

組織強制法理の再検討 (2)

鈴木 芳 明

目 次

- I 問題の所在
- II ドイツにおける議論状況
 - 1 第二次大戦前における組織強制
 - (1) ドイツ労働組合と団結法制
 - (2) ワイマール・ドイツ下の組織強制とその法的評価
 - 2 第二次大戦後における組織強制
 - (1) (西) ドイツ労働組合と団結法制 (以上55巻4号)
 - (2) (西) ドイツ下の組織強制とその法的評価 (以上本号)
- III ユニオン・ショップ協定の法的問題
 - 1 ユニオン・ショップ協定の有効性
 - 2 ユニオン・ショップ協定の締結組合
 - 3 ユニオン・ショップ協定の効力の及ぶ範囲
 - 4 ユニオン・ショップ協定にもとづく解雇の効力
- IV ユニオン・ショップ協定有効論の再検討
 - 1 新たな議論の展開
 - (1) ユニオン・ショップ協定無効論の台頭
 - (2) 最近のユニオン・ショップ協定有効論
 - 2 私 見
 - (1) 労働組合の任意団体性
 - (2) ユニオン・ショップ協定の有効性

II ドイツにおける議論状況

2 第二次大戦後における組織強制

(2) (西) ドイツ下の組織強制とその法的評価

① (西) ドイツ下の組織強制

戦後(西)ドイツにおいては、クローズド・ショップ条項はほとんどみられず、一定の労働条件について非組合員を労働協約なみの条件で使用することを使用者に禁止し、あるいは絶えず組合員と非組合員との間に一定の格差が生ずるようにしようとする協約適用排除条項(Tarifausschlußklausel)ないし協約差別条項(Differenzierungsklausel)が組織強制の主要な形態となったが、かかる条項の法的有効性については、これを違法視する見解が支配的となっている。

(西)ドイツでは、すでに1950年代からストライキの威嚇のもとに非組合員の解雇を使用者に要求する圧力解雇が問題とされ、さらに1960年前後から連帯費(Solidaritätsbeitrag)を徴収する制度(いわゆるエイジェンシー・ショップ)の確立の要求などが行われ、その適法性について論議がなされていたが、とくに繊維産業の協約紛争が耳目を集めた1960年代中頃から、協約差別条項の法的有効性をめぐって活発な論議が展開されてきたのであった。

本来、労働協約の適用を直接受けるのは協約締結組合の組合員に限られ(労働協約法3条1項)⁵¹⁾、使用者は労働協約で定められた労働条件を非組合員に保障する必要はないが、労働条件の統一的規制や労働力の確保、労働者の非連帯化などをはかるために、多くの使用者は非組合員にも組合員と同一の労働条件を付与(保障)しようとし、他方、労働組合にとっては、非組合員が組合費を支払うことなく、組合の獲得した成果を享受できること、そしてそれを放置

51) 労働協約法3条1項「協約当事者の構成員および自ら協約当事者である使用者は、労働協約の拘束を受ける。」

(3) 組織強制法理の再検討 (2)

することは自らの存立基盤が掘りくずされるのを座視するに等しく、自らの団結を維持・強化していくためには対抗措置を講ずる必要があり、そこで労働協約中に何らかの形で組合員の優遇を使用者に義務づける条項を設けようとする動きが生じてきたのである。

1950年代の後半より、労働組合に対する無関心層の増大、DGB加盟労組における組織の停滞・組織率の低下という憂慮すべき現象・事態に直接対処するために、協約適用排除・差別条項要求の動きがみられるようになる。

化学産業労組は、1959年に、労働協約中に「協約締結使用者団体の構成員は、非組合員たる労働者に協約上の恩恵を与えてはならない」旨の（協約適用排除）条項を新たに挿入するよう要求したが、かかる要求はしりぞけられ、成功をおさめるにはいたらなかった⁵²⁾。協約差別条項の締結に最初に成功したのは建設労組で、同労組は、非組合員からも組合費に準じた連帯費を徴収する制度の確立をめざし、それに失敗した後、1962年の労働協約において、組合員への付加的給付を含む老齢・廃疾年金制度の確立に成功した⁵³⁾。次いで、繊維労組は、組合員に対する付加的休暇手当（zusätzliches Urlaubsgeld）の支給を含む労働協約の締結を要求し、部分的に成功をおさめるが、かかる要求を繊維産業全体に拡大しようとした組合の試みは一部使用者の頑強な抵抗にあい、要求貫徹ストに対し差止仮処分・損害賠償の請求がなされるなどして、にわかには法律問題の様相を呈することとなった。そしてこの事件に関する1967年の連邦労働裁判所大法廷決定は協約差別条項の無効を宣言したのであった⁵⁴⁾。

52) Ludwig Diekhoff, Tarifausschlußklausel und Koalitionsfreiheit, Der Betrieb (DB) 1959, S. 114f. および久保敬治『団体交渉制の研究』（1966年、有斐閣）88, 174-176頁, 花見忠「ドイツにおける組織強制」日本労働協会雑誌12号（1960年）49-53頁参照。

53) Franz Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966, S. 11ff. および西谷・前掲書552-553頁, 横井芳弘「ドイツにおける協約排除条項と組織強制の法理」比較法雑誌6巻1・2号（1968年）19-22頁参照。

54) 西谷・前掲書553頁, 横井芳弘「差別的取扱条項と協約自治の限界（一）——ドイ

繊維産業の協約紛争を契機として組織強制の法的評価に関する活発な論議が喚起・展開されることになる。

② 組織強制の法的評価

(a) 判例の動向

1964年末からの繊維労組の前記協約闘争は労使間では解決されず、紛争は法廷の場へもち込まれ、デュッセルドルフ労働裁判所、さらにデュッセルドルフ高等労働裁判所（控訴審）を経て、上告審である連邦労働裁判所の判断を仰ぐこととなった⁵⁵⁾。

本件上告は、当初、連邦労働裁判所第1小法廷に係属したが、第1小法廷は問題の重要性、新たな法形成の必要性に鑑み、労働裁判所法45条2項2段の規定⁵⁶⁾にもとづき、1967年2月21日の決定⁵⁷⁾により大法廷にこれを回付した。

第1小法廷によって大法廷が判断を求められた法律問題は、①協約当事者は、その締結した労働協約において、労働協約法3条2項⁵⁸⁾をこえて協約締結組合に組織されていない被用者をもとらえる規定を設ける権限を有するか、②前記①の規定を含む労働協約において、協約締結組合に組織されている被用者と、他組合に組織されている被用者および非組合員（アウトサイダー）とを差別的に取り扱うことができるか、③労働協約において、職業部門所属（Bran-

イツ判例理論を中心として——」比較法雑誌13巻1号（1979年）3-10頁参照。

55) 繊維労組の協約闘争に関する事実の概要については、鈴木・前掲書114頁以下参照。

56) 1953年労働裁判所法45条2項「法律問題について小法廷が他の小法廷または大法廷の判例と異なる判断をしようとするときは、その係争法律問題を大法廷の裁判に付さなければならない。審理を行う小法廷が、根本的に重要な問題について、法の新たな形成または判例の統一を維持するために必要と認めるときは、大法廷の裁判に付すことができる。」

57) BAG, 1. Senat, Vorlagebeschluss vom 21. Februar 1967, Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 12 zu Art. 9 GG.

58) 労働協約法3条2項「経営上または経営組織法上の問題に関する労働協約の法規範は、使用者が労働協約の拘束を受けるすべての経営に適用される。」

(5) 組織強制法理の再検討 (2)

chenzugehörigkeit) 期間に応じて差別的取扱をすることができるか、④かかる差別的取扱を格差条項によって労働協約上確保することができるか。当該問題が肯定される場合、未組織被用者にのみむけられる条項 (一般的格差条項 allgemeine Spannenklausel) と、他組合に組織されている被用者にもむけられる条項 (制限的格差条項 beschränkte Spannenklausel) との間に区別を設けるべきか、⑤労働協約上休暇金庫を設置し、その管理が一方の協約当事者によって任命される受託者によって行われ、他方の協約当事者が労働協約にしたがって払い込んだ額が適法に支給されていることの証明を求める権限を有すると定めることができるか。休暇金庫の管理が3名の受託者 (そのうち1名は使用者によって任命され、他の2名は労働組合によって任命されるが、その1名は経営協議会のメンバーでなければならない) によって行われるかどうかで何らかの差異が生ずるか、⑥前記①ないし⑤の内容を有する規定はたしかに自由意思にもとづいて約定することができるが、労働争議によって争うことができないかどうかの6点である。

連邦労働裁判所大法廷は、1967年11月29日の決定において、第1小法廷から提出された6つの問題のうち「根本的重要性」を否定した③を除く他の5点について、その相関関係に留意しつつ検討を行い、①、②および④については、総括的に「労働協約において、協約締結組合に組織されている被用者と、他組合に組織されている被用者または未組織被用者との間に差別を設けてはならない」、③、⑤および⑥については、「解答を示さない」旨判示した⁵⁹⁾。

1967年11月29日の連邦労働裁判所大法廷決定が、協約自治の限界 (使用者の期待可能性) や団結の自由 (基本法9条3項) 等の問題に言及し、①相手方である労働組合の強化をもたらすような措置を個々の使用者に期待するのは酷であり、また、組合員と非組合員 (アウトサイダー) とを差別的に取り扱うこと

59) BAG, Großer Senat, Beschluß vom 29. November 1967, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

は、使用者の正義感情を損なうだけでなく、経営平和その他の理由により使用者に期待しがたいことであるから、それを義務づける協約差別条項はドイツ民法242条（信義誠実の原則）⁶⁰⁾に違反する、②さらに、基本法9条3項から消極的団結自由を引き出す立場を明確に打ち出し、一般的協約差別条項は非組合員の消極的団結自由を侵害し、制限的協約差別条項は非組合員の消極的団結自由・他組合員の積極的団結自由を侵害するなどとして、協約差別条項を無効と宣言したため、繊維労組はこの大法廷決定の違法性を主張して憲法訴訟を提起したが、連邦憲法裁判所は、1971年5月4日の決定⁶¹⁾において、当事者に直接作用を及ぼさない大法廷決定について訴訟上憲法判断を下すことはできないとして判断を回避した。そこで、問題は再び連邦労働裁判所第1小法廷で争われることになった。しかし、1972年10月になって、連邦労働裁判所の提案により訴訟当事者間で手続休止の合意がなされ、約7年に及ぶ紛争はようやく収拾されることになった⁶²⁾。

（西）ドイツでは、とくに繊維産業の協約紛争を契機として1960年代中頃から協約差別条項の法的有効性に焦点をあてた活発な論争が展開されてきているが、1967年の連邦労働裁判所大法廷決定後も、建設労組、繊維労組、製材労組のほか、食品労組（Gew. Nahrung-Genuss-Gaststätten）などの組合が協約差別条項になお強い意欲を示し、とくにかかる条項を法的に締結できるよう労働協約法の改正を強く要求しており、この論争は、大法廷決定にもかかわらず、今日にいたるまで決着をみていない状況にある⁶³⁾。

60) ドイツ民法242条「債務者は、取引の慣習を顧慮し、信義誠実の要求するところにしたがって給付をなす義務を負う。」

61) BVerfG, 1. Senat, Beschluß vom 4. Mai 1971, AP Nr. 19 zu Art. 9 GG=BVerfGE Bd. 31, S. 55.

62) Georg Leventis, Tarifliche Differenzierungsklauseln nach dem Grundgesetz und dem Tarifvertragsgesetz, Berlin 1974, S. 22. および西谷・前掲書560, 563頁注(7)参照。

63) Leventis, a. a. O., S. 21f. および西谷・前掲書553頁参照。

(7) 組織強制法理の再検討 (2)

(b) 学説の状況

(i) 消極的団結自由

組織強制の法的評価にあたっては、個々の労働者は憲法上の権利として労働組合に加入しない自由、すなわち消極的団結自由を保障されているか、また、保障されているとすればその根拠は何かということが、まず問題となる⁶⁴⁾。

ワイマール・ドイツにおいては、ワイマール憲法159条の保障する団結自由のなかに消極的団結自由が含まれるか否かをめぐって論議がなされ、そこでは、積極的団結自由の「自明の裏面」ないし「対応物」として消極的団結自由の存在を肯定する見解⁶⁵⁾もみられたが⁶⁶⁾、ジンツハイマーやニッパードイによって代表される見解は、ワイマール憲法において団結の自由が保障されるにいたった歴史的経緯⁶⁷⁾や憲法制定過程において消極的団結自由が直接問題とされることになかったこと⁶⁸⁾などを根拠に、消極的団結自由の存在を否定した。

64) 以下、西谷・前掲書318, 553-557頁, 横井「ドイツにおける協約排除条項と組織強制の法理」前掲31-66頁, 石松亮二「西独における組織強制の限界」法政研究29巻4号(1963年)82-88頁, 林迪広=石松亮二「西独基本法と消極的団結権」日本労働協会雑誌70号(1965年)2-12頁参照。

65) Oertmann, a. a. O., S. 114, 272.

66) ガウス(Gauß)は、人格の自由(persönliche Freiheit)の保障を基礎にしたワイマール憲法の性格からして、159条は団結しない自由をも含めて個人の「完全な決定の自由」(völlige Entschlußfreiheit)を保障した規定と解すべきであるとする(Gauß, a. a. O., S. 522)。そのほか、団結の自由のなかに消極的団結自由が含まれるとするものとして、Groh, a. a. O., S. 40; Jacobi, a. a. O., S. 96; Anschütz, a. a. O., S. 732f.; Bühler, a. a. O., S. 161などがある。

67) ジンツハイマー(Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, a. a. O., S. 81 [植崎=蓼沼訳・前掲書88頁])は、「団結自由(Koalitionsfreiheit)の概念は、歴史的に団結自由獲得の闘争、即ち団結すべからずという法ではなしに、団結してよいという法を獲得するための闘争のなかで、成長し来たものである。団結自由がどのようにして承認されたかも、このことに照応する。団結自由は、団結に対する禁止と処罰規定の廃止によって生れたのである。このことはまた、憲法第一五九条の目的から生ずることがらでもある。同条の目的は団結の促進である。第一五九条を創設した人々は、個人権ではなしに組織体の権利(Organisationsrecht)を創設しようとしたのである」として、ワイマール憲法159条のなかに消極的団結自由が含まれるとするのは歴史的発展にそぐわない、と主張した。同旨、Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, a. a. O., 1.-2. Aufl., S. 440f.; Neumann, a. a. O., S. 72; Baum, a. a. O., S. 27.

これに対し、(西) ドイツにおいては、学説上、①憲法上の基本権として消極的団結自由の存在を否定する見解(否定説)、②憲法上の基本権として消極的団結自由の存在を肯定する見解(肯定説)が唱えられているが、憲法上の基本権として消極的団結自由を否定する見解は少数にとどまり⁶⁹⁾、消極的団結自由を承認する見解が支配的となっている。しかし、消極的団結自由の根拠をどの規定に求めるかについては争いがあり、見解が対立している⁷⁰⁾。

まず、消極的団結自由の根拠を基本法9条3項に求める見解(基本法9条3項説)は、①消極的団結自由は積極的団結自由の論理必然的裏面であること⁷¹⁾、②団結の概念は個々人の結合の自由意思性および団結しない自由を前提としていること⁷²⁾、③基本法9条3項の制定過程において、積極的団結権の保障につづけて、消極的団結自由の保障を明記した案が当初有力に主張されていたこと⁷³⁾、④団結の可能性の多元性および新しい団結を結成する権利は民主主義的

68) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 441f.

69) 否定説は、①ワイマール憲法159条の「団体を結成する自由」という文言が団結権(積極的団結自由)と団体に加入しない権利(寄生する権利)を保障するのに対して、基本法9条3項にいう「団体を結成する権利」は団結権を保障するにとどまり、寄生する権利までをも保障するものではないこと(Herbert Bachmann, Koalitionsrecht und Schmarotzrecht, Mensch und Arbeit [MuA] 1950, S. 56)、②基本法9条3項の制定過程において、当初予定されていた消極的団結自由保障規定が削除されたこと(Fritz Eberhard, Das Arbeitsrecht im Entwurf des Grundgesetzes, Recht der Arbeit [RdA] 1949, S. 126f.)などを理由としてあげている。

70) 西谷・前掲書554-557頁、石松・前掲論文82-88頁参照。

71) Alfred Hueck, Tarifausschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, München und Berlin 1966, S. 33; Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, II. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1959, S. 29; Roif Dietz, Die Koalitionsfreiheit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958, S. 455; Wolfgang Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, Düsseldorf 1967, S. 25; Brox/Rüthers, Arbeitsrecht, 12. Aufl., Stuttgart Berlin Köln 1995, S. 173f.

72) Hueck, a. a. O., S. 33; Nikisch, a. a. O., S. 29; Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, II. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1954, S. 386; Ingo von Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., München 1981, Rdnr. 45 zu Art. 9 (S. 415).

73) Hueck, a. a. O., S. 34f.; Nikisch, a. a. O., S. 30.

(9) 組織強制法理の再検討 (2)

秩序の主要構成要素であり、積極的団結自由の保護は別の団結を結成する権利をも含み、別の団結を結成するためには、ある団結を脱退し別の団結に加入することが可能でなければ成り立たないこと⁷⁴⁾、⑤いくつかの州憲法が積極的団結自由とともに消極的団結自由を保障していること⁷⁵⁾などを理由としてあげている。

これに対して、消極的団結自由の根拠を基本法2条1項⁷⁶⁾に求める見解(基本法2条1項説)は、①基本法9条3項の規定が明白に表現しているのは、団結に加入することのできる自由の保護であって、団結からの保護ではないこと⁷⁷⁾、②団結の自由が争われた時代に絶えず問題となっていたのは、国家および使用者からの団結権の保護であり、消極的団結自由の特別保護により団結強制を禁止した営業法153条が廃止された後になお基本法9条3項を根拠として消極的団結自由の特別保護を主張するのは、歴史的発展に逆行すること⁷⁸⁾、③基本法9条3項の制定過程において、当初予定されていた消極的団結自由保護規定が削除されたこと⁷⁹⁾、④基本法9条3項後段は第三者効力を明確に規定しているので、消極的団結自由が基本法9条3項で保障されているとすれば、組合員獲得のための相当な手段も違法なものとして許されなくなること⁸⁰⁾、⑤憲法上の同一の規定から、積極的団結自由のみならず消極的団結自由をも導き出

74) Zöllner, a. a. O., S. 25; Dirk Neumann, Zu Schutz und Umfang der sog. negativen Koalitionsfreiheit, DB 1967, S. 1546f.

75) Hueck, a. a. O., S. 34f.; Theo Mayer-Maly, in: Däubler/Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit, Tübingen 1971, S. 19f.

76) 基本法2条1項「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。」

77) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, a. a. O., 7. Aufl., S. 156; Alfred Söllner, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Stuttgart Berlin Köln Mainz 1981, S. 59; ders., Grundriß des Arbeitsrechts, 11. Aufl., München 1994, S. 66.

78) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 156f.; Söllner, Arbeitsrecht, a. a. O., S. 59; ders., Grundriß des Arbeitsrechts, a. a. O., S. 66.

79) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 157; Gamiillscheg, a. a. O., S. 55ff.

80) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 157; Leventis, a. a. O., S. 44.

すことは一つの論理的矛盾（自己矛盾）であること⁸¹⁾、⑥消極的団結自由という第三者の権利を団結の本質から導き出すことは、論理的な法的思考と矛盾すること⁸²⁾などを理由として、基本法9条3項から消極的団結自由の保障を引き出すことに否定的な立場を示している。

そのほか、憲法上の消極的団結自由の存在の根拠を基本法9条3項と2条1項に求める見解（折衷説）が学説の一部で唱えられている⁸³⁾。

判例上は、連邦労働裁判所が1967年11月29日の大法廷決定⁸⁴⁾において基本法9条3項から消極的団結自由を引き出す立場をとり、また連邦憲法裁判所が1979年に同様の立場を表明した⁸⁵⁾ことにより、基本法9条3項説の立場がほぼ定着したといえるが、学説上は基本法9条3項説が多数説となっているものの、基本法2条1項説も有力に展開されており、消極的団結自由の憲法上の根拠をめぐる論争は現在なお決着をみるにいたっていない。すなわち、ここでは、①積極的団結自由と消極的団結自由の相関関係、②団結の本質（構成員の自由意思性）、③団結権確立の歴史的経緯、④基本法9条3項の文言、⑤基本法9条3項の制定過程などの諸点をめぐって、基本法9条3項説、2条1項説双方の立場から主張がなされ、論争が展開されてきたのであるが、いずれの説においても決定的な法的論拠を提示しえず、問題の解決をみるにいたっていない状況にある⁸⁶⁾。

81) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 158; Kurt H. Biedenkopf, Zum Problem der negativen Koalitionsfreiheit, Juristen Zeitung (JZ) 1961, S. 347.

82) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 159.

83) 折衷説は、①団体を結成しまたは団体に加入する自由は本質的に結合しない権利と合致すること、②基本法2条1項は、使用者または被用者を区別することなく個人に対して人格の自由な発展の権利を保障しており、団結しない権利もこれに属することなどを理由としてあげている（Hans-Albrecht Bischoff, Das Recht freier Vereinigung im Arbeitsleben, MuA 1950, S. 124ff.）。

84) BAG, Großer Senat, Beschluß vom 29. November 1967, a. a. O.

85) BVerfG, 1. Senat, Urteil vom 1. März 1979, BVerfGE Bd. 50, S. 290.

86) もっとも、基本法9条3項説によっても、団結を維持・強化するために労働組合が加えるすべての圧力（組織強制）が排除されているわけではなく、反対に基本法

(11) 組織強制法理の再検討 (2)

(ii) クローズド・ショップ条項

アメリカ等における、いわゆるクローズド・ショップ条項にあたるものは、ドイツでは一般に組織条項 (Organisationsklausel) もしくは閉鎖条項 (Ab-sperrklausel) と呼ばれている。ユニオン・ショップ条項にあたるものは存しない。組織条項には、使用者に組織労働者 (被用者) のみの雇入れを義務づける一般的組織条項と、協約締結当事者である労働組合の組合員のみ雇入れを義務づける制限的組織条項とがある。一般的組織条項は、未組織労働者のみ対象とするのに対し、制限的組織条項は、未組織労働者のみならず他組合の組合員をも対象とするものである。ワイマール・ドイツ下においては、これらの組織条項はワイマール憲法159条 (団結権)、同118条 (表現の自由)、同151条 (経済的自由)・同152条 (契約の自由)、1920年経営協議会法81条 (被用者の雇入れ) およびドイツ民法138条 (善良の風俗)・同826条 (良俗違反の不法行為) などとの関係でその法的効力が問題とされ、論争が展開された。

第二次大戦後においても、組織条項は、基本法2条 (人格の自由な発展)、同9条3項 (団結権)、同12条 (職業選択の自由) およびドイツ民法134条 (法律の禁止) などとの関係で問題とされるが、ほとんどの学説は、消極的団結自由および職業選択の自由を侵害するがゆえに違法・無効と解している。さらに、他組合の組合員をも対象とする制限的組織条項は、積極的団結自由にも抵触することになる⁸⁷⁾。

2条1項説によっても、組織強制は厳しい制約のもとに認められているにすぎず、結局のところ、両説の差異は相対的なものにすぎない、といえよう。なお、この問題については、西谷・前掲書555-557頁参照。

87) Dietz, a. a. O., S. 457; Nikisch, a. a. O., S. 37f.; Kurt H. Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 94ff.; Hueck, a. a. O., S. 38; Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 162ff.; Gamillscheg, a. a. O., S. 9f.; Scholz, a. a. O., S. 279; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Baden-Baden 1976, S. 90; Peter Badura, Das Recht der Koalitionen-Verfassungsrechtliche Fragestellungen-, Das Arbeitsrecht der Gegenwart (ArbGegw) Bd. 15 (1978), S. 32; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Bd. I, München 1980, Rdnr. 231 zu Art. 9 (S. 140); v. Münch, a. a. O., Rdnr. 53 zu Art. 9 (S. 422); Söllner,

この点について、たとえばニッパーダイは、一般的閉鎖条項は、それが約定されても、「被用者には任意の団体に加入する自由が存するので、積極的団結自由を侵害しない」のに対して、制限的閉鎖条項は、「その約定によって利益を受ける団結以外の団結に被用者が加入することを事実上阻害するがゆえに、積極的団結自由の権利を侵害」し、「基本法9条3項後段により無効である」とする。そして彼は、「団結強制は、職業選択の自由という基本権（基本法12条1項前段）を侵害するがゆえに許されない。このような憲法上許されない侵害は、とりわけ一般的組織条項または一般的閉鎖条項にみうけられる。一般的組織条項は、未組織被用者を雇い入れてはならないという義務を使用者に課するものであるので、未組織被用者はその職場を自由に選択しえなくなる。今日の憲法の状況からすれば、一般的組織条項または一般的閉鎖条項はともに無効である（基本法12条1項後段、同2条1項、ドイツ民法134条）」と述べている⁸⁸⁾。

また、ニキシユ（Arthur Nikisch）は、制限的組織条項は、「被用者の団結の選択を妨害するがゆえに、積極的団結自由に違反」し、一般的組織条項は、「積極的団結自由には抵触しないけれども、消極的団結自由に抵触する」と主張している⁸⁹⁾。

なお、カスケル／デルシュ（Walter Kaskel/Hermann Dersch）は、「協約締結使用者は組織被用者のみを雇い入れる義務を負うという労働協約上の一般的組織条項は法的に許されるが、協約締結組合以外の他組合に所属する被用

Arbeitsrecht, a. a. O., S. 60; ders., Grundriß des Arbeitsrechts, a. a. O., S. 67; Wolfgang Löwer, bei v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., München 1992, Rdnr. 78 zu Art. 9 (S. 628); Manfred Löwisch, bei Richardi/Wlotzke (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, München 1993, S. 92; Brox/Rüthers, a. a. O., S. 174; Schaub, a. a. O., S. 1590.

88) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 163f.

89) Nikisch, a. a. O., S. 37f.

(13) 組織強制法理の再検討 (2)

者の雇入れを禁止する、いわゆる制限的組織条項は積極的団結自由を侵害するがゆえに無効である⁹⁰⁾、とする。

(iii) 圧力解雇

すでに1950年代からストライキの威嚇のもとに非組合員の解雇を使用者に要求する圧力解雇が問題とされてきているが、これについても、消極的団結自由および職場保持権を侵害するがゆえに違法・無効と解されている⁹¹⁾。

ニッパードイは、団結強制は被用者の職場保持権との関係で限界があるとし、「被用者が労働組合に所属しないことまたは労働組合に加入することを拒否したことをのみを理由として解雇することは違法である」と主張する。そして彼は、「これは、通例いわゆる圧力解雇、すなわち第三者の圧力によって、とくにストライキの威嚇によって行われる解雇についても同様である」とし、労働組合または従業員団が未組織被用者を解雇しない使用者に対してストライキの威嚇を行った事案があったが、「使用者はこの要求に軽々に譲歩してはならないのであって、解雇が社会的に正当なものであるかどうかを自己の責任で検討しなければならない。使用者には被用者に対する配慮義務があり、被用者の職場保持権を侵害する強制から被用者を擁護しなければならない。このような圧力解雇が許されるのは、ごく例外的な場合である。すなわち、ストライキが実際に行われたならば、企業の存立にかかわる重大な危険が生ずるとか、あるいは回復し難い重大な損害が発生するなど、使用者にとっての特別の緊急事態が正当事由となる場合である。解雇の圧力によって未組織被用者を追い出した者も、被解雇者に対してドイツ民法823条1項（主観的権利としての職場保持権）により損害賠償義務を負う」とする。もっとも、ニッパードイによれば、未組織

90) Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin Göttingen Heidelberg 1957, S. 281.

91) Dietz, a. a. O., S. 458; Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 170f.; Kaskel-Dersch, a. a. O., S. 281; Schaub, a. a. O., S. 1591.

被用者に対するこのような圧力は、いかなる場合にも許されないわけではなく、「被用者が単に組合加入を拒否しているということだけでなく、客観的にみて被用者の行動（Verhalten）に帰すべき事由にもとづく場合には、かかる圧力は正当なもの」と解され、「とくに、未組織被用者が事業所内で反組合的運動を扇動し、これによって経営の平和を害する場合がこれにあたる。この場合において、使用者は第三者の圧力によって解雇を行うのではない。使用者には解雇制限法1条にもとづく独自の解雇権、特別の場合においては即時解雇権が存在するのである。労働組合または組織従業員団の要求は、初めから使用者がもっている解雇権を支持するというものにすぎない。したがって、それは社会的に相当な行動、および防衛行為としてドイツ民法823条1項の構成要件をみたすものではない」とせられる⁹²⁾。

また、カスケル／デルシュは、「団結強制は、被用者の職場保持権を配慮するものでなければならない」とし、「それゆえに、被用者が組織されていないことのみを理由として行われる解雇は無効であって、第三者の圧力のもとに、たとえばストライキの威嚇によって行われる解雇——いわゆる圧力解雇——は、同様に無効である」と主張する。ただし、カスケル／デルシュも、特別の事情の存する場合には圧力解雇も許されるとし、「ストライキの威嚇によって行われる圧力解雇は、特別の事情の存する場合、たとえばストライキが行われたならば、経営の存立にかかわる重大な危険を伴う緊急事態が生ずるような場合のみ許される。解雇が社会的に相当であるかどうかの問題が、ここではとくに重要である。不当な解雇の圧力によって解雇を行った者は、被解雇者に対してドイツ民法823条1項により損害賠償義務を負うことになる」と述べている⁹³⁾。

92) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 170f.

93) Kaskel-Dersch, a. a. O., S. 281.

(15) 組織強制法理の再検討 (2)

(iv) 連帯費制

建設労組が1960年前後に要求したことがある、非組合員から連帯拠出金を徴収しようとする制度（エイジェンシー・ショップ）についても、労働協約のみによって同制度を設置することは不可能であり、消極的団結自由を侵害するがゆえに憲法に違反し無効となるという立場が、学説上多数を占めているが⁹⁴⁾、立法論としては、一定の条件のもとに一定の範囲内でこれを認めようとする見解もみうけられる⁹⁵⁾。

たとえば、ニッパーダイは、労働組合に加入していない「アウトサイダーに連帯費の拠出を労働協約によって義務づける約定は、消極的団結自由の憲法上の保護を明言していない基本法9条3項の規定には違反しないけれども、労働協約法上は違法・無効となる⁹⁶⁾」と主張する。

また、ショルツは、「団結のために、財政上の負担をアウトサイダーに要求する連帯費制の（法律または労働協約による）創出は、消極的団結自由に違反

94) Alfred Hueck, Die Frage der tarifrechtlichen Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen nach geltendem deutschen Recht, RdA 1961, S. 141ff.; ders., Tarifausschlussklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, a. a. O., S. 58; Kurt H. Biedenkopf, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbezugnis der Tarifvertragsparteien, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I, München und Berlin 1966, S. 137; Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 169; Zöllner, a. a. O., S. 53; Franz Gamillscheg, Koalitionsfreiheit und Soziale Selbstverwaltung, Hannover 1968, S. 61; Peter Hanau, Gemeingebrauch am Tarifvertrag? -BAG (GS), AP Art. 9 GG Nr. 13, Juristische Schulung (JuS) 1969, S. 217; Scholz, a. a. O., S. 280; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a. a. O., Rdnr. 233 zu Art. 9 (S. 141); Löwer, a. a. O., Rdnr. 78 zu Art. 9 (S. 628); Schaub, a. a. O., S. 1591.

95) たとえば、ビーデンコップフ (Kurt H. Biedenkopf) は、立法による連帯費制の創出について、①連帯拠出金の額が組合費のほぼ半分以下であること、②アウトサイダーである非組合員に労働協約上の権利のみならず組合の意思形成への関与権やスト手当の権利などが保障されること、③被用者の過半数によって、連帯拠出金を徴収する組合がその代表と確認されることなどの条件のもとに、このような制度を認める立場をとっている (Biedenkopf, Zum Problem der negativen Koalitionsfreiheit, a. a. O., S. 349ff.). なお、久保敬治『五版労働法』(1987年、ミネルヴァ書房) 81頁注(13)、西谷・前掲書558頁参照。

96) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 169.

する」がゆえに憲法違反になると述べている⁹⁷⁾。

次に、ゼルナー (Alfred Söllner) は、「消極的団結自由の観点のもとに、通常の組合費をこえない『連帯費』が加入強制とならないということに対しては異議を唱えることはできないけれども、連帯拠出金の徴収を第三者に義務づける協約当事者間の合意が協約自治によってなおカバーされるかどうかは疑わしい⁹⁸⁾」と主張している。

さらに、連帯拠出金の徴収について、レーヴィシュ (Manfred Löwisch) は、次のようにいう⁹⁹⁾。「国家が未組織者に連帯費を義務づけることは、未組織者が特定の団結に組合費を拠出しなければならない場合には消極的団結自由に違反する。未組織者は、第二次的な組合費として当該団結への直接的な支援を求められることになるからである。これに対して、国家が連帯費を徴収しこれから各種団結への資金を捻出する場合には、未組織者は公的負担をなす国民以外の何ものでもない。未組織者は——強制団体の構成員と同様に——基本法2条1項によって保護される。相当性の判断にあたっては、基本法9条3項が客観的な秩序観念として考慮されねばならない。したがって、未組織者が実際に団結による労働条件および経済条件の規制に有利に関与する場合にのみ連帯費を徴収することができる。基本法9条3項は、連帯費が組合費の等級として位置づけられ、加入への強いインパクトとなる場合にはじめて係わりをもつ。この場合においては、個人の消極的団結自由が侵害されることになる」、と。

(v) 協約適用排除・差別条項

(西) ドイツにおいて主として問題となった組織強制の形態は、一定の労働条件について非組合員を労働協約なみの条件で使用することを使用者に禁止し、

97) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a. a. O., Rdnr. 233 zu Art. 9 (S. 141).

98) Söllner, Arbeitsrecht, a. a. O., S. 60f.; ders., Grundriß des Arbeitsrechts, a. a. O., S. 67.

99) Löwisch, bei Richardi-Wlotzke (Hrsg.), a. a. O., S. 91.

(17) 組織強制法理の再検討 (2)

あるいは絶えず組合員と非組合員との間に一定の格差が生ずるようにしようとする協約適用排除条項ないし協約差別条項であり、組織強制をめぐる論議もこの条項を中心に展開され、消極的団結自由、協約自治の及ぶ限界、使用者・非組合員の契約の自由、使用者の期待可能性などさまざまな観点から同条項の有効性が論じられ、非組合員だけでなく他組合の組合員をも対象とする制限的協約適用排除・差別条項については、非組合員の消極的団結自由・他組合員の積極的団結自由を侵害することになる、としてほぼ一致して無効とされ¹⁰⁰⁾、その効力について争いのある、非組合員のみ対象とする一般的協約適用排除・差別条項についても、①同条項を全面的に肯定する見解（肯定説）¹⁰¹⁾、②同条項を全面的に否定する見解（否定説）¹⁰²⁾、③同条項の予定する格差が一定範囲内にとどまるかぎりにおいてこれを有効と認める見解¹⁰³⁾などが唱えられている¹⁰⁴⁾。

100) Dietz, a. a. O., S. 457f.; Nikisch, a. a. O., S. 37f.; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, a. a. O., S. 94ff.; Hueck, a. a. O., S. 37f.; Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 163; Zöllner, a. a. O., S. 25ff.; Reinhard Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 203ff.; Hanau, a. a. O., S. 216; Scholz, a. a. O., S. 279f.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a. a. O., Rdnr. 231 zu Art. 9 (S. 140); Manfred Löwisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Düsseldorf 1991, S. 107; ders., bei Richardi/Wlotzke (Hrsg.), a. a. O., Rdnr. 70, 74 zu Art. 9 (S. 95f.); Löwer, a. a. O., Rdnr. 78 zu Art. 9 (S. 628); Schaub, a. a. O., S. 1590f.

101) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt a. M. 1957, S. 122f.; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht-Ein Handbuch für die Praxis, 1. Aufl., Stuttgart 1965, S. 138. もっとも、ニッパードイは、その後見解を改め、一般的協約適用排除条項についても法律上違法なものであって許されないとし (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, a. a. O., 7. Aufl., S. 165ff.), ブロックス/リュートース (Hans Brox/Bernd Rüthers) も、後に改説している (Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht-Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Stuttgart Berlin Köln Mainz 1982, S. 154)。

102) Hueck, a. a. O., S. 37ff.; Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 165ff.; Nikisch, a. a. O., S. 37f.; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, a. a. O., S. 94ff.; Dietz, a. a. O., S. 457f.; Wolfgang Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 1983, S. 107; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1992, S. 109.

103) Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, a. a. O., S. 60ff.; Söllner, Arbeitsrecht, a. a. O., S. 59, 61; ders., Grundriß des Arbeitsrechts, a. a. O., S. 66, 68f.; Leventis, a. a. O., S. 31f., 74, 76ff.;

協約適用排除・差別条項を全面的に肯定する見解は、ごく少数の論者によって唱えられているにすぎず、同条項を全面的に否定する見解は、判例の立場であり、学説の多くによって支持されている。協約適用排除・差別条項の予定する格差が一定の範囲内にとどまるかぎりにおいてこれを有効と認める見解は、学説上少数ではあるが有力に主張されている。

協約適用排除・差別条項については、さまざまな観点からその有効性が論じられてきたが、主な論点を整理するとほぼ次のように要約できるであろう¹⁰⁵⁾。

まず第1の論点は、消極的団結自由との関係である。一定の労働条件について非組合員を労働協約なみの条件で使用することを使用者に禁止し、あるいは絶えず組合員と非組合員との間に一定の格差が生ずるようにし、それによって非組合員を労働組合に加入させようとする協約適用排除・差別条項が個々の労働者の組合に加入しない自由、すなわち消極的団結自由を侵害しないかどうかの問題である。この点については、消極的団結自由の根拠を基本法9条3項に求める立場に立てば、消極的団結自由を「制限し、または妨害しようとする約定」は無効となることから（同9条3項後段）、協約適用排除・差別条項についてはその効力を否定する結論を導く傾向がみられるのに対し¹⁰⁶⁾、人格発展の自由を定めた基本法2条1項に消極的団結自由の根拠を求める立場に立てば、協約適用排除・差別条項の効力は、個々の労働者の団結しない自由（消極的団

Däubler, a. a. O., S. 43, 45; Hans Galperin, Organisationszwang und Koalitionsfreiheit, in: Festschrift für Walter Bogs, Sozialreform und Sozialrecht, Berlin 1959, S. 99f.; Däubler/Hege, a. a. O., S. 90.

104) BAG, Großer Senat, Beschluß vom 29. November 1967, a. a. O., Bl. 12ff.; Franz Gamillscheg, Nochmals: Zur Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Der Betriebs-Berater (BB) 1967, S. 45ff. および西谷・前掲書557—561頁参照。

105) 西谷・前掲書558—561頁参照。

106) Hueck, a. a. O., S. 37ff.; Nikisch, a. a. O., S. 37f.; Dietz, a. a. O., S. 457f.; Zöllner, a. a. O., S. 107; Zöllner/Loritz, a. a. O., S. 109 など。なお、ハナウ (Peter Hanau) は、基本法9条3項説に立ちつつ、一定の範囲内において協約差別条項の有効性を認める (Hanau, a. a. O., S. 216)。

(19) 組織強制法理の再検討 (2)

結自由) と他人の権利 (とくに労働組合の存立の権利) とをいかに調整すべきかという問題として取り扱われることになり、一定の範囲内において同条項の効力を承認する方向に傾きやすくなる¹⁰⁷⁾。

第2の論点は、協約自治 (協約権力) との関係である。すなわち、協約当事者が、規範的部分あるいは債務的部分であれ、非組合員 (アウトサイダー) を直接的または間接的に不利益に取り扱うような事項を労働協約において規定することは、基本法および労働協約法によって保障された協約自治の範囲を踏みこえるものであるがゆえに許されないという主張¹⁰⁸⁾ と、労働組合は非組合員を含むすべての労働者を代表する機能を営んでおり、協約当事者が非組合員を不利益に取り扱う事項を労働協約において規定することは協約自治の範囲を踏みこえるものではないという主張¹⁰⁹⁾ との対立である。

第3の論点は、非組合員および使用者の契約の自由との関係である。協約適用排除条項は、基本法9条3項および労働協約法3条・4条において非組合員 (アウトサイダー) に保障されている契約の自由を實際上排除するものであって、基本法2条1項において保障されている「他人の権利」を侵害するがゆえに許されない¹¹⁰⁾ とか、協約適用排除条項は、使用者が非組合員 (アウトサイダー) に協約上の優遇を保障することを阻止し、被用者の労働条件を自由に定めることを不可能ならしめるがゆえに基本法2条1項に違反する¹¹¹⁾ という主張などがなされている。

これに対しては、協約適用排除条項は債務的な効力をもつにすぎず、それに

107) Gamillscheg, a. a. O., S. 60ff.; Leventis, a. a. O., S. 31f., 74, 76ff. など。

なお、ニッパードイは、基本法2条1項説に立ちつつ、協約適用排除条項の有効性を全面的に否定する (Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 165ff.)。

108) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 168f.; Hueck, a. a. O., S. 49f.

109) Gamillscheg, a. a. O., S. 36ff.; Leventis, a. a. O., S. 74, 76ff.; Bernhard Weller, Zur Frage der Differenzierungsklausel, Arbeit und Recht (ArbuR) 1970, S. 163f.

110) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 169.

111) Hueck, a. a. O., S. 41.

違反して使用者が契約を締結したとしても、当該契約は私法上有効であり、非組合員（アウトサイダー）にとっては、協約上留保されている給付の保障に関する約定を使用者と行う事実上の可能性が制限されるにすぎず、このような性格をもつ制約は現行法上数多く存在するから、契約の自由を侵害するものではない¹¹²⁾とか、労働組合が非組合員（未組織者）の契約内容の自由を広範に制約しうることについては疑いの余地は存しないから、組合員と非組合員の労働条件の格差が適度な範囲にとどまっているかぎり、協約差別条項も契約の自由を侵害するものではない¹¹³⁾などという批判が加えられている。

最後に、使用者の期待可能性という問題がある。1967年の連邦労働裁判所大法院決定¹¹⁴⁾が協約自治（協約権力）の問題に関連して強調している論点で、①相手方である労働組合の強化をもたらすような措置を個々の使用者に期待することは酷であること、②今日、組合員（組織労働者）と非組合員（アウトサイダー）の平等取扱は経営および企業にとって必要不可欠なものになっており、組合員と非組合員とを差別的に取り扱うことは使用者の正義感情を損なうだけでなく、経営の平和等をも損なうおそれがあるので使用者に期待できないことなどを理由に、労働組合の組織強化、および組合と組合員の財政上の負担軽減の利益において、協約上非組合員を組合員と別異に取り扱うというようなことにまで団体・協約権力は及ばない、すなわち協約差別条項はドイツ民法242条に違反し無効になるという主張である。

(vi) 小 括

以上、(西)ドイツにおける学説の議論状況を中心に、消極的団結自由と組織強制の問題について分析・検討を行った。

112) Gamillscheg, a. a. O., S. 70ff.

113) Leventis, a. a. O., S. 31f.

114) BAG, Großer Senat, Beschluß vom 29. November 1967, a. a. O.

(21) 組織強制法理の再検討 (2)

組織強制の法的評価にあたって、これとの関連において問題となる消極的団結自由の問題については、学説上、①憲法上の基本権として消極的団結自由の存在を否定する見解、②憲法上の基本権として消極的団結自由の存在を肯定する見解が唱えられているが、憲法上の基本権として消極的団結自由を否定する見解は少数にとどまり、消極的団結自由を承認する見解が支配的となっている。

しかし、消極的団結自由の根拠をどの規定に求めるかについては争いがあり、①消極的団結自由の根拠を基本法9条3項に求める見解、②消極的団結自由の根拠を基本法2条1項に求める見解、③消極的団結自由の根拠を基本法9条3項と2条1項に求める見解などが唱えられている。判例上は、連邦労働裁判所が1967年11月29日の大法廷決定において基本法9条3項から消極的団結自由を引き出す立場をとり、また連邦憲法裁判所が1979年に同様の立場を表明したことにより、基本法9条3項説の立場がほぼ定着したといえるが、学説上は基本法9条3項説が多数説となっているものの、基本法2条1項説も有力に展開されており、消極的団結自由の憲法上の根拠をめぐる論争は現在なお決着をみるにいたっていない。

第二次大戦前、とくにワイマール・ドイツ下において現実に一定の役割を果たし、法的論争の主たる対象となったクローズド・ショップ条項（組織条項もしくは閉鎖条項）は、戦後（西）ドイツにおいてはほとんどみられなくなり、ほとんどの学説は、消極的団結自由および職業選択の自由（基本法12条）を侵害するがゆえに違法・無効と解している。さらに、他組合の組合員をも対象とする制限的組織条項は、積極的団結自由にも抵触することになる。

ストライキの威嚇のもとに非組合員の解雇を使用者に要求する圧力解雇についても、消極的団結自由および職場保持権を侵害するがゆえに違法・無効と解されている。

また、非組合員から連帯拠出金を徴収しようとする制度（エイジェンシー・ショップ）についても、立法論としては、一定の条件のもとに一定の範囲内で

これを認めようとする見解もみられるが、労働協約のみによって同制度を設置することは不可能であり、消極的団結自由を侵害するがゆえに憲法に違反し無効となるという立場が、学説上多数を占めている。

戦後（西）ドイツにおいて主として問題となった組織強制の形態は、一定の労働条件について非組合員を労働協約なみの条件でを使用することを使用者に禁止する協約適用排除条項や組合員と非組合員との間に一定の格差をつけることを要求する協約差別条項であるが、非組合員だけでなく他組合の組合員をも対象とする制限的協約適用排除・差別条項については、非組合員の消極的団結自由・他組合員の積極的団結自由を侵害することになる、としてはほぼ一致して無効とされ、その効力について争いのある、非組合員のみ対象とする一般的協約適用排除・差別条項についても、判例と学説の多くは、同条項を全面的に否定する見解をとっており、同条項を全面的に肯定する見解は、ごく少数の論者によって唱えられているにすぎず、同条項の予定する格差が一定の範囲内にとどまるかぎりにおいてこれを有効と認める見解も、学説上有力ではあるが少数にとどまっている。

これらの学説上の対立は、今日にいたるまで解消されていないが、（西）ドイツにおいては組織強制に対し峻厳な態度がとられ、消極的団結権（消極的団結自由）を根拠に、クローズド・ショップ条項はいうに及ばず、協約適用排除条項や協約差別条項に否定的な態度が定着しつつあり、組織強制肯定論がかなり広く浸透していたワイマール・ドイツとは顕著な対立を示している。すなわち、（西）ドイツにおいては、ワイマール・ドイツにおける集団主義的発想は後退し、労働者個々人の自由を団結権力の支配から保護しようとする個人の権利・自由尊重の傾向が強まっているといえよう¹¹⁵⁾。

115) 西谷・前掲書325, 573頁参照。