

「使用者の争議対抗行為」論の射程と 体系的位置づけ

榊 原 嘉 明

はじめに

- I 戦後労働立法の整備と「使用者の争議行為」論としての「使用者の争議対抗行為」論
- II 労使対立の激化と「使用者の争議対抗行為」論の拡大化・独立化
- III 2つの最高裁判決と「使用者の争議対抗行為」論の新たな定式化
おわりに

はじめに

1. 「消えた」論題としての「使用者の争議対抗行為」論

本稿は、「使用者の争議対抗行為」に関する論稿である。しかし、日本の労働法学において、この「使用者の争議対抗行為」論は、久しく、文字通り「消えた」論題になっていたといわざるをえない。

この点、「労働法の研究」をその主な目的とする日本労働法学会が、その1950年10月の設立¹⁾以来、これまでに5度にわたり、およそ各「時代の節目」における「労働法学の理論的到達点」を明らかにする²⁾ために編集・刊行してきた「講座」と呼ばれる一連の著作体³⁾を例に、まず確認してみることにした

1) その今日までの歩みの概況について触れるものとして、石井保雄「日本労働法学100年・労働法学会70年」労働判例1271号（産労総合研究所、2022年）2頁。

2) 後掲・講座・21世紀(1)『労働法の基礎理論』（日本評論社、2017年）ii頁。

い。それによれば、「使用者の争議対抗行為」論は、確かに、1950年代から1980年代までの間に刊行された当初3回の「講座」(＝旧講座・新講座・現代講座)では、そもそも集団法に関するテーマを表題とする巻それ自体が毎回「講座」全体の半数以上を占める状況であったこともあり、独立の項目において、これを取り上げられていた。しかしながら、2000年以降に刊行された直近2回の「講座」では、そもそも集団法に関するテーマを表題とする巻それ自体が何とか全体のうちの1巻を構成するので精一杯な状況になっていたこともあってか、「使用者の争議対抗行為」論を独立の項目において取り上げられる論稿はなくなってしまっていた。それどころか、2000年に刊行された講座・21世紀では、そもそも索引にさえ、「使用者の争議対抗行為」に関連する述語が挙げられることはなく⁴⁾、2017年に刊行された講座・再生においても、「ロックアウト」や「作業所閉鎖」という術語が、最高裁判例や条文のごく簡単な紹介という形で、脚注⁵⁾や引用条文⁶⁾の中で記載されるにとどまる状況であった。

もちろん、2006年に最高裁⁷⁾で「ロックアウトの正当性が争われた久しぶりの……判決」⁸⁾が出された際にはいくつか判例評釈が発表されたし、現在、各種学習用教材⁹⁾から、「使用者の争議対抗行為」論に関する項目それ自体が消

3) 日本労働法学会編『労働法講座 第1巻～第7巻』(有斐閣、1956年～1959年。以下「旧講座」)、日本労働法学会編『新労働法講座 第1巻～第8巻』(有斐閣、1966年～1967年。以下「新講座」)、日本労働法学会編『現代労働法講座 第1巻～第15巻』(総合労働研究所、1980年～1985年。以下「現代講座」)、日本労働法学会編『講座21世紀の労働法 第1巻～第8巻』(有斐閣、2000年。以下「講座・21世紀」)、日本労働法学会編『講座労働法の再生 第1巻～第6巻』(日本評論社、2017年。以下「講座・再生」)。

4) 例えば、講座・21世紀(8)『利益代表システムと団結権』(有斐閣、2000年) vii頁以下〔もくじ〕及び305頁以下〔事項索引〕参照。

5) 中窪裕也「団体行動権の意義と構造」講座・再生(5)『労使関係法の理論課題』(日本評論社、2017年) 147頁参照。

6) 岩村正彦「集团的労働紛争解決システムの展開と課題」講座・再生(1)『労働法の基礎理論』(日本評論社、2017年) 206頁参照。

7) 安威川生コン事件・最三小判平18.4.18(労判915号6頁)。

8) 藤内和公「判批」ジュリスト臨時増刊『平成18年度 重要判例解説』(2007年) 221頁。

えてしまっているわけでもない。しかしながら、「使用者の争議対抗行為」論を本格的に取り上げる学術的な論稿は、現代講座において「ロックアウト」が独立の項目として取り上げられた1980年頃¹⁰⁾を最後に、およそ見当たらなくなってしまう。

これらのことに鑑みれば、「使用者の争議対抗行為」という論題は、遅くとも2000年代初頭には、日本の労働法学から名実ともに「消えた」存在となっていた（そして、今日においてもそうである）というべきであろう。

2. 本稿における検討の趣旨と概要

本稿は、そのような「消えた」論題というべき「使用者の争議対抗行為」論について、いくらか検討を加えようとするものである。しかし、その検討の趣旨は、決して懷古趣味的な見地から、これを行おうとするものではない（かといって、ある一定の新たな方法論ないし理論体系から一定の個別論点を論じ直そうとするものでもない）。あくまで、現在進行形で裁判所において争われている具体的事例の1つ¹¹⁾を契機として、これを論じようとするものである。

以下、本稿では、そのような今日的事例の問題解決に向けた新たな視座の獲得も視野に入れつつ、戦後、「使用者の争議対抗行為」論がどのような射程と体系的な位置づけをもって論じられてきたかを、単独で著された体系書やモノグラフを中心に、およそ時系列に沿って再確認し、おわりに、若干の考察を加えることにしたい¹²⁾。

9) 例えば代表的な労働法教材のそれぞれ1つである『労働判例百選』や『労働法の争点』（いずれも有斐閣）において、「使用者の争議対抗行為」に関連する項目が今日に至るまで取り上げられつづけている。

10) なお、1980年代前半に出された2つの最高裁判決（山口放送事件・最二小判昭55.4.11労判340号25頁及び日本原子力研究所事件・最二小判昭58.6.13労判410号18頁）についても、いくつか判例評釈が発表されている。

11) 現在、東京地方裁判所に労働委員会救済命令取消請求として係属（令和5年（行ウ）第236号及び同第445号）している旭生コン事件（初審：大阪府労委命令令2.9.25別冊中時1582号31頁、再審：中労委命令令5.2.1労判1308号92頁）。なお、同事件・再審命令に関する評釈として、例えば毛塚勝利「判批」労判1310号176頁以下。

12) 当初は、かかる「再確認」の総括から、現代の集団的労使関係法が直面してい

I 戦後労働立法の整備と「使用者の争議行為」論としての「使用者の争議対抗行為」論

戦後、日本における「使用者の争議対抗行為」論は、労働者の争議行為に対置される使用者の争議行為に関する議論として、出発した。

その端緒となったのは、「日本における労働法研究」の「源流」¹³⁾であり、旧労働組合法（1945年12月公布、1946年3月施行。以下「旧労組法」）の制定過程の中で「中心的な役割」¹⁴⁾を果たした末広厳太郎が自ら旧労組法について解説した1946年5月発行の注釈書と、現在もドイツ労働法研究者の間で引用されることが少なくない『労働協約理論史』（有斐閣、1935年）を戦前に著した後藤清が「自由に思想の発表することのできぬ時代」¹⁵⁾を経て1948年に上梓した労働法全般にわたる体系書との間において展開された、作業所閉鎖（ロックアウト）に関する議論である¹⁶⁾。そこにおいて末広は、同盟罷業など労働者側の争議行為に関する民事免責を定める旧労組法12条は、使用者が作業所閉鎖を行った場合にも、「正当なる争議行為と認められる限り、……本条精神の類推に依って保護せられるものと解するのが公平の解釈である」¹⁷⁾と論じたのに対し、後藤は、「英国の1906年法に源を発する本規定の歴史性にかんがみ、かかる説は賛成しがたい」¹⁸⁾とこれに応じたのである¹⁹⁾。

るというべき課題を探るとともに、それら各課題を解決するための方向性を提示することを企図していたが、著者自身の能力が足らず、本稿ではそれが叶わなかった。他日を期すことにしたい。

13) 石井保雄「わが国労働法学の生誕——戦前・戦時期の末広厳太郎——」獨協法学96号（2015年）22頁。

14) 石井保雄「労働法学の再出発——戦後・末広厳太郎の陽と陰——」獨協法学103号（2017年）25頁。

15) 後藤清『労働法』（真日本社、1948年）1頁。

16) なお、後藤の『労働協約理論史』執筆に関する周辺事情や1938年の国家総動員法制定から戦争終結に至るまでの学術的な理論展開（ないし法学研究者としての身の処し方）については、石井保雄「戦前・戦中期における後藤清の社会法学——時代の伴走者の記録——」獨協法学99号（2016年）25頁以下に詳しい。

17) 末広厳太郎『労働組合法解説』（日本評論社、1946年）49頁。

これら旧労組法時代における「使用者の争議対抗行為」論の論じられ方の特徴は、労働関係調整法（1946年9月公布、1946年10月施行。以下「労調法」）にも「争議行為」の1つとして例示される作業所閉鎖という使用者の争議行為が、体系書等や注釈書の争議行為に関する各種項目の中で、同盟罷業などの労働者の争議行為と並列的に叙述されているという点、換言すれば、射程の問題として、「使用者の争議対抗行為」論が作業所閉鎖という使用者側の「争議行為」に限定して論じられ、また体系的位置づけの問題として、「使用者」側の争議行為（ないし争議対抗行為）が「労働者」側の争議行為に関する叙述から独立して論じられていない、という点にある。そして、このような旧労組法時代の特徴は、日本国憲法の公布（1946年11月）・施行（1947年5月）をも経て大改正された現行の労働組合法（1949年公布・施行。以下、単に「労組法」）について論じる体系書等においても、さしあたり維持されることになる²⁰⁾。

-
- 18) 前掲・後藤書（1948年）275頁。なお、後藤説における末広説への不同意それ自体については、後藤清『労働組合法の歴史と理論』（毎日新聞社、1947年）において、すでに表明されている。
- 19) 戦前及び旧労組法制定以降におけるロックアウトに関する議論の詳細については、例えば、中嶋士元也「ロックアウトの法理論」労働法文献研究会編『文献研究 労働法学』（総合労働研究所、1978年）225頁以下などを参照のこと。また、日本のロックアウトをめぐる実態及び判例の概況については、下井隆史『労使関係法』（有斐閣、1995年）227頁が、これを明瞭かつコンパクトにまとめている。
- 20) もっとも、この時代において、本文指摘の傾向とは大きく異なる「使用者の争議対抗行為」論の論じ方をしているものに、「末広博士の初期の労働立法の立案の作業に参画した」（本書を書いた理由とその態度）松岡三郎『労働法講義案』（弘文堂、1955年）がある（同書と「同じような叙述の方法」を取り、その「書いた理由と態度も……大差がない」後継書として、同『労働法概論』（弘文堂、1957年））。著者をして「如何にしたら学生諸君が労働法をよりよく理解してもらえるかという見地から」、「具体的な内容に入りこんで、その体系は、その内容から学生自身で考えるように仕向け」ながら書いたとされる同書は、「本書を書いた理由とその態度」と題するそのはしがきにおいて、労働法を「労働市場の労働力の支配をめぐる個別資本と国家権力（独占資本）と労働者階級の三つの勢力の闘争の調整点」（同前）と捉えた上で、総論部分において「労働法展開の動因」として、各勢力が持つ「武器」について言及する中で、「個々の資本」の「武器」として、「ロックアウト権」を「いわゆる経営権」、「いわゆる人事権」及び「就業規則制定権」

例えば、当初「商法担当者」として任官した所属大学において戦後すぐ、1946年4月の末広による同所属大学への辞表提出に伴い「労働法講座の責任を担うことに」なった後、戦後労働法学において大きく対抗していた「二つの潮流」のうち、当時の多数をなすそれに対抗する「もう一つの潮流」の立場を代表する論者の1人となり、日本国憲法28条の「労働基本権保障に関する、いわゆる団交中心論的理解」を打ち出した²¹⁾ 石井照久は、その体系書で「集团的労働関係」と題する章の「争議行為」を論じる節のうち、「争議行為の態様」と題する款において、争議行為を「労使が、その主張を貫徹するために行う行為及びこれに対抗する行為であって、正常な業務の運営を阻害する行為」と定義づけるとともに、その具体的態様の主要なものとして、「同盟罷業」、「怠業」、「ピケッティング」、「ボイコット」及び「生産管理」という6つとまったく並列させる形で、「使用者のなす争議行為」たる「作業所閉鎖（ロックアウト）」を挙げ²²⁾、その上で、これにつづく3つの款のうち、前2者において、「労働者の争議行為」と免責の関係並びにその「正当性の限界」について論じ、後1者において、「使用者の争議行為」について論じている²³⁾。

また同様に、戦後、先の石井照久とともに上記「もう一つの潮流」を形成しつつ²⁴⁾、『労働力のコントロール』というユニークな視点から労働法学の体系化を推し進めた²⁵⁾ 吾妻光俊も、自身にとって「学問的な体系の下に、労働法

と並べて挙げている（39頁以下）。今日再び、就業規則制度を含めた個別法上の制度や権利、自由が集団法上のそれらと対比させられる形で多く語られ始めている（例えば、小山敬晴「日本におけるストライキの停滞状況に関する法的分析」季刊労働法283号（2023年）2頁以下）が、同書の上記「叙述の方法」は、そのような今日の問題把握方法と比較的共通した問題意識がその底流にあると理解することができよう。

21) 石井保雄「石井照久の労働法学——戦後労働法学における・もう一つの潮流——」獨協法学116号（2021年）横1頁以下参照。

22) 石井照久『労働法』（弘文堂、1954年）121頁以下参照。

23) 同前124頁以下参照。

24) 前掲・石井保雄論文（2021年）横4頁参照。

25) 石井保雄「吾妻光俊の戦後労働法学——ある近代主義者の肖像——」獨協法学69号（2006年）横30頁。

の詳細な研究を発表する……最初の試み」²⁶⁾を行ったその著書において、各論として「争議行為」を論じる章のうち、まず、「各種の争議行為」という標題のもとに「争議行為の……主要な類型」について説明を加える節において、「同盟罷業」、「怠業」、「ボイコット」、「生産管理」及び「ピケティング」という5つの類型とまったく並列させる形で、「使用者の側からのイニシアティブによつてもたらす争議行為」たる「作業所閉鎖」を挙げ²⁷⁾、その上で、これにつづく次の節において、順次、前節で触れた計6つの「各種の争議行為の合法性」を1つ1つ検討している²⁸⁾。

Ⅱ 労使対立の激化と「使用者の争議対抗行為」論の拡大化・独立化

1. 三井三池争議と「使用者の争議対抗行為」論

このような、「争議行為」に限定して、しかも「使用者」のそれが「労働者」のそれと非独立的に論じられるという、戦後当初の「使用者の争議対抗行為」論の論じられ方の特徴は、しかし、日本の労使関係史における労使対立の1つのピークというべき「三井三池争議」の勃発とおよそ時を同じくして、少しずつ変化していくことになる。

その呼び水となったのが、1960年代前半、争議中における使用者側による「操業」の継続をめぐる議論が、労働者側による「ピケティング」の正当性の問題とも関連させられながら、学説において展開されたことである。当時、1959年の2度にわたる「合理化」に端を発する三井三池争議は、年を越した1960年には、組合分裂と両組合のピケライン上における衝突、さらには使用者側が行った立入及び妨害排除の禁止の仮処分申請に基づく執行官及び警察官によるピケ要員の排除などを伴うものとなっていた²⁹⁾。そのような非常に激しい労働争議

26) 吾妻光俊『労働法』（青林書院、1956年）序。

27) 同前200頁以下参照。

28) 同前212頁以下参照。

29) 三井三池争議の事実経過とそれに対する労働法学者の受け止め方の一端について

が世間の耳目を集める中、口火を切ったのが前述の後藤である。後藤は、1960年3月に発表した論文³⁰⁾において、「使用者の争議行為」とは異なる「労働組合の争議行為に対する使用者の対抗手段」という概念を用いて、それまでの「使用者の争議対抗行為」論の中心的論点であったロックアウトとはまた別の「使用者の対抗的宣伝と言論の自由の範囲」、「争議行為開始後の操業の継続」及び「立入禁止」という3つの「対抗手段」について、一般論的な検討を加えたのであった。その後、「争議中の操業」をめぐる学術論文が、今度は三井三池争議への具体的言及をも含めながら、いくつか連続して出されることになる³¹⁾。

そして、これら学術論文における動向³²⁾と軌を一にするように、体系書等においても、「使用者の争議対抗行為」論の論じられ方に少しずつ変化がみられるようになる。

例えば、大学卒業後7年間の軍隊生活を経て³³⁾、戦後、(1980年頃まで労働法

ては、例えば労働法律旬報388号(1960年)所収の各論稿(著者は片岡昇、本多淳亮、窪田隼人、浅井清信など)によって、容易に把握できるように思われる。

30) 後藤清「使用者の争議対抗手段の限界」季刊労働法35号(1960年)4頁以下。もっとも、同論文に「使用者の争議対抗手段」に関する明確な概念定義はなく、これに類似する「使用者の争議対抗行為」という概念について、これは「営業の自由と、その物的基底たる財産権とを枢軸としながら、労働者が争議権にもとずいて展開する争議行為の自由の範囲を接線として、開店するところの資本防衛行為」であるという説明が付されているだけである(同2頁)。

31) 例えば、片岡昇「争議中の操業について」ジュリスト208号(1960年)113頁以下、本多淳亮「争議中の操業について」労働法16号(日本労働法学会編、1960年)98頁以下など。なお、使用者側の「争議中の操業」ないし「操業の自由」をめぐる議論状況の概要については、例えば香川孝三「ピケティング」前掲・労働法文献研究会編書(1978年)220頁以下を参照のこと。

32) もっとも、争議中において使用者側が操業の継続する行為それ自体が労働者側の「争議に対抗する手段」としての性格を有することに関する指摘は、1960年代前半の学説にオリジナルなものではない。後掲・朝日新聞小倉支店事件最大判昭27.10.22における判示内容をも前提としつつ、1950年代前半の下級審裁判例において、すでになされていた。これら争議中における操業の継続をめぐる当時の裁判例の概況については、例えば萩沢清彦「操業の自由」ジュリスト300号(1964年)380頁を参照のこと。

33) 石井保雄「沼田稲次郎の青春——「戦後労働法学」以前——」獨協法学113号(2020

学のおよそ主流をなす)「プロ・レーバー労働法学」³⁴⁾の体系化に成功した³⁵⁾とされる沼田稲次郎が1961年に自身の「労働法講義」において使用するために書き下ろした「教科書」は、確かに、体系論としては、先に触れた1950年代以前の「もう1つの潮流」に属する各論者による体系書におけるそれと大差のないものであった³⁶⁾。しかしながら、同書は、射程論としては、従前、「使用者に認められる唯一の争議行為」³⁷⁾であるとか、「使用者の側における争議行為として、殆んど、唯一のもの」³⁸⁾であるとかして、かなりの限定性をもって説明されていた「作業所閉鎖」を、より開放性をもった「使用者の争議行為の典型」³⁹⁾として説明するとともに(引用文中に付した3か所の傍点はいずれも引用者による)、「使用者の争議行為」について論じる項目において、先に紹介した後藤論文においてもロックアウト以外の「対抗手段」として挙げられていた手段についても、「もとより使用者は経済的な優位に立つので、解雇・スト破り操業・切り崩しなどの手段……を事実上もっている」⁴⁰⁾という叙述をもって言及するものであった。

そして、戦前すでに『労働契約の研究』(政経書院、1934年)を著しながら、その後、「戦中を通じかなり長い間市民法の中に閉じこもる」⁴¹⁾状況となり、

年)横1頁以下参照。

34) 「プロ・レーバー労働法学」の語義については、例えば榎井常喜「戦後労働法学の軌跡と課題」法の科学5号(1977年)52頁及び蓼沼謙一「戦後労働法学の原型形成期」労働法律旬報1399・1400号(1997年)8頁を参照のこと。

35) 沼田の労働法学における方法論的確立までの足跡をたどる論稿として、石井保雄「唯物史観労働法学の開局と形成 一敗戦時から1950年代初めの沼田稲次郎一」獨協法学119号(2022年)横71頁以下。

36) 沼田稲次郎『労働法要説』(法律文化社、1961年)91頁以下は、「労働団体法」と題する章の「争議権」を論じる節のうち、例えば「争議行為の諸形態と正当性」について論じる款において、まず、「労働者の争議行為」のそれについて検討した上で、これと並列させる形で、「使用者の争議行為」のそれについて検討を加えている。

37) 前掲・石井照久書(1954年)146頁。

38) 前掲・吾妻書(1956年)209頁。

39) 前掲・沼田書(1961年)98頁。

40) 同前99頁以下。

41) 浅井清信『労働法概説』(評論社、1960年)序。

しかし戦後になって、先の沼田と並び「プロ・レーバー……労働法学の主要な担い手のひとりとして活躍」⁴²⁾ するようになった浅井清信にあっては、すでに1957年発表の旧講座所収論文において、射程論として、「労働者側の……争議行為……に対抗する……行為」として、「スト破りの職場配置」、「スキャップの雇入」、「スト指導者の解雇」、「集団解雇」及び「集団的就業阻止」という5つの行為を具体的に例示し、「前二者はそれ自体としては業務の正常な運営を阻害するものではないから、争議行為といえないが、それらがストに対抗するためまたは集団的就業阻止と不可分の関係において行われるときは争議行為といえ」、「後三者はそれらが正当であるか否かは別論としてあきらかに争議行為である」などと主張していた⁴³⁾ ところ、さらに体系論としても、「労働法の理解に必要な予備知識の解明に主眼」を置きつつ「個所^{ママ}によってはかなり労働法の解釈に重点」を置いた「概説」書の「労働争議」を論じる章において、これまでとは異なる叙述方法を試みている。すなわち、浅井は、まず1960年発行の『労働法概説』（評論社）において、「使用者の争議行為の一種」である「作業所閉鎖（lockout）」を、労働者の争議行為について種々検討する各節とは独立した別個の「作業所閉鎖」と題する節においてまとめて論じる⁴⁴⁾ となるとともに、それから3年後の1963年にあくまで前書『労働法概説』の「不備欠陥を補正」⁴⁵⁾ するに過ぎない形で発行された『労働法論』（有斐閣）において、前書では「作業所閉鎖」と題されていた節の標題を「使用者の争議行為」へと形式的に変更するとともに、内容的にも、その冒頭に「争議中の使用者の権利」と題する款を追加し、同款において、それまでの体系書等においては言及があったとしてもピケティング論の一部として言及されるに過ぎなかった「争議中」における「操業あるいは営業の自由」について、これを「争議中」における「事実上の自由」として言及する⁴⁶⁾ などするようになっていた⁴⁷⁾。

42) 石井保雄「浅井清信の労働法学：二つの「アバ（ヴァ）ン」に着目して」獨協法学78号（2009年）2頁。

43) 浅井清信「使用者の争議行為」旧講座(3)『労働争議』（有斐閣、1957年）684頁。

44) 同前195頁以下参照。

45) 浅井清信『労働法論』（有斐閣、1963年）序。

46) 同前207頁以下参照。

2. 2つのモノグラフと「使用者の争議対抗行為」論

このように三井三池争議を経て、徐々に、それまで作業所閉鎖という使用者側の「争議行為」に限定して論じられていた「使用者の争議対抗行為」論がその射程を広げて論じられるようになるとともに、体系的にも、「労働者」側の争議行為に関する叙述から独立して（しかも場合によっては、それら広い射程をもちつつあった新たな「使用者の争議対抗行為」論の全体又は一部が一括して）論じられるようになった1960年代前半における「使用者の争議対抗行為」論の論じられ方の傾向は、1960年代末に出された「使用者の争議対抗行為」論に関する2つのモノグラフを通じ、さらに加速することになる⁴⁸⁾。

(1) 宮島尚史『争議対抗手段の法理』（1968年）

そのモノグラフの1つが、1968年に出版された宮島尚史『争議対抗手段の法理』である。同書は、宮島が、1963年頃の出版社からの依頼に応じ、「本書がとかくケース・バイ・ケースにおわれがちな実務面での、特にぎりぎりの対立面における権利義務関係を統一的かつ体系的に認識する一素材となることを……念願」しながら、「争議対抗手段の法理」に関する「法律実務を法理論の面から原理的な点までさかのぼって再検討」しようとしたものであった⁴⁹⁾。

47) その他、浅井自らの著作ではないが、その還暦記念論集である片岡昇ほか『労働争議法論』（法律文化社、1965年）においても、「争議行為と使用者の地位」という大項目の下に、荒木誠之「使用者の対抗行為の特質」同279頁以下、同「ロックアウト」同284頁以下及び近藤正三「争議中の操業と施設管理権」同297頁以下が所収されている。

48) この時期より、本稿で紹介する「使用者の争議対抗行為」論の論者の中心は、「戦争が終わってから研究者への道を歩み初め[た]」（蓼沼謙一「戦後労働法学と世代論」現代講座(6)『労働協約』（総合労働研究所、1981年）しおり）、いわゆる「第二世代」と呼ばれる世代に属する者に移行していくことになる。なお、このような労働法学における「世代論」を、末広らの属する「第一世代」から、その著者自身が「その末座につらなる……『第四世代』」まで、とくにその方法論に着目しながら整理・概観したものとして、石井保雄「労働法学と世代論そして方法論」(2017年)4頁以下（以下「世代論そして方法論」）。

宮島は、まず同書の総論部分において、本書の検討対象である「争議対抗手段」という概念そのものについて検討を行っている⁵⁰⁾。その主な内容は、おおむね次のとおりである。すなわち、第一に、「争議行為は労働者のそれのみについて用いられているし、他方使用者の争議対抗行為は使用者の争議行為であるとも一般に言われている」が、「争議対抗行為が争議行為の一種であるとする、争議対抗行為を、争議行為から区別することは論理上できない筈であり」、また「争議行為を、労働者のみのそれと見、使用者の争議行為を、労働者のそれと全く異質的である、というのであれば、……争議行為の定義には、使用者のそれをふくませてはならない筈である」。結局、「争議行為と争議対抗行為という……二つの用語を対立させて考えることは、法律論として妥当ではない」。必要なのは、まず「争議行為という概念」の定義を通じて、その「行為……主体の法律的责任」を明確にした上で、これに対抗する行為（＝争議対抗行為）のうち、「さらにその行為の態様と性質と程度とを分かってその上でそれぞれの法律責任を検討しなければならない」⁵¹⁾。第二に、使用者の「争議対抗行為

49) 宮島尚史『争議対抗手段の法理』（労働法学出版、1968年）はしがき参照。なお、宮島は、同書の執筆依頼から出版までの間に、「単なる講義案以上の、労働法の体系づけ」を意図した『労働法学』（青木書店）を1964年に出版している。同書（1964年）における団体行動権に関する叙述の方法は、まず、「労働者の階級的行動」とその法規制について叙述した上で、これとは独立した形で、「使用者の行為の性質と内容」について言及し、その具体的内容として、「スキャップ問題」を「ロックアウト問題」に先んじて論じる、というものであった。このような叙述の方法は、ロックアウト論における「市民法」的考察の立場に立つ宮島からすれば当然の帰結であったといえようが、構成の形式としては、（労働法学の方法論としてはおそらくその対極に位置する論者らによる）2000年代以降の体系書における主流のそれと、奇しくもほぼ同じものとなっている。

50) もっとも、この総論部分における論述の主な対象となっているのは、「争議対抗手段」ではなく「争議対抗行為」であり、しかも、「争議対抗手段」という概念について、例えばこれを「争議対抗行為」という概念と対比させながら論述するなどして説明するなどの行為は、とくにそこで行われていない。したがって、宮島における両概念の使い分けは、必ずしも明確でないと言わざるをえないが、おそらく、宮島において両者はほぼ同義のものとして使用しているのではないかと推察される。

が法律解釈論の領域においてあらわれるそのあらわれ方は種々さまざまである」が、それら使用者の争議対抗行為には、(a)ストライキに対するピケッティングのように、労働者によって「ある一つの行為がなされて以後において……それを否定ないし制約する行為」として実施されるものと(b)「時間的にそれ以前の段階において、ある行為に対して予防的手段」として実施されるもの、さらには(c)「当該行為が終了した以後においてある行為に対して報復的手段」として実施されるもの」の3つが含まれる⁵²⁾、と。

その上で、宮島は、同書の各論部分を、「紛争の防止と回避」に関する章と「争議中における使用者の対抗手段」に関する章とに分けて論じ、前者の章においては「争議協定・平和条項」、「PR・情宣活動」及び「営業譲渡、合併、偽装解散」について、後者の章においては「操業継続」、「ロック・アウト」、「怠業、部分スト、波状スト等と賃金カット」、「業務命令」、「違法争議行為に対する懲戒及び解雇」並びに「違法争議行為に対する損害賠償」について、それぞれその許容性について検討している⁵³⁾。

(2) 片岡昇『使用者の争議対抗行為』(1969年)

そのモノグラフのもう1つが、1969年に出版された片岡昇『使用者の争議対抗行為』である。同書は、片岡が、1967年に「労働法実務体系中の一環として……執筆を引きうけ」たことを契機としつつ、「使用者の争議対抗行為の中心は、何といっても、争議行為としてのロック・アウトである」が「使用者の争議対抗策として重要な意味をもつものは、単にロック・アウトに限られるわけでは

51) 前掲・宮島書(1968年)11頁以下。

52) 同前26頁以下。なお、宮島は、本文(b)の「予防」的なそれを「広義」の(使用者の)「争議対抗行為」として、同(a)及び(c)の「対抗」的及び「報復」的なそれを「狭義」の(使用者の)「争議対抗行為」として、それぞれ整理しているようである(同前29頁参照)。

53) なお、宮島は、同書において、その各論部分における検討に割かれた全276頁数のうち、その約4割強に当たる114頁を「操業継続」に割いて論じている。三井三池争議終結ののちに出版社からの依頼で実務を念頭に書かれた理論書としての同書の性格を色濃く表した構成であるように思われる。

ない」との認識のもと、「複雑多岐にわたる数多くの問題」を含む「使用者の争議対抗行為」について「総合的に検討」を行ったものであった⁵⁴⁾。

片岡は、まず同書の総論部分において、使用者の「争議対抗行為」の射程の画定及び概念定義等を行っている。その主な内容は、おおむね次のとおりである。すなわち、「一口に使用者の争議対抗行為といっても、その意味や範囲は、必ずしも明確ではない」ところ、確かに、「使用者側の争議行為としては、ロック・アウトがその最も典型的な、しかもほとんど唯一のものである」⁵⁵⁾。しかしながら、例えば(イ)「争議中の操業」は、「業務の正常な運営を阻害するという意味における争議行為ではない」し、「むしろ使用者側からみれば、争議中の操業も平常時の操業の単なる継続ないし延長にすぎないとさえみえる」が、「それが事実として労働者側の業務阻害行為たる争議行為の実際の効果を減殺し、あるいはこれを無に帰せしめるという意味において、やはり事実上使用者の争議対抗行為としての実質を有すると認めざるを得ない」⁵⁶⁾。(ロ)「最近ますます増大する傾向」を見せている「賃金カット」も、「これは、争議中に労働者の争議行為に対抗してとられる措置というよりも、争議中の労働関係についてのいわば生産的意味において、事後的になされる措置という方が適切であ[る]」が、「労働者側に……十分な財政的資金の確立が見られない場合」には、「単なる争議中の労働関係についての事後的・生産措置の範囲をこえた、より積極的な攻撃手段としての意義をもつものといわざるをえず」、この点、(ハ)「わが国では……戦前からほとんど用いられることがなかった」が、「最近では……責任追及の有力な方法となるかのような傾向をみせている」といえる「労働者に対する損害賠償の請求」も、ほぼ同様である⁵⁷⁾。そこで、「使用者の争議対抗手段」を「労働者側の争議行為に対抗して使用者側の用いる諸手段の総体」と定義し、本書では、これに含ませしめるべき「使用者側の争議手段をできるだけ広範囲にわたって」検討する⁵⁸⁾、と。

54) 片岡昇『使用者の争議対抗行為』（総合労働研究所、1969年）1頁以下参照。

55) 同前25頁以下。

56) 同前26頁以下。

57) 同前28頁以下。

その上で、片岡は、各論として、「争議中の労働関係と使用者の義務命令」、「争議中の操業」、「ロック・アウト」(仮処分を含む)、「使用者の争議対策と不当労働行為」、「労働者の争議行為と賃金カット」(争議中の従業員教育、分裂・脱退の勧誘・助成及び対組合宣伝)並びに「違法争議行為に対する責任の追及」(懲戒及び損害賠償)の各項目を立て、それぞれ、詳細な検討を加えている。

(3) その後に与えた影響

1960年代末に、使用者の「争議行為」とは異なる「争議対抗行為」の概念定義に挑むとともに、その射程をかなり広範に設け、それら各手段・行為について詳細な各論的検討を加えたこれら2つのモノグラフを経て、1970年代以降、「使用者の争議対抗行為」論は、労働者側の争議行為に関する叙述から独立して、しかも争議中における操業の継続をはじめとするロックアウト以外の対抗手段に何かしら言及する形で論じられることが、労働法学の方法論の別に関係なく、主流化することになる⁵⁹⁾。

例えば、1975年に筑摩書房の「現代法学全集」の1つとして出版された外尾健一『労働団体法』は、「争議行為」と題する章のうち、その総論部分の「争議行為の意義」について論じる節において、「ロック・アウトは……労調法上の争議行為に該当する」が、「争議権の保障との関連で……使用者の争議対抗

58) 同前15、20頁。ただし、「使用者の有力な争議対策として……實際上重要な意味をもつ」場合が少なくない「組合脱退・分裂工作」については、これは「正常な争議の成り立つ基盤そのものを崩壊させるものであって、したがって正常な争議の場の確立を前提とした上で展開される争議対抗策とは、とうていいいがたい」から、「もはや使用者の争議対抗行為の概念を逸脱する」であり、したがって「本書では、他の対抗手段と関連する範囲において……言及するにとどめる」としている(同前25、29頁)。

59) 「争議中の操業」や「操業の自由」、あるいは「操業の継続」など、争議中における操業の継続に関する述語が体系書等の事項索引に挙げられだしたのも、この頃からである。前掲・石井照久書(1954年)の事項索引では挙げられていなかった「操業の自由」という術語が、その新版たる石井照久『新版 労働法』(弘文堂、1972年)のピケティングの正当性に関する記述部分と事項索引とに追加されたことは、このような過渡期における良い一例といえよう。

手段であるロック・アウトは争議行為に含まるべきではない」と位置づける⁶⁰⁾とともに、「ロック・アウト」を各論的検討における独立した節において論じ、その冒頭において、先の2つのモノグラフを引用しながら、「使用者の争議対抗手段のなかで最も重要なのはロック・アウトである」が、「労働者側の争議行為に対抗して、使用者もさまざまな対抗手段をとる」と説示し、争議中における操業の継続や対抗的な宣伝・批判活動をその例に挙げている⁶¹⁾。

また、1978年に有斐閣の「法律学全集」の1つとして出版された石川吉右衛門『労働組合法』も、全7章のうち、「労働組合の正当な行為」と並び立つ独立の章において「使用者側の争議行為」を論じ、その冒頭において、「使用者側の争議行為の型は、作業所閉鎖（ロックアウト）、操業の継続、組合の切り崩し（その方法は多種多様）など多岐にわたるが、『正当性』類似の効果が問題になるのは、実際には、作業所閉鎖だけ」であり、前二者は「本来ならば（市民法的には）使用者は受領遅滞の責を負う筈であるが、ある場合には、その責を逃れることがあるか、ということが問題になる」のに対し、後二者を含む「その他の使用者の行為については、市民法上違法とされるようなことが免責されないのは当然自明の理とされているばかりでなく、市民法上違法でない行為も、不法労働行為として禁止されているものがあるくらいである」と説示している⁶²⁾。

なお、これら上記2つのモノグラフ発表後当初に新たに出版された体系書等においては、その前後に出版されていた講座⁶³⁾や注釈書⁶⁴⁾などにおける取扱

60) 外尾健一『労働団体法』（筑摩書房、1975年）397頁。

61) 同前541頁。

62) 石川吉右衛門『労働組合法』（有斐閣、1978年）267頁。

63) 旧講座においては、前述のとおり、前掲・浅井論文（1957年）681頁以下によって、すでにロックアウト以外の「労働者側の……争議行為……に対抗する……行為」への言及がなされていた（684頁）ものの、そこでその法的取扱いについて具体的に検討がなされたのは「使用者の争議行為の典型的もの」である「ロックアウト（作業所閉鎖）」だけであった。しかし、その後、新講座(4)『労働争議』（有斐閣、1967年）においては、三宅正男「使用者の争議行為（ロックアウト）」同239頁以下と並んで、浪江源治「争議中の労使関係」同267頁以下が項目として立てられ、後者の論文で「賃金」カット、「操業の自由」及び「争議行為と懲戒」に関する具

い⁶⁵⁾と異なり、争議中における操業の継続が、ロックアウト以外の数ある「使用者の争議対抗手段」や「使用者側の争議行為」の1つとしてではなく、ロックアウトと並ぶ1つの独立した項目において論じられるようなことは、まだほとんどなかった。そのような叙述が体系書においても多くなされていくのは、次にみる2つの最高裁判決が1975年及び1978年に出される頃以降のことである。

体的な検討が展開されるようになっていたし、さらに現代講座(5)『労働争議』(総合労働研究所、1980年)においても、「使用者の争議対抗行為」という大項目のもとに、小西國友「ロックアウト」同234頁以下につづき、清水兼雄「賃金カット」同281頁以下、井上修一「幹部責任の追及」同301頁以下及び喜多実「損害賠償の請求」同316頁以下が所収されるようになっていた。

64) 例えば、東京大学労働法研究会『注釈労働組合法〔上巻〕』(有斐閣、1980年)は、使用者側の争議行為である「工場閉鎖」に限定して、これを労働者側の争議行為と非独立的に論じていた同『注釈労働組合法』(有斐閣、1949年)の場合とは異なり、民事免責について定める労組法8条における「正当性」を論じる節において、「使用者の争議対抗手段」に言及し、その冒頭で「使用者の『争議行為』は作業所閉鎖(ロック・アウト)以外には考えられない。しかし、使用者が労働者の争議行為に対して用いる『対抗手段』は、作業所閉鎖(ロック・アウト)以外にも種々のものがある」(575頁)と指摘した上で、「操業の継続」について、これを「作業所閉鎖(ロック・アウト)」につづく独立の項目において検討している(590頁以下)。また、野村平爾ほか編『基本法コンメンタール 労働組合法』(日本評論社、1978年)も、その旧版では民事免責について定める労組法8条の注釈において「ロックアウト」について言及するにとどまっていた(野村平爾ほか編『基本法コンメンタール 労働法 I〔団体法〕』(日本評論社、1971年)154頁)が、その改版にあたって、刑事免責について定める労組法1条の注釈の末尾に「使用者の争議対抗手段」という項目を新たに追加し、「争議中の操業」について、これを「ロックアウト」につづく独立の項目において検討している(91頁以下)。

65) その他、各種学習教材においても、例えば、『労働判例百選』(有斐閣)は、少なくともその新版(1967年)から第5版(1989年)に至るまで、いずれも、「使用者の争議行為」(初版は「ロック・アウト」)と題する節の中に「操業の継続」に関する項目と「ロック(・)アウト」に関連する項目を並べて立てていた。さらに、学術雑誌の特集においても、1975年末のいわゆるスト権ストを前後して、特集「争議戦術をめぐる法理」季刊労働法95号(1975年)所収論文のうちの1本である本多淳亮「各種争議戦術の形態と対抗手段」同19頁以下で取り扱われていた「使用者の争議対抗行為」という論題が、そのちょうど2年後、特集「争議戦術と使用

Ⅲ 2つの最高裁判決と「使用者の争議対抗行為」論の新たな定式化

ところで、このように拡大化と独立化の傾向を有していた「使用者の争議対抗行為」をめぐる1960年代から1970年代中頃までにかけての議論状況は、しかしその後、日本の争議数のピークを示した1974年⁶⁶⁾の翌年から立て続けに出された2つの「使用者の争議対抗行為」に関する重要な最高裁判決を経て、再び、量的・質的に大きく舵を切ることになる。

すなわち、その最高裁判決の1つとは、ロックアウトの正当性に関する今日においても最も代表的な最高裁判例であるといえる1975年の丸島水門事件・最三小判昭50.4.25⁶⁷⁾であり、そのもう1つとは、ピケティングの正当性に関する民事・刑事事件の各代表的な最高裁判例である朝日新聞小倉支店事件・最大判昭27.10.22⁶⁸⁾及び羽幌炭鉱事件・最大判昭33.5.28⁶⁹⁾を引用しつつ、争議中における操業の継続に関し「使用者は、……操業阻止を目的とする労働者側の争議手段に対しては操業を継続するために必要とする対抗措置をとることができる」と判示した1978年の山陽電気軌道事件・最二小判昭58.11.15⁷⁰⁾である。

そして、これと同時期あるいはその直後の体系書等においては、まだ、先に触れた1963年出版の前掲・浅井『労働法論』と同様、「使用者の争議行為」という題目のもと、ロックアウトがその中心的な叙述の対象とされるとともに、「争議中の操業」や「代替労働者の使用(操業の自由)」がそれ以外の数ある「事実上……の対抗手段」⁷¹⁾あるいは「その他の対抗手段」⁷²⁾の代表的なものとし

者の対抗行為」季刊労働法103号(1977年)4頁以下という特集全体を構成する論題になるなどすることがあった。

66) 厚生労働省「令和5年労働争議統計調査の概況」(<https://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/14-r05-08.pdf>; 最終閲覧2025年1月31日) 参照。

67) 労判227号12頁。

68) 民集6巻9号857頁。

69) 刑集12巻8号1694頁

70) 労判308号38頁

71) 同前201頁以下。

て論じられる⁷³⁾などしていた。

しかし、その後、このような使用者の争議対抗行為の多様性に言及することなく、しかも、およそ通説によれば、市民法上は原則として民法536条等によって賃金支払義務が課されることになるはずの「ロックアウト」より先に、市民法上は原則として違法評価を受けないはずの「操業の継続」を、そのような両者の性格の違いについて必ずしも明確な説明をすることもなく論じるものが現れる⁷⁴⁾。それが、「立法の変革期」に入ることにより「労働三法を中心とする戦後の労働法」から「変貌」を遂げた「労働法の新しい姿を体系化」すること（はしがき）を目的として、1985年に出版された菅野和夫『労働法』である。

同書がこのような叙述の形式としたことの趣旨は、同書から必ずしも明らかではないが、いずれにせよ、このような新たな定式化の結果、過渡期ともいうべき1990年代・2000年代⁷⁵⁾を経て、およそ2010年頃以降今日に至るまで、菅野

72) 後掲・山口書（1983年）256頁。

73) 例えば、本多淳亮『労働組合法』（ダイヤモンド社、1978年）201頁以下、山口浩一郎『労働組合法』（有斐閣、1983年）247頁以下。なお、山口は、いわゆる「第三世代」に属する労働法研究者（山口浩一郎「戦後労働法学の反省——ある第三世代と方法」日本労働協会雑誌100号（1967年）32頁以下参照）のうち、「再入門」学派（下井隆史ほか『労働法再入門』（有斐閣、1977年）参照）の立場から戦後労働法学の見直しを求める代表的な論者の1人であった。

74) 菅野和夫『労働法』（弘文堂、1985年）520頁以下参照。なお、この菅野や後述の西谷・盛らは、先の山口や、山口とは異なる立場（榎井常喜「戦後労働法学の軌跡と課題」法の科学5号（1977年）51頁参照）から「自らが依拠してきた理論枠組みと理論志向の『見直し』（榎井常喜「はしがき」榎井常喜編『戦後労働法学説史』（労働旬報社、1996年）4頁）に迫られた榎井らが属する「第三世代」と異なり、戦後労働法学の『『見直し』にあたって……第三者的立場』（同前）から、いわば「白地のキャンパスに思い切った構図を描く」（榎井常喜「転機に立つ労働法学と若手研究者への期待」日本労働研究雑誌465号（1999年）62頁）ことができた「第四世代」に属する論者らであり、そして実際にも、1990年代初めから今日に至る「ポスト戦後労働法学」（石井保雄「戦後労働法学の歴史（時期）区分とその特徴」日本労働法学会誌133号（2020年）140頁以下参照）への転換を決定づけた世代といえよう。

75) すなわち、1990年代から2000年代にかけては、「使用者の争議行為」として「ロックアウト」のみを論ずる前掲・下井書（1995年）227頁以下、「使用者の争議行為」

の弟子にあたる研究者ら⁷⁶⁾を中心に、体系書において、菅野同様、明確な説明を付さずに⁷⁷⁾、あるいは冒頭に「労働者の争議行為……に対して使用者は、2つの対抗手段を認められる」⁷⁸⁾との説明をあえて加えて、「労働者の争議対抗行為」(ないし「労働者の争議行為」)に関する節において、「操業の継続」(ないし「争議行為中の操業」又は「操業の自由」)と「ロックアウト」の2つのみを論じ、争議中における操業の継続以外の「使用者の争議対抗行為」については、まったく言及しないか、言及したとしても冒頭にごく簡単な説明を付するにとどまる⁷⁹⁾ものが、体系書等における「使用者の争議対抗行為」論に関する

と題する節において、「労働者の争議行為」に対する「対抗手段」の多様性については言及しつつも、そこにおける具体的叙述はロックアウトに限定する西谷敏『労働組合法』440頁以下、「争議対抗行為」と題する節において、まず「使用者の争議対抗手段」という款を立て、そこで「操業の自由」についてごく簡単に言及した上で、次の款において「ロックアウト」について詳述する盛誠吾『労働法総論・労使関係法』(新世社、2000年)421頁以下、「使用者の争議行為」に関する章において、主として「使用者の基本的争議行為の中心」である「ロックアウト」について詳述し、これに加えごく簡単な形で「使用者の付随的争議行為」に触れる小西國友『労働法』(三省堂、2008年)227頁以下など、多様な論述方法が見られた。

76) その意味でいえば、「第四世代」の「末座」に身を置いた1953年生まれの石井保雄(前掲・同論文「世代論そして方法論」(2017年)5頁参照)の翌年に生を受けた野川忍が「菅野和夫先生の学恩」(後掲・野川書「はしがき」)を受けつつ、後述の土田や山川、荒木らとともに、大きな潮流としての菅野による労働法方法論を主流化させていったとすれば、石井保雄自身の指摘通り、同人と野川との間に、およそ「第四世代」の終わりと「第五世代」の始まりを見ることができるようになると思われる。

77) 例えば、渡辺章『労働法講義(下)』(信山社、2011年)160頁以下、野川忍『労働法』(日本評論社、2018年)963頁以下。

78) 土田道夫『労働法概説〔第5版〕』(弘文堂、2024年)443頁〔初版:2008年〕。同旨、水町勇一郎『労働法〔第10版〕』(有斐閣、2024年)444頁〔初版:2007年〕、同『詳解 労働法〔第3版〕』(東京大学出版会、2023年)1215頁〔初版:2019年〕。

79) 例えば、川口美貴『労働法〔第8版〕』(信山社、2024年)854頁以下〔初版:2015年〕。なお、荒木尚志『労働法〔第5版〕』(有斐閣、2024年)740頁〔初版:2009年〕は、この類型に属しようが、前掲・川口書(2024年)に比べれば、「使用者の争議対抗行為」の多様性を、より強調した書きぶりになっている。

また、2010年代以降に出版された注釈書(例えば西谷敏ほか編『新基本法コン

叙述方法の圧倒的な主流となっている。

おわりに

以上、本稿では、現代の労働法学において「消えた」論題となっていたといふべき「使用者の争議対抗行為」論について、とくにその射程と体系的な位置づけに着目しながら、これまでの議論状況とその変遷を再確認してきた。本来であれば、そこから、今日において早急に検討されるべき現代的課題をつぶさにあぶり出し、それら課題に関する私論を提示すべきであるが、すでに紙幅も底をついている。

以下、本稿における検討結果のまとめと若干の考察を行い、筆をおくことにしたい。

1. 本稿における検討結果のまとめ

戦後、日本における「使用者の争議対抗行為」論は、「労働者の争議行為」に対置される「使用者の争議行為」に関する議論として出発した。すなわち、戦後当初の「使用者の争議対抗行為」論は、その射程を「争議行為」に限定して、しかも「使用者」のそれが「労働者」のそれと非独立的に論じられるという体系において論じられた点に、その特徴があった（本稿Ⅰ）。

しかし、このような限定的・非独立的な論じられ方をしていた「使用者の争議対抗行為」論は、三井三池争議が勃発し、その当時の実務的必要をも受けて

メンタール 労働組合法』（日本評論社、2011年）149頁以下〔執筆担当：盛誠吾〕や学習教材（例えば表田充生「使用者の争議対抗行為」土田道夫・山川隆一編『新・労働法の争点』（有斐閣、2014年）84頁以下）も、おおむね、これに類するものとして位置づけられよう。なお、『労働判例百選』において「使用者の争議対抗行為」論は、1985年に出版された前掲・菅野書（1985年）の動きと逆行するように、1995年発行の第5版において、「操業の自由」を扱う項目は削除され、以降、最新の第10版（2022年発行）に至るまで、「操業の自由」に関する代表的裁判例である前掲・山陽電気軌道事件最判は「ピケティング」の項目においてごく簡単に触れられるという、先祖返りしたような扱われ方になっている。

「使用者の争議対抗行為」論に関する2つのモノグラフ（宮島・片岡）が著された1960年代から1970年代中頃までにかけて、徐々に、その射程を大幅に広げ、かつ、体系的にも労働者の争議行為に関する叙述から独立して論じられることが主流化することになる（本稿Ⅱ）。

だが、このような拡大化・独立化の傾向を有しつつあった「使用者の争議対抗行為」論も、その後、1970年代後半の丸島水門事件・最三小判昭50.4.25及び山陽電気軌道事件・最二小判昭58.11.15の発出を経て、1985年に出版された体系書（菅野）を契機に、再び、大きく舵を切ることになる。「操業の継続」を「ロックアウト」より先に、両者の法的性格の違いにも使用者の争議対抗行為の多様性にも触れることなく論じるという新たな叙述方法は、過渡期ともいべき1990年代・2000年代を経て、およそ2010年頃以降今日に至るまで、体系書等における「使用者の争議対抗行為」論に関する叙述方法の圧倒的な主流となっている（本稿Ⅲ）。

2. 若干の考察

それでは、以上のように、「使用者の争議対抗行為」論が、一方の学術的論稿においては「消えた」論題となる中で、他方の体系書等において、射程論としてロックアウトと争議中の操業の継続以外の使用者の争議対抗行為に触れることが少なくなり、かつ、体系論として、両者の法的性格の違いに関する説明なく後者が前者よりも先に論じられることが圧倒的な主流となった今日の議論状況の問題点をどう見るべきであろうか。

本稿では、さしあたり、かかる「消えた」論議の中で、おそらく次のような視点が「失われた」であろう点を、その問題点として指摘することにしたい。

その1つが、争議中になされる使用者の各種行為のうち、ロックアウトと争議中の操業の継続以外のものも、場合によっては、何らかの対抗的性格を帯びている可能性がある、という視点である（争議「対抗」性の忘却）。1960年代から1970年代中頃までにかけての「拡大期」には、これ以外に、従業員等に対する教育・宣伝活動や業務命令、違法争議行為に対する懲戒及び解雇や損害賠償請求、さらには立入り禁止やその他行為差止めの仮処分等も、労働者の争議

行為に対する何らかの対抗性を帯びている旨の認識が少なくとも一部にあったように思われる。それから数十年を経た今日までの主たる対抗手段、紛争形態、その他労使関係の変化等を踏まえつつ、「使用者の争議対抗行為」論の射程を、その類型化と関係概念の整理などと併せ、再度、検討し直す必要があるように思われる。

そのもう1つが、ロックアウト以外の、労働者の争議行為に対してなされる使用者の各種対抗行為（争議中の操業の継続を含む）が、かりに市民法や個別法上は原則として違法評価を受けないものであったとしても、それらが争議中に行われた場合には、平常時とは異なる法的取扱いがなされる可能性がある、という視点である（「争議」対抗性の忘却）。もちろん、「操業の継続」を「ロックアウト」より先に両者の法的性格の違いにも使用者の争議対抗行為の多様性にもおよそ触れることなく論じるという、今日、体系書等における圧倒的に主流な叙述方法が、不当労働行為法上の従来型の典型事例を除けば、「使用者が市民法や個別法上、有している権利や自由は、労働者の争議行為を行っている場合にも、当然に、平常時と変わらない法的取扱いを受けることができる。さらに使用者は、平常時に負っている市民法や個別法上の義務を、争議時には免責される可能性もある」という理解を直ちに促しているとは思われない。だが、上記使用者の争議対抗行為の類型化及び関係概念の整理を踏まえつつ、市民法や個別法上において認められ、あるいは許される権利や自由が、争議時等によどのような法的取扱いを受けることになるのかを、再度、検討し直す必要があるように思われる。

【追記】

この度、石井保雄先生が、めでたく定年退職を迎えられた。石井先生には、小生が大学院に進学した頃から今に至るまで、公に私に多大なご指導・ご鞭撻をいただいていた。そのご恩への感謝の念を、まずはこの場をお借りして心から申し上げることにしたい。

ところで、石井先生が小生の大学院進学とはほぼ同時期から公にされ始めたのが、一連の労働法学史研究である。石井先生は、まず2005年8月に横井芳弘ほか編『市

民社会の変容と労働法』(信山社)で磯田進を上げられた後、以降は主に本誌にて労働法学史研究に関するご業績を発表されてきた(そして今も「戦後」編をつけられている)。そして、まずは人物という「縦軸」に沿って編まれてきた、それら本誌掲載のご業績の一部を、およそ時間という「横軸」に沿って編みなおす形で公開されたのが、単著『わが国労働法学の史的展開』(信山社、2018年)である。そして、同書で研究対象とされたのが、戦前・戦中という激動の時代を生き抜いた労働法研究者たちであった。

小生が同書を手にし、思いを致したのは、「もし自分の面前に、彼らが経験したのと同じような困難な時代がやってくるとうきょうとするとき(あるいは実際にやってきたとき)、自分は、どう行動するだろうか」ということであった。はたして小生は、目の前の生活に勤しみ、「きれい」になった自分を慰める以外の行動をとることはできるのだろうか、と。

いろいろと思案した結果、やはりというべきか、自分自身に対し、「自分は、それ以外の行動をとる自信がある」と思うことは決してできなかった。だが、「臆病は伝染する」が「勇気も伝染する」。そして、「勇気は、勇気をもっている人間からしか学ぶことができない」(いずれも、アルフレッド・アドラー)。戦後來今日までの労働法学が「その時どきの関心事は変化しても、……実用法学を中心に展開してきた」(石井保雄「労働法学に歴史研究は不要か」労働法律旬報1710号(2009年)5頁)中で、石井先生がおよそ独り挑んできた労働法学史研究の成果とその先生自身の研究姿勢を目の当たりにしたとき、後学の労働法研究者たちは、かりに自ら学史研究をはじめとする歴史研究の世界に足を踏み入れないとしても、そこから何か多くのことを学び取れるのではないだろうか。小生も、もし自身の眼前に「選択する瞬間」が、「決断を求められる場面」が訪れた際には、せめて「子供たちに自慢できるほうを選〔ぶ〕」(伊坂幸太郎「PK」群像66巻5号(2011年)24、28頁)くらいの「勇気」は示せるようにしたい。石井先生は「いえ、私は私の関心の赴くまま、ただやっていただけです」などとおっしゃりそうだが。