

## 争議行為のいわゆる民刑事免責の法構造

### 一 問題の提起

労組法第一条二項は「労働組合の行為であって……正当なものについて」は正当業務の刑事免責を定める刑法第三十五条の規定を適用する旨定め、また第八条は「同盟罷業その他の争議行為であって正当なもの」については損害賠償責任を生じない旨を規定し、争議行為のいわゆる民刑事免責を定めているが、ここにいう「正当争議行為」及びその効果としての民刑事免責の法的意味、また特にそれが如何なる意味において争議権保障の「当然の」効果であるかについては、すでに若干の批判学説によつて繰返し指摘されているように、現在といえども必ずしも明らかにされていない。

### 喜 多 實

ただこの民刑事免責については、従来から次のように説かれてきた。憲法上争議権が保障されたことの当然の帰結として、通常の市民法秩序では民事上及び刑事上の責任を発生せしめると考えられる行為でも、労働者の団体が「正当」にこれを行なえばその違法性は阻却され民事上の責任は生じない。労組法第一条二項及び第八条はこのことを憲法第二八条に含まれる当然の事理として、いわば「確認的」に規定したにとどまり、とくに労働法によつて「創設的」に認められたものではない。即ち、争議行為はその性格上必然的に古典的市民法秩序に到るところで抵触し市民法上違法と評価される可能性をもっているが、憲法上争議権が保障されたことの結果、かかる争議行為はこれをいきなり市民法によつてではな

く、まず民法上の「合法」・「違法」とは質的に異なつた「正当」・「不当」の基準でこれを評価し、「正当」の評価をうけた争議行為については民法上生ずべき民刑事上の責任を終局的に排除し、ただ争議行為が「正当でない」と判断された場合にのみ、改めて民法各条項に照らして、その違法性の有無を決定していこうとするいわゆる二段階論の立場であつて、わが国ではほとんど定説ともいふべき見解になつてゐる。

たしかにこうした考え方は、右労組法の規定の文理からみて自然な解釈のように見えるし、また原理的にも争議行為は民法の予定しない特殊<sup>1</sup>労働法上の社会現象であり、このために民法上の違法性概念とは異質の「正当」性で評価すべきだといふ考え方にはそれ自体異論はない。しかし、少なくとも右の二段階論のもとに理解される労組法一条二項及び八条が争議権の保障ななくづく労働基本権の一つとして争議権を保障したわが国憲法二八条の「確認的」な当然の規定であるとするには、基本的な疑問がある。

まず第一に、二段階論の立場では、争議行為を「正当」性の概念で評価することに争議権保障の本質的意味

がおかれ、免責はいわばその効果である。いい換えれば、通説が争議行為を「正当な」争議行為と「正当でない」それに区別しようとし、このために「正当」の意義を明らかにしようと努力しているのは、当該争議行為に民刑事の責任を免責するかどうかのきめ手しようとすることにその目的がある<sup>3</sup>。戦後わが国の争議法学説がそれぞれの立場から主としてこの「正当」の概念をめぐつて展開されているのはこのためである。しかし問題は、通説のように、争議権の保障によつてはじめて争議行為を「正当」という基準で評価することが許容されたとみることが、果して争議権を労働基本権として保障した憲法二八条本来の趣旨に適ったものであるかどうか、また、争議行為を「正当」の概念で評価することは争議権の保障を前提としなければ許されないかどうかである。

更に具体的に問題点を指摘してみよう。

(1) 通説の立場では、憲法上争議権が労働基本権として保障されたとはいつても、それは、争議行為を右のように「正当」で評価することが認められたということとどまり、そこでは未だ法律上独自の行為類型としての争議行為の概念は問題となり得ない。これを労組法一条二

項についていえば、同条は争議行為については刑法三五条の規定の適用がある旨定めているが、それは、争議行為をそれ自体「正当業務行為」とするといふのではなく、ただ違法性阻却というその効果に着眼してかかる適用が行なわれているにすぎないことになる。このために、通説においてもより、「正当」概念の分析を通じてそこには労働法上の独自の法理が形成されており、またその限りでは私もこの結論には賛成であるが、一旦争議行為が「正当でない」とされた場合には、かかる争議行為はその争議行為としての性格まで否認され、市民法の全面的な適用の前に曝されざるを得ない。もっともこの場合に、争議行為が市民法の適用の前に曝されるということは、当該争議行為が例えば当然に業務妨害罪または不法行為等を構成するという意味ではなく、それが市民法各構成要件に該当するか否かによって決定される、と説かれるが、免責を法律上違法性阻却として構成するとすれば、それは一つの矛盾という他はない<sup>(4)</sup>。

(2) 最も問題になるのは「正当」の概念である。通説において、争議行為が「正当」であるかどうかは当該争議行為の免責の有無を決定するいわばきめ手であるが、

そこには必ずしもかかる免責の有無を決定するに足る明確な原理的区別が与えられているわけではない。争議行為の「正当」性決定にあたって、通説は、その争議行為の「目的」及び「手段」という点から、また更には労働協約をも含めた争議行為の制限・禁止法というその形式の面からこの基準を定めようとしているが、これらをその効果である免責という観点からみる限りでは原理・態様ともにそれぞれ区々であり、また協約違反の争議行為のように民事免責はうけないが刑事免責はうけるとするもの、また逆に民事免責はうけるが刑事免責はうけないとされる労働法三七条違反の争議行為までここに含められて<sup>(5)</sup>いることに特に注目したい。また、通説が同じ「目的」の点で「正当でない」とする争議行為にも、少なくとも労働法上は争議行為とは認められ得ない純粹な政治ストと専従員給与の会社負担を要求するストあるいは加害ストといったそれぞれ性格を異にする争議行為が一括して<sup>(6)</sup>掲げられており、かかる各「正当」の基準から一箇独立の正当性概念をとり出すことはおよそ不可能である。即ち争議行為の「正当性」といっても、それは一箇独立の法概念ではなく、この立場にたつ論者も認めている

るように、結局は具体的各場合につき「健全な社会通念」に従ってその内容を決定されるいわば「一般条項」であるに過ぎない。だとすれば、かかる「一般条項」としての「正当性」に免責の効果の有無を無批判に認めることには、特に次に述べるように、争議行為が「正当でない」とされた場合の法的効果を考え合わせるとき、基本的な疑問がある。もしこうした「正当」―「免責」ということを憲法二八条の「確認的」な当然の法理だというならば、それは「一般条項への逃避」というより、むしろ非法律的なその濫用というべきである。

(3) 通説では、争議行為が「正当」である場合には、当該争議行為について市民法上生ずべき一切の責任が免責される、と説かれるが、ここにいう責任が争議行為である以上その性格上必然的に生ずる民刑事上の責任、つまり争議行為それ自体の責任であるのか、現実具体的に展開される争議行為について個々具体的に生ずる責任なのか、少なくともこの原理的区別が明らかにされていない。このことは争議行為が「正当でない」とされた場合についても同様である。例えば純粋な政治ストの場合には前者の責任、即ちかかる争議行為を指令・実行した労

働組合(又は争議団)は民事上不法行為の責任を、また当該政治ストに参加した個々の組合員は労働契約に基づく債務不履行責任を負うことになり、かかる政治ストは少なくとも労働法上その争議行為としての性格を否認されることになるのに対して、「平和的説得」の限度を超えたピケは争議行為それ自体の評価とは関係なく、ただ具体的場合について暴行罪、業務妨害罪といった刑事責任と、民事上は就労を阻止された者及び使用者に対する不法行為責任を発生させるにすぎないと考えられる。ところが通説ではかかる政治ストもまた「平和的説得」の限界を逸脱した争議行為も同じく「正当でない」争議行為として扱えられ、従って一律に民刑事免責を失う結果、右の「平和的説得」の範囲を逸脱した争議行為については、後者のそれぞれの責任の他に争議行為それ自体についての責任まで問われることになるのかという疑問が生ずる。もっともこの場合には通説においても、職場占拠、ピケ、出荷阻止、ビラ貼等の争議行為はその基本的な争議行為であるストライキから切離して評価するという立場がとられており、このために、ピケ等が違法であればそれらの手段は違法とされるが、その違法性はスト

ライキ自体の正当性には影響しないものとされている。しかしここには一つの問題がある。それはかかるビケ、職場占拠の「正当」・「不当」によって影響されないといわれる「ストライキ自体」の正当性を如何に基礎づけるかということである。もしこの解明なくして両者の「正当」を同一平面で観念し、しかも前者の「不当」は後者の正当性には全く影響がないのだとすれば、それは争議行為の正当性を「統一的な組織活動としての争議行為全体について判断」しようとする通説の立場そのものに矛盾することになるし、また右のように通説の解釈上の操作にも自ら限界が出てこざるを得ない。この恰好の例がいわゆる「法規違反の争議行為」である。即ち争議行為の「正当」ということを右のように一般条項として把える立場では、公務員法や公共企業体等労働関係法のように、争議行為を全面的に禁止する法の規定が存在するにも拘らず、これに違反して行なわれる争議行為がそれでもなお「正当」であるという論理はどうしても出てこない。従って当然に民刑事免責を失い、その結果、当該法規に定められた独自の罰則(国公法一〇条十七号)ないし不利(国公法九八条、地公法三七条二項、地公法一〇条四号)規定の適用をうけるほか、争

議行為がそれ自体についての責任就中業法罰則規定(例えば九条)の適用まで許容されざるを得ない。——これが少なくとも従来の学説・判例に支配的な見解であった。

以上の考察からもほぼ分るように、争議権構成にとつての基本的問題は、争議行為がそれ自体の正当性を如何に考えるかということである。この究明によって憲法上争議権が保障されたことの法的意味も自ら明らかにされるであろう。従って次項以下においてはまず争議行為と不法行為及び債務不履行の関係を主としてドイツ法との関連において考察し、ついで「正当争議行為」の法概念を明確にしたいと考える。

(1) 吾妻光俊「労組法における「正当」の概念について」  
〔法曹時報〕十一十卷一号、同「市民法の限界」〔私法〕十号)、藤沼謙一「争議権の承認と争議行為の法的評価」〔一橋大学八十周年記念論集〕下巻所収)、同「争議権論—歴史と性格」〔労働法講座〕第三巻所収)、同「正当争議行為のいわゆる免責とくに民事免責の意味について—従来の学説の検討を中心として—」〔季刊労働法〕二八号)、同「争議行為のいわゆる民事免責の法構造」〔一橋論叢〕四十卷二号)、同「争議権の保障といわゆる刑事免責」〔一橋大学研究年報、法學研究〕I所収)、同「争議労働関係の構造と特質」〔浅井還暦記念論集〕所収)。

- (2) もっともこの立場において、これら免責規定が憲法の「確認規定」であるかどうかは、争議団ないし組合資格要件を備えない労働組合にも民刑事上の免責が認められるかどうかの問題として考えられているにすぎない(石井照久「労働法」(『法律学講座』一二五頁)、東大労働法研究会『註解労働組合法』一〇二頁参照)。
- (3) 吾妻光俊、前掲論文(『法曹時報』)二頁参照。
- (4) 蓼沼謙一、前掲論文(『一橋大学八十周年記念論集』)二八九頁参照。
- (5) 東大労研、前掲書一一〇—一一頁参照。
- (6) この点を指摘するのは蓼沼教授である。同、前掲論文(『季刊労働法』)二三四頁。
- (7) 柳川他『判例労働法の研究』(下巻)一〇三八頁。
- (8) 石井照久、前掲書一三三頁。

## 二 争議行為と不法行為

わが国でも一般に争議行為はそれ自体不法行為の構成要件に該当するとみられているが、わが国の場合は、争議行為の「正当」ということが現実<sup>に</sup>展開される個々の争議行為の評価概念としてとらえられ、しかも違法争議行為が損害賠償事件として処理されるケースが極めて少ないために、ここにいう不法行為がどのような態様のもの

のであるか——これをイギリス流に契約違反の誘致即ち債権侵害を理由とする不法行為とみるか、あるいは独自の不法行為とみるか、また更にはいかなる要件のもとにかかる不法行為責任が生ずるのかということについては、現在のところあまり掘り下げた考察がなされていない。従ってここでは連邦基本法上未だ争議権の保障をもたないドイツにおいて如何にして実質的争議権の存在が承認されるに至ったかをまず不法行為理論の側から考察し、この問題の所在を明確にしたいと考える。

(一) ドイツ民法は不法行為の基本的な成立要件として「権利」(生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利)侵害<sup>(三)</sup>「(独民八)項」を挙げているが、英米法上問題となった「契約違反の誘致」(債権侵害)は、債権がここにいう「その他の権利」に含まれないために、不法行為としてははじめから問題にならなかったし、また労働争議はそれがいかに使用者の意思を抑圧しその営業活動を妨害するものであっても、ここにいう「自由」は元来「人格的活動の自由」(personliche Bewegungsfreiheit)の意味であり、「意思の自由」(Willensfreiheit)まして「経済的自由」(wirtschaftliche Freiheit)はこの中に含まれないと解され

たために、争議行為がかかる自由を侵害する不法行為としてみられることはなかった。ただ一九四〇年 (RGZ, Bd. 58 S. 29) 以来ライヒ最高裁判所によって右の「その他の権利」に該当するとして認められた「組織され運営されてくる営業の権利 (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)」—「営業権」が争議行為に對する唯一の保護法益であったが、この営業権侵害の不法行為はこれによって「営業の存立」(Bestand des Gewerbebetriebes) 自体が直接に侵害される場合だけに限られたために、かかる法益を侵害する争議行為の事例は極めて稀であり、いづれにしても争議行為はそれ自体独民法八二三条一項の成立要件には該当しない、即ちそれ自体不法行為にはならない、というのが、少なくとも一九五二年新聞スト (Zeitungsstreik) 以前のドイツ学説・判例に一貫した考え方であった。このために争議行為が不法行為を構成するかどうかの問題は、争議行為がそれ自体についてではなく、専ら現実具体的に展開される個々の争議行為に對する独民法八二六条 (公序良俗違反の不法行為) の適用の問題として扱えられていたのである。即ち個々の争議行為をその「目的」と「手段」の両面更に

はその相互均衡関係から評価し、そのいずれかの点において「公序良俗」に違反すると認められる場合のみ、はじめてこれを不法行為とするものであった。<sup>(2)</sup>

(二) ところが一九五二年経営組織法案に反對してドイツ全土にくりひろげられたいゆる新聞スト及びこれに對する使用者団体の損害賠償請求訴訟を契機として、争議行為に對する従来の考え方は一変した。まずこの新聞ストに對して従来のドイツ争議法学説が直面した問題は、「政治スト」の本質ないしその法的評価を労働法独自の立場から如何に基礎づけるか、更にはその前提として、争議行為そのものを法律的に如何に構成するかということであった。ただし争議行為がただ「目的」及び「手段」の側から「公序良俗」の概念で扱えられる限り、そこには政治ストという法律上特別の類型は見出し得ないし、また第一に政治ストが事実上はいかに営業への積極的侵害ではあっても、それは元来「公序良俗違反」(Sittenwidrigkeit) として評価されるべき性質のものではなかったからである。

このためにまずドイツの学説・判例は、争議行為は独民法八二三条一項「その他の権利」に含まれる「組織さ

れ運営されている営業の権利」即ち「営業権」を侵害するものとして、それ自体不法行為を構成するとしたのである。右の新聞スト損害賠償請求訴訟において提出されたニッパダイ及びフック<sup>(3)</sup>の鑑定書の見解がそれであり、これらの見解は当該事件の係属した各ラント労働裁判所のほとんど大部分の判決<sup>(4)</sup>において採用されることとなった。そして争議行為がそれ自体営業権を侵害する不法行為であるとする<sup>(5)</sup>については現在ほとんど異論がない<sup>(6)</sup>。

(三) 争議行為の不法行為法におけるこのような地位の変化は、解釈論的にはニッパダイ自身も認めているように、労働争議法の分野における「営業権」概念の拡張<sup>(7)</sup>ということであり、また単にこの拡張解釈だけにかかる法的变化の意義を認める論者<sup>(8)</sup>もあるが、より重要なことは、争議行為がそれ自体不法行為として評価されるに至った実質的意義である。それは端的にいえば、争議行為が争議行為としての本質において把握されたことを示すものといふことができる。

これまでドイツ民法のもとで争議行為がそれ自体不法行為を構成することがなかったのは、しばしば指摘され

ているように、ドイツ民法の不法行為に関する特殊な構成に基因<sup>(9)</sup>することも確かであるが、むしろ争議行為が少なくとも法律上はその本質において評価され得なかったためである。この争議行為の本質に対する法律的把握が行なわれない以上、たとい営業権の侵害ということを営業の存立自体に対する直接的侵害だけに止らず、より広く「営業の領域への直接的侵害」(unmittelbarer Eingriff in den Bereich der Gewerbebetriebe) 即ち「営業活動の権利侵害」まで含むものとして拡張解釈せられ得たとしても、ただそれだけでは不法行為が成立するという性質のものではなかった。というのは、営業権概念を右のように拡張解釈してみても、争議行為が許容された手段(erlaubte Mittel)によって遂行される限り、そこでは独民法八二三条一項にいう「違法性」(Widerrechtlichkeit)の何たるかが当然問題とならざるを得なかったし、また争議行為がそれ自体かかる営業権の違法な侵害だとするために、少なくとも争議行為の本質的意味が法的にも究明されざるを得ない。しかし、こうした争議行為がそれ自体の「違法性」ではなく、現実具体的に展開される争議行為を個々の場合に即してその違法性を判断するのだ

とすれば、それはドイツ民法の場合第八二三条一項ではなく、第八二六条の問題に帰着する。<sup>(10)</sup>

また歴史的にこれをも、従来、争議行為は、これを個人的市民的自由に解体することによって、即ち市民的な「労働の自由」を偶然的且つ同時に行使する一群の労働者の「同時退職」、つまり法的にはこれを解約告知として構成することによって団結独自の活動としての争議行為の本質を隠蔽し、それ自体は法によって禁止もされないかわりに法認もされない「自然的行為の自由」(natürliche Handlungsfreiheit)として自己を偽装し得たところに、その合法性の基礎があった。争議行為がこのようなに、その社会学の実態はともあれ少なくとも法律上は、一箇独自の団結活動としてではなく「同時退職者」の単なる集合にしかすぎないものとしてあらわれる以上、最早独民法第八二三条一項に基いて不法行為が成立すべき実体は存在しない。そこでは、解約告知期間を遵守しない個々のスト被備者についての労働契約上の債務不履行責任と、それが争議行為である以上当然に、組合及び個々のスト労働者の使用者に対する「契約違反の誘致」による不法行為責任が問題となる他は、それが各具

体的場合について「公序良俗」に違反すると認められる場合でなければ、争議行為そのものについての不法行為責任は生じない(独民法八二六条参照)。この意味では、独民法第八二六条の争議行為への適用ということは、「自然的行為の自由」としての争議行為、いわゆる「争議の自由」といわれるこの時期の法理を最も典型的に代表するものであった。

(四) これに対して、新聞スト以後のドイツ争議法学説は、はじめに争議行為を法律上もその本質に即して評価することになった。それは、最早、「争議の自由」の段階におけるような労働契約関係の切断を論理的前提とした争議行為ではなく、事実上集団的に労働を放棄することによって行なわれる・それ自体積極的な団結独自の活動としての争議行為である。ドイツの争議法学説が、ワイマール以来の長い伝統的な考え方を打破って、争議行為をそれ自体不法行為<sup>(独民法八三一条一項)</sup>に該当するとしたのは、争議権の保障という時代的・国際的認識のひろがりのなかで争議行為のかかる本質に着眼し、これをその本来の姿において評価したがために他ならない。ニッバーダイは、「争議行為の本質はまさに企業の営業活動を停止さ

せることにある<sup>(11)</sup>。」と述べるに至っている。

争議行為をこのように労働者の団結による一箇独自の活動として理解するドイツでは、英米法上問題となった「契約違反の誘致」を理由とする不法行為は、単に右に述べた解釈論上の立場からだけではなく、実質的理由からも否定される傾向にある<sup>(12)</sup>。この理由は必ずしも明らかにされていないが、争議行為をその成立過程において「契約違反の誘致」として把えることは、現にイギリス法の場合がそうであるように、争議行為を少なくとも法的には労働契約関係の切断として観念する市民法的立場を前提としているところから、争議行為と不法行為ないしは次に述べる債務不履行責任についてニッバーダイ及びドイツ連邦労働裁判所決定の一貫してとっている団体的立場とは相容れないと考えられたためであろう。

(五) 争議行為が右のようにそれ自体独民法八二三条一項に列挙する特殊・具体的な権利<sup>(13)</sup>営業権の侵害とみられることは、争議行為がそれ自体特殊・独立の不法行為であるということであり、それは同時に「争議行為」が法律上も独自の概念・類型として承認されることを意味する。(それが一九五五年個々のスト被備者の債務不履行責

任を排除して完成されることについては後述。)しかし争議行為をそれ自体営業権の侵害として把え、そこから「争議行為がそれ自体」の概念を抽出するとき、そこには不法行為の成立とひきかえに実質的争議権承認の実体的基礎が与えられる。「争議行為がそれ自体」を一方では営業権を侵害する不法行為として構成しながら、他方では社会的相当性(Sozialadäquanz)の原理によってその違法性を排除したのが、ニッバーダイの新聞スト以来の理論の格子である。従って、ニッバーダイのいう「社会的相当性」は専ら争議行為の不法行為に対する阻却原理ないし正當化原理であるが、この「不法行為としての争議行為」は他方(一)労働協約違反(相対的、絶対的平和義務違反)の争議行為(二)官吏義務違反の争議行為(三)組合規約違反の争議行為(四)経営組織法(第四九条二項、使用者と経営協議会の間の労働争議の禁止)違反の争議行為(五)刑罰法規違反の争議行為等と並ぶ一違法争議類型として措定されているため<sup>(14)</sup>、争議行為が右のいずれの違法類型にも該当しないという意味での「正当性」(Legitimität)の概念とは、後に述べるようにここにニッバーダイ理論の問題点があるが、一応区別されていることに注意する必要がある。

(六) 右のニッパードイ理論に対しては、もとよりドイツにおいてもそれぞれ批判が展開されているが、そこにいう「社会的相当性の原理」を、争議行為の不法行為に對する関係、更にはまた次に述べる個々のスト被備者の債務不履行責任排除の理論と関連づけて考察する場合には、種々の基本的疑問が生ずる。

(1) ニッパードイは、不法行為に對して争議行為の正当性を基礎づける「社会的相当性の原理」を、「歴史的に形成された共同生活就中労働生活の社会倫理的秩序及び集团的労働法の基本原理」から、これを八つの原理にわけて導き出しているが、これらの秩序原理 (Ordnungsprinzip) によれば、政治スト(第二原理)をはじめ個々の争議行為 (Kampffandung)、例えばピケが「平和的説得」(gütliches Ueberreden)の限界を逸脱し、これを組合幹部が容認又は指令したと認められる場合(第七原理)まで「社会的に相当でない」(sozialinadäquat)争議行為とされる結果、かかる争議行為はそれ自体独民法八二三条一項の不法行為として、当該争議行為によって生じた全損害を賠償すべき責任を負うことになり、このために争議行為の正当性の範囲を極めて狭く限定する結果

になっている<sup>(17)</sup>。しかしニッパードイは争議行為がそれ自体独民法八二三条一項の不法行為になるかどうかというところから出発したのである。従ってその正当性も争議行為それ自体について問題にならなければならないはずである。これを一般的にみても、争議行為が現在のように「社会的に相当な」即ち「社会慣行的な正常の行為」(sozialübliches, normales Handeln)である、という場合には、例えば「治療行為」とか「安楽死」といった類型としての「争議行為」が問題となっているのであって、それが「労働条件の改善のために行なわれるものでなければならぬ」というのは、争議行為が「争議行為」として成立するためのいわば要件である。それはまさに「正当業務行為」とされる「自救行為」あるいは「安楽死」にそれぞれの概念規定—要件があるのに等しい。即ち争議行為が「社会的に相当」かどうかということは、それが法律上又は少なくとも労働法上理解されるべき争議行為かどうかということであって、社会的相当性の原理とはまさにこの要件の問題に他ならない。

(2) 右のような観点からニッパードイの掲げる社会的相当性の各具体的原理をみると、政治ストはたしかに

労働者団結（通常は労働組合）の目的活動の範囲に関する問題として、それが一般には争議行為とよばれるものではあっても、ここには法律上の意味での「争議行為」であるかどうか、即ち蓼沼教授の言葉をかりれば「争議権の行使という性格を認められる法律上の『争議行為』かどうか<sup>(18)</sup>」という次元で把握されるべき問題であるが、「平和的説得」の限界を逸脱したビケ等の場合は、元来個々の違法性に関する問題であって、この限界の逸脱によって当該争議行為が最早法律上争議行為とはみられない程度にまで達したかどうかという観点からではなく、ただ単にこれを組合幹部が容認又は指令したかどうか<sup>(19)</sup>という形式的な面から、その争議行為としての性格まで決定していくことには基本的な疑問がある。ニッバーダイは、この第七原理はすでにライヒ労働裁判所において労働争議という特殊な社会現象に対して修正適用せられつつあった「公序良俗の一般概念」(allgemeiner Begriff der guten Sitten)を実質的争議権の承認に伴ってこれを基礎づける社会的相当性の原理として確認し再構成したものに他ならないと説明しているが、このように元来は違法性の次元に属すべき問題<sup>(20)</sup>を「争議行為」否定の論理に

まで無批判におしすすめていったところにニッバーダイ理論の最大の問題点がある<sup>(21)</sup>。

(1) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 14. Aufl., § 234 I 2 d. Bröker, Schadensersatzansprüche aus dem Lohnkampf, S. 21 ff.

(2) この時代の判例を簡潔にまとめたものとして P. Oettinger, Die guten Sitten in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung nach dem Kriege, 1931 がある。當時は争議行為が「契約違反の誘致」として不法行為を構成するかどうかということも、独民法八二六条のもとで、それが「公序良俗違反」になるかどうかの点から取上げられていたが、ライヒ労働裁判所はこれを消極に解するのが多数であった。

(3) Nipperdey, Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante BetVG geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 entstanden sind, Schriftenreihe der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9 (1953).

(4) Hueck bei Forstorf-Hueck, Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anlässlich der parlamentarischen Beratung des BetVG in ihrer Verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung, Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen

(69) 争議行為のいわゆる民刑事免責の法構造

- Arbeitgeberverbände, Heft 6 (1952).
- (70) LArbG Frankfurt vom 20. 2. 1953. RDA 1953, S. 1953, LArbG Frankfurt vom 29. 4. 1953, RDA S. 354, LArbG München vom 17. 4. 1953, RDA 1953 S. 278, OLG Düsseldorf vom 13. 8. 1953, RDA 1953 S. 393, BGH vom 29. 9. 1954, AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG, 準。
- (71) 最高裁判所判決 LArbG vom 20. 12. 1963, AP Nr. 34 zu Art. GG Arbeitskampf.
- (72) ホン基本法及び州憲法上保障された「ストの自由」(Streikfreiheit)を根拠に争議行為を「労働の自由」として観念し、かかる一般的合法性の観点から独民法八二三条一項の不法行為成立を否定するラム及びロイヌの見解が唯一の例外である。Th. Ramm, Das Recht des Arbeitskampfes nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, JZ, 1961 S. 273 ff, ders., Der Streik als unerlaubte Handlung, ArbUR, 1964, S. 321 ff, Reuss, Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe, Juristen-Jahrbuch, 4. Bd., 1963/4, S. 163.
- (73) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd., S. 636.
- (74) Ramm, Der Streik als unerlaubte Handlung, ArbUR, 1964, S. 32 f.
- (75) 久保敬治「ユニット労働法の展開過程」二〇四頁、Hueck-Nipperdey, Lehrbuch 2. Bd., 633 f 参照。
- (76) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch 2. Bd., S. 632.

- (11) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 2. Bd., S. 634, Nipperdey, Arbeitskampf als unerlaubte Handlung, Festschrift für Stitzler, 1956, S. 89.
- (12) 一九五五年連邦労働裁判所決定は「契約違反の誘致」(Verleitung zum Vertragsbruch)という観念は専ら争議行為の個人的思考に基づくものであることを示唆している。vgl. NJW, 1955, S. 883.
- (13) イギリスでは、現在もなお「スト被用者は雇傭契約の解約手続をいかなる限り債務不履行責任は免れない」とされている。(秋田成就「イギリスにおける争議権」『季刊労働法』十五号)一一一頁参照)。
- (14) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 2. Bd., S. 628 ff.
- (15) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 2. Bd., S. 641 ff.
- (16) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 2. Bd., S. 653.
- (17) 専らニッパーダイ理論のこうした結果に力点をおいて批評を展開するのがさきであった Ramm (Reuss をほぼ同じ)である。Ramm は「ニッパーダイのこう社会的相当性は「価値に關係のない無色の概念」(der wertneutrale farblose Begriff)である、かつ「ワイマール時代「争議の自由」のせいで認められていた争議行為の合法性の範囲を新しく制限するためのものではなかったとして、次の例を挙げる (Ramm, ArbUR, '64, S. 324)。(一)山猫ストの禁止 (ニッパーダイの社会的相当性第三原理) (二)争議行為の目的は団体協定で規定される広義の労働条件に関するものでなければならぬ (第四原理) (三)最後の手段の原則

- (ultima ratio-Grundsatz—第六原理) 手段の公正(第七原理) vgl. auch Bührig, Sozialadäquanz und Rechtswichtigkeit im Arbeitskampfrecht, Betr. Verf. 1958, S. 84 f. なまじの Ramm の批判は解約告知としての争議行為を前提とした議論であることに注意する必要がある (vgl. Ramm, JZ, '61, S. 274 f.)
- (81) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 2. Aufl. (1949), S. 36.
- (91) 蓼沼、前掲論文(『季刊労働法』二八号)二四—五頁。
- (92) Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1965, S. 145 は争議行為がはじめからそのように計画された場合に争議行為全体が「社会的相当性」を失うとする。
- (12) Nipperdey, a. a. O., S. 108, Hueck-Nipperdey, Lehrbuch 2. Bd., S. 651.
- (22) 特に集团的労働法の基本原理として、近代的労働争議の典型的事例を社会的相当性の秩序原理(第五原理)に掲げ、これに抵触する争議行為(例えば労働協約の適用をうける労働組合からの脱退者によって組織された第二組合による争議行為)の「社会的相当性」を否認しているが(Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 649)「これにひんすはニキントの批判がある(Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2. Bd., S. 124 f.)
- (23) ヒンバーダイの争議権理論は、新聞ストを契機に、主として政治ストを念頭において構成されたものであることをごの際考慮する必要がある。vgl. Nipperdey, Fest-

schrift für Stizler, S. 112.

### 三 争議行為と債務不履行

わが国では、一般に、争議行為が「正当」と認められるかぎり、それが不法行為(○九条七)にも債務不履行(民法四一五条四)にもならないのは、争議権の保障によって、ひとしく当該行為の違法性が阻却されるためである、と説かれるだけで、それ以上の理論的な考察は行なわれていない。従ってここでは主として一九五五年のドイツ連邦労働裁判所大法廷決定<sup>(1)</sup>の意義と構造を中心に、この問題の考察をすすめていきたい。

(一) ドイツにおいて、争議行為は、一九五二年新聞スト事件を契機として、それ自体独民法八二三条一項に含まれる営業権を侵害する不法行為として把握されるに至ったことはすでに述べた。しかし、ここに(不法行為としての側面に)あらわれる争議行為はもとより団結独自の活動であり、それ自体一箇独自の行為類型であるが、同じく「行為」ではあっても他方それが「共同的且つ同一方向に向けられた多数人の行為」(Vielzahl gemeinschaftlicher und gleichgerichteter Einzelhandlungen) におい

ではじめて成立する点において、代表者が全体を代表して行なう会社・法人等の行為とは本質的に異なる。即ち争議行為は、これを組成する個々のスト被傭者の行為としては単なる労務指揮権の排除に尽きるものではあっても、それが全体としては「企業の営業活動」を積極的に阻害しこれを停止させる一箇独立の行為として成立するところにその特色がある。この意味において、争議行為（特にストライキ）は、多数の被傭者の債務不履行をその本質的要素として成立する特殊の不法行為であるといふことができる。ニッパードイが、争議行為をそれ自体独民法八二三条一項に規定する特殊・具体的な権利営業権を侵害する独自の不法行為であるとしたのは、かかる争議行為の特質に注目したからであって、それが「多数人の行為」においてはじめて具現されるものであることは、すでに予定されていたものといえる。従って、一方においてかかる争議行為の不法行為責任を排除した「社会的相当性」の原理は、この不法行為を組成する個々の被傭者の使用者に対する法的関係、つまり労働契約関係についても、当然に補充・言及さるべきものであった。これが一九五五年ニッパードイを長官とする連邦勞

働裁判所大法廷決定である。同決定が「労働組合による正当ストと使用者の對抗措置の法的評価」(Rechtliche Bewertung des legitimen gewerkschaftlichen Streiks und der Gegenmaßnahmen des bestreikten Arbeiters) という主題のもとに、「正当スト」を最初からその評価の対象としているのはこのあらわれである。

(二) もっとも新聞スト以前、即ち争議行為が未だ一箇独自の行為類型とはみられることなく、専ら独民法八二六条のもとでその「目的」及び「手段」の両面からたゞ補充的に評価されていた時代においても、争議行為に不可避的に伴う個々の債務不履行を排除しようとする試みはあった。むしろドイツ法の場合、争議行為は右のように不法行為としては殆ど問題にならなかったために、争議行為についての法律問題は、不法行為よりも債務不履行との関係にその重点があった。従来のドイツ争議法学説にとっての最大の関心事は、争議行為に執拗につきまとう債務不履行責任をいかに遮断し、「争議の自由」を確立するかに向けられていたといえる。(3) にも拘らず、ワイマール時代及び戦後の十年間を通じて、ドイツの学説・判例はついに労働法上この債務不履行責任を排

除するいかなる法理をも見出すことができなかつたのである。<sup>(4)</sup>しかしその理由は極めて明白である。争議行為を一方では市民法的な「労働の自由」に基く「自然的行為の自由」即ちここにいう争議行為はこれを少なくとも法的には労働契約関係の解消<sup>(5)</sup>として観念し、この点にその合法性の基礎を求めておきながら、他方この契約関係の法的拘束力を否定することは、争議行為の依拠する基礎そのものを取去るのに等しい。即ち「争議の自由」ということを前提として債務不履行責任を否定しようとすること自体が最初から矛盾であつた。この意味において、債務不履行責任排除の法理は、まず争議行為が労働契約関係からの離脱ということから遮断されて団結独自の活動として認識され、かかる実体の上に実質的争議権の承認が可能ならしめられる段階において、はじめて問題となり得るものといえよう。

そればかりではない。争議行為が社会学的にこれを見れば同じ性質のものではあつても、法律上これを「争議の自由」として構成するのは実質的争議権の承認のもとにこれを構成するのでは、それが不法行為としての評価において全く異なっているように、これを組成するス

ト被備者との関係においてもまた重大な変化がみられる。即ち争議行為に対する従来の市民法的見方からすれば、それぞれの被備者は、自己の雇傭契約違反について、当該違反によって生じた損害に対してのみ賠償責任を負うものと考えられる。これに対して、争議行為を法律上もその本質に即して把える場合には、各被備者は、独民法四二七条を援用するまでもなく、当該争議行為によって使用者に生じた全損害について、それぞれ連帯して責任を負うものと解しなければならぬ。<sup>(6)</sup>争議行為をこのようにその本質に即して把える場合には、これを団結の不法行為責任とその構成員の債務不履行責任に分離して評価することは最早不可能である。この両者は、各構成員の債務不履行責任を右のように全損害に対する連帯債務と解することによって、その賠償額の点においてもまたその性質の点においても完全に一致する。ただ前者が団結独自の活動の行為面であるとすれば、後者はその成立面ないしは組織面であつて、それらはともに争議行為という一箇独自の行為類型の両側面を形成する。それは争議行為の集団現象としてのも一種特別の性格に基づくものである。これをプラはその現象面から「二面的に集

团的な労働争議の本質」(das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes)として表現した。

(三) 争議行為は団結それ自体の独自の集団活動であると同時に、他方では、かかる集団的活動が概念必然的に「共同的且つ同一方向に向けられた多数人の行為」においてはじめて成立し、団結構成員全員の個別的行為を通じて具現される。そこでは争議労働者の集団的行為もこれによって具現される争議対抗関係(Kampfzustand)もともに一体であり、従ってこれらを集団性において相互に分離することは現象的に不可能である。この意味において、争議行為は「二つの異なった、しかし相一致する平面(zwei unterschiedliche, aber kongruente Ebene)における集団現象」つまり「二面的集団の本質」を有するといふのである。

争議行為をこのようにその「二面的集団の本質」において把えるならば、各スト被備者の共同的行為をかかるとしての争議行為から概念上分離し、これを個人Ⅱ市民法的に評価することは最早不可能である。争議行為を市民法的に評価するために、多数被備者の共同的行為によって形成される一箇統一的な活動を再び個別化

し、その集団的關係から離脱せしめようとするならば、それはまさに労働争議のかかる集団の本質に背馳する。<sup>(10)</sup>

従って争議行為を組成するそれぞれの被備者の労働停止が市民法上の評価に従って債務不履行にならないのは、争議権の実質的承認によってその違法性が阻却されるためではなく、スト被備者のかかる行為を債務不履行とする市民法的评价そのものが争議行為の法的评价にとってもはや無縁なもの(wesenstrennend)として排除されることにその根拠が求められるのでなければならぬ。<sup>(11)</sup> 右にあげた連邦労裁の決定もこの点に関してはブラの見解とほぼ同一の立場にたつものとみることができる。

「余りにも事実在即しない、生活と遊離した結果(zu sachwidrige und lebensfremde Ergebnisse)を招来しないためには、ストライキ及び労働争議一般の法的评价は統一的にしかもその団体法的本質に適合するようになされなければならない。」その決定的な法的メルクマール(entscheidendes rechtliches Gepräge)は争議行為の正当性(Legimität)である。ただし争議行為の正当性は、争議行為が集団現象であること、しかもこの集団現象が同時に一箇の独立した行為としてみられるところにはじめて

成立するものだからである (NJW, S. 883 f.)。「たしかに  
 “個別契約上各人に許容されないことは団体でこれを行  
 行なっても合法とはならない”との命題は原則的には正  
 しい。しかし個々の行為がもはや独立の意味をもたず—  
 —というより団体行動のうちに同化してしまい、しかも  
 法律秩序が団体行動自体の合法・違法を独自に規定して  
 いる場合には、かかる命題は妥当しない。」従って、ス  
 トライキが団体行動として「合法」(rechtmäßig)であれ  
 ば、ストライキ参加はもはや労働契約違反にもまた従っ  
 て違法にもならない。そして連邦労裁は、この結論はス  
 トライキと労働争議の本質に基づくものであり、決して  
 「団体法は契約法に優先する」(単一の現象である労働争  
 議を団体法と個人法の双方から同時に評価し、このうち団体法  
 の方を優先させる。vgl. NJW, S. 883.) あるいは「団体信義  
 は契約信義に優先する」という古くから争われている命  
 題を承認したものではないことを特に強調する (NJW, S.  
 884)。

(四) 以上がニッパードイ理論の延長ともみらるべき連  
 邦労裁決定の大綱であるが、これに対してはすでに多く  
 の批判があるし、また事実ニッパードイ理論のもつ難点

がそのまま展開されていったという感を禁じ得ない。そ  
 れはすでにふれたように争議行為の正当性についての考  
 え方である。これをまず批判学説から出発して考察して  
 みよう。

問題は、この決定が、一方では争議行為をその集団的  
 本質に即して団体法の観点から統一的に評価すべきこと  
 をその基本的立場としながら、(この点において、連邦労裁  
 の立場は Einheitslehre とよばれる。) 他方これを「合法」  
 な争議行為に限定していることである。批判学説は、い  
 ずれも「違法」争議行為の場合には、かかる争議行為を  
 組成する個々の行為もまた再び個人法観点から評価され  
 違法となる(債務不履行——損害賠償、即時解雇)ことを前  
 提として、<sup>(13)</sup> こうした結論を導くためには決定の立場では  
 理論上矛盾を生ずる、と指摘する。即ち債務不履行責任  
 排除の基礎が右のように「争議行為の集団的本質」その  
 ものに求められたのであれば、かかる争議行為が団体法  
 上「合法」であるか「違法」であるかによってその評価  
 を異にするというのは、この立場の前提とする「集団的  
 本質」の原則に反することになるというのである。<sup>(14)</sup> また  
 「集団的本質」というのは元来社会学的事実 (soziolo-

rische Tatsache)であり、これをそのまま法概念として法的評価(rechtliche Bewertung)の基準とすること自体が問題であるとする論者もある<sup>(15)</sup>。

しかしこれらの批判はいずれもこの決定の論旨を誤解しているものといわざるを得ない。これらの学説の指摘も、この決定に多大の影響を与えたブラの理論に対しては、たしかに妥当するであろう。ブラが債務不履行排除の根拠を法概念としてのそれではなく、いわゆる社会学の意味における争議行為の本質に求めているのはたしかである<sup>(16)</sup>。こうした観点からは個人法的評価の妥当しない理由は、法的にはなく、いわば物理的に争議行為の本質に矛盾することから基礎づけられざるを得ない。(従って批判学説の指摘するとおり、団体法上の「合法」・「違法」によってその区別はないことになる。)しかし、この決定の基礎となつてしている考え方は、この点において、ブラの立場とは原理的に異なる。それは争議行為の正当性ということである。連邦労裁の決定において債務不履行責任の排除を基礎づけるものは、この決定が強調しているように、争議行為の「正当性」という法概念即ち実質的争議権の承認そのものなかにある。

ところがニッパードイ理論で不可解なのはこの正当性の概念である。ニッパードイが、不法行為としての争議行為を協約違反の争議行為等と並ぶ争議行為の一違法類型として掲げ、このいずれにも該当しない、即ち「違法」ではないことを「正当性」と観念していることについては、すでに述べた。即ちニッパードイにおいては、「社会的相当性」は専ら不法行為に対する原理であつて、「正当性」の概念はこの不法行為をも含めたすべての違法争議行為類型に対するという意味で、「社会的相当性」に対してはいわばその上位概念である。従つてこの考え方によれば、争議行為が「社会的に相当でない」とされる場合は勿論、労働協約(絶対的、相対的平和義務)に違反する場合でも、かかる争議行為は「正当でない」(unlegitim)ことになつて、しばしば指摘されるように、それは「合法性」(Rechtmäßigkeit)、「適法性」(Legalität)の概念とは最早区別し得ないものになつてしまふ<sup>(17)</sup>。こうした正当性概念の曖昧さはその後のドイツ争議法学説に誤つた方向を示唆し<sup>(18)</sup>、またニッパードイ自身もその概念内容を混同する結果になつてはいるが、その第一原因は、すでにふれておいたように不法行為としての争議

行為を協約違反の争議行為等と並ぶ一違法類型として、これらと同一次元において扱えたことにある。しかし社会的相当性の原理は、ニッパードイもそこから出発しているように、独自の行為類型としての「争議行為それ自体」(der Arbeitskampf, Arbeitskampf als solcher) ひいては法概念としての「争議行為」の成立(不法行為責任と債務不履行責任を排除することによって成立する。)について觀念されるべきものであり(即ち争議行為の正当性)、それが成立した上で、例えばニッパードイが社会的相当性の具体的原理として掲げる大部分の秩序原理に抵触する争議行為、また協約違反の争議行為等、個々具体的な場合に問題となるその行為の違法とくに団体法上の違法性概念とは厳格に区別されなければならないものである。他方でニッパードイが、「正当性は一般的にはたしかに適法性をその前提としているが、それは適法性の概念を超えて法理念即ち法秩序全般を支配する価値観につながる上位の概念であり、この点において正当化の効力(Rechtfertigung)が内在せしめられているところのものである。」<sup>(19)</sup>と述べているのは、正当性概念に対するかかる本来の考え方に立ったものとみることができよう。従って

かかる観点からは、債務不履行責任が排除されるのは、決定のタイトルが示すように、あくまでも正当ストライキ(legitimer Streik)に於いてであり、それが団体法上違法(例えば協約違反の争議行為)であるかどうかによって異なるものではないことをここで特に強調しておきたい。

- (1) Beschluss des Großen Senates des BAG vom 28. 1. 1955, BAG I, 291, APNr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, NJW '55, S. 882, JZ '55 S. 386.
- (2) Bulla, Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, Festschrift für Nipperdey, 1955, S. 173.
- (3) わが国の文献として緒方節郎「ロクタンマウトに関する法律上の諸問題」(司法研修報告書)に詳しい紹介がある。
- (4) もっとも戦後若干の州憲法によるスト権の保障を契機として Hessel, Streikrecht und Arbeitsvertrag, RdA 1952, S. 48 ff, G. Müller, Grundfragen des Streikrechts, RdA 1951, S. 247 ff. の注目すべき学説があらわれているが、その基本的立場はいずれも労働争議法を労働協約法の一部として、労働協約の労働契約に対する優位(ニッパードイに従えば団体法の優位)という点に労働契約の拘束力排除の基礎を求めるものであった。現在では Brox-Rühnert, a. a. O., S. 218.

(77) 争議行為のいわゆる民刑事免責の法構造

- (5) ストライキの社会学的定義とはもとより異なる。法律上のこの問題を追求してらば結局ロックアウトとの関係まで遡らざるを得ない。ここではドイツにおいて、防禦的ロックアウトは未だに解約告知として構成され、ここに労働争議の最終的解決点が求められていることだけを指摘しておきたい。
- (6) vgl. NJW, 55, S. 883. 平和義務違反の争議行為について連邦労働裁判の判決 (Urteil vom 17. 12. 1958, AP Nr. 3 zu § 1 TVG) は、独民法八三〇条、同八四〇条を適用して連帯債務を認めつつある。
- (7) Bulla, a. a. O., S. 163 ff.
- (8) Bulla, a. a. O., S. 173 f.
- (9) Bulla, a. a. O., S. 183.
- (10) Bulla, a. a. O., S. 179 f.
- (11) Bulla, a. a. O., S. 185 f.
- (12) 決定文中では legitimer Streik が専らこの評価の対象になっていたのが、ここで突如としてこの合法・違法が持出されるが、これについては本文参照。
- (13) 但し Niess, Auswirkung von Streik und Aussperrung auf Arbeitsverhältnisse, NJW 1961, S. 1957 以下、争議行為が違法であっても、それを組成する個々の被用者の行為は個人法的に評価し得ないとする。
- (14) Zeuner, Arbeitskämpfe und Arbeitsvertrag, JZ 1962, S. 426. 以下では集団的(協約)秩序に対する個別的契約秩序の非完結性(Offenheit)、不完全性(Unvollständigkeit)

に契約責任排除の基礎が求められてくる。

- (15) Fabricius, Einwirkung von Streik und Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, RdA 1962, S. 96.
- (16) フラが争議権をニーゼに従って集団的自力救済権、近代的集団的フェデラチオン権 (Federecht) の一種とみているのは、このあらわれとをこのことがいふべき(vgl. Bulla, a. a. O., S. 192)。
- (17) この意味において連邦労働裁判でその法的評価の対象となった legitimer Streik を legaler Streik の誤だとするもの、また一般にニッペンダイの用語の混乱を指摘するものが多い。例えば Reuss, Rechtsfolgen der Aussperrung, ArbR 1963, S. 226, Ramm, JZ 1961, S. 275 Brox-Ruthers, a. a. O., S. 52 f.
- (18) 例えは偏党的解釈を日認する。Siebrecht, Das Recht im Arbeitskämpfe, 3. Aufl., S. 38 参照。
- (19) Nipperdey, Rechtsprobleme der Aussperrung und des Streiks, DB 1963, S. 1615.

四 正当争議行為の法的意味

—— 結びにかえて ——

以上争議行為を主としてニッペンダイ理論を中心に、不法行為法及び契約法の側からこれを「二面的に」検討してきたが、この考察からはほ次のように結論することができる。

(一) 争議行為はそれ自体使用者の營業權を侵害する不法行為であり、かかる行為はまた同時に多数のスト被傭者の債務不履行をその本質的要素としてはじめて成立する。大陸法系諸国に典型的な争議權保障の意味は、かかる争議行為を、集团的労働法の中心に置かるべき一箇の法概念として承認したものに他ならない。正当争議行為即ちわが国の労組法一条二項及び同法八条にいう「正当」の法的意味は、このような争議行為の法概念としての成立をあらわす概念である。ただそれが不法行為責任及び債務不履行責任の排除という構造をとってあらわれるのは(いわゆる争議行為の免責)、われわれが常に資本制市民社会を前提として、そこにあらわれる規範体系市民法論理によってこれを把握するためである。

(二) 従って、争議權の保障といい「争議の自由」といっても、それは争議行為に対する国家法の態度の問題である。この両者の基本的な区別は、国家法(憲法)が争議行為を国家全法秩序に接合しこれを一つの法概念として承認するか、あるいは「自然的行為の自由」としてこれを法秩序の枠外に放置するか、にある。

(三) 法概念としての争議行為の成立即ち「免責」を、

法律上違法性阻却によって構成するか、あるいはこれを構成要件該当性阻却によって構成するかということも、単なる市民法上の技術概念の問題にすぎないものと考えられる。この観点から、私は争議行為の不法行為に対する面においては、刑法学その他一般の法律学説に従って違法性阻却、債務不履行責任排除についてはこれを争議行為に対する市民法の適用そのものの排除に求めたい。こうした二重の法律構成は一見矛盾するように見えるが、団体法Ⅱ労働法上争議行為は一箇独自の行為類型ではあっても、市民法上はその「行為」面と「成立」面という「二面的本質」に即して評価されるのであり、「免責」もまた市民法上の技術概念による以上、かかる区別はむしろ当然であると考える。しかしいずれにしても、争議行為の「正当」を、わが国の学説・判例におけるように個々の争議行為の評価概念としてではなく、これを成立原理として把握する本稿の立場では、違法性阻却説によるか又は構成要件該当性阻却説をとるかによって生ずる唯一の実益とされる「正当」の举证責任に関する問題もまた起ってこない。わが国では「争議行為の原則的正当性」ということをこうした免責に対する法律構成上の差異に

よって表現しようとした感があるが、賛成し難い。

(四) これを要するに「正当争議行為」の具体的意味は、法律上又は少なくとも労働法上の意味における争議行為ということであり、又逆に「不当争議行為」は、一般には争議行為といわれるものではあっても法律上争議行為としての性格が否認されるべきものをいう、と解したい。そして政治ストはまさにかかる問題として考察されるべき典型的なものであると考える。

(五) 右のようにして法律上成立した争議行為が個々具體的な場合に労働協約違反、いわゆる法規違反、ビケの「行過ぎ」等民刑事上の責任を負うことがあるのは当然

であり、これを団体法Ⅱ労働法上の違法として明らかにすることが労働争議法の課題であるが、このことが争議権の保障従ってその確認規定としての労組法一条二項及び同八条の直接の内容であるという考え方には反対である。また右はストライキの理論にすぎず、従って職場占拠型争議行為を常態とするわが国の現状からはほど遠いものがあるが、他方このストライキ権でさえも十分に確立されていない現在ではなおこうした理論を強調する充分な理由があると考ええる。

(南山大学経済学部助教授)