HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	いわゆるスト権確立の法的意味について
Author(s)	下井, 隆史
Citation	北大法学論集, 31(3-4下), 129-152
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16342
Type	bulletin (article)
File Information	31(3-4)2_p129-152.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

いわゆるスト権確立の法的意味について

下井隆史

目次

一　問題の所在
二　スト権確立と争議行為の正当性
(一)　判例・学説の諸見解
(二)　西ドイツにおける論議
(三)　問題の考察
三　スト権確立と争議行為の「成立」
(一)　問題の意味
(二)　問題の検討

一　問題の所在

労働組合法五条二項八号は、組合規約の必要的記載事項として、ストライキは組合員もしくは代議員の直接無記名投票の過半数による決定を経て開始すべき旨の定めを掲げる。この規定そのものは、労働組合がいわゆる法外組合として労組法上の一定の不利益を受けないための資格要件を定めたものに過ぎないと解される。しかし、今日の大多数のわが国労働組合においては、組合規約に右の規定と同趣旨の定めがおかれ、(1) それにもとづく投票は「スト投票」、スト投票によってスト実施を決めることは「スト権確立」あるいは「スト権集約」と呼ばれて、(2) このスト権の確立・集約が成功しない限りストライキは行われないのが通常であろうと思われる。(3)

さて、「スト権確立」ないし「スト権集約」とは、法的にはいかなる意味を持つ行為なのであろうか。問題としてまず考えられるのは、規約に定められたスト投票を経ないストライキ、スト権が「確立」もしくは「集約」されないままに実施されたストライキ、あるいは規約にスト投票の定めがない場合にスト投票もしくはそれに準ずる手続をふまずに行われたストライキの、争議行為としての正当性の有無ということであろう。この点については、「組合規約違反の争議行為は正当でないという見解」は「現在では殆んどないと思われるので実際問題にならない」、(4) と一般に考えられている。後にやや詳しく見るように、今日の労働法学説はほぼ一致して、スト投票を経ないストライキをはじめとする規約違反の争議行為は組合内部の問題を生ぜしめるのみで、民刑事免責の保護を失わないと解している。しかし、これも後にふれるが、判例のなかには、学説とは反対の考え方に立って判断を下したものもある。また、労働組合の実務においてはスト権確立なしのストライキは違法と考えられているようであることは注目に値しよう。(5) この点については、「学者の議論と組合の実態とがずれているのではないか」という指摘(6)がある。

さらに、スト権確立の法的意味を考えることは、近年ある論者によって提起されたところの、争議行為は法的にはどのようにして「成立」するのかという重要問題[7]とも関連がある。仮りに、この論者が言うように、争議行為は決議と通告によって成立すると解すべきであるとすれば、スト投票はおそらく、その「決議」の最も主要な方式ということになるであろう。[8]

このようにして、スト投票、あるいはスト権の確立もしくは集約といわれるものについて考察を加えることが、いかなる具体的な結論に達するのかは別として一つの意義を有していることは間違いない。それは、争議行為の正当性判断のための規準の設定および争議行為の概念の明確化という、争議行為法における最も基礎理論的な重要課題へのアプローチとしての意味を持つとも言えるであろう。本稿は、以上のような問題所在の認識の下で、スト権確立をめぐる判例・学説の諸見解の分析・検討を中心に、西ドイツにおける論議をも参考にしながら、若干の考察を試みようとするものである。

(1) 労使関係法研究会の報告によれば、昭和三七年の調査によるものではあるけれども、規約に争議行為開始のための手続を欠く組合は一四%で、他の組合規約には、ストライキのみ、あるいはストライキを含む争議行為について、組合員の投票による決定を必要とする旨が定められている（労使関係法研究会『労使関係法運用の実情及び問題点3』〔昭四二〕三六四頁以下）。今日では、「わが国の労働組合は、そのほとんどすべてが法内組合である」から労組法五条二項八号に適合した規定が組合規約に設けられているはずである（有泉亨『労働法実務大系5・労働組合の争議戦術』〔昭五〇〕八三頁）、と見てよいのであろう。

(2) 石川吉右衛門『労働組合法』〔昭五三〕一二九頁によれば、連合団体である労働組合においてその構成員である各単位組合がスト権を確立した場合に、「スト権が集約された」と表現されることがあるという。スト権の「確立」も「集約」も結局は同意義ということになるが、本稿では主として「スト権確立」という言葉を用いることにする。

(3) とはいえ、わが国の労働組合においては、スト投票は必ずストライキを実施するという前提の下でなされるのではなく、スト

権確立は団交の終着点ではなく出発点であると言われている。すなわち、組合は団交を始める前あるいは団交が煮つまる前に、組合員のストライキを行う意思の有無・程度を調べる意味をも含めてスト投票を行い、スト権が確立されれば執行部指令によるストライキが可能な態勢が確立されたものとして団交に臨み、そして使用者側もスト権が確立されたことを知って初めて本腰で団交に応ずる、というのが一般的な実態のようである。それゆえ、多くの場合にスト権確立はずい分と早期に行われ、また「確立」されたスト権はかなり包括的な事項を目的とし、その有効期間は長いものが多いとされている（以上につき、労使関係法研究会・前掲三七〇頁以下、有泉ほか『産業構造の変化と労働法』〔昭四八〕一四八頁以下参照）。このような状況が今日でも基本的に変っていないであろうことは、たとえば私鉄総連が昭和五一年の大会において、従来のスト投票は決意表明として行われたが今後は団交において「ホンネの回答」を提示させてそれに不満のときにスト投票に入るという方針を決定した（週刊労働ニュース七七六号）にもかかわらず、昭和五三年秋の中央委員会では、これを修正して回答前でもスト投票を行うという方針に戻していること（週刊労働ニュース八八二号）などから窺われる。

(4) 石川・前掲一二九頁。
(5) 有泉ほか・前掲一五二頁における香森発言参照。
(6) 同右における萩沢発言。
(7) 山口浩一郎「争議行為法綺論三則」『石井追悼・労働法の諸問題』〔昭四九〕四七頁以下参照。
(8) 山口・前掲五二頁以下。

二　スト権確立と争議行為の正当性

(一)　判例・学説の諸見解

(1)　スト権確立を経ないストライキの正当性について見解を示した判例としては、今までのところ、比較的古い時期の数件の下級審判例を知りうるにすぎない。いずれも解雇・懲戒解雇の効力が争われた仮処分事件で、使用者側から、

スト権確立なしのストライキもしくは怠業は違法であることが処分理由の一つとして主張されている。スト投票との関連で事実関係を見ると、①投票を班別に行って、過半数をこえる賛成がえられた班から争議行為に入ったが、組合全体ではスト賛成者は過半数に達しなかった例[1]、②上部団体の指令により一旦はストを中止したが、その後、他組合と同調して投票を経ずに再びストライキに入った例[2]、③遵法闘争がスト権確立以前に行われた例[3]、④スト権確立時の「春闘要求書」には必ずしも具体的に記されていなかった事項についてストライキが行われた例[4]、などがある。

判例は一応、少くともストライキはスト権を確立して行われなければ違法であるとする考え方のものと、逆にスト権確立がなかったことは争議行為の正当性には関係がないとする考え方のものに分れると言ってよい。すなわち、まず前者に属することがはっきりしているのは、前記①の事案に関して、労組法五条二項八号はストライキが他の争議行為と違って「使用者並びに第三者に与える影響が重大であるから」、それを行うには組合員の過半数による直接の意思決定を要することとして「役員の専制を抑えて組合の民主化をはかろうとするもの」ゆえ、本件スト指令は「当然違法」とする判例[5]である。

つぎに、前記③に関して、労組法五条二項八号によって組合員の投票による賛成が必要とされるのは同盟罷業のみであって、遵法闘争も争議行為であるが同盟罷業とは同視しえないから、スト権確立を経なければならないとするのは不当に組合活動を制限するものであるとしたもの[6]がある。この判例では争議行為は正当とされたのであるが、少くともストライキはスト権確立がなければ正当性を失うと考えられていることにはなる。さらに、前記①の事例について、組合の「かしある決定もストライキが統一性を保ち団体交渉の責任主体と争議行為の責任主体とを明らかにするかぎり、組合内部における規約違反の責任問題を生ずるにとどまり、ストライキ自体は違法ではない」としつつ、この事件においてはかかる事実の存在を認めえないから労組法五条二項八号に違反し正当性を欠く、とした判例[7]がある。これについて

は、スト権確立なしのストライキは原則的に違法とする見解のものと見ることが可能であろう。

以上に対して、前記②の事案に関するつぎの判例は、スト権確立は争議行為の正当性とは無関係であるという見解に立つものと言える。すなわち、この事件ではスト権は確立されていたと解されないこともないが、規約違反があったとしても、「争議指令者の対内的責任の問題を生ずるが対外的には組合の行為であるから直ちに之を違法とすることはでき」ず、「組合幹部や一部少数者が或る野望を達するために多数の意思を排して独裁的にかような行為に出た」というような争議権の濫用と見るべき場合はもはや組合の行為と言えないけれども、本件にはそのような事実は認められないから「使用者その他に対する外部関係においては……適法である」、とされている。[8] さらに、前記④に関する判例はつぎのように言う。[9] 争議行為が正当であるためには「組合員の総意に基く（具体的には、組合員の過半数による意思決定に基く）ことを要する」が、「ストライキが事実上全組合員の過半数により、ストライキであることの明確な認識のもとに、その自由な意思によって支持され実行された場合においては、仮に投票による過半数の意思集約を経たものでない場合であっても、団体意思形成の要請はみたされたものというべく、……投票による意思表明の機会を与えなかったことは、単に組合内部における規約違反の問題を生ずるにとどまり、……使用者との関係においては、当該ストライキを違法あるいは不当と断ずることはできない……」。この後者の判例は、右に引用した判示の後で、ストライキが正当といえるには「直接無記名投票によってなされた場合に準ずるような、ストライキたることの明確な認識ないし理解」の下で組合員により支持され実行されていなければならないとも述べているので、要するに、スト権確立がないために直ちに違法とはならないという考え方であると思われる。

(2)　初めにも述べたように、今日の学説は殆んど全く一致して、スト権確立を経ていないことは争議行為の正当性を失わせる理由にはならないという見解にたつ。しかし、諸学説を多少とも子細に見るならば、いわば発想方法が基本的

に違うゆえに無視できない差異を有する二つの考え方が存在するように思われる。

まず次のように述べられる場合は、要するにスト権確立がされていないことは対使用者の関係において違法となる契機になりえない、ということが理由であろう。すなわち、スト権を確立せずにストライキが指令されると、組合規約違反にはなるが、「使用者に組合要求の申入れをなして団交を経てやられたのであれば」非公認ストでも山猫ストでもなく、「労使の間で合意が成り立てば争議は解決するわけで、通常のストライキと特に変ったところはない」とされる。(10) この見解にあっては、非公認ストや山猫ストは、一部組合員が問題としていることがたとえ一部局に関するものであっても、その交渉の本来の当事者は組合であって決定権も組合にあり、「使用者としては組合との交渉によって問題を解決できることを期待し、一部組合員たちからの交渉の申入れは拒否することができる建前であり、組合との関係ではそうする義務さえも負っている」のであるから使用者との関係でも正当性がない、と解されるのである。(11)

これに対して、つぎのように言う見解がある。「争議行為は、団結活動の一態様であり、団結の統一的な意思に支えられているときに初めて団結権の行使としての法的な保護を受けることができる」から、「争議行為は団結体の多数決原理による意思決定に基づくことが必要である」が、「争議行為が団結の意思決定に支えられているかどうかは、あくまで実質的に判断することを要し、組合規約の定める正規の手続を経ないで開始された争議行為であっても、それが事実上組合員の意思に基づく組合の統一的行動と認められるかぎり、組合内部において組合規約違反の責任問題を生ずることはありえても、民刑事免責が認められるかどうかという点では、なお正当性を失うものではない」。(12) つまり、スト権確立を経ない争議行為も団結権行使と認めるにふさわしい労組の行動であることを否定されないゆえに正当性を失わない、というわけである。この見解においては、山猫ストはきわめて厳しく正当性を否定され、それは「組合の使命を無視し、団結のよって立つ基盤を危くするがゆえに団結権を侵害するものとして争議権の保障を受けえない」とされ

る。[13] なお、この学説の見解とほぼ同旨の解釈例規がある。[14]

(二)　西ドイツにおける論議

(1)　ドイツの労働組合における「スト投票」(Urabstimmung) の制度は、組合運動の初期段階にしばしば生じた組合方針無視の争議の規制のために組合規約に定められた争議公認制のなかで、争議行為の開始のために必要な本部執行機関の承認の前に、争議行為を実施する下部組織の全組合員による投票が行われなければならないとされることによって形成された、と言われる。[15] 第二次大戦後の西ドイツでは、ドイツ労働組合総同盟（ＤＧＢ）が一九四九年一〇月の結成大会で採択した争議準則 (Richtlinien des DGB zur Führung von Arbeitskämpfen) に、争議行為の開始と続行は組合執行機関の承認 (Genehmigung) と投票権限を有する争議参加者の秘密投票による七五％の賛成を必要とする旨が定められた。[16] もっとも、ＤＧＢ傘下の組合の中にはスト投票なしにストライキを開始できる場合を認めていたものもあった。[17] そして、ＤＧＢも一九七四年に新しい争議準則を制定して、スト投票を行うべきかどうかを個々の組合に委ねることとした。[18] これは、スト投票なしでの争議行為の合法性を前提とするものであると言われている。[19]

このような事態の下で、スト投票を欠くストライキ (Streik ohne Urabstimmung) が合法 (rechtsmäßig) かどうかが一つの問題とされてきた。連邦労働裁判所（ＢＡＧ）の判例はまだないようであるが、[20] 学説はかなり早くからこの問題を論じ、いくつかの下級審判例もある。現在のところは、合法説が優勢だが違法説も相当に有力、というところのようである。[21] 以下、わが国における問題解決への示唆を求めて、現在の主要文献と思われるものによって理論状況の一端にふれてみたい。

(2)　違法説の方から見ると、ニッパーダイ＝ゼッカーは以下のように説く。第一に、規約所定のスト投票がなされなかった場合は、組合と組合員の関係に生じた違法性が直ちに対使用者関係における違法性を帰結せしめるのではない。

しかし、労働争議の当事者は相手方に対して、他人の利益を侵害しようとする前に自らの側で平和的解決のあらゆる可能性を検討し、そのために努力しつくし、そしてまずは構成員たちに要求実現を目指して争議行為をなす用意があるかどうかを問わねばならない義務を負うのであって、スト投票の懈怠はかかる義務に違反する。そして第二に、規約に争議行為開始要件としてのスト投票が定められていない場合にも、労組はスト投票を実施しなければならない。なぜなら、争議行為の実施についての団体構成員の共同決定権（Mitbestimmungsrecht）は、共同体の自由にして直接的な意思形成の基本的な構成要素であって、これを欠くときには職業団体の民主主義的な適格性（demokratische Legitimation）と協約締結能力が否定されねばならないからである。[22] 以上の論述の前半部分では、要するに、ニッパーダイらがかねてから強調し、BAGによって争議行為の最も基本的な合法性要件である「相当性」[23]（Verhältnismäßigkeit）の重要な内容をなすものとされているところの、「争議行為は最後的手段（letztes Mittel）として行われるときにのみ合法である」[24]という基本原則（Ultima-Ratio-Prinzip）にスト投票なき争議行為は抵触する、と主張されているのである。

このほか、ロイターは、争議行為は「最後的手段」原則に則って行われるべきであるから、争議行為能力（Arbeitskampffähigkeit）が認められるためには、とくにスト投票を含む団体意思形成の明確な定式化が団体の内部組織の最少限の条件として必要であり、これによってこそ非合理的な偶発性とは逆の「合理的」（rationell）な争議行為が担保される、と述べる。[25] それからミューラーは、問題提起のみにとどめて結論を留保しているが、スト投票をストライキの合法性の要件と考えるとすれば、その理由は、スト投票が行われることによって国民経済に影響を与えるようなストライキが組合員たちによってためらわれ、したがって事態の冷却化が促進されて争議行為の実行を妨げる期間が生ずること、および、争議行為にいわば歩兵として参加し、場合によっては失職するかもしれない個々の労働者が何人にも先んじて争議行為をなすかどうかについての賛否表明の機会を持つべきことであろう、と言う。[26]

(3)　合法説については、ザイターの説くところから見よう。彼によれば、違法説はスト投票と「最後的手段」原則との関係を言うが、スト投票実施がスト開始を遅らせるのは確かであるが紛争の平和的解決には何の関係もなく、また、スト投票も争議行為の一態様であるのならばそれを行うかどうかは争議手段選択の自由に属するし、さらに、より強烈な争議手段の前によりソフトなスト投票を行う方がよいかもしれないが、争議行為を強度の小さいものから順序づけてなすという義務は存在しない。それから、スト投票を実施することは組合員の共同決定権の保護にはなるが、組合と組合員の関係における義務違反につき使用者との関係においてサンクションが加えられることの理由は不十分であり、また、組合員が争議によって大きな影響を受けることを挙げる者もいるが、それを言うならば、争議との関わりを持たされる第三者にも争議意思の形成に参加する機会を与えねばならなくなるであろう。結局、スト投票の問題は組合の内部問題として処理すべきであって、組合員がストライキ開始の決定に参加できないことになっている場合は、スト指令は組合員を法的に拘束しえず、したがってスト指令への不服従を理由とする除名などの制裁は正当性を持ちえないと解するのがよい、とされる。[27] ツェルナーも、「最後的手段」の原則からストライキ開始前にスト投票が必要であるという帰結はひきだされえないとし、もっぱら組合内部の問題となるにすぎないと述べる。[28]

さらに、ミューラーによれば、違法説は歩兵である組合員をスト意思の形成に必らず参加させるべきであると主張するが、ストライキに関与させられるのは組合員のみに限らないことに注意すべきであり、また、奇襲的な争議戦術が常に不当だとはいえず、労働争議にはたしかに社会全体に大きな影響を与える可能性があるが、同時に紛争解決のための不可欠な方法でもあることが忘れられてはならない、とされる。このほか、労働組合内部に民主的秩序が維持されるべきことは当然であるが、だからといって個々の組合員が組合機関のなす決定に直接に関与しうるように組織構成されていなくてはならないとまでは言えず、代表制民主主義の原則に方向づけられて組合員が労働組合の力の担い手であるこ

とが確保されていれば十分であるとか、あるいは、「最後的手段」の原則は重要であるけれども、スト投票はそれ自体が争議行為ゆえ、その段階では平和的解決のすべての可能性を探るという一線はすでに越えられているわけであって、したがってスト投票の有無は「最後的手段」原則が遵守されたかどうかとは関係がない、などと言われている。(29)

(三) 問題の考察

(1) 学説における二つの考え方の一方が言うように、スト権確立を経ないストライキといえども、使用者にとっては普通のストライキと特に変ったところがあるわけではない。そのことからは、かかるストライキも争議行為としての正当性を失わないという簡明な結論がえられる。しかし、前述のように学説では、争議行為は「団結の統一的意思」に支えられたものでなければ正当性を否定され、ただスト権確立がされていないことはこのような正当性要件の欠落を意味しない、という論理による立場が強い。また判例あるいは行政解釈にも、これに近い考え方が見られる。この点からまず検討を加えてみよう。

争議行為の正当性に関しては、今日、その有無は目的と手段の二方面から社会通念に照らし具体的諸事情を総合して決定されるという一般的な理解がある。「団結の統一的意思」に支えられるという正当性要件は、これとはやや異質な内容のものであるから、それが具体的にはいかなることを指し、またそれが正当性の要件とされるのは何ゆえかが明らかにされねばならない。これらの点については、必ずしも明晰とはいえない説明しかなされていないが、山猫ストが全く当然に正当性を否定され、また、「幹部独裁」であってはならないとか、組合員の多数に支持されていることを要するなどと言われているところからすると、筆者自身にも適切な表現ができないが、要するに、争議行為は統制のとれた、しかも組合員多数の主体的意思に支えられた集団的行為でなければならないということであろう。

このように理解される「統一的意思に支えられた」ストライキとは、いわば、争議行為の「あるべき姿」である。現

実のストライキがこの「あるべき姿」、もしくはこれに近い状態の下で実施されることは、ストライキを成功させるために必要であろうし、また、組合民主主義の面からも強く要請されていると言えよう。それでは、このような意味での正当性の判断は、具体的にはどのようになされるのであろうか。法解釈のいわば常識からすれば、争議行為意思の形成過程における手続面に着眼して、必要と考えられる手続が実際に正しく履践されたかどうかという外形から判断される、ということになろう。すなわち、まさに規約所定の争議開始手続、とりわけスト権確立の成否が最も一般的な判断基準とされ、その上で、当該ケースの具体的事情に応じて、たとえばスト投票は実施されなかったが組合大会での起立もしくは挙手による採決があったから「統一的意思」の形成が認められるとか、あるいはスト投票は確かに行われて過半数の賛成はえられたが、その実施過程に重大な瑕疵があったために「統一的意思」の成立が否定される、というようなことになると思われる。判例のなかには、このような考え方をしていると見られるものがあった。[30] しかし、学説においては、統一的意思に支えられているかどうか、多数決原理による意思決定に支えられているかどうかは、「あくまで実質的に判断」されねばならず、「事実上組合員の意思にもとづく統一的行動と認められるかぎり」争議行為としての正当性は否定されないことが強調されている。[31] あるいは、問題は「規約違反であるかどうかではなく、それが組合の統一的行動として把握されうるものかどうか」である、[32] と言われる。つまり、「統一的意思に支えられている」かどうかは、規約の定めにもとづくスト権確立の成否といった手続の面からではなく、意思形成の実体においてこそ判断されねばならないと言うのである。さらに、これは筆者の読み込み過ぎかもしれないが、これらの理論においては、統一的意思に支えられているかどうか、あるいは組合の統一的行動と把握できるか否かは単なる外形によってではなく、いわば、多数の組合員が組合執行部の統制の下で「団結して闘う」意思を真に有していたかどうかによって決せられる、ということであるようにも思われる。筆者は、争議行為はその実体において組合員多数の主体的な、あるいは

「真に」団結する意思に支えられた統制ある行為でなければならないとすることは、労働組合の行動の現実のあり方に対する理想主義的な原則の提示としては、十分に有意味であると思う。しかし、これを争議行為の正当性の有無、つまり民刑事免責の法的保護を認めるかどうかの判断枠組みとすることは適当ではないと考える。それは、法的な問題処理の規準としては具体性に乏しすぎるというほかないであろう。さらに、たとえば、スト権確立は形式的には成立したが組合員たちが実際には漫然とした態度で投票を行っていたという状況がある場合に、それゆえに統一的意思が形成されたとは認められないとか、あるいは、スト権確立時には大多数の組合員がスト実施に賛成していたが後に多数の脱落者が発生した場合は、統一的意思が欠落するに至ったから正当性が失われる、というようなことにはならないのであろうか。考えようによっては、これは、労働者の争議権行使に対してあまりに厳しい制約を課するという批判を受けざるをえないであろう。

(2) 以上のようにして、争議行為が正当であるためには多数組合員の統一的意思の支えを必要とすると考えるのであれば、むしろ、スト権確立を経ないストライキは正当性を欠くものと推定されると解すべきであろう。そして、なにゆえにそのように考えなければならないのかと問われれば、結局のところ、それは組合民主主義の原則が要請するからだと答えることになろう。つまり、ストライキという、一般の労働組合にとって最も非日常的な、使用者に対決する同盟的行動を行うに当っては、団体意思形成の方式としては最も民主主義的であると一般に考えられているところの、団体構成員の直接無記名投票の過半数以上による決定を経なければならない、という論理になる。

スト投票を欠く争議行為を違法と解する西ドイツの理論があげる主要な理由の一つは、まさにこの組合民主主義論であった。すなわち、そこでは前述のように、争議行為の実施についての組合員の共同決定権は団体意思形成の基本的構成要素であって労働組合の民主主義的適格性の要件であるとか、スト投票を含む団体意思形成の明確な定式化が組合の

内部組織の最少限の要件であるとか、あるいは、争議行為の歩兵として失職の危険にさらされる組合員にこそまず賛否の意思表明の機会が与えられなければならない、などと説かれている。このような主張は、結論的な賛否の如何は別として、十分に理解可能なものと言える。

ところで、組合民主主義は現行のわが国労働法における基本原則の一つとして認められるべきであろうし[33]、また、労組法五条二項八号は組合民主主義の法原則にもとづく規定と解されるから、規約所定のスト権確立がなされないままにストライキが行われた場合には、そのことが組合の内部関係における法的問題の処理に影響を及ぼすべきことは当然である[34]。しかし、いうまでもなく、ここでの問題はそのようなストライキが正当性あるものとして評価されうるのかどうかである。筆者は、この点につき否定的に、つまりスト権確立の有無は争議行為の正当性とは無関係であると解したい。組合民主主義の原則に合致した意思形成過程を経た争議行為のみが民刑事免責を付与されると解することは論理的には決して不可能ではないけれども、やはり、目的にも手段にも何らの問題がない争議行為に対して、その意思形成過程における瑕疵のゆえをもって法的保護を拒否することは妥当でないと考えるのである。筆者はさらに、「幹部独裁」の下での争議行為についても同じように、争議権濫用などとしてそれを違法視することに反対である。組合民主主義の法原則のいわば射程を、スト権確立を経ないストライキや「幹部独裁」の争議行為などの正当性を否定するところにまで及ぶものと解することは、労働者の争議権行使の方法に対する厳格にすぎる制約を意味するものと言わなければならない。それから、組合民主主義を解釈論の次元で取扱うかぎりは裁判所が理解するところの組合民主主義原理による組合統制という事態を避けることができないという指摘[35]があるが、この観点からすれば、組合民主主義の原則に反する争議行為に対して違法性のレッテルを張るなどとはもってのほかと言うことになるであろう。

(3)　西ドイツの違法説があげる主要な理由の他の一つは、前述のように、スト投票は争議行為の「最後的手段」原則

から要請されるということであった。それは要するに、争議行為は相手方である使用者の利益を害し、しかも社会的な影響が大である場合も少くないから、できるかぎり回避される必要があり、また非合理的でない態度の下で行われることが望ましく、そこで、争議行為を行う前には必らずスト投票を実施しなければならないという原則が法の要請するところである、という主張である。このような考え方は、これまでのところわが国の判例・学説にはほとんど皆無であったと言ってよい。僅かに、ストライキは使用者と第三者に重大な影響を与えるからスト権確立なしでは正当たりえないとした判例[36]、および、これは争議行為としての正当性を否定する趣旨ではないのであろうが、スト決定は使用者の最終提案がなされてから後に投票形式で行われるべきであるとしてわが国の組合における現状を批判する学説[37]に、西ドイツの論議にいくらか共通するものが感じられるのみである。

争議行為は団体交渉等による平和的解決の可能性を追求しつくした後にのみ行われるべきもの、というような考え方は、わが国においては、あるいは世間一般の常識には近いかもしれないとしても、これまでの労働法理論にとっては一般にきわめてなじみ難いものであった。また、「団交と争議のスパイラル現象」という言葉で表現される特徴を有するわが国の集団的な労使関係における従来の実態とも甚だそぐわないものと言わざるをえない。もしも「最後的手段」原則が確立された法的ルールであるとすれば、わが国の労働組合が現実に行っている争議行為のかなり多くの部分が正当性を否定される結果になるであろう。

筆者は、今日のわが国のような高密度社会にあっては、ストライキや怠業などは出来るかぎり回避されるべきであるという社会的要請が次第に強められ、それが争議行為の正当性判断の規準にも反映することなどによって何らかの法的意味を持つことは、一つの必然として受けとめるべきものであると思う。また、団体交渉を組合活動や争議行為と同じ団体行動権の行使としてとらえるような考え方は明確に否定されねばならないと考える。[38]

とはいえ、団交を重ねた末に出された使用者の最終提案に不満な場合にストライキを行うという、いわゆる西欧型に比べて、ストライキ等を行いながらも団交などによる使用者との折衝を断たずに要求実現を図るという日本型が、労働組合の行動様式として当然にマイナス評価されるべきものかどうかには疑問があろう。後者は、かえって、企業別組合組織その他の顕著な特質を有するわが国労使関係の現実により適合的な紛争解決過程であるのかもしれない。筆者は、少くとも法解釈論のレベルでは、争議行為は最後的手段としてなされねばならないという原則を認めることに消極的でありたい。かくて、スト権確立を経ないストライキはこの原則からも正当性を否定されることはないと考える。それに、西ドイツの論議を見ても、「最後的手段」原則とスト投票は無関係であるとする見解の方がより説得力を有するように筆者には思われるのである。

(1) 〈日本通運事件〉秋田地判昭二五・九・五労民集一巻五号六八三号、〈同〉秋田地決昭二六・六・一一労民集二巻二号一一三頁。
(2) 〈杵島炭鉱大鶴鉱業所事件〉佐賀地判昭二五・五・三〇労民集一巻三号四二三頁。
(3) 〈日本化薬厚狭作業所事件〉山口地判昭三〇・一〇・一三労民集六巻六号九一六頁、〈同〉広島高判昭三四・五・三〇労民集一〇巻三号五四九頁。
(4) 〈興国人絹パルプ事件〉大分地判昭四一・一〇・二五労民集一七巻五号一二八一頁。
(5) 前掲〈日本通運事件〉秋田地判昭二五・九・五。当該のストライキが統制違反であることとあわせて、ストライキは違法とされている。
(6) 前掲〈日本化薬厚狭作業所事件〉山口地判昭三〇・一〇・一三、〈同〉広島高判昭三四・五・三〇。いずれにおいても、本件の遵法闘争は山猫争議である、規約違反ゆえ違法である、ピケが正当性の限界をこえる、などの使用者側の主張は容れられていない。
(7) 前掲〈日本通運事件〉秋田地決昭二六・六・一一。これも、統制違反の理由とあわせてストライキは違法とされた。

(8) 前掲〈杵島炭鉱大鶴鉱業所事件〉佐賀地判昭二五・五・三〇。

(9) 前掲〈興国人絹パルプ事件〉大分地判昭四一・一〇・二五。他の理由ともあわせて、この事件のストライキは正当と判断された。

(10) 有泉・前掲八四頁、同・一一二頁。組合規約が守られるかどうかは統制力の問題にすぎず、「その点を使用者がとりあげて、労働者との関係で自己に有利な結果を収めうるものではない」から、規約違反のストも民刑事免責を失わないとする石井照久『新版労働法』〔昭四五〕三八六頁、争議行為の規約違反は組合内部問題にすぎず「法はそれを対外関係に投影する構造をとっていない」とする大野雄二郎『争議行為法総論』〔昭四二〕二一〇頁も同旨であろう。久保敬治「争議制限論—組合規約による制限」『浅井還暦記念・労働争議法論』〔昭四〇〕二五三頁は、規約所定の決議を経ることなく、またかしある決議にもとづきなされた争議行為にも、その正当性には問題はなく、それが統制ある行為として行われているかぎり規約違反の責任も生じない、とする。それから、秋田成就「争議行為と組合規約」『労働法大系3・争議行為』〔昭三八〕一三〇頁以下は、スト投票を行うなどの問題は「組合内部のいわばプライベートな問題ゆえ」、それを規約に定めるか否かなどは「全く組合の自由に属する」ことであり、争議行為が規約に反したという事実だけでは、「公共性に反するという理由に基き刑事上の責任を生ずるはずがないし、かつ、対使用者関係においても、それだけの理由で組合が責任を追及されるいわれがない」とする(一三四—一三五頁)点では、これらの見解と同じである。

(11) 有泉・前掲一一三頁。石井・前掲三八六頁も、山猫ストについては、一部組合員だけでは「本来その主張事項につき使用者と交渉しうる地位にない」ことから正当性を否定する。

(12) 外尾健一『労働団体法』〔昭五〇〕四九四頁以下。これはおそらく、現在の労働法学説の多数によって支持されている考え方であろう。たとえば、宮本安美「組合規約違反—日本通運事件」労働判例百選(第三版)〔昭四九〕二三二頁以下参照。また、秋田・前掲一三五頁は、「規約を頭から無視して幹部が独裁的にストを決定した」ような場合は、規約違反の問題としてではなく「争議行為の本質の問題として……争議権の濫用の有無の見地から判断す」ると述べる点において、これらの見解とも共通する考え方を示す。

(13) 外尾・前掲四九九頁。宮本・前掲二三三頁も同旨と思われる。

(14) すなわち、「当該労働組合の規約が労組法第五条第二項第八号の規定を含まない場合、当該組合の規約に定める手続に従って

同盟罷業を開始することは、同盟罷業を指令した役員が組合員からその点で規約違反の責を問われるものではないという丈であって、同盟罷業そのものの当、不当とは関係がない。しかし乍ら、同盟罷業の開始は組合員の総意に基いて決定されるべきことは労組法第五条第二項において第八号の如き要求を規定していることからも明らかであり、規約に従ったか否かを問わず組合員の総意に反し、又はこれを無視して同盟罷業を開始することは、一般的にいって不当であるが、なお当該同盟罷業の当、不当については具体的な事件につき判断すべきである」(昭二四・八・三労働法規課長内翰)とするもの、および、「規約に違反する手続によってその開始を決定された同盟罷業であっても、それが実質的に組合員の多数意思の支持をうけているものであり、かつ、労働組合としての統制ある行為としての態様をもって行なわれているものである限り、その同盟罷業は、使用者に対する関係では、一般に違法な争議行為とはならないものと解されるのであって、規約が遵守されたか否かは組合内部の問題となりうるにすぎない……」(昭三八・一二・二〇労働法規課長内翰)とするものがある。

(15) 久保・前掲二四六頁以下参照。

(16) Hueck-Nipperdey-Säcker, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7 Aufl., Bd. 2, 2 Halbband, 1970, S. 1025.

(17) Vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker, a. a. O., S. 1025 Anm. 69b. また、スト投票に付するかどうかを執行機関の裁量に委ねる Chemie-Papier-Keramik 労組の規約の効力が争われた事例として、ArbG Düsseldorf, Urt. v. 21. 8. 1972, Der Betrieb, 1973, S. 876 ff. がある。

(18) Vgl. Söllner, Arbeitsrecht, 5Aufl., 1976, S. 72. なお、西谷敏「西ドイツ争議法論の展開」日本労働協会雑誌二二九号〔昭五三〕二三頁参照。

(19) Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 7Aufl., Bd. 2, 1979, S. 133.

(20) なお、スト投票の実施は労働協約の平和義務に違反する行為であるとする判例が出されている(BAG Ap Nr. 2 zu §1 TVG Friedenspflicht)。

(21) Vgl. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 509 Anm. 4.

(22) Hueck-Nipperdey-Säcker, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1 Halbband, 1970, S. 1025f.

(23) この点につき、西谷・前掲二二頁以下参照。

(24) Hueck-Nipperdey-Säcker, a. a. O., S. 1023.

(25) Reuter, Streik und Aussperrung, Recht der Arbeit, 1975, S. 282.
(26) Müller, Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, Recht der Arbeit, 1971, S. 324.
(27) Seiter, a. a. O., S. 510f.
(28) Zöllner, Arbeitsrecht, 1977, S. 279.
(29) 前掲（注(17)）の判決が、このように述べつつ、スト投票を執行機関の裁量に委ねた規約規定の効力を肯定している。また、Bobrowski-Gaul, a. a. O., S. 133 は判旨の引用部分の後半と同旨のことを述べる。
(30) 前掲〈日本通運事件〉秋田地判昭二六・六・一一、同〈興国人絹パルプ事件〉大分地判昭四一・一〇・二五など。
(31) 外尾・前掲四九四頁以下参照。
(32) 宮本・前掲二三三頁。
(33) 浜田冨士郎「組合民主主義と団結自治」『現代労働法講座2・労働組合』〔昭五五〕八二頁以下は、組合民主主義は今日あたかも公理のごとく考えられているが、組合民主主義なる語の意義、組合が民主的に管理・運営されるべきことの理由などについて、これまでは法原理論的な考察が殆んど行われなかったことを指摘する。そして、「組合民主主義」とは「組合ないし組合役を個員別組合員の意向、ないし要求に敏感かつ忠実で（responsive）あらしめるための手続原理を意味するもの」と解した上で、現行のわが国労使関係法制には組合が民主的であるべきことを一般的に要求する制定法規は存在しないけれども、労組法が、不当労働行為制度による保護、争議行為の民事免責、労働協約についての規範的効力の承認等、組合の使命遂行についての利便を設定することによって、かなり強力な労働条件規制の権能と法的地位を労働組合に付与していることから、組合の民主主義的な管理・運営は一般的な法の要請であると解されなければならない、とする。組合民主主義の法原則に関して、筆者はさしあたりこの見解に依拠する。
(34) 組合内部の問題処理のあり方に関しては、前述したザイターの見解が参考になるであろう。
(35) 浜田・前掲九四頁。
(36) 前掲〈日本通運事件〉秋田地判昭二五・九・五。
(37) 峯村光郎『労働法概論』〔昭五一〕二一四頁。なお、労使関係法研究会・前掲三七二頁も同旨のことを述べる。

(38) この点に関しては、有泉享「団体交渉という権利」『石井追悼・労働法の諸問題』〔昭四九〕五頁以下参照。

三　スト権確立と争議行為の「成立」

(一)　問題の意味

争議行為の「成立」、つまり法的な意味における争議行為はいつ、どのようにして成立するのかという問題は、はじめにも述べたように、近年になってある論者が指摘するまではその所在すら一般にはほとんど意識されていなかった。この論者の見解を筆者なりの理解にもとづいて要約すれば、争議行為は集団的意思形成と実行行為から成るが、前者にあたる具体的行為が争議決議であり、それが組合員に伝達され、さらに使用者に宣言＝通告されたときに争議行為が成立すると解すべきであるが、争議決議を経ない争議宣言は効果意思を欠くゆえに争議行為を法的には成立せしめない、ということになる。(1) そして、なにゆえに争議行為の「成立」を問題とする必要があるのかと言うと、第一には、わが国の実定法上は争議行為については空白定義、つまり労働者のなす争議手段はすべて争議行為であると定義するほかないからであり、第二には、ストライキや怠業などの主要な争議手段は労務の不提供または不完全提供であるために外見上は通常の欠勤や職務懈怠と区別することができないからである、とされる。(2)

さて、このような争議行為の「成立」に関する理論に従うならば、スト権確立は争議行為の「対内的成立」(3)のための規約所定の方式による争議決議ということになる。そこで、スト権確立がなされなかった場合は、おそらくはそれに代わる組合大会における採決の事実でも認められないかぎり、争議行為は法的には成立せず、したがって、その正当性の有無を論ずるまでもなく民刑事免責の付与という法的効果は生じないことになるであろう。

それから、スト権確立を経ないストライキの正当性が争われたケースについての判例のなかには、前述のように、規

約違反のストライキといえども、組合員の過半数によりストライキであるという明確な認識ないし理解の下で支持され実行されたのであれば団体意思形成の要請は満たされているから法的には何らの問題もない、としたものがあった。これについて、一定の法的効果を与えられるところの争議行為であるためには、それを行う組合員たちの意思、つまり欠勤や懈怠でなく集団的＝同盟的な労務給付拒否行為たる争議行為をなすという意思の存在が必要である、という意味のものと理解することも全く無理ではない。また、今日の多数説と思われる学説の見解において、統一的意思に支えられているときに初めて争議権行使として法的保護を受けるとか、争議行為は団結体の多数決原理による意思決定にもとづくことを要するとか言われているところも、実は、争議行為の「正当性」の問題ではなく「成立」の問題が論じられているものと理解すべきなのかもしれない。さらには、前述のように労働組合運動の実務においては、ストライキに入るにはまずスト権を確立しておく必要があると理解されているようであるけれども、これについて、ストライキを法的な意味で争議行為として成立させる手続としてスト権確立が意識されているものととらえることも不可能ではないであろう。

(二) 問題の検討

筆者は、争議行為の「成立」を問題にすべきことの理由としてあげられる前述の二点のうち、争議行為の概念に関しては、わが国の現行法の下では争議行為の定義は内容空白でしかありえないとする考え方とは全く異った見解を有している。そこで、この点からスト権確立を争議行為の成立の問題に関連させることには意義を認めることができない。これに対し、ストライキや怠業を通常の欠勤や職務懈怠から法的に区別する必要性に関しては、きわめて重要な問題提起がなされていると考える。実際上は多くの場合、使用者側にとって争議行為と普通の懈怠とを区別することはそれほど困難ではないであろう。しかし、とくに怠業、なかでもわが国労働組合独自の争議戦術であろう電話応待拒否などについては、それが原則的には法的保護の対象となるべき争議行為であるのかどうか不分明になる場合が少からず生ずると

思われる。それゆえ、この点からスト権確立を争議行為の成立の問題に関連させて法的に意味づけることには十分の意義があると言える。要するにつぎのようなことになろう。スト権確立もしくはそれに準ずる方式による争議決議によって争議行為をなす「意思」が形成され、それが使用者への通告により「表示」されることによって、法的な意味での「争議行為」が成立し、正当性を否定されないかぎりで民刑事免責と不利益取扱禁止という「効果」が付与される、と。これは、鮮かに論理的に整序された、法律行為論的な争議行為の理論構成と評することのできるものである。

しかしながら、筆者は解釈論として、組合内での決議と対使用者の通告を欠くストライキ等は争議行為として法的保護を受けるに値しないとすることには、やはり同意できない。そのような理論がもたらす結果の妥当性の乏しさを黙視できない、とでも言うべきであろうか。すなわち、まず、スト権確立などの争議決議がなされなければ争議行為が成立しないとすると、使用者側に組合内部において争議決議が行われたかどうか、あるいはそれが瑕疵なく成立したのかどうかを知る必要が生ずることになる。しかし、このような組合内部の事情については使用者は無関心であることが要求されているはずである。決議に瑕疵があった場合について考えてみると、法律行為論一般の次元では、意思表示が無効または取消されるべきものであることを欲する表意者の利益と、逆に法律行為の効力が維持されるべきことを望む相手方・第三者の利益をいかに調整するかが問題となるが、争議決議に関しては、表意者である組合側が決議の有効性を必要とし、相手方である使用者側にそれが無効であることの利益が帰属することになる。いずれにせよ、表見法理など、効果意思の形成過程に瑕疵あった場合の処理に関する一般理論では解決ができない。また、わが国においては団交を開始する前に包括的な事項についてスト権を確立することが多い[6]と言われ、たとえば「今後一年間、目的を問わない」といったスト権確立も行われているようである。争議決議を争議行為を成立せしめる不可欠の要素としての集団的意思形成と解すると、右のような内容のスト権確立では法的に有意味な争議決議とは評価できないとされる恐れがあるのではな

いか。

つぎに、使用者に対する通告がなされなければ争議行為は成立しないという点はどうか。争議行為の通告ないし予告に関しては、これまでの判例・学説はこれを正当性の問題としてとらえて、労調法三七条もしくは労働協約の平和条項によって義務づけられている場合を除いては組合には事前の通告ないし予告の義務はない、と解しているようである。筆者は、不意打ちスト等はできる限り回避すべきことが、フェア・プレイの原則、あるいは集団的労働法上の信義則から労働者に要請されていると考える。しかし、今日のわが国の労働争議の実際においては、使用者側は多くの場合にストライキ等の実施を事前に察知しうるであろうし、団交をくり返す合い間に短時間のストライキや怠業が何回も行われるというのが一般的な争議の状況であろうから、争議行為は常に必ず使用者に対する通告を必要とすると解するのは、公平の見地から考えて妥当とは言えないのではないかと思われる。結局、「成立」に関してであれ、「正当性」に関してであれ、事前の通告なき争議行為を法的に保護しないという法原則を立てることには、筆者は賛成しえないのである。争議行為が予告なしに行われたことのために違法とされるのは、とくに怠業についてそれが言えることが多いであろうが、[7] 具体的事情に照らして抜打ちであるゆえに争議権濫用と評価することができる場合に限られるべきである。

(1) 山口・前掲五一頁以下参照。
(2) 山口・前掲四八頁。
(3) 山口・前掲五二頁。
(4) 前掲〈興国人絹パルプ事件〉大分地判昭四一・一〇・二五。
(5) 下井「争議行為と物権の関係についての一考察—職場占拠をめぐる諸見解の検討を中心に—」北大法学論集二八巻一号〔昭五二〕三七頁以下。
(6) 本稿一の注(3)参照。

(7) 怠業が通告なしに行われたために違法とされた例として、〈日本テキサス・インスツルメンツ事件〉浦和地判昭四九・一二・一九八〇・一〇・二〇—六労民集二五巻六号五五二頁がある。

The Legal Significance of the Strike Resolution

Takashi SHIMOI*

Section 5 subsection 2(8) of the Trade Union Act prescribes that constitutions of a union in the meaning of this act shall include a provision requiring that a strike be initiated only after it is sustained by the majority of the members or the workplace delegates through direct and secret ballot. In these days most of the unions in this nation maintain a constitutional provision to this effect following the statutory instructions. As a matter of course, strike actions are usually waged by unions only when they are supported by the majority at the union conventions.

What is the legal meaning of winning the majority in a strike vote procedure? First, we should probe whether or not a strike without beforehand strike vote, or a strike without winning majority sustaining it in a violation of the constitutional procedures, can be treated as a 'just' strike, and accordingly be given the protection of anti-discrimination mandate to the employer (§ 7 ① TUA) and the immunity from liabilities arising both from private law and criminal law (§§ 1-II, 8 TUA). Next, we should clarify whether or not a strike resolution by the majority at the union convention must be deemed as a requirement in a legal sense for a strike to be treated as such. If so, it might be concluded that a strike not supported by the majority members is unable to be given the afore-mentioned provided by the Act.

Confronted with these problems, the author, after analyzing various views of court decisions and commentators, and after referring to the prevailing opinions of West Germany, gets to a solution. In short his conclusion is that to win majority votes sustaining a

* Professor of Labour Law, Faculty of Law, University of Hokkaido

strike should not be considered as a requirement for a strike to be treated legally as such, and that a strike without a strike resolution in accordance with union rules cannot necessarily be denied the statutory protections as 'unjust' one.