

## 地方公務員法三七条、六一一条四号の合憲性および同条により禁止される争議行為の範囲：いわゆる福教組・佐教組事件の各控訴審判決

井上, 祐司  
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1588>

---

出版情報：法政研究. 35 (5), pp.129-144, 1969-03-20. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

地方公務員法三七条、六一一条四号の合憲性および同条により

禁止される争議行為の範囲

(福岡高判昭四二・二二二・一八八判例時報五〇五・二二二)

—— いわゆる福教組・佐教組事件の各控訴審判決 ——

井上 祐司

〔判旨〕

一 公務員は全体の奉仕者であるという憲法一五条の規定によって公務員の労働基本権をすべて否定することは許されないことは勿論であるが、私企業の勤労者も含めて、勤労者の労働基本権も絶対的なものではなく、基本的人権間の矛盾衝突の実質的公平な調整ないし基本的人権の内在的制約の見地から、制限を受けることのあるのはやむをえないところである。

そして、(1)地方公務員は国民全体の利益の維持増進をその職務とし、その職務の停廃は国民生活全体の利益を害し、

国民生活に重大な障害を招来するものであること、(2)使用者である地方公共団体に公務員側の争議行為に対する対抗手段としての作業所閉鎖等の争議行為が認められていないこと、(3)地方公務員の勤務条件は議会の定める法律または条例等により定められていること、(4)地方公務員の争議行為等の禁止の代償措置として地公法は人事委員会又は公平委員会を設けて原判示の通りの機能を営ましめていること、もっとも人事委員会または公平委員会の意見、勧告は地方公共団体や議会を拘束しないので、右代償措置は完全な代償措置とはいえないが、一応の代償機能を果していること等を考量すると、地方公務員の争議行為を禁止する地公法三七条一項が憲法二八条に違反しているとはいえない。

二 (1)労働運動の歴史はまず刑罰からの解放に始まったのであって、争議行為に刑罰を科すことは必要最少限に止むべきこと、(2)地方公務員の職種は種々雑多であって、現業職員と大差のない職務もある、(3)争議行為をしたいを処罰するのは憲法一八条三一条に違反するので現行法は争議行為をしたいの参加者を処罰の外においた、(5)集団活動はいわゆる煽動なしにはありえないのであるから、争議行為の煽動行為者等を処罰するには特に違法性の強い争議行為の煽動行為等をした場合に限るべきである、(6)煽動行為等は表現活動の段階にある行為を処罰しようとするものであるから、明白な危険を伴う違法性の強い争議行為の煽動等をしたときに限る。

以上の諸点を総合して考慮すると、地公法六一一条四号の処罰の対象となる煽動行為等は、煽動行為等がなされた争議行為が特に違法性の強い場合に限ると解すべきである。違法性の強い争議行為とは何であるかについては、立法による解決が望ましいが、その限界は、(1)争議行為の目的が公務員の勤務条件の改善の目的ではなく、例えばいわゆる政治目的のためになされる場合、(2)その公務員の職種からみて国民生活に対し明白かつ重大な障害をもたらす虞がある場合、(3)争議行為の手段方法が暴力を伴いまたは不当に長期間にわたるなど相当でない場合に、違法性の強いものであると解するのが相当である。そして具体的には社会通念に照し良識ある判断によって決すべきものと解する。結

局争議行為の実行行為者にも煽動行為者等にも、民事責任又は行政上の責任を問うことはともかく、煽動行為者等に刑事責任を問うには、右のように解されない限り憲法一八条二一条三一条に違反するものと解する。……右被告人らの煽動した争議行為は違法性の強い争議行為とはいえないので本件行為は地公法六一条四号に該当しない。」

（佐教組事件控訴審判決も右と本質的に同一の判旨であるので省略する）

〔評釈〕

一 地公法三七条、六一条四号（国公法九八条五項、一一〇条）の合憲性とその法意、適用範囲については、学説・判

例ともに区々に分れて対立している。違憲無効無罪説、<sup>(1)</sup>「争議行為」限定解釈無罪説、<sup>(2)</sup>「あおり」限定解釈無罪説、<sup>(3)</sup>無限

定合憲全面有罪説に分れる。<sup>(4)</sup>本件両高裁判決は一応「争議行為」限定解釈無罪説にたつといえよう。この立場は基本

的には佐教組事件第一審判決（佐賀地裁昭三七・八・二七）<sup>(5)</sup>によって基礎づけられたものであるが、本件福岡高裁判決

は全通中郵事件最高裁大法廷判決（最判昭四一・一〇・二六）<sup>(6)</sup>以後、初めて公務員関係の事件について判決したものであ

ったので、右の大法廷判決がどのようにに地公法違反の争議事件にとりいれられるかという点で、新しい課題を課せら

れていたものである。この新しい課題への本判決の解答の評価については、労働法や公法の専門の研究者の検討をま

ちたい。<sup>(5)</sup>ここでは刑法の立場から本判決のふくむ問題点について検討することになる。

刑法の立場からこの判決をみたとき、まず問題になるのは「可罰的違法性の理論」との関連である。都教組事件東

京地裁判決（東京地判昭三七・四・一八）<sup>(7)</sup>が「一段と違法性の強い」<sup>(8)</sup>あおり行為を問題とし、本件福岡高裁もまた「特に

違法性の強い」争議行為をとりあげている。それは結局可罰的程度に「強い違法性」を問題とするとされているよう

である。また、全通中郵事件最高裁判決が公労法一七条違反の争議行為についても、刑罰法規との関係では改めて労

組法一条二項の刑事免責の適用があったが、それも一部からは可罰的違法性の理論を支柱とするとされている。

可罰的違法性の理論が右にのべられた限度で主張されている限り吾々はそれを充分支持することができる。しかし、最近とくに藤木英雄教授によって主張された可罰的違法性の理論は全く新しい内容のものであって、いくつかの問題を孕んでおり、折にふれて指摘してきた<sup>6)</sup>。しかも福岡高裁のこの両判決は、右の一般的な意味での可罰的違法性の思想を越えて藤木理論の影響をかなり明確にうけているといつてよい。かつて戦後の判例違法論を分析した際に、そこに「市民的」違法論の流れと「権威主義的」違法論の流れの対立があることを指摘した<sup>7)</sup>。官公労関係の争議事件の判例の流れの中にも、この二つの対立した流れが存在しており、佐教組事件をめぐる佐賀地裁判決と福岡地裁判決とはそれぞれ「市民的」違法論と「権威主義的」違法論との思想によって裏うちされているように思われる。そこでまず、両裁判所の判決を比較しながらこの問題を検討しよう。

次に、東京地裁判決の立場、即ち「あおり」限定解釈無罪説の立場について、本判決とは直接関係はないが、この際刑罰法規における構成要件の明確性という観点から検討してみたい。

- (1) 違憲無効無罪説をとるのは、大教組事件第一審判決(大阪地判昭三九・三・三〇判例時報三八五・三二)だけである。労働法学者の通説はこの立場である。横井芳弘・労働法一四号(一九五九)一三〇、中山和久・季刊労働法四四(一一・二)九八、同・労働法律旬報五二八・一三、内藤巧・労働法一三(一九五九)七〇、磯田進・季刊労働法四五(一一・二)一七、野村平爾・季刊労働法四六(一一・四)六五、同・労働法律旬報四七五・一二、浅井清信・判例評論五三・一、兼子仁・季刊労働法五〇(一一・三・四)一三五、宮島尚史・季刊労働法五一(一四・一)七四、峯村光郎・季刊労働法五三(一四・三)六二、同・公労法の理論と実際二四三、佐藤昭夫・法律のひろば一九・二・四、靱井常喜・季刊労働法

六〇(一六・二)七六、同・労働法律旬報五九八・六、沼田稻次郎・労働法律旬報六七七・五、佐伯静治・労働法律旬報六七七・一二、橋本敦・労働法律旬報六七七・一六。なお、労働法律旬報特集の「公務員法における争議行為禁止・刑事罰・代償措置をめぐる諸家の見解」(六七八・三)によれば、浅井清信(憲法一八条)、荒木誠之(憲法二八条)、有泉享(憲法一八条二八条)、磯田進(憲法一八条二八条)、片岡昇(憲法二八条一八条)兼子仁(憲法二八条)窪田隼人(憲法三一条)島田信義(憲法一八条)正田彬(憲法一八条)、角田豊(憲法二八条)、外尾健一(憲法二八条)、本田淳亮(憲法三一条)、室井力(憲法二八条)、初井常喜(憲法二八条)の各教授が違憲無効論を表明されている。

(2) 「争議行為」限定解釈無罪説の立場をとるのは、佐教組事件第一審判決(佐賀地判昭三七・八・二七判例時報三二〇・六)。この立場をかって強く支持されたのは中山和久・労働法律旬報四六七・二であった。その後、北川村教組事件第一審判決(高知地判昭三九・一一・二八下刑集六・一一・一二・一三二)にひきつがれ、そして、本件福岡高裁両判決にもうけられる。なお、群教組事件第一審判決(前橋地判昭四三・七・二六別冊労働法律旬報六四五)、長崎全農林事件控訴審判決(福岡高判昭四三・四・一八別冊労働法律旬報六六一)は、いずれもこの立場と次の「あおり」限定解釈無罪説の立場を混合して採用している。

(3) 「あおり」限定解釈無罪説の立場を基礎づけたのは、都教組事件第一審判決(東地判昭三七・四・一八判例時報三〇四・四)である。この立場を支持するのは、宮内裕・判例評論六二・四である。その後、東京全農林事件第一審判決(東地判昭三八・四・一九判例時報三三八・八)、京教組事件第一審判決(京都地判昭四三・二・二二判例時報五二〇・一八)、和歌山教組事件控訴審判決(大阪高判昭四三・三・二九判例時報五二一・一二)にひきつがれてゆく。福教組第一審判決(福岡地判昭三七・一二・二二判例時報三三四・二)はこの立場をとったが一部有罪となっており、仙台全司法事件控訴審判決(仙台高判昭四一・三・二九下刑集八・三・三八八)は「あおり」を限定しても被告人らの行為は該当するとして有罪とする。

(4) 無限定合憲全面有罪説にたつのは仙台全司法事件第一審判決(福島地判昭三八・三・二七下刑集五・三一四・三六九)、和歌山教組事件第一審判決(和歌山地判昭三八・一〇・二五下刑集五・九一〇・九一〇)、都教組事件控訴審判決(東高判昭四〇・一一・一六判例時報四三七・六)、長崎全農林事件第一審判決(長崎地判昭四一・七・二下刑集八・七・九七五)、岩手教組事件第一審判決(盛岡地判昭四一・七・二二判例時報四六二・四)である。この立場を支持するのは、S

・H・E、時の法令四三五・三一、警察庁警備二課警視大波多三宜・警察学論集一七・一・一、法務省刑事局付検事香城敏磨・法律のひろば一九・二・一七、同・法律のひろば二一・五・一六、藤本英雄・法律のひろば一九・二・一二、慶谷淑夫・法律のひろば一九・二・八、文部省初中局地方課課長補佐齊藤尚夫・法律のひろば一九・一〇、法務省刑事局付検事村山尚文・法律のひろば二〇・一・三三。

(5) 全通中郵事件最高裁大法廷が公労法違反の争議行為の問題をとりあげたとき、可罰的違法論か違法一元論かの争いにとらわれないで、公労法関係の職員の問題を解決したように、地公法三七条の争議禁止違反行為の問題を考へる場合にも、官公労の組合員のおかれている勤労の現情を充分に認識して、公務員の労働基本権の今日のあり方を判定せねばならない。公共性の程度、予算との関係、勤務条件の法的規制、行政本来の目的からの制約、国民や住民の利益との調和など考慮さるべき技術的な諸問題も多いが、その中にある基本的な重要な問題としての争議権法認の歴史の重みを充分に自覚する必要がある。

(6) 拙稿・刑事違法論の帰趨、判例タイムズ一九九・一一、同・可罰違法性の問題、法律のひろば二〇・八・一八、同・書評・キーナツペル『刑法における許された危険』法政研究三四・二・七九、一一〇以下、同・判例評釈・窃盗罪の成立しない事例、判例タイムズ二一八・四六。なお、大野平吉教授も藤本理論に対して消極的である(犯罪と刑罰(上)佐伯博士還暦、二七四、同・判例タイムズ二二八・四参照)。

(7) 拙稿・前掲判例タイムズ二一八・四六、同・判例評釈・ピラ貼りと屋外広告物条例・軽犯罪法違反、判例タイムズ二三〇(近刊)。

二 佐賀地裁判決と福岡高裁判決を比較する前に、藤木教授による可罰的違法性の理論の特徴をふりかえっておこう。

かつて宮本英脩博士や佐伯千仞博士によって可罰違法性の理論が説かれたとき、それは主として、次第に膨脹しつつあった行政刑法と刑事刑法との関連をめぐって、違法の相対性の理論が主張されたこと、および、刑法の謙抑主義

から軽微な被害を刑法の外に防ぐために機能したものであった。しかし、戦後、社会的相当性の理論や超法規的違法阻却事由の問題と交錯しつつ、藤木教授によって集大成されたとき、可罰的違法性の理論は、かなりの内容の変容をとげたのであった。それはある行為について実質的違法性が可罰的な程度に至らぬ程微弱であることを理由として行為の構成要件該当性を否定する理論と定義されている。そしてその判断基準は、(1)結果の面における実害ないし脅威の軽微性、(2)行為の態様がその目的、手段、行為者の意思状態等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ということである。この要請をみたすための要件として、(イ)行為の目的の正当性、(ロ)手段の相当性が考えられる。ここで重要なことは、手段の相当性の判断内容である。「行為無価値の程度が違法性の段階に重要な影響を及ぼすということからすれば、おなじ被害を生ぜしめる行為についても、被害惹起の態様いかによって、行為に対する違法評価は同一ではなくなる。実害を惹起する方法が、残虐、苛酷、粗暴、悪らつ、その他、通常の人間の情緒的感覚、廉直の感覚をいちじるしく刺激するものと、さような度合いの低いものとは、社会一般の、当該行為に対する処罰感情を喚起する度合いにおいて、したがって処罰の必要性の程度において、大きく異なるものがあるからである。」とされている。可罰的違法性の理論が真実、実質的違法性の大きさを量定しようとするのなら、当然、衝突する二つの法益の比較較量を行い、更に、ある法益を維持追及する目的のために手段とされた法益侵害が法秩序の精神にてらして相当かどうか真剣に配慮されねばならないであろう。しかし、右の判断基準の中で一番中核と思われる「手段の相当性」の判断の中には、ただ構成要件的な被害惹起に伴われた、二次的な結果無価値が問われているにすぎない。法益較量も目的手段の相当性の判断もそこにはない。ただ、「目的の正当性」として「優越する利益の保持、実現を意図するものである」ということが考慮されなければならない」として、行為者の動機ないし主観的事情の中に、行為の法秩序に対してもつ積極的な、客観的、現実的意義がとちこめられてしまっている。いわゆる目的説は



法益較量説に比して本来的に「權威主義的」傾向をもつことは否定できないが、それにしても、目的説にいうところの目的手段の相当性は右の藤木理論の基準とは別のものであろう。

また、従来の可罰的違法性の理論では、公労法や公務員法の禁止の意義をそれぞれ解雇その他の行政処分の制裁に限定し、その禁止の意義を刑法の世界にもちこまないのを意図した筈なのに、むしろ藤木理論では、「構成要件に該当する行為について、積極的にその正当性を根拠づける事由が存する旨を論証しなければならぬことになるが、實質的違法性を有し、民事上の責任を根拠づけるには足る程度の違法性を有しながら、刑法上はあえて処罰に及ぼすとして放置され看過される行為について、これを積極的に正当な行為であるとして構成要件に該当するが違法性を阻却されるものとすることにはいささか躊躇を覚える面があるであろう。」<sup>10)</sup>として、刑法以外の領域での違法性にこだわりながら刑法上の違法論を考えられる。従来の可罰違法論によれば、地公法三七条の禁止の意味は地公法上の禁止であるから、その禁止の効果は同法三七条二項の「任命・雇傭上の権利を以て対抗する権利の喪失」というものにとまり、地公法六一条四号の構成要件には、労組法一条二項の刑事免責が憲法二八条の關係からたてられ、地公法上の禁止が直ちに刑法の領域にもちこまれる筈はない<sup>11)</sup>（公労法一七条についてこの論理をたてたのが全通中郵事件最高裁大法廷判決である）。しかし藤木理論では、既に地公法三七条違反の違法性のある行為について、刑法上だけだからといって争議権の正当な行使というものは適当ではなく、従って、違法だがその程度が可罰的でないので刑罰は免れると考えようというのである。<sup>12)</sup>藤木理論の問題のたて方の特徴は、次の佐教組事件についての佐賀地裁判決と福岡高裁判決を比較すると、さらにはつきりする。<sup>13)</sup>

(8) 藤木英雄・可罰的違法性の理論、二〇、三八以下、とくに四〇参照。

(9) 藤木英雄・前掲、三九。

(10) 藤木英雄・前掲一二九、四〇。

(11) 全通中郵事件最高裁判決は刑事免責を認めたが、このことは、「刑事免責さえ念頭においておけば、公務員、公労法上は全面禁止であって、どんな争議に対しても解雇や行政処分等の自由の天地がある」ということではない。そこで解決されたのは、労組法一条二項を適用しないでは全面禁止は違憲になるという点だけである。職種・態様・目的と無関係に解雇や行政処分を自由に行うことができるということではない。実定法を形式的に解すればそうなるが、それだけに、全面禁止の規定は刑罰以外の制裁の場合でも違憲の問題が生じる。

(12) 藤木英雄・超法規的違法阻却事由、警察学論集一六・六・二四、同・可罰的違法性の理論、一二九、四〇。しかし、このような見解は次第にふえている。例えば、植松正教授は「大威張りで正当な行為」ではなく「他の法律に違反していても、あまり大きな顔のできない行為」も刑法上は正当行為であるから、そこには消極的な意味のものも含まれるとされ、「被告人の行為は違法だが、刑罰をもって臨む程の強い違法性がない」という意味で刑法上の正当行為に属する」と（同・違法で正当な争議行為、時の法令五八八・一一）。前野育三助教授も可罰違法性の理論を支持され、違法性が完全に阻却されない場合とされる（静岡大学法経研究一六・二・一〇一）。伊達秋雄教授も「大岡裁判式」「陪審風」としながらこれを支持される（法学志林六五・二・九三）。

しかし、伊達教授は近くこの可罰的違法性の理論の中に、心理的契機Ⅱ動機を問題とする責任評価がふくまれており、「可罰的責任性」の理論を提唱されている（犯罪と刑罰・佐伯博士還暦（上）二八九、とくに二九七以下）。また、西村克彦教授は、違法性がフルに存在せず、減弱した状態にあるもので、また違法性が全くなかった訳でない中間領域があることを主張され、この領域は有罪だが刑の免除として扱うべしと提唱される（ジュリスト三九〇・七八）。可罰的違法性の理論が、伊達教授や西村教授のような方向に展開してゆくことのなかに、可罰的違法性に関する藤木理論が、違法論の嫡出子でなかったことの証左があると言えないであろうか。全通中郵事件最高裁大法廷判決は占領下の管理法体制の残滓が官公労法体系から排除されたことに基本的重要性があるのであるが、その大法廷判決の法理論は「市民的」違法論に連なるものであってそれとは異質の可罰的違法性の理論におしこめられてはならない。

(13) 一般には冒頭にも指摘したように佐教組事件第一審判決と福岡高裁の両判決とは「基本的発想法を同じくし『争議行為』概念の限定的解釈によって右規定の合憲性を理由づけた」とする（判例時報五〇五・二一判例特報③コメント氏二二）。

香城敏磨・法律のひろば二一・五・一六、一七も同旨。しかし、私はこの兩裁判所の判決の間に本質的な差異をおこつとするのである。

三 佐賀地裁の論理は次のようになって<sup>14)</sup>いる。「憲法の保障する争議権が地公法三七条によって制約されたその法意は、人間相互間の矛盾衝突の實質的に公平な調整、すなはち人権相互の統合的な調和の原理Ⅱ公共の福祉のために制約されたものであると解し、地方公務員の争議行為を一切禁止することは、住民の利益を不当に重視し、地方公務員の勤労者としての利益を軽視することになって公共の福祉に反するから憲法二八条に違反する。地公法三七条の禁止は具体的に公共の福祉に反するおそれのないことが明らかな争議行為までも禁止する法意ではない。そこで地公法三七条六一條四号を適用するには、地方公務員の勤務条件の劣悪の程度、代償措置の機能發揮の程度、争議行為を決意するに至った事情、過去の手段の効果、他の手段の余地、争議の主張内容、争議行為の方法、住民の不利益の性質、程度等を綜合勘案して、地方公務員の権利と住民の権利とをひとしく尊重しながら、その實質的に公平な調整点、すなはち『公共の福祉』を発見しなければならない。」このような立場から各項目を具体的に検討した結果、「本件同盟罷業当時佐教組の組合員である教職員が争議行為を禁止されることによって受ける不利益は、被告人が提案等をした同盟罷業によって住民が蒙るべき不利益に比し、はるかに深刻かつ重大であったというほかはない。したがって、両者の権利の實質的に公平な調整という公共の福祉の基準に照らせば、被告人らが提案等をした同盟罷業は、公共の福祉に反するおそれのないことが明らかである」としている。

このような問題のたて方がかって中山和久教授が指摘されたように、<sup>15)</sup>ブランドイズ判事の論理——事実をして法を語らしめるような認定態度——を規定したものであったと思う。そこには拮抗する二つの権利が問題の出発点にきち

んと据えられている。実に豊かな項目が認定資料として列挙されたが、そのすべての資料の役割は、全体のなかではつきりとした構造として示されている。

これに対して福岡高裁の判決はどうであろうか。判旨としてあげた通りである。<sup>16</sup> 勿論、そこには争議の目的と住民への影響と争議の態様が認定資料にあがっている。そして、この三つの資料は、「刑罰をもって取締らなければならぬ対象となる煽動行為」として「特に違法性の強い場合」であるかどうかを決めるために役立てられる。目的と態様と結果とがそれぞれバラバラに独立して「可罰的程度の違法の有無」にかかわっているようである。目的実現のためにとられた手段（法益侵害）が相当であったのかどうか、衝突している筈の二つの権利（生活利益）の衡量もそこにはみられない。ここには前項で可罰的違法性に関する藤木理論について述べたことがそのまま嵌まる。

以上を要するに、福岡高裁の判決には佐賀地裁にみられるところの、憲法二八条による教育公務員の争議権と住民の利益との衝突という問題の視角はない。佐賀地裁判決は、大教組事件大阪地裁判決<sup>17</sup> 違憲無効無罪説および公労法に關する全通中郵事件最高裁判決と共に、官公労関係の労働刑法における市民的違法論の立場を示すものである。それが市民的であって権威主義的でないのは、実質的には労組法一条二項の刑事免責を正面から論じ（その点で地公法五八条<sup>17</sup>）、争議行為禁止の違憲性をその限りで承認しているからである。

(14) 中山和久・地方公務員法にみる全通中郵判決の影響、法律時報四〇・三・四二は、「争議行為」限定解釈無罪説の判例として直接この福岡高裁の両判決をあげ、佐賀地裁判決を「これに近いか」とする。また、西原春夫<sup>18</sup> 中山和久・公務員法と「あおり」罪、法律時報四〇・八・二五においてもやはり佐賀地裁判決の位置があまりである。即ち、まず、刑罰に値する程度に規範違反性の重くないものに二つの種類が区別され、(イ)被害軽微な場合、(ロ)被害は軽微でないが法益侵害の方法が相当な場合があげられ、次に(イ)の被害軽微な場合——吾々は一厘事件をその典型と考えているが——の例として佐

教組事件佐賀地裁判決をあげているのである（法律時報四〇・八・二八の二段目、四段目参照）。確かに佐賀地裁の判決には住民の被害が軽微だという個所があるが、その意味は教職員の勤労者としての利益の蒙る被害にくらべると、ということであって一厘事件との同一性はそこにない。このような場合の「軽微」又は「比較的軽微」という表現は衝突している二つの権利（法益）の一方が「優越した」という一義的判定を示していることが多い。

かつて中山教授は佐教組事件佐賀地裁判決について「都教組、全通中郵の各東京地裁判決を更に発展させた、理論的に最高水準をゆくもの」とされ、ブランドイズ判事の論理を實踐した「最高の例」とされ、これまでの裁判例の最高水準を「ゆく」と激賞されたことがあった（労働法律旬報四六七・二、八、一二）。しかし今や中山教授は違憲無効論を除けば、東京地裁の「あおり」限定解釈無罪説が一番傷の少ない立場だとされる（法律時報四〇・八・三三）。次の註にふれるように、この福岡高裁の両判決は「立法論」だという強い批判を中山教授はもたれるようになった。そのことが、中山理論の中での佐賀地裁判決の位置をあいまいにしている原因であると思われる。

(15) 中山和久・前掲（労働法律旬報四六七・二）。なお中山教授はその論文の中でこの佐賀地裁の論理構造は既に林迪広教授の論文（順法闘争の法構造、労働法と経済法の理論、所収三二一、とくに三三九参照）に現れていたとされる。

(16) この福岡高裁の両判決を「立法論」を展開するものと批判するのは、西原春夫Ⅱ中山和久、前掲（法律時報四〇・八・二五、三三―三四）、中山和夫・前掲（法律時報四〇・三・四二、四八）、松林和夫Ⅱ平野毅・労働基本判例年表（法律時報四〇・八・三五、三七参照）。地公法は争議行為類型を画いて、それに「あおり」をかからしめるからというのである。しかし、立法論という非難は当たらないと思う。香城敏磨検事（法律のひろば二一・五・一六、一九註(4)、二三註(7)）もそう主張する。争議行為類型の処罰規定がなくとも、争議行為について違法の程度の判断は可能である。

(17) なお、福教組事件第一審判決（福岡地判昭三七・一二・二二下刑集四・一一―一二・一〇九四）は弁護人の超法規的違法阻却事由の主張に対して、その事由の個々の要件事実の有無にたちいて判断している。尤も、結局は事由の存在を否定するのであるが（判例時報三三四・二・二四以下）、これは、また植松教授が労働組合法上の違法阻却事由（労働法一条二項）と、違法の一般原理に基く違法阻却事由とを区別され、公労法等によって前者（労働法一条二項）が否定されても後者にはその否定は及ばないとされる（一橋論叢五〇・四・六七）のと同脈通じるものがある。地公法三七条六一条四

号事件について超法規的違法阻却事由を論ずることは、実質的には憲法二八条、労組法一条二項を論ずることに帰する。

四 最後に、「あおり」限定解釈無罪説の立場について、構成要件の明確性という点から検討しよう。東京地裁によって案出されたこの理論はその後の指導判例となるのであるが、それにもかかわらず、無限定合憲全面有罪説からのみならず、<sup>(18)</sup>違憲無効説の立場からも、<sup>(19)</sup>かなりの批判をうけている。法規の文言から余りにも離れた技巧的解釈におちたというのである。違憲無効説の大教組事件大阪地裁判決は、「これらの見解（「あおり」限定）<sup>（解釈無罪説）</sup>は地公法六一条四号及び国公法一一〇条一七号の規定の構成要件の内容を複雑かつ漠然たらしめて、憲法三一条の要請の一つである構成要件の明確性に背反し、結局憲法三一条に忠実であろうとしてかえってそれに背馳するに至ったとの譏をまぬかぬることができない」と非難している。

通常は構成要件の文言それじたいが禁止の素材を適確に示していないとき、構成要件が明確でないという。かつて地公法六一条四号についても、その「あおり」概念が不明確であるとして争われたことがあったが、それなら正に通常の不明確性の問題がとりあげられていたといえる。ところが、さきのような東京地裁の解釈方法が構成要件の内容を不明確にするという言い方は、必ずしも、従来の問題の平面とすぐ連なる訳ではない。ここでは、まず、（甲）「争議行為をあおり」という元の構成要件も不明確ではないし、解釈によって確定された構成要件であるところの、（乙）「一段と違法性の強い煽動行為、たとえば、（イ）組合の構成員以外の第三者が煽動した場合、（ロ）組合の共同意思に基かないで煽動した場合、（ハ）争議行為に通常随伴する以上に激越な煽動行為を行った場合、などである、」という命題も、それだけをみれば一応不明確ではないといえよう。問題は、（甲）から（乙）がひきだされる過程には、文

言や立法趣旨など通常の法解釈として用いられる方法がとられるのは勿論のこととして、実は憲法の諸規定、二八条、一八条、三一条との調和とか、刑法における共犯理論の原則との調和とかが考慮され、適用上違憲になる部分は次々に落としていって、合憲的に適用しうる範囲にとどめるように推論を重ねた末(乙)の命題に達するのである。こうした推論の過程の一つ一つに無理がないとしても、その結末の(乙)を(甲)から眺めるとき、やはり解決として不自然で技巧にすぎるといふことになるのである。

元来、公務員法上のこれら争議行為禁止規定は、占領時代の管理法たる政令二〇一号の国内法化の役割を担っていた訳であって、これを憲法を頂点とする民主主義法体系のなかに合理的にくみこむことに無理があるものである。憲法二八条、一八条、三一条と牴触する部分はみな切り捨て、残った部分で運用すれば合憲的実定法である——いわゆる「適用上の違憲論」<sup>(20)</sup>——というのは、司法による違憲審査を形骸化してしまうことであって、正にこの点をついた大教組事件大阪地裁判決のさきの批判は当たっているといわねばならない。

しかし、かりに、(甲)から(乙)への推論の遠さ、複雑さを一応別として、(乙)が構成要件として与えられたと仮定して、そこには問題はないであろうか。「一段と違法性の強い」という裸の違法判断が構成要件要素となつていること、更に、三つの個別的な可罰煽動行為類型が例示となつている点、不明確性の問題がある。本多淳亮教授もこの点を指摘される<sup>(21)</sup>。確かに、一般論としては裸の違法性が構成要件要素に加わると、明確性を欠き、罪刑法定主義に反する<sup>(22)</sup>。しかし、H・マイヤー教授によれば、この違法判断について明文に一定の評価の基準・よりどころが与えられていたり、「わいせつ」概念や「取引に必要な注意」におけるように、社会倫理的に一定の安定した評価基準が社会に現存している場合、または正当化の反対規範が背後にある場合、明確性を欠くことにはならない<sup>(23)</sup>。

東京地裁のいう「一段と違法性の強い煽動行為」とは、広い意味で把握された争議行為(職場放棄とそれに至る)が全準備段階の行為の全体<sup>(24)</sup>が全

法秩序の精神にてらして正当性の限界を逸脱したところの、企画、立案、討議、決定、指令、指示、説得、激励などをさしていると考えられる。とすると、この「一段と違法性の強い煽動行為」の背後には反対規範として、「正当な争議行為」という評価の基準が与えられていると考えられる。そう考えてくると、可罰煽動行為類型が例示であることも、それ程問題にする必要はなくなる。

結局、構成要件の不明確性の問題の重点は構成要件の現実の文言からの隔離が余りにも迂遠、複雑となっているという点にだけあることになる。

(18) 藤木英雄・「あおり」についての解釈、法律のひろば一九・二・一二。香城敏磨・公務員の争議行為と刑事罰、法律のひろば二一・五・一六。

(19) 中山和久・季刊労働法四四・九八、磯田進・季刊労働法四五・一七（「曲芸をみるような感じがする」）、片岡昇・労働法律旬報五〇九・一二、同、民商法雑誌四八・二四、五八・二・二四一など。窪田隼人、本田淳亮（労働法律旬報六七八号）など。

(20) いわれるように、実定法はできるだけ合憲的に解釈するという態度を基本としてとらねばならないであろうが、「適用上の違憲」において、そこへの適用が実定法の文言上原則的、通常のことであれば、素直に「実定法じたいの違憲」にふみきるべきであろう。大阪地裁のさきの違憲判決もそれを憲法三二条との関係で指摘する（「もとよりある法律が合憲であるとしても、それを具体的事実に応用した場合、違憲であるとの判断を受ける場合のあることは否定できないけれども、かかる事例は極めて例外の事態であるべきであって、…」判例時報三八五・四六・四段目）。なお、さきの松林、天野論文（法律時報四〇・八・三七）は、言葉として「適用上合憲論」と「適用上違憲論」とを区別され、後者の例としては唯一つ、全通猿払事件（旭川地判昭四三・三・二五判例事報五一四・二〇）のみを指摘される。香城検事は憲法による制限解釈を「適用上の違憲」とされる（法律のひろば二一・五・一六、一八註(3)、二三註(2)）。



- (21) 本田淳亮・労働法律旬報六七八号。
- (22) 佐伯千仞編・ドイツにおける刑法改正論—刑法学者の意見集、二〇九以下、ハンス・ヴェルツェル・目的行為論序説、福田大塚訳、二九—三〇。
- (23) もっとも、H・マイヤー教授やヴェルツェル教授が不明確性の典型としているドイツ刑法二四〇条強要罪の規定も、連邦裁判所によれば、裁判所がその都度認定してゆくことも罪刑法定主義違反でないとする (BGH St. Bd. 2, S. 196; BGH St. Bd. 2, S. 159ff.)。H・マイヤー教授はアメリカではこの種の法規は無効とされるといふが具体的な判例は明らかでない。
- 例えば、United State v. Wilberger, 5 Wheat 76, 96 (1820); Champlin Ref. Co. v. Corporation Commission, 286 U. S. 210, 76 Led. 1062, 52 S. Ct. 559, 86 ALR 403; Connally v. General Construction Co., 269 U. S. 385, 391 Annotation 70 L. ed. 322, 46 S. Ct. 126 (1926); People v. Ashworth, 220 App. Div. 498, 222 N.Y. Supp. 24 (1927); Lanzetta v. New Jersey, 306 U. S. 451, 59 Sup. Ct. 618, 83 L. ed. 888 (1939), などの判例を通じて、刑罰法規の厳格解釈、裁判官立法に類推が禁止されている。制定法の一般的政策 ratio legis によつてではなく、法文の言葉の確立した意味 ratio verborum に従ふべきこと、言葉の現実的、客観的意味によるべきこと、ある新しい犯罪を創造した刑罰法規の文言はその適用をうける人達にいかなる行為が刑罰の対象となるのかを知らせるのに充分な程度に明確であることはフェア・プレイの日常観念や法の世界で確立された諸原理とも一致した要求であるから、ある行為の実行を禁止したり又は命令したりする法規がその意味を推測しその適用について必然的に意見を異にする程、あるいは vague 言葉で規定されるときは、その法規はデュー・プロセスの第一要件を侵すものとされている。

(昭四四・二・二三)