

## 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 —

編会ヨリ寄贈

蓼 沼 謙 一

はじめに

### (1) 争議行為のいわゆる刑事免責について

争議行為をめぐる刑事責任の問題については、かつては、労働法学専攻者に比べて、刑法学専攻者のアプローチははるかに少なかった。戦後一五年近くたった昭和三四年一一月に「労働刑法（法律学全集四二巻所収）」を著わされた莊子邦雄教授も、この本の「しおり」のなかで、「労働法上の知識を前提とすることから来る尻りごみ」からであろうか「刑法学者の活躍が『労働刑法』の分野において如何にも手薄」であることを——「労働法学者の側には逆に刑法上の知識を前提とするというこ

とがあるにも拘らず、その活躍は極めて顕著である」ことと対比させて——歎かれ、「もっと刑法学者が活躍することが望ましい」と言われていた。私は、教授のこの著書を、争議行為と刑事責任という問題に関する刑法学専攻者の研究史において一つのモニュメントをなすものとして、高く評価しているが、その後、独特の可罰的違法性論をひっさげた藤木英雄教授の著作や、これに批判的な井上裕司教授の論稿なども現われ、この問題領域における刑法学者の活躍状況もかなり変わってきたように思われる。

本稿は、右の問題領域における私見を含む労働法学専

攻者の見解に対する、莊子教授ら刑法学専攻者の側からの批判の一部に私なりに応えるとともに、若干の質問を提示しようとするものである。

一 従前の「構成要件該当性阻却説対  
違法性阻却説」という図式

労働者に対する憲法二八条の争議権保障によって、正当な争議行為について労働者が刑事責任を追及されることはない。これが一般に、「(正当な)争議行為について刑事免責とよばれるものである。「免責」というと、違法ではあるが責任は免れられる」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。

このいわゆる刑事免責は、憲法二八条の争議権保障の当然の帰結であり、「正当な」争議行為等について刑法三五条の規定の適用がある旨定めた労組法一条二項は、憲法二八条に内包される法理の注意的確認にはかならない。このことじたいは、労働法学者の間でほぼ異論なく承認されているところである。

しかし、いわゆる刑事免責の法論理構成(法律構成)については、「正当な」争議行為は刑法その他の刑罰法規の構成要件にそもそも該当しないと考えるべきであるとする説(いわゆる構成要件該当性阻却説)と、「正当な」争議行為は刑罰法規の構成要件に該当しても違法性を阻却されると解すべきものとする説(いわゆる違法性阻却説)との対立がある。

この対立は、構成要件該当性阻却にせよ違法性阻却にせよ、刑事責任はいずれも不成立となり、異なった結果を導き出すものではないから、その意味では両者の優劣論は実益がないといえる。また、ある行為の構成要件該当は違法性の一応の推定をうけることを意味するにとどまり、違法阻却事由があれば、その行為ははじめから違法ではない(違法性阻却は、ある行為がいったん違法とされたうえでその違法が除去されるというものではない)のであるから、争議権が保障されるいじょう争議行為を一応にもせよ違法とみる違法性阻却説はとりえないというような理由による構成要件該当性阻却説の主張にくみすることはできない。これに似て、違法を形式的違法と法と実質的違法にわけ構成要件該当行為を形式的違法と

(3) 争議行為のいわゆる刑事免責について

みる立場から、違法性阻却説は正当な争議行為を形式的にもせよ違法とみる点で採りえないというように主張されることもあるが、実質的違法性を欠く行為は遡ってはじめてから違法ではないことになる点に注意すべきである。すでに、争議行為を原則的に合法とみるかが問題の核心であって、この合法を構成要件該当性阻却とみるか違法性阻却とみるかは、法技術的論理操作の問題にすぎず、ただ、違法性阻却という論理構成は、現実には争議行為を一般に違法視する警察・検察的意識を温存するのに役立つてきた面があったのではないかと指摘されている<sup>(1)</sup>。違法性阻却説が事実上かかる機能を果して営んできたかどうかについては問題があるろうが、労働法學説の間の構成要件該当性阻却説と違法性阻却説との従来の論点は、一般に、せいぜいかかる事実上の機能と結びつくものにはすぎなかったのである。両説のいづれをとるかによって、争議行為に対する捜査当局による現行犯処分の問題に差が出てくるかについても、同様に、構成要件該当性阻却説によった方が事実上当局の処分をいくらか困難にするという違いがあるにとどまるであろう。

右に指摘した点に関するかぎりでは、構成要件該当性

阻却説か違法性阻却説かの対立は、とりたてて論ずるほどの価値をもたないといってよいであろう。しかし、私は、正当な争議行為についてのいわゆる刑事免責の法論理的構造いかんの問題は、争議権保障のもとの争議行為(労働者団結したいの意思にもとづく、ある時間的広がりをもった多数労働者の集団的な一つの組織的行為であって、さまざまな活動を内包しつつ流動的に展開される)の法的評価方法いかんという、争議行為法上もっとも重要な基礎的問題と不可分のものであると考える。従来も私は、このような視角からいわゆる刑事免責の法論理的構造の問題を取扱ってきたつもりであるが、残念ながら、違法性阻却説を正当な争議行為に対し形式的にもせよ違法の観念をいれるもので不当だとか、違法性阻却事由はもともと例外的に認められるにすぎぬから、違法性阻却説は争議行為の原則的合法性を見失うものであるとかの理由をあげるだけで構成要件該当性阻却説をとるべきだと主張する議論のなかで、私見はかかる素朴な(?)構成要件該当性阻却説の一つに挙げられがちであった。しかし、本稿で再説するように、私見はかかる構成要件該当性阻却説とは無縁である<sup>(3)</sup>。

(1) 佐藤昭夫「ピケット権の研究」一九九頁以下。本多淳亮「争議行為の刑事上・民事上の免責については、どのような理論構成ができるか」片岡・本多・窪田共著「労働法の基礎知識」九五—六頁は、これに同調される。

(2) 拙稿「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二八一頁以下(昭和三〇年)、同「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一—二九頁以下(昭和三二年三月)、同「争議権論——歴史及び性格」労働法学会編・労働法講座第三巻四四五頁以下(昭和三二年五月)。

(3) 私のことでの問題関心は「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(その合法性を構成要件該当性阻却と解するか違法性阻却と解するかは法技術的構成の問題で、両者の間には単に後者が現実の争議行為を一般に違法視する意識を事実上温存するのに役立つおそれがあるという違いがあるにすぎない)」という命題の強張に向けられているのではない。争議権の憲法上の保障が要請する、現実の争議行為に対するその特質に注目しての法的評価方法との関連で、いわゆる刑事免責の法論理構成はいかにあるべきか、を私は問題としてしているのである。

## 二 庄子教授らの批判について

ところで、庄子教授は、多くの労働法学者が構成要件

該当性阻却説をとっており、私見もその一つであるとして、これに対して次のような批判を展開される。

(一) 第一に、「市民刑法規範と労働法規範とは次元を異にする……以上、市民刑法上の構成要件該当の問題は、市民刑法規範の上から判断すべきであって、次元の異なる労働法規範から判断することは矛盾」である。「労働法規範の介入は、市民刑法規範の上から構成要件該当の判断を受けた後においてであり、特に違法性判断においてである。……違法性判断の段階において始めて、市民刑法規範と労働法規範との交渉が展開され、労働法規範が市民刑法規範の解釈に影響を及ぼすことにより、争議行為の正当性を獲得する可能性をもつといえる。」たとえば、刑法の威力業務妨害罪にいう「威力」の意味は労働事件と市民法事件では相当異なってくるという「比較的多くの〔労働法〕学者に採られている」見解、すなわち「構成要件該当性としての『威力』につき労働事件の特殊性からの解釈をする」態度は、妥当でなく、「労働事件の特殊性の展開は威力の『違法性』においてなすべきである。」<sup>(1)</sup>

第二に、労組法一条二項は刑法三五条を援用している。

(5) 争議行為のいわゆる刑事免責について

そして、刑法三五条を構成要件該当性阻却を定めたものと解することは、もとよりできない。しかも労組法一条二項が刑法三五条を援用していることには特別の意味がある。すなわち、刑法三五条は、もともと市民法規範の競合に際し正当性判断の規制的機能を發揮するため設定されているが、争議行為の場合のように、「市民法規範」と次元を異にする労働法規範と市民法規範とが競合する場合」にも「刑法三五条がやはり……規制的機能を發揮」すべきものとして、正当な争議行為に対する同条の適用が労組法一条二項に特に規定されたものである。<sup>(2)</sup>

教授のこの立論は、刑事責任の成否に関する構成要件該当——違法——責任という順序・方法による判断は、罪刑法定主義の原則と結びついており、構成要件該当の判断よりも前に、これに先行して全法秩序の観点から実質的に違法かどうかを問題とする違法判断を行なうことは、犯罪構成要件の内容・範囲の不明確を招来し「犯罪構成要件の保障的機能を失わせる」。(藤木教授の主張されるような意味での可罰的違法性論の排斥)という刑法の一般理論<sup>(3)</sup>を前提として、①市民刑法規範と労働法規範とは次元を異にする。②それ故、市民刑法上の構成要件

該当の判断にあたって、労働法上の判断を混入させることはできない(この点につき、教授は最近「市民的刑法上の」犯罪構成要件該当判断において、労働法規範の介入する余地はみとめない。にもかかわらず、労働法規範を介入させて判断を加えるものとすれば、市民刑法規範の類型化としての構成要件の機能を否定し「犯罪構成要件の保障的機能を失わせる」こととなろう<sup>(4)</sup>)と述べられている。③争議行為と市民刑法上の刑事責任という問題は、争議行為の市民刑法上の構成要件該当性を前提として、それが全法秩序の観点からする実質的違法性をもつかどうか——刑法三五条の違法性阻却事由の有無——を問うものである。この場合の全法秩序は市民刑法と労働法との双方を含むものであって、労働法規範の介入はこの違法性判断の段階ではじめて行なわれなければならない(最近教授は、この点につき「労働法規範が正当化機能を發揮しうる場合は、違法判断の次元でなければならぬ。しかも、労働刑事事件においては、市民刑法上の構成要件に該当した行為につき労働法規範の正当化機能が作用するため、たえず労働法規範と市民刑法規範とを総合した判断が要請される。……〔かかる〕総合的

判断に立脚して争議行為の正当性の限界をさだめるべきである」とされている。

このうち、②は、市民刑法規範が労働法規範と次元を異にし「労働法規範と異質」なものであるという前提にたつじょう、当然の事理であり、③も、市民刑法上の評価・判断において、構成要件該当性が肯定されたあとの違法性判断が、全法秩序の観点から、すなわち市民刑法のみならずこれと次元を異にし異質の労働法をも含む法秩序全体の観点からなされなければならぬという点にも異論はない。問題は、これら②③に含まれる労働法と市民法とは現行法秩序のなかで次元を異にし異質のものとして存在するという①の命題の意味内容である。私もこの命題を是認するのであるが、荘子教授はこれをどのような意味で把握されているのであろうか。

(二) この点につき、教授は、労働法が労使の「実質的平等の角度から、市民法原理に対する修正」の契機を含むこと、「市民法体系の一環として形成された刑法規範は、個人の同質性を背景として一般化された抽象的人間につき法益を設定したものである」とあって、「労使の具体的・社会的関係を予定して法益ないし構成要件を設定したも

のではない」(市民刑法上の構成要件は市民法秩序の維持・形成を目的とし、市民刑法規範を化体したものである。労働者とか使用者の別なく、市民一般の法益侵害を類型化したものである。)ことを指摘されるにとどまる。労働法上の争議権の成立による市民法原理の修正の法論理構造については、教授は、違法性阻却という把え方が市民法理の「蚕食」の上に成立する争議権と市民法理との動的対抗関係を「立体的に処理」しうる点でまざっているとされる有泉教授の立場に賛同される。そして、「同教授のいうように、『全法体系の性格の変質』が生じない以上、労働法規範を市民刑法規範と同一次元で論ずるといふよりは、市民刑法規範では威力業務妨害罪等の構成要件を充たすが、労働法規範を考慮することにより違法性は阻却されるという形において対置することの方が、市民刑法規範と労働法規範との対立を明確に把握できる」と言われる。

しかし、果してそうであらうか。有泉教授は、争議権の成立によって生じた「市民法では違法なことが労働法では違法ではない」ということがらの本質を、市民法理のかかる蚕食が具体的にどこまで認められるかが歴史的

(7) 争議行為のいわゆる刑事免責について

社会的に流動するという特色も含めて、法論理構成のう  
えに反映させることのできるのは違法性阻却という構成  
であると主張される。しかしながら、これに賛同される  
莊子教授の法論理構成、すなわち市民刑法規範を出発点  
にすえて、その構成要件該当の判断を行ない、これが肯  
定される場合にそのことを基点として、全法秩序の観点  
から判断を行ない、その段階で労働法規範をも考慮にい  
れることによって違法性を阻却される場合がありうるこ  
うのように、いわゆる刑事免責を構成することは、市民  
刑法的判断方法の第二段階で労働法的考慮を加えるとい  
うことであって、次元を異にする市民法理と労働法理と  
の「立体的」構成とは言い難いのではなからうか。それ  
は、同じく市民刑法規範を出発点にすえて、威力業務妨  
害罪等の構成要件そのものが、争議権の成立によってそ  
の内容・範囲を縮小され、かくて正当な争議行為は威力  
業務妨害の構成要件に該当しない、というように把える  
構成要件該当性阻却説と、市民刑法規範を出発点にすえ  
た市民刑法的判断方法を採用しているという点では変り  
はなく、ただ後者はこの判断方法の第一段階で労働法的  
考慮を加えるという違いがあるにすぎないのである。

(三) 莊子教授は、民法と労働法とが次元を異にする  
ものとして、有泉教授と同様、両者の異質性と対抗関係  
を認められながら、市民刑法規範の構成要件に該当する  
かどうかの判断に先立って、労働法上の判断を行なうこ  
とを排撃され、次のように言われる。

「市民刑法規範として定型化された違法行為に該当す  
るかどうかが問われた後に、市民法体系と労働法体系と  
の接合点としての違法性判断が行なわれるべき性質のも  
のであるから、未だ構成要件に該当する行為としての判  
断が行なわれない以前に、労働法上の正当・不当を論ず  
ることは、順序として採り得ない。刑法上の構成要件に  
該当する行為として刑法上の世界に登場してきた行為に  
つき、労働法上の正当・不当が論ぜられ<sup>(10)</sup>るのである  
(傍点、夢沼)、と。

注目されるのは、社会的相当行為の理論に違法性の相  
対性・段階性を附加したものと自ら言われる独特の可罰  
的違法性の理論を提唱される藤本教授が、莊子教授と反  
対に、「労働法的原理の市民法秩序への浸透ということ  
によって、「市民刑法上の」構成要件の概念そのものが  
修正をうける<sup>(11)</sup>」場合のあることを認められながら、「多

くの労働者〔労働法学者?〕によって主張されている：  
 …労働刑事事件に対してはいわゆる労働法的評価を市民  
 法的评价に絶対に先行せしむべきであるとする急進的な  
 主張〔は〕……そのままこれを認めることは到底できな  
 い<sup>(12)</sup>〕と言われて、この点に関する限り、莊子教授に同調さ  
 れていることである。ちなみに、藤木説は、さきに紹介  
 したようなかたちでの構成要件該当性阻却説と違法性阻  
 却説との対立図式のなかで前者にかぞえられるべきもの  
 ではない<sup>(13)</sup>。莊子教授が、労働刑事事件につき、市民刑法  
 上の構成要件に該当するかどうかの判断次元で、労働法  
 理念による労働法的考慮を介入させることを峻拒される  
 のに反対して、藤木教授は「労働法的理念を、構成要件  
 該当性の段階で反映させることは〔社会的相当行為の理  
 論のもとで〕可能<sup>(14)</sup>とされるにすぎないのである。  
 ただし、藤木教授は、莊子教授のように市民刑法と労  
 働法とが次元の異なる異質的なものとして並存しつつ、  
 一の全体としての現行法秩序を形成しているという認識  
 に反対され、現行法秩序は「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」一元的構成をとるものと主張される<sup>(15)</sup>。

(四) 右に見たように、莊子教授も藤木教授も、労働刑  
 事事件における争議行為の法的評価は、市民刑法規範に  
 てらしての構成要件該当性の判断を、出発点にすえられ  
 る(両者の違いは、市民刑法の構成要件じたいに労働法  
 理念の浸透による変容ということを認めるか否かにある  
 にすぎない)。なるほど、争議行為に関する刑事事件で  
 市民刑法上の刑事責任の成否が問題とされるかぎり、争  
 議権の保障という労働法的考慮をどの段階でどのよう  
 に行なうにせよ、とにかく最終的には市民刑法上の構成要  
 件該当——違法——有責という要件が順次にすべてみた  
 されなければならぬのであるから、争議行為に対する法  
 的评价が右のような判断方法をとることを一概に排斥す  
 ることはできない。しかし、問題は、争議行為に対する  
 法的评价においてこのような判断方法を出発点にすえる  
 ことが、争議権の保障を含むにいたった現行法上の争議  
 行為の法的評価方法として果して適切・妥当か、とい  
 う点にある。

(1) 莊子邦雄「労働刑法」二八頁。

(2) 莊子・前掲書三〇頁。

(3) 私も莊子教授(「刑法総論」一八六―八頁、三一〇―



(9) 争議行為のいわゆる刑事免責について

- 一一頁)や福田教授(「注釈刑法②」のII一三二頁、一三六頁)などの説くように、規範的構成要件要素の存在は、一般的に構成要件該当の判断より前に違法性判断を先行すべきであるという結論を導き出すものではなく、社会的相当性が個々の構成要件要素の解釈原理として機能すべきことまでは認められるが、しかしそれ以上に、構成要件を一般的に限定する機能を社会的相当性に認めることは、社会的相当性の内容が極めて漠然としているところから、構成要件の保障的機能を弱め、さては失わしめることになるので、これを認めえないとする見解に賛成したい。
- (4) (5) (6) いずれも莊子「『限定解釈』の刑法的意義」ジュリスト五三六号(一九七三・六・一五)
- (7) 莊子「労働刑法」一八頁。
- (8) 莊子・前掲書二五—六頁。
- (9) 莊子「『限定解釈』の刑法的意義」ジュリスト五三六号。
- (10) 莊子「労働刑法」四四頁。
- (11) 藤木英雄「可罰的違法性の理論」八一頁。
- (12) 藤木・前掲書九三頁。
- (13) いわゆる刑事免責の法律構成につき、本多・前掲九二頁(片岡・本多・窪田共著・前掲書所収)は、すでに紹介したようなかたちで構成要件該当性阻却説と違法性阻却説との対立があると説き、前者を探る者のなかに多くの労働法学者とともに藤木教授の名を挙げてゐる。しかし、藤

木教授は、「従前述べたところは、誤解をうける面がないではなかった」とみずから断って、「労働法的理念の正当化機能は、基本的には、構成要件に該当した行為の違法性を阻却する面において演ぜられるものであることを前提としつつ、場合によってははじめから当該行為の構成要件該当性を否定する役割を演ずることがあるというのが(藤木説の)要点である」と述べられている(前掲書九三頁)。

したがって、藤木説は、さきの対立図式からすれば「違法性阻却説(主) + 構成要件該当性阻却説(副)」といえるものなのである。

- (14) 藤木・前掲書九三頁。
- (15) 藤木・前掲書九六頁。

三 争議行為の法的評価方法——争議行為  
それ自体の合法性

(一) 私は、前から、<sup>(1)</sup>現行法上の争議権保障の法的意義および古典市民法と異なり争議権保障をかかげるにいたった現行法のもとでの争議行為に対する法的評価方法について、大要次のように解してきた。

(1) 古典市民刑法は、自由な市民として把えられた各個人の市民的自由と権利の保障を第一次的な目的としているが、争議権の対象である争議行為は、多数の労働者

の団結活動としての本質的性格において、とくにその典型としての使用者に対するいわゆる経済的闘争スト（貫徹スト）において、使用者やピケ破り等の自由な営業を違法に妨害するものとして、市民刑法上、構成要件該当ないし違法と評価される契機を内包している。

現行法は、かかる性格をもつ争議行為を対象としてこれを労働者の基本権として承認したものである。それは、古典市民法理の貫徹が現実には労働者の生活の窮乏・破壊等をもたらさざるをえないなかで、団結活動としての争議行為が、労働者の生存権主張に根ざす必然的行動様式として展開されてきたことへの資本主義法の譲歩・対応であるとともに、他方では、かかる争議行為の自由と合法性の承認を、労使間のいわゆる集団的自治という新たな法機構の一環とし、これを秩序形成手段として、労使関係の動的安定を図ろうとするものである。

(2) 実際には争議行為中、または争議行為に際して行なわれる行為は、労働者団結体（通常は持続的団結体としての労働組合）の意思から逸脱した、またはそれとは無関係な、一部団結体構成員の行為を含みうる。しかし、団結活動としての争議行為は、その核心に、団結体じた

いの意味にもとづく団結体じたいの目的活動が、多数の団結体構成員のまさに集団的な共同行為によって実現されるという性格を内包している（争議行為の二面的な集団的本質）。争議権の保障は、争議行為のかかる核心的要素に着目して、これを労働者の生存権に根ざす行動として、他方、新たな秩序形成手段として、法認したものである。

(3) 労働者団結の目的活動という性格との関連で、公権力に向けられたいわゆる純粹政治ストも争議権保障の対象に含まれるかが問題となるが、とくに問題となるのは、使用者に対する貫徹ストとしての争議行為につき、その手段の面での本質（つまり争議手段の本質）をどこに求めるか、である。この争議手段の本質は、使用者を労働市場さらには商品市場から切離し、これらの市場における・資本の人格化としての使用者の活動、換言すれば資本所有権の機能停止を図る点に求められる。争議手段の典型とされるストライキも、単なるストライカークの消極的な労務提供の休止としてではなしに、かかる資本所有権の機能停止の手段として、かくしてピケッティングと不可分のものとして、把えられなければならない

(11) 争議行為のいわゆる刑事免責について

(それ故にこそ、スト権の歴史はピケット権の歴史であるといわれるのである)。労働者は、かかる性質をもつ争議手段として、自分たちのおかれたそのときどきの歴史社会的諸条件のもとで、もっとも実効的で有利と思われる型・態様の争議手段を選択する。したがって、争議手段は、かつてのラダイツ (Luddites) にみられたような機械等の破壊など、生産手段に対する使用者の物的支配それじたいの侵害とは本来無縁であるとともに、単なる労務提供債務不履行は罰せられないという古典市民法理の対象となる意味での、またその限りでのストライキを典型とするものではなく、ましてかかるストに限られなければならぬというものではない。

(4) 古典市民刑法法の法理の労働争議の場における貫徹という従前の事態を修正して、労働者の争議行為を基本権として承認したことは、右にのべたような労働者団結の目的活動と争議手段という性格をもつ・労働者の団結活動としての争議行為に対し、かかるものとしての合法性(法秩序に対する適合性)を、資本主義法が承認したことの意味する。争議権およびその対象をなす争議行為という新たな行為概念の登場により、争議行為の法的評

価に当っては、全法秩序がまだかかるものを承認していなかった段階と異なり、争議権の行使と認められる性格をもつ争議行為それ自体の合法性を出発点にすえなければならぬ。

(二) ところで、全法秩序の変容をもたらした争議権の法認ないし新たな労働法体系の成立に伴って生じた・争議行為の法的評価の出発点にすえられるべき争議行為それ自体の合法性は、それまで古典市民刑法が犯罪構成要件として用意していた行為類型にてらして、これに該当はするけれどもいまや実質的違法性を欠くというような法論理構成——違法性阻却説——によって、その合法性を根拠づけられるべきものであろうか。

たしかに、現実に行なわれる争議行為は、既述の・争議行為の二面的集団の本質から逸脱し、またこれと無関係な、団結体構成員の行為を含む場合が少くない。また、現実に行なわれる争議手段がその本質において資本所有権の機能停止に向けられている場合でも、その現象形態は種々様々である。労働者団結の目的活動に属する争議行為について、その二面的集団の本質に注目しての、資本所有権の機能停止に向けられた・その中核的部分の合

法性といつても、それは、現実の争議行為から右のような争議手段性をもたない行為や夾雑物的行為を排除したものであって、現実にもそのままの形で存在するわけではない。しかし、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ほほ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、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。

(三) 争議権の承認によって、右にのべたように、現実

の争議行為のなかに見出されるべき・争議行為それ自体の、新たに成立した労働法の次元における権利性、ないし労働法を含む全法秩序に対する直接的適合性については、市民刑法上の構成要件該当性や違法性の判断は問題になりえないのであるが、しかし、現実の争議手段は、そのなかに、争議権保障下において法的にその本体的要素とみられるべき・資本所有権の機能停止を意図する行為という性格をそなえている場合でも、その形態・態様は、既述のようにさまざまである。かかる現実の争議手段の合法・違法の評価に当たっても、そのなかに内包される・右のような意味での争議手段の本体的要素の全法秩序に対する直接的適合性が肯定されるが、それは、団結活動として展開された争議手段を、団結構成員の夾雑物的行為を排除した・一個の「型」として把握することによって、現実の争議手段のなから、その本体的要素として見出されるべきものの合法性を意味する。

注目すべきは、現実の争議手段についての「型」として把握された・その合法・違法の判断は、資本所有権の機能停止に争議手段の本体が求められるところから、ストロウアウトを除き、職場滞留型(スロー・ダ

(13) 争議行為のいわゆる刑事免責について

ウン等) とくに職場占拠型の争議手段については、資本所有権の機能停止のための手段的行為類型という性格が見出されるからといって、争議権の保障を根拠として直ちにその合法性をすべての場合に肯定するわけにはいかない、という点である。労働法上の争議権保障が、市民法との接触・対抗関係のなかで、かかる手段的行為類型のうちどの範囲までを争議権の正当な行使の範囲内にとりこんでいるとみるべきかを、市民法と労働法の双方に眼をくばった全法秩序の観点から判断することを必要とする。また、職場占拠型の争議手段のみならず、ウォークアウトに伴うピケッティングについても、職場占拠型とかピケッティングという型じたいとしては合法と認められる場合でも、さらにその態様の合法性が問われなければならぬ(前者における排他的占拠の合法性の問題や、後者におけるいわゆる団結の示威・平和的説得を超える有形力行使ないし物理的阻止の合法・違法の問題)。

争議手段の型およびその態様の合法性に関する以上の諸問題は、いづれも、市民法よりおくれず全法秩序のなかに新たに登場した労働法上の争議権によってカバーされる範囲を、現実に行なわれる争議手段について決定

していくという問題の諸側面に外ならない。

(三) 労組法一条二項は「正当」な争議行為等についていわゆる刑事免責を規定するが、かかる免責を認められるか否かという意味における争議行為の「正当」性の判断は、右にのべたような方法によって行なわれなければならないし、「正当」な争議行為と市民刑法上の違法性との関係も、右にのべたような争議手段の法的評価を含む争議行為それ自体の労働法上ひいて全法秩序上の合法性が、当然に市民刑法上の違法評価を排除すること(かかる評価と無縁であり構成要件該当性が問題になりえない)を意味するものと考えられる。争議行為の「正当」性<sup>11</sup> 刑事免責の有無は、争議行為を目的と手段・態様の両面から判断すべきであるという<sup>12</sup>ことは、労働法學上異論なく承認されているが、しばしば言われるように、この判断を「健全な社会通念」に従って行なうべきであるとするのは、問題を霧のなかに追いやるにすぎない。この判断を「争議権保障を含む現行法秩序全体の精神に従って」行なうべしとするようなことも言われる。これは抽象的命題としては正しい。しかし、問題はその具体的な意味内容である。

(四) 右にのべたような争議行為の「正当」性<sup>1)</sup>刑事免責の有無の問題は、労働法上の争議権の内包・外延の問題に外ならない。すなわち、それは労働法上の価値評価である。そして争議権は、市民相互間では市民刑法上の価値評価によって無価値<sup>2)</sup>違法とされる行為が、労使間の争議行為としてなされるときは新たな法的価値評価により、ある範囲で合法とされるにいたったところに成立するのであり、かつ、市民刑法と——争議権を含む——労働法とは異質のものとして次元を異にして存在するのであるから、現実に行なわれた争議行為が争議権の行使としての「正当」性を認められないからといって、市民刑法上の違法性が直ちに確定することにはならない。労働法上の「正当」性を否認された争議行為は、あらためて市民刑法上の価値評価(構成要件該当の判断から出発する)にさらされることとなるわけである。

ところで、さきに紹介したように、莊子教授は、「未だ〔市民刑法上の〕構成要件に該当する行為としての判断が行なわれない以前に、労働法上の正当・不当を論ずることは、順序として採り得ない」と説かれ、藤木教授もまた、「労働法的評価を市民法的評価に絶対に先行せ

しむべきであるとする」多くの労働法学者の見解には賛成しえない、と述べられる。しかし、莊子教授は、「労働法上の違法」は「刑法上の違法」に直結しないことを強調され、その一場合として、政治ストは目的の点で労働法上違法な争議行為ではあるが、それが刑法上も違法かどうかは「更に刑法上の評価判断に従い、……吟味すべきである」<sup>3)</sup>と言われている。私も、純粹政治ストは争議権の行使としての労働法上の「正当」性は認められないから、市民的行為には認められぬ特別のいわゆる免責という効果は与えられず、市民法上の市民の政治活動の自由という次元で評価判断される。従って、純粹政治ストが労働法上の争議行為としての「正当」性(これを合法性と言いかえれば労働法上の合法性)を認められないからといって、その意味での違法性が市民刑法上の違法に直結するわけではない、と解する。この場合、私は純粹政治ストについて、労働法上の正当・不当の判断を先行させ、それが不当と判断された後に、刑法上の合法・違法の判断を加えるのであるが、このような評価判断の態度も、莊子教授によれば、「未だ構成要件に該当する行為としての判断が行なわれない以前に、労働法上の正

(15) 争議行為のいわゆる刑事免責について

当・不当を論ずる」もの、あるいは藤木教授から「労働法的評価を市民法的評価に先行」させるものとして、排撃されなければならないのであろうか。莊子教授が、市民法と労働法とを次元を異にするものとして把えられながら、もしも、私見のように、争議行為の評価判断に当たって、憲法二八条の内包する法意の注意的確認規定である労働法一条二項にいう「正当」性の有無をまず問ひ、これが肯定されるいじょう市民刑法上の価値評価は問題になりえないとし、かかる労働法上の「正当」性（合法性）が否定される場合にはじめて市民刑法上の価値評価が問題となりうるとする態度を排斥されるのであるとすれば、その理由がどこにあるかを私は疑問とせざるをえないのである。

藤木教授は、前に紹介したように、現行法秩序のなかに市民法と労働法とが次元を異にして存在するという把え方に反対される。しかし、政治ストについて、「争議行為の目的の正当性」を欠くが故に「政治ストが違法である」といっても、その意味は、当該行為が労働基本権の行使としての法的保護を受けることがないというだけのこと」であり、政治ストについても「他の市民運動と同

じく、憲法上の表現の自由・結社の自由等の保障は及ぶから、その限度で罰則……の適用からの保護を享受できる」と述べられている。これは、政治ストを純粹政治ストに限るかぎり、私見と実質的に変わらないというだけでなく、まず労働法的评价を行なって、しかる後市民法的评价を加えるという順序・方法をとるものといえないであろうか。

(1) 一注(2) 参照。

(2) 莊子・前掲書四六頁。藤木「労働争議行為の違法性」注釈刑法(2)のIも「目的の正当性」と「手段の必要性・相当性」という(一五三頁、一五六頁)。

(3) 莊子・前掲書五〇頁。

(4) 藤木・前掲注釈刑法(2)のI一五五頁。

#### 四 結びにかえて

争議行為のいわゆる刑事免責は、多くの労働法学者により、これまで、構成要件該当性阻却説と違法性阻却説の対立として図式化されてきたが、それは、たしかに刑法学者からの指摘をまつまでもなく、批判を免れないものであったといえよう。しかし、そこで問題とされたことからは、現行法上の争議行為の法的评价方法いかんと

いう基本的に重要な問題につながると同時に、この重要問題との関連で、いわゆる刑事免責の認められる争議行為の「正当」性の内容と構造、かかる労働法上の「正当」性評価における争議行為の「不当」と市民刑法上の違法との関係をいかに把握すべきか、の問題を含むものであった。本稿は、これらの問題について、従来からの私見にごくわずか補説して、旧稿以後現われた刑法学者からの批判の一部に、私なりに応えようとしたものである。

私見のような争議行為のいわゆる刑事免責の把握方は、

有名な全逓中郵便事件で問題となったような、労働法上の合憲的な争議行為制限法規に違反する——その意味で「違法」な——争議行為にも、いわゆる刑事免責が認められるという意味での「正当」性は認められるか、という問題について、これを肯定することになるのであるが、その根拠づけについても、刑法学者の見解を質したいと思う点がある。しかし、紙幅の都合でこの点の論述は別の機会に譲りたい。

(一橋大学教授)