛生  
に関する定め、経営における労働者の行動に関する定めなどが属するものであるのに対し、内容規範とは、労働関係  
の直接的内容を規制し、それによって労働契約から生ずる労使の権利義務すなわち狭い意味の労働条件を確定するも  
のであり、たとえば契約に従った労務提供義務、労働時間および休暇、経営秘密の保持義務などに関する定めが属す

ると解されている。<sup>(2)</sup>そこでこのような分類を基準とすることによって、経営規範に属する規定の違反を経営罰の対象たる経営秩序違反として、内容規範に属する規範の違反を「警告」の対象たる個別契約上の義務違反として区別しようというわけである。<sup>(3)</sup>

このように、経営規範と内容規範の区別によって経営罰と契約上の「警告」との境界を明らかにしようとするのは、経営罰の問題が経営組織法上人事事項とは区別された社会的事項とされ、また労働協約による経営罰の定めが経営規範に属すると解されることと対応し、理論的には一貫しているように見える。しかしそのような理解に対しては、経営規範と内容規範の区別はもとも労働契約関係から経営秩序を分離するためではなく、とりわけ労働協約の法的効力<sup>(5)</sup>に関して、経営規範が協約の部外者に対する関係において特別の法的効力を有することを明確にするためのものであって、それを経営秩序違反と契約上の義務違反を区別するための基準とはなしえないとの批判が加えられている。<sup>(6)</sup>しかも、たとえ右のような基準によってもなお両者の義務違反が明確に区別されるとは限らず、また一つの行為が同時に双方の違反に該当しうることも、右の見解に立つ論者自身の認めるところである。<sup>(7)</sup>そのため、ここでは更に、集団的な経営秩序違反と個別的な労働契約上の義務違反に同時に該当する行為に対する使用者の措置について、経営罰としての戒告・譴責と労働契約上の「警告」のいずれと解すべきかという新たな問題に直面することになる。そしてこの点をめぐって、現在の西ドイツの学説・判例は一層その混乱の度合いを深めているように思われる。

(1) Herschel, S. 44f.; Kammann, DB 1969 S. 2134; Schloschauer, DB 1977 S. 258

(2) Schloschauer, DB 1977 S. 258

(3) このような観点から、たとえばシュローシャウアーは、経営罰の対象となる行為として経営の出入のための規制違反、乗物の駐車規制に対する違反、飲酒、職場での大声の歌唱、ビラ貼りなどをあげ、「警告」の対象となる行為としては、労務の



不完全な履行、一方的な休暇の開始、無許可の職場離脱、無断欠勤、病気中の就労、仮病、無許可の副業、労働拒否、意識的な労働力の抑制、競争禁止違反、経営秘密の漏洩、労働時間の不遵守などをあげている (Schloschauer, DB 1977 S. 258)。

(4) Vgl. Hueck/Nipperdey, 7. Aufl., Bd. II/1, S. 292

(5) 労働協約法第三条第二項は、「経営および経営組織法の問題に関する労働協約の法規範は、労働協約に拘束される使用者の経営全体について妥当する。」と定める。経営の問題に関する規範すなわち経営規範は、組合員にのみ妥当する内容規範とは異なり、使用者が協約によって拘束される限り、当該協約当事者である組合の組合員か否かを問わず、その使用者の経営で使用されるすべての労働者に妥当するわけである。

(6) Luhmann, S. 115

(7) シェローシャウアーは、そのような場合として、たとえば労働時間の開始と終了に関する定めに対する違反や、勤務時間中に行なわれたピラ配布や署名集めなどをあげている (Schloschauer, DB 1977 S. 258)。

## 2 混合的違反の場合の問題処理

経営罰と使用者の契約上の措置を峻別し、それぞれの対象として労働者の集団的経営秩序違反と個別的労働契約違反を対応させる場合の問題は、それらの違反を区別するための評価基準もさることながら、労働者の行為が同時にその双方に該当する場合（ここでは混合的違反と呼んでおく）に使用者が行なった非難的措置を経営罰と「警告」のいずれと解すべきかという点にある。このことは、右のような前提に立つ場合に、労働者の秩序違反と契約違反が一個の行為について排他的・選択的なものと解さない限り、不可避的に生ずる問題であるが、それをめぐる学説・判例の理解は更に分かれている。<sup>(1)</sup>

まず、秩序違反と契約違反を経営規範と内容規範の差異に依拠して区別しようとするハーシエルは、一つの規範が

経営規範であると同時に内容規範でもありうることを認め、公法・私法の二面性を有する規範に関するいわゆる二面的規範 (ambivalente Norm) の概念に言及することによって、右の場合にはその双方の機能を評価すべきであり、いずれが優越するかを問題にすることはできないとしていた。<sup>(2)</sup> 明言はしていないものの、混合的違反に対する使用者の非難的措置が同時に経営罰と「警告」の二重の性格を有することを認める趣旨かと思われる。次に、カンマンは、もっぱら集団的な構成要件ともしばら個別的なそれを対置し、それぞれに経営罰と契約上の措置が加えられるべきであるとするが、他方でそれらの混合的構成要件 (Mischabstand) の存在を認め、その場合には通常集団的構成要件が優越するという。<sup>(3)</sup> つまり、その場合になされた使用者の措置は経営罰として評価すべきだといっているのである。このような理解に立つ限り、労働者の行為が客観的に混合的違反と評価される場合には、使用者の非難的措置は当然に経営罰としての要件および司法審査に服することになる。

これに対してシュローシャウアーは、経営規範であると同時に内容規範でもある定めの違反は、経営秩序違反と労働契約違反の二重の性格を有するとした上で、その場合にはハーシエルのいうような規範の目的の優越性や違反の優越的目的志向のいかんは問題とならず、むしろ使用者は「警告」と経営罰の一方または双方を選択して行使しうる(経営罰を行使する限りではそのための特別の手續を要する)<sup>(4)</sup> のであり、その意味で一種の選択権 (Wahlrecht) を有すると主張している。<sup>(4)</sup> 従って、その場合の経営協議会による共同決定の要否や裁判所による司法審査の範囲の問題は、もっぱら使用者の主観的な意図にかかることになる。しかし、実際には使用者があえて経営罰を選択し、それに伴う経営協議会の共同決定や広範な司法審査に服せうとはしないであろうから、右の見解は、結果的に混合的違反の場合について経営罰が問題となる余地を排除するに等しい。<sup>(5)</sup>

他方、判例においては、近年 B A G が意識的にこの問題を取り上げていることが注目される。B A G の立場は、基

本的には混合的違反に対しては経営罰および「警告」のいずれの措置も可能であって、個々の措置がそのいずれに該するか不明の場合には、先に指摘した客観的意思解釈の方法によって判断するというものであるが、その具体的評価基準については若干の動揺が見られる。

BAGは初め、混合的違反に対する使用者の非難的措置の法的性格は、それによって示された使用者の非難の重点が、経営秩序違反と契約違反のいずれに置かれているかによって判断すべきものとした<sup>(6)</sup>。つまり、その場合の措置において使用者がいずれの違反に対する非難を重視していたかによって、それが経営罰かそれとも「警告」かを択一的に決定しようとしたのである。いきおいそこでは、問題となった労働者の行為が使用者がいかなるものとして認識していたかが重要な意味を持つことになる<sup>(7)</sup>。しかしその後BAGは、右の評価にあたっては、使用者の非難の重点よりもむしろ当該措置の外観的な機能や性格を重視する立場をうちだした。すなわち、混合的違反の場合になされた措置が経営罰と認められるのは、それが債権者としての地位による主張を越えて刑罰としての性格(Stafcharakter)を有する場合、従って当該労働者が処罰される(Gehandelt werden)場合であり、そのことは「その文言と表現の全体的関連、並びにその付随的情况」を考慮した上で、「労働者が信義則に従い使用者の異議をどのように理解すべきか」を基準に解釈すべきであるとしたのである<sup>(8)</sup>。このようなBAGの立場は、確かにその限りでは経営罰と「警告」の区別について、より客観的な意思解釈を志向するものではあるが、同時に経営罰を「刑罰」や「処罰」の概念と結び付けることによって、結果的にそれが存在しうる場合を限定しようとするものであることも否定しえない。現にBAGはその後も、「警告」は単なる警告の目的(Warnzweck)を越えて刑罰としての性格、すなわち「労働者の人格に対する無価値判断(Unwerturteil über die Person des Arbeitnehmers)」を含むものであってはならず<sup>(9)</sup>、またそれが存在するのは「使用者が労働者にとって十分に知りうる方法で給付上の瑕疵を非難し、それと共に、それが繰り返された

ときは労働関係の内容および存続が害されるということが示された場合である。<sup>(10)</sup>とするなど、もっぱら経営罰が存在する場合を限定し、「警告」のための要件を明確にしようとしているのである。いずれにせよこのようなBAGの見解によれば、労働者の経営秩序違反行為は、それが同時に契約違反に該当する限りで経営罰の要件・手続に服さない「警告」の対象とされ、その結果労働者は経営罰と同等の不利<sup>(11)</sup>にさらされることになろう。

- (1) このように断定する学説・判例は存在しない。多数説・判例は、その前提として秩序違反と契約違反を概念上区別するが、同時に多かれ少なかれ労働者の行為が双方の違反に該当しうることを認めるようである。
- (2) Herschel, S. 44f.
- (3) Kammann, DB 1969 S. 2134 ただし、その場合に何故に集団的性格が優越するのかにについての理由は述べられていない。
- (4) Schloschauer, DB 1977 S. 258
- (5) ドイツラーも、シェローシャウアーを批判して、それでは使用者は、常に個別契約法的側面のみを引き合いに出すことになって、戒告や譴責を経営組織法第八七条の適用領域から意のままに除外できることになってしまおうと述べる(Daubler, a. O., S. 209)。
- (6) BAG Urt. v. 5. 12. 1975, Bd. 27 S. 366
- (7) 本節11(1)注(6)参照。
- (8) BAG Urt. v. 30. 1. 1979, DB 1979 S. 1511 本件は、経営集会(Betriebsversammlung)経営組織法第四二条以下参照)において営業および経営の状況について発言したことが秘密保持義務に反するとしてなされた注意(Ermahnung)について、人事書類からの削除が争われたものである。BAGは、本文に述べたような観点から、右措置はその内容からも明らかなように契約違反に対する単なる「警告」に限定されていると判断した。
- (9) BAG Urt. v. 7. 11. 1979, BB 1980 S. 414

(10) BAG Urf. v. 18. 1. 1980, AnR 1981 S. 221

(11) 特に人事書類に取り入れられるような正式な「警告」が、その後の労働者に対する評価の基礎となり、昇進を妨げるなどの労働者の法的地位を継続的に害しうるものであることは、BAGも認めるところである(本章第三節三(2)参照)。

### 三 若干の検討——多数説・判例の問題点

右に指摘したように、西ドイツ経営罰法理の多数説・判例は、経営罰と使用者の契約上の措置を峻別し、それぞれに集団的秩序違反と個別的契約違反を対置させるわけであるが、それらの違反がいかなる場合に存在するかを判断するための基準は決して明確ではなく、そのためとりわけ経営罰としての戒告・譴責と契約上の「警告」の境界設定をめぐって困難な問題に逢着している。学説ではいわゆる経営規範と内容規範の区別に依拠することによってそれを解決しようとする見解が有力であるが、実際には両規範の区別自体が必ずしも明確ではなく、むしろ両規範にかかわる混合的違反も存在しうることが認められているのであって、それによってもなお、労働者の行為の客観的な法的性格に基づく右の両措置の区別が容易になしうるわけではない。そのため判例では、おそらくは問題の実際の処理の必要から、両措置の区別をもっぱら使用者意思の解釈や当該措置の刑罰的性格の有無にかかわらしめている。しかしそのことは、経営罰に関する厳格な要件や経営協議会による共同決定の要否が、使用者の意思いかんや当該措置の言辞いかんによって左右されることを意味しよう。また、実際の刑罰的性格の有無ということであれば、単に使用者の非難の措置のみならず、典型的な契約上の措置とされる解雇などについても当然に問題となりうるはずであって、<sup>(1)</sup>そのような評価基準が、経営罰と契約上の措置の法的本質・根拠に基づく峻別という前提そのものと相容れるものかどうかも疑問である。

更に多数説・判例のような前提に立つ限り、労働者の行為が集団的秩序違反と個別的契約違反に同時に該当する場合には、理論的にはそれぞれの観点から経営罰の措置の双方が科されうることになる。両者の措置はその本質・根拠を異にし、それぞれの対象としての労働者の義務違反も全く異なる法的基礎に基づく相互に異質のものだからである。そのことは、労働者にとっては一個の行為について実質的に二重の制裁が科されることを意味し、その限りでは、多数説・判例による経営罰理論は、契約上の制裁措置に加えて、それとは別個の観点から経営罰という特殊な制裁措置を併科することを可能にするという機能を果たすものにほかならない。

さて、このような多数説・判例に伴う問題点は、いずれも多数説・判例が既にその前提において経営罰と契約上の措置を概念的に峻別し、それぞれに独自の法的根拠（経営自治と労働契約）と対象（経営秩序違反と契約上の義務違反）を結び付けることに基因している。多数説・判例が両措置の区別やその対象としての労働者の義務違反の区別をめぐって陥っている困難な問題は、そのような立論の前提およびそれからの理論的帰結を、現実の労使関係における制裁実務や現行法制度（とりわけ経営組織法上の共同決定制度）に調和的にあてはめようとすることに必然的に伴う問題にはかならない。しかしそのことは、逆に、経営罰と契約上の措置、あるいは経営秩序違反と契約上の義務違反の峻別という、多数説・判例の理論的前提そのものの当否に対する疑問を惹起せずにはおかないであろう。<sup>(3)</sup>それがまさに、現在の西ドイツ経営罰法理が抱えている最も根本的な問題でもあるように思われる。

(1) 「警告」以外の解雇などの契約上の措置が、實際上労働者に対する人的無価値判断などの刑罰的性格を有すると認められる場合に、そのことが多数説・判例によればいかなる結果をもたらすかは明らかでない。

(2) ツェルナーは、金銭的制裁に関して、多数説・判例のような理解による限り、労働者は同一の行為について、経営罰としての制裁金、契約違反による違約金のほか、刑事罰としての罰金を加えて、三重の処罰がなされうることを指摘する (Zöllner,

ZZP 1970 S. 388)。

(c) Vgl. Luhmann, S. 111ff. しかしその反面、契約説の立場においては、そのような前提そのものを否定するに急なあまり、かえって戒告・譴責などについて共同決定や司法審査の範囲を限定し、もしくは否定する結果となっていることは既に指摘したとおりである。その限りでは、契約説自体もまた別の意味でそのような前提にとらわれ、しかも概念的・形式的な理論操作に終始しているとの評価も可能であろう。その意味で、経営罰と契約上の措置、そして経営秩序違反と契約上の義務違反の概念上の峻別は、現在の西ドイツ経営罰法理全体に共通の問題であるように思われる。

## 第四章 小 括

最後に、以上において検討したドイツ（西ドイツ）における懲戒処分法理の特徴と問題点をまとめておくことにしよう。

(1) 概念上の特質——「経営罰」に関する法理 ドイツにおける労使間の懲戒処分に関する法理は、一貫して「経営罰」に関する法理として形成され、展開されてきた。そしてこの経営罰の概念は、現実の労使関係において使用者が労働者に対して行使する多様な制裁措置や、(わが国で理解されているような)懲戒処分形態をすべて包摂するものではなく、具体的形態としては主として戒告、譴責、制裁金などが考えられているにすぎない。それに対して解雇、停職、降格などの措置は、一部に異説はあるものの、一般にはあくまで使用者の労働契約に基づく措置として経営罰とは区別され、それぞれ解雇法理または労働契約法理の中で個別的に論じられているにとどまる。従って、西ドイツにおいては、労使関係における制裁措置に関する固有の法理論としてはあくまで経営罰法理が存在するにすぎず、わが国やこの後に見るフランスなどのように、使用者の懲戒措置を包括的に懲戒権の概念によって捉え、それを

基礎として統一的な法理論を展開するという意味での固有の懲戒処分法理は存在しないと行ってよいと思われる。<sup>(1)</sup>

このような西ドイツにおける懲戒処分法理の特質が生ずる原因としては多くのことが考えられるであろうが、特に直接的な背景として次の二点を指摘しておきたい。

まず第一に法制上の特殊性である。経営罰は、はじめ「制裁」(Strafe)として営業法によって規制され、一九二〇年経営協議会法により労使共同の確定が義務づけられたのであるが、その際、解雇については同法によりそれとは別個の経営協議会による関与が制度化されていたのであり、解雇と区別された意味での独自の制裁としての経営罰概念は、そのような法制度上の取扱の差異を背景として、おそらくはこの時期に確立したものと思われる。そして現在では経営罰に関する直接の明文規定は存在しないものの、そのような立法上の沿革に基づき、現行経営組織法上、解雇などの人事的措置とは区別された社会的事項(第八七条)にかかわる問題として、経営協議会による義務的共同決定の対象と解されているのである。従って、経営罰の概念は、もともと実務上使用者が懲戒処分として制度化し、あるいは行使する措置を、それとして法理論の平面に取り込むための概念ではなく、むしろすぐれて実定法規の解釈によって規定され、またその前提となる法的概念であった。換言すれば、それは現実の労使関係における制裁措置のうち、経営協議会の義務的共同決定の対象となるものを制限的に画定するためのものであって、経営罰の法理もまた、あくまでそのような特殊な範疇の制裁に関する法理として形成されたものなのである。<sup>(2)</sup>

第二に、経営罰概念およびその法理の特質は、その基礎となる問題関心や理論的志向によっても規定されたものと考えられる。すなわち、ドイツにおいては、私的労使関係における制裁措置に関する限り、たとえば官吏関係におけるような使用者の広範な懲戒権といった概念は初めから問題とされず、あくまで現実に行使される個々の制裁措置について個別的な法的構成やその根拠を論ずるという方法がとられてきたのであって、経営罰の概念も、その場合の制



裁措置の中の特種な一類型にすぎない。そしてこのような理論的志向の背景には、おそらくは、現実に使用者によって多様な制裁措置が行使されているという事実が、法的にもそれらの措置を単一の法的権能すなわち懲戒権の行使として捉え、それに基づいて統一的な懲戒処分法理を形成すべきことまでをも強制するものではないとの暗黙の理解があるように思われる。<sup>3)</sup> 加えて、右に指摘したような法制度上の沿革もまた、労使関係における制裁措置に関する統一的法理の形成についての理論的関心を一層後退せしめ、かつその必要性を乏しいものにしたと言いうるであろう。

(1) ドイツにおける主要な体系書や概説書を見ても、使用者の労働者に対する懲戒処分は独立した項目としては扱われていない。そこで労使間の制裁として論じられるのは、あくまで経営罰と違約金である。この点、わが国やフランスの労働法理論体系において懲戒処分がかなりの重要性をもって位置づけられ、議論の対象とされていることは、著しい対照を示している。

(2) このようにして形成された特殊な法的概念としての経営罰の概念およびその法理が、逆に実務上の取扱に影響を与えたという事情も無視しえない。そのことは、就業規則上経営罰に関する規定がしばしば解雇（特に即時解雇事由）についての規定とは別個に定められているという事実（Vgl. Hronadka, a. a. O., S. 152f., 162, 176ff.）のほか、第一章二の注（2）の末尾に掲げた文献による就業規則例を参照）にも現われているように思われる。

(3) このことはもちろん一つの仮説ではあるが、ドイツの懲戒処分法理において、少なくとも事実上の制裁概念と法的意味での制裁概念の峻別という理解が一貫して存在していたことは否定しえないであろう。そのことがまた、ドイツ経営罰法理の觀念論的性格（後に指摘する実態と法理の乖離に端的に現われる）を一層助長したようにも思われる。

(2) 経営罰の法的性質・根拠 経営罰の法的性質およびその法的根拠については古くから争いがあった。それはいち八九一年の改正営業法による罰金を中心とした労使関係における制裁に関する立法的規制の時期以来存在したものであるが、学説・判例は、大別して、経営罰を違約罰として捉え、その根拠を労働契約による労使間の合意に求める見解と、それを違約罰とは区別された秩序罰としての本質を有するものと捉え、契約とは別個の独自の法的根拠

によって説明する見解とに對立し、相互に活発な論争を展開してきた。そして、ワイマール時代においてはそのうちの前者が多数説・判例の立場であつたのに対し、ナチス時代においては逆に経営罰を秩序罰として捉え、しかもそれを経営協同体理論によって基礎づけることが支配的となつた。現在でも、経営罰を基本的には秩序罰として性格づけるのが多数説・判例の理解である。しかし現在では、それはもはやナチ的な経営協同体理論によって基礎づけられるものではなく、経営の一種の自治的団体としての把握を前提として、使用者および経営協議会による経営自治によって根拠づけられるものと解されている。しかもそれは、経営における自主法規 (Satzung) たる経営協定に定められることを要するものとされ、その意味で、現在の多数説・判例は一般に自主法規説と称される<sup>(1)</sup>。また、現在では少数説とされる契約説も、経営罰を違約罰として捉えるものの、それは個別労働契約によってではなく経営協定によって定められねばならないと解する傾向にある。従つて、少なくとも経営罰の形式的根拠に関する限り、それら両説の間に差異はない。

ところで、右の経営罰の法的性質や根拠をめぐる見解の對立に関しては、特に秩序罰の概念との関連において、以下の諸点を指摘しておく必要があると思われる。

第一に、経営罰の法的性質が秩序罰か違約罰という議論は、あくまで先に指摘したような限定された経営罰形態、とりわけ制裁金をめぐるものであつた。わが国においては、特に懲戒解雇を中心とした懲戒処分一般について、秩序罰か違約罰かという議論が展開されてきたことは本稿の初めにも指摘したとおりであるが、ドイツにおいてはそのような形での議論はそもそも存在しない。確かに一部では解雇もまた経営罰たりうることを肯定する見解が有力に主張されているが、それによつてもなお、解雇は労働契約に基づく解約告知としての性質を失うものではなく、秩序罰という独自の制裁に転化するのではない。

第二に、秩序罰の概念自体、本来は国家の刑事罰と契約に基づく違約金以外の中間的制裁を幅広く包含するものであつて、<sup>(2)</sup> 経営罰を秩序罰として性格づけることは、そのこと自体が既に、経営罰の法的根拠について、国家による授権や自治的処罰権能など、いずれにせよ契約以外の法律関係にその基礎を求めることを意味していたという点である。換言すれば、経営罰の法的性質は単にその目的や機能によって定まるものではなく、あくまでその法的根拠と不可分の問題であつて、それが秩序罰と解される限り、契約によっては根拠づけられえないはずのものであつた。<sup>(3)</sup>

そして第三として、経営罰が秩序罰か違約罰かという問題は、一連の議論の展開を見れば、少なくとも経営罰の目的や対象に関する限り、もはや重要な意義を有していないことも確かである。経営罰を秩序罰と解する見解がそれを経営秩序維持のための制裁と解することは当然のこととしても、それを違約罰と解する見解においても、経営罰は経営秩序維持のための特殊な類型の違約罰として理解されており、違約罰か秩序罰かということとは、その点で明確な差異をもたらさないからである。また、経営罰を秩序罰として捉える見解が、違約罰を民法上規定された典型的なそれとして、限定的な意味で理解するのに対し、経営罰を違約罰として捉える見解においては、それはむしろ民法上の違約罰概念を越えた、内容的に修正されたものとして理解される傾向にある。その意味で、経営罰の法的性質をめぐる議論は、違約罰およびそれと対比される秩序罰の概念規定の問題ともかかわつて、ともすれば抽象的性格のものに終始しているというのが実情である。

(1) このこととの関連で、最近の多数説は経営罰を自主法規罰(Satzungsstrafe)として性格づける傾向にある。ただしその具体的意味内容は、従来秩序罰として理解されてきたものとほとんど同じである。

(2) 第二章第一節二の注(18)で言及したプレーガールの理解を参照。

(3) この場合、経営罰として論じられたものが、主として制裁金(罰金)という、それ自体としては他の分野における秩序罰

とはその形態・効果において区別しえないものであったという事情も無視しえないであろう。解雇など、それ自体が既に労働契約上の法的効果を伴い、労働契約に基づく法的権能の行使と解されるものは、初めから秩序罰の概念、従って経営罰の概念とは別個のものとして怪しまれなかつたのではあるまいか。その意味で、経営罰の法的性質いかんの問題は、それを経営罰の目的や機能から説明しようとする試みにもかかわらず、むしろその法的根拠に関する法理構成から演繹されたことの事後的な理由づけにすぎないように思われてならない（ちなみに、経営罰は契約に基づくとしながら、同時に違約罰にも解消しえない秩序維持のための制裁であるとする集団的協定説は、結局経営罰を秩序罰、違約罰のいずれとも異なる固有の法的制度であるとせざるをえなかつた）。

(3) 経営罰の法的基礎——集団的および個別的法律関係の対比 右に指摘したように、経営罰を秩序罰として捉えることは、その法的基礎を個別的な労働契約関係以外の法律関係に求めることを意味する。そして現在の西ドイツにおける多数説・判例は、現行法上経営罰に関する明文規定が存在せず、従って直接的な国家法による授權を問題としないことから、その法的根拠を経営という集団的法律関係の場における自治的法創造権能に求めようとする。それをドイツの伝統的なゲノツセンシャフト理論によって説明するか、それとも労働法に独自の集団的自治の概念（経営自治、社会的自治）によって捉えるかについては、多数説・判例の中でも争いがあるが、いずれにせよそのことは、労使関係について立法および契約と並ぶ、いわば第三の法律関係形成の基礎を認めようとするものにはかならない。そして、多数説・判例と契約説との対立の根本的原因も、まさにこの点にあると思われる。経営罰の法的根拠をめぐる理論的対立の背景には、労使関係においてそのような独自の集団的法律関係の存在を認めうるのか否か、使用者と経営協議会による経営組織法上の規制権限は、労使間の個別的法律関係の規範的規律を越えて、それ自体が一種の法創造権限、ひいては制裁権限の創出をも包含するものか否かという、根本的問題がひかえているのである。

多数説・判例のように、経営罰を経営における集団的法律関係に基づく特殊な制裁として捉える限り、第一にその

形態に関して経営罰と使用者の契約上の法的措置が区別され、第二にその対象に関して、経営罰の対象としての集団的な経営秩序違反と、労働者の個別的な労働契約上の義務違反が区別され、それぞれ独立した法的評価に服することは、当然の理論的帰結である。<sup>(1)</sup> 経営罰の対象が経営秩序違反に限定されると解されるのも、あくまでそのような意味においてであった。しかし、経営罰と契約上の法的措置の境界設定をめぐっては、その前提である経営秩序違反と契約上の義務違反を区別するための具体的基準が明確でないこともあって、多数説・判例は一つの困難な問題に直面している。また、右の両違反が競合する場合になされた制裁措置を経営罰と契約上の措置のいずれとして評価すべきかについても学説・判例は分かれ、新たな議論を惹起している。<sup>(2)</sup>

(1) すなわち、その場合の経営秩序違反と契約上の義務違反は、全く別個の法律関係に基づく義務違反として理解されるのであって、一方が何らかの条件の下に他方の義務違反に転化するものではなく、相互に排他的関係にあるのではない。経営秩序を維持すべき義務が労働契約上の義務でもあることは一般に認められてはいるが（その重大な違反は解雇の理由となしうる）、そのような意味での契約上の義務に違反したこと自体は、経営罰の要件とはなりえないはずのものである。

(2) 契約説に立つ場合には、確かに多数説・判例のような競合問題は生じない。しかしその場合にも、経営罰を経営秩序維持のための特殊な違約罰と解する限り、そのような経営秩序とは何か、またいかなる場合にその違反・侵害が存在するかという、多数説・判例と同様の問題に直面するはずであるが、契約説の立場からやはり明確な解答は引き出しえない。

(4) 経営罰に関する法的規制 現在の西ドイツにおける経営罰法理の重要な特色の一つは、経営罰行使への従業員代表組織たる経営協議会の共同決定権に基づく関与、および一般的手続原則の要請によってその行使が規制され、また、それが裁判所の広範な審査に服するものとされることによって、その適正さが確保されるという点にある。

まず、経営協議会の共同決定権に基づく関与は、単に経営罰規定の制定のみならず、実際の経営罰行使にあたっての個別的確定にも及ぶものと解されている。経営罰の行使手続に労働者代表が関与すること、しかもそれが法律上義

務的なものとされることが、経営罰行使の適正化に果たす意義は、少なからざるものがあると思われる。

次に経営罰行使に際して要請される手続的原則としては、事前の意見聴取、代理の許容、二重処罰の禁止、書面による理由の開示など多くのものが挙げられるが、特に最近では、より広く刑事法上の諸原則を経営罰についても導入しようとする見解が見られるほか、右の経営罰に関する手続原則は憲法上の基本原理である法治国原則に由来するものと解される傾向にある。このことは、おそらくは経営秩序と一般的な国家秩序の同質性、および経営罰と刑事罰との同質性についての理解と無関係ではあるまい。経営罰は、国家秩序の低位にあってそれと補充的關係において形成されるところの、経営という小社会ないし共同体の秩序の維持を目的とする制裁であり、その意味で国家の刑事罰にも比すべき性格を有しているとの理解がそれである。経営罰について殊更に契約上の法的措置とは区別された刑罰的性格が強調され、集団的法律關係によって説明されるのも、同じような理解を基礎としているように思われる。

更に、経営罰の行使は、事後的に裁判所による幅広い司法審査に服するものと解されている。それは、経営罰の実体的要件の存否はもちろん、明文の手続規定や一般的手続原則の遵守にも及ぶ。ただし、経営罰の相当性に関しても当然に司法審査が及ぶか否かについては学説・判例上の争いがあるが、経営罰の形態が限定的なこともあって、実際にはそれを論ずることの意義は必ずしも大きなものではない。

以上のような経営罰に関する手続的規制や司法審査については、ここでもやはり、それらがあくまで先に述べたような限定的な意味での経営罰に関するものであり、使用者が労働契約に基づいて行使する制裁的措置には及ばないことを指摘しておかなければならない。特に解雇についていえば、それは経営組織法上経営罰と別個の共同決定手続に服するが、その行使は経営協議会の同意を要件とするものではなく、その法的効力や司法審査の範囲についても、あくまで一般的な解雇法上の問題として処理されるにとどまる。その意味で、経営罰概念の限定性は、経営罰に関する

厳格な制約理論の妥当領域の限定となって現われ、それだけ経営罰と契約上の措置との境界設定という先に指摘した問題が、重要な意義を帯びるわけである。

(5) 若干の問題点 以上のほか、ドイツ経営罰法理（懲戒法理）に伴う問題点について、特に重要と思われる点を二、三指摘しておく。

まず、ドイツにおいては、少なくとも私の労使関係に関する限り、わが国で一般に理解されているような意味での使用者の広範な「懲戒権」の概念は問題とされず、古くから活発な議論の対象とされてきた経営罰についても、ワイマール時代以降は、ナチス時代の一時期を除いて、その権限は使用者に固有のもの、もしくは当然に帰属するものは解されていない。そして現在の多数説・判例によれば、それは経営における一種の自治的権能から派生するものとして捉えられる。その限りでは、少なくとも理論的には、経営罰権限はもはや使用者の排他的権限ではありえず、むしろ経営という自治的団体ないしは共同体がその帰属主体として現われる。使用者の一方的処分権限ないしは懲戒権限の否定という意味では、確かに一貫した理論構成と言いうるのであろう。そのことはまた、経営罰を使用者の個人的利益から切り離し、むしろ、経営の内部的秩序の維持という客観的利益と結び付けることによって、労使関係当事者の主観的意図いかに左右されない、客観的な経営罰の法的限界を導くための前提でもあった。しかしそのような理解は、その反面において、経営罰がこれまで使用者による労働者に対する一方的制裁として行使されてきたものであり、現実にそのようなものとして行使されているという事実、そしてその限りではそれが明らかに使用者の利益に奉仕するものであったという事実を隠蔽し、更にはそのような経営罰に対して通常の契約関係においては容認されえないような高度の権威性を付与するものであることも否定できない。経営罰が一方的に労働者（しかも経営組織法上の「労働者」——管理職員は含まれない）に対してのみ科される制裁であることは、多数説・判例においても当然の前

提であるにもかかわらず、経営罰は労使間の労働契約によっては基礎づけえず、むしろその法的規制範囲を越えた経営自治によってはじめて根拠づけられうるものとされるのである。経営罰と刑事罰の同質性、あるいは経営罰と一般的国家秩序との同質性も、そのような理解に立ってはじめて導きうるものであろう。その意味では、経営自治による経営罰の根拠づけという理論構成自体、そのことから連想される労使対等の理念とは裏腹に、現実の使用者の経営権限に対して新たな観点からの正当性と権威性を付与するものにはかならない。

次に、ドイツにおける経営罰法理は、再三指摘したように、現実の労使関係において使用者により労働者に対して制裁ないし懲戒として行使される措置をすべて包摂するものではなく、あくまで経営罰という特殊な法的概念に関するものであった。使用者の労働契約上の法的措置は、たとえ実務上制裁ないし懲戒として定められ、行使されようとも、単にそれが契約に基づく措置であることの故に経営罰とは区別され、経営罰法理から放逐されてしまうのである。そのことは、先に指摘したように立法の沿革や解釈論上の要請を背景とするものであり、経営罰という法的概念に関する法理としては一貫したものはあるが、そのためにかえて労使関係における制裁に関する法理論がその実態から遊離したまま分断され、相互に関連性を欠くものとなったことも確かである。経営罰と契約上の制裁措置の間には、要件的・手続的関連性はもちろん、制裁としての段階性は存在せず、違反と制裁の均衡性についての要請も妥当しない。経営罰に関する厳格な制約法理はあくまで経営罰に限定され、契約上の措置には及ばないのである。<sup>(2)</sup>このように、法的概念としての経営罰概念の限定性に伴う固有の制裁法理の妥当領域の限定性、それがドイツにおける私的労使関係についての懲戒処分法理の最大の特徴であり、同時にそれが抱える最大の問題性もしくは法理論的な限界性でもあり、と思われる。

さて、以上に検討したドイツにおける懲戒処分法理は、概念的にも、また方法論的にも、わが国のそれと対比して



著しい特質を有しており、単にそれらの表面的な理論構成のみを捉えてその間の優劣を論ずることはできない。しかし、そのこととは別に、たとえ間接的であるにせよドイツの懲戒法理がわが国に対して示唆するものは少なくはなく、またその反省の契機となるものであることも確かであると思われる。この点については、他の諸国の懲戒法理を検討した後に、改めて触れることにしたい。

(1) このことと経営罰の経営自治による根拠づけを調和させるため、一部には経営罰権限の帰属主体と行使主体を区別し、経営罰行使は使用者の排他的権限であるとする見解（ハーシェル）も存在するが、多数説・判例は一般にこの点について無関心である。使用者や管理職員も自治的経営団体の構成員である以上、同じように経営罰の対象でなければならぬとの主張（ロイスなど）を多数説・判例がいかに受けとめているかは、必ずしも明らかではない。

(2) この結果、契約上の措置は、たとえ経営秩序維持のための制裁として本来の経営罰形態と同列に定められ、行使されたとしても、経営罰としての要件・手続には服さず、また経営罰法理とは別個の独自の懲戒法理によって処理されるのではない。このことが、使用者に対して経営罰に対する厳格な要件的・手続的規制を回避しつつ、契約上の措置を制裁ないし懲戒として自由に（もちろん法律や一般的契約法理の枠内で）行使する権限を留保せしめる意図によるものとは速断しえないとしても、少なくとも結果的にそのような事態を惹起するものであることは否定できない。それは、近年新たな論議を呼んでいる経営罰としての戒告・譴責と、契約上の「警告」との境界設定の問題に関し、使用者の自由な選択行使を認めようとする一部の学説および判例についても言いうることである。