

# 国際法と国内法に関する 新二元論の妥当性

—— ILO88 号条約の日本への適用の事例の検討——

横 田 洋 三\*

- I 本稿の目的
- II ILO の監視活動と新二元論
- III ILO88 号条約の目的と内容
- IV ハローワークの民間委託と ILO88 号条約
- V ハローワークの地方移管と ILO88 号条約
- VI ILO88 号条約の日本への適用と新二元論
- VII 結 論

## I 本稿の目的

「国際法と国内法の関係」に関する「二元論」, 「国際法優位論」, 「国内法優位論」の間の古典的な論争は, 近年, 山本草二の「等位理論」<sup>1)</sup>, エリカ・ダエス (Erica Daes) の「融和論」<sup>2)</sup>, 筆者が提唱する「新二元論」<sup>3)</sup> などと称される第四の理論によって, おおむね収束しつつあるとあってよいだろう。しかし, これによって「国際法と国内法の関係」に関する理論上の問題が完全に解消されたとまではいえない。そこには残された課題があるからである。

新二元論は, 「国際法と国内法の関係」を「国際法の平面」と「国内法の平面」とに分けて論ずることにその本旨がある。その場合の課題は, 「国際法の平面」における検討の結果と「国内法の平面」における検討の結果が一致すればよいが, 一致しない場合

\* 法務省特別顧問, 元中央大学法学部・法科大学院教授

には、その相違をどのように理解するかということである。

この問いに対する新二元論の当面の答えは、それは実際上の問題であって、法的に結論の出せる問題ではないということになるだろう。そしてその場合、一つの実際上起こり得るシナリオは、「国際法の平面」での結論が何らかの国際的圧力——たとえば国際裁判判決や国際機構による非難決議の採択など——を通して「国内法の平面」の結論を変更させるという形で調整が行われるということである<sup>4)</sup>。第二のシナリオは、「国内法の平面」での結論の方が実際上強く、「国際法の平面」の結論は無視されるという筋書き<sup>5)</sup>で、その場合は国際法上違法の状態が放置されることになる。

上記の第一のシナリオの場合は、国際法と国内法の間相違は一応克服され理論上も実際上も問題は解決されるが、第二のシナリオの場合は、国際法違反の状態が継続し、理論上国際法の法的性質を疑問視せざるを得ない事態に直面する。この事態を回避するために制度的に対応をしている一つの例が、国際労働機関（International Labour Organisation, ILO）のいわゆる監視活動（supervisory activity）である。

本稿は、「国際法と国内法の関係」に関する「国際法の平面」と「国内法の平面」の間に生ずるギャップの問題を、ILOの監視活動を通して調整する過程の検討を、ILO88号条約の日本における適用の事例を取り上げて試みる。この検討をとおして、新二元論が「国際法と国内法の関係」に関する現実に生起する問題をよりの確に理解するうえで役に立ち、かつ、国際法と国内法の間生ずる溝を少しでも埋めるための方策を考える契機となることを願っている。

## II ILOの監視活動と新二元論

### 1. ILOの監視活動の概要

筆者は7年前に『中央ロー・ジャーナル』（6巻4号）に「国際労働機関（ILO）による条約義務履行監視のメカニズム——ILO専門家委員会の役割を中心に」と題する論説を寄稿し、ILOの監視活動を詳細に検討した。そこでは、ILOの監視活動には、①通常の監視手続き、②使用者団体または労働者団体による申立手続き、③他の加盟国による申立手続き、④結社の自由委員会による監視手続き、の4つがあることが紹介された。そのうえで、同論稿では、4つの監視手続きの中でも中心的役割をはたす①の通常の監視手続き、なかんずく、条約勧告適用専門家委員会（Committee of Experts on the

Application of Conventions and Recommendations, ILO 専門家委員会) による監視手続きが詳しく論じられた<sup>6)</sup>。

ILO の通常の監視手続き、とくに専門家委員会による監視活動に注目したのは、この手続きが、ILO の全加盟国を対象としたうえで、各加盟国が批准したすべての ILO 条約について、定期的に報告書を提出させ<sup>7)</sup>、それをもとに、使用者団体および労働者団体から出される見解を考慮して、20 人から成る個人的資格の専門家<sup>8)</sup> が条約の履行状況を審議し、その結果が毎年報告書として公表されるという一般性 (generality)、包括性 (comprehensiveness)、そして公開性 (transparency) があるからである。

専門家委員会は、原則として毎年 11 月から 12 月にかけて約 3 週間ジュネーブの ILO 本部で会合し、各国の国内法および国内慣行が、批准した条約の規定と整合しているか否かを検討することを主な任務としている。委員会は、独立性 (independence)、客観性 (objectivity)、公平性 (fairness) の三つの原則に基づいてその任務を遂行する。専門家委員会は、裁判所ではないし手続きも裁判とは異なるが、ILO 条約という国際法が批准国の国内において実施されているか、またされていないかを、特定の国家の立場を離れて、専門的立場から公正・中立・独立に審査することを主眼として活動している<sup>9)</sup>。

## 2. ILO の監視活動と新二元論

ILO 専門家委員会は、労働問題という限られた分野についてはあるが、特定の国の立場を離れて、ILO という国際的場裏で「国際法と国内法の関係」を検討する場となっている。いわば、「国際法と国内法の関係」を「国際法の平面」で議論する場であるといっても過言ではない。

ILO 憲章では、もう一つ、国際司法裁判所 (ICJ) による「国際法の平面」での「国際法と国内法の関係」を審査する手続きが想定されている。それは、ILO 憲章第 37 条 1 項の「加盟国がこの憲章の規定に従って今後締結する条約の解釈に関する疑義又は紛争は、決定<sup>10)</sup> のために国際司法裁判所に付託する。」という規定である。この規定によって、特定の ILO 条約の解釈に関する紛争は、当該条約の特定の国による不履行問題を含めて、ICJ によって最終的に解決されることになるが、実際には、ICJ よりも歴史の古い、しかも労働問題を専門にする ILO としては、ILO の外部の、しかも ILO と比較して労働問題に必ずしも明るくない外部の司法機関に、ILO 内部の専門家委員会や総会委員会、さらには理事会や総会によって解決できない法律的問題を付託して解決してもらうことには心理的な躊躇がある<sup>11)</sup> ようで、これまでの ILO の歴史の中でこの第 37

条1項の規定に基づいてICJ（およびICJの前身である常設国際司法裁判所〔PCIJ〕）に提起された事件はわずかに1件<sup>12)</sup>しかない。したがって、ICJがILO条約と国内法との関係を、「国際法の平面」で検討する蓋然性は極めて低いといわざるを得ない。こうしてみえてくると、ILO専門家委員会の役割が大きく扱われることには、それなりの理由があるといえるだろう。

ところで、ILO専門家委員会の審理は、必ずしも専門家委員会の報告書公表で完結しない。報告書の中でとくに重大な違反事例としてリストアップされたもの（通常年に25件程度）については、報告書が公表された年の5～6月に開催される総会の際に別途開催される基準適用委員会（Application of Standards Committee, 総会委員会）<sup>13)</sup>において審議されることになる。

### Ⅲ ILO88号条約の目的と内容

本稿で扱うILO第88号条約（以下「88号条約」という）は、働く意欲と能力を有する求職者に対して、国が責任をもって雇用機会を幅広く提供し、就業を支援することを目的としている。これは、日本国憲法が第27条で保障する「勤労の権利」、および、世界人権宣言が第23条で保障する「労働の権利」と「職業選択の自由」という重要な人権項目を、国の職業安定組織の維持・拡充をとおしてすべての人に保障し、就業を具体的に実現することを目指すものと位置づけることができる。

この目的のために、88号条約は、次のことを国に義務づけている。

- ① 無料の職業安定組織（a free public employment service）を維持すること（第1条1項）。
- ② 職業安定組織は、国の機関の指揮監督の下（under the direction of a national authority）にある職業安定機関の全国的体系（a national system of employment offices）で構成されること（第2条）。
- ③ その職業安定機関の全国的体系は、国の各地理的區域について十分な数であって使用者及び労働者にとって便利な位置にある地区職業安定機関及び適当な場合には地方職業安定機関の網状組織（a network of local and, where appropriate, regional offices）から成ること（第3条1項）。
- ④ 職業安定組織の構成及び運営並びに職業安定業務に関する政策の立案について使用者及び労働者の代表者の協力を得るため、審議会を通じて適当な取極を行うこと（第4条1

項)<sup>14)</sup>。

- ⑤ 職業安定組織の職員は、身分の安定が保障された公務員であること（第9条1項）。

1947年に施行された職業安定法のもとでつくられた日本の公共職業安定組織（現在はハローワークと呼ばれることが多い）は、88号条約が規定する上記の職業安定組織の諸要件を満たしており、その後幾度かの改変を経て今日に至っているが、その基本的枠組みは大きく変わることなく維持されてきている<sup>15)</sup>。

#### IV ハローワークの民間委託とILO88号条約

ところで、日本では2000年前後から、規制緩和や民間活用という当時の大きな政治の流れを受けて、職業安定組織（ハローワーク）の民間委託が一つの政策課題となり、88号条約との整合性の問題が論じられるようになった<sup>16)</sup>。言い換えると、88号条約という国際法と、ハローワークに関する国内法である職業安定法の改正の問題が、単に理論上の問題としてだけでなく、現実の政策上の問題として論じられるようになったのである。2006年、経済財政諮問会議は、「ハローワークの民間委託は88号条約に適合する」（民間委託適合説）との立場から「ハローワークへの市場化テストの導入」を提案した。また、官民競争入札等管理委員会は、『公共サービス改革報告書（2006～2009）』を2009年に公表し、ハローワークの官民競争入札推進の立場を明確にした。同報告書は、直接明言してはいないが、官民競争入札制度が88号条約と適合する立場（官民競争入札適合説）を前提にしていると推測される。

しかし、この民間委託適合説および官民競争入札適合説に関しては、専門家の意見が適合説に集約されていたわけではなく、むしろ立場は対立していた。たとえば、当時の内閣府特命担当大臣（経済財政政策）の私的諮問機関である「ハローワークとILO条約に関する懇談会」は、ハローワーク民営化の88号条約適合性について、日本を代表する国際法および労働法の専門家5人<sup>17)</sup>の意見を集約したが、最終報告書<sup>18)</sup>においては、大きく肯定派（逢見直人、吾郷真一）と否定派（花見忠、小寺彰、山本草二）とに分かれて対立した。また、細部の論点においては、見解がさらに細かく分かれ、複数意見併記のものとなった。以下、この「懇談会」の最終報告書を中心に、それ以外の場で示された他の専門家の意見をも含めて、主要な争点5点について、専門家の見解を要約して紹介する。

- ① まず、88号条約第1条に規定する「無料」(free)の意味が論じられた。すなわち、求職者、求人者いずれからも紹介料を徴収しなければ「無料」といえるのかという問題である。たとえば、国が職業紹介業務を民間に委託し、委託料に職業紹介のコストを含めて委託先に支払い、求職者、求人者からは紹介料を徴収しなければ、88号条約第1条の無料の要件は満たされているといえるのかという問題である。この点については、委託料に職業紹介のコストを含めて委託先に支払う仕組みは、本来であれば受けられるはずの職業紹介サービスが受けられない求職者が生じてサービスの低下を招くとして批判する専門家もいた。しかし、民間委託した場合のサービスの質と「無料」か否かの問題は、論理的に別問題であって、一緒に論ずるべきではないとの立場も有力に主張された。
- ② 次に問題となったのは、88号条約第2条の「国の機関の指揮監督の下にある職業安定機関の全国的体系」(a national system of employment offices under the direction of a national authority)の意味である。国の指揮監督のもとに全国的な体系を維持すれば、現場のハローワーク業務は民間委託により民間事業者が担っても88号条約第2条違反とはならないと主張する専門家もいたが、第2条の「国の機関の指揮監督の下にある職業安定機関」という表現は、職業安定機関(ハローワーク)そのものが国の機関の指揮監督の下にあることを想定しており、ハローワーク業務を民間委託することまで想定した規定とはいえないとする考えが一部の専門家からは強行に表明された。
- ③ さらに第三点として、88号条約第3条1項の「職業安定組織の網状組織」(a network of employment offices)の意味が問題にされた。民間委託推進派は、官であれ民であれ、ハローワークの事務所が十分な数、各地域に展開され網状に漏れなく張り巡らされていればよいと主張したが、民間委託反対派は、「職業安定組織」はすべてが国の職業安定機関(ハローワーク)によって網状に埋められていなければ88号条約第3条1項の要件を満たしたことはないとはならないと反論した。
- ④ 第四に、88号条約第4条1項の「職業安定組織の構成及び運営並びに職業安定業務に関する立案」(in the organization and operation of the employment service and in the development of employment service policy)の際の「使用者及び労働者の代表者の協力を得るため、審議会を通じて適当な取極が行われなければならない」(Suitable arrangements shall be made through advisory committees for the co-operation of representatives of employers and workers)という規定の解釈についても、意見が分かれた。民間委託推進派は、この規定は労使が参加する特定の審議会の承認を必要不

可欠の要件としているわけではなく、労使の代表者の協力を得るための何らかの審議会があり、そこで協議をして取極が行われればよいとした。しかし、反対派は、88号条約第4条1項でいう「審議会」とは、日本の場合は、労使の代表者が等しく参加し、原則コンセンサス（総意）でことを決める現行の「労働政策審議会」<sup>19)</sup>が該当し、そこでの審議と採決が前提であると主張した。

- ⑤ 最後に、88号条約第9条の「公務員」(public officials)の意味について意見が分かれた。民間委託推進派は、上記②でも触れた88号条約第2条に規定する「指揮監督」をする「国の全国的体系」が公務員によって構成されていけばよい、言い換えると、ハローワークの幹部職員が公務員であれば現場の職業紹介を担当する職員は必ずしも公務員である必要はなく民間事業者の社員であって構わないと主張した。これに対して反対派は、この条文の素直な読み方<sup>20)</sup>は、職業安定機関であるハローワークの職業紹介担当職員がすべて公務員であることを求めていると反論した。

以上に検討したように、ハローワークの民間委託の88号条約との整合性の問題は、専門家の間の議論においても明快な決着はつけられずに今日に至っている。ただ少なくとも職業紹介業務を一括して民間に委託することが88号条約の諸規定に抵触することについては、多くの専門家の見解は一致していると考えられる。他方、職業紹介以外の関連事業、たとえば求人開拓やキャリア・コンサルティング等の支援事業を民間委託ないし民間活用することは、88号条約のもとで可能とされ、実際2007年からいわゆる「市場化テスト」が実施された。その結果は、国のハローワークの方が民間事業者より効率、効果の両面において優位であることが明らかになった。

職業紹介業務については、国の職業安定組織が全国的に網状に組織され、その業務が公務員によって担われている実態を大前提として、一部のハローワークにおいて、国と民間の職業紹介事業者が窓口を並べて職業紹介業務を行うことは88号条約の諸規定に抵触しないとの了解が専門家を含む関係者の間で合意され、東京23区内のハローワーク2カ所における市場化テストを行うべく公共サービス改革法の一部改正法案が国会に提出されたが、2008年12月に廃案となり、市場化テストは実施されなかった。

以上の経緯を経て、ハローワークの民間委託の問題は、88号条約との整合性という法律上の議論とは別の事情によって、鎮静化されて今日に至っている。

## V ハローワークの地方移管と ILO88 号条約

ハローワークの民間委託の議論に続いて、ハローワークの地方移管の問題が浮上した。2008 年、地方分権改革推進委員会は第二次勧告を公表して、将来的にはハローワークの漸次縮小と全面的地方移管を提言した。これに対して労働政策審議会は、2009 年に、「ハローワークは、憲法第 27 条に基づく勤労権を保障するため、ナショナルミニマムとしての職業紹介、雇用保険、雇用対策を全国ネットワークにより一体的に実施しており、障害者、母子家庭の母、年長フリーター、中高年齢者などの就職困難な人に対する雇用の最後のセーフティネットである。」として、ハローワークの地方移管に反対する立場表明を行った。その際、「ILO 第 88 号条約に明白に違反する」ということを反対の理由にあげたが、その論拠は示されなかった。同審議会は、翌 2010 年にも同様の意見書を厚生労働大臣に提出したが、88 号条約違反との指摘はあるものの、その根拠は示されなかった。

また、2015 年に全国知事会が公表した『ハローワーク特区等の成果と課題の検証について』は、ハローワークの地方移管により、就職相談、職業紹介から生活保護等の生活支援までワンストップで一貫して対応でき、また、地方の産業政策とも一体化して推進でき効率的であると提言した。その際、88 号条約との整合性については、以下のよう  
に 88 号条約に適合するとの主張を展開した。

- ① 88 号条約第 2 条の「国の機関の指揮監督の下にある職業安定機関」は、国の機関に限定されない。
- ② 国が全国統一基準を設定し、法に基づき地方に助言・勧告、是正指示をすれば、地方公共団体が職業安定業務を担っても、国の機関の指揮監督の下の職業安定機関ということができ、条約の趣旨を満たすことは可能である。
- ③ 現に 88 号条約批准国であるデンマークでは地方移管、オーストラリアでは民間委託、ドイツでは公民併存が実現している。
- ④ 88 号条約の趣旨は、国の機関でなければ職業紹介ができないということではなく、職業安定業務を地方移管しても 88 号条約の目的は十分に達成できる。

この全国知事会の要望などを踏まえて、2016 年に施行された「地域の自主性及び自



立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」の下で、職業安定法が以下のとおり一部改正された。

- ① 地方公共団体が無料の職業紹介を行う場合、厚生労働大臣に対しては、従来の届出ではなく通知でよいとされた（そのように通知を行った地方公共団体を同法律では「特定地方公共団体」という）。
- ② 特定地方公共団体は、取扱職種の範囲等を定めることができる。
- ③ ハローワークの求人・求職情報を、特定地方公共団体に電磁的方法その他により、提供する。
- ④ 無料の職業紹介事業の運営にあたって、特定地方公共団体は、国のハローワークと連携し、運営の改善向上を図る。

## VI ILO88 号条約の日本への適用と新二元論

### 1. 一般的論点整理

上記 IV および V で検討したハローワークの民間委託と地方移管の 88 号条約適合性の議論は、次のように整理することができる。民間委託に関しては、理論上は専門家の間で見解が対立して並行線のまま今日に至っているが、実際には効率および効果の両面でハローワークの優位性が示されたこともあり、民間委託の要求が一時ほど強くはなくなった。また地方移管については、法改正によって地方公共団体の職業紹介事業の実施が容易になりかつ利用者に便利になったことで、地方移管の政治的要求の動きは沈静化したようである。また、この数年、ハローワークの効率化、縮小化は図られてきており、その中で公務員による国の全国的体系は維持されているため、88 号条約の諸規定との抵触の問題も提起されなくなり、議論は当面収拾されたと考えられる。

この状況を、「国際法と国内法の関係」に関する今日の有力説である新二元論で説明するとどうなるかが次に検討しなければならない問題である。

まず、最初におさねなければならないことは、ハローワークの民間委託の 88 号条約適合性の議論も、また、地方移管の同条約適合性の議論も、一部国際法の専門家も参加して「国際法と国内法の関係」について検討がなされ、そのためにそれらの議論は「国際法と国内法の関係」を一般的かつ客観的に扱っているかのように外見的にはみえる

が、実際には、それらはいずれも日本における「国内法の平面」での「国際法と国内法の関係」に関する議論だということである。別言すれば、「国際法の平面」での検討はまた別途なされなければならないのである。

ところで日本において「国内法の平面」でこの問題を議論する場合の大きな理論上の前提は、「国の最高法規」（憲法第98条1項）である憲法によって「国際法と国内法の関係」がどのように規定されているかということであり、またそのことを憲法の専門家がどのように論じているかということである。憲法規定については、憲法第98条2項の「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」という規定が法的基礎となる。この規定は、日本における「国内法と国際法の関係」のすべての側面を明確にしているわけではないが、憲法学界や国際法学界の通説は、以下のように解している。

「（憲法第98条2項）の規定は、条約および確立された国際法規（すなわち慣習国際法）が、日本において法として国内関係に適用されること、言い換えると、国内に直接適用されるということを意味している。この解釈は、憲法学界の通説であり、判例も支持している。但し、国内の法関係に直接適用されるのは、国際法の規定の中でも自動執行性（self-executing character）のある規定、すなわち、当該規定が国内の権利義務を具体的に明確に規定している場合と解されている。このような自動執行性のある国際法規定と国内法規定とが抵触する場合は、日本国憲法学者の間の通説は国際法は法律（およびその下位に来る命令、条例、規則等）に優位するとしている。つまり、憲法の下にあるすべての国内法令に対しては、国際法優位論が日本における国内法の平面でみた国際法と国内法に関する憲法学者の通説的立場である。」<sup>21)</sup>

このことは、代表的憲法学者らによって刊行された一般的教科書の以下の記述によっても裏付けられる。

「日本国憲法は、条約<sup>22)</sup>を誠実に遵守することとし（憲98条2項）、条約を『条約』として公布することとしているので（憲7条1号）、条約は特別の手續なしにそのまま国内法として通用すると解されている。もっとも、それは、その内容がそのまま国内法として実施できる自動執行条約（self-executing treaty）の場合であって、条約の内容が抽象的な政治的宣言を約しているものなどは、別途、法律の規定をまっぴら国内法として通用することになる。」<sup>23)</sup>

「条約が特別の立法を必要とせず国内法として通用する場合には。条約と国内法との優劣関係が問題となる。まず、法律と条約との関係では、条約が他国との関係を規律する重要な文書であること、憲法 98 条 2 項が条約の誠実な遵守を要求していることなどを理由に、条約は法律に優先すると解するのが通説である。

憲法と条約との関係では、条約優位説と憲法優位説とが対立している。条約優位説は、憲法が国際協調主義をとっていること、憲法 98 条 2 項で条約の遵守が要求されていること、憲法 81 条や 98 条 1 項で条約が挙げられていないこと、などを理由とする。これに対して、憲法優位説は、憲法に根拠を置く条約締結権・承認権によって違憲の条約を締結することは論理的に認められないこと、憲法改正手続は条約締結手続に比べて厳格であること、憲法 81 条や 98 条 1 項での条約の除外は条約優位説とは別の理由で説明できること、などを理由とする。学説では憲法優位説が多数説であり、それが妥当であると解される。その最も重要な理由は、条約優位説によると、憲法改正の厳格な手続を経ずに実質的に憲法が改正されることになってしまうという点にある。」<sup>24)</sup>

以上を整理すると、日本においては、言い換えると「日本における国内法の平面での国際法と国内法の関係」は、憲法の規定によるという点で、そして憲法規定と国際法規定が抵触する場合は憲法規定が優先するという意味において、国内法優位論である。

## 2. ハローワークの民間委託・地方移管と 88 号条約

そこで次に問われる問題は、ハローワークの民間委託および地方移管の問題が、「国際法の平面」ではどのように扱われるかということである。

まず最初におさえておくべき理論上の立場は、「国際法の平面」における「国際法と国内法の関係」に関しては、国際法優位論が通説だということである。その理由としては、まず第一に、条約に関する慣習国際法を法典化したと一般に理解されている「条約法に関するウィーン条約」（以下「条約法条約」という）第 27 条が「条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。」と規定して、国際法（条約）優位を明確に定めていることが実定法上の有力な根拠としてあげられる。また、国内法優位論をとると国の数だけ異なる規定がある各国の国内法に国際法が従属することになり、統一した一つの法体系としての国際法の存在を確認することができないことになり、つまるところ、国際法否定論に到達するという理論上の問題点も国際法優位論の根拠として指摘される。

次に、「国際法の平面」での検討はどこで行われるかという実際上の問題がある。この点についてはすでに言及したように、もっとも一般的に88号条約の国内適用との関係で「国際法と国内法の関係」が「国際法の平面」で扱われる場合は、ILO 専門家委員会である。そこで、筆者が2003年から14年までの足掛け12年にわたって委員を務め、2010年から13年までは委員長であった経験をもとに、ILO 専門家委員会であれば、ハローワークの民間委託および地方移管の88号条約適合性の問題をどう扱うことになるかについて、以下検討してみる。

### 3. 「国際法の平面」での考察

まず、一般的に、ILO 専門家委員会における88号条約の国内適用に関する判断については、委員会が長年にわたって集積してきた経験をもとに形成されてきた以下の行動基準を念頭に置いて行われる。

- ① ILO 条約は、多数かつ多様な加盟国の代表が、三者構成のもとで討議し採択されたものであるから、その規定の多くは妥協の産物であり、規定の仕方も、またそこで採用されている文言も、解釈の幅が最初から取り込まれている。その結果、とくに労使の立場や、宗教、文化、歴史などが異なる加盟国の見解や利害が対立する条文については、表現が一般的、抽象的（場合によると「あいまい」）になることも少なくない。専門家委員会はこのことを念頭に置いて、ある程度柔軟かつ弾力的に条文を解釈・適用する傾向がある。
- ② 解釈に一定の幅がある条文の解釈にあたっては、専門家委員会は、条約法条約31条1項に規定する「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」という解釈原則を重視する。
- ③ 専門家委員会は、ILO の三者構成を反映して、また、政府報告による監視手続きや労使からの苦情処理手続があることを念頭に、各国の労使の協議プロセスを重視する。とくに、88号条約の場合は、第4条1項に「職業安定組織の構成並びに職業安定業務に関する政策の立案について使用者及び労働者の代表の協力を得るため、審議会を通じて適当な取極が行われなければならない。」という明文規定があることから、この規定の解釈には若干の見解の相違があるものの、労使の協議と取極（必ずしも文書による必要はない）をとおさなければ「職業安定組織の構成」および「職業安定業務に関する政策の立案」はできない建前になっている。

以上の専門家委員会が従う一般的解釈慣行に沿って、日本におけるハローワークの民間委託および地方移管の問題を、「国際法の平面」で専門家委員会が扱うとすれば、おおむね次のような対応をすることになると推測される。

まず、民間委託に関しては、実際には論争に決着がつけられないまま、いわば休戦状態にあるといえるが、現実には争点となった5点については、以下に述べるような対応が考えられる。

- ① 88号条約第1条の「無料」の意味については、民間委託推進派は求職者、求人者いずれからも紹介料を徴収しなければ、条約の「無料」の要件は満たされているという。この主張に対しては、専門家委員会の立場は中立的だろうと思われる。言い換えると、88号条約の文言からはこの問題に明確な答えはでてこないと考えられる。しかし、もし、委託料に職業紹介のコストを含めて委託先に支払う仕組みにした場合、それによって実際に求職者が受ける職業紹介のサービスの質が低下するということが立証されれば、条約の「無料」の要件は満たされないと判断される可能性はある。
- ② 88号条約第2条の「国の機関の指揮監督の下にある職業安定機関の全国的体系」を維持する義務については、ハローワークを一括して民間に委託することは、明らかにこの規定と抵触すると判断されると考えられる。また、部分的に、地域的または職業別に、ハローワークから切り離して民間委託することも、「全国的体系」の維持義務に反すると判断される可能性が高い。さらに、国の指揮監督のもとに職業安定機関が全国的体系を維持すれば、現場のハローワーク業務を民間に委託することはこの規定に違反しないのではないかとの主張もなされたが、第2条の規定を素直に読んだ場合、そのような形態の職業安定機関の全国的組織を想定している規定と解釈することは難しく、条約法条約第31条1項の条約の解釈原則に照らしても、専門家委員会では否定的な意見に傾くと考えられる。しかし、88号条約第2条の規定は、この点では多少あいまいでもあるので、もし、労使が協議のうえ取極等でそのような解釈を容認することで合意が成立した場合には、それでも専門家委員会が同規定違反と判断することはないだろうと思われる。
- ③ 88号条約第3条1項の「職業安定組織の網状組織」の意味については、民間委託推進派によって、職業安定機関が官であれ民であれもれなく全国的に十分な数網状に展開されていればよいという主張がなされた。この解釈も、第3条1項の通常の意味からは素直に読み取ることが難しいと思われる。ただし、労使が協議のうえ取極等でそのような解釈を容認することに合意すれば、専門家委員会としてはあえて問題提起をしないだろうと考えられる。

- ④ 88号条約第4条1項の「職業安定組織の構成及び運営並びに職業安定業務に関する政策の立案」の際には「使用者及び労働者の代表者の協力を得るため、審議会を通じて適当な取極が行われなければならない。」とする規定は、民営化推進派は「必要不可欠の要件」ではないとしているが、専門家委員会は、"shall be"と明白に義務規定になっていることから、そのような解釈を認めることはないと思われる。また、第4条1項でいう「審議会」の意味は、ある程度締約国の裁量に委ねられているところがあるが、日本においては「労働政策審議会」が同規定でいうところの「審議会」であることが政労使の間で暗黙の了解となっていたと考えられる。この理解を変更する理由はみつけられないと専門家委員会は判断するように思われる。
- ⑤ 88号条約第9条の「公務員」の意味については、ハローワークの幹部職員が公務員であれば実際の職業紹介業務は民間事業者の社員であっても構わないという解釈がなされたが、この解釈は、同規定の用語の通常の意味から考えて無理があるように判断されると思われる。そのような解釈を可能とするためには、何らかのヒントになる文言（たとえば単に「職業安定組織の職員」ではなく「職業安定組織の幹部職員等」）が同規定内に盛り込まれている必要があるだろう。

次に、ハローワークの地方移管に関しては、地方分権改革推進委員会が2000年に第二次勧告においてハローワークの漸次縮小と全面的地方移管を提唱した。これに対して労働政策審議会は2009年に、このようなハローワークの縮小および全面的地方移管は88号条約違反であるとした。この点に関しては、もし地方分権改革委員会の提言のとおりハローワークの漸次縮小と全面的地方移管が実施されたとすれば、ILO 専門家委員会は、それを88号条約違反とする労働政策審議会の見解を支持することになると考えられる。

一方、2015年に全国知事会が公表したハローワークの地方移管の提言については、その88号条約適合性の判断の根拠とされる「国の機関の指揮監督の下にある職業安定機関」は、職業紹介業務が国の指揮監督の下に行われていれば、実際の業務は地方公共団体が担ってよいとする解釈は、88号条約の趣旨・目的からも、また具体的な条文の文言からも無理があると判断されると考えられる。

ハローワークの地方移管の問題は、結局2016年に施行された「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」のもとで、全国知事会の要望を踏まえて、職業安定法が一部改正されたことで国内的には決着をみた<sup>25)</sup>。

今回施行されたこの職業安定法の改正は、「国際法の平面」でILO 専門家委員会によってどのように扱われるであろうか。全国知事会が当初提言したように、国の職業安定組織を全部（または一部）地方に移管することにすれば、88号条約が要請する「公務員によって担われた国の職業安定機関（ハローワーク）の全国的網状の体系」が維持できないことになり、専門家委員会は、88号条約の趣旨・目的はもとより具体的な諸規定にも違反すると判断せざるを得ないと考えられる。しかし、今回の改正は、国の職業安定機関の全国的体系は維持したうえで、地方公共団体に追加的、並行的に職業紹介事業の実施を認めており、とくに地方公共団体の独自の努力と国の職業安定機関との緊密な連携を想定していることから判断して、求職者、求人者双方にとって職業紹介サービスの向上につながり、条約の趣旨・目的に資すると判断され、歓迎されると思われる。また、今回の法律改正は、労使双方の合意が得られており、ILOの監視手続きに提訴される可能性が極めて小さく、将来にわたって問題の発生が防止されているとみることができる。

## Ⅶ 結 論

以上、ILO88号条約の日本における適用の事例をとおして、「国際法と国内法の関係」に関する新二元論の妥当性を検討した。具体的には、ハローワークの民間委託と地方移管という最近日本において実際に論じられた問題を取り上げ、それぞれの88号条約適合性を、新二元論が主張する「国内法の平面」と「国際法の平面」とに分けて考察した。

民間委託の問題は、「国内法の平面」では専門家の見解が対立して並行線のままととなっているが、「国際法の平面」では、かなり明確に、ハローワークの一括民間委託や、地域的または職種別にハローワークから分割された民間委託の方式は88号条約違反と判断される可能性が大きいと結論付けられる。他方、現在のハローワークの全国的体系が維持される中で、職業紹介業務ではないがそれと関連する求人開拓やキャリア・コンサルティングのような支援事業を民間に委託することや、民間がハローワークと並行して職業紹介事業を展開すること自体は、「国際法の平面」においても88号条約に適合すると判断されると結論付けられる。

また、地方移管の問題は、「国内法の平面」では議論があったが、最終的には2016年の職業安定法改正によって当面の決着がつけられた。それによれば、現在のハローワークの仕組みや業務は維持されることを前提に、希望する地方公共団体の無料職業紹介業

務の実施が一層容易になり、国と地方の職業紹介業務に関する情報交換や相互連携が深まることにより、求人者、求職者の双方にとってサービスの向上が期待できることになるので、「国際法の平面」での議論においても歓迎される改革と評価されると思われる。

本稿の検討においては、ハローワークの民間委託の問題も地方移管の問題も、「国内法の平面」での検討と「国際法の平面」での検討の間に事実上明確な形でのギャップが結果的に生じなかったために、その問題にどう対処するかという課題には入り込むことはなかった。しかし、一部の議論においては、「国内法の平面」での議論と「国際法の平面」での議論の間に大きな開きがあり、もしそれが現実のものとなった場合には、その問題への対処が求められることになるということは指摘しておく必要がある。結果的にギャップが生じなかった理由には、日本の国内における政策担当者が、そのような事態を回避するために適切な措置をとったことによることが大きいと思われる。

新二元論の考え方は、「国際法と国内法の関係」の問題を、「国内法の平面」と「国際法の平面」に分けて論ずることを主眼とするが、その間に生ずるギャップについては、どちらの平面の結論が正しいと答えを出すことまでは判断しない。それは、現実の政治的、政策的な課題として、それらを担う政治家や官僚に委ねられている。ただ、政治家や官僚は、できるだけ問題を大きくしないよう最終的な答えを調和させようとするということは一般的にいえる。しかし、どうしても譲れない論点については、ギャップは当面そのまま放置されるというのが実際上の扱いであろう。それに対して、国内的、または国際的な圧力が、どう加わるか、またそれにどう耐え得るかが実際上は試されることになる。

そして、同じことは、「国際法の平面」でのILO 専門家委員会の方にもあるといえる。専門家委員会は、特定の条約の批准国内での適用状況を判断する場合、画一的にILO 条約の文言を厳格に適用して一方的に当該国の条約違反を非難するのではなく、当該国が抱えている政治的、経済的、社会的、法律的問題を十分に考慮し、またその国の政府、労働組合、使用者団体などの主張を吟味して、ILO 条約がもともと内包している柔軟性を活用して、国内法と国際法の間ギャップをできる限り少なくするように努めている。そのために、時間をかけて、当該国や関係団体と建設的な対話を続けることもしばしばである。

本稿における88号条約の日本における適用の事例の検討にも、そうした側面が表れている。88号条約の日本における適用の中で表面化したハローワークの民間委託および地方移管の問題についても、日本国内での政府、労働者団体、使用者団体等の利害関係者が、「国内法の平面」での「国際法（88号条約）と国内法（労働基準法）」の関係を検



討する際に、「国際法の平面」（とくにILO 専門家委員会）でのこの問題に対する予想される反応を念頭に置いて最終的な答えを出そうと努力したと思われ、それが実際に「国内法の平面」での「国際法と国内法の関係」に関する結論が「国際法の平面」での結論と衝突することを当面回避したとみることができる。新二元論で残された課題である「国内法の平面」での検討と「国際法の平面」での検討のギャップは、実際にはこのような形で調整、調和、回避されていると結論付けられる。そこには、ILO 専門家委員会による「国際法の平面」での検討における条文解釈と対応の柔軟性が活かされるという意味で、「国際法の平面」、「国内法の平面」双方の努力、気配りが働いているといえるのではないか。

注

- 1) 山本草二『国際法』（有斐閣、1985年）58-59頁。
- 2) Erica-Irene A. Daes, "Status of the Individual and Contemporary International Law", U.N. Document, E/CN.4/Sub.2/1989/40. なお、拙稿「国際法と国内法の関係に関する融和論の検討」（『アジア文化研究』第18号、1992年）3-11頁参照。
- 3) 呼称は異なるが、主張の内容はほぼ同じと考えてよい。本稿では筆者がかねてより使用してきた「新二元論」を用いる。詳しくは、拙稿『国際社会と法—平和と発展の条件』（旺文社、1982年）60-64頁、同『国際社会と法—平和と発展の条件』（放送大学教育振興会、1986年）58-63頁、横田洋三編『国際社会と法—国際法、国際人権法、国際経済法』（有斐閣、2010年）8-12頁など参照。
- 4) その例としては、民法の女性差別的規定（女性のみ課せられていた離婚後6カ月の再婚禁止期間の規定および婚外子の相続に関する差別的規定）が、国連の女性差別撤廃委員会の再三の勧告によって、条約の規定にそって改正されたことがあげられる。なお、国連が採択した主要人権条約の履行確保のための手続きに関しては、富田麻理「第2章 人権保護のための国際的取組み」（横田洋三編『国際人権入門（第2版）』法律文化社、2013年）24-27頁参照。
- 5) その例としては、日本が批准しているILO100号条約に規定されている「同一価値労働同一報酬の原則」が労働基準法に明文で規定されておらず、その結果同原則が日本国内において履行されていないことがあげられる。
- 6) 拙稿「国際労働機関（ILO）による条約義務履行監視のメカニズム—ILO 専門家委員会の役割を中心に」（『中央ロー・ジャーナル』第17巻4号、2010年）55-74頁。
- 7) この手続きはILO 憲章第22条に規定されている。それによれば批准した条約の報告書は毎年提出することになっているが、実際は、ILO 加盟国が増え（2016年末現在185ある）、またILO 条約も増大した（2016年末現在189ある）ことから、実際は数年ごとの提出が義務づけられている。ILO がとくに重要と指定している8つの基本条約（①強制労働に関する29号条約、②結社の自由に関する87号条約、③団結権・団体交渉権に関する98号条約、④同一価値労働同一報酬に関する100号条約、⑤強制労働廃止に関する105号条約、⑥雇用における差別禁止に関する111号条約、⑦最低雇用年齢に関する138号条約、⑧最悪の形態の児童労働に関する182号条約）、および、4つの主要条約（①労働監督に関する81号条約、②労働監督（農業）に関する129号条約、③三者間の協議に関する144号条約、④雇用政策に関する122号条約）については3年ごとに、その他の条約については原則として5年ごとに報告書の提出が義務づけられている。
- 8) 委員には労働法、国際労働法（ILO 法）、国際法、国際人権法、社会保障法などの専門家が含まれている。

- 9) 詳しくは、拙稿「国際労働機関（ILO）による条約義務履行監視のメカニズム」（前掲）参照。
- 10) この決定（decision）という言葉は、「拘束力がある」ということを意味していると一般に解されている。
- 11) 公式記録などには現れていないが、筆者がILO 専門家委員会の委員をしている際に、このような見解が委員の間および事務局職員などから洩らされていたし、筆者もどちらかというこの見解に傾いている。
- 12) 「夜間に於ける婦人使用に関する」ILO 第4号条約をめぐる常設国際司法裁判所の勧告的意見（1932年11月15日）がそれである。横田喜三郎「七 女子の夜間労働に関する条約の解釈に関する事件」（横田喜三郎『国際判例研究II』有斐閣，1970年）283-289頁。
- 13) 詳しくは、拙稿「国際労働機関（ILO）による条約義務履行監視のメカニズム」（前掲）69頁。
- 14) このことを補強するために、88号条約第5条は、次のように規定している。「職業安定組織の労働者に対する職業紹介についての一般的政策は、第4条に定める審議会を通じて使用者及び労働者の代表者に諮問した上で決定しなければならない。」
- 15) たとえば、八代尚宏『労働市場改革の経済学—正社員「保護主義」の終わり』（東洋経済新報社，2009年）244頁は、「戦後制定された職業安定法では、国による無料の職業紹介制度が原則で、民間の有料職業紹介や労働供給事業は原則禁止とされていた。」と述べている。
- 16) 八代・前掲書，244-245頁。
- 17) 花見忠（上智大学名誉教授）、吾郷真一（九州大学大学院法学研究科教授）、逢見直人（日本労働組合総連合会副事務局長）、小寺彰（東京大学大学院総合文化研究科教授）、山本草二（東北大学名誉教授）の5人である（タイトルはいずれも当時のもの）。労働界代表の逢見を除く4人は、いずれも日本の労働法、国際法を代表する学者である。
- 18) 『ハローワークとILO条約に関する懇談会報告書』（2007年3月）。
- 19) 労働政策審議会は、2001年1月6日に、厚生労働省設置法第6条1項に基づいて設置された公益委員10名、労働者委員10名、使用者委員10名の計30名で組織された機関である。労働政策に関する重要事項を調査審議し、厚生労働大臣に意見を述べることができる。とくに労働分野の法律改正等については、この審議会における諮問・答申の手続きが必要とされている。
- 20) 条約条文の解釈方法については、条約法に関するウィーン条約（日本も批准している）の第31条1項の「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」という規定を常に念頭に置くことが求められる。
- 21) 拙稿「第1章 国際社会における法の役割」（東寿太郎・松田幹夫編著『国際社会における法と裁判』国際書院，2014年）32頁。
- 22) ここでは「条約」を中心に論じられているが、憲法98条2項が「条約」と「確立された国際法規」（「慣習国際法」）を二つ並べて規定していること、および、国際法では一般に国際法の法源として「条約」と「慣習国際法」をあげるのが通例であること（波多野里望・小川芳彦編『国際法講義—現状分析と新時代への展望（新版増補）』有斐閣，1999年，15頁）から考えて、ここでの記述はほぼそのまま「慣習国際法」にも原則的に適用されるとみてよい。したがって、ここに書かれていることは「条約」を「国際法」に置き換えて理解することが許されると思われる。
- 23) 戸波江二・松井茂記・安念潤司・長谷部恭男『憲法（I） 統治機構』（有斐閣，1992年）247頁。
- 24) 前掲書，251頁。
- 25) 前述11頁参照。

●Summary

This article examines the application of ILO Convention No.88 in Japan to determine whether the theory of neo-dualism regarding the relationship between international law and municipal law is valid.

Since the 1980s, the author has been proposing “neo-dualism” as the most convincing theory regarding the relationship between international law and municipal law. Neo-dualism combines the traditional theories of (a) dualism, (b) monism with supremacy of international law, and (c) monism with supremacy of municipal law in the following manner.

First, the author distinguishes the two planes: international law and municipal law. Then, the author claims that on the international law plane, monism with supremacy of international law is valid. On the municipal law plane, however, monism with supremacy of municipal law prevails. Since this theory treats the two planes separately, it is — in essence — dualism. However, it is different from the traditional dualism in the sense that it recognizes the possibility of conflict between the two legal systems. This is the reason for calling this theory “neo-dualism” .

A problem arises when an international law provision contradicts with a municipal law provision. In such a case, efforts would be made on both international law and municipal law planes to resolve or reconcile the difference.

The article takes up the case of the application of ILO Convention No.88 in Japan to demonstrate how the process of resolution or reconciliation between the two legal systems works.