

全通名古屋中郵事件最高裁判決

鯨越, 溢弘
九州大学大学院法学研究科博士課程

<https://doi.org/10.15017/1760>

出版情報 : 法政研究. 45 (2), pp.102-128, 1979-02-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

判例研究

全通名古屋中郵便事件最高裁判決

（昭和四四年（あ）二五七一号
同五二年五月四日大法院判決）

刑集三一巻三号

鯨越 溢 弘

〔事件の経過〕

被告人らは、全通信労働組合の役員であったが、昭和三三年の春闘に際し、(一)名古屋中央郵便局集配課職員九名に対し、勤務時間内くい込み二時間の職場大会への参加を呼びかけ、同人らをして職場大会に参加させ、同人らの担当する郵便物の配達をさせず、(二)職務運行状況を報告中の職員の両腕をとり腰部を押すなどして同人を室外に連れだし、(三)職場大会に参加させる目的で、郵便局地下第一食堂、作業棟三階普通郵便課及び小包郵便課作業室に侵入したとして(1)郵便法七九条一項の罪の教唆、(2)公務執行妨害罪、(3)建造物侵入罪で起訴された。

第一審（名古屋地裁）は、公労法一七条の争議禁止規定は、「公共企業体の国民経済及び生活に有する重要性にかんがみ、その職員が一般民間の労働者と異なって、労働運動につき同法条に規定されているような争議禁止の制限を受けても憲法二八条に違反するものではないし」「争議自体を否定されているのであるから、もはや争議行為であることを理由に直ちにそれが正当行為に該るものといふことは出来ず、労組法一条二項の適用はなく、他に相当の事情がない限り違法性を阻却されないものと解すべきだ」という判断を示した（昭和三九年二月二〇日判決）。そして、

郵便法七九条違反の教唆については、集配課職員らは被告人らが争議当日、職場大会への参加を呼びかける以前に既に参加する決意をしていたという事実認定を行い、教唆ではなく帮助罪を適用し、公務執行妨害罪については、当該職員に同意があったとしてその成立を否定して無罪としたが、建造物侵入罪についてはこれを肯定した。

第二審（名古屋高裁）は、全通東京中郵事件判決（最高裁昭和四一年一〇月二六日判決）を踏襲して、「争議行為がいわゆる（一）政治目的のために行なわれた場合とか（二）暴力を伴う場合とか、あるいは（三）社会の通念に照らして、不当に長期に及ぶときのように国民生活に重大な障害をもたらす場合のような不当性を伴わないかぎり、右の争議行為についても、労組法第一条第一項の適用があり、刑事制裁の対象とはならないと解するのが相当である」とし、本件については、右の三条件のいずれにも該当しないから、正当な争議行為に該るとして、郵便法七九条一項違反罪の成立を否定し、更に、建造物侵入罪についても、被告人らの行為は、職場大会への参加を説得誘導するためのものであって、目的も、態様も、違法・不当とはいえず、従って、社会的にみて相当な行為と認めるべきであるとして全員に無罪をいわたした（昭和四四年一月二九日判決）。

これに対して検察官は、全農林警職法事件判決（昭和四八年四月二五日）（判決、刑集二七卷四号）及び岩手県教組事件判決（昭和五二年五月二一日）（判決、刑集三〇卷五号）を最大の抛り所として、郵便法七九条一項の罪の帮助及び建造物侵入罪については判例違反及び憲法二八条の解釈の誤りを、公務執行妨害罪については、判例違反を主張し上告した。最高裁大法廷は、二名の反対意見を除く他、全員一致で次の如く判示した。

〔判決要旨〕

一 本件の争点は、公労法一七条一項の争議禁止規定に違反して行なわれた争議行為が、郵便法七九条一項その他の罰則の構成要件にあたる場合に、これに対しなおも労組法一条二項の適用があり、正当な争議行為と認められれば

違法性を阻却すると解すべきか、否かである。

二 公労法一七条一項の合憲性について。「国家公務員の身分を有しない三公社の職員も、その身分を有する五現業の職員も、自己の労務を提供することにより生活の資を得ている点においては、一般の勤労者と異なるところがないのであるから、共に憲法二八条にいう勤労者にあたる」が、同じように「非現業の公務員につき、これを憲法二八条の勤労者にあたるとしつつも、その憲法上の地位の特殊性から労働基本権の保障が重大な制約を受けている」とした全農林事件判決の法理が「五現業及び三公社の職員についても、直ちに又は基本的に妥当する」。即ち、「(イ)公務員及び三公社その他の公共的職務に従事する職員は、財政民主主義に表われている議会制民主主義の原則により、その勤務条件の決定に関し、国会又は地方議会の直接、間接の判断を待たざるをえない特殊な地位におかれていること、(ロ)そのため、これらの者は、労使による勤務条件の共同決定を内容とするような団体交渉権ひいては争議権を憲法上当然には主張することのできない立場にあること、(ハ)さらに、公務員及び三公社の職員は、その争議行為により適正な勤務条件を決定しうるような勤務上の関係になく、かつ、その職務は公共性を有するので、全勤労者を含めた国民全体の共同利益の保障という見地からその争議行為を禁止しても、憲法二八条に違反するものとはいえない」。

三 公労法一七条一項違反の争議行為と刑事法上の違法性について。

ここでの問題は「ある行為が右の罰則に定める構成要件を充たし、かつ、特段の違法阻却事由が存在しない限りは違法性があると認められるような場合に、それが争議行為として行なわれたときは、そのことの故に右にいう特段の違法性阻却事由があると認めるべきかどうかという解釈上の問題にほかならない」。

(イ)「公労法一七条一項による争議行為の禁止が憲法二八条に違反しておらず、その禁止違反の争議行為はもはや同法条による権利として保障されるものではないと解する以上」「これに一定の不利益を課することとしても、その不

利益が不合理なものでない限り同法条に抵触することはない」。次に刑事法上の効果についてみると、これを民事法上の効果と区別して「刑事法上に限り公労法一七条一項違反の争議行為を正当なものと評価して当然に労組法一条二項の適用を認めるべき特段の憲法上の根拠は、見出しがたい。かりに、争議行為が憲法二八条によって保障される権利の行使又は正当な行為であることの故に、これに対し刑罰を科することが許されず、労組法一条二項による違法性阻却を認めるほかないものとすれば、これに対し民事責任を問うことも原則として許されなければならず、そのような争議行為の理解は、公労法一七条一項が、憲法二八条に違反しないとしたところにそぐわないものというべきである。」

(ロ)公労法三条一項に労組法一条二項の適用を除外すべき旨の積極的規定がないことを根拠に、公労法一七条一項違反の争議行為につき、労組法一条二項の適用があると見る見解があるが、「前述のように憲法二八条に違反しないとされる公労法一七条一項によっていっさい禁止されている争議行為に対しては、特別の事情のない限り、労組法一条二項の適用を認めえないのがむしろ当然であって、同条項の適用を除外する旨の明文の規定がないことにことさらな意味付けをするのは相当でない。」

更に、公労法が制定されるまでの過程を考慮すると、「同法には禁止違反の争議行為に対する刑事制裁の規定が欠けているが、その故をもって、その争議行為についても原則として刑事法上の違法性阻却を認めるのが同法の趣旨であると解することは、合理的でない。」

(イ)また刑罰を科するための違法性は、一般に行政処分や民事責任を課する程度のもものでは足りず、一段と強度のものでなければならぬとし、公労法一七条一項違反の争議行為には右の強度の違法性がないことを前提に、労組法一条二項の適用があると解すべきだとする見解があるが、「違法性の存否は、ここに繰り返すまでもなく、それぞれの

罰則と行為に即して検討されるべきものであって、およそ争議行為として行なわれたときは公労法一七条一項に違反する行為であっても刑事法上の違法性を帯びることがないと断定するのは相当ではない。」五現業及び三公社の職員
の争議行為は、勤務条件の決定過程を歪めたり、国民生活に重大な支障を与えるおそれがあるのであるから「公労法
において禁止された争議行為が合理的に定められた他の罰則の構成要件を充足している場合にその罰則を適用するに
あたり、かかる争議行為とは無関係に行なわれた同種の違法行為を処罰する通常の場合に比して、より強度の違法性
が存在することを要求するのは、当をえないものといわなければならない。」「公労法一七条一項違反の争議行為に
ついても労組法一条二項の適用があり、原則としてその刑事法上の違法性が阻却されたとした点において、東京中郵
事件判決は、変更を免れない。」

四 公労法一七条一項違反の争議行為と刑事法上の処罰について。公労法一七条一項違反の争議行為が他の罰則の
構成要件に該当しかつ違法・有責であるとしても、「公労法の制定に至る立法経過とそこに表れている立法意思を仔
細に検討すると」「それが同盟罷業、怠業その他単なる労務不提供のような不作為を内容とする場合には争議行為の
単純参加者についてはこれを刑罰から解放して指導的行為に出た者のみを処罰する趣旨に解するのが相当である。」
被告人らの行為は、国公法の罰則における「あおり」に該当する行為であるから処罰を免れない。

五 争議行為に付随する行為の刑法上の評価について。建造物侵入罪等の行為は、「直接公労法一七条一項に違反
するものでないから、その違法性阻却事由の有無の判断は、争議行為そのものについての違法性阻却の判断とは別に
おこなうべきであって」その行為が争議行為に付随して行なわれたという事情を含めて、行為の具体的状況その他諸
般の事情を考慮に入れ、法秩序全体の見地から判断しなければならないが、本件における建造物侵入についてみる
と、公労法一七条一項に違反した「それ自体同条項に違反するあおり行為を行うため、立入を禁止された建造物にあ

えて立入ったものであって、その目的も、手段も、共に違法というほかない。」

六 なお、本判決には、公務員の団体交渉権なり争議権なりを認めないことが憲法二八条に牴触しないかどうかの問題は、「結局のところ、公務員について保障措施が講じられ、その機能が営なまれているかどうかにかかるとする高辻裁判官、及び、東京中郵判決の変更には全面的に賛意を表しながら、ただ、多数意見が、争議の単純参加者を一律に不処罰にした点は、「郵便業務の特殊性についての個別の実質的検討を怠たり」更に「郵便法の明文の規定に反」する「恣意的ともいふべき立法的解釈を行なおうとするものであって」、賛同できないとする下田裁判官の補足意見がある他、

七 東京中郵判決を維持すべきだとする、団藤・環両裁判官の反対意見がある。

団藤裁判官は、多数意見の憲法判断においては、特に、憲法三一条の含意する刑罰謙抑主義に対する配慮にかけるなど不当な判断であると主張し、争議行為の正当性について新たな基準を提示される。すなわち、東京中郵判決は、公務員の争議行為が(一)政治目的のため行なわれた場合、(二)暴力を伴う場合、(三)不当に長期に及ぶときのように国民生活に重大な障害をもたらす場合には、正当な争議行為の限界を超え、もはや労組法一条二項の適用はない旨判示したのであるが、団藤裁判官は、(四)の基準は不明確だとして、公労委の仲裁開始の時期を争議行為の正当性の基準となる時期とみなすのが相当であると主張される。

環裁判官は、五現業及び三公社の職員の勤労者としての性格は、職務の公共性の程度においても、又、三公社・五現業が企業的(合理的かつ能率的)に運営されていることからしても、非現業公務員よりはるかに私企業の労働者の性格に近似しているということを詳しく論証された後、公労法が解雇と損害賠償のみを禁止違反の不法効果として定めるにとどめ「争議行為について労組法一条二項の適用を排除しなかったのは、前述の公共性の程度、職員の勤労者

としての性格に應ずるとともに、刑罰のきびしさを考慮したものであって、憲法二八条の下位規範として妥当な措置である」と主張される。そして、財政民主主義に立脚して公務員の争議権を否定する多数意見の主張は、究極的には、弘前機関区事件判決の栗山裁判官の見解と同じく公務員の憲法二八条にいう勤労者性の否定に行きつくつと厳しく批判される。

〔評釈〕

一 本判決は、労働基本権をできうるかぎり尊重しよとする見地から、官公労働者の争議行為を原則的に刑事罰から解放しようとした全通東京中郵事件判決（昭和四一年一〇月二六日大法廷判決、刑集二〇卷八号）及び、それをひきつぎ、更に発展させようとした東京都教組事件判決、全司法仙台事件判決（昭和四四年四月二日大法廷判決、刑集二三卷五号）を、わずか一票の差で覆えした全農林警職法事件判決以来のいわゆる「逆流」判決の棹尾を飾る判決である。⁽¹⁾ここに、最高裁は、官公労働者の争議行為に対して、再び、「一律、全面的に」これを禁止し、その違反者に対しては刑事罰をもって臨むという統一的な結論に到達したことになる。しかし、このような秩序維持的、時代錯誤的な発想に基づく判断が、長期に渡って維持されるであろうとはとうてい思われない。⁽²⁾

本判決に対する内在的、外在的批判は、今後も積極的に展開されなければならない。⁽³⁾

二 本判決の論旨は、既にみたごとく、大別して、(一)公労法一七条一項の合憲性、(二)公労法一七条一項違反の争議行為の刑法上の違法性とその処罰、(三)争議行為に付随する行為の刑事法上の評価という三つの論点についての主張によって構成されている。そこで、判決の論旨に従って、主として刑事違法論の立場から論評を加えてゆきたい。

ところで(一)の論点は、三公社・五現業等の職員の争議行為を禁止した公労法一七条一項が、労働基本権を保障した憲法二八条に抵触しないかどうかという憲法判断に他ならない。したがって、それは本来もっぱら憲法学及び労働法

学の領域において論議さるべき性質のものであるが、刑事違法論にとっても全く無縁のものであるとすることはできない。というのは、第一に、(一)の合憲判断において示される判断は、単に形式的に、公労法一七条一項が憲法二八条に違反するかどうかという判断にとどまるわけではない。もちろん、公労法一七条一項が憲法二八条に抵触し、違憲・無効であるとされるのであれば、三公社、五現業等の職員の争議行為の違法性及びその法律効果についても、民事法上も刑事法上も、一般私企業の労働者の争議行為と同一平面上で判断すれば足りることになるが、逆に、公労法一七条一項が合憲だとしても、そのことからただちに、公労法一七条一項が、「一律、全面的に」三公社・五現業等の職員の争議行為を禁止したものであり、その違反に対しては、当然刑事制裁が科せられるという結論が導かれるわけではない。そこでは、憲法二八条が保障する団結権、団体交渉権、団体行動権等の労働基本権を、三公社・五現業職員に対してどこまで保障するかという実体的な判断を媒介にして、結論は全く異ってくるのである。公労法一七条一項が、もし仮に、「一律、全面的に」三公社・五現業等の職員の争議行為を禁止したものと解するならば、ある具體的な現実の争議行為についての違法判断における結論が、そのように解しない場合と全く異ってくるのは当然である。そこで、まず前提としての憲法問題が違法判断に先立って検討される必要がある。

第二に、(一)において示される憲法判断において、公労法一七条一項が合憲であるとされても、その結論から、ただちに刑事法上の違法判断についての結論が導かれるわけではないにもかかわらず、従来のいわゆる「逆流」判決においては、「憲法次元」における合憲判断と「刑法次元」における違法判断の混同がしばしば行なわれてきた。以下においては、右の二点について、本判決の主張を検討したい。

三 まず第一の論点から検討すると、本判決は、全農林判決において示された労働基本権制約の法理が、「五現業及び三公社の職員についても、直ちに又は基本的に妥当する」として、公労法一七条一項が三公社・五現業等の職員

の争議行為を「一律・全面的に」禁止したものと解し、そのように解したとしても、憲法二八条に抵触することなく合憲である旨判示するが、百歩譲って、仮に全農林判決が正しいとしても、非現業の国家公務員の争議行為についての判断である全農林判決をそのまま、三公社・五現業等の職員の争議行為についての判断にもちこむこと自体がまず問題とされなければならない。

本判決は、全農林判決の法理が、三公社・五現業職員についても、直ちに又は基本的に妥当する主要な理由としては、五現業職員も国家公務員であり、三公社職員は国の全額出資によって設立・運営される公法人に勤務する者であるという、極めて形式的な理由を挙げているにすぎない。

三公社・五現業等の職員の労働基本権の制約をどの程度、いかなる態様において認めるかがここで問題となっている以上、「五現業及び三公社の職員の勤労者としての特殊性」を、非現業の公務員及び私企業の労働者と比較して、現実的、実質的な憲法判断を行うべきであった。しかし、本判決はそれを全く回避し、専ら形式論理に逃避したのであって、環裁判官の反対意見と比べても、極めて説得力のないものとなっている。

実質的な憲法判断を回避せんとする本判決の姿勢は、全農林判決と比べても顕著である。本判決は、既に述べた如く、基本的には全農林判決の主張に依拠するものであるが、争議権否定の論理構成における重点のおき方において、全農林判決とも明らかに異っている。すなわち、全農林判決は、主に、「国民全体の共同利益の見地からする制約」に争議権否定の合憲的根拠を求めていたのに対し、本判決は、「財政民主主義」に基づく「勤務条件法定主義」に重点をおいている。

全農林判決にいう「国民全体の共同利益」という概念は、既に多くの論者によって指摘されているように、抽象度の高い漠然とした概念であったが、本判決においては、それさえも背後におしやられているのであって、本判決の現

実的・実質的憲法判断回避の姿勢を浮彫りにするものといえよう。

本判決は、「逆流」判決の流れに沿うものであるとはいえ、直接的には東京中郵判決を変更するものである以上、東京中郵判決が示した、いわゆる合憲四条件との真正面からの対決が行なわれなければならなかったはずである。しかも、東京中郵判決のいわゆる合憲四条件の中でも、中心は「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して決定すべきである」とする実体的な判断にあった。公労法一七条一項の合憲判断は、かかる実体的判断を中心とすべきであり、そうである以上、争議権を含めて、三公社・五現業等の職員の労働基本権を全面的に剝奪し、争議行為を「一律、全面的」に禁止しても合憲であるというためには、当該職員の職務又は業務内容の公共性が極めて高く、一瞬たりともその停廃を許すことができないということを積極的に論証しなければならぬ。しかも、仮にその論証に成功したとしても、それは規範的意味において、争議行為が国民生活全体の利益を著しく侵害する虞れがあるが故に、争議行為が禁止されるということを意味するにすぎず、刑事法上の違法判断においては、現実に行なわれた争議行為が実際にそのような利益侵害をひきおこしたか否かを改めて問わなければならない。

しかしながら、本判決は既にみた如く、右に示したような実体的な憲法判断を全く回避し、いわば形式的な手続問題ともいうべき「勤務条件法定主義」の問題に論点をすりかえてしまったのである。それ故に、三公社・五現業職員の争議行為については、「一律、全面的に」禁止するという結論のみが提示されたにすぎず、争議権剝奪の合憲判断としては、極めて説得力のないものとなっているばかりか、刑事法上の違法判断にとっても、何らの実質的な規範的基準をも示しえないのである。

「一律、全面的に」争議行為を禁止するとすれば、それは争議行為の目的・態様・手段・方法、それによって生じた

被害の程度に一切関係なしに争議行為を禁止するということを意味するのであるから、合憲判断とは別に違法判断を行おうとしても、それは全く無意味なものとなる。

更に、本判決の公労法一七条一項の合憲判断における問題点は、三公社・五現業職員の争議禁止の合憲性を、一般に争議行為を禁止することが合憲か違憲か問うのみであって、争議行為を刑罰という制裁によって禁止することの合憲・違憲の判断を実質的に行なっていないことにもある。

たしかに、本判決も、「公労法一七条一項による争議禁止が憲法二八条に違反しておらず、その禁止違反の争議行為が同法条による権利として保障されるものでない以上、民法又は刑事法が、正当性を有しない争議行為であるとして、これに一定の不利益を課することとしても、その不利益が不合理なものでない限り同法条に抵触することはない」とし、一応は禁止に対する制裁の問題を正当にも——しかし、その問題の出しかたには、憲法判断であるという問題意識が稀薄であるように思われるが——提出している。

この問題について、東京中野判決は、「労働基本権の制限違反に伴なう法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように、十分な配慮がなされなければならない。とくに、勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむをえない場合に限られるべきであり、同盟罷業、怠業のような単純な不行為を刑罰の対象とするについては、特別に慎重でなければならない。けだし、現行法上、契約上の債務の単なる不履行は、債務不履行の問題として、これに契約の解除、損害賠償責任等の民事的法律効果が伴うにとどまり、刑事上の問題としてこれに刑罰が科せられないのが原則である。このことは、人権尊重の近代的思想からも、刑事制裁は反社会性の強いもののみを対象とすべきであるとの刑事政策の理想からも、当然のことにはかならない。それは、債務が雇傭契約上のものである場合でも異なるところがなく、労働者が単に労務を提供せず（罷業）、もし

理は不完全にしか供給しない（怠業）ことがあっても、それだけでは、一般的にいつて、刑事制裁をもってこれに臨むべき筋合ではない」と判示する。

これに対して、本判決は、損害賠償責任及び解雇について、一般的な説明をした後、「次に、刑事法上の効果についてみると、右の民事法上の効果と区別して、刑事法上に限り、公労法一七条一項違反の争議行為を正当なものとして評価して当然に労組法一条二項の適用を認めるべき特段の憲法上の根拠は見出しがたい」と判示し、先に述べた東京中郵判決の主張に対しても、「右の判示は、刑事法上の違法性の存否ないし程度を考える場合に考慮すべきことを一般的に説くにとどまるのであって、具体的な刑罰の合憲性と行為の違法性については、それぞれの罰則と行為に即して具体的に検討しなければならない」とする。

ところで、公労法一七条一項違反の争議行為に対して、民事法上の不法効果に限るべきであって、刑事罰を科すべきでないという主張は、憲法二八条が保障する労働基本権尊重の趣旨から導きだされるのであって、刑事罰の性質それ自体からただちに演繹されるわけではない。禁止規範の射程と不法効果の間に一定の均衡が成立しなければならず、不法効果から、禁止規範の射程が推定されるということはありえても——その意味では、刑罰という不法効果を課しうるためには単にある行為が違法であるというだけでは足りず、刑罰を科すにふさわしい違法の程度（量）が要請される——あくまでも、禁止規範の射程それ自体を確定することが先決であって、不法効果は、その禁止規範が保護する法益にみあうものか否かという関係において決定されるのである。従って、ここにおいては公労法一七条一項によって三公社・五現業職員の争議行為を禁止するとしても、その争議禁止が刑罰という最も峻厳な不法効果によって禁止しなければならぬ性質のものかどうか、ここにおける問題の核心だったのである。

本判決は、ただ刑罰による禁止も不合理ではないと一方的に宣言するだけで、何故に民事上の不法効果を課すにと

どめた禁止では不充分であるかについては一切語ろうとはしない。その理由を挙げることも、第一に求められていたはずである。憲法判断としては、これでは理由の示されていない判決であるといわざるをえない。

四 三公社・五現業職員の争議行為を何故に刑罰によって禁止しなければならないのかについて、何ら実質的な根拠を示しえない本判決が、そのかわりとしてもちだしたのが、今日、白井検事らによって金科玉条のごとくもてはやされている、いわゆる「憲法次元における違法一元論」という論理である。⁵⁾そして、この「憲法次元における違法一元論」の主張こそ、先に述べた第二の論点と密接な関連性を有するのである。すなわち、「憲法次元における違法一元論」の主張は、具体的な争議行為の実相に即して行なわれるべき、刑事法上の違法判断をあらかじめ回避するため、もちだされた論理に他ならない。

本判決は、刑事上の不法効果を民事上の不法効果と区別する憲法上の特段の理由はない（刑罰謙抑主義に基づく批判については後述、）とした上で、更に次のように主張する。

「かりに、争議行為が憲法二八条によって保障される権利の行使又は正当な行為であることの故に、これに対し刑罰を科すことが許されず、労組法一条二項による違法性阻却を認めるほかないものとすれば、これに対し民事責任を問うことも原則として許されないはずであって、そのような争議禁止の理解は、公労法一七条一項が憲法二八条に違反しないとしたところにそぐわないというべきである。」

右の主張は、ある行為が、憲法上の権利の行使であるという前提から出発し、そのような前提からすれば、その行為についてある法域において不法効果が付せられることは、当該行為の憲法上の権利性（いわゆる「憲法次元における正当性」）と矛盾するという主張である。この主張は、それ自体とすれば特に背理であるわけではない。最高規範である憲法とその下位実定規範との関係を一般法理論の上からだけ考察すれば、そのような主張も当然成り立つであ

ろう。しかし、東京中郵判決の理論としては、正に民事法上の不法効果のみを付与することを前提にして、憲法二八条による公労法関係職員の争議権の制約を合憲的に成立せしめたのである。従って、そこでは、民事上の不法の領域以外の領域で正当な争議権の行使が成り立つとしても、その憲法上の権利は、もともと制約されている法領域の不法効果を予定しているのであって、刑法上は、憲法の保障に基く争議権の行使であるとされながら、公労法上や民法上は一定の不利益が課されることを予定しているものである。したがって、公労法一七条をめぐる憲法判断からそのような帰結が出てくるのであるから、その帰結が本判決の主張のような一般法理論上の用語法とくいちがいがあったとしても、別に理論的に矛盾したことはない。つまり、その用語法は東京中郵判決における公労法一七条の相対的合憲論から生じてくる必然的な用語法である。重要なのは用語法ではなく、憲法判断の内容である。東京中郵判決の用語法を批判しても、その用語法を生みだした憲法判断を批判したことにはならない。

確かに、争議権が憲法二八条に保障された憲法上の権利であると主張する以上、その権利行使が刑事法上はもとより、民事法上もいかなる制約を受けるべきでなく、又それに対していかなる不利益も課すべきでないと解することも、憲法理論上は可能である。したがってもしそうなら、争議行為に対する制限規定は、いかなるものであろうと憲法二八条の争議権の保障規定と矛盾するものであり、違憲の規定であるということになる。これは憲法論として一つの正論であり、今日の労働法学者の主張するところでもある。環裁判官の主張されるように、公労法一七条一項は、あくまでも憲法二八条の下位規範なのであるから、本判決のように二者択一的な発想に基づき、しかも、憲法二八条の労働基本権の保障が公務員にも及ぶと明言する以上、当然の理として、公労法一七条一項の争議禁止規定こそ無効とされなければならない。

しかしながら、逆に、憲法上の権利といえども無制限・無制約なものではないのであって、立法政策上、合理的か

つ必要最小限度でこれを制約することが許されると解することも又憲法理論上可能である。ことに、憲法上の権利の行使が他の権利と衝突するような場面は、今日の法秩序においては多分に考えられることであって、一定の範囲において憲法上の権利に制約が付着しても、それが憲法上の権利であることをやめるわけではない。

公労法関係職員も憲法二八条にいう勤労者にあたるとしながら、結局において争議権を全面的に禁止する（もっとも、刑罰による禁止に関しては指導者のみの処罰に限定してはいるが）としても合憲であるとする本判決の立場を合理的に説明することはきわめて困難と思われるのであるが、そのことが一般法理論上の用語法で東京中郵判決の反論をすませようとする事になったものと思われる。さきに述べたように禁止の合憲性のほかに可罰禁止の合憲性の論理がどうしても必要だったのである。

五 本判決は、公労法一七条一項に違反する争議行為が、郵便法七九条一項に定める罰則の構成要件に該当する場合に、その争議行為の刑事法上の違法性を判断するに際して、「この問題は、ある行為が右の罰則に定める構成要件を充たし、かつ特段の違法性阻却事由が存在しない限りは違法性があると認められる場合に、それが争議行為として行なわれたときは、そのことの故に右にいう特段の違法性阻却事由があると認めるべきかどうか、という解釈上の問題にほかならない」とし、更に、「これに対して、ただ、公労法一七条一項による争議の禁止が憲法二八条に違反しないこと及びその行為がこの禁止に違反して行なわれたものであることのみを根拠として、直ちに違法性の阻却を否定する結論を導くのは相当で」はないとしながら、結局は、先に述べた通り、三公社・五現業職員には憲法上の権利としての争議権が保障されていないことを理由にいつさいの争議行為を禁止した公労法一七条一項に違反する行為には、労組法一条二項の適用はなく、それ故、刑事法上も違法である旨判示する。したがって、本判決は結論的にいえば、公労法一七条一項の争議行為は、民事法上も刑事法上も違法であるとの判断を示したことになる。この判断が正

当であるかどうか、ここで改めて検討されなければならない。

六 ここでの論点は、公労法一七条一項に違反して行なわれた争議行為に対して、労組法一条二項の適用を考える余地が存在するかどうかということである。

この点について、まず問題となるのは、公労法は一七条一項において公共企業体等の職員の争議行為を禁止しているが、禁止違反の行為に対する不法効果としては解雇及び損害賠償といった民事法上の不法効果を規定するのみで、刑事法上の処罰については、明文上は何らの規定も持たないということである。したがって公労法一七条一項に違反して争議行為が行なわれたとしても、公労法違反の故をもって処罰することはできないのであって、違反行為が他の法律に定める罰則の構成要件に該当する場合に初めて刑事法上の処罰が問題となる。

本件においては、公労法違反の争議行為が郵便法七九条一項の罰則の構成要件に該当するが故に、正に公労法違反の争議行為の刑事法上の処罰が問題となるのである。

ところで、郵便法七九条一項の罰則の構成要件は郵便物の不取扱いという単純な不作為をその内容としている。したがって、その違反行為はすべて公労法一七条一項によって禁止されている争議行為の内に包摂される⁶⁾。又保護法益の観点からみても、郵便法七九条一項の保護法益は、ほとんど公労法一七条一項の保護法益の内に含まれてしまう⁷⁾。それ故に、公労法が、明文上処罰規定を有しないことをもって、公労法は争議行為に対して刑罰を科さない趣旨であると解するならば（そう解するのが、一応、素直な解釈であろう⁸⁾）、郵便物不取扱い行為も、それが争議行為として行なわれた場合には、刑事法上は不可罰であるという主張が成立する。しかし、この主張はあくまでも公労法が、刑事罰についてはこれを科さない趣旨であると解するのが相当であるということ論理的な前提条件としている。

しかし、本判決は右の点について、争議行為に関して適用が問題となる罰則には、国公法、地公法のように争議禁

止行為を抑止するために民事法上の不法効果で足りるならば、あえて刑罰を科す必要はないし、逆に、ある違法行為に対して刑罰を科するとすれば、その行為は単に違法であるというだけでは不充分であり、刑罰を科すにふさわしい禁止違反それ自体を処罰の対象とするものと、その適用範囲を争議行為に限ることなく、ある類型的行為に対し一般的に刑罰を科する旨定め、その結果、争議行為がその類型的行為にあたる場合にそれを処罰する、例えば、本件の郵便法七九条のようなものがあるとした上で、「公労法一七条一項違反の争議行為に対し前者の意味での刑事制裁の規定がないことは、その違反を理由としては刑罰を科さないことを意味するにとどまるのであって、郵便法七九条一項などの後者の罰則に該当する争議行為に対しても刑事法上の違法性阻却を認める趣旨であると解することは、合理性を欠き、他に特段の事情のない限り、許されない」と主張し、公労法が禁止違反の争議行為に刑罰を科さない趣旨であると解すること自体を否定する。

したがって、先に述べた、郵便法七九条一項違反の行為は公労法一七条一項違反の行為に包摂されるということ、又は、郵便法七九条一項の保護法益は公労法一七条一項の保護法益に内包されることを理由に、公労法違反の争議行為が郵便法七九条一項の罰則の構成要件に該当する場合にも労組法一条二項の適用があるという主張は、その論拠を失うこととなる。

それ故に、ここにおいて積極的に論証しなければならないことは、何故に公労法違反の争議行為には刑罰を科すことが許されないのかということであり、それは憲法二八条の労働基本権保障の趣旨からのみ導びきだされることに他ならない。⁽⁹⁾ その意味において、岩田元最高裁判事の主張とは逆に、東京中郵判決は、労働基本権を正面にすえて論じ⁽¹⁰⁾ たし、又その必要があったといわなければならない。

七 次に、公労法違反の争議行為を不処罰とすることの積極的理由付けとして、いわゆる刑罰謙抑主義が主張され

る。⁽¹¹⁾

刑罰が最も峻厳な国家的制裁である以上、その発動はできる限り抑制されなければならない。すなわち、ある行為が刑罰の対象とされるためには、一定の違法法性の量と質を備えたものでなければならぬ。

本判決は、先に述べたように、「民事法上の効果と区別して、刑事法上に限り……当然に労組法一条二項の適用を認めるべき特段の憲法上の根拠は、見出しがたい」という結論のみを提示するだけであって、その点、団藤裁判官によつて、多数意見は刑罰謙抑主義に対する理解に欠けるところがあると批判されたのは当然のことである。ただ、ここで注意を要するのは、刑罰謙抑主義の一般的な強調が重要なわけではないということである。確かに刑罰謙抑主義が刑法上の重要な原則の一つであることは否定しえないが、既に述べたごとく、公労法違反の争議行為に労組法一条二項を適用すべしという結論は、刑罰謙抑主義から直ちに演繹されるわけではない。団藤裁判官も、この点、充分認識されているのであって、公労法違反の争議行為に労組法一条二項の適用があるかどうかの問題は、「いずれにせよ、字句の未の問題ではない。公務員の争議権を原則的に肯定するかどうかという基本的な立場の相違が、この解釈に反映してくるのである」とされ、問題の核心を正確に指摘されている。それ故、憲法三一条が含意する刑罰謙抑主義も、憲法二八条に保障する労働基本権についての積極的な主張とともに強調される場合にはじめて、その真価が発揮されるものといわなければならない。

八 本判決が、違法一元論と違法相對論のいずれの立場に立脚するものと解するかについては意見の対立がみられる。吉川教授⁽¹²⁾、西原教授⁽¹³⁾、前野教授⁽¹⁴⁾らは、本判決は違法一元論に立つものと主張されるが、板倉教授⁽¹⁵⁾、前田助教⁽¹⁶⁾は、それを否定される。

ところで、公労法違反の事件について、違法一元論と違法相對論の問題が、激しく議論されることとなったのは、

東京中郵判決において、公労法違反の行為に労組法一条二項を適用することを否定した奥野・草鹿・石田裁判官の反対意見が、そのことの論拠を違法一元論に求め、他方、これに対して松田裁判官が補足意見において、違法相對論の立場から反論を加えたことが、直接的な契機となっている。¹⁷⁾ 事実、この判決の解釈をめぐって、木村教授と佐伯博士との間で違法一元論と違法相對論をめぐって激しい論戦が展開されたのである。¹⁸⁾ しかしながら、木村Ⅱ佐伯論争を総括した上で井上(祐)教授が主張されるように、公労法違反の争議行為に労組法一条二項の適用を認めるか否かの問題は、結局は公労法一七条一項に対する憲法判断を通じてはじめて可能であるといわなければならない。¹⁹⁾ (右のように主張するからといって、違法一元論と違法相對論の論争それ自体が無意味であったということを意味するものではないが、違法一元論と違法相對論については、刑事違法論の本質的理解に関わることでもあり、稿を改めて論ずることとしたい。ただ本件をめぐる視角からだけいえば、木村博士がその理論的な構造については不明確なままではあるが、ともかく、郵便法七九条の適用を否定された点、佐伯博士が、労組法一条二項の「準用」が憲法上要請されているとされた点が基本的に重要であり、この点注意する必要がある。少くとも、公労法違反の争議行為を郵便法七九条一項を適用して処罰すべきではないという、その基本線においては、木村博士、佐伯博士、井上(祐)教授は一致した結論を示されているのであり、東京中郵判決の少数意見とは完全に対立している。)

本判決も、三公社・五現業等の職員には、憲法二八条の規定する争議権が存在しないという理由で、公労法違反の争議行為に対しては労組法一条二項の適用はないと主張しているのであって、東京中郵判決の反対意見が主張した意味における違法一元論には立脚していない。確かに、本判決は、公労違反の争議行為は民事法上も刑事法上も違法であるとして主張するのであるから、結論だけをみれば、本判決も違法一元論に立脚しているかのような外観を呈しているが、それは本判決が三公社・五現業等の職員の争議権を不当にも全面的に否定し、その単なる結果にすぎない

い。更に、そもそも東京中郵判決の少数意見における、「違法の統一性」の理論とは、公労法一七条一項の争議禁止規定を「一律・全面的に」争議行為を禁止したものと解し、そう解したとしても同条項は合憲であるという判断を刑法理論上の述語を使って示したものの以上の何ものでもないものであつて、「違法一元論」という言葉でもつて、それをあたかも理論的な論理の必然でもあるかのごとく紛飾しようとした、いわば「虚像」にすぎない。⁽²⁰⁾したがつて、本判決が、違法一元論に立っているかどうかそれじたいを憲法論とはなれて論ずることは、あまり意味のあることとは思われない。

九 郵便法六九条一項の規定は、単純な郵便物不取扱を禁止した規定である。従つて、争議行為として行なわれた違反行為であろうと、否とにかかわらず、一応は郵便法七九条一項の罰則の構成要件に該当するものといわなければならぬ。ここで争議行為に伴う違反行為が問題とされるのは、憲法二八条が規定する労働基本権の保障が三公社・五現業の職員にも及び、公労法一七条一項が刑事罰を科す旨定めてないことあわせて、争議行為が権利行使としての正当性の限界内にとどまる限り、刑法上、違法阻却事由として機能するのではないかという配慮があつたからに他ならない。それ故、争議行為が権利の行使として認められず、違法阻却事由にはあたらないとすれば、郵便物を取扱わなかつた者が正犯として処罰され、その他の者は教唆又は幫助の罪に問われるにすぎないと解するのが、一般の犯罪行為について通常の理解の仕方である。しかし、本判決は全く独自の見解を主張する。即ち、処罰されるのは、公労法一七条一項に違反する争議行為を「あおり、そそのかす」等指導的行為にでた者のみであつて、その争議行為が、「同盟罷業・怠業その他単なる労務不提供のような不作為を内容とする」かぎり、単純不参加者は処罰すべきでない旨、判示する。⁽²¹⁾そして、指導的行為の処罰の理由としては、「争議行為そのものの原動力となる指導的行為は、単純参加行為に比し、その反社会性、反規範性が強大である」こと、単純参加者の不処罰の理由としては「勤務条件の改

善を求めて単に職務の提供を拒否するに過ぎない行為に対しては特段の事情のない限り刑事制裁を抑制するのが相当であるという配慮」を理由としてあげている。争議行為のような組織的・団体的行動においては指導的行為者の方が、単純参加者に比べ責任が重いということは、確かに、一般的にはいいうることであって、指導的行為者と単純参加者の間に答責性において差異を設けることそれ自体は相当である。ただ問題は、争議行為が間接的に郵便法七九条一項に違反するとしても、指導的行為は直接的には公労法一七条一項違反の争議行為に対するものに他ならない。従って、本判決も、被告人らを処罰する実質的根拠を「国公法の罰則における『あおり』に該当するような指導的行為である」一点に求めている。従って、処罰の対象として扱われているのは郵便法七九条一項の幫助・教唆というより、公労法一七条一項違反の争議行為の『あおり』行為である。そうだとすれば、本判決は解釈によって全く新たな構成要件を創出したことになる。これが罪刑法定主義の原則に違反し憲法三一条に違反する拡張解釈であることは明白である。やはり、本来は争議行為の取締を直接の目的として立法されたのではない、単なる事業法としての郵便法を争議行為取締りのために援用すること自体に無理があるといわなければならない。

一〇 最後に、争議行為に付随する行為の刑事法上の評価について、本判決の主張を検討しておきたい。本判決は次のように判示する。争議行為に付随して行なわれた行為は、「直接公労法一七条一項に違反するものでないから、その違法性阻却事由の有無の判断は、争議行為そのものについての違法性阻却事由の有無の判断とは別に行なうべきであって、これを判断するにあたっては、その行為が同条項違反の争議行為に付随して行なわれたものであるという事実を含めて、行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否かを考察しなければならぬのである」とまず違法判断の方法について判示する。ここでは、「諸般の事情の考慮」及び「法秩序全体の見地からの」検討が中心となる。いわゆる「諸般の事情の考慮」とは、行為の目的、態

様、被害の程度及び行為情況の考慮を意味するというのが一般的理解である。本判決でも一応その趣旨に解しているものと考えていいであろう。問題は「法秩序全体の見地」からの判断という場合の「法秩序全体」とは一体何を意味するかである。現実の行為に対する違法判断において問題となるのは、その行為が、あるいは争議権の行使として、あるいは団結権の行使として、あるいは表現の自由の具体的実現行為として行なわれる等々、具体的な権利の行使、又は、ある法的利益の追及として行なわれる場合にそれが、他方において同時にある法益侵害を伴うため（構成要件該当性）、全体としての法秩序の中において、その法益維持の側面と別の法益侵害の側面とを比較衡量し、場合によっては、それが権利行使であるが故に、たとえそれが一定の法益・権利を侵害する場合にも結局において適法とされる場合があるからに他ならない。それ故、具体的な違法判断の場合において問題とされなければならないのは、法益衝突、権利衝突における個々の具体的法益又は権利であって、一般的な「法秩序全体」が違法判断の基準となるわけではない。違法判断の場面において「法秩序全体」が主張されることに意味があるとすれば、それは右に述べた、具体的な、対立矛盾する権利、利益が衝突し、相異なった法益が衝突している場合に、法秩序全体の中で、それぞれの権利又は法益が占めている位置や重要性を考慮に入れながら、その衝突の実相を全体的に評価するということであって、それ以上のことではない。

法益侵害説であれ、目的説であれ、すべての違法判断の中には、このように相対立する契機を全体の中に位置づけ評価する必要性が存在するが故に「法秩序全体」という表現が用いられるわけである。目的の正当性も、手段の相当性もそのような評価を通じて決定されるのである。従って、目的説にたっても、法秩序全体からの違法評価という場合、手段の相当性のなかで、相対立する法益が比較衡量され、均衡が求められるのは当然である。

したがって、問題の行為を法秩序が、いかなるものとして許容しようとするのか（争議権の行使としてか、団結権

の行使としてか、あるいは表現の自由の実現として等々)その具体的な許容命題の内容が示されなければならない。

本判決は、この唯一の争議行為の正当性(又は、ピケットの正当性)という視角を、「全体としての争議行為」ということで、立論の出発から排除してしまっているわけであって、それでは「法秩序全体の見地」から「許容性」を問題とするといってみたとところで、許容の具体的内容を何も示しえないのは、もとより当然であったといえる。

一一 次に、本判決は、「被告人らは、公労法一七条一項に違反する争議行為への参加を呼びかけるため、すなわち、それ自体同条項に違反するあおり行為を行なうため、立入りを禁止された建造物にあえて立ち入ったものであって、その目的も手段も、共に違法というほかないのであるから右の行為は、結局、法秩序全体の見地からみて許容される余地のないものと解さざるをえない」と判示して、立入の目的の違法性を公労法一七条を根拠に強調している。争議行為と密接して、又は争議行為の一環として行なわれたオルグ行為を、全体の争議行為の正当性判断から切り離して判断すること自体にまず問題があるといわなければならない。

全体としての争議行為と、そこに偶発的に含まれる個々の犯罪構成要件該当行為とを区別するという考え方それは自体全く正当な考え方であるが、それは、「偶発的な」異分子を「全体としての」争議行為の違法性へと無媒介に影響させないために主張されるものである。つまり、そこでは、もともと全体を構成することのできない異分子を除外しようとしているのであって、全体と部分とのこのような前提的な条件——(偶発性・異分子性)——を全く度外視して、全体としての争議行為と個々の付随行為が分けられるわけではない。大久保調査の解説²²⁾は、この点が明確でないように思われる。

しかし、その点は一応おくとしても、争議行為に付随して行なわれたオルグ行為にまで、公労法一七条の規定を援用することは、もはや許されないことであって、憲法に違反する違法判断であるといわなければならない。なぜな

ら、公労一七条は、それが解雇又は損害賠償を問題とする限りにおいて、つまり、争議行為が行なわれた場合、その争議行為の態様からして、国民生活に重大な損害を与え、又は与える恐れがあることを理由に、その争議行為を解雇相当の条件として、組合幹部の民事責任を問うという限度においてのみ、或いは具体的な被害を理由に、組合に損害賠償を請求するという限度においてのみ（従って、民事法の領域においてであれ、一律全面的に争議行為を禁止し、その違反者を解雇するとすれば、それは当然、憲法違反の問題が生ずる）、合理的に、つまり憲法二八条と調和して存立が許されている条文にほかならないのであって、本判決のように、建造物侵入罪の立入の目的の刑事法上の違法性を基礎づける要素として公労法一七条を位置づけることは、憲法二八条との関連上、許されざる解釈であるといわなければならない。

又、右に述べたことは、本判決では明示していないけれども、公労法に違反する争議行為の決議は、組合員を拘束する法的効果はないとして、ピケットやオルグ行為を制限しようとする一連の判例の主張にも妥当する。⁽²³⁾

一三 以上述べてきたように、公労法一七条の争議禁止規定の意味を次々と拡大解釈し、法的効果を付与することが許されるのであれば、公労法一七条は明らかに憲法二八条と共存することは不可能となり、違憲・無効な規定であるとされなければならない。憲法二八条は、まさにこのように公労法一七条を拡大解釈することを禁じているのである。公労法一七条は違反行為に対して解雇・賠償という不法効果を課することができる限りにおいてのみ合憲でありうるということを忘れてはならない。

その意味において、公労法違反の争議行為をめぐる諸問題をとく鍵は、あくまでも憲法二八条と公労法一七条との緊張関係の中に存在するものといわなければならない。⁽²⁴⁾

- (1) 公務員の争議禁止をめぐる判例の動向については、野村平爾「労働基本権の展開」(岩波書店、一九七五年)一九七頁以下、深山喜一郎「官公労働者の争議権」(法律文化社、一九七七年)三三頁以下参照。
- (2) 全農林判決に対する「アナクロニズム的判決」(吉川経夫、ジュリスト五三六号、七〇頁)、「時計の針を逆に戻す判決」(芦部信喜、ジュリスト五三六号、四六頁)、「ファシズム的思考に傾むいたもの」(室井力、法律時報四五卷八号、四二頁)という批評は、本判決にも一層あてはまる。
- (3) 本判決については既に多くの論評が加えられているが、検察官の手によるもの以外はいずれも批判的である。ジュリスト六四三号掲載の諸論文、法律時報四九卷九号掲載の諸論文、労働法律旬報掲載の諸論文の他、主なものとして、前野育三「名古屋中郵便事件最高裁判決と違法論」(判例時報、八五三号、判例評論二二二号)、西原春夫Ⅱ中山和久「名古屋中郵便判決における労働刑法理論の検討」(法律時報四九卷一三号)、吉川経夫「公労法違反の争議行為と事業法罰則の適用」(名古屋中郵便事件判決)(ジュリスト六六六号)、平野龍一「公労法一七条一項違反の争議行為と郵便法七九条一項(いわゆる名古屋中郵便事件)」(警察研究第四九卷第五号)
- (4) 全農林判決が正当な判断であるとする学者は皆無に等しい。又、最高裁内部においても、激しい反対論が存在していたことは周知の通りである。全農林判決が、「一票差のクウデター」と評されるきわどい評決のうえに成立しているのはその如実な反映であった。
- (5) 臼井滋夫「違法性理論の視点から見た名古屋中郵便事件判決」(研修三五―三五二号)、同、「五・四名古屋中郵便事件大法院判決について」(警察学論集三〇卷七号)、永井敏雄「憲法次元における違法性一元論の虚像と実像」(警察学論集三〇卷一―号)参照。
- (6) 前野育三、前掲論文、一三一頁、前野教授は、基本的に、争議行為の処罰に事業法の罰則を適用することを否認された岩田誠元最高裁判事の見解に賛同されるものと思われるが、やはり、事業法であるから争議行為に適用すべきではないという主張には積極的な理由付けが必要であろうと思われる。
- (7) 西原Ⅱ中山、前掲論文、六〇頁。
- (8) 平野教授は、①公労法には労組法一条二項の適用を排除する旨の規定がない点と②公労法にはストライキに対する民事制裁の規定があるにもかかわらず、刑事制裁の規定がない点とを結びつけて考察すべきことを主張され、そこから、公労法

はストライキ不処罰をその趣旨としていると結論される（平野、前掲七三～七四頁）。更に、公労法制定に至る立法の沿革および国公法、地公法との比較からも一応はそう解するのが素直な解釈であろう。

- (9) 西原教授もこの点、一応は指摘されているが論調としては弱いと思われる。（西原Ⅱ中山、前掲、六〇頁）
- (10) 岩田元最高裁判事は「東京中郵判決は少し書き過ぎていた」とされるが（岩田誠「いわゆる名古屋中央辺便局事件の最高裁判所大法廷判決について」）判例時報八四八号、五頁）決してそうではない。
- (11) 吉川経夫「名古屋中郵事件判決の刑事法的側面」（ジュリスト六四三号）三〇頁。
- (12) 吉川、前掲、三〇頁。
- (13) 西原Ⅱ中山、前掲、六〇頁。
- (14) 前野、前掲、一三二頁。
- (15) 板倉宏、別冊ジュリスト「刑法の争点」四一頁。
- (16) 前田雅英、別冊ジュリスト、五七号「刑法判例百選Ⅰ総論」六五頁。
- (17) 喜多實「労働基本権」南山法学創設記念号（下）二三頁。
- (18) 木村亀二、法学セミナー一四六号～一五〇号及び一五六号の諸論文。佐伯千仞「可罰的違法性の理論の擁護」法学セミナー、一六九号～一七一号参照。
- (19) 井上祐司「争議禁止と可罰的違法論」（成文堂、一九七三年）六〇頁以下、喜多教授も、井上（祐）教授の見解に賛意を表される。（喜多、前掲論文参照）
- (20) 井上祐司「最高裁四・二五判決とあり罪」法律時報四五卷八号、四七頁、角田邦重「最近の最高裁におけるピケット論の動向（下）」、労働判例二四六号、五頁等参照。
- (21) この点について平野教授は、処罰阻却事由とは犯罪の成立要件はみたしているにもかかわらず政策的に処罰しないことであるから、政策決定者である立法者が決めるべきことであり、したがって処罰阻却を認めるためには明文の規定が必要であり、せいぜいその類推適用の範囲にとどめるべきであらうとされ、本判決が明文の規定もないのに処罰阻却事由を認め、ストライキの単純参加者を不処罰とした点は、「本判決の大きな破綻」であるとされる（平野前掲、七四頁以下参照）。

(22) 大久保太郎「最高裁判所判例解説」(国労久留米駅事件についての解説)法曹時報二六卷一号、一六三—一六四頁、尚、久留米駅判決との関連で「付随行為」の違法性について論じた論文としては、蓼沼謙一「公労法・地公労法下の争議行為といわゆる刑事免責」労働法律旬法八六四号、角田邦重「最近の最高裁におけるピケット論の動向」労働判例二四五—二四六号が重要である。

(23) その例としては、全通横浜中郵差戻後控訴審判決(東京高判、昭40・10・20)、動労糸崎駅事件(広島高判、昭48・8・30)、国労尼崎駅事件(大阪高判・昭49・4・24)、動労鳥栖駅事件(福岡高判・昭49・5・25)等が挙げられる。(角田、前掲論文参照)

(24) 蓼沼教授は、争議権保障の歴史的な沿革と意義に注目することを通して、現在は、争議権史の第三段階にあたり、いわゆる市民刑法的評価と処罰からの解放を主張される。(蓼沼謙一「争議行為禁止法規といわゆる刑事免責」(有泉亨先生古稀記念「労働法の解釈理論」三五三頁以下)。教授のいわれる如く争議権の権利性が市民法的な権利の侵害を前提として成立している以上、一元的な市民法原理によって問題を解決しようとする自体が誤りであるといわなければならない。社会現象として公労法関係の争議をみたとき、民事上の制裁による禁止に限られるとすれば、刑事罰による禁止を伴う場合にもまして、ある形態の争議を完全に防止することはできないであろう。東京中郵判決は、おそらくそのような現実をも予定しつつ、憲法判断を下したものと思われる。本判決は、この点、およそ公労法によって禁止された行為である以上、どんな形態の争議であれ、一切これを容認すべきでないという秩序思想にたって憲法判断を行ったといえる。国民の前に提示されたこの二つの憲法判断のいずれが国民の支持を得て、確固とした憲法秩序の一部分となるかは今後にかかっている。