

# ストライキと労働契約

— 独逸新派の理論 —

法学研究科2年  
吾妻ゼミナール

喜 多 実

戦後独逸の圧倒的通説が、ストライキについてワイマール独逸の法理論を踏襲する<sup>(1)</sup>なかにあつて、少数の反対学説が強力に展開され、その影響力を潜在せしめていることは注目に価する。これらはいずれも州憲法に於けるストライキ権の保障を契機とするものであり、その立論も区々ではあるが、兎に角ストライキの団体的現象に着眼し、社会学的考察による争議現象の映像を法理論へ直実に投影せんと試みる点に、根強い概念法学の伝統の中にストライキを久しく生埋めしてきた通説の争議法理論とは自ら異なるものがある。これら新派の関心が拳つてストライキ権と労働契約の関係に向けられ、ストライキ権に契約上の労働義務排除という私法上の効果が期待せられることは言うまでもない。

以下新派に属する諸学説の中、比較的重要と思われる、ブラ、<sup>(2)</sup>ゲルハルト・ミュラー<sup>(3)</sup>、ヘツセル<sup>(4)</sup>、ヘーニガー<sup>(5)</sup>についてその見解を簡単に考察してみたいと思う。

(1) 例えばストライキ権と労働契約の関係について Nikisch, *Arbeitsrecht* (1951) s. 276; Savaete, *Grundfragen des Arbeitsrechts* (zweite, erweiterte Aufl.) s. 124; Kaufman, *Die Einwirkung des Streiks auf den Arbeitsvertrag* (*Der Betrieb*, 1951 Nr. 24) s. 466f. 等はスト権の保障をもつ若干の州憲法の下に於ても同様の態度を固執するが、これに対してスト権を真正の基本権 (*echtes Grundercht*) として承認する州 (例えばヘツセン憲法 § 29 IV) に於いてのみ、これに契約違反の *Rechtfertigungsgrund* を認めるは Nipperdey, *Streikrecht* (*Beiträge zur Wirtschaft—und Arbeitsrecht*) s. 198.

(2) Bulla, *Das zweiseitig Kollektive Wesen des Arbeitskampfes* (*Festschrift für H. C. Nipperdey*) s. 163 ff.

- (3) G. Müller, Grundfragen des Streiks, RdA 1951, S. 247 ff.
- (4) Hessel, Streikrecht und Arbeitsvertrag, RdA 1952, S. 48 ff.
- (5) Hoeninge, Einige Gedanken zur Recht des Arbeitskampfes, RdA 1953 S. 204 ff.

## 1. プラ の 見 解

プラは「二面的に団体的な労働争議の本質」(zweiseitig kollektives Wesen des Arbeitskampfes)を強調することによつて、労働契約はこれに対して本質的に次元を異にする<sup>(1)</sup>(wesensfremd)のものであり、従つて合法的な労働争議(legaler Arbeitskampf)に対しては、従来通説が与えたごとき市民法上の効果(債務不履行責任、即時解雇の理由、受領遅滞)が否定さるべきことを論証する<sup>(2)</sup>。ここでは先ず彼の論旨を一貫する「二面的に団体的な労働争議の本質」ということが、独逸労働争議の法理の二つのアンティテーゼ——(1)個人法は団体法に優先する<sup>(3)</sup>、(2)団体法は個人法に優先する<sup>(4)</sup>——に対する克服原理となつていることが注目さるべきであろう。

彼によれば、「労働争議は団体的な現象(kollektive Erscheinung)として二つの、異つてはいるが、しかし一致する平面(zwei unterschiedliche, aber kongruente Ebenen)上に存在する。即ち、その一は労働争議として存在する争議=対抗関係(kollektivakt als Kampfzustand, der der Arbeitskampf ist)であり、他はかかる争議=対抗関係——それは連帯共同的であり、且つ一定に整序された(gemeinschaftlich und gleichgerichtet)多数の個々の行為を概念必然的に内容とする——を形成する多数の者の、又は多数の者に対する共同行為(Gesamthandeln)である。(そして)争議参加労働者全員の、又はこれらの者に対する共同行為も、それによつて具現される争議状態も共に一体のものであり、従つてそれらは団体的本質という点では相互に分離すべき性質のものではない。<sup>(5)</sup>」即ち彼は、市民法的な社団法上の現象とは本質的に異なる労働争議を<sup>(6)</sup>、一方で労使の集団的な争議=対抗関係としての争議状態(例えば金属産業に於けるストライキ)に於て、他方ではこの対抗関係を具現せしめる

多数者の争議活動（例えば金属産業労働者のストライキ）の、いはば構成主体の側からこれを考察しているのである。

従つて、「二面的に団体的な労働争議の本質」ということは、労働争議の評価角度乃至は見方の相違から生ずる同一団体现象の二面的徴表に過ぎないことになる。<sup>(7)</sup>

これを要するに、「二面的に団体的な労働争議の本質」を強調する彼の狙は「……団体行動としての労働争議を多数個人の連帶的共同行為（gemeinsames Gesamthandeln）から概念上分離し、後者をいわば個人（法）的に考察せんとすることが不可能であること。従つて両者は法的にも同様な団体的な観点のもとで、総体として評価されなければならないこと」を結論づけるにある。言いかえれば、「……我々が個人法的に評価し得んがために個々人の争議共同行為（kampfweise Gesamtverhalten des einzelnen）を再び個別化し、且つそれらの間の団体的関連性から離脱せしめようとするならば、それはまさに二面的に団体的な労働争議の本質に脊馳する、」<sup>(8)</sup>（傍点筆者）というのである。<sup>(9)</sup>

かかる理論構成によつて彼は、団体的な争議行為とは本質的に異質的な（wesensfremd）労働契約の拘束力をその限度に於て排除するのであるが、ここでは労働争議それ自体を私法的にも正当化する、いわば「争議権」の存在が前提されていることが見通されてはならない。けだし、労働争議それ自体を私法的に権利化することなしには、如何に価値ある事実<sup>(10)</sup>と雖も、既存の秩序＝市民法的评价の前には、まさにニキシュの反駁する通りこれとは全く反対に、ただこの攪乱（Störung dieser Ordnung）としてしかあらわれないであろうから。<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>

この意味での争議権の承認を、プラはワイマール憲法第159条乃至はボン基本法第9条第3項の中に求めることを通説と共に放棄する。<sup>(13)</sup>又更に、州憲法に於けるスト権の保障にも特別な意味を認めない。結局彼の争議権とするところは、労働法秩序の原則（Grundsatz der Arbeitsordnung）としての「承認せられた団体的な自救権乃至フェーデ権」<sup>(14)</sup>（auerkanntes Kollektives Selbsthilfe und Fehderecht）<sup>(15)</sup><sup>(16)</sup>に止るのである。

（1） 独逸の通説が、殊にワイマール憲法第159条・ボン基本法第9条第3項の団結権

と争議権の關係を論じる際に、争議の自由を法的に制約するものとして、労働契約上の義務と労働協約上の義務を同一平面上に並列する (vgl. zb. Kaskel, Arbeitsrecht, 1925, s. 316; Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927 (2 Aufl.), s. 86~87, 290; Savaete, a. a. O. S. 177) のに対して、プラは正当に労働契約と労働協約の労働争議に対して立つ地位の相違を指摘する。即ち、争議と労働協約が団体法上の同一平面上で段階的に捉えられることによつて、彼に於いては争議行為と労働協約上の平和義務 (tarifvertragliche Friedenspflicht) —— 相対的平和義務 (relative Friedenspflicht) のみならず絶対的平和義務 (absolute Friedenspflicht) をも含む——の關係は最早労働契約とのそれのように互に wesensfremd なものではなく、むしろ本質上同質的な (wesensgleich) ものとして理解されるのである。けだし労働争議を、既存の契約秩序から協約秩序乃至は団体の新規制 (Kollektive Neuorganisation) への、いわば秩序形成手段 (Ordnungsmittel) としてみる立場からは、それは当然の帰結であろう。何故なら、労働協約上の平和義務こそこの新秩序の規範の中核に外ならないものであるから。(Bulla, a. a. O. S. 185 f.) 従つてこのことはヘツセルに於いても強調されるところである。(Hessel, a. a. O. S. 50)

- (2) 合法的な争議行為によつて、これと wesensfremd な關係に立つ労働契約上の義務 (arbeitsvertragliche Pflichten) はその期間中停止せられ (suspendiert)、労働關係に事実上の休止状態 (tatsächlicher Ruhezustand) が招来されるが、争議行為の固有な性質により、それはストライキの側では労働者の労働給付という労働契約上の主要義務 (arbeitsvertragliche Hauptpflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung) に、ロツクアウトの側では受領遅滞 (Annahmeverzug) に対する使用者の賃金支払義務 (Lohnzahlungspflicht) に限られる。(Bulla, a. a. O. S. 186~187) 従つて、其の他の点では労働關係は事実上の休止状態に於いて (im faktischen Ruhezustand) 依然存続し、争議行為と wesensfremd な關係に立たない労働契約上の諸義務はすべて残存することになる。例えばストライキの場合に於いて、法律上明文規定のある義務及び契約上負担せる義務——企業上の秘密保持 (Wahrung von Betriebsgeheimnissen) 及び賄賂收受禁止 (Schmiergelderverbot)、競争避止 (Konkurrenzverbot) に対する義務等、更には一般的な労働契約上の誠実義務 (allgemeine arbeitsvertragliche Treuepflicht) から流出する諸義務がこれである。そしてかかる義務の違反に対しては、契約違反として、個人の場合も団体の場合にも、個々の労働者に労働契約上の効果——實際上大抵の場合には即時解雇——が附せられる。(a. a. O. S. 188~189) なおヘーニが、休止中の労働關係に於いても生産施設の保持 (Erhaltung der Produktionsmittel) に必要な労働を給付する誠実義務が存在し、この違反に対しては即時解雇という重大な結果がもたらされることを——このことは今迄閉却せられていたとして——強調す

- ることについては vgl. Hoeniger, a. a. O, S. 209.
- (3) この二つのアンテイテーゼは、いずれも団体现象としての争議行為と労働契約をそれぞれ別の法域に属せしめ、この間に優劣を論ずる、いわば“zwei-Sphären-Theorie”の表現である。そして端的には、この契約上の義務を団体義務に優先させることがドイツ通説を貫いて来た基本的立場でもあつた。例えばカスケル (Kaskel, a. a. O., S. 320 f.)、カオフマン (Kaufman, a. a. O. S. 467)、ヘツセルの引用する最近の労働裁判所の判決 (Arb. Ge Lüneburg, v. 9. 10. 1951; Mosbach, v. 1. 10. 1951; vgl. Anssel, a. a. O. S. 49) の如き。
- (4) 彼自身も弁解するとおり、それは“団体法は個人法に優先する”(Kollektivrecht geht vor Individualrecht) という命題の承認を結果するものではない。かかる命題はそれが妥当するために、労働協約規範 (Tarifvertragsnormen) と同様立法を必要とするであろう。(Bulla, a. a. O., S. 187)
- (5) Bulla, a. a. O., S. 183.
- (6) Kollektivakt としての労働争議については、vgl. Bulla, a. a. O. S. 180 fz
- (7) vgl. Bulla, a. a. O., S. 183.
- (8) Bulla, a. a. O., S. 183.
- (9) Bulla, a. a. O., S. 183~184.
- (10) 労働争議が価値を志向する事実であること、言いかえれば、契約秩序を越えてその根底に Kollektive Neuregelung 乃至は協約秩序を形成する、いわば規範生成機能をもつことを法律的にも意識するところに新派共通の態度が伺われる。(vgl. insbesondere Müller, a. a. O. S. 247 f.)
- (11) Nikisch, Gutachten; vgl. Bulla, a. a. O. S. 184 Anm. 3, Hessel, a. a. O. S. 49.
- (12) 私法的にはもとより公法的にも争議権が認められず、争議行為がいわば、自然的行為の自由とせられたワイマール独逸に於いて、社会的事実としては立派に成立し得たストライキが、法的には単なる一つの市民法的事件として、市民法の予定した効果で余すところなく律し尽され(解約告知を伴わないストライキ)、又このことから逆に、今度はストライキに解約告知 (Kündigung) という慣行としての手段余儀なくせられることによつて(解約告知を伴うストライキ)、いずれも労働争議独自の法理を生み出すことなく、解約が然らざれば契約違反かという市民法体系の中に埋没した形を余儀なくせられたのはこの意味で何ら怪むに足りない。——従つて争議権=ストライキ権はこうしたところにその最も基本的な意義をもつて登場する法原理のものと言わなければならないであろう。

しかしながら、かかる独逸に於いても事実としてのストライキが市民法の原理を超克し、労働法独自の新生面を法原理の上にも拓かんとする動きはあつた。これはいわゆる通告 (Ankündigung) を伴うストライキの慣行化とそれへの促進的法解

釈の意図を通じて容易に看取される。(いわゆる労働関係の休止説である。vgl. Kaskel, a. a. O. S. 320 Anm. 4; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 279) ただカスケルやエルトマンの理論的根拠(労働関係の休止を正当に招来する形成権の根拠)が結局市民法的原理にとどまつたため、それは回しく伝統的な市民法体系に基礎をもつニツパーダイの批判(Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 579 u. ebenda Anm. 5; Nipperdey, a. a. O. S. 189)には十分に耐え得られず、またもし市民法的に基礎づけられるとするならば団体法現象としてのストライキに自殺的矛盾を招来することになつて、その成長が阻まれたとはいえ。——しかし、争議権保障の有無の問題がワイマール憲法第159条との関連に於て誤つた角度かつ提起せられ、団結権と争議権に構造論理的関係が断ち切られたカスケルの体系(vgl. Kaskel, a. a. O. S. 315~316)にこれまで要求することはけだし無理であろう。

(13) Bulla, a. a. O. S. 165 ff.

(14) ニツパーダイの見解について述べるところ、vgl. Bulla, a. a. O. S. 168.

(15) ニーゼによれば、ストの自由(Streikfreiheit)は、ニツパーダイの言うように団結の自由と独立して「自然的行為の自由」(natürliche Handlungsfreiheit)から生ずるものではなく、ストライキを団結の自由の特別な属性(spezielles Attribut der Koalitionsfreiheit)として、且つストの「構成要件に該当する強要行為(tatbestandsmäßige Nötigung)が法秩序の上で許容せられたストの団体的な自救権乃至はフェーデ権(Kollektives Selbsthilfe- oder Fehderecht des Streiks)によつて正当化せられる(gerechtfertigt wird)」ことから構成せられる。そしてストライキは、ノルマルなもの(das Normale)或いは労働法秩序のレギュラーな制度的機構(reguläres Instrument der Arbeitsrechtsordnung)ではなく、他に効を奏すべきものが最早何も存在しない場合に認められる例外現象乃至は最後の手段(Ausnahmeerscheinung, ultima ratio, letztes Mittel)にしか過ぎない。これは州憲法がスト権を宣言する場合にも——単純な州法(einfaches Landesgesetz)によつて州法上公法的なストライキ禁止(öffentlich-rechtlicher landesrechtlicher Streikverbote)が許されないことを除けば、私法上及び労働法上は——同じである。

しかしかかる権利では、ストライキそのものが主として独刑法第240条、独民法第823条・第826条等に対して正当化せられる——いわば争議の自由が基礎づけられるにとどまり、個人法的な労働契約の違反に対してまで免責効果は与えられていないことを注意すべきである。(Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 3 u. 27 ff. insbesondere vgl. S 32) b) ff, S. 46 (c) ff. u. 48 (d) ff.)

(16) Bulla, a. a. O. S. 184.

## 2. ゲ・ミュラー及びヘツセルの見解

同じく新派に属するもののうち、大体基本的な観念を同じくするものにミュラーとヘツセルがある。ともにストライキの基礎を一般的自然的な行為の自由を求める通説への批判から出発するが、殊にストライキを社会の秩序形成手段 (Ordnungsmittel der Gesellschaft, Mittel zur Herbeiführung einer gesellschaftlichen Ordnung) として、社会哲学上の観点からこれを法的に評価し、基礎づけたのは先ずミュラーの功績であろう。そしてこれはヘツセルによつても全面的に支持されることとなつて<sup>(1)</sup>いる。

ストライキの自由を各個人の人格的、自然的な行為の自由 (persönliche, natürliche Handlungsfreiheit eines jeden einzelnen) として構成する立場は、ミュラーによれば、ストライキにとつて本質的な集団性 (Gruppenmerkmal) をほとんど無視しており、従つてそれだけの援用によつては「制度としてのストライキ」(Streik als Institution) の許容を明らかにすることは不可能である。そこでミュラーはストライキを社会哲学的に、「社会的諸勢力の自由な運動」(freies Spiel der gesellschaftlichen Kräfte) という観点で制度 (Institution) として構成する。それは目的論的に見れば社会の秩序形成手段である。ただこの手段自体が法によつて如何なる評価をうけるか——いわば「ストライキ制度の基礎としての自然的な行為の自由」(natürliche Handlungsfreiheit als Grundlage der Streikinstitution) ということがここでは改めて法的な問題となつてあらわれる。

ミュラーによれば、それは先ず第一に国家が争議に対して中立的立場を保持しなければならぬということに於て<sup>(2)</sup>法的に承認され、更にはそれが組織法的に労働協約と関連させられることによつて——「ストライキはその本質上、労働協約法に対して直接的且つ内面的關係に立つ」が故に「憲法自体この実力手段 (Machtmittel) を制度的に (institutionell) 是認していることになる」。そして「労働協約原理 (Tarifrferfragsprinzip) が直接に形式的意義での憲法 (formelle Verfassung) の構成要素としてあらわれる限りでは、たとえ明示

的なストライキの保障が未だ附加されていなくても、ストライキもまた同時にこの中に含まれて承認されているのである。——憲法上最早ストライキ権として認識される<sup>(3)</sup>という。

他方ヘツセルも亦同じ考え方から、ストライキをただ消極的に自然的行為の自由の一流出とみる通説に対して、これを積極的に、自然的行為の単なる流出以上の法的なものとして構成する。彼の言葉に従えば、「それは一般的労働法の原則によつてのみならず、憲法上の原則によつてもまた明確に、特別に承認された現代労働法の法的機構 (Rechtsinstrument) である<sup>(4)</sup>」

両論者の争議権に対する基本的な見解は大体以上の如くであるが、次にヘツセルの見解を中心にストと労働契約の關係に觸れてみたい。

「ストは概念的にも又その目的の上からも労働關係の存続 (Bestand) に牴觸する (berührt) ものではない。まさに「支配的見解が“契約違反” (Vertragsbruch) とよぶところのものはストの内在的な本質内容に属する」。そして「多数の被傭者による共働的労働休止という団体的構成要素 (kollektiver Tatbestand) と労働契約違反という個別的構成要素とは此處では唯一つの gemeinsamer Begriffsmerkmal に融合されるのである」。従つて“公権としてのスト権” (offentliches Streikrecht) と“スト労働者の私法上の地位” (Private Rechtsstellung des Streikenden) との間には區別も対立もない<sup>(5)</sup>。——ヘツセルがストを近代の労働法及び憲法によつて特別に承認された法的機構というのはかかる意味に於てである。同時にこのことは、かのストが、社会学上は完全にその本質を具有しながらそれが未だ法秩序の一機構として承認されない限り、法律本質的には労働契約違反以外の何物でもあり得ない<sup>(6)</sup>ということを物語るであろう。

要するに両論者では、前出のブラが労働争議の団体性に着目し、専らその現象型態について、これをメカニズムの側から形式的にのみ考察せんとするのに対して、かかる労働争議の団体性が争議権の側に於て構成せられ、これが法体系上正当に位置づけられている点が特に注目さるべきである。——ゼの評する<sup>(7)</sup>如く、これらの構成を単に「団体法は個人法に優先する」という標語で一蹴し



てしまうことは、用語の如何は兎もあれ、正鵠に中つたものとは言い難い。ブラも亦ヘツセルの立場を *überwiegende Bedeutung des kollektiven Arbeitsrechts* ということ<sup>(8)</sup>で指摘するが、ヘツセルが労働契約の効力を排除する形式的根拠は、むしろブラと同一のものに帰するであろう。特にヘツセルが、「契約責任を免除せしめるスト権は、個々の被傭者がその属する労働組合に対して負う、いわゆる団体義務 (*Verbandspflicht*) から生ずるものではない」。「団体行動としてのストと個人行動としての労働休止とは内在的に一つのものであり、同じものである<sup>(9)</sup>」というとき、彼に於て *das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes* ということは最早前提として既に了解済なのである。

- (1) Hessel, a. a. O. S. 48; ebenso Hoeniger, a. a. O. S. 206. これに対してニキレユが反駁していることは既に述べたが、ヘツセルは更に、ニキシユの言う秩序が現在の所有権組織 (*Eigentumsverfassung*) に基く雇主の自然的、経済的優越状態を意味するに過ぎないものとしてこれを再度反論する。
- (2) vgl. Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 576.
- (3) G. Müller, a. a. O., S. 247 ff.
- (4) Hessel, a. a. O., S. 48.
- (5) Hessel, a. a. O., S. 49.
- (6) ヘツセルは、かかる労働契約違反の違法性を排除するスト権が私法上の義務に優先し得ない他の自由権的基本権——表現の自由、信教の自由等と根本的に相違していることと正当に指摘する。労働契約の違反ということも後者にとつてはまさに偶然的なものにしか過ぎない。(a. a. O. S. 49)
- (7) Niese, a. a. O. S. 47 Anm. 59.
- (8) Bulla, a. a. O. S. 171 (bb).
- (9) Hessel, a. a. O. S. 49.

### 3. ヘーニガーの見解

最後にヘーニガーの根拠は前三者の見解とは大分趣を異にする。ただ彼に於ても新派に固有する争議現象の団体性ということは法律的にも意識され問題とされるが、他の論者がこの団体性を市民法とは異なる平面で、或は争議権に結晶せしめようとするのにひきかえて、ヘーニガーでは、これが再び市民法契約法の中に還元されることによつて最後の解決方法が見出されているのである。

先ず彼も労働争議の現在の法及び経済秩序に於ける秩序形成的機能を承認することは、既にのべたミューラーと同様である<sup>(1)</sup>。しかし、いわゆるスト権としてこれを憲法上の基本権 (verfassungsmässige Grundrechte) の中に編入しようとはしない。けだし「基本権なるものはその性質上譲渡し得ざる権利 (unveräußerliche Recht) であつて一般的に契約によつては制限されない」ものだからという。

従つて彼に於ては、法秩序による労働争議の承認ということも、労働契約との関係では消極的に次のように構成される。即ち、「……労働協約法に於けると同様に、労働争議法に於ても亦団体的なもの (kollektives) と個人的なもの (Individualles) とが一の不可分の全体に融合されているのである」。そこで「使用者は、彼が被傭者を労働協約の定めるもろもろの規制の下で雇傭するものであるということを知つている」。「のみならず彼は、労働組合の組合員である彼の被傭者がその労働組合に対して団体構成員としての忠実義務 (Verbandstreue) を負つているということもまた知つている」。「更に労働協約が失効し、新たな規制なき場合には、使用者は或は労働争議が起るかも知れないという可能性を知つており、又かかる事実を常に考慮していなければならない」。従つて「いわゆる個人的労働契約は、今日では最早純粹な二当事者関係 (Zweiparteienverhältnis) のものとして見られるべきものではない」。——このような根拠から彼は、「このリアルな、そして公然周知たる関係が独民法第 157 条に従つて個々の労働関係の内容 (Inhalt) となる」と結論するのである。<sup>(3)(4)</sup>

要するに、ヘーニガーに於いては労働契約の効力を排除する法的根拠が同じ契約原理に求められ、労働協約秩序に連る一連の団体现象は独民法第 157 条という市民法の門を通つてこの中に導入せられるに過ぎない。それだけに伝統的な法的技巧もたくみにこらされてはいるが、それは矢張りヘツセルに対する誤評<sup>(5)</sup>から察せられるように——個人法に対する団体法の優位という命題えの極度の嫌悪か、或いは従来の概念法学えの強い情力に帰因するかのいずれをも超えてはいないのではあるまいか。私はここで、ストライキを事情変更の原則によつて正当化する、かの平野氏の見解<sup>(6)</sup>をこれと共に想起せざるを得ないのである。

- (1) Hoeniger, a. a. O. S. 206.
- (2) Hoeniger, a. a. O. S. 207.
- (3) Hoeniger, a. a. O. S. 210.
- (4) 異つた立場からそれが不要でないとするは、Bulla, a. a. O. S. 184 Anm. 2;  
Hessel, a. a. O. S. 50.
- (5) vgl. Hoeniger, a. a. O. S. 210 Anm.
- (6) 平野義太郎「法律に於ける階級闘争」276頁以下参照。

\* \* \*

最後に以上四論者の見解を通じて、ドイツ新派の学説に対する若干の卑見を述べておきたい。

先ず基本法秩序のなかに如何なる意味の争議権も認めず、ストライキ権の明文規定をもつ州憲法のもとに於いてさえ、これを自由権の一種として対国家的・公法的なものにしか解されない通説が、ワイマールに於けると同じく法律的には当然のことながら、ストライキをそれ自体債務不履行として評価するのに対して、ヘーニガーを除く新派の理論は、そこに何等かの意味での争議権を構成することによつて、ストライキを市民法的契約秩序とは異つた団体法的範疇<sup>(1)</sup>でとらえ、ここに契約責任排除の基礎を求めようとする点に於て、その限りで正当なものを含んでいるといえる。ところがこれら新派に於いても、かかる争議行為の団体法的範疇と関連した意味でのストライキ権の实体論的法構造は未だ正面から問題とされるまでに至つてはいない。これ団結権（ワイマール憲法第159条・ボン憲法第9条第3項）と争議権の関係についてはワイマール独逸以来の伝統的考え方に支配される新派の理論が、再び団結権と争議権の構造論理的関連に想倒することなく終つて了つた所以であらう。

これをブラについてみるに、彼の「二面的に団体的な労働争議の本質」ということも実は労働者の団結体に固有な団体特性に基くのであり、ひいては（侵害の排除という外的効果に向けられた意味に止まらず、個体の相互統制を通じて潜在的に個別的労働契約に対するという、いわば内的・組織法的な意味に於ても権利化された）団結権の實體的特質であるに拘わらず、ブラはこれを争議の現象面にとらえるのみで、争議権・団結権の構成、更にはこの両者の関連の

実体構造面にまで求めようとはしない。この意味で、ブラと異なつてストライキを制度的なもの（ミュラー）乃至は法機構上のもの（ヘツセル）として、殊に労働協約との関連に於いてこれを正当に観念するミュラー、ヘツセルには充分注目すべきものがあるが、ただ両論者に於いてもかかるストライキ権は基本法第9条第3項によつては構成されることなく、従つてその憲法上の根拠もおよそ不満足なものに終つている。しかしミュラーの言う通り、ストライキが法的制度のものとして団体的・協約秩序を志向する *Ordnungsmittel* であるならば、争議行為の法的範疇が労働協約秩序の市民法的契約秩序に対するのと全く同様に、ストライキ権もまた労働者の統一的組織体即ち団結権によつて構成されなければならない筈であろう。けれど労働協約の中核をなす規範的効力（労組法第16条参照）がその組織規範に基く<sup>(2)</sup>のであつてみれば、かかる組織規範を形成するものこそまさに団結権に外ならないのであるから。

(1) 蓼沼、「ロックアウトの法理」(季刊労働法第9号) 31頁(8)参照。

(2) 吾妻、「労働協約」80頁以下参照。