

有泉亨における争議行為の違法性阻却構成

——戦後労働法学の一断面——

石 井 保 雄

- 一 はじめに——本稿の課題——
- 二 京城帝大への赴任そして日本への帰還
- 三 生産管理合法論の提示——有泉・争議行為論の原型——
  - 1 生産管理戦術の波及と先行する生産管理論——末弘巖太郎のそれを中心に——
  - 2 有泉の「生産管理の法理」の提示
  - 3 争議権論への歴史的アプローチと経営参加論に対する関心
- 四 争議行為の違法性阻却構成の提唱
  - 1 争議行為の違法性阻却構成の本格的提唱——批判と反批判——
  - 2 権利行使説からの新たな批判——市民法的評価排除（蓼沼）説との比較——
- 五 むすびに代えて——有泉・違法性阻却論における蓼沼・権利行使説との近接と菅野・違法性阻却論との遠隔——

## 一 はじめに——本稿の課題——

わが国の憲法二八条は労働者が争議行為を行なうことを基本的人権として保障し、(現行)労組法一条二項および八条は、その「正当な」権利行使に関する民刑事免責を具体的に規定している。それは法的に一種の免責特権 immunity と解されるべきものであるが、はたして法的には、いかに表現されるべきか——。このような課題をめぐり、かつて違法性阻却か権利行使の構成要件(法律要件)非該当かという議論が盛んになされた。<sup>(1)</sup> ただしその後、とくに最近では、両者のあいだで、その結論に、さほどの差異がないためであろうか、学界における関心が高いものであるように思われ<sup>(2)</sup>ない。しかし争議権の法的構成をどのように解するのかは、労働者の争議権保障の法的意義を考えるにあたり根本的な課題を提起するものと思われ<sup>(3)</sup>る。本稿は、わが国戦後労働法々理の形成と発展に関する歴史を考える手立ての一環として、正当な争議行為の違法性阻却構成に関する主要な提唱者の一人であった有泉亨(一九〇六—一九九九)における戦後初期とも表すべき時代の争議行為論を取り上げたいと思う。<sup>(4)</sup>

まず次章では、その争議行為論に言及する前に、有泉にとっての「朝鮮経験」(和田春樹)についてふれる。有泉は一九四〇(昭和一五)年から日本の敗戦にいたる時期、当時日本の植民地であった朝鮮の京城帝国大学に赴任していた。それは五年ほどの短いものであれ、有泉の法学研究者としての基礎をなすにあたり大いなる貢献をしたのではないかと思われる。ここでは戦後本格的に展開される有泉法学のバック・グラウンドを示したい。つぎに第三章では、有泉が戦後初めて、公刊した論稿である「生産管理の法理」を中心に、検討する。同論文は有泉が最初に争議行為の違法性阻却論を提示しただけではなく、有泉特有の法学方法論(裁判観)である、紛争解決のための

裁判は法の歴史を集約的に確認する過程でもあるという、法の「歴史的胎生的な論理」(詳しくは、該当箇所を参照)を示したものであることを明らかにするつもりである。また本章後半では、生産管理を争議行為だけではなく、経営協議会を通じて、労働者が企業運営に発言・関与・参加する方策であるとする発想(その具体化が著名な「企業占有論」であった)によるものであったことを示したい。それは、『争議行為の法理』と『労働者の企業参加』という二冊の、小さな啓蒙書となつて現(表)われるであろう。そして第四章では、「生産管理の法理」から約一〇年のあいだに公刊された、正当な争議行為の違法性阻却構成を主題的に扱っている論稿を含む著書『労働争議権の研究』を素材として、有泉の議論の特徴を紹介したいと思う。有泉は自らの正当争議行為の違法性阻却論について、「左右両翼そして正面」(有泉)から批判に応(答)えるという形で説明している。そこで批判学説とそれに対する、有泉からの反批判を紹介することが主たる内容となろう。そして最後に第五章では、有泉が主題的な議論を「まとめた」同書の刊行から一〇年後に発表した、「労働争議」と題する論稿のなかで、有泉が違法性阻却論も、権利行使説も労働者の「集団」性を手がかりに正当な争議行為の法的構成を熟考していた点では、共通としていたのとべていることについて検討する。ここでは、有泉とは正反対の立場にある蓼沼説と有泉が同じ志向性を有するのに対し、有泉と同じく争議行為の違法性阻却構成をとる菅野説とがむしろ相反することを示すつもりである。このような作業を通じて、有泉における争議権理解の特徴を明らかにしたいと思う。

- (1) 窪田隼人ほか『労働法の基礎知識「質問と解答」』(有斐閣・一九六五)八八―九六頁(第一一問「争議行為の刑事上・民事上の免責については、どのような理論構成ができるか」〔本多淳亮〕)では、権利行使説の立場から、両者の違いについて要領のよい説明がなされている。

(2) 外尾健一『労働団体法』(筑摩書房・一九七五)一三一―一六頁および喜多實「争議権の法律構成」蓼沼謙一・横井芳弘

〔編〕ジュリスト増刊『労働法の争点』(有斐閣・一九七九)一三六頁。最近刊行された労働団体法の概説ないし体系書において、たとえば盛誠吾『労働法総論・労使関係法』(新世社・二〇〇〇)三八四―三八五頁は、権利行使説と違法性阻却論とをあげ、両者のあいだには、争議権保障の歴史の意義や性格に関する認識の相違のほかに、とくに刑事免責については犯罪要件論に関する「考え方の違い」があると紹介するととまる。これに対し西谷敏『労働組合法』(第二版)〔有斐閣・二〇〇六〕四八―五一頁は刑事免責に関し、単純な労務不提供型の争議行為とビケッティング等の「物理力の行使をともなう行動」の二つにわけ、前者は本来的に構成要件に該当せず、後者は違法性阻却の可能性を探るべきであるとする一方、民事免責については、構成要件該当性阻却か違法性阻却かを論じる必要はなく、またこれを争議行為に限定すべきものではなく、組合活動についても妥当するとのべている。

(3) 組合活動、とくに企業内組合活動の正当性の法的構成について、一九七〇年代とくに半ば以降、積極的に展開されるにいたった「違法性阻却論」(小西國友「ビラ貼付と使用者の施設管理権」季刊労働法九五号(一九七五)三〇頁以下がその嚆矢であろう)は、争議行為の正当性に関する議論の、いわばアナロジとして理解することができよう。ただしそれは、争議行為に関するそれとは異なり、従来多数説(受忍義務説)への批判として主張されるにいたったものであった。

(4) 秋田成就「有泉亭先生を悼む」日本労働法学会誌九五号(二〇〇〇)二二―二四頁は、有泉における労働法に関する主要な学問的業績として、『法律学全集・労働基準法』(有斐閣・一九六三)に結実した労働契約の研究とともに、争議行為法の領域において違法性阻却論を提唱・理論化したことをあげている。

## 二 京城帝大への赴任そして日本への帰還

一九三五(昭和一〇)年三月に東京帝大法学部助手の任期をすでに終えていた有泉は<sup>(1)</sup>一九四〇(昭和一五)年春、山中康雄(一九〇八―一九九八)――二年遅れて同じく、東京帝大法学部助手となり、その任期終了後、裁判

官として任地・京都（地裁・民事部）にいた——とともに朝鮮・ソウルの京城帝国大学法文学部に助教として赴任した（当時三四歳）。それは、恩師・我妻栄（一八九七〜一九七三）から従来同大学で民法を担当していた安田幹太（一九〇〇〜？）と藤田東三の二人が退官したことから、その後任としての打診を受けての人事であった。<sup>(2)</sup> こうして二人は先任者である松坂佐一（民法）／戦後は名古屋大学教授、一八九八〜二〇〇〇）とともに、日本の敗戦まで同大学における民法講座を担当することになった。<sup>(3)</sup>

京城帝国大学は一九二四（大正一三）年五月に予科が開設され（日本国内の高等学校の試験日と同日、会場は京城のみ、当初二年制での一九三四〔昭和八〕年以降は三年制）、その二年後の一九二六（大正一五）年四月に法文学と医学の二学部をもって発足した（一九四一〔昭和一六〕年には、戦時体制に即応すべくさらに理工学部が増設された）。朝鮮の地に大学を設立することは、日本の植民地支配に対する朝鮮独立運動である三・一運動（一九一九年）を契機とする、従来の武断統治から「文化政治」（斉藤実総督）への転換のもとで実現したものであった。ただしそれは、朝鮮人自らの手で大学を設立し、運営しようとの民立大学運動——総督府に厳しく制限された政治運動が教育活動の形をとった——を大きく挫くことになったといわれる。<sup>(4)</sup> 京城帝大は、文部省（当時）ではなく、朝鮮総督府による管理のもとにあつたが、大学運営のありかたは、あらゆる点で日本国内の帝国大学の制度が準用された。予科の定員は、創設時から一四年間は、法文・医学部併せてほぼ八〇名ほどずつ合わせて一六〇名前後に抑えられていたことから、同大学に進学する者はさらに少なくなっていたであろう。朝鮮人が全学生のなかに占める割合は約三割程度であった（一九四〇年代は四割）。入試に際し日本人・朝鮮人を差別しない（「一視同仁」）としながらも、試験が日本語でなされる以上、後者には重いハンディが課せられていたといつてよかる。<sup>(5)</sup> 京城帝大は日本国内の帝国大学と同じく講座制がとられ、一九四一年時点での法文および医学両学部における・そ

の数は、京城帝大に先立ち二年早くに開設されていた九州帝国大学とほぼ同規模であった。法文学部をくらべる  
と、講座は両者ともに法学、哲学、史学、および文学の四領域にわたって開設されていた。法学領域では、京城に  
は羅馬法と統計学が、福岡には社会学が設置されていたのが、両大学間の相違点であった。なお加えて九州帝大  
は、経済学七講座が設置され、法学領域の三割を占めていたのは、両者大いに異なる点であろう。すなわち京城帝  
大は、「専門学部と大学院からなる学術的色彩の濃い研究中心の大学」として存在していた。<sup>(6)</sup> 有泉は同大を、優秀  
な人材が集まり、朝鮮人学生が他の日本人のための学校よりは入学する者も多く、「自由な空気があった大学」で  
あったと懐かしげに回顧している。<sup>(7)</sup> たしかに京城帝大には、「新しい朝鮮の土地に：：研究本位の総合大学の創造  
を夢見ていた」「少壮気鋭の学者」が多く集まっていた。<sup>(8)</sup> しかし他方では、教官ポスト（教授・助教授）は日本人  
によって独占され、助手や時間講師に「一握りの朝鮮人」が任命されたにすぎなかったし、その研究活動は、朝鮮  
社会から隔絶した『帝大』という聖域で行なわれ、大学外の朝鮮人研究者との交流はほとんどなかったと評されて  
いる。<sup>(9)</sup>

そして一九四五（昭和二〇）年八月、同大学がわが国のアジア太平洋戦争における敗北と朝鮮の独立（回復）に  
ともない自然消滅した<sup>(10)</sup>ことから、有泉は同年一二月に日本に帰国した。<sup>(11)</sup> 有泉が朝鮮の地にあったのは、わずか二〇  
年ほどしか存在しなかった同大学の最後の約五年間であったということになろう。しかしそれは有泉にとつて短く  
も、充実したものであったのかもしれない。そして日本の敗戦により、それまで蓄積してきた書籍や資料をほとん  
ど失い、朝鮮から帰国したことについて、有泉は「これからの研究はこれまでのそれとは違ったものになる、新規  
まきなおしだ」という「悲壮感」を抱いていたと回顧している。<sup>(12)</sup> 翌年一九四六（昭和二一）年、有泉は、五月に法  
政大学法学部教授に就任したのち、同年八月三十一日には、東京大学に新たに設立された社会科学研究所に転じてい

る(当初は、囑託。一九四七〔昭和二二〕年五月助教、一九四八〔昭和二三〕四月教授。これらはやはり、我妻の薦めによるものであった。<sup>(13)</sup>同研究所は、一九四五〔昭和二〇〕年三月から法学部長であった南原繁(一八八九―一九七四)の戦時中の国策を非科学的なものとし、戦後日本で「平和民主国家及び文化日本建設」のために「真の科学的な調査研究」を実現するという構想のもと、一九四六年八月に、北アメリカ、イギリス、本邦公法、同内政および同経済産業の五部門で発足した。<sup>(14)</sup>なお南原が総長となったあと、同研究所は我妻法学部長の主導により現実化されていった。このことは一九四六〔昭和二二〕年八月三十一日発令された、山之内一郎(社会主義法／一九九六―一九五九)、鶴飼信成(憲法・行政法／一九〇六―一九八七)、林茂(政治学／一九二二―一九八七)そして有泉の四名が、いずれも法学系の人事であったことから理解できる。また山之内(外務省囑託)をのぞき、三人は京城帝大に在籍していた者たちであった。そして翌四七年八月三十一日には、同じく京城帝大にいた高橋幸八郎(経済史／一九二二―一九八二)がこれに加わった。<sup>(15)</sup>このように東大社研は当初、戦時中、外地にあった者を多く招聘している。また初代所長となったのは、戦時中自ら刊行していたキリスト教個人雑誌『通信』に掲載された講演録中の「日本の理想を生かすために、一先ず此の国を葬って下さい」との文言が、不穩の言動として問題となり、一九三七〔昭和一二〕年に東京帝大経済学部を辞任(依願免官)せざるをえなかった矢内原忠雄(殖民地政策／一九九三―一九六一)<sup>(16)</sup>であった。このことに象徴されるように、東大社研には、戦時中に大学を追われた人びとも招かれた。三・一五事件の前年である一九二七〔昭和二二〕年に九大事件で九州帝大を辞めた山之内のほかに、一九三八〔昭和二三〕年、人民戦線(労農派教授グループ)事件に連座して東北帝大を追われた宇野弘蔵(一八九七―一九七七)も、その一人であった。<sup>(17)</sup>

有泉は、創刊間もない社研の紀要「社会科学研究」一卷二号(一九四八・四)に「朝鮮婚姻法の近代化」という

論稿を発表している。これは戦争末期(一九四四〔昭和一九〕年)、有泉が穂積重遠(一八八四―一九五一)の還暦祝賀論文集に「朝鮮の養子制度について」を寄稿するための準備過程で着想をえて、従来は志願制であった朝鮮人にも、徴兵制が敷かれたことから、大学にわずかに残った「身体の悪い人たち」とともに、京城地方院に保管されていた日韓併合時(一九一〇年)明治末、実質的には大正初年)から一九二一(大正一〇)年ごろまでの離婚裁判記録(第一次資料)を整理し、まとめたものであった。同年、朝鮮民事令が施行され、日本(旧)民法が適用されるようになったが、それ以前から慣習に委ねられることにより朝鮮の地で、わが国旧民法の離婚法が判例を通じて形成されていったという。有泉は同稿について、このような「法の施行前適用」という現象<sup>19</sup>がみられたことを明らかにしたものであると解説している。記録整理作業(離婚事件の記録要旨と原因別・勝訴別・年代別に整理)を手伝った朝鮮籍学生二名(氏名不明)は、その後召集され、兵役に就いたであろうが、戦後の消息も含めて不明のままとなってしまったようである。同稿は有泉が一九四五(昭和二〇)年晩秋、一時ソウルにもどったとき、アメリカ軍に研究室を明け渡した際に、助手(朱宰璜〔その後の経歴等不知〕)が自宅に持ち帰り、保管していたもののうち「基本表一枚だけ」を日本に持ち帰り、先の論考へと原稿化したのであった。有泉は、これも京城帝大における「社会調査部法律班」という学生クラブ活動の所産であると述懐していた。<sup>19</sup>このように有泉にとっての「朝鮮経験の結晶」(和田春樹)ともいべき同稿の冒頭(第一「その背景をなすもの」／「まえがき」)で、有泉はつぎのようにのべている。和田にならって、引用してみよう(ただしその引用の趣旨および内容理解のありかたは必ずしも同じではない。また今日では不適切な言葉として、用いられることはなからう表現もそのままとする)。

「おくれた社会が進んだ社会に追いついて行く場合に、先ずかっばつになる面はいつも商品取引の面である。そ



れは進んだ社会との接触によつて強要されることにもよるが、また遅れた社会自身のうちにある要因にもよるのである。私法制度の場合にもこのことが反映して、おくれた法制度の国が、進んだ国を追いかけていく場合、商品取引の面、契約法の面が一番早く追いつくのである。ところが土地制度や、身分制度となるとそう簡単にはいかない。古い、封建的な法制度が中々近代的な法制度に席をゆずろうとしないのである。しかし、遅れた国が資本主義の仲間入りをしようとする限り、土地制度をそれに適応したものに作りかえ、土地を資本たらしめることは早くから要求される。従つて契約法が近代化した次には、いな、それと同時に、土地制度を資本主義の要求するように整備することが、おくれた国の緊要な仕事とされるのである。之に反して、身分制度は、かならずしも急に近代化することを要求されない。のみならず場合によると、遅れたことのために片々の資本主義が身分制度のおくれの上にはできあがり、却つて身分制度の順調な近代化を阻止することさえある。しかしこのようなことはやがて解消して近代化民主化は全面的に進行していくに違ひない。けだし、明るい身分生活こそ人間存在の体系のうちで、ある意味では、もつとも奥深い地位を占めてゐる筈だからである。／今日われわれ「日本人」が当面している身分法改正はおくれを取戻す重要な一つの段階をなすわけである。この際朝鮮が、近代化において相対的にはとも角一歩を先んじていた日本との接触において、どのようにその身分法の近代化の道を歩いたか〔を検討すること〕は、……われわれ自身明治以後歩いてきた道をふり返つてみることに、そこにどのような過誤があつたかを反省する上に是非必要である今、単なる興味以上のものがある筈である。のみならず朝鮮は今最も進んでいる国々の指導を受けているのであつて、……同じ立場にあるわれわれにとって教えをうけるものが多いであらう。その場合への準備としても、朝鮮の身分法の近代化の歴史を知つておくことは意義深いものであらう。<sup>(20)</sup>……〔傍点―原文〕<sup>(20)</sup>。

日本は婚姻制度については、朝鮮に先行して一応近代的な法制度を実現させて、その範とすべきモデルとなったのかもしれない。しかし有泉によれば、戦前朝鮮に対し、相対的に「進んだ社会」であったわが国にとつて、「遅れた社会」であった朝鮮の婚姻制度を知ることにより「教えをうけるものが多いであろう」というのである。そして戦後二つの国は、どちらも(米ソ両方ないしその一方を中心にした)占領支配のもとにおかれ、「おくれた社会」として「進んだ社会」を追いかけねばならないという立場にあった。「遅れた社会」の日本では、民法典中、婚姻制度を含む親族・相続の二編は個人の尊厳と男女平等(憲法二四条一項)の理念のもとに、大きく改められた。一方、目を労使関係法に転じれば、当時の日本の現状はやはり朝鮮と同じであったといつてよからう。すなわちいずれも「おくれた法制度の国が、進んだ国を追いかけていく場合」の最中としてあった。<sup>(21)</sup>戦前わが国では、欧米諸国における労使関係法制や労働法々理については先人の努力により大いなる蓄積があつても、ついには労使関係法が実際に制定されることはなかった。法は労働組合をもつばら治安対策の対象としてしかみなかった。そのような国で、労働法について、いかなる改革が求められていたのであるうか。そのなかで有泉は、何を思い、いかなることを実現されるべきだと考えていたであろうか。一九五七(昭和三二)年三月、その後一年半におよぶ在外研究のために赴く「ロンドンへ出発のその日」と「はしがき」の末尾に印した論文集『労働争議権の研究』(御茶ノ水書房・一九五七)までの、日本のアジア太平洋戦争の敗戦からおおよそ一〇年間における有泉の争議行為論の展開を追跡しながら、このようなことを考えてみたい。<sup>(22)</sup>

(1) 川島武宜「SNAP SHOT/若き日の助手仲間たち」ジュリスト九五三三号(一九九〇)三頁には、一九三三(昭和八)年度東大法学部研究室助手室の「ルームメイト」として、川島(民法・法社会学/一九〇九〜一九九二)、山田晟(ドイツ法/

一九〇八―二〇〇三)および内田力蔵(英米法/一九〇九―一九九〇)とともに、若き日の有泉の姿が写された写真が掲載されている。それは滝川事件がおきる(同年五月二五日)直前のものであったという。同前所は同事件がその後、日本の無条件降伏にいたる暗く長い歴史の始まりであり、「この一枚の写真に姿をとどめたわれわれ一同の嬉しそうな幸せそうな笑い顔は、まことにはかないものでしかなかったのである」と結ばれている。

(2) 戦後、八幡大学(現九州国際大学)々長・理事長を務めた安田が京城帝大を退官したのは、宇垣一成に替わり、「内鮮一体」「皇国臣民化」を掲げる南次郎陸軍大将―満州事変の責任を問われ、東京裁判で終身刑となる―が朝鮮総督府総督に就任した(一九三六(昭和一一)年八月)のにもない、学務局長として赴任した(当初は総督秘書官、学務局長心得をへて一九三七(昭和一二)年二月就任)塩原時三郎(一九六六―一九六三)による人事介入(「城大征伐」)や京城帝大予科および各種専門学校の入試科目から英語を削除すること(一九四〇(昭和一五)年)などの動き(詳しくは、稲葉継雄「塩原時三郎研究―植民地朝鮮における皇民化教育の推進者―」九州大学大学院教育学研究紀要創刊号(通巻四四集・一九九八)一八五―二〇八頁を参照)に抗議するためであったという(詳しくは、安田「城大の懐い出」後掲「紺碧遙かに」一一―一六頁参照)。

(3) 山中康雄「松坂先生のこと」契約法大系I『契約総論』(有斐閣・一九六二)三六三頁および有泉「京城帝大時代の山中教授」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』(法律文化社・一九七三)三八三頁。なお語り手・有泉亨/聞き手・加藤一郎、藤田若雄、渡辺洋三/司会・氏原正治郎「有泉還暦記念座談会/有泉先生の学問をめぐって」社会科学研究一八巻一号(一九六六)一九二頁(有泉)は「京城に骨を埋めるつもりはなかったのですが、まあ一〇年ぐらいしたら帰ってこい、帰ってきますという我妻先生との話し合いで出かけたんです」とのべている。なお拙稿「戦時期の吾妻光俊の軌跡―『労働力のコントロール』理論前史―」獨協法学七一号(二〇〇七)六四頁(注)10に記したように、兩人と入れ代わるように津曲蔵之丞(一九〇〇―一九六九)が同大学を離任し、東北帝大法文学部へと転出していったが、このことについては従来誰も言及していない。

(4) 阿部洋「日本統治下朝鮮の高等教育―京城帝国大学と民立大学設立運動をめぐって―」思想五六五号(一九七二)九二〇頁以下。

(5) 詳しくは、馬越徹「韓国近代大学の成立と展開―大学モデルの伝播研究―」(名古屋大学出版会・一九九五)一〇〇頁以下を参照。

- (6) 同前書一二六―一二八頁。
- (7) 前掲・有泉還暦座談会一九二―一九三頁(有泉)。
- (8) 馬越・前掲書一三三頁。石川健治「コスモス——京城学派公法学の光芒」岩波講座「帝国」日本の学知第一巻・酒井哲哉(編)『帝国』編成の系譜(岩波書店・二〇〇三)一七一頁以下は、清宮四郎(憲法/一八九八―一九八九)と尾高朝雄(法哲学/一八九九―一九五六)に焦点を合わせて、京城帝大における公法学の営為を追究した論考であるが、その冒頭で「彼らの学問的生産力は、当時の他のすべての帝国大学法学系を、圧倒していた」(一七三頁)とのべている。なお田川孝三「京城帝国大学法文学部と朝鮮文化」『紺碧遙かに——京城帝国大学創立五十周年記念誌』(京城帝大同窓会・一九七四)一三三頁以下には、同大法文学部に在籍した教官らによる業績の紹介および研究紀要各号掲載の論考の目次、調査の一覧が掲載されている。
- (9) 馬越・前掲書一三一―一三二頁。
- (10) 有泉亨教授古稀記念『労働法の解釈理論』(有斐閣・一九七六)所収・同「略歴」五四一頁では、「一九四六(昭和二一年)五月、自然退官」と記されている。
- (11) 有泉は、この間の経緯について何度かのべているが、それらと他の資料とも併せて総合して確認しておく。すなわち有泉はすでに一九四四(昭和一九)年春には、日本の敗戦を覚悟し、翌四五(昭和二〇)年には家族を内地に疎開させた。だが、同年六月、ヘルニアからの病変が悪化して実父が急逝したのにともない、関釜連絡船はすでに止まっていたが、「何とか工面して」(ただし具体的経路は不明)郷里(山梨県中巨摩郡白根町〔現在の町名等不明])にもどっていたが、そこで、そのまま敗戦を迎えた。同年一〇月末、有泉はソウルから引き揚げてきた日本人・京城帝大学生とともに、日本から朝鮮に帰る朝鮮人にまぎれ、山口県仙崎から船に乗り、釜山に上陸し、釜山からソウルまでは京城帝大医学部救護班の腕章をつけて潜行した。ソウルには三週間あまり、滞在したという。これは社会的混乱期であった当時、査証や渡航手続も厳正ではなかったであろうか。大学はアメリカ軍によって占拠されていた。そして一〇月に自宅に押し入った四人組の強盗から逃れるために二階から飛び降り、負傷した西原寛一(商法・戦後、大阪市立大学教授/一八九九―一九七六)を、同じく同僚であった祖川武夫(国際法・戦後は東北大学教授/一九一―一九九六)とともに介抱して、二月六日ソウル(竜山駅)を出発し、一昼夜(当時、通常であれば八時間程度)かけて釜山に七日朝到着し、ついで翌八日朝には九州・博多に上陸し、その後、山梨に落ち着いた(前掲・「有泉還暦記念座談会」一九五頁〔有泉〕、有泉「双生の

くるみ」時の法令昭和四一・一・三号〔同「双生のくるみ」へ日本評論社・一九六六〇二〇四頁〕、同「社会調査部法律班のこと」前掲『紺碧遙かに』三二八頁、同「私の労働法学事始め」日本労働法学会誌五六号(一九八〇)一三〇—一三一頁および西原寛一「戦争末期と引き揚げ」同「書齋とその周辺—一商法学者の随想」〔有斐閣・一九八二〕五四—五七頁。

(12) 有泉・前掲「京城帝大時代の山中教授」三八五頁。なお同・後掲「不法行為理論の操作的構成」(一九五七)「序」二頁で、有泉は「敗戦の結果、蔵書と研究記録のすべてを失い、わずかに Pollock and Maitland, *History of English Law* の重二冊と Jenks, *Short History of English Law* など数冊の書物を、文字通り背負って、京城から引揚げたのは、まだ昨日の出来事のような気がする」と記している。

(13) 前掲「有泉還暦記念座談会」一九二頁、一九五頁(有泉) および「座談会／社会科学研究所の三〇年——その一——」『社会科学研究所の三〇年』(東京大学社会科学研究所・一九七七) 四六頁(有泉)。

(14) その後一九五一年、ソ連邦・東欧、本邦財政金融、社会調査、同私法、中国・朝鮮およびフランス・西南欧の各部門が増設されていった(以後、省略)。これについて和田春樹「ある戦後精神の形成…一九三八—一九六五」(岩波書店・二〇〇六)二八二頁は、研究対象の中心は、英米、ソ連および中国という戦勝国のモデル研究であり、これらの国ぐにに対して「客観的、科学的な分析なしに」戦争をしかけたがゆえに敗北したので、こんどはしっかり研究しようというもの。「日本が支配した国、支配しようとしていた地域」はふくまれず、社研出発にあたり「明治以来の日本のあり方に対する反省が足りなかった」のではないかと述べている。なお都留重人「同自伝…いくつもの岐路を回顧して」(岩波書店・二〇〇一)一八八—一九一頁には、一九四二年に日米交換船(詳しくは、鶴見俊輔・加藤典洋・黒川創「日米交換船」〔新潮社・二〇〇六〕参照)で帰国した都留に対し、一九四三年春、高木八尺(政治学／一八九九—一九八四)と我妻から「法学系と経済学系の両方が関係」する「社会科学研究所」への赴任を打診された(我妻からは、法学部から推薦することが強調されたという)が、当時の同大学経済学部教授会の陣容(これについては、竹内・後掲書参照)を考慮して断つたとの記述がみられる。このことから判断すれば、社研の設立は戦時中に構想されていただけでなく、すでに具体的な人選と就任交渉までもなされていたということなのであろうか。

(15) 和田春樹「戦後日本における社会科学研究所の出発」『社会科学研究三三卷二号(一九八〇)二二—六頁以下。さらに詳しくは、前掲「社会科学研究所の三〇年」所収の年表(四頁以下)や座談会(三〇頁以下)および福島新吾「社会科学とし

- ての政治研究——一九四七—五四」専修大学社会科学研究所月報四八六号(二〇〇三・一二)一頁以下を参照。
- (16) このことの経緯については、横田喜三郎(国際法／一八九六—一九九三)、鈴木安藏(憲法／一九〇四—一九八三)そして矢内原の三人の、戦前・戦中・戦後の言動を追跡した竹中佳彦『日本政治史の中の知識人——自由主義と社会主義の交錯——』(上)(木鐸社・一九九五)第五章「矢内原事件」二五三頁以下に詳しい。また、その背景として重要な・当時の東京帝大経済学部教授会の有様(Ⅱ派閥抗争)については、竹内洋『大学という病』東大紛擾と教授群像(中央公論社・二〇〇一)を併せて参照。
- (17) 和田・前掲書二八三頁は、これら三人がともに戦時中、大学を追われるように辞職せざるをえなかったことでは共通するが、敗戦の意義の捉え方はまったく異なり、キリスト者(矢内原)が講座派(山之内)と労農派(宇野)の両巨頭をまとめていくことは、もともと不可能であったとのべている。和田と同じく、東大社研に長年(一九五三—一九八四)勤務した石田雄『一身にして二生、一人にして両身』ある政治研究者の戦前と戦後(岩波書店・二〇〇六)一〇七—一〇八頁も、石田が入所した一九五二年当時の社研は、助手として在籍した法学部とは異なり、マルクス主義に親和的な者が多かったが、講座派と労農派とが対立し、「混沌とした状況」にあったとのべている。さらに設立当初の東大社研に、七年間助手として在籍していた福島新吾は、前二者よりも、直截的かつ具体的に、両者の「犬猿の仲」の様子を語っている(福島・前掲文五—一頁)。
- (18) 「有泉先生主要著作目録」前掲・有泉古稀論集五四七頁には、一卷「三号」とあるが、誤植であろう。
- (19) 前掲・有泉還暦記念座談会一九四頁(有泉)および有泉・前掲「社会調査部法律班のこと」三二八—三二九頁。なお「朝鮮の養子制度について」は、穂積の死後、穂積追悼「家族法の諸問題」(有斐閣・一九五二)に発表された。
- (20) 有泉「朝鮮婚姻法の近代化」社会科学研究一卷二号(一九四八)七六—七七頁(旧漢字は新漢字に改め、音便表記も現行方式に改めた)。前掲・有泉還暦記念座談会一九四頁(有泉)は、所長(当時)の矢内原から同号掲載の宇野引蔵論文の難解さにくらべ「あれはなかなか説明がわかりやすいと賞められました」とのべている。なお「同号掲載」は有泉の記憶違いで、ここでいわれているものと思われる宇野「社会科学の客観性——マックス・ウェーバーの『理想型』について——」(のちに同著作集第一〇巻「資本論と社会主義」(岩波書店・一九七三)所収)が掲載されたのは、社会科学研究の創刊号(一卷一号)であった。
- (21) 有泉は、後掲「労働争議の法理」(一九四八)の冒頭(三—四頁)でも、労働争議の問題をいかに理解しなければならな

いかは「後進国日本が、謂ゆる民主化の一重要課題として、後れを取り戻さなければならない領域である」として、同様の課題意識を表明している。

(22) 一九五六年『経済白書』が「もはや『戦後』ではない」とのべ、当時流行語となったことは周知であろう。一九七〇年代までのわが国戦後思想の展開を跡付けた小熊英二『民主』と『愛国』…戦後日本のナショナリズムと公共性(新曜社・二〇〇二)一二頁は、戦後一九五五年までの一〇年を「第一の戦後」と呼び、以後の「第二の戦後」と区別している。本稿の主たる考察対象の時間的範囲は、ほぼこの「第一の戦後」に対応するものとなろう。

### 三 生産管理合法論の提示——有泉の争議行為論の原型——

有泉が争議行為について違法性阻却構成を最初に提起したのは、当時、わが国戦後労働法学が最初に取り組んだ課題である生産管理の法的把握に関する論稿においてであった。すなわち日本が連合国の「ポツダム宣言」を受諾し、昭和の元号となつてからほぼ一五年の長さにおよんだ継続的な戦争状態に終止符が打たれてから約一年後の一九四六(昭和二一)年八月、有泉は「生産管理の法理」と題する論考を法律時報誌の一八巻九号<sup>(1)</sup>に発表した。同稿は有泉にとって戦後はじめて表わした作品であり、また労働法に関する最初の論考でもあった。当時有泉は、不惑といわれる年齢を迎えたばかりの頃であった。従来、有泉の生産管理論については、末弘巖太郎(一八八八—一九五一)のそれに連なるものとして取り上げられてきた。しかし、そのような理解は有泉の議論のもつ意義を面的かつ限定的にしか捉えていないように思われる。すなわち有泉自身、同稿の末尾で末弘による議論への同調を表明しているが、他方、そこでは有泉の争議権論を支える独自の法学方法論も示されている。

1 生産管理戦術の波及と先行する生産管理論——末弘巖太郎のそれを中心に——

敗戦後、「空白の二ヵ月」をへて、戦後日本の労働運動はGHQ指令（九月四日）をうけた司法省政治犯釈放命令（九月一〇日以降）後の一九四五（昭和二〇）年一〇月から始動した。そのとき、労働者・労働組合が具体的な戦術として取り上げたのは、生産（業務）管理であった。生産管理とは『労働者の団体が争議の目的を達成するため、使用者の意思に反し、使用者の工場事業場や設備資材等を自己の手に接收して、その占有下に置き、操業を継続する』争議行為<sup>(2)</sup>である。

生産管理は、敗戦の年の秋、まず読売新聞社におけるそれ（第一次読売争議・同年一〇月二三日～二月一三日）から始まった<sup>(3)</sup>。同社は戦時中、社長・正力松太郎のもとでの戦時体制への積極的な協力態度を示した。戦後このことに関する責任追及から、闘争委員会（従業員組合）による業務管理へと展開した事態の推移は、当時、明確な経営方針を示し得ない無為無策の経営陣に不信を抱いていた多くの人びとに対し、問題解決のためになすべき行動の方向性をいわば教示するものとなったといわれる<sup>(4)</sup>。以後、京成電鉄（一九四五〔昭和二〇〕年二月一〇日～二九日）、東芝（一九四六〔昭和二二〕年一月二日～二九日）、東宝（同年三月二三日～四月六日）および高萩炭鉱（同年四月二日～六月二四日）などでの争議が続いて生じているが、いずれも生産管理戦術が採用された。こうして一九四六（昭和二二）年一月の件数一〇件、参加人員二万四二九〇人となり、当時は生産管理が争議戦術として普及しようとするときであった<sup>(5)</sup>。なお、この間、労働組合を団体交渉の主体として位置付けるだけでなく、経済再建の担い手として捉える（旧）労働組合法が前年末に制定されている<sup>(6)</sup>（一九四六年三月一日施行）。

一九四六（昭和二二）年二月一日には、閣議決定により「近時労働争議に際しては暴行、強迫または所有権侵害



の事実も発生を見つつあることは真に遺憾に堪えない」という「労働争議に関する内務・司法・商工および厚生  
 の四相声明」が発せられた。このようななか、末弘は同月七日および八日の読売(報知)新聞紙上に「経営管理の合  
 法性とその限界」を発表した(同稿は、「争議行為としての生産管理——その合法性と限界——」と改題され、また  
 冒頭文章が一部変更されて、法律時報誌一八卷三三三号(同年三月号)一六一—一九頁に転載された(末弘自身このこと  
 を最初に断わり、その末尾には、「二月三日」と括弧書きが付されている<sup>(7)</sup>)。そのなかで末弘は、つぎのようにの  
 べている。冒頭「問題の核心は経営管理なる争議手段そのものが違法や否やにある」にもかかわらず、四相声明が  
 あたかも最近の争議のなかで、暴行、脅迫、所有権侵害が盛んに行なわれているかのような「印象を一般民衆に興  
 えようとしている」のは適当でない(一〇五頁)と注意を喚起している。ついで末弘は「争議権そのものと争議権  
 行使のため行う争議行為との区別」という「初歩的な事柄」から説明する。すなわち争議権は労使双方が「労使関  
 係に関する意見不一致を各当事者が争議行為により解決する権利」であり、労使いずれにも等しく與えられてい  
 る。労働関係は今日、労使の「個人法的契約」ではなく、使用者と労働組合との「集团的取引」によって決定され  
 る。そして「争議行為は争議権行使のため当事者双方の行う各種の事実行為であつて、これによって相手方を屈服  
 せしめるのがその目的である」(一〇七—一〇八頁)と説明する。(旧)労組法一条二項は、「正当」な行為をすべ  
 て適法で処罰されないとしている。では、「争議行為としての生産管理は前記の規準に従つてこれを違法と判定す  
 べきものなりや否や」(一〇九頁)。

末弘は「生産管理そのものの合法性如何という問題」とその「手段若しくはそれに伴つて派生的になさるる個々  
 の附随的行為の問題」とを区別しなければならぬとする(一〇九—一一〇頁)。そして末弘は「争議中大体平常  
 と同じやうなことをしている限り、即ち従業員として当然なすべき事を善良なる管理者の注意を以て行つてい

り、特に違法と非難せられべきもの」ではないとする(ただし末弘は、これを生産管理に付随・関連する行動の適法性について説明しているのであって、生産管理それ自体を事務管理(民法六九七条以下)の一類型として捉えているものではない)。末弘は、生産管理「非合法論者」の主要根拠が所有権侵害論——工場施設は会社が所有権を有し、従業員はその使用・収益・処分(民法二〇六条)の実現のために雇入れられかつ使役されるにすぎず、争議の過程で従業員が会社所有権者の意思に反して生産管理を行なうのは、使用者の有する所有権を侵害するものである——なのであるから、これを「正面から論破する必要がある」(一一二頁)としてつぎのような議論を展開する(一一三—一一四頁)。

「現代における企業一般においては所有と経営とが分離する傾向にあるのは周知の事実である。資本家は単に資本の所有者として企業の一構成分子たるに過ぎずして、企業における経営は寧ろ経営技術者竝に一般従業員の手によって運営されているのである。∴：「商法ではなく」労働法的に見れば、資本家と団結せる労働者とは企業に対して平等の立場に立つものであって、さればこそ彼等の双方に争議権が平等に認められ、彼等相互の団体取引によって企業運営上の重要事項が決定され「る」。／かくの如く考えると、争議の場合に労働者とその争議方法として一時経営を乗っとり、それによって資本家を屈服させようとしたからといって、資本家がこれに対する自己の所有権を主張し、労働者の行為を所有権侵害呼ばわりし、それによって官憲の力にすがらうとするのは労働法的に見ると全く手前勝手の主張であるといわなければならない」。

このように末弘は、生産管理の違法性の論拠として「所有権侵害」に該当するとの議論に対して、「所有と経営

の分離論」をもって論駁しているのであるが、他面とくに後段では、労使双方、とくに使用者側が公権力に依存するのではなく、自主的な交渉・取引を通じて生産管理という争議行為形態をもって現実化した紛争を平和的に解決することの重要性を喚起している。それは為政者の違法論が国民に対し、労働組合による争議行為一般を否認するにいたることを警戒して、生産管理論争を「労働法理論のレールの上へのせよう」という啓蒙的な意図にでたものである<sup>(8)</sup>。当時日本は連合軍による占領下にあつたが、GHQ(連合軍最高司令部)は当初、この問題に関する自らの政策はないとして、その法的評価に言及することなく、いわば不干渉の態度をとつた<sup>(9)</sup>。

その後、三月二十五日、高萩炭鉱等での生産管理において石炭庁が炭代を、業務管理中の労働組合ではなく、使用者に支払うようにとの「通牒」を發したことに對しても、末弘は翌四月一五、一六兩日の毎日新聞に「政府の生産管理対策」上・下を發表して、政府の労使紛争への介入をけん制した。

「労働者側が生産管理を正常に実施し、取引先から受取つた金も平常通り正規に扱つてゐる限り、取引先がこれに金を払つても法律上は何等問題をしようじないものであるから、今度の場合日炭が四囲の事情を考へて管理者側に炭代を払はうというのは当り前のことであつた。石炭庁が態々それに干渉するのは○〔判読不能〕に出過ぎた仕業であるのみならず、元來労働争議に對して公正な立場をとるべき政府の所業として、如何にもケチ臭い偏頗な態度である」。

こうして生産管理は斬増し、五月には二九件、参加人員二万八、五〇四人、同じ月に發生したストライキの参加人員六、六六五人を大きく上回つた。生産管理は当時しだいに労働側の争議手段として定着化する様相をも示して

きた。<sup>(10)</sup>そこで五月二二日に組閣したばかりの吉田茂内閣は、六月一三日「社会秩序保持の声明」を発表し、「生産管理なるものは正常な争議行為と認め難い」とした。また翌一四日には、河合良成厚相の「談話」も発せられた。また当初不干渉の態度をとったGHQも、生産管理を否認する対応をとるにいたった。<sup>(11)</sup>末弘は先の毎日新聞紙上で「私と雖も現在のように生産管理による争議が頻発するのを不可なりとすることに於いては○「判読不明」も人後に落ちるものではない」として、現実の労使関係の動向に危惧を抱いていることを表明していたが、同名タイトルの論稿(文末に「六月八日」と記されている)を法律時報誌一八巻七号(一九四六年七月号)<sup>(12)</sup>に掲載し、生産管理を労組法一条二項の適用対象外とするほか、威力業務妨害罪(刑法二三四条)、住居侵入・不退去罪(同一三〇条)への該当性を示す等「此際考え得べき」政府案を示して反論をのべていた。またほぼ時を同じくして、後に——約三年後の一九四九(昭和二四)年五月——東大社研において有泉の同僚となる磯田進(一九一五〜二〇〇三)による「生管と憲法」という投書が朝日新聞紙上の「声」欄(七月一日)に掲載された。<sup>(13)</sup>それは従来、末弘が繰り返しのべてきたこととほぼ同旨のことであった。すなわち磯田はいう。厚生省当局は生産管理を「取り締まり」の対象とせんとしているようだが、それは「逮捕・監禁・処罰」することを意味しよう。そうであるとするならば、その実定法上の根拠は何か明らかにされたい。政府声明では「国民経済全般の立場からみれば結局各種の好ましくない結果を生じ」させ、『企業組織を破壊し国民経済を混乱に陥れるようになる恐れがある』としかのべておらず、「これだけの理由から生管行為者を逮捕、訴追してもよい」という結論を引出すのは、いはゆる警察国家の原理にはかならず、法治国ではそのような論理は通用しない」と。

有泉がその生産管理論を提示したのは、このような社会動向と議論がなされているなかにおいてであった。

## 2 有泉の「生産管理の法理」の提示

そこでつぎに、有泉の生産管理論とはいかなるものであるか、具体的にこれを追体験しながら、検討しよう。すなわち、それは大きくいわば前段(一―三)と後段(五―八)の二つの部分に分けることができよう。

### (1) 企業占有論からの接近態度

まず前段からみよう。有泉も末弘と同じく、議論は政府による「生産管理違法論」に対して正当かどうかの「掛け論」に終始しているのではないか(一九五頁)として「内在的に生産管理はどのような違法の契機を含んでいるかを考えてみようと思う」として、民刑事法上いかなる点で違法であるのか具体的に検討している(一九六頁)。

まず刑法上横領罪(刑法二五二条以下)や窃盗罪(二三五条)にあたるか否か、また民事上占有権を侵害するかと問うている(同)。民法専攻者である有泉にとって、関心があるのはおそらく後者の側面であつたのではなからうか。その際に有泉は、生産管理の主体と客体とは、それぞ一体何かを問題としている。すなわち生産管理の対象は、一つひとつの「工場設備資材ではなく、有機的に動いている企業」である。そして生産管理を担うのは、個々の労働者ではなく、団体としての労働組合である。組合が企業の運営とは直接関係のない、事業主の財産を処分すれば、それは横領罪に該当し、労働者が個人的に工場の製品や資材を企業外に持ち出したとすれば、窃盗罪に該当する(ここでは有泉も、末弘がのべている「生産管理そのもの」と「それに付随する行動」との区別を前提としていよう)。しかしそれは生産管理ではない。有泉にいわせれば、「生産管理は企業の人的設備の全体である労働

組合が、物的設備……を一時的に自分の手におさめ、企業所有者の支配を排除するものである」(同)。なお有泉は、企業の物的設備全体を、その支配下におくことを「企業占有」と表現している<sup>(14)</sup>。その違法性の有無を検討するに際して有泉は、要するに市民法的な、個人と個々の財産に分解されたものを想定するのではなく、生産活動に携わる労働者集団と生産設備全体の両者を包含する「企業という一つのまとまった財産権」を前提としなければならぬとする<sup>(15)</sup>(同)。

そこで具体的に、生産管理の占有権侵害性の有無について検討するが、有泉は企業の物的設備の占有侵害には当たらないとして、つぎのようにのべている。<sup>(16)</sup>

「生産管理は先ず労働組合側の工場占拠にはじまる〔が〕……この場合に事業主の企業占有に対する労働組合側の侵害があるかが第一に問題になる。……思うに、対内的関係において労働組合は少〔な〕くとも占有の機関である。否、単なる占有の機関以上のものである。蓋し企業占有というものを考えた場合、それは動いている企業を云うので、労働者は全体として見た場合、企業の一部として企業の内部にあり、企業を動かしているものだからである。生産管理はこの動いている、企業内部における一種の自己運動であるから、たとえ工場長の閉め出しが行われたとしても通常の意味における占有の侵害など存在しない。謂わば争議と云う企業の自己運動による主体から占有、離脱があるだけである」(傍点は原文、一九六一―一九七頁)。

つぎに生産管理が占有侵害にあたらないとしても、「なお企業所有すなわち企業本権の侵害」の成否については、どうであろうか。これについて、有泉は、「問題は生産管理のやり方にかかっている」とする(一九七一―一九

八頁)。そして労働組合が会社の従来の経営方針にしたがって、資材、製品の処分等について変更することなく、賃金も労働者の要求する額ではなく、従来のそれにしたがって支払い、収入も事業主の名において預金等をするのであれば、「企業の実体に対する侵害はむしろ等しい」(一九八頁)という。この部分に着目して、従来は、有泉の生産管理論は、未弘のそれに系譜的に連なる「理想型生産管理法論」と評されてきたものと思われる。

これまでみてきたように生産管理は所有権(秩序)を侵害するとか、資本主義体制を否定するものなどと一般的・抽象的に非難したり(このような言動は今日でも、争議行為としての職場占拠への非難として目にする)、あるいは逆に、ストライキが正当であるならば(旧)労組法一条一項、一二条)、それよりも社会的混乱を生じさせない生産管理は正当であるとか、会社側の生産サボに抗して、生産活動を継続するのは公共の福祉にかなうなどという議論もあつたなかで示された、有泉の議論は法律家のそれとして、正統オソツツクなものであつたように思われる。

すなわち有泉は生産管理の民事上物権侵害性の有無を問題として、まず、生産管理が使用者の占有権を侵害しないかについて論じ、ついでそれが所有権侵害に該当しないかどうかを問題としている。<sup>(17)</sup>とくに前者について、有泉が提起したのが「企業占有論」と呼ばれるものである。<sup>(18)</sup>それまで欧米でも、座り込み・職場占拠ストライキの合法性の論拠として、従業員としての地位に着目する議論がみられた。その違法性Ⅱ所有権侵害についての論拠は、つぎのようにいわれた。すなわち労働者が使用者との労働契約に基づき、その義務の履行である労務提供のために会社構内に入構し、また職場内にとどまることができる。しかしストライキを開始したとき、そこにとどまらざるべき法的根拠はすでないがゆえに、職場外へと退去ウツクしなければならぬ。ストライキがそのまま職場にとどまるこ

とは、違法である、と(なお、このような議論は、日本の場合も同様であろう)。これに対し、たとえばフランスでは、ストライキ中であつても、ストライキカーには従業員としての地位は存続し、ストライキが終了すれば、ふた

たび仕事に就き、労働が再開されることを予定しているがゆえに職場内に滞留でき、まったくの第三者・部外者とは区別すべきだと反論された。またアメリカでは、労働者は職「job」を通じて職場に対し、いわば財産権(的な価値)を有するという主張もみられた。<sup>(19)</sup>これに対し有泉の議論は、企業が使用者の所有権の対象たる土地・建物やそれに付設された機械等のみならず、従業員の提供する労働力と有機的に結合することにより、生産・事業活動が現実化することを考慮すれば、争議時に、前者を観念的に独立させて市民法的「物権関係」として理解することは不都合であるとするものであった。<sup>(20)</sup>有泉の場合、このような主張の背後には、あとでみるように労働者の経営参加を実現し、そのことを通じて企業の民主化を実現するという、もう一つの当時の社会的課題に対し、法的論理をもって応えるという展望があったものと思われる。

以上が、生産管理論に関する学説の動向について論じられるとき、有泉の所説として、取り上げられてきた議論である。<sup>(21)</sup>それは末弘が示した方向を全体として継承しながら、さらに徹底したものとして理解されている部分であろう。<sup>(22)</sup>しかし同論文には、もう一つの主張がなされていた。ところがこの後段部分については、従来ほとんど顧みられてこなかったように思われる。しかしそれは、有泉の争議権論の原型をなし、またその法解釈方法を示すものとして重要な意義があるように思われる。そこでつぎに、これについて検討する。

## (2) 争議権論への歴史的アプローチと経営参加論への回帰

生産管理の占有権および所有権侵害の有無に関する解釈論についてのべたあと、現実に行われていた生産管理の状況にふれた短い箇所(同前稿四)を挟んで、後半(五・七)で有泉が取り上げるのは、イギリス労働法の歴史である。戦前来、多くの者がしたのとは異なり、ドイツ法を中心とした大陸法への言及・研究蓄積に基づくことな



く、イギリス法の歴史から示唆を受けながら議論を展開した点で、有泉の場合は特徴的である。それは生産管理が争議行為として「正当ナルモノ」(旧労組法一条二項)にあたるかどうかを考えるにあたり、有用であるとする(二〇二頁)。そして有泉は、これをつぎのように要約している(二〇七—二〇八頁、傍線は引用者)。

「(1) はじめは封建的身分関係が支配した。雇主と被傭者との関係は主人と僕婢 Master and servant の関係であり、それは不平等の関係であった。従つて通常人ならば違法性のない行為も労働者がやると違法とされた。団結の如きは全然拒否されたのである。

(2) やがて市民法的契約関係が支配する。両者の関係は employer and employee であり、平等の関係に立つ。事業主も労働者も平等だという立前<sup>(17)</sup>で、自由に競争ができる筈であった。しかしここでは、なお本質的には封建的身分的な観念と、極端な自由の修正と云う個人思想のからみ合った共謀の法理が、労働者の攻勢を阻止しようとする。一八七五年「共謀罪・財産保護法 Conspiracy and Protection of Property Act 1875, 38 & 39 Victoria, c. 86」による「共謀罪」の「労働争議 trade dispute」からの適用排除—引用者)、及び一九〇六年「労働争議法 Trade Dispute Act 1906, 6 Edward 7, c. 47」による労働組合に対する損害賠償責任追及の否定—スタッフ・ヴェイル Staff Vele 判決—一九〇一—法理否定—同前」の労働者の勝利によって、はじめて実質的な意味における市民法が確立する。

(3) しかし右のような市民法の確立は同時に社会法的修正をそれ自身のうちに包含する。共謀法理の消滅は労働者の行動の自由を保障するが、それは同時に通常人の場合には違法とされるべき行為を、労働者の団体的行動なるが故に適法とするのである」。

有泉は、イギリス労働法、とくに争議行為に関する免責がいかなる歴史的な経緯をへて実現したのかを重視している。すなわちかつて違法とされたものでも、社会のなかに近代市民法が定着するにつれて、かつて通常人が行なっても違法でないことを労働者がすれば違法とされたのが、近代市民社会の展開のなかで逆に、通常人が行なえば違法とされても、労働組合がすれば適法である。労働争議の社会的原理による違法性阻却とされるように変化していったとする。そして有泉にいわせれば、このような歴史的な経緯を踏まえて、わが国旧労働法一条二項はコモン・ロー common law 上の共謀 conspiracy 理論を否定し(刑事免責)、また私法上のそれを否定するのが同一二条である(民事免責)として捉えている(二〇七頁)。そしてこのことが、「イギリス労働法史の教える最も重要な事項」であるとしている。なお、この部分は、有泉が朝鮮からの日本に帰還するのの際に、持ち帰った数少ない図書や資料——有泉の留守中アメリカ軍による京城帝大接收に際し、朝鮮人の助手が自宅で保管していた——の一つでもあった Edward Jenks, *A Short History of English Law: From the Earliest Times to the End of the Year 1919*, 3<sup>rd</sup> ed. (Methuen & Co., 1924) 中 Chapter XVII “Contract and Tort in Modern Law”, pp. 305-339. によるものである(23)ことを、自身明らかにしている。そして同書は「戦後まで、労働法と縁がなかった」(24)有泉が民法学徒から労働法学をその主要な専攻対象とする方向へと大きく旋回していく契機となったものであった。

このような争議権保障の歴史的意義を踏まえて、「この教訓を我々は新しい戦術としての生産管理にどの程度あてはめることができるか」(二〇八頁)。有泉は政府の生産管理違法論がつねに「経営権と労働権との対立的区分」を主張するのに対して、つぎのような「生産関係の発展に対応する労働関係」の展開を提示する(二〇九頁)。

「(一) 封建時代における生産関係……〔を代表する莊園〕では事業主である領主は生産手段たる、土地をも労

労働者をも所有していたのである。

(2) やがて労働者は領主の所有関係から解放され……、同時に領主は資本家に代わった。両者は契約によって結ばれ平等と云う建前である。しかし事業の主体は素より資本家であり、資本家による労働者の支配が行われる、そこでは契約は所有権の侍女である、所有権は契約を通じて支配的作用を営んだのである。

(3) しかし生産関係たる企業の構造は更に進展する。一方に……企業経営と企業所有が分離して……、企業所有権は動いている企業に対しては次第に客分的地位に退いて行く。今や所有権が契約の侍女となり、企業の一要素にすぎなくなる。ところが他方に労働者は今や充分に可能となった組合活動を通じて却って企業経営の内へ入って行く。企業を動かす者は経営者と労働者なのである」。

上記のような労使関係の展開の歴史を踏まえて、有泉によれば、戦後直後の日本は(2)から(3)への「道程」にあるとする。そして労働権を経営権と対立させ、労働者を経営から締め出そうとする考えは「反動」であり、「生産管理は労働者の経営参加への道程において、争議という不時の出来事を機会に示され」た「波紋の波頭である」とのべて、生産(業務)管理の法理を検討した論稿を結んでいる(二二二頁)。

そして有泉がこのように論じているのは、以下のような、当時の社会状況を踏まえ、それに応えて、積極的に実現せんとする意図があつたのであろう。すなわち当時労働者にとつての関心事項は、経営ないし企業民主化の実現であつた。工職混合の企業内組合が生産管理闘争に際して要求したのは、経営協議会の設置であり、それを通じて労働者の経営への主張を反映させようとするのであつた。すなわち戦時体制のもとでの抑圧機構の瓦解と解放は、労働者にとつて「企業内では身分的序列からの解体であり、民主化とは企業内では使用者と労働者の同化」であつ

たと指摘されている。<sup>(25)</sup> 戦後労働運動は日本経済の破綻から労働者生活を守ることから出発したけれども、それは企業経営への発言権を強化することによって実現しようとするものでもあった。その具体化するものが、生産管理闘争であった。そして「経営協議会」とは、企業の民主化の具体的な内容として構想され、既成権威の否認、労働者組織による企業運営ということをも、争議時の闘争手段である生産管理から平時の形態に移し替える機構であり、日常的な業務管理の制度として、想定され、機能することが期待されていた。一九四六(昭和二一)年二月以降、共産党や総同盟において「経営協議会案」が提起されたが、これに対しては政府部内各省でも各種の「経営協議会」「工場委員会」構想が議論され、五月末には、生産管理の違法性を明言する一方、その収拾・代替機関としての「経営協議会」設置が提唱され、中労委も七月に同「指針」を示すなどの動きもあった。<sup>(26)</sup> また使用者側でも、経済同友会を中心に、企業民主化を具現化するものとして「経営協議会」構想が論じられた。<sup>(27)</sup> 政府サイドの「指針」「構想」は、いうまでもなく生産管理を鎮静化させることを企図していたものであった。当時は、いわば労働側・政府そして使用者側それぞれの思惑が「経営協議会」構想を軸に複雑に交錯していたとでもいえようか。今日では、それが経営全般の事項について協議決定機関としての強い権限をもっていたにもかかわらず、その設置基盤である労働協約の規定内容は抽象的で、労働条件もそこでの決定に委ねられていたことから、労使のあいだの協議機関であると同時に団体交渉機関という性格をも併せていたのではないか(「常設の団体交渉機関」と指摘されている。しかし反面、このように労使協議と団体交渉との区別が明確ではなく、また労使協議の範囲が無限定であったという実態は、経営協議会が事実上企業経営の中核であったということを物語っているともいえよう。<sup>(28)</sup>)

先に引用したように有泉は、生産管理を労働者の経営参加への道程のなかで出現した「不時の出来事」における「波紋の波頭」であると捉えている。こうして有泉は労働関係の歴史的展開のなかで争議権が適法とされるにいた

る過程を跡付けながら、論文「生産管理の法理」のなかでは、終盤、再び冒頭示された労働者の経営参加の一形態ないし類型として、争議戦術としての生産管理を理解するという考え方に回帰している。労働組合による経営に対する規制を担保する制度として経営協議会が機能していた当時、有泉の議論は現実的なものであった。先述したように、有泉は自らの生産管理に関する「内在的検討」が末弘のそれと近接するものであることを自認している。<sup>(29)</sup>しかし有泉の生産管理理論は、右にみたように労働者の争議権獲得の歴史的経緯と経営参加論という二つの接近方法を取りながら、適法性を導いているところに、その特徴があるといえよう。

以上、有泉の「生産管理の法理」について、詳しく紹介・検討した。なぜならばそれは同稿が有泉の争議行為論の特徴を端的に示していると思われるからである。そして、そこでのべられていた、有泉の法的発想と方法に関する二つのアプローチを更に詳説しているのが、翌一九四八(昭和二三)年に相次いで刊行された二つの啓蒙書、すなわち『労働争議の法理』(白日書院)と『労働者の企業参加』(中央労働学園)であった。そこでつぎに両書の刊行順(その奥付によれば、前者…三月二〇日、後者…二月三〇日)とは逆に、『企業参加』から、有泉の議論を検討してみることにする。

### 3 争議権論への歴史的アプローチと経営参加論に対する関心

#### (1) 有泉『労働者の企業参加』(一九四八)

『労働者の企業参加』は中央労働学園——戦前の協調会がGHQにより解散させられたあと、その資産を継承して社会労働問題に関する啓蒙・教育と調査研究を行なう機関として設立されたが、その後、法政大学社会学部となった——から「新労働文庫」の三冊目として刊行されたものである。<sup>(30)</sup>同書は大きく、第一章「総説」、第二章

「諸外国の経営参加」そして第三章「わが国における経営参加」という三章からなる。<sup>(31)</sup>冒頭本文に先立つ「序」で、有泉はつぎのように、のべている(二三頁)。

「企業は、労働者が——資本家ではない——日々の生命を消費することによって動かしている施設である。であるならば、企業はやがて労働者のための、労働者によって経営される、労働者の企業へとかわつていくに違いない。これは動かし難い法則であると、わたくしは信ずる。／このような企業の民主化、労働者の企業参加の構造を、見易くえがいてみようというところみから本書がうまれた」(傍線は引用者)。

このように、有泉はここでアメリカ合衆国第一六代大統領エイブラハム・リンカーン Abraham Lincoln (一八〇九〜一八六五) の有名な「ゲティスバーグ演説 [The Gettysburg Address] (一八六三年) の一節をもじった高調子とも思える、意気込みを表わしている。そして有泉は「民主主義は個人の自由と平等とを確保する制度」であると捉えて、「民主化とは、右に述べた民主主義の理想に一步近づこうということである」としている(九頁)。そして「企業の民主化とは企業における労働者の解放、その主体性の確保、その発言権の増強——つまり労働者の企業参加だと言っても大過ないであろう」とする(二三頁)。つぎに有泉は企業民主化を実現するための具体的な方策としては、「資本参加」「経営参加」および「利益参加」の三形態があるとする(二四―一六頁)。ただし有泉にとって、「労働組合の結成、その発展が、企業の民主化の欠くことのできない前提条件なのである」と解する(一六頁)ことから、上記三つのうち、その念頭にあるのは「経営参加」である。そこで、これについて第一章第五節(三七頁以下)で、その「領域」「方式」とくに経営協議会の機構・運営・機能について詳しく紹介している。(五

二一六八頁)。ついで第二章(六九頁以下)では、ショップ・スチュアードshop steward——有泉は本書では「工場幹事」という訳語を当てている——の活動を中心としたイギリス、<sup>(32)</sup>経営者らにより外部から企業内へと接近する組合に対する防衛策として設けられた・会社単位での被用者代表 employees' representation として普及していったアメリカ、および第一次世界大戦敗北後のワイマール体制のもとでの立法(経営協議会法)によって設けられたドイツについて紹介している。そのあと第三章で、有泉は戦後急速に展開した、わが国における使用者との合意Ⅱ労働協約による経営参加の特徴と問題点をのべている(一〇四—一一六頁)。

こうして有泉は同章の「結語」のなかで、つぎのようにのべている。すなわち人の一生のなかで度々職場Ⅱ仕事を交えることはさほど多くなく、人はその働く企業について「うちの会社」「おれたちの会社」という「生活経験に結びついた確信」を抱くことになる。「その『おれたちの会社』の中で、おれたちが、どのようにその経営に参加していくか、——そこに企業の民主化の問題がある」。しかし労働者が契約関係でもある雇用を失ったとき、そこでは彼(女)は「うちの会社」「おれたちの会社」ではなく、単なる「路傍の人」となってしまう。それゆえに、そのような事態にいたらぬように、労働者が企業との結びつきを確保すること、そこに企業の民主化、労働者の企業参加(の)第一歩がある。労働運動を通じて労働協約のなかで、使用者の解雇権を制限する規定を設けることが重要である。「これによつてはじめて企業が労使の運命協同体たる実質を得るのである。／このようにして企業における労資の運命協同体が構成されるならば、資本家と労働者とは企業の生産性を挙げるといふ点において……共同の関係にある」(一一七—一一九頁)。

このような有泉の理解による「労資の運命協同体」に基く経営参加論は、当時の社会情勢のみならず、おそらく恩師である我妻の「法的協同体論」に示唆をうけたものなのかもしれない。<sup>(33)</sup>すなわち我妻は戦前来、社会とは個人

が他者を尊重しながら共同・協力すべきものⅡ「法的協同体」として理解していた。<sup>(34)</sup> 後年であるが、我妻は雇傭を「対立する当事者の協力する継続的な債権的契約関係」として捉えて、つぎのように説明していた。すなわち資本主義経済関係のもと、労使の利害は直接的に対立する。したがってこれを「無視して服従と庇護の關係とすることは許されない」。しかし労働は「使用者の指揮命令が合理的に行われ、労務者が誠実にこれに従うことによって、その効用を発揮する。両者の最後まで対立は企業の破滅を導かざるをえない。その意味で、両者は労務協同体(Arbeitsgemeinschaft)を構成する」と。<sup>(35)</sup> このような理解は、先にのべたように我妻にとっては戦前から抱いていた「法的協同体」の応用とでもいべきものであったのであろう。ただし我妻の法的協同体論がその晩年にいたるまで堅持されていたのに対し、有泉の経営参加論の前提である労使協同体論の場合は、一九四九(昭和二四)年の労組法改正以後、そのような主張を直接的かつ積極的に発言することはなくなっていた。<sup>(36)</sup> そのような基本認識は、有泉にとって当時の社会状況のなかで、いわば一時的な昂揚感をもつてのべられたものであるのか。それとも議論それ自体としては、後景へと退いていったとしても、有泉の内面において以後も維持されていたのかもしれない。<sup>(37)</sup>

(2) 有泉「労働争議の法理」(一九四八)——争議行為に関する歴史的接近方法——  
 つぎに『労働争議の法理』(白日書院)は、東京大学社会科学研究所の「研究叢書2」として刊行されたものであるが、その原型は一九四七年五月に行なわれた「第六回東大公開講座」での三回にわたる講演録をもとに、同年「五月から十月までの半歳を手許であたためて」(傍点は原文)いたのを活字化したものである。<sup>(38)</sup> 本書は第一章「序説」と第二章「労働争議の法理」との二部構成である。第一章では「労働法の変遷」(第二節)を踏まえて、



イギリスと日本における「争議権の沿革」と「労働争議の社会経済的構造」(第四節)に言及されている(三一—七二頁)。これに対し第二章は、戦前来議論され、また当時現実に問題となったり、さらには、近く提起されるであろう労働者・労働組合の争議行為(官公労働者の争議行為と公益事業関係におけるそれが生産管理と並んで重要な課題となっていた)と使用者の対抗行為や紛争解決に関する法解釈のあり方がのべられている(七三—一七三頁)。このように両章をくらべたとき、それぞれにさほど違いはないほどの紙幅が当てられているのが特徴的である。ただし「序論と本論とがバランスを失っている」(「後記」一七五頁)ことは、著者自身も自認するところである。本稿の関心から取り上げるのは、主に第一章「序説」の部分である。今一度、該当部分(第一章)の目次構成をさらに詳しく紹介する。

## 第一節 まえがき

### 1 心がまえ

## 第二節 労働法の変遷

2 前史／3 経済法則と労働力の売価／4 労働保護立法の誕生／5 労働保護立法の限界／6 自主的労働法の誕生／7 自主的労働法に対する市民社会の要求と労働者階級の主張

## 第三節 争議権の沿革

8 争議権の法認／9 争議と協約と労働法／10 イギリスにおける争議権の歴史(1) 団結禁止時代(2) 保護立法(3) 団結権の獲得(4) 争議権の獲得／11 我が国の争議権の歴史(1) 禁圧時代(2) 争議権の法認へ(3) 終戦以後

## 第四節 労働争議の社会経済的構造

## 12 争議の本質／13 労働者相互の競争関係とその規制／14 使用者との対抗関係

前稿「生産管理の法理」後段に続いて、有泉は何故法の歴史的研究を重視して、とくにイギリス法における労働争議法の展開に言及するのであろうか。有泉は本書の冒頭で「心がまえ」として、それは当時「法学一般について強く主張されているところである」「歴史的、比較〔法〕引用者〕的な観察をも心がけたい」とのべている<sup>(39)</sup>。その理由として、有泉は、労働争議問題が「世界史の進行のさ中で、それとの関連」で解決しなければならぬことと、「後進国日本が、謂ゆる民主化の一重要課題として、後れを取り戻さねばならない領域である」ことをあげた。このうち後者については、「遅れた国」「進んだ国」との対比が当時の有泉を捉えた心情として本稿でも注目してきたことである。しかしここで重視したいのは前者の言である。しかし、これだけを一見しただけでは、有泉がいわんとしたことは容易に理解しがたい。これは日本国内だけではなく、提起された課題を世界の国ぐにとの同時代的進行のなかで考察・検討されねばならないものであるとか、社会の歴史的發展法則の必然性に依拠した議論をしなければならぬとのことを意味しているであろうか。結論的にいえば、いずれも違うように思われる。有泉にとっては、むしろ戦前からの自らの解釈方法論に基づき、それを労働法学の領域、とくに争議行為の法的構成について具体的に応用ないし適用することにより現実妥当な解決が示されるべきことをいわんとしているのではなからうか。すなわち有泉が京城帝大時代に発表した論考に「不法行為理論の操作的構成」京城帝大法学会論集一二巻二号(一九四一)というものがある。有泉は同稿が旧植民地であった朝鮮の地に設けられた大学の紀要という「発表機関が特殊のものであった」ことから、「多くの人の眼にふれなかつたか」と思うとして、戦後その原型のまま

に、同名の著書として刊行している。<sup>(40)</sup> そのなかのほぼ冒頭部分で、有泉はつぎのようにのべている(一四頁)。

「一般的に不法行為法が古代から現代まで進化発達して来た過程がこの具体的な法の生成の過程の中に再現されていないであろうか。或は再現することが出来ないであろうか。それは丁度具体的個別的胎児が『単細胞から人類へ』の人類一般の進化の過程を再現している」と云われるように。只両者はその行き方を逆にすること云うまでもない。茲で我々は現代の判決手続の中に不法行為法一般の発達史を見るのではなく、後者から前者を構成しようと云うのである。すなわち不法行為法発達の全歴史を跡づけて見て、その発達の過程をそのまま個別的事件の処理に謂わば動的操作的にあてはめて見る。そうすると案外今まで相矛盾して見えたものも統一せられ、区別を立てたために却って処理の自由を妨げた諸事情が後退して、全体として統一ある不法行為法が構成されるのであるまいか」(傍線は引用者)。

右記引用文では、いまだわかりにくいかもしれない。有泉は、後日「争議権という権利」労働法律旬報一〇〇号(前掲「労働争議権の研究」所収)のなかで自らの方法的立場について今一度、つぎのように繰り返しのべている。多少長くなるが、有泉自身の言葉で語ってもらふことにする(七九—八〇頁)。

「私は、裁判は具体的な事件について何が法であるかを宣言する(rechtsprechen)ものであると考える。そうして胎児が母親の胎内で人類進化の歴史を繰返す〔の〕と同じように、一つの裁判が下されるまでには、裁判官の頭のなかで、認識すると否とに拘らず、法の進化の歴史が繰返される。そこで、法の進化の歴史をわかりやす

い筋道をつけてやることは、裁判官が歴史の方向に副った判断をする手助けになる。例を不法行為にとつてみれば、当初は他人に損害を加えた者はその被害者に対して無条件に責任を負った(絶対責任)。やがて加害者側に加害行為が無過失であるという抗弁 excuse と、権利の行使であるという正当づけ justification が認められるに至る(過失責任と権利本位思想)。ところがさらに発展して、無過失でもなお責任を負い(無過失責任)、権利の行使も必ずしも正当づけとならない場合(権利濫用)も認められるに至る。ところで裁判官は、不法行為事件の判断に当って知らず知らずのうちにこのような歴史的發展を、判断形成の途上で繰返している。これが私の考え方であつて、このような筋道によつて、無過失責任と権利濫用の法理がはつきりした地位が与えられるであろう。／争議権の判断に当つても同様であつて争議権の歴史がふり返られることによつて、争議権の法の体系における地位が明らかになる。そうしてその発展の筋道は、かつて違法とされたものが、そうして今日でも市民法体系においては違法とされるものが労働法の発達によつて適法とされるに至つたものであるということ、この筋道を明らかにすることは、抽象的に、現行実定法上争議権が権利であると強調することにおとらず重要なことであろう<sup>(4)</sup>。

有泉は『不法行為理論の操作的構成』の「序」二頁において「そこで取られた方法、とくに歴史的發展の比較を通じて、異なる法の体系を理解するという行き方は、今もわたくしの研究の指針としているところである」とのべている。すなわち日本の労働争議法について論じるに際し、何故に「異なる法の体系」のもとにあるイギリス法の歴史を示したのかといえ、それは有泉がそのことを通じて、現在の争議法理解のあり方について、胎児の母体内での成長が『単細胞から人類へ』の進化の過程を再現しているのと同様に、具体的事案の解決を求められた裁判手

続の過程において、その解決策を検討するなかで歴史的発展過程のすべてが集約的に明らかになると理解していたからである。そして有泉における争議行為の違法性阻却という理論構成は、このような解釈方法論から論理必然的に導き出されたものなのである。そこで次章で、このことをさらに検討してみたいと思う。

- (1) 同稿はのちに、有泉『労働争議権の研究』(御茶ノ水書房・一九五七)一九一頁以下に収録された(以下、引用は同書による)。
- (2) 有泉亨『労働組合の争議戦術』(総合労働研究所・一九七五)二二六頁。なお、このような有泉の生産管理定義は、秋田成就「戦後の労働法学論争/生産管理」季刊労働法五八号(一九六五)一一四頁以下のそれ——「労働者団体が使用者の意思に反して工場事業場その他の設備資材を自らの占有下に置き、使用者の指揮命令を排除して自ら企業の経営を行うこと」によって争議の目的を達成する争議手段」(傍点は原文)——と(傍線部分をのぞいて)ほぼ同じである。
- (3) 読売争議については、従来多くの文献がある(佐野・後掲書六九五頁に文献一覧が付されている)が、山本潔「読売争議(一九四五・四六年)——戦後労働運動史論第二巻——」(御茶ノ水書房・一九七八)がもっとも大系的である。なお正力松太郎に関する評伝である佐野真一「巨怪伝・正力松太郎と影武者たちの一世紀」(文芸春秋・一九九四)と、戦前は電通(日本電報通信社)特派員として八年間ドイツに滞在し、在独日本人らによるベルリン「社会科学研究会」(加藤哲郎「ワイマール末期の在独日本人の社会科学研究会」大原社会問題研究所雑誌(一九九六)一頁以下参照)に参加し、反ナチス記事を多く日本に送ったことからドイツを国外追放となり、戦後は読売争議を指導した組合委員長で、のちに宮城県釜石市長となった鈴木東民の評伝、鎌田慧「反骨・鈴木東民の生涯」(講談社文庫・一九九二)の二冊は、いずれも読み応えのあるもので併せて参照されるべきであろう。
- (4) 戦後初期、このような争議戦術が採用された背景として、経営者の「生産サボ」があったとしばしばいわれる(たとえば、兵藤・後掲書四五頁)。すなわち当時、物価が騰貴するなか、経営者は製品を作るよりも、手持ちの資材をそのままに価格上昇を待つ方が利益が上るとして生産再開をサボっていたとき、ストライキでは効果がないがゆえに、生産管理が争議戦術として採用されたのである。しかし二村一夫「戦後社会の起点における労働組合運動」坂野潤治ほか(編)日

本近現代史・構造と変動4「戦後改革と現代社会の形成」(岩波書店・一九九四)六二頁は、読売、京成、高萩炭鉱、東宝で「生産サボ」がなされた形跡はないし、そもそも新聞、電鉄、炭鉱および映画で「生産サボ」は意味をなさないのでないかとのべている。むしろ上記の争議に共通するのは、経営者に対する従業員らの不信と怒りであった。すなわち経営者、とくに大企業においては、敗戦後、軍需の喪失、空襲による被災、機械設備の老朽化、工場の接収への懸念、集中排除法による企業分割、原材料・資金難などの問題を抱え、明確な経営方針を示すことができないでいた。これに対し、職員や役付け工など自らの人生を企業に託していた人びとは、会社の将来に不安を感じていた。確かに、これら当初の生産管理(業務管理)の例の場合は、そのようにいえよう。さらに同前書六三頁は、生産管理は当時ストライキよりも、企業業績に悪影響を及ぼさず、管理職を含む従業員全員から支持され、さらに社会的な理解も得られやすかったことをあげている。このような側面については、従来から多くの論者により指摘されていたことである。その背景には、戦時から続くインフレにより、職員と工具との待遇格差があまり意味をなさなくなり、利害の共通を感じさせていた(兵藤・後掲書四四頁)ということもあつたのであろう。

- (5) 森長英三郎「生産管理」新労働法講座四「労働争議」(有斐閣・一九六七)一六八頁。なお前田達男「戦後日本における団結の『積極的承認』とその政治過程」金沢法学三二卷一―二号(一九九〇)一一―一頁には、一九四五(昭和二〇)年一〇月から一九五〇(昭和二五)年九月までの「生産管理闘争月別発生件数」を折れ線グラフで示した表が掲載されており、そのような争議戦術・形態が一九四六年前半をピークにその後、急速に減少していくことを視覚的に明瞭によく理解できる。また山本潔「戦後危機における労働運動―戦後労働運動史論第一巻―」(御茶ノ水書房・一九七七)一三六―一三七頁には、一九四五年一〇月から翌四六年六月までの主要な生産管理闘争に関する一覧表が付されている。なお同前書一五一―一五三頁は、わが国敗戦直後の生産管理闘争が「民主人民政府樹立」を掲げた「大衆示威」と結合しつつあつたにもかかわらず、挫折した「いまだ幼弱なものにとどまった」：工場ソヴエトの萌芽形態」であつたと捉えるものである。しかしそのような理解には、否定的な者が多く、異論が表明されている(たとえば兵藤剣「労働の戦後史」上(東京大学出版会・一九九七)四八頁は「山本の解釈は、歴史を担った運動主体の思考様式を不問にしたまま、己の史観を基準にして運動主体の行動に意味付与をしていくという仕方に陥っていないだろうか」とのべている)。

- (6) 兵藤・同前書三六頁。

- (7) 本稿は、さらに後に未弘「労組問答」(政治経済研究所・一九四八)一〇三頁以下に収録された(以下、引用は同書によ

る)。なお同前稿とはほぼ同時期(同年一月二八日から二月五日まで)、読売報知新聞紙上に、「労働組合の指針・末弘博士を囲む座談会」(全八回)という連載記事が掲載された。それは、初めの二回分は末弘が労組法の内容について概説し、残り六回分は座談会参加組合(一一組合)代表からの質問に末弘が応じるという構成であるが、やはり争議行為、とくに生産(業務)管理に関連して言及するものが多かった。

(8) 片岡昇『現代労働法の理論』(日本評論社・一九六七) 八六頁。

(9) 遠藤公嗣『日本占領と労使関係政策の成立』(東京大学出版会・一九八九) 一四五頁は、このようなGHQの生産管理についての対応は、その内部での合法論・違法論の対立の結果、やむをえず採用されたものではないかと述べている。なお同前所によれば、合法論に論拠の一方は、一九三〇年代中頃、アメリカ・ミシガン州のGM工場などにおける座り込みストライクダウン(strike-down)に関する合法論からの推論(ただし連邦最高裁は、ファンステール事件 *NLRB v. Fansteel Metallurgical Co.*, U.S. 240 [1939]) を、これを違法とした。詳しくは、拙稿「職場占拠法理の研究」(『亜細亜法学』一八巻) 三〇号(一九九四) 一六九頁以下およびそこで引用している文献を参照)であり、他は、本文で紹介した末弘による合法論の唱導であったという。これに対する違法論はいうまでもなく、所有権侵害論に基づくものであった。このことは、竹前栄治『戦後労働改革・GHQ労働政策史』(東京大学出版会・一九八二) 八七―八九頁によりすでに指摘されていた。なお併せて同『増補改訂版GHQ労働課の人と政策』(エムティ出版・一九九二)も参照。

(10) 以上、森長・前掲論文二六八―一六九頁。

(11) 森長・同前論文一六九頁は、同月四日と九日にGHQ経済科学局労働関係部長コンスタンティン(「コンスタンティン」)が原音に近いのか、今日ではそのように表記する者が多い(引用者) 少佐が、生産管理の合法・違法は日本の法律が決定すべきであるとしたことを、GHQが生産管理を容認したとの趣旨で言及している。しかし今日では、むしろそれは違法とする日本政府の態度を支持することを意味すると解されている。遠藤・前掲書一七二―一七四頁によれば、それはGHQ労働課内部の人事異動の動向を反映したものであったという。

(12) 本稿も、末弘・前掲『労組問答』一一八頁以下に所収されている。本稿の二年後、末弘はやはり法律時報誌二〇巻八(一九四八年八月)号に「生産管理雑考」なる論稿を公刊したが、それもまた同前書一二七頁以下に収録されている。なお同稿は「その行為の違法性の問題も当該争議の実情に鑑み当事者相互の相对関係に即してこれを考えなければならぬ」との「争議行為の『相对性』の理論」が示されたものである(片岡・前掲書八七―八八頁)。

(13) 当時磯田は、中国・上海で召集解除されたあと、一九四六(昭和二一)年五月に復員・帰国したのち、家族の疎開先であった秋田県鷹巣町(現・北秋田市鷹巣「たかのす」か)に在住し、同年末「政治経済研究所」に職を得るまでのあいだ、秋田県内さらには山形県で労働組合から講演依頼や労働相談に応じたりしていたと、自身のべている(語り手・磯田進/聞き手・氏原正治郎ほか/司会・秋田成就「座談会・労働法研究の回顧」磯田還暦記念『農村と労働の法社会学』(一粒社・一九七五)四一四—四一八頁)。

(14) 後年、有泉はこのことについて、個別企業レベルでは「革命的なできごと」であるが、組合の地位は企業の所有者と「合体」していたのではないかとし、それは管理職をも参加していた当時、組合は使用者と団体交渉をする独立した団体というよりは、「企業そのものの一機関」ではあったがゆえに可能であったとのべている(同「経営参加の理論」『専門講座労働法』第五巻(労働法懇談会・一九五四)一四一頁以下、一六四頁)。それは反面、そのような特殊事情がなければ、成立しえないということなのであろうか。

(15) 有泉はのちにこのような議論を展開するに際しては、戦時中に他社と合併させられた会社の旧幹部が合併会社からの分離は可能かどうか、その際には幹部も労働者も含めて生産管理はできないものかとの相談を受けたことに着想を得たとのべている(磯田進ほか「座談会/戦後労働法理論の発展」法律時報一八巻九号(一九五六)五三頁〔有泉〕)。すなわち「企業というものが一定の性格をもっていて、労働組合がそこに居坐わる、それが生産管理であり、それは企業が所有者から遊離して動き出すのだというように考えて、企業の側から理論構成を試みたのだ」と説明している。

(16) 浅井清信『労働法学』(評論社・一九四八)二〇八頁は、『労働者が平常通り自分の職場で働くことは合法行為であって、之を不法占拠と認める訳にはゆかない』との末弘「政府の生産管理政策」法律時報一八巻七号二頁について「現行法律秩序のうちにおいては企業所有権とこれに根ざす企業管理権能が、労働者の手に與えられていないかぎり、…(このような)論述だけでは生産管理における企業占拠の合法性のための充分な説明とはなるまい」とし、また有泉の「この引用箇所について、その「企業の内部における一種の自己運動」との意味が「私にははっきり分りかねる」とし、併せて生産管理により占有侵奪にあたらなければ、事業主からの返還もありえないのに、それに応じないときは所有権侵害にあたるとするのは矛盾している(同前所)とし、さらに企業内部の構成分子である労働者たちもその団体意思により企業の生産手段を事実上支配し、占有成立に必要な所持をすることができるのではないか(二〇二頁)と批判している。なお浅井の生産管理の法的評価に関する理解がいかなるものか、捕捉するのがいささか困難に感じるが、それはつぎ



のようなものであろう。すなわち「ストライキが争議手段として何等効果がない場合或は労働者が財政的理由からストライキをなすことが著しく困難な場合には争議行為として生産管理を行うことは許されなくてはならない。……こういった場合にはストライキを合法的な争議手段と認められていると同じ理由で生産管理を合法的なものとして許容すべきである」とする(同前書二二五—二二六頁)。これは要するに、「一種の緊急避難説」(藤田・後掲書一五二頁)と解するのが適当なのであろうか。

(17) このような論理の運び方は、後年、横井芳弘「職場占拠の正当性」季刊労働法三八号(一九六〇)三四頁以下のなかで再現されている。すなわち同稿は職場占拠が現実機能としてはピケッティングと同じであるけれども、「物権的支配」をもたうことから、独自の課題に込めなければならぬとする。そこで、まず争議行為としての職場占拠が占有権を侵害しないとの根拠として、争議中も従業員としての地位の維持をあげ、まったくの第三者による占拠と区別すべきであるとす。その際に同前論文四三頁〔注〕4は、自説を補強するために有泉の「企業占有論」を引用している。ついで職場占拠の所有権侵害性については、使用者の利益代表者の入構を阻止しないかぎり、労働者・労働組合の職場占拠活動により妨げられるのは、生産施設と労働力と結び付いて、実現されるべき生産活動であつて、所有権本体が侵害となることはいとしてゐる。ただし労働力と生産手段が労働者の意思を媒介にして結合することにより、資本としての機能侵害を阻害するかがざり、工場施設等の所有権を侵害するものではないとする後段部分の発想と論理は、やはりピケッティング法理そのものである(「拙稿「職場占拠法理の研究」(一) 亜細亜法学二六巻一号(一九八三) 四九頁および同「積極的争議行為の正当性」角田邦重ほか(編)「労働法の争点」(第三版)〔有斐閣・二〇〇四〕八六頁を参照)。

(18) 蓼沼謙一「戦後法学／労働法」法律時報三七巻五号(一九六五)一三〇頁が有泉について「生産管理の正当・不当の問題についてユニークな見解をいち早く発表……された」と評しているのは、この部分を指してのべているのではないだろうか。なお有泉の「生産管理の法理」が発表された当時、吾妻光俊「終戦後における法学界・判例の回顧／私法学界」法律時報一九巻一三三号(一九四七)二七頁は、「企業占有という「その特異な視覚に既に問題があり」——ただしいかなる「問題」があるとするのかは不明——、また「充分の論証を欠くきらいがある」としながらも、当該課題について法理論的に接近したことでは「注目されるべきもの」としていた。

(19) これらについては、まず一九三〇年代の戦間期、ほぼ時を同じくして、一方はCIOの組織拡大運動の過程で生じた、自動車やこれに関連するゴム(タイヤ)産業における座り込みストに関するアメリカで、もう一方は一九三六年の人民戦

線内閣成立前後のフランスにおいて、見られた議論である。詳しくは、拙稿・前掲「職場占拠法理の研究」(一)―(三) 亜細亜法学一八巻一号四三頁以下、二号一六九頁以下および一九巻一―二七七一頁以下を参照。

- (20) 石井照久「新憲法と労働」新憲法大系六『新憲法と労働』(同「労働基本権」〔有信堂・一九五七〕所収二四―二五頁)も、このような側面に着目していたように思われる。また同前所は争議は雇用関係の存続するなかで、使用者の労務指揮権が「暫定的に停止せられることを許容する」ことに本質があり、その点では、生産管理も、ストライキや怠業とかわらず、「債権法的」関係における違反行為の域」を逸脱するものではないとしていた(藤田若雄『日本労働争議法論』(東京大学出版会・一九七三)一四五頁参照)。

- (21) 有泉・前掲論文発表以後の生産管理論争の推移については、本稿の考察対象範囲を超える。当時の議論については、秋田・前掲「戦後の労働法学論争/生産管理」一一四―一九頁が簡にして要をえた概観を行なっている。また生産管理戦術の現代的可能性を論じるものとして、吉田美喜夫「生産管理」現代労働法講座5『争議行為』(総合労働研究所・一九八〇)一九六頁以下があり、戦後日本の争議権論史のなかで総括的に検討する主要な文献は、同前論文二〇九頁(注)5に引用されている。また裁判例の展開については、沼田稻次郎「生産管理」総合判例研究叢書『労働法』(2)(有斐閣・一九五八)一一九―一四九頁を参照。またそのような争議形態が現実にはほとんど見られなくなつてから違法との判断を示したアメリカ連邦最高裁フアンステール判決に相当する山田鋼業事件(最大判昭和二五年一月一日刑集四卷一一号二二五七頁)と愛光堂事件(最大判昭和二六年七月一八日刑集五卷八号一四九一頁)を中心に、「戦後のわが国の『労働と法』の歴史」すなわち「労使関係と法との相關的展開」に着目するなかで、これらを取り上げている藁沼謙一「生産管理の正当・不当(大法院判決巡歴)」(一)(二)法学セミナー二九九号、三〇〇号(同著作集第IV巻「争議行為」(2)(信山社・二〇〇六)二三五頁以下)も併せて参照。

- (22) 片岡・前掲書八九頁。そして同前書九一頁は、有泉の生産管理論が争議権と所有権との原理的対決を貫徹させることにより、労働法独自の理論構成ないし体系化を積極的に推進するのではなく、「争議権の領域の漸次的かつ現実的拡大を図ろうとする傾向」が強く、そのかぎりでは、「独自の原理的体系としての労働法の理論化」という当初抱いていたであろう有泉の問題意識が十分には実現していないとの総括的論評をしている。しかしそのような理解は、有泉の企図していたこととは異なるのではないだろうか。したがって、片岡の評価は有泉に対し、いわば無いものねだりをしてるように私には、思われる。

- (23) 前掲・有泉還暦記念座談会一九五頁(有泉)。より詳しくは、有泉・前掲「労働法学事始め」一三二頁。同前稿によれば、同書を読むことにより、「知らず知らずに、労働法の領域に誘い込まれた」という。すなわち同書は労使関係法それ自体を主題として扱っているものではないが、一八〇〇年「団結禁止法」までの歴史、同法による弾圧にもかかわらずストライキの発生、一八二四年法成立の経緯と一八二五年法による「おしもどし」、一八七〇年代の諸立法、著名な「Fatt Yale 判決」と一八〇六年法の成立というイギリス労働法のあらすじを理解することができたという。本書は、イギリス法専攻者にとっては、著名なものなのであろう。私自身も、勤務する大学の図書館蔵書目録のなかにタイトルを見出して、同書を借り出して現物を手に取ることができた。
- (24) 有泉・同前「事始め」一三〇頁。
- (25) 栗田健「戦後民主主義と日本労使関係」長洲二二(編)『現代資本主義と多元社会』(日本評論社・一九七九)一四九頁および同『日本の労働社会』(東京大学出版会・一九九四)五九一六一頁。ただし二村・前掲論文五八―六一頁によれば、同じく「経営民主化」といっても、運動の担い手により、目標の重点は違ったという。すなわち現<sup>フルタイム</sup>業労働者にとつての経営民主化とは職<sup>ホワイトカラー</sup>員層との身分格差——欧米諸国の場合と同様に、職場への出入り口も違えば、食堂も異なっていたの撤廃や給与——月給ではなく、時間給や出来高給がとられた——賞与などの処遇の同列化であった。しかし、その反面、男女間の性別格差の是正にはあまり熱心ではなかったという。当時は男性のみならず、女性労働者の多くにとつても、女性の本来の居場所が家庭であるとの考えが強く、女性が企業の正規の構成員であるとは考えなかったことによるのではないかという。その是正は戦後数十年を経過しながらも、わが国では、いまだその過程の途上にあるように思われる。
- (26) 詳しくは、中島正道「戦後激動期の『下からの経営協議会』思想——イデオロギーと労働組合に関する一考察」清水慎三(編)『戦後労働組合運動史論・企業社会超克の視座』(日本評論社・一九八二)一三二頁以下、遠藤・前掲書一三七頁以下(「経営協議会指針の作成」)および兵藤・前掲書五一―五五頁等を参照。
- (27) これについては、大嶽秀夫「経営協議会の成立と変容——戦後財界による『経営権』の確立——」坂本義和/R・E・ウォード(編)『日本占領の研究』(東京大学出版会・一九八七)三四九頁以下および岡崎哲二ほか「戦後日本経済と経済同友会」(岩波書店・一九九六)第一章「経済復興と市場経済への移行/1企業民主化」一七七頁(菅山真次)を参照。
- (28) 以上、栗田・前掲論文一四八―一四九頁。なお、このことは、一九四九年七月現在の五〇例の労使協定・労働協約を分

析した野村平爾『労働協約』(法学理論篇112/日本評論社・一九五〇)によって、すでに当時から指摘されていたことでもある。

(29) 有泉・前掲「生産管理」文末(二二三頁)の「附記」で、法律時報七月号の末弘論文で「わたくしのいわゆる内在的検討がやや詳しく述べられている」としている。

(30) 同シリーズは文字通り「文庫サイズ」で頁数も少なく、かつての岩波文庫一つ星を連想させる小型本である。なお一冊目は石井照久『労働権』(一九四八・九・一〇)のちに、同『労働基本権』(有信堂・一九五七)四五―一四六頁所収)で、二冊目は吾妻光俊『労働法』(一九四八・一〇)であった。

(31) その他「附録」として「経営協議会指令——中央労働委員会(昭和二年七月)」、「総同盟経営協議会規約(例)——昭和二年一月」、「産別会議調査部団体協約基準案抄——昭和三年二月」および「王子製紙株式会社労働協約——昭和三年三月一日」が付されている(二二三―二四一頁)。

(32) 有泉はここで取り組んだ課題については、同書とほぼ同時期に刊行された労働法研究第一輯(国立書院、一九四八・一、なお同誌の続巻は現われなかった)《特集/企業における労働者の地位》九九―一六〇頁所収の「イギリスにおける経営参加運動の一断面——シヨップ・スチュアードを中心として——」で、より詳しく論じられている。

(33) 藤田・前掲書一四八頁。

(34) 我妻の「法的協同体論」については、拙稿「戦時期の吾妻光俊の軌跡——『労働力のコントロール』理論前史——」獨協法学七一号(二〇〇六)五八―五九頁で言及した。

(35) 我妻栄「債権各論」中巻二(岩波書店・一九六二)五四三頁。

(36) このようにわずか数年のあいだに、GHQの政策転換を背景に労働側と使用者側・政府との対抗関係は大きく、後者へと重点が移動していくなかで、経済復興・再建が実現されていった。その画期となったのは、いうまでもなく一九四九(昭和二四)年六月施行の改正労組法であった。そして経営協議会の機能も、それにとまない自ずと変質していったとされる。西成田豊は「拘束された経営権」(山本潔)という観点から、敗戦直後のわが国労使関係について、石炭産業(「占領期日本の労使関係——『拘束された経営権』の問題を中心に——」中村政則〔編〕『日本の近代化と資本主義・国際化と地域』(東京大学出版会・一九九二)一八九頁以下)および鉄鋼産業(「戦後危機と資本主義再建過程の労使関係——日本と西ドイツの比較史——」油井大三郎ほか〔編〕『占領改革の国際比較・日本・アジア・ヨーロッパ』(三省堂・一九九

四「一三二頁以下」を対象に、具体的には、経営協議会の機能変化を追跡している。

(37) 有泉・前掲「労働組合の争議戦術」二二六—二二七頁では、労働者が日常的に出入りし、働き、またそこで労働組合が組織され、使用者がこれを承認している事実から、職場内で組合集合が開催されても、ただちに違法とはされないし、一方労働契約中、労働条件・待遇に関する部分は争議中、停止するが、従業員たる地位を設定する部分は依然として効力を維持することから、使用者の所有権なり、施設管理権が「生のまま」では、出てこないとのべている。このような記述の背後に敗戦直後時の議論との整合性をあえて見出すこともできるのかもしれない。

(38) 同書「後記」一七五頁。なお東大社研「研究叢書1」は、宇野弘蔵「資本論入門」(白日書房)であった。また加山宗二(「後藤藤清?」)のよう解することについては、拙稿・前掲「戦時期の吾妻光俊」四七—四八頁(注)62参照)「日本労働法学界/その過去と現在」法律文化三卷一〇・一一・一二合併号(一九四八)一六一頁が本書について、講演を基にしているがゆえに「問題をならべたてて一応の説明を施しただけのけいももの終わっている」と評しているのに対し、有泉「一九四八年労働法学界の回顧」法律タイムズ三卷二二三号(一九四九・六)四五頁が「不敏な私はあれだけのものでも」執筆に、それだけの時間を要したものであるとして、このように応えている。また加山・同前所が続けて、同書一〇九頁注(4)としてコモンズとアンドリュウスの有名な共著である『労働法原理』第四版(John R. Commons and John B. Andrews, Principles of Labor Legislation, 4th ed. [1936])五三頁の一節を引用するが、同書を参照しても、有泉が引用する文にあたる箇所をみいだせないとのべている。これに対しては、さすがに有泉も相当腹にすえかねたのか、「氏の問題とされる頁はp.53である。現に私の手許にある書物では薄いながらも」の字が読み取れる。若しそれが落ちていたとすれば、p.53となっている筈であり、けい眼の氏は五百何頁かを手許の原書で探すことができた筈である」と反論している。蛇足ながら、私自身が所持する同書は第二刷(一九四八・八・二〇)であるが、p.53のあいだにわずかながら」と読み取れる。筆名による批評は、たとえこのような酷評ではなくとも、はたして公正な態度なのかとの思いを否定できない。

(39) 吾妻光俊「書評/有泉亨氏著『労働争議の法理』」法律新報七四九(一九四九・七二八)号四二頁は、争議権に関する社会経済的背景に関連させながら、その法的问题を検討しようとする有泉の態度を「高く評価したい」としながらも、本書の「多少の瑕瑾」として、本書の長所である歴史叙述が「迫力を欠き比較的吟味が上すべりになる危険が生じて来る」とする。この点について有泉・前掲「一九四八年回顧」四五頁も「上すべりがしていることも自認するところである」と

応えている。さらに吾妻・同前書評は「最も疑問なのは、マルクシズムの成果を、その基本的世界観とは切りはなして利用される点と、マルクス流の価値論が割合簡単に法律原理の構成に適用され、法そのものの側から十分に分析されていないことである」とする。有泉は、争議権の経済構造のなかで考察するにあたり、マルクスの『資本論』からの多くの引用を用いながら説明する。しかし、それは吾妻も指摘するように、マルクスの世界観が取り入れられているのではなく、その分析の結果が応用されているということである。マルクシズムの世界観を峻拒するともに、隣接科学に対する法律学の独自性を主張する(『法社会史的研究態度』吾妻ならでは、発言といつていいものであろう(拙稿「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(二〇〇六)六九号二九頁以下参照)。これに対して民主主義科学者協会(編)『科学年鑑』第二集一九四七・五→一九四八・四(日本科学社・一九四八)第一部概説／労働法(野村平爾)一四〇—一四一頁は、本書について流通の正義のみならず、分配の正義の実現をも意図することから、『労働者は争議を通じて彼等の労働法を作りこれと矛盾する範囲において市民法をおしのける』との言を引用し、交換関係の不平等の是正・回復にとどまる「市民法の自己修正的契約主義労働法理」(末弘の「労働法のはなし」(『洋社・一九四六』)のこと)に対する適切な批判を含んでいる点で「この期間における収権の一つ」であるとして、吾妻とは対照的な紹介・評価をしている。それぞれの批評者の「立場」の違いが示されているといえようか。

(40) 有泉『不法行為理論の操作的構成』(勁草書房・一九五七)「序」二頁。なお、同書には、ほかに「英国動産法に於ける占有と所有——その史的素描——」法学協会雑誌五八巻二・三号(一九四〇)が収められている。

(41) この最後の部分は、後述するような吾妻や山中をはじめとする権利行使説への皮肉なものではないかと思われる。

(42) 有泉は後年、「労働法を正面から取り上げるのではなく、労使関係をめぐる法の実態を物語り、そこから労働法の……性格を明らかにしたい」と願った「物語労働法」という法学セミナー誌の一九七〇年四月号以降の連載稿において、第一話から第五話までの五回にわたり、三度イギリス法における「団結禁止法」から「争議権の承認」にいたる、歴史的エピソードを語っている。また有泉は「レイバー・インジャンクション」(法学理論篇148/日本評論社・一九五二)で、アメリカ連邦法における差し止め訴訟の展開についての労働法史について、のべていることも忘れてはならない業績であろう。なお、有泉『労働争議論』(北海道庁労働部労政課・一九五六)一五—二二頁でも、日本法のそれに言及する前に、イギリス争議権史についてのべられている。

#### 四 争議行為の違法性阻却構成の提唱

##### 1 争議行為の違法性阻却構成の本格的提唱——批判と反論——

有泉は『労働争議の法理』のなかで、「私の謂ゆる市民法の修正としての労働法の時代」における「争議と協約と労働法」の関係として、労使の懸案事項は「争議を経て協約によって自主的に解決されるのが本則である。……市民法上は或は債務不履行とされ、不法行為とされ、或は犯罪ともなり得るような行為までが、争議の解決を通じて違法性を阻却される」(傍線—引用者、三八頁)と述べている。なぜならば「労働法の行為規範的な性格ゆえに、争議の解決は又労働法の定立の作用を営」み、「労働者は争議を通じて彼等の労働法を作りこれと矛盾する範囲において市民法をおしのける」(傍線—同、同頁)からであるという。このような主張をさらに、詳細にかつ体系的に論じているのは、『労働争議権の研究』(一九五七)に収められている諸論稿、とくに最初の三つの論稿、すなわち「争議権」法哲学四季報四号(一九四九・一〇)、「争議権の構成について——違法性阻却論のために——」法学協会雑誌六七卷六号(一九四九・一二)および先にふれた「争議権という権利」労働法律旬報一〇〇号(一九五二・八)である(以下、引用は同前書による)<sup>(1)</sup>。さらに、このなかで最も重要なのは「争議権の構成」であり、同稿は争議行為の違法性阻却論という「通説的見解を唱導して来た」(四四頁)有泉が左右両翼と正面からという「かなり立場の違う方面から加えられ」(同前所)た批判に込めるといふ記述方法をとるものである<sup>(2)</sup>。ここでは上記論稿三者を合わせて取り扱いたいと思う。

まず「攻撃の最右翼をな」(同前所)したのは、後年札幌地裁所長時に、自衛隊の違憲性が争点となった長沼ナ  
 イキ基地訴訟(最二小判昭和五七・九・九民集三六卷九号一六七九頁)において、その第一審担当裁判官に訴訟申  
 立却下を示唆する詳細なメモを記した書簡を送り(一九六九年九月一四日)、それが裁判の独立を侵す干渉行為に  
 あたるのではないかと司法部内のみならず、社会的にも大きな議論を巻き起こした「平賀書簡事件」の当事者であ  
 る平賀健太(法務省/一九二二—二〇〇四)の「生産管理再考——組合法第一条第二項に関する新解釈のころみ  
 ——」(法律文化四卷七・八号(一九四九)七六頁以下)<sup>3)</sup>であった。それは、通常犯罪として処罰される行為も争  
 議権の行使として正当と評価されたならば、処罰されず(労組法一条二項)、また民事上損害賠償を請求されるこ  
 ともない(同旧一二条・現行八条)と解することに「根本的な疑い」をもち(同前七七頁)、「団体法としての労働  
 法の原理が市民法の原理と真向から対立するものとの見解はあまりに誇張である」とする(同前七九頁)ものであ  
 る。そして「個人としての労働者の違法として禁止される行為は、団体としての労働者によってなされてもとよ  
 り違法なのである」(同前所)とする。これに対し有泉は、その見解を要約して紹介した(四五—四七頁)あと、  
 現行労組法一条二項および八条の民・刑事免責は「当然のことを規定したものであり、ただ沿革的な意味を持つに  
 すぎないというのが氏の結論である」とまとめている。有泉の批判は、もっぱら平賀が自らの主張の論拠として言  
 及するイギリスにおける争議権の承認にいたる立法紹介の不適切さに関わるものである。<sup>4)</sup>また平賀の批判は、文  
 中、末弘・前掲「労組問答」や有泉・前掲「労働争議の法理」と並んで権利行使説にたつ浅井清信「労働法学」  
 (評論社・一九四八)をも、同列に取り上げられており、それが必ずしも争議行為の違法性阻却構成のみに向けら  
 れたものではなく、争議行為が正当と評価された場合の民・刑事免責がなされるとの理解そのものへの批判を意図  
 していたように思われる。



そこで本稿では、平賀論文についてこれ以上、紹介・言及することは省略する。むしろここでふれたのは、同前两条を「違法性阻却とみる通説」(に対する)「攻撃陣の、中央正面」(構成)「五二頁」に立った吾妻光俊の『労働法の基本問題』(有斐閣・一九四七)における議論である。また有泉を「もつとも左からの攻撃」したのは、京成帝大時代の同僚であった山中康雄によるそれである。有泉の引用を参考にしながら、これら二人の見解を要約し、それに対する有泉の反論を聞いてみよう。

1 吾妻光俊『労働法における基本問題』(一九四七)における権利行使説と有泉の反論

吾妻は争議行為の典型である同盟罷業(Ⅱストライキ)を例としてあげ、有泉と同様に、それを「近代法の体系に照して法律的な評価」をすれば、債務不履行(民法四二五条)、契約違反誘致の不法行為(同七〇九条)、さらには業務ないし営業妨害罪(刑法二三四条)など「あらゆる方向に於て違法な契機を含んでいる」(『基本問題』(以下、同)六七—六八頁)と理解している。そして「このような違法な契機は、労働法の展開に伴って漸次払拭されゆくことは、各国労働法史の共通の事態であり」、そのことは有泉が依拠するイギリス法の場合、「極めて段階的にこの経緯をたどって来ている」とする。ただし吾妻は「このような違法性の排除が個々の立法によって行われるかぎり：：また再び立法によって反対の方向へと後退せしめられる可能性が少なくない」こと、それはやはりイギリス法がよく示すところであるとして、個別立法の積み重ねによる争議権の進展には、有泉とは異なり、懐疑的である。これに対して「憲法に於て争議権の保障が行われる場合には：：争議行為はここに原理的に適法視されうることになるばかりか、寧ろその適法とされる所以が、それが権利として行使されるところに求められる」(以上、六八頁)。こうして吾妻は、結論的につきぎのように揚言するのである(六九頁)。

「争議権の保障の下に於て争議行為が債務不履行とならず、不法行為をも、また犯罪をも構成しない所以は、それが権利の行使たることに求められなければならない。債務不履行理論に関しては、争議権は債権に対して優越する法律上の効力を興えられるが故に債務不履行を構成しないのであって、一応債務不履行が成立するに拘らずその違法性が阻却されうると考うべきでないこと、「憲法」の精神にもっともよく合致し―引用者」、またそれが不法行為や犯罪を構成しないのも、争議権の保護せんとする法益が不法行為なり刑法なりの保護せんとする法益よりも優越するものと認められるからである」。

吾妻は、このようにのべている。これに対し有泉は、つぎのように反論する。すなわち憲法二八条は確かに、争議行為を含む団体行動する権利を保障するが、「だからと言って違法の契機を含む争議行為が犯罪とも不法行為ともされないことを違法性が阻却されるからであると説明して悪いことはない」とする。有泉はその例証として人を殺せば犯罪となるが、死刑執行人が職務として行なっても、殺人罪（刑法一九九条）にはならないことをあげる<sup>(5)</sup>。ただし、このような例が適切なのかいささか疑問――争議権行使は人を殺すことと同次元のものなのか――を感じ、両者の議論はすでに、すれ違っているように思われる。また有泉は「争議行為が権利の行使であることが、わたくしの見地からすれば違法性阻却の一、事由なのである。この限りにおいてそれは説明の便宜の問題にすぎない」（「構成」五五頁、傍点は原文）ともこのべている。しかしこれだけでは、正直いって反論としては消極的であり、かつ十分なものであるとも、思えない。しかし争議権の限界いかんの場面にいたると、議論は両者攻守を交代している。

吾妻は周知のように、「労働力の（集团的）コントロール」という独特な概念把握をもって、労使関係法を理解

する。<sup>(6)</sup> すなわち労働組合は、使用者が労働契約を通じて獲得し、日常的に、その支配のもとにおかれた労働者の労働力を、自らの手にコントロールしようとする。吾妻にとつては、労働争議は契約の問題として、終局的には裁判制度のもとで解決される「個々の労働関係についての紛議」ではない(有泉も、このこと自体に異論はなからう)。それは近代法の伝統的「体系のわくの外で問題となり、従つて労働法上の問題となるのは、それが個々の労働関係の決定される根本の機構にまでふれて来るからであり、∴労働力の処分ないし発動の対する労働組合∴のコントロールと、資本の側からのコントロールとの対立という原理的關係」を示している(以上、八一頁)。そして「労働組合を労働力の集团的コントロールの組織であるとすれば、同盟罷業はまさにこのコントロールの実現にほかならない」(八六頁)。それは現実には『労務の停止』という消極的な形となつて出現する。このことは労働力が「生産手段と結び付いてのみその社会的価値を実現すること、しかも生産手段は使用者によつて所有され、その所有権の支配の下に置かれることからの当然の結果である。何となれば生産手段の所有から切り離された労働階段〔組合〕の誤植か―引用者〕が、その労働力の結果をとおして、使用者に對抗しようとするとき、そこに行われる労働力のコントロールは生産手段に対するコントロールにまで展開することは出来ないものであるから、その発現は、常に、労働力に対して生産手段の所有の側から、加えられる支配を離脱するという形をとおして行われるからである」(八八頁)。それゆえに、當時法的にも社会的にも、議論の対象となつた生産管理は、労働力の・使用者の支配から離脱せしむる点では同盟罷業その他の争議行為と「軌を一にする」。けれども、「そこから進んで生産手段との結合を求め、経営の運行をはかろうとするかぎり、この離脱した労働力を生産手段と結合」しなければならず、それは「労働力のコントロールを越えた生産手段への支配を伴わずしては不可能である」ことから、違法と評價される(一〇二―一〇三頁)。

以上のように吾妻の議論は堅牢に構築されている。これに対し、有泉は「まことに見事な論理の展開である」〔争議権〕三三三頁〕と一応感心してみせながらも、「争議ないし争議権というものを別の角度から見たい」として、市民法と労働法との関係を固定的かつ硬直的に捉える吾妻説に対して、つぎのような柔軟でのびやかな主張を展開させている（同前所）。

工場で働く組織「労働者たちがこの事実を足場に使用者の市民法上の権利——『自由な所有権』と『契約の自由』——に対抗するところの争議が成立し、法が何等かの意味でその対抗行為を容認、保護するところに争議権が認められる。その争議の場に『自由な所有権』と『契約の自由』の厳格な原理を持ち込んで来たのでは争議権は成り立たない。労働者たちが毎日工場に通って来てそこで毎日の生命を支出しているという事実は十分に認識されなければならない」。

有泉は、吾妻が労働者の経営参加を労働協約を通じた労働力のコントロールの分配にとどまり、資本ないしそれ由来する経営の内面に参加するということは、「法的に一箇の不可能事にほかならない」（一一五頁）とすること、「飲み込めない」（争議権）三四頁）としながらも、つぎのように続ける（同前所）。

「仮りにこれを承認するとしても、いわば戦時状態における争議を単に平時の論理の延長を以て律することは果して妥当であろうか。使用者は労働力の上に事実的支配を行っているが、同時に労働者たちも、特に組織体として見た場合に、生産手段の上に事実的支配……を行っている。少くともその事実的支配に食い込んでいるのであ

る。労働法はこの事実支配をそのまま権利には高めはしない。しかし労働者たちがそれを足場にして使用者の市民法上の権利に対抗することを認めている<sup>(7)</sup>。

いうまでもなく、これはすでに有泉・前掲「生産管理の法理」などにおいて「企業占有論」として示されていた論理の延長線上に位置付けられるべき考え方であろう。また有泉は違法性阻却構成を「立体的に問題を処置することと捉え、つぎのような「実質的な意義」があるとする(「構成」五五頁)。すなわち私法上の諸権利は、それら保護されるべき法益相互間で程度の優劣があり、同じ平面に互いに交錯して、境界が明確でないことも多い。争議権と所有権とを対比させれば、前者が市民社会の成立時から明確な形態をもって存在してきたのに対し、後者は市民社会の進展するなかで次第に形をなしてきたが、いまだ確定的なものとはなっていない。また両者を同じ平面に對置させたとしても、土地の相隣関係のように、はっきりした境界があるわけではない。有泉は争議権が市民社会のなかでいまだ生成途上のものであることを重視する。現行労組法一条二項および八条が「正当なもの」と標識を掲げるのも、そのような事情があるのではないか。そして有泉は、労働力のコントロールが労働運動の基盤であるとして、吾妻の言に同意しながらも、企業内組合により組織された労働力は所有権と境を接しているのではなく、その上に「おおいかぶさっている」との比喩をもって説明し、「労働者たちは単純な所有権ではなく、所有権と契約関係との複合である経営機能としても所有権に対する制約を主張している」(「構成」五六―五七頁)。このようにして有泉は結論的につぎのようにのべる(同前五七頁)。

「かくて争議権は当初からその中に所有権の機能に対する蚕食 encroachment の要素を含んでいる。／＼として

どの程度までの蚕食が「法的に―引用者」容認されるかは、それぞれの国、それぞれの時代の労働法の展開の度合によってそれぞれ異なる」。

有泉によれば、争議権が所有権や契約など近代市民法において、その法的概念を明確にしているものとは異なり、いまだ確定的なものではなく、各々の国ぐにの歴史的展開のなかで、既存の法体系や法秩序との対抗関係のなかで、その法的意義を承認させ、内容を豊富化させてきたのであり、今後も、そのような発展が予想される。有泉はこのことを「蚕食」と表現している。『広辞苑』(岩波書店)によれば、それは「蚕が桑の葉を食うように、次第に片端から他国または他人の領域を侵略すること」として、肯定的な意味は示されていない。しかしここで有泉がこの文言を用いるのは、そのような否定的な意味ではないことは明らかであろう。違法性阻却構成は、争議権の市民法秩序との抵触のなかで権利行使と捉えるよりも、柔軟な対応ができることと主張しているものと思われる。確かに、吾妻は争議行為の正当性の幅を狭く捉えているのに対し、有泉はそれを広く、柔軟に解している。そのことは生産管理の正当性理解に端的に示されていた。

## 2 山中康雄の争議権論と有泉の反論

つぎに有泉がいわゆる左翼陣営からの批判として取り上げる、山中康雄の主張はいかなるものであろうか。またそれへの反批判を通じて示された有泉の違法性阻却論はどのようなものであろうか。山中の所説は「労働争議権の法的意味」労働と労働法一卷三号(一九四九・五)、「労働法の改訂と争議権」労働問題研究(中央労働学園)三四号(一九四九・八)および「市民法秩序における労働法の変革的意義」法律文化四卷九・一〇号(一九四九・九)

の一部などでのべられている。有泉が主に対応するのは、前二者である。山中の議論——有泉の「争議権の構成」六一—六五頁に引用・要約されている——はあまり論理的ではなく、脈絡のないようなものにさえ思われ、正直いって、論旨を捕捉するのが難しい。<sup>(8)</sup>ただし山中の主張は、法理学論篇108『労働争議』（日本評論社・一九五二）六五—八〇頁におけるそれが一番まとまっている。ここでは、それを参考に紹介する。<sup>(9)</sup>

山中も、吾妻および有泉と同様に、「労働争議ほど、いろいろな意味で、市民社会的基本権と衝突するものはない」（同前書（以下、略）六九頁）ことを出発点とする。争議行為が使用者の正常な業務運営を阻害せざるをえないものであるかぎり、「民法や刑法を形式的にあてはめて考えるならば、つねに民法や刑法上の有責事由とならざるをえ」（七〇頁）。違法性阻却事由として、『正当なる争議行為』を考えるとというのは、市民社会法のなかに例外的なものとして論理的に構成しようとするものであり、正当防衛や緊急避難と同じく、行動の動機・態様、経緯、相手に加えた損害の種類・程度など「いろいろな事情を考慮して、争議行為の正当性を認定しようとするもの」として、市民社会的基本権の不可侵性を強調する結果、争議行為にたいし違法性阻却事由たることを認定するための合格点は、極めて辛いであろう（七一—七二頁）——。ここに示されているのは、山中の「市民社会法——むしろブルジョア法というべきか——への、根底的な不信とでもいうべきものであろうか。正当防衛や緊急避難などの違法性阻却事由が他からの侵害に対する受動的なものであるのに対し、『正当なる争議行為』は、人たるにあたいする労働条件を獲得するためのものという能動的なものである。前者が消極的な違法性阻却事由に過ぎないのに対し、後者はそれ自身社会正義実現のための手段であり、積極的な適法行為である（七四頁）。つぎに争議行為の正当性判断に際し、「いっさいの事情を資料として、精密になさるべき」との処理態度は「使用者に打撃をあたえ、団結の威力を示す」もつとも効果的な時期・方法を労働運動の歴史のなかで培われてきた労働良識をもつ

て考慮・決定する争議行為に相応しくしない。使用者との権衡がとれないとして、過剰防衛、違法評価とならざるをえないではないか(七五―七六頁)と山中はいう。こうして山中は、自らの立場をつぎのように提案する(七六頁)<sup>(10)</sup>。

「それは要するに、正当なる争議行為ということは、たとえ違法性阻却事由としてみずに、適法行為として、とりあつかおうとするものであり、それは、労働運動の歴史のなかにおのずから現われてきている労働常識となっている争議行為であつて、かつ、資本制社会のなかにおける争議行為として最小限度に当然おわねばならぬ制約をこえぬものをさすというように、理解する立場である」。

山中は、市民法が争議行為を通常違法なものとして扱い、特殊例外的に——違法性阻却事由が見出される場合のみ——適法とするのであるから、その正当性判断は、当初から市民法による評価それ自体をはじめから排除することにより、適法なものとして取り扱おうではないかと提案する。このようにそれは、争議行為と常識上捉えることができるものは、それと同時に争議行為として正当であるという素朴な考え方である。有泉も、山中の「主張の核心」が「一言にして言えば、およそ争議行為であると常識的に言いうる限り適法であつて、所有権侵害に問われることはない」(「構成」六四頁)ということであるとして、皮肉をこめ、かつ生産管理を念頭においてであろうか、つぎのように続ける。「労働運動の行くところ所有権に何の抵抗をも認めないブルジョア・デモクラシーはいまだかつてどの国にも存在しなかつた。……現在の段階において解釈論のなしうる限度は労働争議の正当性の評価に労働者の法意識を持ち込む通路を確保し、これによって所有権の体系を徐々に圧縮し、所有権の暴力を制御し



て行くことにあるのではあるまいか(同前所)と。確かに、争議行為が社会正義を実現するための積極的なものとして、理解しようとも、その正当性評価の判断を結局は主観的「労働良識」「労働常識」に委ねるといふのは、あまりに楽観的で、また法的安定性に欠けるといわざるをえない。

### 3 争議権の法的性格理解と有泉・争議権論の小括

違法性阻却論の有用性を説く有泉の戦後労働法學上、とくに争議行為論についての最大の功績は、その法的性格を明らかにしたことである。有泉は「争議権という権利」(初出：労働法律旬報一〇〇号)という小さな論稿のなかで、つぎのように論じている。すなわちイギリス法の議論を参考にしながら、*right* といっても、多様なものが含まれるとして、争議権が *claim-duty* の関係でも、*power-liability* でもなく、*exemptions* のなかに入る。そして *immunity* か *privilege* のいずれかであるが、結局は「一般に、禁止されている特別の財産上の利益を享受できる地位、又は特に特定の負担から解放される地位」である「特典(特免)であり、特別の恩恵」あるいは「一般原則では禁止されていることが特定の人に解放され一般人に許されないことが特定の人に許容されている」*immunity* を意味することを導きだしたのである(以上、七七―七八頁)。そして、このような争議権の法的性格理解については、その違法性阻却構成に反対する者でさえも、支持している。

戦後初めて公開した「生産管理の法理」以来、『労働争議権の研究』にいたるまでのあいだの諸論稿のなかで示された有泉の争議行為論の特質は、以下のように要約できようか。すなわち胎児が母親の胎内で人類進化の歴史を繰り返すように、争議権の歴史がふり返られることよって、争議権の法の体系における地位が明らかになる。それは、かつて違法とされたものが、そうして今日でも市民法体系においては違法とされるものが労働法の発達に

よって適法とされるにいたったことが理解できる。それゆえに有泉においては、その歴史的展開を重視することになろう。有泉は、そのことをイギリス法を例にとつて、争議権が市民法(理)のなかに生まれ、異質なものと捉えられながらも、その地位を獲得し、さらにはその立場を強固なものとしていったことを重視している(戦後わが国における憲法上の労働基本権保障のもとでの法体制は、欧米諸国での一世紀半の歴史を一举に圧縮して、現実化したものであった)。そして法は常に発展しているが、市民法上の「契約」「所有権」などは異なり、争議権はいまだ生成・発展の過程にある。争議権は同じく市民社会における権利であっても、所有権や契約などとは、次元の異なるものとして併存していることから、それに関する法的構成については、これを違法性阻却と捉えることにより、柔軟な処理が可能となるのではないかと。そして、このような理解は、その後も、有泉のなかで生き続けたように思われる。

## 2 権利行使説からの新たな批判——蓼沼説との比較——

有泉は争議権が生成途上の権利として、かいこが桑の葉を食べて成長するのと同様に、近代市民社会のなかに、しだいにその地位を獲得し、さらに強固なものとなっていく(蚕食)と捉えている。これに対し吾妻は有泉とは異なり、通常の財産取引を想定して構想された市民法理がそれとは著しく性格の異なる・労働関係については適用されるべきではないとする。このような基本的考えに基づく吾妻の発想——使用者と労働組合とのあいだで労働者らの有する労働力を、「どちら」が、「いかなる場合」に、「どのような方法で」自らの支配領域のもとにおくのか——は、労働法制の整備された戦後にいたつて初めて抱懐したものではなく、戦前にナチス期のドイツ労働法およびその法理を考察したとき以来、堅持してきたものである。そのような考察の前提は、ドイツ経営共同体や戦中わ

が国の統制経済のもとにあった皇国勤労体制と、現行憲法二八条において労働基本権が保障され、それを具体化した労組法が制定された戦後社会との制度枠組みは異なっている、その根底にあるものは同じであるように思われる。それは労働力以外の商品交換と労使間の労働(力)をめぐる取引とを異質なものとして、着目したことである。そして吾妻が示した争議権論における市民法的な評価の排除に関して、これをさらに徹底して追究する——ただし「労働力の(集团的)コントロール」理論はとらない——ことにより、有泉の争議行為論を真つ向から批判していった者がいた。それは、吾妻の弟子である蓼沼謙一(一九二三)であった。

蓼沼はその初期の作品である「罷業権の生成過程——アメリカ資本主義の生成過程と労働争議法理の展開——」(一九五二)<sup>(1)</sup>のなかで、つぎのようにのべている(当時蓼沼は大学院特別研究生から専任講師になって間もない頃であった)。

有泉・前掲「争議権の構成」は「争議権の内容を積極的に定立することが過去、現在、未来にわたって常に流動的な市民法秩序と争議権との對抗関係を窮屈に固定してしまうことを恐れておられるようである。たしかに争議権の生成発展過程は争議行為の違法性阻却の範囲拡大の過程であったし、今後もそうであろう。しかしこの對抗関係の本質を、……市民法の宗主権のもとにおける市民法意識と労働法意識……の對抗関係とされるだけでは……、正当争議行為の範囲の問題も、進歩的な社会通念を究極のよりどころとせざるを得ないのではなからうか。……私にとつての問題は、かような労働者法意識の前進が争議権の根柢づけとして如何なる法理を生み出してきたか、の考察に立脚して、争議権の法理論的な本質根柢、所有権の体系との對抗関係におけるその法理論的構造を明〔ら〕かにすることである」。

これは、蓼沼から有泉に対して示された、いわば挑戦状あるいはマニフェストとでも、表すべきものであるように思われる。有泉が山中康雄を批判するに際し利用した論理をもって、今度は逆に、有泉が批判される側へとその立場を反転させられている。このあと蓼沼はとくに一九五七（昭和三二）年から一九五八（昭和三三）年にかけて、相次いで公開された諸論稿<sup>12</sup>において、本格的な争議行為論を展開することになる。その基本的な考え方と思われるものを、有泉と相違すると思われることに留意しながら紹介してみよう。

まず争議権の歴史的生成・発展過程の「論理」を重視する点においては、蓼沼と有泉とのあいだで実現すべき「課題」を共有しているものと思われる。ただし有泉がイギリスにおける争議権史を知ることを通じて、その典型が理解できるとしたのに対し、蓼沼は一方ではアメリカ法におけるそれ（前掲・長短二つの「罷業権の生成過程」）に加えて、他方では、イギリスおよび大陸法系に属する独・仏西国における争議権承認にいたる第二次世界大戦後までの歴史（とくに「争議権——歴史及び性格——旧労働法講座三卷『労働争議』（有斐閣・一九五七）参照）については、繰り返し、争議権が各国において承認されるに至った過程を追跡している。

つぎに有泉は、その労働者権が労働運動の進展によって蚕食的に市民法領域で合法性の範囲を拡大し、その時どきの制定法により、自らの地位と権利を確保してきたことを示し、今後もそのような権利の伸長がなされるであろうことを確認する。その際に有泉は、労働者の争議権が近代市民法と同じ次元に存在し、またその延長線上にあるものとして位置付けている。これに対し蓼沼の場合は、たとえ争議権が違法性阻却の論理をもって、その権利の存在と拡大を実現してきたとしても、争議権は民事の両方の場面において市民社会のなかに張りめぐらされている「市民法の網に抵触・衝突」せざるをえず、市民法的には自ずと違法なものとして評価されざるをえないことになるとする。なおこの場合、有泉がいう「市民法」は歴史的に労働者らの権利主張を通じて、しだいに伸張したこと

により「蚕食」され、変容し、現在そして将来も新たな展開をするであろうものとして捉えられている。これに対して、蓼沼がその議論の前提とするのは、本人自らもいうように労働法学、とくに争議権とのいわば非和解性を説明するに際して、対比されるべき資本制社会成立当初の時代のそれを想定した「古典的」「理念的」な市民法であるように思われる。その意味では、両者の議論の出発点ですでに異なっているともいえる。蓼沼によれば、法が争議権を承認し、さらにわが国のように、憲法上の権利として承認されたことの背後には、一方では、総資本の側からの労働組合運動の攻勢への譲歩であると理解すべきかもしれないけれども、他方では、争議権が通常の市民相互間の財産取引関係とは区別されるべき労使関係という部分社会における産業平和を実現させるための秩序形成手段としての側面を有することが承認されたことを意味すると捉える。そして争議権の行使は、同じく団体の行動であっても、市民法上の法人や社団の場合に典型的にみられるように、代表による行動が法人(社団)の行為として取り扱われるのとは異なり、争議行為は労働組合という団体自身の意思にもとづく・団体自身の行為としての「集団性」を有するとともに、そのような行為が団体構成員の「集団的」の共同的行動により現実化するという、市民法上の行為範疇では捉えきれないという「二面的集団的特質」に、その特徴を見出すことができるとしている。そして争議行為は、労使関係法において本来的に、適法なものとして取り扱われるべきことを出発点とする。ただ現実の争議の過程では、たとえ労働組合の集団的意思のもとに実行されようとも、それから逸脱する者や、個人的行動が違法と評価される事態も現われることから、争議行為の正当性を判断するに際しては、そのような逸脱する者の行為を「夾雑物」を除去して、争議行為の「類型」に即して、判断されなければならないとする。

以上のように、蓼沼の場合、争議行為の正当性が判断されるべき労使関係は、同じく資本主義社会における私法関係とはいえず、(近代)市民法秩序とはまったく別個の法秩序・制度のもとにあるものとして捉えていることが

ら、かりに労働法上不当と評価された場合においては、市民法上改めて、その正当性が評価されるという、いわば二段階の法的評価手続をへることになる（これはたとえば、公権力に対する政治的抗議や要求の実現を目的とする、いわゆる純粹政治ストの場合にあてはまると思われる。すなわち、それは藜沼によれば、労働法上不当・違法と評価されて、刑事免責が否定されることになっても、市民法上、国民の表現の自由（憲法二二条一項）の行使として免責されることになろう）。なお有泉が争議権の違法性阻却構成をいうとき、それは刑法上の正当性評価のみを指すのか、民事上の免責（債務不履行・不法行為）をも念頭におくのか、必ずしも明らかではない（おそらく、両者を含むものと理解しているのであろうが）。この点、藜沼は両者を明確に区別している。とくに刑事免責の理解のあり方に関して、藜沼は自らの見地を、争議行為は現行法上、独自の法的地位が承認されたがゆえに、違法行為を意味する構成要件に該当しないという「素朴な構成要件非該当説」とは異なるとする。すなわち藜沼の場合、それは同じく「権利行使説」といわれながらも、構成要件非該当説に対し、それは同じく市民刑法上の構成要件を前提にして、これに該当しないとするのは、その発想を違法性阻却論の場合と同じものではないかとして、これを峻拒する。こうして藜沼は自らの立場を「古典市民法的評価排除説」と呼んでいる。<sup>13)</sup>

このように藜沼が争議行為の正当性評価にあたり、市民法上のそれを排除した労働法上の独自の判断を優先させようとした背景には、労働法学会が当初は私法学会労働法部会として発足しながらも、その後、日本労働法学会として独立したのと同様に、学としての労働法学を、民法学とは別個のものとして自らの独自性をいかに主張し、確立するのかを模索していたという事情もあつたのではないだろうか。これに対し戦前、イギリス私法に立脚点を置いて、その研究対象範囲を拡大していくなかで、いわば民法学が対処しなければならぬ先端Ⅱ周辺問題へと関心を

寄せていった(その大きな部分を占めるのが労働法学領域であったともいえようか)。また有泉は様々な領域で、とくに共同研究の組織者として活動するといった研究スタイルを示しているのも、特徴的である。すなわちその「主要著作目録」(有泉・古稀記念論集五四五—五五九頁所収)を眺めていると、戦後の有泉には、労働法に関わる作品が多いけれども、それ以外にも、住宅問題や医療過誤、消費者問題など民法学にとって、時代の最先端に位置する課題にも積極的に取り組んでいったことがわかる。このような事実も、有泉が争議権の違法性阻却論構成を唱導したことに関係するのではないかと考えられる。有泉にとつては、労働法もまた同じく私法領域に属する諸現象に関わる、つねに変容・進化・発展する民法Ⅱ私法のわくのなかに存在し、その特別法として位置付けるべきものとの発想が強かったのかもしれない。<sup>(14)</sup>

(1) 参考までに、同書全体の目次構成を示す。これらのうち、「第八」論稿については、前章で詳しく言及した。  
はしがき

第一 争議権

第二 争議権の構成について——違法性阻却論のために——

第三 争議権という権利

第四 労働基本権の保障について↑社会科学研究所三卷三号(一九五二・六)

第五 実力行使の限界に関する労働次官通牒について↑法曹時報七卷二号(一九五五・二)

第六 労働次官通牒に関する公聴会での口述↑昭和二十九年一月一七日衆議院労働委員会での口述

第七 労働争議と第三者↑日本労働法学会誌一号(一九五一・一〇)

第八 生産管理の法理

第九 労働法学における解釈の問題↑社会科学研究所二卷二号(一九五〇・七)

(2) なお、有泉・前掲『労働争議論』(北海道庁)三三頁以下では、「争議権の基本構造」として、一方は憲法二八条を中心

- にして説明する考え方と、他方は同法一八条(奴隸的拘束の禁止)から論じるものがあるとして、両者対比させている。有泉は、自らをむろん前者に属するとしている。後者は、戦後日本社会に労働法の知識普及に貢献した磯田進「労働法」(岩波新書)を念頭においているのであろうか。当時は、同書の第二版(一九五四)が刊行されていた。なお磯田の労働法学については、拙稿「磯田進著「労働法」(岩波新書)にみる法的発想と方法——市民法的労働法学に関するノート——」横井芳弘ほか(編)『市民社会の変容と労働法』(信山社・二〇〇五)八二頁以下を参照。
- (3) 同論文は、平賀自身もいうように、その一年前に発表したり、争議手段としての生産管理が私的所有権を侵害し、社会通念上正当防衛ないし緊急避難と認められる事情がないかぎり、違法とした「生産管理をめぐる法律上の諸問題」(一)(二)法律時報二〇〇八号二五—三四頁、同九号三六—三九頁を踏まえて、自らの「争議権の限界に関する……根本的見解」を公にしようとしたものであった。なお藤田・前掲書一五一頁は、同前稿について、川島武宜「生産管理の違法性と合法性」法律時報二〇〇八号七—一二頁(同「法社会学における法の存在構造」〔日本評論社・一九五〇〕所収)のそれと併せて、「誓約者集団の承諾をもつ労働組合運動が形成した法原理によつて問題を捉え、そのうえで、終戦時の特殊事情を考慮したもの」であると理解して、説明している。しかし平賀の生産管理論をこのように解することはいささか牽強附会であるようにも思われ、その適切さには疑問を感じる。
- (4) 有泉・前掲「争議権の構成」四八頁以下で、「さて、聞き捨てにできないのは……」とのべて、反論を開始している。
- (5) 有泉は、東京大学公開講座の講演録である「労働争議の法律問題」同第二集(東京大学出版会・一九五三)一三五頁以下、一五四頁では「首切り浅衛門」を例に同様の説明をしている。なお前掲「労働組合の指針・末弘博士を囲む座談会」読売報知新聞紙(一)一九四六年一月二八日で、末弘も、労組法一条二項による刑法三五条引用の「正当(業務)行為」の説明に際し、やはり殺人罪(刑法一九九条)をもつて説明している。
- (6) 吾妻の戦後労働法理論、とくに「労働力のコントロール理論」については、拙稿「吾妻光俊の戦後労働法学——ある近代主義者の肖像——」獨協法学六九号二九頁以下、とくに六三頁以下で言及している。
- (7) 末弘も、労働争議を「戦争」にたとえて、そこでは平時の論理が適用されるべきではないとしている(六本佳平・吉田勇(編)『末弘徹太郎と日本の法社会学』(東京大出版会・二〇〇七)一〇一—一〇二頁参照)。
- (8) 有泉・前掲「争議権の構成」六二頁(注)2は、同稿完成後、山中の『近代法の性格』(富士出版・一九四九)中とくに第三章および前掲「労働法の変革的意義」を入手したが、「その論旨は……いづこも同じようなものである」とする。



(9) ただし、山中のこれらの論稿と同人が「雇傭契約の労働契約に止揚される真の相、すなわち労働契約が雇傭契約のもつ民法的な法理念とはどんなに根本理念を異にしているか」を「探求」した『労働者権の確立』(春光社・一九四八)との関係をいかに捉えるのかという問題があるのかもしれない。

(10) 山中がこのようにいう基礎には、つぎのような考え方がるのである。すなわち憲法二八条に端的に示される「資本主義的デモクラシーの徹底の実現を期する国家法」のもとの「法秩序の建設は、労働『人』と資本『人』の自由なる共同決定にゆだねていると解せざるをえ」ず、それは「階級闘争の国家による自由放任」を意味する(同前書一六二—一六三頁)。その「主要な現実形態(は)……資本の生産の『場』たる法秩序の決定のために、労資が意見一致せず、おのおの自説を固守して対立することをめぐつての争議である」(一六七頁)。したがって殺人、放火、掠奪などの犯罪行為は争議行為とはならない。「しかし争議やぶりを見張り、これが就業するのを暴行にいたらざるでいどにおいて妨害し、労働『人』が『資本』人との接渉において語気強く迫ることなどは争議行為の範疇に含まれ、「要するに工場占拠、怠業、生産管理……など、それらはすべて社会観念上争議行為とみうるであろう。ところでこれらを国家が自由放任するとは、法の適用をもって、これを関与せざることである」(一六八頁)。このような発想には、同書「はしがき」に献辞が記せられている末弘徹太郎の影響を窺取することができるように思われる。

(11) 一橋大学法学会(編)『現代法学の諸問題』(勁草書房・一九五二)、のちに蓼沼著作集第三卷「争議行為」(一)(信山社・二〇〇五)所収六頁注(4)。同稿は蓼沼にとつては、本格的な、「学界デビュー」作ともいうべき同名論文(第六回私法学会労働法部会での報告)〔「私法」五号に序論と結論部分が掲載されているが、同稿は蓼沼著作集第四卷「比較法研究」(信山社・二〇〇八刊行予定)所収〕を詳述したものである。蓼沼は同前稿について、私法学会理事会会で、我妻からの専任講師、助教授、教授に昇任するに際しては、候補者は学会の総会で報告をするとの慣行を作りたいとの提案が承認されことを、当時同学会理事であった一橋大の田中誠二学部長(商法)から吾妻を通じて知らされ、私法学会で報告するにいたった(ただし当時最前列に座り、報告者に鋭い批判をあげせる我妻の出席は、幸か不幸かなかったという)と回顧している(蓼沼「労働法学会発足のころ」日本労働法学会誌七号(一九九一)一五三頁)。

(12) 「争議権——歴史及び性格——」労働法講座第3巻「労働争議」(有斐閣、一九五七・五)

「争議権の承認と争議行為の法的評価」『一橋大学八〇周年記念論文集』下(勁草書房、一九五七・九)

「争議権の保障といわゆる刑事免責」一橋大学研究年報・法学研究(復刊)1号(一九五七・四)

「正当」争議行為のいわゆる免責、とくに民事免責の意味について——従来の学説の検討を中心として」季刊労働法二  
八号(一九五八・六)

「争議行為の民事免責の法構造」一橋論叢四〇巻二号(一九五八・八)  
これら論稿については、同前・蓼沼著作集第三巻『争議権論』(信山社・二〇〇五)に収録されている(なお同巻末所収  
の拙稿「解説」も併せて参照されたい)。

(13) 蓼沼謙一「争議行為の正当性」別冊法学セミナー増刊『現代法学事典』第三巻(日本評論社・一九七三)一六四頁。

(14) 前掲・有泉還暦記念座談会二四頁(加藤二郎)は、有泉について基本的には「民法学者で(あって)、労働法は優れた  
余戯」ではないかと評している。

五 むすびに代えて——有泉・違法性阻却論における蓼沼・権利行使説との近接と菅野・違法性阻  
却論との遠隔——

その争議行為法に関する主要論文を収録した『労働争議権の研究』(前掲)を刊行してから約一〇年が経過した  
後、有泉は「戦後二〇年の労働法と労働法学」を検証せんとした日本労働法学会誌三〇号(一九六七・一〇)に  
「労働争議」と題する論稿を発表している。そのなかで有泉は「憲法二八条と公共の福祉の関係」の問題と並ん  
で、当時は同人がすでに「興味を失っていた」争議行為の正当性評価に関わる違法性阻却論と権利行使論との対立  
について、ふたたび言及していることが注目される。そこにおいて有泉は、わが国の争議権に関する法的理論構成  
が欧米とくらべて「かなり違ったものであり、違った論理を内蔵している」として、このこと自体については違法  
性阻却論と権利行使論とは「かなり近い関連」をもっているように思われると述べている。

有泉はまず、「争議権の形成過程を振り返」ることにより、本稿でも先に言及した・それがもつ「歴史的胎生的  
な論理」を確認したのちに、西欧では、争議行為ないしストライキにとまなう(民事)責任を回避するために、そ

れにより労働(契約)関係が切断されるという法的構成が戦後も、しばらく維持されていたとする。<sup>(2)</sup>これに対し、わが国では、戦前からストライキが労働契約を終了させるとの意識・発想に労使双方ともに乏しく、両者の関係は争議期間中も当然に継続していると理解されてきた。では、そのような実態を受け入れるべき「法体系の論理」とはいかなるものかと有泉は問うている(同前稿〔以下、略〕六八―七〇頁)。そして有泉は、それが「団体交渉の対象となる事項については集团的労使関係が個別的労使関係に優先するというわが国労働法を貫ぬく基本的な原則から派生」している(七一頁)のではないかと説明する。すなわち現行労働組合法は、労働者の団結権を尊重し、労働者の団結活動を理由に差別することを禁じ(七条一号)、労働組合の結成・運営に対する支配介入を禁じ(同条三号)、労働者により自由に組織された労働組合と誠実に団体交渉しなければならぬ(同条二号)。また組合が使用者と締結した労働協約には、個別労働契約に優先すると多くの学説は理解している(欧米とは、異なり、労働契約の有利性原則を否定)。このように「わが国の労働法体系における集团的労使関係の優位は極めて徹底したものである」(七二頁)。このような論理は、争議行為についても妥当する、と有泉はいう。集团的労使関係における争議行為が「正当」と評価されるとき、それに参加した集团的な争議行為を構成する労働者の行為は、個別的な労使関係法の領域において、たとえ債務不履行に該当したとしても、その民事責任を問われることはない(同前)。有泉は、このこと自体「なんのへんてつもない当り前のこと」かもしれないが、そこには新しいに一つの論理が付加されたとして、つぎのようにいう(七三頁)。

「それは『個々の労働者とその争議行為について責任を負わないのは、…個々の労働者の一つ一つの行為が正当と評価されるからではなく、それらの個々の行為に構成される集团的な争議行為が正当と評価されるからであ

る』という論理である。それから自然の帰結として『争議行為の正当性は、集団的な労使関係の場において判断しなければならぬ』という命題が引き出される」。

こうして有泉は、いう。違法性阻却論が実質的には集団的労使関係優位を認めるべき内容をもっていたが、これを明確に意識せず、むしろ個別的労使関係に焦点をあわせていた。これに対し権利行使論は集団的労使関係の立場から争議権の権利性を主張していたが、個々の労働者の責任が問われることの多い現実を十分には注意していなかったのではないかと。しかし、いずれにせよ、両者は核心においては、集団的労使関係の立場から争議行為の正当性を判断するという点で、それぞれが互いに交錯している(七四頁)――。

有泉のここでのいう「違法性阻却論」とは自らのことを指しているのかと思われる。また欧米諸国とは異なり、わが国では、従来一般に争議行為が労働契約にいかなる法的効果をもたらすのかとの課題への関心・発想が乏しかったことは、確かである。ただしその背後にあり、支えるものが「集団的労使関係の優位」をもって説明することがはたして適切かどうかは、ここでは問わない。むしろ注目すべきは、このような議論を読んでいると、その発想が、かつて有泉を含む違法性阻却論を批判し、権利行使説(正確には、「市民法評価排除説」といべきか)唱導した蓼沼の考え方ときわめて近接したものとなっているように思われることである。すなわち蓼沼は先に紹介したように、争議行為が同じく団体といっても、一人の代表の行動をもって団体の行動となる市民法上の法人や団体とは異なり、個々の労働者が参加することがあって、初めて労働組合の行為となるという「争議行為の二面的集団的本質」という独自の性格をもつとし、また争議行為にともない、個々の労働者らにより、偶発的に生じうる暴力行為などを「夾雑物」として、排除したうえで、組合による行動を「型として」把握し、「全体としての争議行為」

として法的な正当性判断をすることを提唱していた。このように両者が争議行為の集団性を重視し、そこに争議行為の特性を見出す点では、互いに相手方との相違を強調しながらも、その正当性に関する法的構成のあり方如何の理解に関する出発点を共有しているようにも思われるのである。このことは、違法性阻却論と権利行使説との違いを「説明の仕方の違い」ではないかとのべていた有泉の言を裏付けるものであるようにも思われる。

一方、同じく争議行為の違法性阻却構成に与する「立場」にあろうとも、論者により、その姿勢には、それぞれ違いがあるように思われる。たとえば菅野和夫(一九四三<sup>3</sup>)の場合、争議行為の民事免責に関する法的構成については、有泉と同じく違法性阻却論によるものであろう。それにもかかわらず、その発想には、有泉と大きな隔たりにあるように思われる。菅野はその著書『争議行為と損害賠償』(東京大学出版会・一九七八<sup>(3)</sup>)において、争議行為の正当性が否定されて、民事責任が免除されな<sup>3</sup>いとき、使用者は争議行為に関与した労働組合と労働者個人のうち、いったい誰に対して、どのような賠償責任が、いかなる法的根拠によつて生じるのかとの問題を扱っている。菅野はそのなかで一方では民法の責任原則をそのまま適用しようとする立場(「民法論的学説」)を批判すると同時に、他方では、争議行為の組織的集団的特質から個人責任を否定し、団体責任のみを導くこと(「団体法的学説」)に対し、その「集団的・二面的本質」を言うだけでは、個人責任を否定することはできないのではないかと問題を提起する。菅野は「違法争議行為における団体責任は、あくまでその争議行為を現実<sup>3</sup>に組成する諸個人の諸々の行為による責任が団体へ帰属される関係として把握され、処理されるべきである」(同前書一九八頁)という。つぎに違法争議行為の組合への責任帰属の有無を判断するに際して具体的には、「行為者」と目される者の組合内での地位・役割、当該争議行為と組合の具体的活動との関連性、組合の執行機関の態度、という三つの要素に着目せざるをえない」(二〇一頁)とする。そして違法争議行為に関する団体責任の有無については、民法四四一条一項

(現行法削除)と七一五条一項を「活用し、これらを争議行為の社会的事実<sup>4</sup>に合致するように修正<sup>5</sup>していくべきである」(同前所。傍点―原文)と提起する。それは要するに、違法争議行為の組織者としての組合役員の責任を全面的に否定することはできないとするものである。したがって同書はその意味では、個人責任を第一次的な賠償責任の具体的なあり方として理解することでは「民法論的学説」と同様の立場にあるといつてよからう。精緻な議論を展開する同書には、争議行為の組織的・集団的な性格への配慮はあるのかもしれない。しかしそこには、労働争議権の特性に着目して、その責任構造の特殊性を踏まえた民法とは異なる労働法学の独自性をいかに構築していくかとの課題意識は希薄であるように思われる。むしろ菅野が関心を寄せるのは、民法学、とくに民事責任法理との整合性をいかに実現するのかがということであるように思われる<sup>4</sup>。そのような発想が可能となったのは、一九七〇年代後半当時、学問としての労働法学が法律学分野において、すでにその地位を確保し、成熟したものとなりつつあったということを意味するであろうか。しかしそれは、有泉や蓼沼とは随分と違った志向性を示すものであるように思われる。

これは、有泉や蓼沼が争議行為の正当性をいかに法理論構成すべきかとの理論課題を自らに課していたのに対し、菅野の場合は、むしろ争議行為が不当とされたときの事後処理のあり方を問題としてこの違いなのであるろうか。いずれにせよ、有泉や、とくに蓼沼らにとつては、私法領域のなかでしだいに蚕食的にその地位を確保し、さらにはその場を拡張していくとするにせよ、また同じく資本制社会における私法分野に属するとはいえ、労働法が民法とは区別された法体系をなすものであると捉えるにせよ、労働法学の独自性をいかに理論構築していくか、その法理論構成のあり方の理解について異なっている、その集団性に着目し、いかに市民法々理<sup>5</sup>に對し、その独自性を主張しようかと格闘していたことでは、両者共通するものがあつたように思われるのである<sup>5</sup>。

- (1) このことについて有泉自身、新労働法講座4『労働争議』(有斐閣・一九六七)八九頁以下に「ストライキ」という論文を執筆したことを直接的な契機とするものであったとのべている(前掲「労働争議」六八頁)。
- (2) この問題を検討した労作として、Toshio Yamaguchi, La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne (L.G.D.J., 1963)がある(山口俊夫「集团的労働紛争と労働関係」一)ストライキと労働契約——ヨーロッパ共同体構成国諸法の比較研究——」立教法学六号八〇—一五一頁、同(二)「ロック・アウトと労働契約——ヨーロッパ共同体構成国諸法の比較研究——」同八号二五—九三頁は、その一部を邦語化したものである)。
- (3) 同書の主要な原型をなすのは、菅野「違法争議行為における団体責任と個人責任」(一)——(三)法学協会雑誌八八巻二、四および七七八の各号(一九七二)である。同人の東大最終講義を活字化した「講演/私の労働法遍歴——労働法の専門性を求めて——」法学協会雑誌二二巻七号八六八—八六九頁によれば、同稿の着想は菅野が大学紛争時、東大の(本郷?)図書館前の広場で、双方角材等で武装した全共闘と民青との衝突に遭遇し、「ふと、このような違法な集团的現象では誰が責任を負うのか、と思いついた」ことによるとのべている。
- (4) 菅野・同前講演録八六七—八六八頁は、「民法を無視する労働法学であり、民法を無視するから何でも好きなことが言える」との鈴木竹雄(商法)／一九〇五—一九九五)によるプロ・レイバー *pro-labour* 労働法学評を引用し、自身、民法(学)との調和を図ることを模索していたとのべている。しかし「戦後労働法学」が民法法理を蔑ろにしていたとの鈴木の評言がはたして適切であったのか、それは多分に印象批評にとどまっているように思われ、ただちにこれに同調することはできない。なお菅野の労働法方法論については、同「労働法学一考——労働法学の普遍性と特殊性」日本労働協会雑誌三〇〇号五五—六三頁において示されている。
- (5) なお、一九七〇年代後半以降、争議権についてのみならず、多くの領域において、その個人(権)的側面の重視あるいは、関心が労働法学界のなかに拡がっていた。そして、そのような方向性が一九八〇年代から九〇年代初めにかけての「戦後労働法学」見直し論へと連なっていくのは、すでに周知のことであろう。ただし私は労働法の・労働法たる所以は、やはり「集団性」に着目するところにあるのではないかと考える。ただしそのことから「集団主義」か「個人主義」かという二項対立図式的に理解することには、反対である。

## (後記)

私は本稿について、そのほぼ最終稿となった段階で有泉先生の高弟であられ、長年にわたり、有泉先生と公私ともに接する機会を多くもたれた秋田成就先生（法政大学名誉教授）にお目通しいただける僥倖をえることができました。すなわち本年一月初旬に本原稿を秋田先生にお送りしたところ、数日を経ずして、ご感想を記された電子メールを拝受しました。そのなかで私が印象深く受け止めたこと（私自身が理解したこと）をいくつか、ここにご紹介させていただいて、本稿の欠を補充したいと考えます。

まず有泉先生が戦後初めて、しかも労働法に関する論稿である「生産管理の法理」を法律時報誌に発表されるにあたっては、当時『職を賭する』覚悟』という強い気持ちをいだけておられたそうです。戦後直後連合国の間接統治の占領下、大学教授、とくに国立大学教授の「思想」が問題とされつつあった（レッド・パージ）時期に、政府声明（一九四六年六月二三日「社会秩序保持の声明」）に反する生産管理合法論を公にすることは、対文部省（当時）およびGHQなどとの関係において、今日では想像できないような緊張感をともなわざるをえなかったのであろうと推測します。また有泉先生は当時、大河内一男教授を中心とする「労働問題研究会の主要メンバー」として実態調査に強い関心をもたれ、また実際にいくつかの調査に参加されたそうです。そのような経験を通じて得られた「日本の労使関係」の特色の把握から、有泉先生は『労働争議の法理』（白日書院・一九四八）および『労働者の企業参加』（中央労働学園・同）という形となって結実した、『職場占拠型』の争議行為と経営参加型の団体交渉が『同根』のもの』と捉える着想（生産管理論では端的に「企業占有論」として表明されていた）をえられたのではないかとのことです。

つぎに私が本文で記した、有泉先生の争議行為の違法性阻却論が蓼沼先生の権利行使説と『接近』していたので



はないかとの記述について、秋田先生は「疑問」であるとの所感をお示しにされました。有泉先生は「蓼沼先生の業績を高く評価されつつ、ただ『権利説の手法を突き詰めていくと、論理的追究の断念につながりかねないから、方法論としては、両者のあいだに妥協の余地は少ないのではないか』とのべておられた」そうです(ただし私には、権利行使説が何故「論理的追究の断念」にいたるのか、正直いつて理解できません)。しかし有泉先生はどのように仰言りながらも、「当時の労働法学界のなかで自説が果たして正しく理解されているかどうかを大変気にしておられた」とのことでした。私は、有泉先生が集団的労働関係や争議行為への関心をしだいに低められていかれた背景には、そのような事情もあつたのかと思いました。ただ私は権利説といつても、蓼沼説は他の方々のそれとは区別されるべきものと思っております。また私が有泉先生の学会誌三〇号掲載論考に着目したのは、違法性阻却か権利行使かとの議論から約一〇年後、有泉先生のなかに心境の変化が現われていたのではないかと考えたからです。しかし、いささか論証不足であることは否めないかもしれません。両先学に失礼にあたるかもしれず、牽強付会あるいは我田引水的な理解かどうか今一度考へる機会をもちたいと存じます。

そして第三に秋田先生は、従来大陸法中心の・わが国比較法研究(労働法にかぎらないことかもしれない)に対して、イギリス法研究という、別の選択肢、接近方法のあることを、実作をもつて示された有泉先生の功績は大いなるものがあると評されておられます。しかしその反面、秋田先生は、有泉先生が戦後初期、争議行為論を展開されたときにその『理想型』ないし『モデル』とされた一九〇六年争議行為法「Trade Disputes Act of 1906 (6 Edw. 7, c. 47)」までとは異なり、その後の、とくに一九七〇年代以降の立法動向および学説の展開(カーン・フロイント Otto Kahn-Freund の Collective Laissez-faire 理論を含めて)を考慮すれば、「イギリス労働法の発展過程を日本の労働法の方法論の中に持ち込むことの危険性ないし負の効果」ということを検討しなければならぬのではないか

と、のべておられます。有泉先生ご自身も、このことを感知されたのか、あるとき(具体的にいつごろかは存知ません)私的会話のなかで長年イギリス法研究に従事してきたが、『わからないことがたくさんある。あとは君(＝秋田先生のこと)に任せる』と仰言り、以後、イギリス法および集团的労使関係法から離れて、民法や労働基準法に関わる課題に関心を移され、多くの論稿を発表されていかれたと、秋田先生は述懐されておられます。

私は、このようなことを感銘深く拝見しました。この場を借りて、拙き論稿をお読みいただけたことのみならず、ご感想をお送りいただいたことについて、秋田先生に感謝申し上げます(二〇〇八・二・二三)。