

労働争議行為の刑法的意義

—— その序論的一考察（二） ・ 完

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) ニッバーダイ・ニーゼ論争
 - (3) 労働争議行為の社会的相当性……………（以上本誌九卷五号）
- 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……………（以下本号）
- 四 いわゆる刑事免責をめぐる若干の問題点
- 五 まとめ

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

われわれは、前章において労働争議行為の社会的相当性を立証し、いわばその解釈技術的帰結として、一種の社会的相当行為たる労働争議行為は当初より構成要件にも該当しない、ということを追導出した。ところが、わが国で

労働争議行為の刑法的意義

一

阪 南 論 集 第十卷第一号

一一

は、すでに、この労働争議行為の社会的相当性という問題が論議される以前より、正当な労働争議行為は、構成要件には該当するが違法性を阻却されるものと解されるのか、それとも当初より構成要件にも該当しないのか、ということについて、労働法関係の学者の間に争いがある。この論争は、労働争議行為のいわゆる刑事免責に関する法理論構成という形で展開されてきているといえる。そして、この論争の過程において、違法性阻却という論理構成を排斥し、労働法独自の原理により構成要件該当性阻却を唱える見解⁽¹⁾が強力に主張されてきている。藤木教授は「多くの労働法学者によって主張されている構成要件該当性阻却説なるものは、労働刑事事件に対して、いわゆる労働法的評価を市民法的評価に先行せしむべきであるとする急進的な主張を根底におくもので、そのままこれを認めることは到底できないものである⁽²⁾」と断定されるのであるが、このような労働法独自の原理により構成要件該当性阻却説を唱える論者の見解もまた、刑事免責の法理論構成、ひいては労働争議行為の刑法的意義を考察するにあたって、決して度外視され得ないものであると考えられる。

さて、労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説は、まず、違法性阻却説に対する批判として主張されたいといえる。その代表的なものとして、吾妻光俊教授、山中康雄教授、本多淳亮教授の見解を採り上げてみたい。

まず、吾妻教授は、団体交渉の適法性の根拠については、憲法上団体交渉権の保障が行なわれたかぎり、これを「単なる違法性の阻却として見ないことはもとより、放任行為としてさえも考うべきではなく、むしろ権利に基づく行為として理解することが、もっともよく憲法の精神に合致するものと考え⁽³⁾」とされ、ついで争議行為についても、憲法において、争議権の保障が行なわれる場合には、「争議行為はここに原理的に適法視されることになるばかりか、寧ろその適法とされる所以が、それが権利として行使されるところに求められるに至る⁽⁴⁾」と述べられている。つまり、吾妻教授によれば、団体交渉として行なわれた行為および争議行為の適法性の根拠を単なる違

法性の阻却として見ることは妥当ではなく、それらが犯罪を構成しない所以は、それらが権利の行使たることに求められなければならないわけである⁽⁵⁾。ところが、このような吾妻教授の見解に対しては、違法性阻却説の側から鋭い再批判が加えられている。すなわち、有泉亨教授は「憲法二八条も明らかに団体行動をする権利を保障しているのである。しかしだからと言って違法の契機を含む争議行為が犯罪とも不法行為ともされないことを違法性が阻却されるからであると説明して悪いことではない⁽⁶⁾」とされ、「争議行為が権利の行使であることが、わたくしの見地からすれば違法性阻却の一事由なのである⁽⁷⁾」と述べられている。この点については、有泉教授の指摘されるように、権利の行使ということを違法性阻却と説明して悪いことにはならないといえるであろう⁽⁸⁾。むしろ刑法理論上、権利の行使を一つの違法性阻却事由とすることは通説的に承認されているといえる。

つぎに、山中教授は、争議行為の正当性を、かの正当防衛や緊急避難などの場合とおなじように、違法性阻却事由として論理構成する場合、つまり違法性阻却事由としての「正当な争議行為」ということを考える場合には、「例外法は厳格に範囲を狭められねばならぬ」というような考え方がはたらいて、微妙なる制限解釈をする理論も成立しうるし、また、「争議は、正当防衛などとまったくおなじく、まったくやむをえずしてなされたものでなければ、正当な争議行為とはみとめがたいという理論も、成立しうるであろう」から、そのような考え方を採用することはできない⁽⁹⁾、とされ、正当なる争議行為ということ、たんに違法性阻却事由とみずに「適法行為」として、とりあつかわれねばならない⁽¹⁰⁾、と主張されている。しかしながら、このような山中教授の見解に対しては、当然のこととして、有泉教授により、「教授が違法性阻却を引合に出す場合に『正当防衛や緊急避難のように』とだけ言われて、肝心の労組法一条二項で準用される刑法第三五条の正当業務をネグレクトされているのは不可解である⁽¹¹⁾」という批判が加えられるに至る。違法性阻却事由は、これを大別して、一般的な正当行為と、とくに事態の緊急なば

労働争議行為の刑法的意義

三

阪南論集 第十卷第一号

四

あいにもとめられる緊急行為とに分けることができる⁽¹²⁾。労組法一条二項で準用されるのは刑法三五条であって、この場合に問題となるのは前者の一般的正当行為である。山中教授は、違法性阻却説を批判されるにあたって、違法性阻却説においては、争議行為が緊急行為たる正当防衛や緊急避難と并列にとりあつかわれることになる⁽¹³⁾と断定されているようであるが、決してそうではなく、違法性阻却説においては、争議行為は一般的正当行為としてとりあつかわれるものであると考えられる。従って、違法性阻却という論理構成から、必然的に、山中教授のいわれるような微妙なる制限解釈をする理論や、正当防衛などと同様に、まったくやむをえずしてなされたものでなければ、正当な争議行為とはみとめがたいという理論が導き出されるというようなことはありえないと考えられる。また、争議行為が本来適法行為であるということも、これを違法性阻却と説明して悪いことにはならないであろう。

さらに、本多教授は、「争議権が憲法上労働基本権として積極的に保障せられている限り、争議行為はこの争議権の行使として、本来適法なものとの評価をうけねばならないのに、違法性阻却論は、本来適法な行為につき、特別な事情が存在する場合はその違法性が阻却される、という構造をもつ」のであるから、違法性阻却論は排斥されねばならない⁽¹⁴⁾、とされ、「争議行為はこの争議権の行使として本来的に適法な行為であり、もともと適法なものが違法性を阻却されるわけではない⁽¹⁵⁾」と主張されている。そして、このように解することには、「違法性阻却論をとる場合、例外法は厳格に解釈すべしという原理の適用をうけるところから、争議行為の正当性の範囲を狭く限定する危険があるのにかんがみ、かかる危険を避け得る」という「見のがし難い根本的な実益がある⁽¹⁶⁾」と述べられている。しかしながら、このような本多教授の見解に対してもまた、吾妻教授および山中教授の見解に対するのと同趣旨の批判が加えられるであろう。

要するに、吾妻教授、山中教授、本多教授による違法性阻却説の批判克服の試みは十分には成功していないようであるし、違法性阻却説に対立する意味での論理構成は、まだ必ずしも明らかにはされていないように思われる⁴⁰⁷⁾。もっとも、「もともと違法性阻却説に反対する主張は、通常の争議行為にたいする刑事免責の論理過程が、構成要件該当性の判断にまで至らずにすむという意味では、その構成要件該当性を否定するものであった⁴⁰⁸⁾」といえるかもしれない。

その点において、構成要件該当性阻却という論理構成を明確に打ち出されたのは、宮島尚史教授である。すなわち、教授は、違法性阻却という構成は、「明らかに争議権の本質に合致しない」とされ「争議行為は一応原則的に違法視せられて後例外現象となるのでなく、争議行為は原則として当然正当合法でありそれは市民刑法の構成要件に該当しないこととでなければ、正当な社会意識に合致しない⁴⁰⁹⁾」と説かれている。しかしながら、宮島教授も、争議行為が原則として当然正当合法であるということを強調されているが、そのようなものとして争議行為を把えた場合に、何故に構成要件該当性阻却という論理構成をとらねばならないのかという点については、そうすることではければ、正当な社会意識に合致しないと説かれただけであって、それ以上のことには論及されていないようである。佐藤昭夫教授が指摘されているように、「争議行為が原則として正当であるということは、多くの学説にとって当然のことであろう。しかしこのことを前提とした場合でも、構成要件該当性阻却という論理構成をとらなければならないということは、必ずしもでてこないのではないかと思われる⁴¹⁰⁾」のである。つまり「争議行為は原則として正当であるから、それは原則として違法性を阻却される」という論理構成も成立可能であって、何故にこのような構成をとってはならないのかという点は、十分には論証されていないように思われる⁴¹¹⁾。

以上において、違法性阻却という論理構成を排斥し、労働法独自の原理により構成要件該当性阻却説を唱える立場

労働争議行為の刑法的意義

五

阪南論集 第十巻第一号

六

の代表的な見解を採り上げたわけであるが⁴¹²⁾、このような構成要件該当性阻却説は、違法性阻却説に立脚しつつ、正当な争議行為の範囲を不当に限定しようとしてきた警察・検察庁などの態度に対する批判の意味をもっているといえる^(23a)。つまり、佐藤教授によれば、検察庁などは「正当な争議行為の範囲を、本質的に集団的労働力の提供の拒否にかぎろうとする態度」をとってきたのであって、この立場からすれば「構成要件に該当する争議行為のうち単純な職場退去、あるいはせいぜい言論の自由というような論理によって、狭義の平和的説得だけが刑法三五条の適用をうけ、違法性を阻却される。その限度をこえた行為は、原則として刑法三六条、三七条などの緊急状態における違法阻却事由、および責任阻却事由が存しないかぎり――犯罪とされるわけである^(23b)」が、このような検察庁などの態度に対する批判として、構成要件該当性阻却説が労働法関係の学者によって強力に主張されてきているわけである。ところが、この点について、宮内裕教授は「それは論理的な構造と警察・検察庁などの争議を犯罪視し強制処分をおこないがちな意識とを混同しているからである。問題は前者にはなく、後者の前近代的・ファシズム的意識である⁴¹³⁾」。「刑法学上それが違法阻却原因と把握されるか否かということは、単に技術的な問題であって、実質的な意味はもたない⁴¹⁴⁾」と指摘されている。われわれは、この宮内教授の指摘を正当としなければならないであろう。たしかに、右にみたような警察・検察庁などの意識・態度は戒められるべきであろう。しかし、そのような意識・態度と違法性阻却という論理構成とが、必然的に結びつくものではない。先にも述べたように、争議行為が原則として正当であるということを前提とした場合であっても、争議行為は原則として違法性を阻却されるという論理構成が十分に成り立ちうる。排斥されねばならないのは、争議行為の中で例外的に違法性を阻却されるものがあるという考え方である⁴¹⁵⁾。

また、労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説には、争議行為の法的評価という実質的問題と、構成要件

該当性阻却、違法性阻却という法論理構成の問題、つまりいわば解釈技術的問題が混淆されているからであるのではなからうか。われわれにとって重要なのは争議行為にたいする法的価値判断であって、その論理構成自体ではない^(四)、と考えるべきであらう。もちろん、構成要件該当性阻却、違法性阻却という問題も、刑法学上犯罪論体系の構築という意味において非常に重要な問題であるということは決して否定しえないのではあるが、われわれが、争議行為の正当性あるいは争議行為のいわゆる刑事免責を問題とする場合に、重要なのは、やはり争議行為の法的評価という実質的問題であると考ええる。このような観点から考えると、労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説が、違法性阻却という論理構成を排斥し、それに取って代わるものとして構成要件該当性阻却という論理構成を唱える場合も、その主張の力点は争議行為の法的評価の問題にあるといえるのではなからうか。吾妻教授が、憲法上争議権の保障がなされた場合には、争議行為は原理的に適法視され、その適法性の根拠は権利の行使に求められると説かれ、山中教授、本多教授が、争議行為は本来的に適法な行為であると説かれ、また宮島教授が、争議行為は原則として当然正当合法であると説かれる場合も、たしかにそれらの見解が、違法性阻却という論理構成に反対するための理由として、あるいは構成要件該当性阻却という論理構成を基礎づけるための根拠として説かれたのはちがいないのであるが、その場合の重点のおきどころは、構成要件該当性阻却という法論理構成それ自体というよりも、むしろ争議行為の本質的合法性という法的評価にあると考えられるのではなからうか^(五)。夢沼謙一教授が、昭和憲法における団結権・争議権の保障の下においては、「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性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^(六)」と説かれる場合も、その力点は論理構成自体よりも争議行為の法的

労働争議行為の刑法的意義

七

阪南論集 第十卷第一号

八

評価におかれていられると考えられうるのではなからうか、またそう考えるべきではなからうか。

さらにまた、労働法関係の学者が、刑事免責の論理構成について「違法性阻却」という場合、それは刑法学上の「違法性阻却」の範疇とは、必ずしも同一ではないと考えられる。労働法関係の学者によれば、ふつう刑事免責とは、市民刑法上違法な行為も、労働法上正当な争議行為であれば、労働法の立場からその違法性が阻却されることをいうとされる^(七)。そして、先にも述べたように労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説は、このように刑事免責を違法性阻却として論理構成する通説に対する批判として展開されてきているわけである。この場合、例えば本多教授によると、「違法性阻却論は、本来違法な行為につき、特別な事情が存在する場合はその違法性が阻却される、という構造をもつ」ものである、すなわち「違法性阻却論は、形式的・原則的に違法なものが、実質的・例外的に違法性を免れるという論理構成をとる^(八)」ものである、というように捉えられ、これに対して、争議権が憲法上積極的に保障されているかぎり、争議行為は「本来的に適法な行為であり、もともと違法なものが違法性を阻却されるわけではない^(九)」という批判が加えられるのである。ところが、刑法理論上違法性阻却という場合には、ある行為が構成要件に該当することによって違法となり、特別の事由が存在することによってその違法が取り除かれるというのではなく、違法性阻却事由があるかぎり、行為は初めから違法でないと考えられるのである。決して、違法性阻却事由が、一度発生した違法性を事後に至って取り除くものであると考えるべきではない^(一〇)。従って、刑法理論上、「もともと違法なものが違法性を阻却される」ということは考えられないのである^(一〇a)。

さて、このようにみると、違法性阻却という法論理構成を排斥し、労働法独自の原理により構成要件該当性阻却を唱えるという試みも、われわれを納得せしめるほどに十分には成功していないようである^(一〇b)。また、先にも論じたように、労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説は、たしかに刑事免責の法論理構成を問題にしている

のではあるが、その主張の力点は、そのような法論理構成それ自体にあるというよりも、あくまでも争議行為の法的評価の問題にあると考えるべきであろう。従って、われわれとしては、この労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説から、争議行為の法的評価の問題を学び取るべきであろう。つまり、憲法において争議権が積極的に保障されているかぎり、争議行為は「本来的に適法な行為」（山中、本多教授）であり、「原則として当然正当合法」なもの（宮島教授）であり、あるいは「本来的に、独自の合法性、全法秩序に対する直接的適合性を内包する」もの（蓼沼教授）である、ということである。

従って、問題は、このような法的価値判断を下された労働争議行為を刑法上どのように取扱えばよいか、ということにある。つまり、刑法理論上、労働争議行為をどのように捉えれば、右のような労働争議行為の法的評価を見失うという結果に陥らないで済むか、ということである³⁸⁾。

さて、前章において述べたように、刑法理論上、ある種の社会的な類型に属し、その類型に属するならば通常の上社会生活上の過程において正当なものと認められる行為については、例えば、医療行為、運動競技などのほか、学術的な研究、各種の危険をともしなう企業、交通、鉱工業については、これを行為類型としてとらえた場合に、社会的相当行為（die sozialadäquate Handlung）と呼ぶことができる³⁹⁾といわれている⁴⁰⁾。そして、被害者の承諾、自救行為等が、正当防衛、緊急避難などと同様に、その行為が通常の場合の下で行なわれた場合には違法であるけれども、例えば被害者の承諾があったという特別の事情があるために例外的に合法化されるのに対し、社会的相当行為は「一般に、日常生活において平穏な状況の下で行なわれ、一面で他の法益に対する侵害行為としての性格をそなえているにもかかわらず、通常の事情の下では社会通念上相当な、常規を逸脱しない正当な行為と認めることのできるものである⁴¹⁾」といえる。要するに、社会的相当行為とは、常規的に適法な行為、原則的に正当な行為である。

労働争議行為の刑法的意義

九

阪南論集 第十巻第一号

一〇

従って、労働争議行為を一種の社会的相当行為として捉えるならば、「本来的に適法な行為」、「原則として当然正当合法」なもの、あるいは「本質的に、独自の合法性、全法秩序に対する直接的適合性を内包する」ものであるとする、労働法学者の強調する争議行為の法的評価を刑法理論に十分に反映させることが可能であると考えられる。つまり、社会的相当性の理論を労働刑事事件の分野にも及ぼすことが、『争議権保障のもとで争議行為は原則として合法と解すべきである』という要請に答えるための一つの理論的な可能性を提供するものと考えられる。ここに、労働争議行為を一種の社会的相当行為として理解しようとする試みの出発点が存するといえる。わが国の労働法学者の側からも、労働争議行為のいわゆる刑事免責を問題とすることあたって社会的相当性の理論を援用するという試みがなされ^{38a)}、また「争議行為の正当性をこの社会的相当行為としてとらえることが一般化していくなら、この面でも労働法的理念の市民刑法への浸透作用がすすみ、わが国刑法の解釈運用にも一段と合理性を加えるのではあるまいか^{38b)}」と説かれていることは注目し得る。この場合、労働争議行為が一種の社会的相当行為と認められるという点については、前章において詳しく論じたとおりである。そしてまた、前章において考察したことく労働争議行為を社会的相当行為とすることの解釈技術的な帰結として、労働争議行為が構成要件に該当しないこととなるので、その意味において、社会的相当性の理論が、労働争議行為は構成要件に該当しないという考え方に一つの理論的可能性を提供するといえる³⁹⁾。

(1) 「労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説」という捉え方は、莊子教授に従ったものである。莊子「労働刑法」二七頁、二八頁参照。

(2) 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、二七頁。

(3) 吾妻光俊「労働法の基本問題」六四頁。

(4) 吾妻・前掲書、六八頁。

- (5) 吾妻・前掲書、六九頁参照。
- (6) 有泉亨「労働爭議権の研究」五四頁。
- (7) 有泉・前掲書、五五頁。
- (8) 佐藤昭夫「爭議行為の正当性と『社会的相当性』の概念」早稲田法学三五卷一・二冊、七一頁註(6)参照。
- (9) 山中康雄「労働爭議」法律学体系法学理論篇、七〇頁以下。
- (10) 山中・前掲書、七八頁参照。
- (11) 有泉・前掲書、八〇頁註(2)。
- (12) 団藤重光「刑法綱要総論」一四二頁参照。
- (13) 本多淳亮「爭議権の構造について」大阪市立大学法学雑誌一卷三号、五〇頁。
- (14) 本多・前掲論文、五〇頁。
- (15) 本多・前掲論文、五〇―五一頁。
- (16) 佐藤・前掲論文、七一頁註(6)参照。
- (17) 吾妻教授、山中教授、本多教授の見解と主旨のものとして、清水兼男教授の見解がある。清水教授は「民刑上の責任を免除する根拠を、正当防衛や緊急避難と同じように、違法性阻却事由としての正当な爭議行為に求めようとする立場がある。これは爭議行為を市民法内の原理によって説明しようとするもので、労働組合法第一条第二項が刑法第三五条を適用して免責するものとしている如きは、こういう考え方かと思われる。しかし、この立場によるときは、元来違法である爭議行為が、特別な理由によって免責されるのだとせられるので、免責される正当な爭議行為というものが厳格に解釈せられ、少しでも正当な範囲を逸脱することがないかを監視することが、公共の福祉のために必要だと考えられることになる。従って労働爭議に対する不当な干渉の危険があるし、また爭議権が確立されてきた過程とこれを理論づける社会法の原理による市民法原理の修正という立場からいって、爭議権を単なる違法性阻却事由と考えることは妥当でない」と述べられているが、このような考え方に対しては、本文で述べた三教授に対する批判が、そのままではまるごととなる。また清水教授も、違法性阻却説に對立する意味での論理構成を明らかにされてはいない。清水兼男「爭議行為の適法性について」末川先生還暦記念労働法経済法の諸問題、一八〇頁。

労働爭議行為の刑法的意義

一一

阪南論集 第十卷第一号

一二

- (18) また青木宗也・近藤享一・佐藤進・外尾健一共著「教材労働法(下巻)」九一一頁も、刑事免責の法的構造について、違法性阻却説を排斥し、権利行使説を主張するが、違法性阻却説に對立する意味での法論理構成は、かならずしも明らかではない。
- (19) 佐藤・前掲論文、六八頁。
- (20) 宮島尚史「日本の爭議権の構成について」季刊労働法一五号、五八頁。
- (21) 佐藤・前掲論文、六八―六九頁。
- (22) 佐藤・前掲論文、六九頁。
- (23a) その他にも例えば、峯村光郎・恒藤武二編「労働法講義」一〇五頁は、「憲法二八条における爭議権保障のもとでは、爭議行為は、もはや市民法に接木された例外的に合法的な社会現象ではなく、労働法のもとで独自の性格と固有な価値を承認された原則的に合法的な行為類型なのであるから、違法性阻却説のように、市民法のもとでは違法であるが、労働法のもとではその違法性が例外的に阻却されるというように考える必要はない。しかも、労働爭議についての慣行や爭議行為についての意識がじゅうぶんに確立されていない日本の労使関係のもとでは、違法性阻却説に立って爭議行為を評価することは、しばしば爭議行為の正当性の判断にあたって画一的固定的な基準を強いることになりかねない。その意味で違法性阻却説よりも構成要件該当性阻却説が妥当であろう」と述べて、労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説を支持している。
- (23b) 佐藤・前掲論文、六五頁、六七―六八頁参照。
- (24) 佐藤・前掲論文、六六頁。
- (25) 宮内裕「爭議権と刑罰権の若干の問題」季刊労働法一五号、一九頁註(2)。
- (26) 宮内・前掲論文、一一頁。
- (27) 佐藤・前掲論文、六九頁参照。
- (28) 佐藤・前掲論文、六九頁。
- (29) 清水教授も、違法性阻却という論理構成を批判された後、「爭議権を積極的な意味と内容をもった独立の権利だと考え、従って爭議行為は、原則として適法行為として理解すべきであり、とくに適法行為として当然に要求せられる範囲を逸脱した場合に限り、違法行為として取扱われるべきだということになる」ということを強調されている。清水・前掲論文、一八一頁。

また、青木他共著・前掲書九一〇頁も、違法性阻却説を排斥して、「争議権が積極的に保障された現行法制のもとにおいては、争議行為を正当な権利の行使として、原則的に適法なものとしてとらえなければならない」ということを強調する。

(29) 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1、一六六頁。

(30) 本多「ビケッティングの研究―実態と法理―」（片岡昇・本多淳亮・窪田隼人・正田彬・西村幸雄共著）二二七頁、蓼沼

「争議権の承認と争議行為の法的評価」一橋大学創立八十周年記念論集下巻、二八八―二八九頁参照。

(31) 本多・前掲書、二二七頁。

(32) 本多・前掲書、二二七―二二八頁。

(33) 佐伯千仞「刑法講義（総論）」一九五頁参照。

(34a) 本多教授は、労働法関係の学者のいう違法性阻却論と刑法理論上の違法性阻却論との間に相違があることを認められた上で、なおつぎのように述べられている。すなわち、「然し他面において、この刑法理論によると、一般に構成要件に該当する行為は一応違法の推定をうけるが、特別の事情があれば終局的には違法ではない、すなわち例外的に違法性がないものと認められる、ということになる。従って、争議権を違法性阻却と解した場合、やはりそれは、刑法Ⅱ市民法の立場から例外的に認められたものと評価されるのである。かくしては、争議行為が労働法上原則的に適法な行為である、という本質を見失う結果になるであろう」と。本多・前掲書、二二八頁。

(34b) 久保敬治「新版労働法」（法律学全書23）二〇〇―二〇一頁は「憲法上争議権を保障する労働法制のもとでは、正当な争議行為は、その違法性を阻却されることは当然であり、その意味においては、一条二項は単に例示的意義を有するにすぎない。一条二項がなくとも、刑法三五条が正当な争議行為に適用があるのは当然である。したがって、構成要件該当性阻却説が、刑事免責法理にもっとも適合した理論構成であるといえる」とするのであるが、構成要件該当性阻却という法論理構成を支持する論拠はかならずしも明らかではない。

(35) この点については、まず、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解することが考えられる。このような考え方が、わが国の刑法学において従来より通説として承認されてきているが、このような通説的な理解では十分には満足しえないという立場から、労働刑事事件への社会的相当性の理論の適用

労働争議行為の刑法的意義

一三

阪南論集 第十卷第一号

一四

という試みがなされている。

(36) 藤木「社会的相当行為雑考」警察研究二八巻一号、四八頁。

(37) 藤木・前掲論文、四九頁。

(38a) 例えば、本多「争議行為の正当性」（労働争議法論 浅井清信教授還暦記念）五六頁、同「労働法の基礎知識」九四頁。なお佐藤・前掲論文、九二―九四頁、石井照久「新版労働法」三七―一頁参照。

ちなみに、平川亮一「可罰的違法性の理論と労働刑事事件」三重法経二三号、七〇頁は「私ども労働法学の分野から発言する者は、一般に争議行為等における労働組合員の行動を、当然の権利としてみているし社会的に相当な行為であると考えている」とする。

(38b) 平川・前掲論文、七三頁。

(39) 藤木・前掲警察研究三一巻一号、二七頁参照。

(40) 本章との関連において、蓼沼教授が、最近、「現実に現われる争議行為のなかに、争議権保障の趣旨にてらし争議行為の中核的・本体的部分と認められるものが内包されているかぎり、その中核的・本体的部分は、市民法と並んでいまやこれをなにはどか蚕食することによって新たに登場した労働法上の争議権の名において、全法秩序に直接適合するものとして把握されるべきである。それが市民刑法上の違法性を否定されるのは、このように、新たに登場した労働法上の権利性ないし全法秩序への直接的適合性の当然の反射的效果と解すべきであり、市民刑法上の構成要件に該当するとかしないとかの問題をそもそも生ぜしめないもの、換言すれば、市民刑法上の構成要件を前提にしてこれに該当しないというのではなく、かかる構成要件を前提にしての該当・不該当の判断が問題になりえないものと解すべきである。その意味で、市民刑法的構成要件該当性阻却説は採りえない」と述べられていることは注目し値する。蓼沼「争議行為のいわゆる刑事免責について―刑法学説への若干の質問―」一橋論叢七―一巻一号、一二頁。

しかしながら、刑法理論の観点からみるならば、教授の見解も、一種の構成要件該当性阻却説（ないし構成要件非該当性説）に分類されると思う。というのは、蓼沼教授は、労働法上正当な争議行為はあくまでも、市民刑法上の構成要件の埒外にあると主張されているようであるが、ある行為が構成要件の埒外にあるということ、つまり、刑法上はじめから問題外におかれるということを、刑法理論上は、構成要件該当性阻却（ないし構成要件非該当性）という形で把握するからである。行

為類型として扱えられて社会的相当行為と呼ばれる行為、例えば医療行為としての手術、あるいは運動競技としてのボクシングは、それらが医療の法則にのっとって、あるいはルールに従って行なわれるかぎり、傷害罪あるいは暴行罪の構成要件の域外にあり、本来、それらの構成要件に該当するか否かの問題は生じないのであるが、それらの行為が、一面同時に法益侵害行為としての定型性をそなえる余地があるので、このような場合にも、刑法理論上、社会的相当行為として構成要件に該当しないという論理過程を経て、犯罪の不成立が導き出される。藤木・前掲警察研究二八巻一号、四九頁参照。

また教授が右に挙げられた論拠のみでは、争議行為の構成要件該当性を認め、それを刑法三五条の正当行為として扱えようとする違法性阻却説を十分に批判しえたことにはならないと思う。結局、蓼沼教授の右の主張における力点もまた、争議権保障の下においては、争議行為は全法秩序に直接適合するものとして扱えられるべきである、というところに存するものと思う。従って蓼沼教授の右の主張を刑法理論に反映させる一つの可能性を、社会的相当性の理論が提供するものと考えられる。

ちなみに、蓼沼教授の一連の労作に現われた、「いわゆる民刑免責を、具体的な争議行為一般のなかに見出されるべき、市民法とは異なった立場からする、『争議行為それ自体の正当性』につき認められるところの、市民法理の適用排除として捉える」という考え方は、労働法学説として傾聴に値する。蓼沼「争議権に関する諸家の見解」(講座労働問題と労働法 3)一三三頁。

四 いわゆる刑事免責をめぐる若干の問題点

憲法における争議権の保障の下においては、争議行為は原則として当然に正当合法であり、刑法理論上、それは一種の社会的相当行為として扱えられるということが明らかになった。そこで最後の課題として、いわゆる刑事免責⁽¹⁾をめぐる若干の問題点を採り上げてみたい。

一 まず、争議行為の正当性(ないし社会的相当性)の評価に当たっての基本的視点が明らかにされなければならない

労働争議行為の刑法的意義

一五

阪南論集 第十巻第一号
ないであらう。

一六

争議行為の正当性の評価については、それは「争議行為のもつ本質と争議権を保障した労働法の理念から見て、この理念に合致する争議行為であるかどうかという観点からなされるべきである⁽²⁾」と説かれている。かような争議行為に対する労働法の立場からの価値評価は、当然のこととして、争議行為の本質に対する基本的な認識の上に立つてなされなければならない⁽³⁾。そしてこの場合、争議行為の本体は「多様性・流動性の中に集団的統一性をもつ秩序形成行為」であると理解され、かような争議行為の本質的屬性が、争議行為に対するつぎのような評価態度を要請するといわれている。すなわち「争議行為の中における多様な行為を各個ばらばらの個人の行為に分解したり、争議中の行為をその瞬間ごとにとらえて評価することは、争議の本体を見失うことになる。労使間の集団的な抗争関係の中で、争議全体の性格と照しあわせて全行為を評価すべきであると同時に、多様な行為も団結体の意思にもとづく団結体それ自身の行為として、正当・不当の判断を加えるべきである⁽⁴⁾」と。これが、労働法学上いわゆる「全体としての争議行為」の問題として論議されている点である。この点について、蓼沼教授は、とくに争議行為の「二面的集団的本質⁽⁵⁾」を強調されて、「争議行為の正当不当は争議行為の『二面的集団的本質』にてらして、労働者団結そのものの意思(規約にもとづき多数決原理によって形成される)にもとづく組織体それ自身の行為について問題となるのであって、団結体の意思と無関係な、一部構成員の闘争活動とは別個に評価されなければならない⁽⁶⁾」と説かれている。

われわれが、刑法理論上、労働争議行為を一種の社会的相当行為として捉える場合にも、その社会的相当性の判断は、当然のこととして、労働法の立場からの価値評価(労働法上の合法違法の判断)でなければならず、その際それは右に述べた観点からなされなければならない。従って、社会的相当性判断の対象となるのは「全体としての争議行

為」であって、争議中に派生した団結体の意思と無縁な一部構成員の活動はその対象とはなりえない。それと同時に、そのような一部構成員の活動の社会的相当性は「全体としての争議行為」の社会的相当性に影響を及ぼさないといえる⁽⁹⁾。この場合、「もちろん刑事責任はその主体としては原則として個人について問題となるから、『正当性』」いわゆる刑事免責も、団結体自身の行為について直接に刑事責任の免除を問題とするのではなくて、団結体自身の行為に市民刑法との衝突面を当然不問にふせしめるところの労働法の次元における合法性が存在することから、これと一体関係にある各個の構成員の行為についても、その限りに於いて当然に市民刑法上の違法性が否定されることを意味する⁽¹⁰⁾。ということに注意しなければならない。労働争議行為を一種の社会的相当行為として捉える場合にも、もちろん右の法理は妥当する。従って、まず団結体自身の行為に対して社会的相当性の判断がなされ、そして「全体としての争議行為」が労働法上「社会的相当」と評価される限り、これと一体不可分の団結構成員の行為は、社会的に相当な行為であると認められ⁽¹¹⁾、構成要件には該当しないこととなるわけである。これに対し、労働者団結の意思と無関係になされた一部組合員の身体傷害、生産設備破壊等の違法な行為は、刑法の規定に従ってその責任を追求されることとなるのであって「全体としての争議行為」が社会的相当ないし正当であるからといってその責を免れるものではない⁽¹²⁾。

- (1) この刑事免責という用語に関しては、「免責」というと違法ではあるが責任は免除されるという意味にうけとられやすいので、決して精確・妥当な表現とはいえないが、他に適当な表現が見当たらないので『いわゆる免責』とよばれ、すでに慣用語となっている」といわれている。蓼沼・前掲「橋論叢七」巻一、二頁。また、久保・前掲書、二〇一頁は、労組法一条二項は刑事免責規定というべきではなく、「本来は正当化規定とか不罰規定とかよばれるべきものである」とする。
- (2) 本多・前掲労働争議法論、五三頁。
- (3) 本多・前掲労働争議法論、五二頁。

労働争議行為の刑法的意義

一七

阪南論集 第十卷第一号

一八

- (4) 本多・前掲労働争議法論、五一—五二頁。
- (5) 争議行為の「二面的集団の本質」という点に関しては、蓼沼・前掲「橋大学創立八十周年記念論集下巻、二九六頁以下に詳しく論じられている。なお、西ドイツにおいては、ブッラが右の点を強調している。Bulla, Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskämpfes, Festschrift für H. C. Nipperdey, S.182ff.
- (6) 蓼沼・前掲「橋大学創立八十周年記念論集下巻、三二〇頁。
- (7) 蓼沼・前掲「橋大学研究年報法学研究1、一七一頁参照
- (8) 蓼沼・前掲「橋大学研究年報法学研究1、一七七頁。
- (9) 蓼沼・前掲「橋大学研究年報法学研究1、一七三頁は、「ある具体的態様の『争議行為』が労働法上『正当』と評価される限り、これと一体不可分の団結構成員の行為の市民刑法上の違法性は問題になり得ない。即ち市民刑法の視点からの構成要件該当形式の違法（或は可罰的違法類型→違法性推定）という法的評価は、いわば立入自体を否認される」とする。
- (10) 蓼沼・前掲「橋大学創立八十周年記念論集下巻、三二〇—三二二頁。

二 そこでつぎに、労働法の立場からの価値評価において社会的に不相当と判断された場合に、そのような労働法上の社会的不相当性（ないし違法性）が刑法上の違法性（可罰的違法性）にいかに関係づけられるか、という問題が検討されなければならない。

この場合には、刑罰法規のいとなむ機能とはいかなるものであったのか、という根本的な問題にまでさかのぼって考えてみる必要がある。この点に関しては、通常、刑罰法規は、非刑罰法規に対する第二次的規範であり、あるいは補充的機能をいとなむということがいわれている。つまり、第一次規範である非刑罰法規の法益を、第二次的・補充的に保障する機能を、刑罰法規はいとなむということである⁽¹³⁾。従って、宮内教授が説かれているように、「第一次規範において不法であり、法益を侵害する行為についてのみ、刑罰法規はこれを違法とし、可罰的とするのであるが（法秩序の統一性）反面第一次規範において不法であるからといって、そのすべてが刑法で可罰的とされるの

ではない。刑法は、当罰的であり可罰的である行為のみを処罰するのである。刑法における不法性は、一般規範における不法性と異なる可罰的違法性であり、また構成要件的に類型化された違法性である⁽²⁾。といえる。それ故にまた「法秩序の統一性の要請は、可罰的違法性を考える前提として、第一次的違法性を確定することを要求する。第一次規範的違法性は、刑罰法規にとって先決問題であり、いわば可罰的違法性は第一次的違法性に依存し、これにより修正せられる⁽³⁾」こととなる。

これは、『可罰的違法性の法理』の展開であり、この法理はもちろん労働争議行為と刑事責任の問題を考える場合にもあてはまる。労働法に対しても刑罰法規は第二次的規範の位置にあることはいうまでもないのであって、宮内教授は、右の諸前提より、正当にも、つぎのような結論を導びかれている。すなわち、労働争議行為の場合にも「まず労働法上の合法性（正当性）が問題となり、労働法上違法となった場合、そこで刑事責任の存否が発発するのである。刑罰法規から労働争議の正当性を求めるのではなく、労働法から正当性を求めねばならぬことはいうまでもない⁽⁴⁾」と。従って、われわれの立場から、労働争議行為と刑事責任の問題を考えるに当たっては、まず労働争議行為の社会的~~不~~相当性を確定しなければならない。そこから刑事責任の存否が発発するわけである。

さて、労働争議行為の社会的~~不~~相当性が確定された場合に、すなわち、もはや正当な労働争議行為とはいえない場合に、果して労働法上の社会的~~不~~相当性（ないし違法性）が、そのまま『可罰的違法性』に直結され、特別の正当化事由（違法性阻却事由）および責任阻却事由なき限り、犯罪の成立が認められるのであろうか⁽⁵⁾。これがここでの中心問題である。われわれは、この間に對して「否」と答えねばならない。なぜならば、可罰的違法性が存在するとするためには、行為の違法性が、刑罰という強力な対策を必要とし、かつまたそれに適するような質と量をもつていなければならないからである⁽⁶⁾。ただ単に労働法の立場からの価値評価において、社会的~~不~~相当と判断された

労働争議行為の刑法的意義

一九

阪南論集 第十卷第一号

二〇

からといって、つまり、もはや正当な労働争議行為とはいえないからといって、常に直ちに可罰的違法性が存在することにはならないのである。従って、「全体としての争議行為」が社会的相当性の枠を逸脱し、もはや正当なる争議行為とはいえないとしても、「争議行為」を組成する各個の団結構成員の行為は、あらためて刑法各本条の規定に従って可罰的違法性の判断を受けなければならない⁽⁷⁾。そして当該行為によって惹起せられた被害ないし、法益侵害性が軽微であり、行為態様が、その目的、手段、行為者の意思の状態等の諸般の事情にてらし、社会通念上容認される相当性のあるものである場合には⁽⁸⁾、当該行為の実質的違法性は微弱であり、可罰的違法性の存在は否定されることとなる⁽⁹⁾。

さて、可罰的違法性の理論については、藤木教授の定義づけに従って、これを端的に、「刑罰法規の構成要件に該当する形式・外観を呈する行為についてその行為が当該構成要件が予想する可罰的程度の実質的違法性を欠くという根拠にその構成要件該当性を否定すべき場合を肯定する理論である⁽¹⁰⁾」と解することが妥当であると考えられる。つまり可罰的違法性を有しない行為は当初より構成要件には該当しないとする考え方が採用されるべきであろう⁽¹¹⁾。従って、われわれの立場からすれば、まず「全体としての争議行為」が労働法上「社会的相当」と評価される限り、これと一体不可分の団結構成員の行為は社会的相当な行為であって、その構成要件該当性が否定される。つぎに「全体としての争議行為」が社会的相当性の枠を逸脱し、もはや正当なる争議行為とはいえない場合であっても、「争議行為」を組成する各個の団結構成員の行為が、当該構成要件の予定する程度の可罰的違法性を欠くときには、当該行為の構成要件該当性は否定されることとなる。つまり、労働争議行為が構成要件に該当するに至るまでの間には、二重の篩が存在する。その一は社会的相当性の判断であり、その二が可罰的違法性の判断である。藤木教授は、先にも述べたように、一種の社会的相当行為であることが承認された行為までも構成要件の

中にとり込んでおくことは、全く意味のないことである⁽⁴⁾とされ、そしてまた、「労働争議行為については、その関係する刑罰法規の構成要件の解釈上、違法性の実質に関する一応の判断が、構成要件該当性のレベルにおいて問題とされる場合が少なからず存し、その結果、構成要件該当性なしとの理由によって刑事上の責任が否定されるに至る場合が多いことに注意しなければならない。このようなかたちでの刑事免責を根拠づける理論として可罰的違法性の理論がある」とされている⁽⁵⁾。

もちろん、先にもふれたように、労働者団結の意思と無関係になされた一部組合員の身体傷害、生産設備の破壊等の行為に対しては、直接に可罰的違法性の判断がなされ、可罰的違法性ありと判断されれば、当該行為は当然に構成要件に該当し、特別の正当化事由（違法性阻却事由）および責任阻却事由が介在しない限り、犯罪の成立が認められることとなる。ただし、そのような行為が複雑流動的な争議¹¹対抗関係の場において現われたということが、可罰的違法性の判断において考慮されなければならないことは当然のことである⁽⁶⁾。

- (1) 宮内「労働争議と刑事責任」（労働法講座三巻）五七一頁。
- (2) 宮内・前掲労働法講座三巻、五七一―五七二頁。
- (3) 宮内・前掲労働法講座三巻、五七二頁。
- (4) 宮内・前掲労働法講座三巻、五七三頁。
- (5) 藤沼・前掲一橋大学研究年報法学研究1、一六七―一六八頁参照。
- (6) 佐伯「可罰的違法性序説」（末川先生古稀記念 権利の濫用（上））、二二七頁参照。
- (7) 藤沼・前掲一橋大学研究年報法学研究1、一八〇頁は、「組織体それ自身の活動としての『争議行為』が『労働法的』評価において違法と判断されても、そのことが直ちに市民刑法上の責任の成立に通ずるものではなく、『争議行為』を組成する各個の団結構成員の行為があらためて刑法各本条の規定に従い刑事責任を追求されるにすぎないという結果にならざるを得ない」とする。
- (8) 藤木「可罰的違法性の理論」三八―三九頁参照。

労働争議行為の刑罰的意義

二二

阪南論集 第十巻第一号

二二

- (9) 本文において述べたように、われわれの立場からは、社会的相当性の枠を逸脱し、もはや正当とはいえない「争議行為」を組成する各個の団結構成員の行為に対して可罰的違法性の判断が加えられる。この場合、可罰的違法性の判断の基準としては「被害の軽微性」と並んで「行為の相当性」が挙げられる（藤木・前掲書、三八―三九頁）。そこで、「社会的相当性」と、可罰的違法性の判断における「行為の相当性」との違いが問題となるが、社会的相当性の理論の場合における「行為の社会的相当性」の判断とは、当該行為の社会的常規性により、例外的な正当化事由（違法性阻却事由）の援用をまつまでもなく、当初より適法視されるべき行為であるといえるかどうかの判断である。これに対して、可罰的違法性の理論の場合における「行為の相当性」が認められるか否かは、その犯罪の構成要件に対して規定された法定刑を基準にして、そのような刑罰を必要とし、そのような刑罰に値する実質的に違法な行為といえるかどうかという観点から判断される（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、四二頁参照）。従って、「行為の社会的相当性」が否定されても、可罰的違法性の判断の基準の一つとしての「行為の相当性」が認められうる場合がありうることは当然のことである。むしろ、本文において述べたように、可罰的違法性の判断は、社会的に相当でない行為の存在を前提としているといえる。

また、本稿との関係において、とくに注意しなければならないことは、社会的相当性の判断は「全体としての争議行為」に対して加えられ、可罰的違法性の判断は各個の団結構成員の行為に対して加えられる、ということである。

- (10) 藤木・前掲書、三頁。

- (11) 可罰的違法性論の体系的位置づけをめぐって、藤木教授の見解と佐伯千仞博士の見解とが対立している。藤木教授の可罰的違法性論は本文で述べた定義づけから明らかなように、もっぱら構成要件の問題であるといえる。これに対して、佐伯博士の可罰的違法性論は主として違法性判断の段階で問題となるものである。ただし、佐伯博士も、可罰的違法性の欠如のために構成要件該当性が阻却される場合を肯定されて、可罰的違法性の欠如が構成要件該当性を阻却するか否かは、その構成要件を規定している罰条解釈の問題であるとされている（佐伯「刑法講義（総論）」一八〇頁、註③）。この点に関して、われわれは、佐伯博士が、当該行為が犯罪類型にはいおうあてはまるが、例外型としての違法減輕事由または可罰的違法阻却事由がある場合とされるような事例においては、すでに、当該行為は、可罰的違法類型として把握された構成要件（佐伯博士の場合には正確には犯罪類型）に該当しないのではないかと考えることができる。可罰的違法類型として価値的に把握された構成要件を前提として考えるかぎり、これは当然の帰結ではなからうか。ただし、構成要件該当の行為の具備する違法性徴表機能とは、まさしく、可罰的違法性徴表機能でなければならず、かような可罰的違法性徴表機能を具備し

ないような行為は、はじめから構成要件＝可罰的違法類型に該当しないものと考えられるからである。構成要件と違法性阻却とを、原則型と例外型として把握するのであるならば、あくまでも可罰的違法性の理論は、もっぱら原則型の問題として、すなわち構成要件の問題として把握するのではなからうかと思われる。ここではこの問題を詳細に検討する余裕がないので、以下に更に詳細に考究されなければならないと考えられる点を二つ挙げてみることにしたい。まず第一に、価値中性的な構成要件を克服して、構成要件を「可罰的違法類型」として把握される佐伯博士が、何故に、可罰的違法性が欠如する行為にまでも、構成要件該当性を認められるのか、という点を更に詳細に検討しなければならないであろう。この場合には、構成要件の保障機能の問題にまで遡って考察する必要があるであろう。第二に、藤木説においては、可罰的違法性の存否に関する実質的違法性の判断が、構成要件該当性の判断に先行するのであるが、この場合、当該構成要件が予想する程度の違法性の存否の判断は、構成要件該当性ありとの判断がなされた後に行なわれる正当化事由（違法性阻却事由）の存否についての判断（もちろん、これもまた実質的違法性の判断である）と、どのような関係に立つのか、ということが究明されなければならないであろう。とくに、ここでは、刑法三五条の正当行為をどのように解するのかということが問題になるであろう。

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、二〇頁以下。

藤木「注釈刑法②の1」一四八頁。

「正当」でない争議行為についていかなる法律上の責任が生ずるのかという点については、とくにその体系化の点において、労働法学上いまだに十分に明確な定説が存しないようである。

かつて、違法性阻却説の側から、一たん全体としての争議行為が「正当でない」とされた場合には、「刑事上、民事上の免責をうけず、そこに展開されている各行為につき刑法典や民法典の見地から、その責任が判断されることになる」という説明がなされ、「争議行為が正当なものでないため、この刑事上の免責をうけない」ということは、当該の争議行為たる行為が一般刑事法の立場において犯罪としての構成要件に該当するか否かということの問題とされうることである（石井「労働法（法律学講座）（旧版）一二六頁、一三四頁」と述べられた際に、宮島教授、蓼沼教授が右の見解の矛盾点を指摘されて、つぎのように言われた。すなわち、「違法性阻却」という範疇は構成要件に該当して形式的に違法とされる行為を違法性阻却によって実質的に違法たらしめないというものであって、ある行為が構成要件に該当していることを前提として始めて問題となりうるのである。当該争議行為が免責を受けえないで、違法性阻却が否定されるという場合、行為は既に

労働争議行為の刑法的意義

一三三

阪南論集 第十巻第一号

二四

に構成要件に該当しているものであるから、あらためて構成要件該当性の有無の判断を問題とする必要はないはずである、と（宮島・前掲論文、六二頁註⑧）、蓼沼・前掲一橋大学創立八十周年記念論集下巻、二八九頁）。右の場合に、石井教授が、刑法理論上の「違法性阻却」の概念を用いられていたのであるならば、宮島、蓼沼両教授が指摘されたように、石井教授の見解は一つの矛盾であるといわざるをえない。

また、津曲蔵之丞教授は、「労働組合のなす争議行為その他の団体行動は、まず最初に、それが、労働法上、正当なものであるかどうかを判断して、それが正当な行為でないと判断されたものについてだけ、刑事法上もしくは民法上の違法行為としての構成要件を満たしているかどうかを判定するのである」と説かれて、労働法上の正当性の判断が、刑法上の構成要件該当性の判断に先行するとされている。ところが教授は他方で、「労働組合のなす団体行動が『正当なる』ものである限り、それは刑事法上及び民事法上の違法性を阻却する」とされて、違法性阻却説を採られている（津曲蔵之丞「争議行為と業務妨害」（総合判例研究叢書労働法②）六三頁）。津曲教授のいわれる「違法性阻却」が、刑法理論上用いられている「違法性阻却」の概念であるならば、教授の見解もまた、体系化が不十分であるといわざるをえない（木田純一「信用および業務妨害」（刑法講座5）二八四頁参照）。

これに対して、労働法上正当な争議行為については、市民刑法上の構成要件該当性の有無は問題となりえない、とされ、「争議類型及びその態様が労働法上違法とされた場合、その違法な争議行為を組成する団結各構成員の刑事責任は、刑法各本条の規定に従い、構成要件該当性の判断から出発しなければならぬ」（蓼沼・前掲一橋大学研究年報法学研究1、一七四頁）とされる蓼沼教授の見解は、体系的にも首尾一貫しているといえる。本稿は、刑事免責の構造に関して、蓼沼教授の見解に負うところが大きい。

三 最後に、いわゆる「暴力の行使」について考えてみたい。

労組法一条二項但書は「但しいかなる場合においても、暴力の行使は、労働組合の正当な行為と解釈されてはならない」と規定している。この但書における「暴力の行使」とは、争議行為の手段が相当でない場合であって、この場合に、本文の適用が受けられないことは明らかである。そこで但書の規定は、当然のことを注意的に規定した

と考えられている⁽¹⁾。

ところが、この但書にいう「暴力の行使」とは、どういう意味であるのかが必ずしも明確ではないといえる⁽²⁾。そこで、この不明確性を解消しなければならないことになる。

まず、暴力の行使とは、これを端的に『暴行』であると理解することが可能であろう。この場合、学説の『暴行』の概念の定義のうちには、単に有形力の行使をいうとしたものもあるが、大野平吉教授がいわれるように、暴行とは、「有形力すなわち物理的な力の行使とその不法性という、二つの要素からなる複合的概念である⁽³⁾」と解することが妥当であろう。つまり、「不法な」有形力すなわち「不法な」物理的な力の行使を暴行というのが妥当であろう。「暴」行という言葉の普通の意味からしても、またいわゆる実力の行使と暴力の行使を区別する上からしてもそのようにいうことができる⁽⁴⁾。従って、一切の物理的な力の行使がただちに暴力に当たるとすることはできない。たとえば、「相手方が正当なものと認められる程度のスクラムを強引に突破しようとする瞬間において、相手方の着衣の袖をただ一回だけ掴む程度のことは、右スクラムの状況及び一般社会通念に照らし不法性がないものと解するのが相当である⁽⁵⁾」といえる⁽⁶⁾のであって、このような場合には、「暴行」すなわち「暴力の行使」は存在しないものと考えるべきである。このようにして、「暴力の行使」が、それ自身不当性を本質的要素とするが故にこそ、労組法一条二項但書は、きわめて当然な帰結を宣言しているといえるわけである⁽⁷⁾。また逆に、但書を当然の注意の規定と解する以上、但書にいう「暴力」とは、刑法三五条の適用が排除される性格を具える暴力でなくてはならず、「力の行使」一般につき規定したものと解すべきではない⁽⁸⁾といえる。

つぎに、無形的暴力ともいえるべき「脅迫」が、暴力の行使に含まれるか否かについては、浅井清信教授が述べられているように、「脅迫のうち、労働法上不当とみられる有形力の行使（暴力の行使）の脅威によって強制を加え

労働争議行為の刑法的意義

二五

阪南論集 第十卷第一号

二六

る場合（例えば賃上げしなければ放火し、殺すといって賃上げさせようとする場合）は、暴力の行使に準ずるものとして不当であるといえるであろう。しかし「真実に相手方を強制しうるほどの脅威を加える場合でなければならぬ⁽⁹⁾」のである。

さて、いわゆる板橋事件についての最高裁大法廷判決は、「所論の労働組合法第一条第二項においても、労働組合の団体交渉その他の行為について無条件に刑法三五条の適用があることを規定しているのではないのであって、唯労働組合法制定の目的達成のために、すなわち、団結権の保障及び団体交渉権の保護助成によって労働者の地位の向上を図り経済の興隆に寄与せんがために為した正当な行為についてののみ、これが適用を認めているのである。従って勤労者の団体交渉においても、刑法所定の暴行罪又は脅迫罪に該当する行為が行なわれた場合、常に必ず同法三五条の適用があり、かかる行為のすべてが正当化せられるものと解することはできないのである⁽¹⁰⁾」と述べているが、この段階では、最高裁の判例は、暴行罪または脅迫罪にあたる行為には、刑法三五条が適用されないということについては、必ずしも明白ではなく、むしろ、伊達秋雄教授が指摘されているように、事情の如何によつては必ずしも刑法三五条の適用がないとはいえないということを前提において肯認していることが窺われなくもないのである⁽¹¹⁾。ところが、その後、判例は卒然として「労働組合法一条二項の規定は、勤労者の団体交渉においても刑法所定の暴行罪または脅迫罪にあたる行為が行われた場合にまで、その適用を定めたものではない⁽¹²⁾」として、暴行罪または脅迫罪にあたる行為には、刑法三五条の適用は認められないという立場を宣言するにいった。そして以後、最高裁判所の判例は、この見解を踏襲している⁽¹³⁾。

この最高裁の判例に関しては、藤木教授のいわれるように、「元来、暴行という概念そのものが、極く形式的に、単なる有形力の行使として定義されるべき性質のものではなく、そこに『不法な』という限定が加えられている

とおり、ある程度幅、含みのある概念」であって、「形式的、画一的に定まるものでないことを前提とするならば、判例のように、暴行罪、脅迫罪に該当する行為は、すべて暴力の行使であって刑法三五条適用の余地がないとしても、不都合はない⁽⁴⁾」といえるかもしれない。ところが、判例が、藤木教授のいわれるような前提に基づかず、暴力の概念を特定化・固定化し、暴行・脅迫等の「力の行使」につき、如何なる事情があっても、刑法三五条の適用が排除されると考えるのであるならば、つまり、「力の行使」が存在した以上、その「正否」を論ぜず、刑法三五条の適用が排除されると考えるのであるならば⁽⁵⁾、それは不当であるといわざるをえない。けだし、莊子教授が指摘されているように、争議行為につき刑法三五条の適用の有無を論ずるに当っては、特に争議行為の「場」に対する考察が加えられるのであって、暴行・脅迫という力の行使がなされた場合でも、「正当」な力の行使として考えられる余地はあり、それにもかかわらず、暴行・脅迫の際には刑法三五条の適用は排除されると唱えることは、刑法三五条の適用の可能性を狭めるものであるからである⁽⁶⁾。「暴力の行使」の意義を十分に明確にすることは困難であるが⁽⁷⁾、結局、「具体的事案において、正当性判断につき論議を進めるべきであって、『暴力』の行使の実体即ち暴行・脅迫等に該当することにより刑法三五条適用の可能性排除を即断することは許されない⁽⁸⁾」といえよう。最後に、争議団結活動（いわゆる「全体としての争議行為」）に附随して一部構成員の暴行ないし「暴力」が生ずるとしても、それは「全体としての争議行為」の独自の労働法的合法性に影響を及ぼさないとされる⁽⁹⁾ことを付言しておきたい。

- (1) 莊子・前掲書、三三頁参照。
- (2) 「暴力の行使」に関する諸学説については、浅井清信「集团的労働法理の展開」三三四頁註(2)参照。
- (3) 大野「再び可罰的違法性の理論について」⁽⁵⁾判例タイムズ、二六六号、二二頁。

労働争議行為の刑法的意義

二七

阪南論集 第十巻第一号

二八

- (4) 大野・前掲論文、二二頁。なお、浅井教授は「違法な有形力の行使が暴力である」とされ、「ここにおける違法性の判断は労働法的価値判断であり、行使される有形力の対象と行使の態様により具体的事実に基づいて行なわれなければならない」と説かれている。浅井・前掲書、三二八頁。
- (5) 東京高判昭三一・七・一九高判集九・七・七六。
- (6) 中義勝「刑法総論」一四八頁参照。
- (7) 浅井・前掲書、三二八頁参照。
- (8) 莊子・前掲書、三二一―三三頁。
- (9) 浅井・前掲書、三四三頁。
- (10) 最判昭二四・五・一八刑集三・六・七七二。
- (11) 伊達秋雄「争議行為としての『暴力の行使』と刑法第三五条」ジュリスト五三三号、九頁。
- (12) 最判昭二五・七・六刑集四・八・一一八七。
- (13) 大野・前掲論文、二〇頁。なお、「暴力の行使」に関する判例の態度、およびそれに対する批判については、浅井・前掲書、三三五頁以下に詳しく述べられている。
- (14) 藤木「労働争議における暴力と威力について」警察論集一三巻五号、一八一―一九頁。
- (15) 莊子・前掲書、三三三頁。
- (16) 莊子・前掲書、三三三頁。
- (17) 宮内教授は、「暴行・脅迫概念は市民刑法におけるそのままの形では、争議状態の場では妥当しないと考えるべきである」と説かれている。宮内「労組法一条二項における『暴力』について」講座労働問題と労働法3、一四三頁。
- (18) 浅井・前掲書、三四五頁は「有形力の行使は事実認識によって把握され比較的に確認されうる事実であるが、これに反して違法性の決定は労働法的価値判断の問題にぞくし、労働法解釈の方法論と判断者の世界観や法感情ときんみつな関連をもつからきわめて動搖的である」とする。
- (19) 莊子・前掲書、三三一―三四頁。
- (20) 蓼沼・前掲一橋大学研究年報法学研究1、一七八頁。

五 まとめ

現代社会において、労働争議行為が正当に為された場合に、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と考えられるのであって、ここに労働争議行為のいわゆる刑事免責という問題の生ずる余地が存するものと考えられる。

この刑事免責に関する法論理構成としては、従来より違法性阻却説が通説的に承認されてきたといえる。そして、この違法性阻却説に対する批判として、一方では労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説が唱えられ、他方で社会的相当性の理論を援用することによって構成要件該当性阻却が主張されたわけである。ところが、労働法独自の原理による構成要件該当性阻却説は、法論理構成としては、十分に成功しているとはいえない。この説の力点は、論理構成そのものにあるというよりも、むしろ争議行為の法的評価、すなわち争議行為は本来的に当然正当合法なものであるということにあると理解することができよう。この点において、社会的相当性の理論は、このような争議行為の法的評価を刑法理論上に十分に反映させることができると考えられる。つまり、社会的相当性の理論を労働刑事事件にも及ぼすことが、『争議権保障のもとで争議行為は原則として合法と解すべきである』という要請に答えるための一つの理論的可能性を提供するものと考えられる。

そこで問題は、労働争議行為が一種の社会的相当行為といえるかどうかということになる。この問題については、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、及び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

労働争議行為の刑法的意義

二九

阪南論集 第十巻第一号

三〇

行為の社会的相当性を立証することができる。そして、いわばその解釈技術的帰結として、一種の社会的相当行為たる労働争議行為は当初より構成要件にも該当しないということを導き出すことができるわけである。この場合、われわれにとってより重要なのは、あくまでも、労働争議行為の社会的相当性という実質的問題であるということに注意しなければならない。

さて、労働刑法においては、刑事免責の範囲ということが、最も重要な問題としてとりあげられなければならない。この場合には、争議行為の正当性の評価に当たっての基本的視点を明らかにすること、労働法の立場からの価値評価においてもはや正当でないとされた場合に、労働法上の違法性が可罰的違法性にかに結びつけられるかという問題を検討すること、また労組法一条二項但書の「暴力の行使」をめぐる問題点を検討すること等が、重要な課題となろう。本稿においては、この点に関する検討がなお不十分であるかもしれない。これらの問題の解決のためには、労働法学者と刑法学者との協力が期待されよう。刑法学専攻者としても、これらの問題の解決に当っては、労働法学において獲得された成果を積極的にとりいれることに努めなければならないであろう。

本稿で採り上げた問題は、労働争議行為の刑法的意義に関する考察の序論にあたるものである。今後、これらの問題を更に掘下げて検討すると同時に、労働争議行為の各種類型と犯罪の成否の問題、例えば「ストライキと強要罪・恐喝罪」あるいは「ピケッティングと威力業務妨害罪」といった問題の考察に取掛からなければならないことになるであろう。これらの類型的考察により、実践的な意義が認められるといわれるかもしれない。

—完—