



Title	莊子邦雄「労働刑法」(法律学全集四二所収)
Author(s)	藪, 重夫; YABU, S.
Description	書評
Citation	北海道大學 法學會論集, 10(1-4), 227-242
Issue Date	1960-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27787
Type	departmental bulletin paper
File Information	10(1_4)_P227-242.pdf



莊子邦雄「労働刑法」(法律学全集四二所収)

藪 重 夫

一、本書は、労働刑法(労働関係との関連のもとに発生した犯罪に対する刑事実体法規)について体系的な叙述を試みたものである。その構成は、総論と各論との二つの部分からなる。総論は第一章労働刑法の概念、第二章集団的労働関係に対する刑事立法史、第三章構成要件該当性阻却と違法性阻却、第四章不真正不正行為と同盟罷業、第五章争議行為における正当性の原理、第六章争議行為と違法の認識、第七章争議行為における責任の帰属という内容を含み、各論は、第一章争議行為と各種犯罪、第二章争議行為の諸型態と犯罪の成否、第三章争議行為制限・禁止規定違反の諸型態という内容に分かれる。

従来、労働刑法という言葉はさまざまの意味に用いられ、そうした特殊な概念を認める必要性についてもいろいろの論議がなされてきているが(例えば法律時報三〇巻九号二三頁以下「労働刑

法について」所収のアンケートを参照)、著者は、労働刑法の概念を広狭二つの意味に理解しており、個別的労働関係を規制する刑罰法規と集団的労働関係の分野をも含めた広い意味の労働刑法とを区別している(二頁—三頁)。すなわち、個別的労働関係においては、労働者と使用者との実質的平等を期するため、国家が直接に介入するという形態がとられるが、それは、労働法規自体に罰則規定をかけた労働法規範の貫徹を試みる意味において、特別刑法に属するといえるのに対し、集団的労働関係においては、労働関係は組合対使用者の関係を通して実質的平等関係に立つものと予定されているから、労働法規範が自ら強行法的基準をかけた集団的労働関係の場に強力な直接的介入を企てる必要は、一般に、存在せず、したがって集団的労働関係の場で発生する犯罪に關する刑事的規制は、原則として、刑法典を中心とした一般的な

刑罰法規に委ねられる、その意味において広義の労働刑法を特別刑法とすることはできない、とされている。以下、本書における論述の中心は、主として狭義の労働刑法以外の分野、すなわち集団的労働関係に関連して発生した犯罪に向けられているが、逐次その考察の跡をたどつてゆくことにしよう。

二 広義の労働刑法は特別刑法ではないという理解に立つ以上、まず労働刑法概念そのものの必要性が問題となるが、著者は、「刑法規範の解釈に対する労働法規範の影響を集中的に吟味することにより、刑法「解釈」の特殊な領域を設定することは許されてよい」とする(九頁)。しかし、刑法一般の原理を修正・変更するという形において労働刑法の概念を定立する必要のあることを強調する見解に対しては、それは「刑法解釈の特殊な一部であり刑法解釈を超えるものではない」(九頁)、市民刑法規範の内容は労働法規範によつて修正をこうむるが、「この修正は、あくまでも、市民刑法規範の「解釈」を場として展開される」ものであり、「労働法規範の解釈が市民刑法規範を「超えて」そのまま直線的に展開された結果に基づくものではない」(二六頁)としており、労働刑法の中心を「刑法規範の解釈に対する労働法規範の影響の測定」という点においている。

しからは、この修正ないし影響ほどのような面においてなされ

るか。この点に関しては、周知のように構成要件該当性阻却説と違法性阻却説の対立が存する。ところで構成要件該当性阻却説の根拠となつて考へ方には、労働法規範の特異性を強調するもの(争議行為に対する判断は市民法の立場からではなく労働法の原理に従つてなされるべきであり、形式的にもせよ市民法上の違法の評価を容れうる余地はない、正当性の問題を違法阻却事由と解することは、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となるとする見解(山中、吾妻、本多、藤沼、宮島など)と、社会的相当行為の理論を援用するもの(今日の社会通念では、経済的要求貫徹の手段として用いられるストライキは、もはや不法な脅威ではなく、経済取引に関しての合法的な社会的・経済的勢力と認められるにいたつては、社会的行為類型として定型的合法性を承認されるにいたつた行為までも構成要件の中にとり込んでおくことは無意味であるから、例えば正当な医療行為としての手術やスポーツ競技の場合のように、構成要件該当性そのものを否認することにより問題を処理することが許されてよいとする見解(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)の二つがあるが、著者はこれを次のように批判している。すなわち、労働法規範の特異性を強調する見解に対しては、争議行為につき市民法上の原理をそのまま直ちに適

用することは避けるべきであり、労働法上の立場を考慮する必要のあることは当然であるが、「労働法上の立場を考慮することから、市民刑法上の構成要件に該当しないという結論が直ちに導きだされることとはならない。市民刑法上の構成要件においては、市民刑法規範の上に立ち抽象的・一般的な違法の型を定立しているのであるから、構成要件該当性の問題は、市民刑法規範の予定する違法の型に該当するかどうかということであり、労働法独自の立場を主張することはできない。市民刑法規範と労働法規範とは次元を異にすると考える以上、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つて、次元の異なる労働法規範から判断することは矛盾であらう」(二七頁—二八頁)とし、社会相当性の理論を援用する見解に対しては、「争議行為を医療行為としての手術などと同列に論じ社会的相当性を賦与させることが妥当であろうか。社会的相当性は定型的違法行為と関連して論じられ、市民刑法規範としての構成要件の行為に対する評価の機能を發揮すべきものとして展開されたものである。医療行為としての手術が社会的相当行為とされるのは、市民法秩序の完全な枠内においての行動であるため市民法秩序により許容されるというのである。市民法秩序と異質的な秩序の角度から市民法規範としての構成要件の行為の社会相当性を論ずることは、医療行

為に対する場合と性格を一にするものではない」(三五頁)、「社会的に相当な行為とは、「定型的な」違法行為に該当する行為でも、その行為が社会倫理的秩序によつて許容されるときには、特殊な法的許容命題を俟つことなく正当性を獲得する行為を指す。構成要件該当性そのものを阻却するわけではない。慣習法的な正当化事由を通し構成要件の違法性徴表機能が妨がないというに止まる」(三六頁—三七頁)としている。このようにして著者は、「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持つといえる」(二八頁)とするのである。

かくして次に、市民法体系と労働法体系の接合としての機能を發揮する重要な場であるところの、違法性判断の領域について、考察が加えられる。だがその具体的な違法性論を展開するに當つて、「正当性判断の基準」と「労働法上の違法と刑法上の違法との関係」につき予め検討しておく必要がある。まず、正当性判断の究極の基準として、一般に、「社会道徳」、「法律制度の精神」、「社会相当性」などがあげられるけれども、これらの基準は、「市民法

秩序における違法性判断の究極の基準としても用いられる」ものであるから、「右の基準を容易に持ちだすときは、市民法的意識だけにより違法性の判断を加える可能性を否定することはできない」したがって、「右に述べた基準に照して違法性の判断を下すに当つては、争議行為等の団体行動が市民法体系に対して持つ特性に留意し、市民法体系と労働法体系との総合としての法秩序「全般」からの評価判断であることを特に意識する必要がある」が、しかしただ単に意識だけに委ねることは十分とはいえず、「社会通念等の基準を争議行為等の特殊性に即応する形に改変することが、更に進んだ積極的な態度として要請される」(四二頁)。次に、労働法上の違法と刑法上の違法との関係について、争議行為などの団体行動が労働法上の特殊・具体的な規範に違反することにより労働法規範の範囲内において違法とされるにすぎない場合、このような「部分的違法……は刑法上の違法に直結しない」、これに対し「労働法秩序により全面的に否定されることによつて労働法上違法とされる場合には、労働法上の違法が刑法上の違法に移行する可能性は強い」といえるが、しかしこの場合でも「労働法上の違法がそのまま刑法上の違法に転化するわけではない」、「労働法上の良俗違反と刑法上の違法との間には質的差異が認められる」のであり、「労働法上の違法が刑法上の違法に直結する場合

は、労働法秩序における良俗違反が刑法上の高度の良俗違反の程度に到達する場合に限られる」(四三頁)。以下、このような基本的理解に立脚して、「争議行為の正当性の限界」が「目的による限界」と「手段による限界」のそれぞれについて考察されている。まず、「目的による限界」のところでは、政治スト(集团的就労放棄によつて惹起される経済生活の擾乱を圧力とすることにより国家権力機関の行為に強制を加え、よつて専ら国家権力機関のみが表現可能な主題につき一定の措置を求める政治斗争手段、労働基本権の維持・防衛を目的とする争議行為(特定労働者の解雇又は解雇撤回要求を目的とする争議行為、使用者側の不当労働行為、労働協約違反に対抗する目的でなされる争議行為、労働基本権の維持・防衛を主目的としてなされる経営参加・経営干渉・企業整備阻止のための争議行為など)、専ら使用者ないし第三者への加害のみを主目的とする争議行為(破壊・荒廃ストなど)の正当性が吟味される(四六頁―五七頁)。これらのうち、加害のみを目的とする争議行為は、労働の実質的平等を期する労働法の精神から逸脱するものであり、したがつて目的の面において既に刑法上違法と評価される可能性が強いが、労働基本権の維持・防衛を目的とする争議行為は、間接的に労働者の経済生活の維持・向上に向けられるものとして、適法な目的に立つといえる。問題なのは政

治ストの正当性であるが、「政治的目的が経済的目的と親和性を持つとしても」、「立法・行政・司法という国家権力機関の意思に対し同盟罷業という圧力を加えることにより強要する仕方」は、「憲法の保障する三権分立という根本的秩序と背反するから」、政治ストは原則として違法であるといわざるをえない。しかし、一時的な集団的就労放棄によつて国家権力機関の意思に対し圧迫を加えるに止まる政治的示威（抗議）ストは、「その程度が「明らかに」三権分立制を停廃させるほど強力のもの……とはいえない」から、たとえ「刑法上の構成要件に該当する場合であっても、原則的には違法と考えるべきではあるまい」（五一頁—五二頁）とされる。次に、「手段による限界」のところでは、団体交渉を経ない争議行為、労協協約や組合規約に違反する争議行為、争議行為と基本的人権の関係などが検討される（五七頁—七〇頁）。まず、団体交渉を経ない争議行為について、団体交渉その他の平和手段を無視して争議行為に入ることが、労働法上の信義則に反し、一般的には労働法上違法といえようが、しかし単に手続上の要請に反したということだけで最後手段としての性格が否定されるわけではなく、また労働法上違法と判断されたとしても直ちに刑法上の違法を認めうるわけでもないから、労使双方の態度、争議に至つた事情、法的救済により解決できる余裕の有無など一切の事情を斟

酌して、最後手段として認められるかどうか、刑法上高度の良俗違反となるかどうかを決定すべきである。また、労協協約違反（平和義務・平和条項違反）の争議行為については、労協協約がそれ自体労使関係を規整する法規範としての性格をもつものであるとしても、「それは、あくまでも「労働」法規範としての性格を持つに過ぎないのであるから、労働法上の違法と刑法上の違法との非直結性を認める以上、……直ちに刑事上の免責を受け得ないと解することは妥当でない」（五九頁）。更に、組合規約違反の争議行為（組合自体の規約違反による争議、山猫争議など）は、組合内部において規律違反の問題を生ずることは当然としても、使用者ないし第三者との関係において刑法上違法となるものではない。最後に、争議権と基本的人権の関係が問題となる。争議行為は、使用者の意思を圧迫しその業務を阻害する行為であるからそれが「財産権その他の市民法上の基本的人権を侵害する可能性は当初から予定され」ているわけであるが、「労使の実質的平等を期する労働法理念が市民法に対し修正機能を及ぼし得る範囲内において、争議行為が市民法上の基本的人権を侵害することは許容されている」。そこで、争議行為によつて市民法上の基本的人権を侵害しうる許容の限度を具体的に確定する必要がある。まずこれを争議権と財産権との関係についてみると、ここでは主とし

で「生産管理の合法性」が問題となる。この点については、正当な争議行為の型を労働力のコントロールの発現として考えられる範囲内に限局する考え方に立ち、生産管理は、生産手段の支配へと進むことにより私的所有権の思想を否定する契機を含むから、その核心において刑法上違法とされなければならないとする見解（書要）があるが、このような考え方は、争議権の範囲を不必要に固定化し、刑法上の違法性の判断を必要以上に厳格化する可能に通ずる。「ただ単に労働力のコントロールの範囲を逸脱して生産手段のコントロールにまで進んだという一事を以つてして、……直ちに、争議権と財産権との調和が紊され刑法上の違法の段階に到達したということではない」のであつて、「労働力の範囲を超え……た場合であつても、労使の實質的平等を期する労働法理念が市民刑法上の構成要件該当行為に対し正当化機能を及ぼし得る可能性は残されている」（六四頁）。また最高裁は、経営権に對する侵害という契機から、生産管理が私有財産の根幹をゆるがす争議手段であると認め、それを理由に刑法上違法としているが「経営権を侵害したという一事により、私有財産の根幹を否定し刑法上違法となると直ちに認めることはできない」。「このような判断は、具體的事情を綜合してなされなければならない」が、刑法上違法とされるには、「ただ単に根幹に触れるという程度に止

まらず、刑法上の非難に値いする高度の良俗違反が認められなければならない」（六五頁）。綜じて、「刑法上の違法の段階に到達するためには、使用者ないし第三者に對し経済的損害を与えたことが争議権と財産権との均衡を著しく逸脱して全く堪え難い程度に高度の良俗違反を示す場合でなければならない。しかも、この経済的損害が市民刑法上の構成要件該当行為につき刑法上の違法性を確定する契機として尠らくことが必要である」（六五頁―六六頁）。次に、争議権と財産権以外の基本的人権との關係においては、「暴力の行使の限界」がとくに問題となるが、労組法一条二項但書にいう「暴力の行使」とは「不当な力の行使」をいうのであつて、「不当な力の行使のみが刑法三十五条の適用を排除される」。このように「力の行使」を不当な力即ち暴力の行使と正当な力の行使とに分つ以上、「暴力」の概念を狭めて解釈する必要はない。「問題は、刑法上の構成要件に該当した行為の適法性なのであつて、「暴力の行使」にあたるかどうかということが直接の対象なのではない」。したがつて、「暴力」の概念を殊更に局限することにより二項但書の範囲を狭めようとする努力を傾けることは必ずしも意味あることとは言えない。すなわち、「力の行使」ないし「実力の行使」が如何なる場合に不法なものとされ刑法三十五条の適用を排除されるかという限界」が問題なのである。換言す

れば、「二項但書における「暴力の行使」に該当するかどうかというにより刑法上の違法性を論議するのではなしに、問題の対象たる「力の行使」……が如何なる場合に市民刑法規範の構成要件該当行為の違法性を賦与されるかという角度から論議すべきである」(六八頁)。ところで、「力の行使……が刑法上の違法性を帯びるためには、当該行為が労働法規範の正当化機能を考慮しても尚且つ高度の良俗違反を持つことが必要である」にも拘らず、判例は、暴行罪又は脅迫罪に該する行為は刑法三十五条の適用をうけられないとしている。だが、このように、「暴行罪の構成要件該当行為はとりも直さず違法であるとする態度は、労働法規範の正当化機能を余りにも狭隘化する傾きが強い」。「元来、争議行為は、市民刑法規範の構成要件に該当したとしても直ちに刑法上の違法性を認めるのではなしに、労働法規範の正当化機能を常に考慮し得る余地を残している。ただ単に「暴行」を加えたという事実だけに着眼し、この事実を引きずられることによつて労働法規範の正当化機能を不当に狭めることは許されない」(六九頁)。以上のように著者は争議行為の正当性の限界を考察した後に、要するに「争議行為の正当性に対する判断は、労働法規範の正当化機能を考慮したうえでなされるべき」であり、「ただ単に市民刑法規範だけの評価に委ね」たり、「市民刑法規範の構成要件該当行為と刑法

上の違法性とを単純に直結すべきではない」。「そして労働法規範の正当化機能を具体的に適用するに当つては、「労使対抗の場の具体的・現実的様相に対する全般的洞察を必須とする」という(七〇頁―七一頁)。のみならず、この争議行為の場に対する理解は、期待可能性につき論議する場合にも、また正当防衛・緊急避難の存否を吟味する場合にも、同様に必要であるとするのである。

かくして、期待可能性の問題、正当防衛・緊急避難と正当行為との関係などについて更に考察が進められる。まず、期待可能性は、違法の認識可能性と並んで責任非難の限界を定めるものであり、その存在理由は、「一般的には、違法行為の評価判断が原則として純粹に行爲それじたいに向けられることから、行爲の際における具体的状況下において行爲者に当該行爲以外の適法行爲の決意にできる可能性が存在したかどうかという点を更に検討することによつて責任非難の苛酷を救済しようとする点に在る」といえる。しかし、「争議行為の刑法上の違法性の存否判断に当つては、労働法規範の正当化機能を常に考慮するという特殊な要請のもとに労使対抗の具体的・現実的な場に対する検討を尽くすことが本則である」から、「違法性判断に際し行爲の具体的事情に対する評価を加えた後において尚且つ行爲の具体的事情と行爲者の適法行爲決意可能性との関連をめぐつて期待可能性の存否を問う理由は、

「一般の場合に比し」大きいとはいえない。したがって、「労働事件の特殊性を強調することにより期待不可能性の幅を一般の場合に比し拡大しようとする態度は必ずしも妥当でない」。「労働事件の特殊性を唱えるならば、刑法三十五条に対する判断に際し、労働法規範の正当化機能を十全に發揮させるため労使対抗の具体的・現実的な場に対する洞察を強く要請することが筋道である」(七二頁—七五頁)。ところで、争議行為の正当性を吟味するに際し、このように労使の対立拮抗の具体的・現実的な場に対する洞察が必要とされる以上、正当行為と正当防衛・緊急避難とは、労使の対立拮抗という共通の場を契機として相通する可能性を生じる。もつとも正当防衛や緊急避難においては、「急迫」ないし「現在」という緊急状態が必須の要件として加えられているし、正当防衛においては更に「不正の侵害」という要件が掲げられているが、しかし、「争議行為は、最後の手段としてやむにやまれぬ状況のもとに展開されるのが本則」であり、「争議行為における労使の対立拮抗の場は切迫した緊張関係のもとに把握される可能性があるから、「急迫」性・「現在」性に通じる可能性があると言わなければならない。したがって、「刑法三十五条の適用に際し、正当防衛・緊急避難の次元でも同時に論じ得る可能性が生じ」るが、このような場合に正当行為と正当防衛・緊急避難のいずれ

を適用すべきかが問題となる。この場合、一般的には、「後述者を適用するのが筋道であろう」が、「争議行為の場合には、刑法三十五条の次元で当初から最後の手段という緊急性を予定している」のであるから、「争議行為に関する限り、緊急状態につき刑法三十五条を適用することは不当ではない」。すなわち、「市民法上予想されている正当行為と正当防衛・緊急避難との一般・特別関係は労働事件の特殊性に即応し修正を受ける」というべきである(七六頁—七七頁)。しからは、正当防衛・緊急避難と期待可能性との関係はどう考えるべきか。争議行為に関する正当防衛・緊急避難の要件と正当行為の要件との差異は、労使の対立緊張関係の量的差異に止まると考えられるから、ここでも正当行為と期待可能性との関係について論及したことが同様に妥当する。すなわち、「正当防衛・緊急避難の存否をめぐり労使の対立緊張の具体的・現実的な場に対する洞察を加えた後に、労働事件の特殊性を強調することによつて、「一般の場合に比し」期待可能性の幅を拡大する程度は首肯できない」(七九頁—八〇頁)。

次に、争議行為と違法の認識の問題が検討される。期待可能性が争議行為における責任阻却事由として多くを期待しえない結果、責任阻却のもう一つの事由として、違法の認識可能性が重要な役割を賦与されることになる(なお、違法の認識の可能性をめ

ぐつて刑法上故意説と責任説とが対立しているが、著者は、故意は構成要件の主観的違法要素であり、構成要件該当性の問題として取り扱われるべきであるという理由から、違法の認識可能性を故意の要件として論ずる故意説に従うことはできないとし、それは、「故意の構成要件に該当した違法な行為につき、故意の要件としてではなく純然たる責任の存否判断の問題として取り扱わなければならない」としている。しかし、「労使対抗の具体的・現実的な場に対する配慮は、違法性検討の段階で尽されているといえる」から、「労働法規範の修正機能を通して違法と判断された行為に対し違法の認識の不可能を理由として責任を阻却させるためには、行為者に対して正当性の限界に対する認識を期待できないという特殊な事情が附加されることが必要である」。「争議行為に参加した者は如何なる場合でも構成要件に該当する違法な行為に対し免罪符を与えられる特権を持つわけではない。却つて、市民法上の基本的人権と衝突することが当初から予期されているにも拘らず、争議権が賦与されているという事情を通して、争議権と市民法上の基本的人権との調和に関する限界につき慎重に検討する義務が附加されているとも考えられる」。「労働事件の特殊性を考慮しても尚且つ「客観的に見て」違法と判断された行為は、労働法規範の修正機能を通して刑罰を以て非難するに値する著

しく高度の良俗違反が存在すると判断された行為である。従つて一般的には、労働事件の特殊性を考慮したとしても、当該行為は著しく高度の良俗違反であるという認識を行為者に対し期待することができたといえよう。この意味では、違法行為と違法の認識の可能性とは直結する可能性を持つ（もつとも、このようなことが言えるためには、違法判断の段階で労使対抗の具体的な場に対する洞察が加えられ、労働法規範による修正機能が十全に發揮されている必要がある……）。勿論、正当性の限界に対する認識につき更に特殊の事由が加わつたため意思決定規範の期待するような適法行為の決意にできることができなかった場合についてまで、責任非難を科することは許されない。然し、このような場合は極めて例外的な場合であるといえよう」（八二頁—八三頁）。

最後に、争議行為における責任の帰属につき考察が加えられる。本書では主として、全体として違法な争議行為における責任の帰属が問題とされている（勿論争議行為が全体として適法と評価される場合でも、労使対抗の尖鋭化した場において組合構成員の部分的な違法行為が突発しないとは限らないが、この場合は、全体としての争議行為に親しまない独立の個人活動が存在するといえるわけであつて、当該行為者のみ責任を帰属させれば足りる）。ところで、全体として違法な争議行為には、「構成員全体が

違法な争議行為の一因子として機能する場合」と「一部構成員の違法な行為の反射として争議行為が全体として違法性の烙印をおされる場合」とがある。以下、著者は、それぞれの場合について詳細な考察を展開しているが、ここではその大要を類別して紹介する。(イ)構成員全体が違法な争議行為の一因子として機能した場合 (ロ)組合の責任 労働組合が法人として意思活動を行ないうることは明らかであるが、法人処罰規定の存在しない以上、あくまでも自然人処罰の原則を貫くべきであり、また、市民刑法における刑事責任原則の例外と考えられる法人処罰を労働組合に及ぼすことは、強く阻止されなければならないから、意思決定規範の角度から労働組合に対し意思形成の責任を科することは、現実的に可能ではない(八八頁)。(ハ)組合機関の責任 争議行為が全体として違法であると判断された場合には、組合の意思を体現して現実に執行する地位にある執行部全体に対し、刑事責任を科する可能性がでてくるが、責任はあくまで違法行為との関連のもとに論ぜられるべきであり、ただ単に幹部であつたという理由だけで形式的責任を賦与することは極めて問題である。すなわちこの場合は、組合幹部に対し形式的・反射的な違法行為責任を科すべきではなく、刑法上の一般原則に則つて、全体として違法な争議行為と組合執行機関との実質的関連を問うことにより、実行行為者・

教唆者・補助者としての責任の存否を確かめるべきである(八八頁—八九頁)。(ニ)一般組合員の責任 (a)全体として違法な争議行為に対し全く集団の一因子として機能したにすぎない場合 まず、執行部が違法な指令を企画したという場合について考えると、集団が違法判断に重要な契機を形成する限り、集団の一因子といえども違法判断に対し一個の地位を占めることは明らかであるけれども、集団の一因子としての機能しかもたない者は、集団形成の一因子として評価されるに止まり、集団形成によつて生じる違法行為に対し本質的に重大な役割を果たしたものとはいえないから、一般組合員は実行行為者として考えられるべきではない。もつとも、補助行為者に該当する可能性はあるが、団結権・争議権の保障を考慮に入れば、これを全体として違法な争議行為の一環として処罰することは極めて問題であり、また処罰すべきであるという結論がでたとしても、労働法規範は起訴便宜主義に対し強く機能すると考えられるから、これを起訴することは妥当といえない(九三頁—九四頁)。これに対し、一般組合員が違法な決議をし、執行部がこの決議内容をそのまま実施したにすぎない場合には、組合員は、違法な指令に従つて行動したのではなく、既に違法な指令形成に役割を担っているわけであるから、この意味において共謀ないし共同実行の意思が考えられないことはないが、こ

の場合においても、一般組合員は、全体として違法な争議行為について集団の一因子として機能しているにすぎないのであるから、実行行為者と考えるべきではなく、また、補助行為者としての可能性をもつが、違法な指令に従つて行動した一般組合員と同様、その罪責を問うべきではないと考える（九四頁―九五頁）。

(b)個々の一般組合員が積極的行動にでることにより全体として違法な争議行為の形成に重要な役割を占めた場合 この場合には、集団としての一因子という要素に更に積極的な要素が加わるが、しかし、積極的要素が加わつたことを理由に、直ちにこれを実行行為者と呼ぶことはできない。すなわち、この積極的要素を検討すべきであり、それが構成要件該当行為として独立に評価しうる場合には、実行行為者と考えられる。また、集団としての力を發揮するために指揮・指導をした場合には、この指揮・指導が違法な争議行為の形成について本質的に重要な機能を發揮した場合のみ、換言すれば、当該指揮・指導が存在しなければ全体として違法な争議行為は形成されなかつたと考えられる場合にはのみ、実行行為者と解すべきである。しかも、この罪責を問うために、違法な指令を發した執行部の実行行為者としての責任に加えて更に問題にすべきかどうかということも、労働法規範の修正機能を考慮して定める必要がある。更に、実行行為者としての罪責が問われ

ない場合には、補助行為者と考えるべきかどうか問題となるがこの場合にも、罪責を問う必要性、起訴の必要性を、労働法規範の修正機能を考慮して慎重に定めるべきである（九五頁―九六頁）。
 (二)一部構成員の違法行為の反射として全体として違法な争議行為とされた場合 この場合違法行為をなした個人が違法行為の限度において責任を負うことは当然であり、また積極的に違法行為を実行しなかつた他の一般組合員にまで違法性が波及するわけでないことも当然である。問題なのは執行幹部の責任であるが、組合の意思として適法な指令を發した以上、組合の機関たる執行部は争議行為を適法に遂行するよう指導監督する責務をもつから、執行部の作為義務違反が問題となる。しかし、未然に防止することが全く不可能な場合にまで適法な争議行為の遂行について責任を求めるとは妥当でなく、したがつて予見しえない突発的な違法行為がなされたときは、作為義務違反を問うことはできない。これに反し、明らかに違法行為の発生を予見しうる状況であつたにも拘らず、違法な結果発生に対し防止の努力を傾けなかつた場合には、作為義務違反の可能性が生じる。もつとも、この作為義務違反については、別に個人として違法行為をなした者の責任が問われるのであるから、その上更に刑法上の責任を問う必要があるか、起訴の必要があるかどうかを、労働法規範による市民刑法規

評 範適用の控制機能を考慮した上で慎重に検討すべきである（九八

頁—一〇〇頁）。

書

以上をもつて「総論」の紹介を終る（このほか、第二章集团的
労働関係に対する刑事立法史の部分では、フランス、イギリス、
アメリカ、ドイツなど各国について、団結権・争議権が労働運動
による闘争を経て次第にその内容を確立してきた過程が、集团的
労働関係に対する刑事的規制の変遷という角度から詳細に考察さ
れているし（一一頁—二四頁）、また第四章不真正不作為犯と同盟
罷業の部分では、就労拒否という不作為と同時に団体行動として
の性格を具える同盟罷業につき、これを不真正不作為犯の成否と
いう側面からのみ論ずることは疑問であるという指摘もなされて
いるが（三八頁—四〇頁）、全体の体系的理論構成とは直接に関係
がないように思われるので、省略した）。「各論」においては、総
論でのべられた一般的原则の具体的適用が中心の課題となる。総
論において最も問題となつたのは、争議行為の正当性の存否であ
り、労働法規範による修正機能が争議行為の正当性の存否に対し
どのような影響を及ぼすかが考察の中心となつた。それを、具体
的・個別的な各種の争議行為について論じているのが、各論の部
分である。すなわち、「争議行為と各種犯罪」の章では、争議行為
と威力業務妨害罪、暴行罪、脅迫罪、器物毀棄罪、暴力行為等処

罰ニ関スル法律一条一項、強要罪・恐喝罪、住居侵入罪、逮捕・
監禁罪、公務執行妨害罪・職務強要罪との関係が具体的に考察さ
れ（一〇二頁—一二二頁）、更に「争議行為の諸型態と犯罪の成
否」の部分では、団体交渉、ピケッティング、工場占拠、怠業、
生産管理、納金スト、争議行為に附随して展開されるその他の諸
行為（宣伝活動、吊し上げ、スパイ摘発行為、争議に対する応援
行為、ハンスト、煙突戦術）などについて正当性の存否が吟味さ
れ（一二三頁—一五〇頁）、最後に「争議行為制限・禁止規定違反
の諸型態」のところでは、国家公務員法・地方公務員法による争
議行為等禁止の処罰規定及び公共企業体等労働関係法・地方公營
企業労働関係法による争議禁止規定の憲法上または刑法上の非妥
当性、労働関係調整法における制限・禁止規定（保安スト、披打
スト、緊急調整違反スト）やスト規制法による禁止規定（電源ス
ト・停電スト、石炭鉱業における保安スト・荒廃ストなど）、更に
船員法による争議行為の制限など、争議行為の手段・方法に關す
る制限・禁止規定と刑法上の違法との関係、公務法・地公労法違
反と他の罰則規定（電波法一〇五条、鉄道營業法二五条、便郵法
七九条一項、公衆電気通信法一一〇条一項など）との関係、公務
法・地公労法違反と公務執行妨害罪の成否、鉄道營業法三八条と
威力業務妨害罪との関係、違法闘争の問題が検討されている（一

五一頁—一六五頁)。著者は、これらの諸問題を詳細且つ丹念に展開している。だが、紙数の関係から、ここにその全容を紹介することは不可能に近い。また仮りに、それを省略して、個々の具体的問題に関する著者の結論だけをここで要約してみても、それは実益がないばかりか、却つて本書の論述そのものをゆがめる結果になるのを恐れる。したがつて、この部分についての紹介はすべて割愛し、問題を総論の一部にしぼつて、若干の批評を付け加えることとしたい。

三 従来においても、労働刑法に関する著作は二三存在するがそれは文字通りの概説書であつて、必ずしも問題の深い掘り下げが充分になされているものとはいえない。もちろん個々の問題に関する深い研究は、幾多の論文や著作でなされてきている。しかし、それらを体系的にまとめて展開した業績は、殆ど皆無であるといつてよい。本書では、労働刑法についての重要な問題点が殆ど完全に近い形で網羅されており、判例や学説の詳細な検討と相俟つて、著者自身の緻密な考察が、約一六〇頁余りにわたつて極めて圧縮された形で展開されている。この意味において本書は、本格的な体系書と呼ぶにふさわしい内容をもつた優れた力作であるといえよう。

本書でもつとも注目されるのは、著者が構成要件該当性阻却説

殊に社会的相当行為の理論を労働刑法に適用しようとする藤木助教の所論を批判している部分である。既に紹介したように、この点に関する著者の批判は二点に要約される。その第一点は、社会的相当行為とは「市民法秩序の完全な枠内においての行動であるため市民法秩序により許容される」ものをいうのであつて、

「市民法秩序と異質な秩序の角度から……社会相当性を論ずることは……妥当ではない」ということであり、その第二点は、行為の社会的相当性は「構成要件該当性そのものを阻却するわけではない」のであつて、ただ「慣習的な正当化事由を通し構成要件の違法性徴表機能が妨かないというに止まる」ものであるということである。だが、著者のこの見解には若干問題が存するよう思われる。行為の社会的相当性が構成要件該当性そのものを阻却するものであるか、それとも違法阻却事由たるに止まるものであるかという刑法学上の論議は暫く措くとしても、一般的にその正当性が承認されるにいたつている争議行為(例えば経済的要求貫徹のための典型的なストライキ)については、著者のいう「構成要件の違法性徴表機能が妨かない」一場合として、その構成要件該当性を特に問題とする必要はないとみてよいのではなからうか。著者は、「同盟罷業は例外的な自力救済権・フェーデ権として捉えられるべきものであつて、社会的に相当な・一般的に承認さ

れている手段ではなく、自由主義原理により支持されている労働体制の下において、禁止されない集团的労働生活秩序の擾乱として存在しているに止まる」とするニーゼの所論を引用されているが(二六頁註)、争議権の保障が財産権の保障と並んで承認されるにいたつては今日の憲法的秩序の下では、市民法秩序それ自体も、労働基本権の保障という価格体系を自らのうちに浸透せしめることによつて変容をとげているとみるべきであり、したがつて市民法秩序と労働法秩序とを相互に異質的なものとして対立併存させることは考え方として必ずしも妥当ではなく、それ故にまた争議行為が単に自救行為的性格のものとして市民法秩序に受け入れられるともみることが妥当とはいえない。著者のこの部分に関する見解に対しては、最近藤木助教も同様の反論を試みられているが(「社会的相当行為」理論の労働刑法への適用について」警察研究三一巻一号二五頁以下)、この点に関する限り、藤木助教の批判を正当と考えざるをえない。

だが、争議行為として一般にその正当性を承認されるにいたつては、殊に経済的要求貫徹の手段として用いられるストライキ)について社会的相当行為の理論を援用することは、直ちに争議行為の正当性の存否を一般的に構成要件該当性阻却の問題として処理することを意味するものとはいえない。藤木助教も、

先に紹介した「労働刑法における違法性の概念」(法律時報三〇巻九号)という論文では、「社会的類型としてその合法性が、必ずしも明確に承認されるにいたつていない行為については論外であるが……」とことわられた上で、経済闘争としての典型的なストライキや、それに附随してなされる行為で常態を逸脱しないと認められる程度のもの(団体交渉の際多少乱暴な言辭を用いるとか、ピケラインをめぐつて多少の押し合いが行なわれるとかいつた程度の行為をさすものと思われる)につき、構成要件該当性の阻却を問題としておられるし、また、「労働争議行為と違法性」(総合判例研究叢書、刑法(8))では、社会的相当行為として構成要件該当性が阻却されるのは「行為の正当性について一般的・類型的に明白で疑いない場合に限られ、通常の場合はやはり個々の事例について違法性の阻却を論じてゆくことになる」(九一頁)とされ、主として違法性阻却の面から考察を展開されている。いうまでもなく、労働刑法においてもつとも問題なのは、「社会的類型としてその合法性が必ずしも明確に承認されるにいたつていない行為」その正当性が「一般的・類型的に明白で」はない争議行為の正当性の存否であろう。だが、これらの行為については、やはり違法性阻却の角度から問題の検討が行なわれるのだとすれば、何人もその正当性を疑わない行為についてのみ特に構成要件該当性阻却

を論ずることは、その理論的な説明の妥当性という点は別として、実際上それ程意味のあることとは思われない。ところが最近の論文(前掲)「社会的相当行為理論の労働刑法への適用について」によれば、藤木助教は、常規を逸脱した(したがって犯罪構成要件該当性ありと認められる程度の違法性を具有する)行為を正当化する特殊の事由(正当防衛・緊急避難)は違法性阻却の段階で斟酌されることになるけれども、このような特別の事由が問題となる場合は別として、争議行為の正当性判断の問題は、一般に、構成要件該当性の段階において検討され、そこでは「当該行為が労働争議という一定の社会生活関係において健全な社会通念に照して労働争議の常態においてその常規を逸脱するものかどうかを判断」されるべきものとされており(四二頁)、このように、構成要件の段階で問題を処理することは、争議行為の正当性を違法阻却事由の面で専ら問題とする立場が相反する二つの極端に分裂する可能性のあることを考えれば、「不当に労働争議を犯罪視する危険性を免れようと同時に、労働法原理の正当化機能の濫用を抑制する適切な機能を果しうる」という意味において、「法的安定性の維持のために好ましい」とされている(四二頁—四四頁)。だがこの見解には少なくとも二つの点で疑問を感じる。その一つは、構成要件該当性の段階において検討されるべき社会的相当性の基

準は何かということである。換言すれば、藤木助教が従来主張されていたように、何人も疑われない程その正当性が一般的・类型的に明白である争議行為についてののみ構成要件該当性が阻却されるものとすれば、「社会的類型としてその合法性が必ずしも明確に承認されるにいたっていない行為」はどうなるかということである。もしそれが未だ社会相当性ありとはいえないという判断の下に、構成要件該当の行為であるとされ、違法性判断の段階ではそれについて正当防衛・緊急避難といった特別の違法阻却事由の有無のみが吟味されるに止まるのだとすれば、争議行為の合法性の幅はかなり狭ばめられる結果となるであろう(もつとも、藤木助教は「違法阻却事由(正当防衛・緊急避難)として正当化されるだけの要件を具備せず、しかも通常の争議行為において常規を逸脱するものと認められる程度の実力行動を違法性阻却を根拠に免責することはできないが、かかる場合は、責任の面で情状を酌量することによつて、具体的妥当性を充分に図り得るものと思われる」とされる(四三頁)。しかし、争議行為を一応違法としながら、期待不可能性のような責任阻却事由を駆使することによりこれを例外的な特殊現象として救済しようとする態度には、にわかには賛成できないものがある。この点は著者自身も強調しているように、行為の具体的事情という共通の契機を足がかりとして期

待可能性の問題と正当性の問題とは共通の基盤に立ちうるのであるから、労使対抗の具体的・現実的な場に対する洞察を加えることにより、違法性判断の段階において問題を処理するのが妥当といえる。次に、藤木助教は、社会的相当行為（ヴェルツェルによれば「歴史的に形成されてきた社会倫理的な共同社会秩序の完全な枠内において行動し、そこで、社会倫理的秩序により許容される行為」）の概念を「要するに健全な社会通念によつて許容される行為をいうもの」と解されている（二九頁）。この点からすれば、藤木助教は、行為の社会相当性を判断すべき基準を「健全な社会通念」におかれているものの如くであり、行為の正当性が「一般的・類型的に明白で疑いない場合」に限つて社会的相当行為の理論を援用し構成要件該当性阻却を論じられていた従来の所論とは、その間に、若干の隔たりを感じさせられないでもない。だがそれはともかくとして、「社会通念」という基準が「法律制度の精神」とか「社会倫理的に高度に非難すべき良俗違反性」などと並んで争議行為の正当性判断（違法性判断）の究極の基準として用いられてきていることは周知の通りである。そしてこの点に關して、著者は、その違法性論を展開するに當つて、「これらの基準は、法秩序全般に通じる基準で「あり」、「市民法秩序における違法性判断の究極の基準としても用いられる」ものであるから」、「右

の基準を容易に持ちだすときは、市民法的意識だけにより違法性の判断を加える可能性を否定できない」こと、したがつて、こうした「基準に照して違法性の判断を下すに當つては、争議行為等の団体行動が市民法体系に対して持つ特殊性に留意し、市民法体系と労働法体系との総合としての法秩序「全般」からの評価判断であることを特に意識する必要がある」こと、しかし、ただ単に意識だけに委ねることでは十分とはいえず、「社会通念等の基準を争議行為等の特殊性に即応する形に改変することが、更に進んだ積極的な態度として要請される」ことを強調しているわけである（二）において紹介したところを参照。要するに、構成要件該当性の面で問題とされる社会相当性、したがつて社会通念という基準は、従来違法性阻却説において正当性判断の基準とされてきたものと何ら異なるものではなく、また、社会通念そのものが、かなり漠然とした抽象的な概念であり、無限定的な内容をもつとさえいえるものであることを思えば、これを基準として争議行為の社会的相当性、構成要件該当性を判断することは、やはり相反する二つの極端に分裂する可能性を感しているといえるのではなからうか。かくして、「社会通念」を基準として判断する限り、問題を構成要件該当性の段階で処理するとしても、それは違法性阻却の面で処理する場合と全く同様に、「法的安定性の維持」は望まれないように思われる。