

労働争議行為の刑法的意義

——その序論的一考察(一)

垣 口 克 彦

- 一 問題の所在
- 二 労働争議行為と社会的相当性の理論
 - (1) 藤木・莊子論争
 - (2) ニッパードイ・ニーゼ論争
 - (3) 労働争議行為の社会的相当性……………(以上本号)
- 三 労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説の検討
- 四 いわゆる刑事免責をめぐる若干の問題点
- 五 まとめ

一 問題の所在

表題に掲げた問題を考察するにあたっては、まず労働争議行為とは何かということが問われなければならない。

労働争議行為の刑法的意義

一

阪 南 論 集 第九卷第五号

二

わが国の労使関係法規上、この間に対して解答を与えているのは労働関係調整法第七条のみである。労調法七条は「この法律において争議行為とは、同盟罷業、怠業、作業所閉鎖その他労働関係の当事者が、その主張を貫徹することを目的として行ふ行為及びこれに対抗する行為であって、業務の正常な運営を阻害するものをいふ。」と規定している。もちろんこの労調法七条の定義規定は、あくまでも労調法にいう「争議行為」に関するものであって、他の法令等という争議行為まで定義したものではないが、それは社会通念としての争議行為の理解をほぼ忠実に再現しているものとみられている^①のであるから、右の定義規定を以下の考察の出発的にしたいと思う^②。ただし、使用者側のなす争議(対抗)行為は本稿との関係においてとくに問題となるところがないと考えられるのであるから、以下に争議行為という場合には、労働者側のそれを指すことをこわっておきたい。

現代社会において、かような労働争議行為が正当になされた場合、刑法上それが犯罪を構成しないことはあまりにも当然のことである。しかしながら「争議行為は本来刑法と抵触する契機を包蔵しているものである^③」と考えられるのであって、ここに労働争議行為の刑事免責という問題の生ずる余地が存するものと思われる。労働争議行為がその構成要件を文言上形式的に充足すると考えられるものとしては、威力業務妨害罪(刑法二三四条)、強要罪(同二三三条)、恐喝罪(同二四九条)、脅迫罪(同二二二条)等が挙げられよう。

従来、わが国の刑法学においては、正当な労働争議行為は構成要件には該当するが、刑法三五条の「正当行為」として違法性が阻却されるものと理解されてきた。ところが、他方で、かような通説的理論構成では、十分に満足し得ないという立場から、社会的相当性の理論(Lehre von der Sozialadäquanz)をいわゆる労働刑法^④へ適用しようとする試みがなされている^⑤。すなわち、「その理論の一つの適用が労働争議行為に関して認められ、労働争議行為の中で、類型的に合法性が承認された行為については、争議行為の正当性ということが、労組法一条二項、刑法三

五条を援用し、違法阻却事由として合法化されるとするまでもなく、当初から構成要件該当性を欠くものと解せられることがある⁽⁶⁾。という考え方が展開されている。右の試みは、「労働争議行為の刑法的意義」に関する議論に一つの大きな波紋をなげかけたといえる。そしてこの問題には未だに十分なる解答が与えられてはいない。

そこで、本稿においては次の二つの問題点を検討することにした。まず第一点は、労働争議行為が一種の社会的相当行為と認められるか否かという問題であり、次に第二点は、労働争議行為は、構成要件には該当するが違法性が阻却されるものと解せられるのか、それとも当初から構成要件該当性を欠くものであるのかという問題である。これらの二つの問題点は、密接に関連するものではあるが、労働争議行為が一種の社会的相当行為であるということが肯定されたからといって、かならずしも構成要件該当性阻却説（ないし構成要件非該当性説）に結びつくものではなく、また逆にそれが否定されたからといって、かならずしも違法性阻却説に結びつくものでもない。ただし、刑法理論上、社会的相当性の理論の体系的位置づけに関しては争いがあり、またことさらに社会的相当性の理論を援用することなく労働法独自の原理を強調することにより構成要件該当性阻却（ないし構成要件非該当性）を唱える見解がとくに労働法学者によって強力に主張されているからである。ただし、以下に考察する如く社会的相当性の理論が、構成要件該当性阻却説の理論的根拠として果たした役割は非常に大なるものがあると考えられる。これらの問題は、労働争議行為の刑法的意義に関する考察の序論をなすものであるといつて差支えないであろう。

- (1) 労働省労政局労働法規課編著「争議行為の判例」九頁。
- (2) しかしながら、労働争議行為の定義に関して、藤木英雄「労働争議行為と違法性」（総合判例研究叢書刑法（8））八四頁は「労働関係調整法第七条に掲げられた争議行為の定義は一応の標準となりうるが、必ずしもそれに限定されることにはならない」とする。また、大野雄二郎「争議行為法総論」五三頁は「労働法第七条の定義は、主体、目的、態様の

三

阪南論集 第九巻第五号

四

いずれの点においても、必ずしも他のすべての法律における争議行為に関する規定に妥当しない。したがってこれらの法律における争議行為の定義解釈は労働法の定義に無条件によりかかるわけにゆかない」とする。

- (3) 藤木「労働刑法における違法性の概念」法律時報三〇巻九号、一九九頁。
- (4) 「労働刑法」とは何かということについては争いがあると思われるが、ここでは労働刑法という語は、労働刑事事件に関する法というほどの意味に、ごく便宜的な呼称として用いられている。藤木・前掲法律時報三〇巻九号、一八頁参照。
- (5) 藤木「社会的相当行為／理論の労働刑法への適用について」警察研究三一巻一号、二五頁以下。
- (6) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、二五頁。

二 労働争議行為と社会的相当性の理論

(1) 藤木・莊子論争

わが刑法学においては、「労働争議行為と社会的相当性の理論」の問題をめぐって藤木英雄教授と莊子邦雄教授との間に論争が展開されている。われわれは、右の問題を考察するにあたって、まず右の論争をここに再現し、そうすることによって何が問題になっているのかということ把握することにした。

藤木教授は、「社会的相当行為難考⁽⁶⁾」において、「行為の社会的相当性——すなわち行為が社会的常規の範囲を逸脱しないということが、社会的に反覆される行為類型として確認されている行為——『社会的相当行為』といふべき類型に属する行為に關係する犯罪類型においては、構成要件該当性の判断に先立って、当該行為が社会的相当性のわくを逸脱するものかどうかに関する判断が先行する⁽⁶⁾」ことを論じられ、社会的相当性の事例として、医療行為、各種のスポーツ、『労働争議行為』等を列挙された⁽⁶⁾。ついで、社会的相当性の理論の一つの適用が労働争

議行為に関して認められる旨を、「労働争議行為と違法性⁽⁴⁾」および「労働刑法における違法性の概念⁽⁵⁾」において更に詳細に展開された。すなわち、教授は、争議権が保障された今日においては労働争議行為は「ある限度内ではもはや社会通念に照しても全く違法性がないと考えられているのであり、かような場合には一応当該行為の構成要件該当性を云々ししかるのち違法性阻却事由の存在を理由に犯罪を構成しないという結論を導き出すまでもなく、はじめから犯罪を構成しない、すなわち構成要件に該当しないというるであろう」とされ、刑法理論上、労働争議行為は、正当な医療行為としての手術や各種のスポーツ（相撲・ボクシング等）と並んで、一種の社会的相当行為と考えられる旨を指摘されている⁽⁶⁾。そして具体的にはその例としてストライキを挙げられ、それは「形式的には威力業務妨害罪等の構成要件を充足するよう見えるが、今日の社会通念は、もはや経済的要求貫徹の手段として用いられるかぎり、それは不法な勢威ではなく、経済取引に関しての合法的な社会的・経済的勢力と認めるにいたっている」のであるから、「これをいちいち業務妨害罪の構成要件に該当するが労働組合の正当な争議権の行使として違法性を阻却されるとするのは無意味である」と述べられている⁽⁷⁾。

ところが、右の藤木教授の見解に対しては、莊子教授から根本的な批判が加えられるところとなった。すなわち、労働争議行為の社会的相当性を承認し、それが当初より構成要件に該当しない場合が認められ得るとする考え方に對して、教授は『労働刑法⁽⁸⁾』において、二つの点にわたって批判を加えられた。第一番目の批判は、「争議行為を医療行為としての手術などと同列に論じ社会的相当性を賦与させることが妥当であろうか。社会的相当性は定型的違法行為と関連して論じられ、市民刑法規範としての構成要件的行為に対する評価の機能を發揮すべきものとして展開されたものである。医療行為としての手術が社会的相当行為とされるのは、市民法秩序の完全な枠内においての行動であるため市民刑法秩序により許容されるというのである。市民法秩序と異質的な秩序の角度から市民刑法

労働争議行為の刑法的意義

五

阪南論集 第九卷第五号

六

規範としての構成要件的行為の社会的相当性を論ずることは、医療行為に対する場合と性格を一にするものではない⁽⁹⁾。というものであり、第二番目のそれは、「社会的に相当な行為とは、『定型的な』違法行為に該当する行為でも、その行為が社会倫理的秩序によって許容されるときには、特殊な法的許容命題を俟つことなく正当性を獲得する行為を指す。構成要件該当性そのものを阻却するわけではない。慣習法的な正当化事由を通し構成要件の違法性徴表機能が働かないというに止まる⁽¹⁰⁾」というものである⁽¹¹⁾。

右の二点にわたる批判に対しては、藤木教授自らが、それぞれについて再批判を試みられている。教授は、まず第一番目の批判に対して、次のような再批判を加えられている。すなわち、「歴史的に形成されてきた社会倫理的な共同社会生活秩序の完全な枠内において行動し、そこで社会倫理的秩序により許容される行為」（ヴェルツェル）が社会的に相当な行為である。そこから、労働争議行為を全面的に、社会的相当行為のわく内に包容することを峻拒すべきものとする結論は、必然的には導き出されて来ない。莊子教授が「歴史的に形成されてきた社会倫理的な共同社会生活秩序」を、いわゆる純粹なる形態における市民法秩序と断定され、労働争議行為の正当性は市民法秩序とは異質的な労働法秩序の観点からのみ賦与されると考えられる点は正当とは思われない。まず、労働争議行為の正当性は、市民法秩序の観点からは賦与されないとされるのは独断的である。さらに現行法秩序を、基本的な構成要素としての市民法秩序と、それと異なる次元において対立する労働法秩序との二元的構成から成るものとされる点も疑問である。現行法秩序は、法秩序そのものとしては一元的なものと解すべきであり、殊に新憲法によって、労働基本権が保障された以上、現行法秩序は純然たる市民法秩序に止まるものないしは純然たる市民法秩序と労働法秩序が二元的に併存するものではなく、むしろ市民法秩序が労働法理念をうけ入れ自らの中に浸透せしめることによって変容発展を遂げたものと見るのが正当である。しからば「社会的相当性の判断となる法理念は、単純な市

民法理念ではなく、労働法理念をうけ入れ自ら変容を遂げた市民法理念でなければならない⁹⁹。正当な争議行為であることが類型的に承認された行為は、社会的相当行為の一つに数えられることが許される¹⁰⁰。と。

つぎに、教授は、第二番目の批判に答えて、行為の社会的相当性が、単に違法阻却事由にたるに止まらず、その構成要件該当性を元来問題とするに足りない場合がある旨をかさねて強調され、教授の見解が基本的に維持されるものと考えられている¹⁰¹。

右に見たように藤木教授の見解と庄子教授の見解とは、決定的に対立するものである。われわれとしては、右の論争に結着をつけるべくその検討を開始しなければならないであろう。ところが、西ドイツにおいても、「労働争議行為と社会的相当性の理論」の問題をめぐってニッパードイ・ニーゼ論争に一瞥を投じておくことにしたい¹⁰²。たしかに「労働三権の保障が憲法により確立されているわが国と、団結権の保障がなされているのみで争議権の憲法上の保障が明確でない西ドイツとは問題の背景に大きな違いがあることを認めなければならない¹⁰³」のであるが、西ドイツにおける論争に注目することも、また、わが国における問題を解決するために有益であろうと思われる。

- (1) 藤木・警察研究二八巻一号、四四頁以下。
- (2) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、二五頁。
- (3) 藤木・前掲警察研究二八巻一号、四八頁。
- (4) 藤木・前掲総合判例研究叢書刑法（8）、八一頁以下。
- (5) 藤木・前掲法律時報三〇巻九号、一八頁以下。
- (6) 藤木・前掲総合判例研究叢書刑法（8）、九〇―九一頁。
- (7) 藤木・前掲法律時報三〇巻九号、二〇―二二頁。

労働争議行為の刑法的意義

七

阪南論集 第九巻第五号

八

- (8) 庄子「労働刑法」法律学全集四二。
- (9) 庄子・前掲書、三五頁。
- (10) 庄子・前掲書、三六―三七頁。
- (11) なお、庄子教授は、二の(2)において紹介するニーゼの所論を引用されている（前掲書、三六頁註(2)）ことから、労働争議行為を一種の自救行為的性格を有するものとして扱えられているようである。藤木・前掲警察研究三一巻一号、二九頁参照。

- (12) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、三〇頁。
 - (13) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、二八―三一頁。
 - (14) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、三一頁以下。
- なお、藤木教授は「労働争議行為と違法性」および「労働刑法における違法性の概念」においては、社会的相当行為として構成要件該当性が阻却されるのは行為の正当性について一般的・類型的に明白で疑いない場合に限られ、社会的類型としてその合法性が、必ずしも明確に承認されるにいたっていない行為については論外である、とされていたのであるが、「社会的相当行為／理論の労働刑法への適用について」において、行為の社会的相当性は、「メツガーのいわゆる規範的構成要件要素あるいはヴェルツェルのいう『開かれた構成要件』について構成要件の解釈の規整的原理をなし、その結果として、これらの構成要件に関しては、社会的相当性ありと認められた行為が、当初からその構成要件該当性を否定される場合がしばしば生ずることを認めることができる」（三四頁）とされ、しかもこの場合には、「その正当性が確立され、疑いもなく社会的相当行為として類型化された行為に限らず、要するに当該行為が通常の社会生活関係においてなされた場合に直ちに犯罪視されず、むしろその合法性が例外的にはなく原則的に承認されるような性質のものであればよい」（三八頁）と述べられている。そして社会的相当性の理論が労働刑法に適用される場合として、「类型的に社会的相当行為と認められる労働争議行為」と並んで、「必ずしも行為類型としてその正当性が確立されたわけではない部類の行為」をも挙げられている（三九頁以下）。かような展開過程は理論的發展として評価され得るであろう。ここに藤木教授が社会的相当性の理論を土台にして、独自の可罰的違法性の理論（藤木「可罰的違法性の理論」を展開されるに至る契機が存するといえるのではなからうか。なお、藪重夫「書評・庄子邦雄『労働刑法』」北海道大学法学会論

集一〇卷合併号、二四〇頁以下参照。

- (15) ただし、ニッパードイ・ニーゼ論争においては、労働争議行為、一般の社会的相当性ではなく、もっぱらストライキの社会的相当性が問題にされている。もちろん労働争議行為の概念は法的にも、また社会的にもストライキの概念よりは広い。だがストライキは争議行為の典型として、伝統的な戦術であるから、ストライキの社会的相当性に関する議論を素材にして労働争議行為一般の社会的相当性の問題を考えることは、十分に可能である。なお、沼田稲次郎「争議権の根拠と法理念」(労働争議法論 浅井清信教授還暦記念) 五頁註(1)参照。

(16) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、三一頁。

(2) ニッパードイ・ニーゼ論争⁽¹⁾

ニッパードイは、「新聞スト事件の鑑定書⁽²⁾」において、最初に刑法学で発展した「社会的相当性の原理」それ自体は単に刑法に対してのみならず、むしろ全ての法に対しても適用されることを要求し得るものであり、不法行為法の分野にも導入されるものであることを認め^(3a)、「人間の共同生活の一般的秩序の枠内で行われ、従って社会的に相当な行為は、構成要件に該当しないし、また不法行為と看做されることもない^(3b)」とする。つづいて彼は、社会的相当性の理論の主唱者であるヴェルツェルの初期の見解⁽⁴⁾に従って、社会的相当性の方法論的機能は、実質的には全く構成要件に含まれていない生活事象を構成要件の形式的な文言から排除することにある、と述べている⁽⁵⁾。

ついでニッパードイは、ストライキというものが果して経済生活における一つの社会的に相当な現象であるのかどうかというについて、これを肯定し、「労働法上のストライキが社会的相当性をもつことの根拠は、単に一八六九年以降の全歴史的発展(とくに工業条例第一五二条第一項の重要な規定⁽⁶⁾) および一般的な法的確信からのみならず、更に正當に理解された労働組合概念⁽⁷⁾からも生ずるのである⁽⁸⁾」と述べる。かくて、ニッパードイによれば、労働組合が使用者を相手方として労働条件をめぐって行うストライキは、社会的に相当な行為なのであり、

労働争議行為の刑法的意義

九

阪南論集 第九巻第五号

一〇

従ってそれは、民法第八二三条第一項に規定する営業権の「侵害」として構成要件に該当することにはならないのである⁽⁹⁾。

要するに、ニッパードイは、ヴェルツェルの社会的相当性の理論(初期の見解)を援用しつつ、一般的な法的確信、および団結権の歴史的構造からストライキの社会的相当性を立証し、その構成要件該当性阻却の効力(atbe-standsausschliessende Wirkung)を強調しているわけである⁽¹⁰⁾。

鑑定書において展開されたニッパードイの見解を批判的に検討し、ストライキの刑事免責の問題に本格的な考察を加えたのが、ニーゼである。そこで、以下に、「ストライキと刑法(Streik und Strafrecht)」において主張された彼の所説をとりあげてみることにする。

ニーゼは、まず、ニッパードイが社会的相当性の構成要件該当性阻却の効力を認めたことに対しては、ヴェルツェルの改説⁽¹¹⁾が刑法体系にとつては、重要かつ必要な点である点を指摘して⁽¹²⁾、「実際、社会的相当性というものは、例えば許された危険のように、違法性の平面に属するものであって、このことは過失犯の構成要件について特に明らかに示されている⁽¹³⁾」と批判する。彼は、また、錯誤の問題を持ち出して、「もしも社会的相当性が構成要件該当性を阻却することになると、そのことの必然の帰結として、自己の態度が社会的に相当であると誤信している行為者は、今や故意を阻却する構成要件の錯誤(Tatbestandsirrtum)の下に行為することになり、従って自己独自の頑固な慣習を社会的慣行(das sozial Übliche)と考える人々は無罪となってしまうであろう⁽¹⁴⁾」という批判を提出している。

つぎに、ニーゼは、ニッパードイがストライキの社会的相当性を承認したことに対しては、次のように批判する。すなわち、「ストライキというものが社会的相当性を有すると断定するためには、その前提として、正当化事由の

意味でのストライキ権を承認すること以上にはるかに強力にストライキが法と実生活とのうちに深く根を下ろしている事実の存在することが必要であることをニッパードイは見誤っているように思われる⁸⁹⁾と。

そしてニーゼは、ヴェルツェルが「社会的相当性と正当化事由との限界は、一般に規範と例外との限界がそうであるように、個々の場合において流動的であり得る⁹⁰⁾」と述べたことを指摘した上で、エンギッシュに従って、この限界設定のための基準を、「その適法性が『完全な無害性(völliger Harmlosigkeit)』と『優越的利益(Interessenübergewicht)』とのいずれに根ざすかにおく。彼によれば、例えば債権者が支払の意思のないまたは能力のない債務者に対して訴訟をもって脅かす場合に存在する強要は『完全に無害な』ものである。このような訴訟提起の威嚇(Klagdrohung)は社会的に相当な態度の適例である。ところが、ストライキの場合には、単に法律的手段の威嚇による既存の権利の実現ではなく、むしろ不就労(Nichtarbeit)をもってする威嚇によるあらたな権利の創設が強制されるのであるから、それは重大な損害をもってする威嚇によって他人の固有の自由を容赦なく制限するものである。ストライキというものは単に経済的団体主義という基盤の上に成立し、その上だけに限られた一つの現象に過ぎないものとして、従って閉結の自由、特殊な属性として理解され、また法律学上もそのようなものとして整理されることが出来る。すなわち『ストライキは例外的な自力救済権或はフェーデ権(ein exceptionelles Selbsthilfe- oder Fehderecht)として正当化事由となる。ストライキが適法であるのは、その『完全な無害性』の故ではなく、むしろ法秩序によって承認された『優越的利益』の故である⁹¹⁾』。ニーゼはこのように述べて、ストライキの社会的相当性を否定するわけである。要するに、ニーゼによれば、『構成要件に該当する強要は、法秩序によって許容されたストライキという、集団的な自力救済権或はフェーデ権によって正当化される⁹²⁾』のである⁹³⁾。

右に見たように、ニッパードイの見解とニーゼのそれとの間には、決定的な理論的相違点が存在する。このこと

労働争議行為の刑法的意義

一一

阪南論集 第九卷第五号

一一

はニッパードイ自身が指摘しているところである⁹⁴⁾。

さて、われわれは、わが国における藤木・莊子論争、西ドイツにおけるニッパードイ・ニーゼ論争を踏まえた上で、わが国における「労働争議行為と社会的相当性の理論」という問題の考察にとりかからなければならない。

- (1) この論争の経緯については、久保敬治教授および佐藤昭夫教授によって詳しい紹介がなされている。久保「ドイツ労働法の展開過程」一七七頁以下。佐藤「争議行為の正当性と『社会的相当性』の概念」早稲田法学三五卷一・二冊、八一頁以下。
- (2) Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante BYG geführten Zeitungstreik vom 27.-29. 5. 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten von Nipperdey. Schriftenreihe der BDA Heft 9, Köln 1953. 原文を参照しえなかったのが、主として「H・C・ニッパードイ新聞スト事件の意見書」法務資料三六九号による。なお、後出のニーゼの引用、および註(1)に掲げた著書・論文をも参照した。
- (3a) Vgl. Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 29.
- (3b) 前掲法務資料三六九号、五〇頁。Vgl. Niese, a.o., S. 29.
- (4) 周知の如く、社会的相当性の体系的位づけに関するヴェルツェルの見解は変遷している。後出二七頁註(1)参照。
- (5) 前掲法務資料三六九号、五〇―五一頁。
- (6) この条例によって従来の団結禁止令が廃止された。久保・前掲書一六六頁、一七七頁参照。
- (7) ニッパードイは、「労働組合という概念は労働組合がまさかの場合、つまり組合員の利益擁護のために必要であり、しかも他のあらゆる手段をつくしても効を奏しなかった場合には、使用者を相手取って労働条件をめぐる労働争議を、特にストライキを取ってするということを前提としている」と述べている。前掲法務資料三六九号、五五頁。
- (8) 前掲法務資料三六九号、五五頁。
- (9) 前掲法務資料三六九号、五七頁。
- (10) 久保・外国文献解題、労働法一二号、一六四頁参照。
- (11) ニッパードイは、その後ヴェルツェルの改説に従って、社会的相当性は、構成要件該当の態度についての社会秩序に根

「わが国」の正当化事由であるとした。 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., 1957, S. 639ff.

- (12) ヴェルツェルが「社会的相当性をもって慣習法上の正当化事由であると改説したことを指す。
- (13) Vgl. Niese, aAO, S. 30.
- (14) Niese, aAO, S. 31.
- (15) Niese, aAO, S. 32.
- (16) Niese, aAO, S. 33.
- (17) Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 2. Aufl., 1949, S. 47.
- (18) Niese, aAO, S. 33.—S. 38.
- (19) Niese, aAO, S. 39f.
- (20) ユルツェルが「ニーゼの見解に従ってストライキの社会的相当性を否定する。 Vgl. Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre. ZStW. 74, S. 124ff.
- (21) Nipperdey, RdA 1954, S. 437.

(3) 労働争議行為の社会的相当性

わが国における藤木・莊子論争にも、また西ドイツにおけるニッパード・ニーゼ論争にも、労働争議行為（ストライキ）の社会的相当性という実質的問題と、構成要件該当性阻却、違法性阻却という解釈技術的問題が混雑されているくらいがあるといえる。われわれにとって第一義的な問題は、前者、すなわち労働争議行為の社会的相当性の問題である。

一 「歴史的に形成されてきた社会倫理的な共同生活秩序の完全な枠内において行動し、そこで社会倫理的秩序により許容される行為」（ヴェルツェル）が、社会的相当行為である。労働争議行為がこのような社会的相当行為の一種と認められ得るか否かが、問題なのである。この問題に関しての藤木・莊子論争における最大の争点は、現

労働争議行為の刑法的意義

一三

阪南論集 第九巻第五号

一四

行法秩序をどのように把握するかというところにあるといえよう。換言すれば、社会的相当性の判断となる法理念をどのように把握するかが問題になるわけである。莊子教授は、現行法秩序は基本的な構成要素としての市民法秩序と、それと異なる次元において対立する労働法秩序との二元的構成から成るという前提から出発され、市民法秩序の完全な枠内においての行動であるため市民法秩序により許容される行為が社会的相当行為であって、市民法秩序と異質的な労働法秩序の角度からその正当性を与えられる労働争議行為を社会的相当行為の枠内に包摂することはできないという結論を導かれる⁽²⁰⁾。これに対して藤木教授は、法秩序を一元的に解かれて、現行法秩序を、市民法秩序が労働法的理念をうけ入れ自らの中に浸透せしめることによって変容発展を遂げた成果として把握される。従って社会的相当性の判断となる法理念は、労働法的理念をうけ入れ自ら変容を遂げた現代社会における市民法理念でなければならないとされ、このような観点に立てば、正当な労働争議行為を社会的相当行為の一種と認めることが可能であるとされるわけである⁽²¹⁾。たしかに、争議権が憲法上保障されている今日のわが国では、在来⁽²²⁾の市民法原理とは異なる独自の労働法原理が存在することを容認せざるを得ないであろう⁽²³⁾。しかしながら、そうだからといって、現行法秩序を市民法秩序対労働法秩序というように二元的に把握することは、法秩序の全体性という見地からして疑問である⁽²⁴⁾。従って、市民法秩序と労働法秩序を完全に異質的なものとするのではなく、両者を市民法の国家の法体系として、究局的には調和を保つものと見る観点⁽²⁵⁾から、市民法原理に支えられた市民法秩序と労働原理に支えられた労働法秩序とを、法秩序全体の立場から調整する必要があるであろう。この場合、「一九世紀的な、所有権の絶対を基底とした市民法秩序が、二十世紀的な、労働基本権の尊重を重視し、在来の法秩序の修正を求める新たな法理念をうけ入れることによって、みずから修正・変容を遂げつつあるものとみる⁽²⁶⁾」のが、現行法秩序の性格把握として、妥当であろう。このような性格を有する現行法秩序を前提とするかぎり、労働争議行為の社

会的相当性を承認することは可能である。すなわち、「歴史的に形成されてきた社会倫理的な共同社会生活秩序」とは、在来の古典的な市民法秩序にとどまるものではなく、労働法的理念をうけ入れ自らの中に浸透せしめることによって変容発展を遂げた現代社会の法秩序であり、このような現行法秩序の完全な枠内において行動し、そこでこのような現行法秩序により許容される労働争議行為は、十分に社会的相当行為の一種と認められ得るであろう⁹⁹。

さて、先に紹介した如く、労働争議行為を一種の社会的相当行為と認められる藤木教授の見解には、十分に説得力があるといえるが、教授は、労働争議行為の本質的性格にまで論及して、その社会的相当性を立証するということを十分にはなされていないようである。やはり、憲法上争議権が保障されているわが国において、労働争議行為の本質が、どのようなものとして把握されなければならないかということに論及し、そこから、労働争議行為の社会的相当性を立証するという試みがなされなければならないであろう。この点、争議権の憲法上の保障が明確でない西ドイツにおいて、ニッパードイが、「労働法上のストライキが社会的相当性をもつことの根拠は、単に一八六九年以降の全歴史的発展（とくに工業条例第一五二条第一項の重要な規定）および一般的な法的確信からのみならず、更に正当に理解された労働組合概念からも生ずる」と述べていることは注目値する。ところが、先に紹介した如く、このようなニッパードイの見解に対しては、ニーゼによって、原則的かつ積極的な社会的相当性の承認に反対する立場から、根本的な批判が加えられたのである¹⁰⁰。団結権の保障がなされているのみで争議権の憲法上の保障が明確でない西ドイツにおいて、ストライキの社会的相当性が承認され得るか否かということも、理論的には一つの重要な問題であり、興味あるものではあるが、われわれとしては、今この問題に立ち入る必要はないであろう。けだし、わが国においては、憲法二八条により、争議権が明確に保障されているのであって、争議権の憲法上の保障の下において、労働争議行為の社会的相当性が承認され得るか否かが問題なのであるからである。従って、西

労働争議行為の刑法的意義

一五

阪南論集 第九巻第五号

一六

ドイツにおいて展開されたニーゼの所説（ストライキの原則的かつ積極的な社会的相当性の承認に反対する見解）を、わが国にそのまま導入することができないことはもちろんのことである。そこで、このようなニーゼの所説が争議権の憲法上の保障ということによって、どのように批判克服されなければならないかを検討することにした。そうすることによって、わが国においては労働争議行為の社会的相当性が承認され得ることを論証することができると考える¹⁰¹。

まず、ニーゼが「ストライキというものが社会的相当性を有すると断定するためには、その前提として、正当化事由の意味でのストライキを承認すること以上にはるかに強力にストライキが法と実生活のうちに深く根を下ろしている事実の存在することが必要である」と述べている点は、全く正当であろう。労働争議行為の社会的相当性が承認されるためには、法という規範的な側面においてその正当性が確立されているとともに、実生活という事実的な側面においても、それが、現実の社会的事実として、社会生活の社会倫理的秩序の枠内にあると認められることが必要である¹⁰²。またそのためには、労働争議行為が社会の共同生活の利益のために必要なものであり、かつ正当なものである、という共同社会の表象が要求される¹⁰³。

さて、ニーゼは、西ドイツにおいては、ストライキには、それが法と実生活とのうちに深く根を下ろしているという事実が存在するための基盤が存しないと考えるのであるが、果してわが国ではどうか。まず、争議権が憲法上保障されていることから、労働争議行為が「法」のうちに深く根を下ろしている事実が存在することは明らかである。つぎに、憲法上労働基本権が保障されたことは、労働争議行為に対する法的評価に重大な転換がなしとげられたことを意味するといえる。すなわち、「かつて違法と考えられていた争議行為の性格を根本的にくつがえして、争議行為の違法不当性を止揚し払拭するとともに、それが法律上もその他の社会規範の上からも、合法で

あり合規範的であることを宣言したものと解される⁹⁰」であろう。このような労働争議行為に対する法的評価の根本的な転換は、当然に社会的な法意識に反映しなければならぬ。また現実に反映しているものと考えるべきであろう。すなわち、労働争議行為の必要性と正当性が社会意識の上で一般化しない客観化しているものと考えべきであろう。換言すれば、労働争議行為は社会的共同生活の利益のために必要なものであり、かつ正当なものであるとする共同社会の表象が存在するとみなし得るであろう。従って、労働争議行為が「実生活」のうちにも深く根を下ろしていると考えすることは十分に可能である。

つぎに、ニーゼは、ストライキは決して集団的な労働生活秩序の一部を成すものではなく、むしろこの秩序を攪乱するものにすぎないと考え、またそれは、現在の集団的労働秩序における「常規的なもの (das Normale)」ではなく、補充的性格 (subsidiären Charakter) を有する例外的現象にすぎないと考えて⁹¹、この原則に例外の関係 (Regel—Ausnahmeverhältnis) は刑法においては、構成要件 (規範) に正当化事由 (反対規範) の関係を特徴づけるものであると述べている⁹²。しかしながら、争議権が憲法上保障されているわが国では、労働争議行為を、集団的な労働生活秩序を攪乱する例外的現象にすぎないものと考えすることはできないであろう。これは、労働争議行為の本質にかかわる問題である。労働法学者は正当にもこの点に関して、次のように述べている。すなわち、「そもそも争議行為は、決して社会的秩序の破壊行為ではない。それは、従来行なわれてきた労使間における集団的な秩序ないし規範の中で、当事者間の主張に不一致が生じたために、一方がその主張貫徹することを目的として、新たな秩序ないし規範をつくり出す意図の下に、業務の正常な運営を阻害する行為である。すなわち、旧来の労使間の秩序を脱皮して、新しい高次の秩序を形成し創設しようとする行為である⁹³」と。そしてまた次のようにも説かれている。すなわち、「昭和憲法における団結権・争議権の保障は、争議行為を、一方で労働者の基本権の行使と

労働争議行為の刑法的意義

一七

阪南論集 第九巻第五号

一八

して、他方労使の自由な争議に對抗関係の展開を通じて形成されるべき集団的労働法秩序における不可欠の支柱として、その本質的合法性を承認した⁹⁴。「争議行為は、市民法秩序に抵触して一応違法であるが例外的に違法性を阻却される場合がありうるというのではなしに、今や、労働者の基本権として、同時に『秩序形成手段』としての性格において、本質的に、独自の合法性、全法秩序に対する直接的適合法を内包する労働法上の独自の行為類型という観点から捉えられる⁹⁵」と。つまり、争議権の憲法上の保障の下における労働争議行為の本質は、それが社会の秩序形成手段 (Ordnungsmittel der Gesellschaft) たることに求められるわけである⁹⁶。従って、西ドイツとは異なり憲法上争議権が明確に保障されているわが国においては、労働争議行為は、決してニーゼのいうような集団的な労働生活秩序を攪乱する例外的現象にすぎないものではなく、それが社会の秩序形成手段として原則的制度的に承認されていることは明らかであり、このような観点から判断すれば、それはまさに社会的相当行為と認められなければならない⁹⁷。

また、ニーゼは、先で紹介した如く、社会的相当性と正当化事由との限界設定のための基準を、その適法性が「完全な無害性」と「優越的利益」とのいずれに根ざすかにおき、ストライキが適法であるのはその「完全無害性」の故ではなく、むしろ法秩序によって承認された「優越的利益」の故である、と述べているのであるが、果してそうであろうか。ニーゼのいう右の基準そのものが疑問である。ヴェルツェルは、社会的相当性を慣習法上の正当化事由として位置づけたときに、社会的相当性は従来の正当化事由とは、ただその根底にある状況の常規性 (Normalität) によってのみ區別されるとし⁹⁸、その後、再度の改説に踏み切って初期の見解に復するにおよんでからは、「社会的相当性は、社会的に常規的な (sozialnormal) 行為の自由という行為形態の領域として、正当化事由とは次の点で區別される。すなわち、正当化事由もまた、たしかに、行為の『自由』を与えるものではあるが、それは、特殊なも

の、すなわち、構成要件該当の、従って社会的に不当な行為の遂行を許す特殊な許容なのである」と述べている⁹⁹。従って、われわれもまた、社会的相当性と正当化事由との限界設定を、社会的相当性が社会生活上常規的な行為について認められるのに対して正当化事由は社会生活上例外的な行為について認められるという点に求めるのが妥当である¹⁰⁰と考える。換言すれば、ある行為が社会相当なものと考えられるか否かの判定基準は、「その適法視せられる理由が特定の正当化事由の援用をまつものであるか、それともこれをまつまでもなくその社会常規性によって与えられるものであるかの判断に求められるものだ¹⁰¹」とするのが正当であろう。従って、ストライキをはじめとする労働争議行為が社会常規性を有するか否かが問われることとなる。ところが、ヒルシュはこの問を否定し、ストライキは社会生活の常規的秩序を逸脱するが、自力救済の新しい型として正当化されるとする¹⁰²。しかしながら、このヒルシュの見解は、争議権が憲法上保障されているわが国の社会生活にはそぐわない考え方である。わが国においては、労働争議行為を集団的な労働生活秩序を攪乱する例外的現象にすぎないものとみることが、妥当でないことは先に述べたとおりである。前述したように、西ドイツとは異なり憲法上争議権が明確に保障されているわが国においては、労働争議行為が秩序形成手段として原則的制度的に承認されていることは明らかであり、それを原則的合法性を内包する行為類型として把握することが可能である。従って、ストライキをはじめとする労働争議行為は「経済的社会における常態的事象¹⁰³」として承認されているとみるべきであり、一般的にも共同社会生活においてそのようなものとして承認されているとみることができるとはなからうか。右の観点からすれば、労働争議行為が「社会常規性」を有することは明らかであり、この点からいっても、もちろん労働争議行為の社会的相当性が認められ得る。

以上の考察により、われわれは、日本国憲法において争議権が明確に保障されるに至った歴史的経過、および労働争議行為の刑法的意義

阪南論集 第九巻第五号

労働争議行為の原則的合法性を承認する社会的な法意識から、更に「社会の秩序形成手段」という労働争議行為の本質から、労働争議行為の社会的相当性を立証することができる¹⁰⁴。

- (1) 久保・前掲労働法一二号、一六四頁参照。
- (2) 莊子・前掲書、二八頁、三五頁参照。なお、藤木・前掲警察研究三一巻一号、九四頁、九六頁参照。
- (3) 莊子教授のこのような見解に対しては、労働法学者からの強い批判がある。例えば、本多淳亮「争議行為の正当性」(前掲労働争議法論)五六頁、同・労働法の基礎知識、九四頁参照。
- (4) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、九六頁参照。
- (5) 本多・前掲労働争議法論、五六頁参照。
- (6) 宮沢浩一「労働争議行為」(法学演習講座8 刑法総論)一三三頁参照。
- (7) 恒藤武二「争議権についての試論」同志社法学二四号、一三一―一四頁参照。
- (8) 藤木「争議行為の正当性の限界」(刑法講座2)二〇〇頁。
- (9) 藪・前掲、二四〇頁参照。
- (10) 久保・前掲書、一七九頁参照。
- (11) 前出九頁註⑤参照。
- (12) 大野平吉「可罰的違法性の理論について」判例タイムズ二八〇号、三六頁、三八頁参照。
- (13) Vgl. Zipf, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht. ZStrW. Bd. 82. S. 633.
- (14) 本多・前掲労働争議法論、五〇頁。
- (15) Vgl. Niese, aaO, S. 38f. 久保・前掲書、一八〇頁参照。
- (16) Vgl. Niese, aaO, S. 39.
- (17) 本多・前掲労働争議法論、五五頁。
- (18) 蓼沼謙一「争議権の保障といわゆる刑事免責」一橋大学研究年報・法学研究復刊(1)、一六六頁。
- (19) 本多・前掲労働争議法論、五三頁註⑤参照。なお、蓼沼「争議権の承認と争議行為の法的評価」一橋大学創立八〇周年

記念論集下巻、三一五頁以下、同「爭議權論（労働法講座三巻）四八一頁以下、沼田、前掲労働爭議法論、一〇頁、片岡昇「爭議行為の正当性」法学論叢八一巻一号、六頁参照。

(20) 本多・前掲労働爭議法論、五六頁、同・前掲労働法の基礎知識、九四頁参照。

(21) Vgl. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. ZStW. Bd. 67. S. 20. Vgl. Schafstein, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre. ZStW. Bd. 72. S. 380.

(22) Weizel, Das Deutsche Strafrecht. 9. Aufl., 1965. S. 52.

(23) 中義勝「行為の社会相当性と構成要件該当性」関西大学法学論集二三巻一号、二頁。
Vgl. Hirsch, aaO., S. 124f.

(24) 沼田・前掲労働爭議法論、五頁。

(25) 石井照久「労働法」三七一頁は、「憲法二八条の保障その他それをうけた近代的な労働関係法体制と社会的な法意識のもとにおいては、爭議行為は、社会通念によって認められるような内容の爭議行為であるかぎり、『社会的相当行為』である」とする。

しかしながら、他方で、桜木澄和教授は、「抽象化されたこのような概念（社会的相当性―筆者）をそのまま労働刑法の領域に投入すれば、どのような矛盾が生ずるか、一応、予測し得よう」とされ、「刑法規範の『社会的相当性』による濾過作用は、いうまでもなく、爭議行為を刑罰規範から解放するが、企業災害などによる労働力の侵害を容易に正当化する危険がある。爭議行為を圧縮する代価が労働力保護として購われる。その場合には、すぐれて政治的契機―例えば、ビスマルク的「アメとムチの政策」が介入してくるであろう」と述べられて、社会的相当性の理論を労働刑法の分野に導入することに反対されている。桜木「労働刑法における違法性の基礎構造―正当化シンボルと関連して」刑法雑誌一〇巻一号、六頁、一三頁註（二五）。

二 労働爭議行為の社会的相当性を立証し得たのであるから、われわれはつぎに、社会的相当行為の一種たる労働爭議行為は、構成要件には該当するが違法性が阻却されるものにすぎないのか、それとも当初より構成要件該当性を欠くものと解せられるのか、という問題を検討しなければならない。

労働爭議行為の刑法的意義

一一

阪南論集 第九巻第五号

二二

これは、労働爭議行為に限らず、医療行為、各種のスポーツといった社会的相当行為一般に通ずる問題であって、社会的相当性の理論の主唱者であるヴェルツェルをも悩ませた一つの厄介な問題であるといえる^①。社会的相当性の体系的地位については、理論的には、構成要件該当性、違法性、責任という三とおりの段階が考えられ得る。また実際にも、右の三とおりの見解が主張されている^②。

しかしながら、責任の段階に社会的相当性の体系的地位を認める見解は、まず、社会的相当性は行為者の個人的な非難可能性の問題ではなく、行為の一般的な正当性の問題であって、何ら責任の確定とかわりあいを持ち得ないという点を見落としているという意味で疑問である^③。この見解の主張者であるマウラッハ並びにリーダーは、社会的相当性を既に構成要件或は違法性の段階において顧慮するならば、必然的に社会的に相当な行為に対して正当防衛を認めることができなくなるが、このような帰結は承認しがたいのであるから、第三の段階すなわち責任に体系的地位を認めることのみが可能となる、と述べる^④。そしてリーダーは、交通上不当に(verkehrswidrig)歩いている歩行者に、交通上正当に(verkehrsrichtig)運転しているオートバイ運転者が衝突するという事例をもってき、歩行者は侵害から自らを防衛するために正当防衛権を有すべきであるとする。しかしながら、このように考えると、歩行者のオートバイ運転者への侵害は適法であり、一方反対に交通上正当に運転しているオートバイ運転者による、交通上不当な態度をとる歩行者への侵害は違法であるということになってしまう。このような奇妙な結果はとても是認しがたい^⑤。従って、責任の段階に社会的相当性の体系的地位を認める見解は、どうしても採用しがたい^⑥。

それ故、社会的に相当な行為は、既に構成要件に該当しないのか、それとも違法性の段階で初めて正当化されるのかということが、体系論上の問題となるわけである。藤木・莊子論争においても、ニッパードイ・ニーゼ論争に

においても、この問題が争われたのである。

さて、構成要件とは可罰的違法類型であるとする見地に立てば、当然にそれは、社会的に不相当な行為の類型として把握されねばならない。従って、社会的に相当な行為は、特別の例外的な正当化事由を援用するまでもなく、当初より、右のような類型として把握された構成要件には該当しないと考えられる。このことはあまりにも明瞭である。また、行為の社会的相当性という属性は、これを行為の社会常規性(Sozial Normalität)とみることが可能であり、社会的に相当な行為とは、これを端的に、「一応構成要件該当の外観を示す行為でありながら、その行為がそなえる社会常規性により、特別の正当化事由の援用をまつまでもなく、はじめから適法視せられるべき行為である」とすることができる⁹⁸⁾のであるから、社会的相当行為のこのような把握からも、当然にその構成要件該当性阻却の効力を導き出すことができよう。しかしながら、この問題はどのように簡単に解決のつくものではないといわれるかもしれない。そこで以下に、構成要件該当性阻却説が十分に成立可能な見解として積極的に支持されるか否かを検討しなければならない。

まず、構成要件該当性阻却説は、われわれの日常生活において明白に適法な行為を――単に形式的なあてはめ(Subsumtion)の順序をふむだけだとはいえ――構成要件という犯罪類型に該当するという考え方は、いかにも技巧的で、不自然ではないか、という素朴な疑問から出発するものである⁹⁹⁾といわれている¹⁰⁰⁾。論者は「常識的にいっても通常の医療行為を傷害であるとし、同盟罷業を脅迫であるとし、相撲を暴行・傷害であるとすることは極めて形式的な皮相な見解であって妥当性を欠くように思われる。けだしこれらの行為が正常な態様でなされるかぎり可罰性がないことについては今日の社会通念上明白だからである¹⁰¹⁾」と説いている。たしかに挨拶のため友人の肩をたたく行為を「暴行罪」の構成要件に該当するとなし、所定の停車場以外の場所では任意に乗客を下車させぬ行為が

労働争議行為の刑法的意義

一三三

阪南論集 第九巻第五号

二四

「監禁罪」の構成要件に該当するとなす考え方は、われわれの常識に著しく反するものであろう¹⁰²⁾。このような考え方は、われわれの常識に論拠を求めようとするものであって、理論的なものではないといえるかもしれない。しかしながら、これもまた決して度外視し得るものではない。なぜなら、いかに精緻に組立てられた理論であっても、はなはだしくわれわれの常識からかけはなれ社会的事実にとぐわなほほど、技巧的で不自然なものであるならば、それは無意味なものであるといわざるを得ないからである¹⁰³⁾。

つぎに、構成要件該当性阻却説の理論的根拠を考察しなければならない。理論的根拠となると、等しく構成要件該当性阻却説を主張する論者によっても、その説くところは必ずしも同一ではないのであるが、構成要件該当の行為の具備する違法性徴表機能との関連において説かれる論拠が最も重要であると思われる。これを簡略に示せば次のとおりである。すなわち、構成要件とは「すくなくとも違法性徴表機能―刑罰をもって対処せねばならぬ程度に重大な違法性を徴表する機能―を具備する行為の類型化¹⁰⁴⁾」であるとするべきである。従って構成要件該当の行為がその特性としてすくなくとも違法性徴表機能を具備せねばならないことは当然のことである。ところが他方、社会秩序の枠内で行なわれている行為、すなわち社会的相当行為は全く違法性徴表機能をそなえるものではない。それ故に、右の二つの命題の当然の帰結として、違法性徴表機能を欠如する社会的相当行為の構成要件該当性は否定されなければならない¹⁰⁵⁾。比較的最近、社会的相当性の体系的な位置づけに関する論稿を発表したツイップは「それら(社会的相当性および法適合性―筆者)は類型化された不法形象の徴表機能を生ぜしめないものであり、一方正当化事由はそれ自体現存する徴表機能を積極的に失効させる(すなわち現存する不法徴表を除去する)のである。かような場合においては、犯罪類型の下への包摂可能性には最初から不法徴表機能が存しない。構成要件充足にもかかわらず、態度は違法性の吟味から解放されたままである」とし、「もしも、一定の刑罰規範の構成要件該当の

必要条件を満たす態度が、法に適合するか或は社会的に相当であるならば、このような刑罰規範の下への包摂可能性からは違法性の徴表は全く生じない。刑法上の吟味は、すでに構成要件の段階に存し、態度が正当化されるか否か、すなわち、特別の正当化事由が介入するか否かの詮索を一切必要としない」と述べているが⁹⁶、まさに正当な見解である。

要するに、「構成要件に該当する行為は同時に正当化事由にふれることさえなければ違法である」とする違法性確定に関する図式が⁹⁷従来より通説的に承認されているのであるが、この場合、構成要件該当の行為は違法性徴表機能を具備するということが、当然に、その前提とされている。従って、われわれが、右の図式を維持しようとするならば、あくまでも、構成要件該当の行為が常に、違法性徴表機能を保持し得るように努めなければならない。このような観点からすれば、どうしてもわれわれは、そのような機能をそなえない社会的相当行為の構成要件該当性を認めるわけにはいかないのである。

さて、ニーゼは、先に紹介した如く、ヴェルツェルが社会的相当性についての初期の見解を放棄して、社会的相当性は必ずしも構成要件該当性を阻却するのではなく、むしろ社会的相当性を有し、しかも構成要件に該当する行為にあっては、構成要件の不法徴表機能(unrechtfertigende Funktion)が欠落してしまうのであるというように改説したことが、刑法体系にとっては重要であり、必要なことである⁹⁸として、ニッパードの構成要件該当性阻却説を批判したのであるが、右に述べたような見地からは、ヴェルツェルの改説そのものが、是認しえないといわざるを得ない。また、莊子教授は、先に紹介した如く、ヴェルツェルの第二期の見解、すなわち社会的相当性をもって慣習法上の正当化事由であるとする見解に与されて⁹⁹、藤本教授の構成要件該当性阻却説を批判されたのであるが、この見解もまた、右に述べたような見地からは、明らかに矛盾した主張とならざるを得ない¹⁰⁰。

労働争議行為の刑法的意義

二五

阪南論集 第九巻第五号

二六

つぎに、社会的相当性を構成要件該当性の段階に位置づける場合に、それがいかなる機能をいとなむかが問題となる。その場合、ヴェルツェルの初期の社会的相当性の理論は、構成要件の形式的な文言から実質的には全く構成要件に該当しない生活事象を切断して、構成要件をして刑法的不法類型たることを初めて可能ならしめるという方法論的機能を有するものであったということが想起されなければならない¹⁰¹。まさしく、ここに社会的相当性の理論の本来の姿が示されているといえるのではなからうか。右の方法論的機能は、労働争議行為を考える場合にも重要である。まず、立法の際の必然的制約により、構成要件の形式的な文言には多くの正当な労働争議行為がとり込まれている。つぎに、立法当初には不法視せられた労働争議行為も、それに対する共同社会の法的評価の根本的な転換により、ことに憲法上の労働基本権として争議権が保障されたことにより、今や、その原則的合法性が承認されているにもかかわらず、その多くのものが構成要件の形式的文言の中に含まれられている。このようにして、不法類型化の基礎となる社会的有害性(Sozialschädlichkeit)とは全く関係のない正当な労働争議行為が、刑法規範の言葉の意味の下に包摂されてしまっている¹⁰²。このような望ましくない状態を打開する唯一の途は社会的相当性の理論に構成要件の段階において独立の機能をあてがう外には存しない。つまり、社会的相当性の構成要件該当性阻却の効力を認める外には存しないのである。

以上の考察により、社会的相当性の体系的位置づけに関しては、構成要件該当性阻却説が十分に支持し得る見解であることを示し得たと思う。しかるに、先に紹介した如く、ニーゼは、錯誤の問題を持ち出して、本説を批判している。彼は、「もしも社会的相当性が構成要件該当性を阻却することになると、そのことの必然の結果として、自己の態度が社会的に相当であると誤信している行為者は、今や故意を阻却する構成要件の錯誤の下に行爲することになる」と述べているのであるが、このような議論はいささか厳密さを欠くものと思われる。社会的相当性に関

する錯誤には、社会的相当性の事実的前提に関する錯誤と社会的相当性の妥当領域に関する錯誤との二つの場合が考えられる⁹⁹。前者の場合は、たしかに構成要件の錯誤であって故意を阻却するが、後者の場合は、禁止の錯誤であって故意の成否には関係がない。ニーゼは、自己独自の頑固な慣習を社会的慣行と考える場合を想定し、具体的には、政治ストもやはり社会的相当性をもつものだと思信した場合（この場合、政治ストが社会的に不相当なものだということは暫く措くこととする）を挙げているのであるが¹⁰⁰、この場合は、明らかに「ニーゼの見解とは反対に」禁止の錯誤である。従って、社会的相当性を構成要件該当性阻却事由と解しようとも違法性阻却事由として位置づけようとも、右の場合の錯誤に関しては差異は生じない。それ故に、この点に関するニーゼの批判は、批判とはなり得ていない。

また、構成要件該当性阻却説に対しては、罪刑法定主義との関係からの批判が提出されている。すなわち、社会的相当性を超法規的構成要件要素として構成要件にもちこめば、構成要件の成法的明確性が失われ、構成要件の保障的機能が弱められることとなる、といわれている¹⁰¹。しかし、このような批判に対しては、「いわゆる罪刑法定主義にもとづく構成要件の成法的明確性なる要請は、元来、可罰前提の曖昧性による可罰性の恣意的な拡大を禁じようとするためのものであって、その縮小に向けられたものではない。したがって、構成要件縮小原因としての社会的相当性の思想はいささかも右の要請に抵触するものではないといわねばならぬ¹⁰²」とする再批判が可能であると思う¹⁰³。ところが、このような再批判もまた疑問であるといわれている¹⁰⁴。この問題は、社会的相当性の体系的位位置けに関して、重要な点ではあるが、ここではこれ以上の検討を留保しておきたい¹⁰⁵。

- (1) ヴェルツェルは「行為」は（目的的行為としてもやはり）、それが社会的に意味のある現象として、社会的生活空間における行為として把握されないならば、『惹起（Verursachung）』というように一つの概念形式にすぎない。しかし、その労働争議行為の刑法的意義

二七

阪南論集 第九巻第五号

二八

際……歴史的に形成された国民の共同社会生活上の秩序の枠内で機能的に活動する行為は総て不法概念から区別される。このような行為は、標語的に『社会的に相当である』と言われるべきである。社会的相当行為とは、そこにおいて共同社会生活がその歴史的に制約された秩序に従ってその都度遂行される一切の活動である」（Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStrW. Bd. 58, S. 516.）と述べて、社会的相当性を逸脱した行為が初めて刑法上の構成要件に該当するものであると主張した（Welzel, aaO. S. 527f. 西山雅明「社会的相当性の理論」西南学院大学法学論集一卷一号、一六六頁参照）。

このようにヴェルツェルの初期の社会的相当性の理論は、構成要件の形式的な文言から実質的には全く構成要件に該当しない生活事象を切断して、構成要件をして刑法的不法類型たることを初めて可能ならしめるという方法論的機能を有するものであったといえる（Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 2. Aufl. S. 38. Schafstein, aaO., S. 371. 西山・前掲論文、一六六頁、大野「社会的相当行為」法学セミナー、一六七号、二二頁、福田平「社会的相当性」（刑法講座2）一〇八頁）。

ヴェルツェルは、その後、構成要件を違法類型として捉える考え方を放棄し、構成要件とは「禁止の素材（Verbotismaterie）」であるとする考え方を採用して、構成要件を違法性から明確に区別するに伴って、彼の社会的相当性についての考え方も改め、「社会的相当性は、構成要件該当の態度についての、社会倫理的な共同生活上の秩序に根ざした慣習法的な」正当化事由である」（Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 5. Aufl. S. 69.）とした。これによって社会的相当性の体系的地位は構成要件の領域から違法性の領域へと持ち込まれることとなった。

このような見解は、教科書の第四版から第八版に至るまでの間、維持されたのであるが、第九版において再度改説に踏み切り、「社会的相当性は、いわば刑法上の構成要件の縁取りをなしている。すなわち、社会的相当性は、構成要件の基礎をなし、構成要件が（暗々裡に）前提としている、社会における行為の自由の『正常な』状態なのである。それゆえ、社会的に相当な行為は、一たといえば、因果的観点からすれば一なお構成要件に包摂されるようなばあいでも、つねに刑法上の構成要件から排除される」（Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 9. Aufl. S. 51.）とした。この見解は、第九版以後今日においても、維持されつつつづける（Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 11. Aufl. S. 55ff.）。

社会的相当性の体系的地位に関する論争は、右のヴェルツェルの見解の変遷を軸として展開されているといえる。

- (2) 社会的相当性の体系的地位を構成要件の段階に認めるものとしては、ヴェルツェルの他に次のものがある。Schaffstein, aaO., 369ff. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. 1969, S. 172ff. Eb. Schmidt, Soziale Handlungslehre. Festschrift für Englisch. 1969, S. 347ff. Zipf, aaO., S. 633ff. わが国では、藤木教授の他、中・前掲論文、青柳文雄「社会的相当性についての実務的考察」法学研究三五巻一二号、仲地哲哉「規範的構成要件要素と社会的相当性」(一)「愛知学院大学法学研究六巻二号、九巻二号、西原春夫「構成要件の価値的性格」早稲田法学四一巻一冊、大野・前掲法学セミナー一六七号。
- 違法性の段階に認めるものとしては、Mezger-Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil. 12. Aufl. 1967, S. 210. Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970, S. 233ff. Klug, Sozialkongrenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem. Festschrift für Eb. Schmidt, S. 249ff. わが国では、福田・前掲論文、宮沢「開かれた構成要件と法義務メルクマール」法学研究三四巻一二号。
- 責任の段階に認めるものとしては、Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos. 1969, Maurach, Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1965, S. 467.
- さらに、「社会的相当性の理論の適用領域とされるものを逐一検討して、実はその適用例とされるものも或は普通の正当化事由の働く事例であるか或は構成要件要素を缺く事例であることが大多数でほんの僅かなものについてだけ社会的相当性が構成要件要素解釈の基準となる場合があるにすぎないとした上で、社会的相当性の理論はその使命を既に果し終り刑法上無くても済ませるものと信ずる」とするヒルシュの見解も存する(西山・前掲論文、一八二頁参照)。
- Hirsch, aaO., S. 78ff. わが国では、現在の庄子教授、庄子「社会的相当性」法学教室五号。
- (3) Vgl. Zipf, aaO., S. 639ff.
- (4) Vgl. Roeder, aaO., S. 77ff.
- (5) Vgl. Zipf, aaO., S. 641ff.
- (6) マウラッハの場合は、彼の特別の責任概念の形成からこの見解を主張している。Vgl. Maurach, aaO., S. 467.
- (7) 中・前掲論文、一頁参照。Vgl. Hirsch, aaO., S. 79.
- (8) 中・前掲論文、二頁。

労働争議行為の刑法的意義

二九

阪南論集 第九巻第五号

三〇

- (9) 仲地・前掲愛知学院大学法学研究六巻二号、五七一五八頁参照。
- (10) 西原・前掲論文、一六四頁、一七〇頁参照。
- (11) 藤木・前掲警察研究二八巻一号、五七頁。
- (12) 仲地・前掲愛知学院大学法学研究六巻二号、五八頁参照。
- (13) ツィップは、例えば、近代的大量輸送機関の営業或はプロスポーツの場合に、同意を問題とすることは、不自然なわざとらしい構成であるとする。Vgl. Zipf, aaO., S. 650f.
- (14) 中・前掲論文、六頁。
- (15) 中・前掲論文、六一七頁。
- (16) Zipf, aaO., S. 649f.
- (17) 中・前掲論文、七頁。
- (18) Vgl. Niese, aaO., S. 30. Vgl. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystem, 2. Aufl. S. 19ff.
- (19) 庄子教授の現在の見解については、庄子・前掲法学教室五号、前出二九頁註②参照。
- (20) 開かれた構成要件という概念を承認することにより矛盾を打開しようとする試みも、ついには失敗に終わってしまうということについては、中・前掲論文、七頁以下に詳しく論じられている。
- (21) 前出二七頁註①参照。
- (22) Vgl. Zipf, aaO., S. 648.
- (23) Vgl. Klug, aaO., S. 264f.
- (24) Vgl. Niese, aaO., S. 32.
- (25) 福田・前掲論文、一一二―一二三頁参照。中・前掲論文、一七頁参照。
- (26) 中・前掲論文、一七頁。
- (27) Vgl. Schaffstein, aaO., S. 376.
- (28) 福田・前掲論文、一一三―一二四頁参照。
- (29) なお、青柳教授は、実務上の観点から、「実務刑法の立場から訴訟手続における令状主義との関連において、逮捕状、勾

留状、押収搜索許可状の請求に当っては構成要件事実だけが示される例であることに鑑みて社会的相当性を構成要件該当性阻却と理解する方が刑法の保障的機能をより具体的に実現できるのではないかと考える」と述べられている。青柳・前掲論文、四頁。

※ 本稿においては、当然のこととして、社会的相当性の理論を承認する立場から議論を展開している。ところが、最近わが国で、「行為無価値」と「結果無価値」との関係に絡んで社会的相当性という観念そのものを否定しようとする見解が擡頭してきている。それにもかかわらず社会的相当性の理論が基本的に維持され得るか否かという問題については、別の機会に取上げることにした。

—— 未完 ——

労働争議行為の刑法的意義

三二