

# 桃山法学

## 第 17 号

---

### 論 文

- 刑罰法規の意味としての行為規範 ……江 藤 隆 之 ( 1 )  
介護労働者の労働条件をめぐる法的課題  
……………瀧 澤 仁 唱 ( 29 )  
捜査の適正と真実発見の必要性について  
……………大久保 正 人 ( 59 )  
「無条件降伏」とハーグ陸戦法規  
——日本にドイツ式「基本法」制定は可能であったか——  
……………松 村 昌 廣 ( 87 )

### 資 料

- 谷川昇「内務省警保局長辞職のいきさつ」  
……………小 宮 京 ( 103 )  
改正育児・介護休業法に関するサイト集  
……………軽 部 恵 子 ( 119 )

### 書 評

- 篠原初枝『国際連盟』  
(中央公論新社, 2010年, 296頁) ……軽 部 恵 子 ( 137 )
- 

2011年 3 月



桃山学院大学総合研究所

# 刑罰法規の意味としての行為規範

江 藤 隆 之

- I 本稿の課題
- II 行為規範淵源論の系譜
  - 1. 行為規範非実定法淵源論
  - 2. 行為規範実定法淵源論
- III 法規の意味としての規範
  - 1. 法規のひとつの意味としての行為規範
  - 2. 法規のもうひとつの意味としての制裁規範
- IV いくつかの帰結
  - 1. 行為規範の脱倫理化
  - 2. 行為規範の脱無機質化
  - 3. 刑法の安定と憲法的価値に裏づけられる法益論
  - 4. 違法でない行為の明確化
  - 5. 違法類型としての構成要件
- V 結語

キーワード：行為規範，制裁規範，刑罰法規，言語行為

## I 本稿の課題

不正アクセス防止法第3条1項は「何人も、不正アクセス行為をしてはならない」と定めており、売春防止法第3条は「何人も、売春をし、又はその相手方となつてはならない」と定めている。また、ストーカー行為等の規制に関する法律（いわゆるストーカー規制法）第3条は、「何人も、

つきまとい等をして、その相手方に身体の安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせてはならない」と定めている。このように、これら特別法は、制裁規定に前置するかたちで明文により特定の行為の禁止をうたっている。これらの条文がいわゆる行為規範<sup>(1)</sup>を明示したものであることは明白であるといえよう。

ところが、犯罪と刑罰に関するもっとも重要かつ基本的な法典である刑法典には、このような行為規範を直接的に明示する条文は見当たらない(ように思われている)<sup>(2)</sup>。たとえば刑法199条は「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」と定めているものの、「何人も、人を殺してはならない」という条文を置いてはいない。同様に、「他人の財物を窃取してはならない」という規定も「建造物等に放火してはならない」という文言も見つけることができない<sup>(3)</sup>。それでは、普通刑法は単に事後的に裁判所に対して制裁に関する規範すなわち制裁規範を与えるにすぎず、一般人ないし行為者に対して行為規範を提示することを放棄しているのであろうか。普通刑法は殺人行為や窃盗行為を禁止してはいないのであろうか。答えは否である。刑法が行為規範性を有することに疑いをさしはさむ余地はない。行為規範の内容理解および体系構築におけるその重要度に関する考え方については様々な見解がありうるものの、行為規範性それ自体を完全に否定し去る立場を想定することはきわめて困難であるといわなければならない<sup>(4)</sup>。

というのも、刑法の大原則である罪刑法定主義は「何が犯罪でそれに対してどのような刑罰が科されるのかをあらかじめ明示しておく」ことを要請するが<sup>(5)</sup>、これは刑法の行為規範性を考慮に入れて初めて理解可能な原理だからである。もし単に、刑法が行為規範ではなく制裁規範でしかないのだとすれば、刑法は行為時に妥当している必要がないことになる。裁判時に刑法が妥当してさえいれば、それで制裁規範の役割を十分に果たすことができるからである<sup>(6)</sup>。罪刑法定主義の当然の前提として刑法の行為規範性があることは明らかであり、また罪刑法定主義があることの帰結として、刑法の行為規範性が犯罪人のみならず一般人の自由を「犯罪人および一般

人のマグナ・カルタ」として保障するように刑法は定められ、解釈されなければならないのである。<sup>(8)</sup>

そこで、この条文に直接明示されていないように思われる行為規範は、いかなる淵源から発するものであるのが疑問となる。行為規範は実定法から導き出されるのであろうか、それとも実定法とは別の何かにその淵源を有するのであろうか。この問いは、長い間さほどの進展も見せずに放置されてきた。最近の規範に関する論文や教科書の叙述においては、それこそ規範の意義や機能——もちろん、それが規範を論ずるうえで最も重要なものではあるが——ばかりが注目され、行為規範の淵源については「条文から導き出される」や「条文の暗黙の前提となっている」などと簡単な一言で片付けられることが多いように思われる。しかし、ある概念の意義や機能を検討するにあたり、それがいったいどこからどのようにして発するのかという淵源論を等閑視することはあまり好ましい態度であるとはいえないであろう。そこで、本稿では、行為規範の淵源を探ることを課題として設定する。行為規範の意義や機能ではなく、刑法に行為規範性があるとしたらそれはどこから発するのかという淵源の問題に焦点を当てた検討をしていきたい。<sup>(9)</sup>

## II 行為規範淵源論の系譜

### 1. 行為規範非実定法淵源論

規範論に関する先駆的大著“Die Normen und ihre Übertretung”を著し、近代刑法学における規範をめぐる議論の先鞭をつけたのはカール・ビンディングである。ビンディングは、「犯罪者は刑罰法規に違反するのではない」として、犯罪者は刑法に違反したものだという語法を誤りであると断じ、行為者を裁く法命題（der Rechtssatz, nach welchem der Verbrecher beurteilt wird）と行為者が違反する法命題（der Rechtssatz, den er übertritt）とは区別されるものであると主張した。<sup>(10)</sup>ここに裁判規範と行為規範の分離がなされることになる。そのうえでビンディングは、行為規範は「禁止

(Verbot)」あるいは「命令 (Gebot)」であり、不文法として刑罰法規の背後に推認しうるものであるとする。この行為規範は概念的に (begrifflich) 刑罰法規に先立っており、必要的ではないが通常は時間的にも (regelmässig aber nicht notwendig auch zeitlich) 先行しているという<sup>(11)</sup>。すなわち、ビンディングは決定規範たる規範を純粹命令 (reiner Befehl) であるとして、彼が授権命題として捉える刑罰法規に先行する別個のものとして理解しようとしたのである<sup>(12)</sup>。これは、行為規範に非実定法的淵源を認めるものというべきであろう<sup>(13)</sup>。

同様に、ベーリングは規範の淵源を刑事実定法ではなく、国家の規範的意思という全法秩序に共通な一般規範に求めた<sup>(14)</sup>。このことは、ベーリングが刑法体系的に築き上げた構成要件の理論が、その当初において価値中立的記述的であるとされたことと整合的である。価値中立的な構成要件はベーリングによれば規範的なものではないのであり、それゆえ実定法によって観念されうる構成要件と規範とは切り離され、その当然の論理的帰結として実定法と規範も淵源の段階において切り離されて理解されているのである。

同じく刑法的規範の淵源を実定法以外に求める見解として、M・E・マイヤーの文化規範説がある<sup>(15)</sup>。マイヤーは、行為規範を前法的な社会規範や文化規範 (Kulturnorm) と解し、行為規範の非実定法的淵源を主張した。

これらの行為規範非実定法的淵源論のメリットは、社会諸規範と刑法規範の統一的理解を可能にする点にある。なるほど、刑法は法である以上、社会規範のひとつであるから、他の社会規範との統一的理解は望ましいことではある。しかし、刑法規範を非実定法的に基礎づけようとする試みは、以下の理由により、明らかに失当である。

我々はすでに罪刑法定主義 (Gesetzlichkeitsprinzip) の要請としての行為規範を確認した。そうであれば、ここでは「法定」の語に注意が払われなければならない。ここでの法は不文法を含みうる理念的な法 (Recht) でなく国会が制定した実定的法律 (Gesetz) を意味することはその語義から異論はなく、それゆえ「罪」の「法定」が「行為規範」と結びつく理論

が構想されなければならない。罪刑法定主義によって不文刑法を当然に排除しておきながら、刑法的行為規範の淵源が不文法に求められたのでは、我々は正しい到達点を見失ってしまうどころか、スタート地点からすでに矛盾を抱え込んでいることになるだろう。それゆえ、行為規範の淵源は実定法に求められることが必要となる。

それでは、実定法はいかなる形で行為規範を制定しているのか。ここで我々は最初の疑問に立ち返ることになってしまう。一部の特別法はともかくとして、刑法典は犯罪を禁止する直接的規定を持っていないように見えるのではないか、という疑問である。しかし、この問題はさほど難問ではない。以下に、行為規範を実定法から導き出そうとする見解を概観してみよう。

## 2. 行為規範実定法淵源論

ロバート・フォン・ヒッペルは、ベンディングの表現をそのままひっくり返すかのように、「犯罪者は刑法に違反するのである」という<sup>(16)</sup>。ヒッペルのベンディングへの批判は論理的な鋭さを有している。もしベンディングが現行法規から認識されうる規範を規範というのであれば、それは単にそう名づけたに過ぎないことになり、ベンディングのいう規範の実体は法規であるということになる。もしベンディングが現行法規以外のものを規範というのであれば、それは検討するに値しないベンディングの主観の見解にすぎないのであるとヒッペルは指摘する<sup>(17)</sup>。この批判は、竹田直平がいうようにベンディングら行為規範非実定法淵源論にとって「致命的」である<sup>(18)</sup>。すでに行為規範の認識根拠論のレベルにおいて、非実定法淵源論は破綻しているのである。刑法がある行為を違法であるとするか適法であるとするかというとき、手がかりとなるのは当然に刑法である。その刑法とは現行法であるのに決まっているのだから、行為規範を認識する淵源は現行刑法に求められるほかないからである。もしそうではなくて、行為規範非実定法淵源論者が現行法の枠組みの外から規範を導き出そうとするのなら、そのような見解は罪刑法定主義の許容する範囲を踏み越えており、不

当であるといわざるを得ないであろう。

さらに、ヒッペルは進んで、単に行為規範の認識が刑罰法規によるのみならず、行為規範の発生も刑罰法規に根拠づけられるという。ヒッペルによれば、刑法は「構成要件該当行為に対し刑罰予告をすることにより、その行為を禁止している」<sup>(19)</sup>のであり、「刑法それ自体が、構成要件と違法効果たる刑罰を結びつけることにより、犯罪者が違反するところの命令・禁止の規範」<sup>(20)</sup>となっているのである。

我が国において、分類が困難な独自の規範淵源論を展開するのは宮本英脩<sup>(21)</sup>である。宮本は、ペンディングのように、規範と刑法の区別を是認し、規範的評価と可罰的評価とを区別する構想を導き出す<sup>(22)</sup>。しかし、宮本の行為規範淵源論はペンディングと異なり、実定法淵源論とも共通した基礎を有している。というのも、ペンディングが「前刑法的な規範」と「刑罰法規」とを分離したのに対して、宮本「刑罰法規その他の法源から導き出される規範」と「刑罰法規から導き出される刑法」とを対比させたからである<sup>(23)</sup>。宮本の言葉によれば、「刑法その他の法から発見し得る禁令または命令そのものとして独立の法」である行為規範と「刑法から同時に発見しうる刑法自体」とが区別されるのである。ここでは確かに行為規範と制裁規範の意味での刑法とが区別<sup>(24)</sup>されているが、その根拠はいずれも刑法とは無関係ではない。したがって、刑法から規範が導き出されることを肯定する点において、宮本の規範淵源論は実定法淵源論との共通点を有するといえるのである。しかしまた、宮本の規範論を詳細に分析した三上正隆が正当にも指摘するように<sup>(25)</sup>、宮本によれば行為規範の淵源は成文刑法のみに限られるのではないという点において、単純な行為規範実定法淵源論に分類することも妥当ではないのである。

我が国において明確に行為規範実定法淵源論を主張するのは竹田直平<sup>(26)</sup>である。竹田は、諸議論を検討の後、ヒッペルのような行為規範実定法淵源論を妥当であるとする。そして、刑法は、法規の前句に行為を示し、後句に当該行為に対して刑罰を科すことを示すことにより「間接的黙示的に」<sup>(27)</sup>行為規範を宣言しており、「国家はこのような行為については、直接的明

示的に禁止意思を表示しなくても、国民はこのような違法効果の予告から当然にその禁止を認識し得る立場にあることを知っているのです、その直接的表示を省略している<sup>(28)</sup>」のだという。

竹田の理論は、行為規範が実定法から導かれるという点において妥当な方向を示している。しかし、そこにはなお実定法がどのように行為規範としての意味を持ちうるのかの検討が決定的に不足しているように思われる。それゆえ、制裁規範と行為規範が竹田理論の中では淵源段階において不用意に一体化してしまっている。竹田は、刑法は行為法と制裁法とを「同時に同一法条に表現した」と述べているが<sup>(29)</sup>、この点に制裁規範と行為規範の不用意な一体化の根源が見て取れる。この一体化は、行為規範と制裁規範とをまったく同一のものとするほどの理論的混乱をもたらしはしなかったものの、その両規範から導き出される規範的評価と可罰的評価という区別された二つの視点を刑法体系に持ち込むことを——規範違反をすべて可罰的規範違反とすることによって、あるいは逆から表現すれば、可罰的でない行為規範違反の存在を否定することによって——拒否するにいたった<sup>(30)</sup>。規範の淵源を実定法に求めたからといって、規範的評価と可罰的評価が理論的に必然として一体化するものではない<sup>(31)</sup>にもかかわらずである。むしろ、そのふたつの評価にそれぞれ別個の機能を持たせうえて犯罪論体系に持ち込み、そこで結合させて理解するという体系も採られ得る<sup>(32)</sup>。なぜなら、同一法条から行為規範と制裁規範の二様の規範が導き出されるとしても、それは決して——後述するように——「同時」ではなく、その「意味」も異なるからである。

さらに、竹田は「間接的黙示的」ないし「直接表示を省略している」という表現によって、行為規範を「法規には直接的に書かれざる規範」へと押し込めてしまった<sup>(33)</sup>。いや、これは竹田だけの責任ではないだろう。行為規範実定法淵源論者の多くが、無意識のうちに行為規範の表示は成文刑法において「黙示的」であり、「直接表示されていない」と考えてきたようにも思われる。刑法には「人を殺してはならない」、「他人の財物を窃取してはならない」と文言が見当たらないことの一点をもって、せつかく行為



規範の淵源を実定法に求めるといふ正しい方向を示した諸見解が、最後の一步になって「しかしそれは直接的には表現されていない」との及び腰になってしまっているのである。果たして、それは正しいのだろうか。間接的黙示的な行為規範で、罪刑法定主義の要請を満足させることができるのだろうか。本当に刑法は行為規範を成文によって明示してはいないのだろうか。

思うに、これまでの行為規範実定法淵源論に欠けていたのは、「言語による表現が何を意味するのか」という基本的な考察である。道を歩いている者が別の者に「すみません、時間を教えていただければ嬉しいのですが」と言えば、それは「時間を教えてください」ということを明示的かつ直接的に意味するものであって、その人が喜ぶ条件を示したのではないという単純な視座である。その結果、行為規範黙示説の陥穽にはまってしまったのである。そこで、以下に後期ワイトゲンシュタインの意味の使用説およびオースティンに連なる言語行為論——サールの間接的言語行為からガイスの直接的遂行まで<sup>(34)</sup>——の視座から実定法規を眺め、そこから行為規範を取り出す作業を行いたい。それにより、刑法は行為規範を明示するものとして理解され、さらに同一条文から別個の——すなわち竹田理論のような一体化をしていない——行為規範と制裁規範が直接的に取り出されることになる。

### III 法規の意味としての規範

#### 1. 法規のひとつの意味としての行為規範

ここに「走らない」という言葉が発せられたとしよう。この言葉はどのような意味を有するのであろうか。言葉は、言語形式だけでは真理条件を持たない。その意味は、具体的コンテキストにおける使用によってはじめて決定されるのである。したがって、この単純なわずからモーラの「は・し・ら・な・い」も、コンテキストがなければその意味を確定することができないのである。たとえば、古い自動車の運転席に座ってエンジンを掛

けようとしていた者が、しばらくエンジンキーと格闘した後、ドアを開けて悲しそうな顔つきで「走らない」と言えば、それはこの車が故障するなどして「走らない」という事実を描写する命題となるであろう。これに対して、小学校の教師が廊下を走っている生徒を見つけて「走らない」と叫べば、それは「廊下を走るな」という禁止であり、先ほどの自動車の場合が事実描写であったのとは異なり、禁止規範への言及となる。同じように、コーヒーを飲んでいるときに友人に「何を飲んでいるのか」と尋ねられ答えた「コーヒー」という言葉は「私は今コーヒーを飲んでいる」という事実命題であり、後払い方式の喫茶店で給仕に「ご注文はお決まりでしょうか」と聞かれたときに答えた「コーヒー」という言葉は「コーヒーをもってきてくれ」という依頼なのである<sup>(37)</sup>（同時に「後ほど所定のコーヒー代金を支払う」という約束ですらある<sup>(38)</sup>）。このように、言語の意味はその使用される状況に依存するのであり、ウィトゲンシュタインが表現したように端的に「言葉の意味とは言語におけるその使用である（Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache）」<sup>(39)</sup>といてよい。したがって、ある発話の意味を知ろうとする者は、それがいかなる状況において使用されているのかをまず知らなければならないのである。法規の意味もまた法規が言語による表現であるかぎり、それはただの文章や独り言ではなく、発し手と受け手の存在する言語行為である。そうであるなら、その意味が具体的コンテキストにおける使用に依存することを免れない。我々は、法規の字義的な意味によって法規を把握すべきなのではなく——というよりも、字義的な意味のみによって法規を理解することなどそもそも不可能である。このことは、目的論的解釈を排した純粋な文理解釈のみでは法解釈が成り立たないということからも明らかである——その使用によって意味を理解すべきなのである<sup>(40)</sup>。

ここで、制裁要件と制裁の提示という方法により実践的に行為規範を提示するのは、日本語の当然の言語行為であるという点に注意を向けてみたい。たとえば、親が小さな子供に「いたずらをしたらおやつを抜きにする」と言明したとき、これを制裁要件と制裁、すなわち「あなたがいたずらを

したという要件が整えば、私はあなたにおやつを与えないという効果が発生する」という要件・効果を単純に明示したものであり、それ以上の意味を持たないと理解するのはナンセンスなことである。この言明が子供に対して「いたずらをしてはならない」という行為規範を提示するものであることは、通常の日本語能力を有する者であれば、——オースティンのいうところの発話内行為 (illocutionary acts)<sup>(41)</sup>として——誰もが容易に理解可能だからである。この子供が後にいたずらをし、それを親に発見された時に、「僕は、いたずらをしてはいけないと言われたおぼえがない」と抗弁したとしても、その抗弁が受け入れられないのは自明のことであろう。というのも、これは制裁要件と制裁の提示を通じて行為規範を表現するという、日本語にとって通常の言語行為に他ならないからである。日本語を使って相手に何かを伝達しようとするとき、そこには様々な表現方法があり、話者はそこから相手と共有しているコンテキスト——これを言語ゲームと読み替えてもよい——にしたがって任意の表現方法を選択して相手に伝達をするのである。その表現選択の手がかりは時に伝達効率であったり、時に人間関係であったりするのだが、いずれの表現方法が選択されたとしても、相手とコンテキストが共有されていて、その発話が適当なものであれば、そこには「発話された文字通りの意味」を超えた発話内の力が発生するのである。これは誰もが経験的事実として知っているまったく自然なことといえよう。

例を出してみよう。高校野球の監督が練習試合に負けて悔しがる部員たちに対して「もっと練習しなければ甲子園にいけない」と言ったとする。すると、それは「もっと練習しなければ甲子園にいけない」という事実を描写したのではなく、——少なくともこの監督の下で甲子園目指して練習に励んできた部員たちにとっては——「もっと練習しろ」との命令を意味することになる<sup>(42)</sup>。これは日本語の通常の命令の表現方法なのである。暗黙のうちに命令が前提とされているわけでも、間接的に練習をするように命令したのではない。日本語に認められる数ある命令方法のうちのひとつを選択して命令したにすぎないのである。<sup>(43)</sup>

もっと例を出そう。あなたが誰かに荷物を持ってほしいとき、「荷物を持ってください」という表現以外にも、同じ行動を相手にさせるだけの意味を込めた言葉を「荷物を持ってくれば有難いのですが」、「この荷物を持つのは君の役目としよう」、「あなたに荷物を持ってほしいのです」などと様々に表現可能なのである。「荷物を持ってくれば嬉しい」というのは、ある具体的使用場面においては「荷物を持ってくれ」というのとまったく同等に荷物を持つことを依頼する意味を有し得る。「今、何時だ」と「今、何時かお教えいただければ嬉しいのですが」は、実践的には同じことを意味している（尋ねている）が丁寧さが違うに過ぎないということ（<sup>44</sup>）を想起すれば明らかであろう。

このような視座を前提とすれば、刑法199条の「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という条文を見て、「人を殺してはいけないと書いていない。そこにはただ要件と効果が表現されているに過ぎない」と考えることは、「今、何時かお教えいただければ嬉しいのですが」と言われて、「この人は、時間を教えれば喜ぶ人だ」と受け取るのと同じくらいナンセンスなのであるということが判然としよう。「今、何時かお教えいただければ嬉しいのですが」と言われれば、「この人は、今、時間を尋ねた」と理解してこそ通常の日本語の言語行為であるといえるのである。同様に、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という国会から一般人に向けて明文で発せられた法規テキストはつまり、「人を殺してはならない」という意味を普通に（少なくとも通常の日本語能力を有する一般人に対して）明示的・直接的に伝えることになる。<sup>(45)</sup>

これは、一般的に行為規範を「殺人罪の規定においては『人を殺してはならない』という、一般人に向けられた、殺人を禁止する行為規範が暗黙のうち（<sup>46</sup>）に前提とされて」いるという「暗黙前提論」とも一線を画するものである。暗黙の前提にされているのではなくて、殺人罪の規定はあの規定方法でもって殺人を禁止する行為規範性を有するのである。したがって、刑法の行為規範性は、実定法から直接導き出されるのであるといわなければ

ばならない。

## 2. 法規のもうひとつの意味としての制裁規範

ところで、このような視座は竹田理論とどのような差異を生むのだろうか。竹田直平は、行為規範を実定法から導き出し、それゆえに同一法条に表現されている行為規範と制裁規範が淵源段階で不用意に一体化してしまったのであった。しかし、我々は、すでに語の意味は語の使用であるという意味理論の立場から、コンテキストがその意味を決定することを確認している。ここに竹田理論との大きな差異が生ずることになる。それは、制裁規範も同様の理論によって、行為規範とは別個に同一の刑罰法規から導き出されるという点である。

もう一度、「いたずらをしたらおやつを抜きにする」という言明の意味を考えてみよう。もちろん、実践を離れては意味を確定できないのであるから、ここに具体的文脈を付け加える必要がある。先ほどは、親が子供に対し、この言明をしたのであった。それゆえ、この言明から「いたずらをしてはいけない」という行為規範が日本語として当然に導かれたのであった。今回は、これを子供が寝た後、両親が子育てについて話し合っている際に一方の親がもう一方の親に言った言葉であるとしよう。「躾のルールを決めよう。いたずらをしたらおやつを抜きにする」と。このとき、「いたずらをしたらおやつを抜きにする」は、「いたずらをしてはいけない」という意味ではない。ここで提示されたのは行為規範ではなく、制裁要件と制裁に関する規範、すなわち制裁規範である。昼に子供に言った「いたずらをしたらおやつを抜きにする」は行為規範であり、夜に配偶者に言った「いたずらをしたらおやつを抜きにする」は同じ文言でありながら行為規範でなく制裁規範である。

高校野球の監督が練習試合に負けた部員たちに「もっと練習しなければ甲子園にいけない」と言えばそれは「もっと練習しろ」という命令であったが、勤務校の校長に「野球部の調子はどうですか」と聞かれたのに応えた「もっと練習しなければ甲子園にいけない」であったら、自分が思うと

ころの事実（自己の事実認識）を伝えたのである。同じ発話者から同じ言葉が発せられても、その意味は同時的に同じ意味を持つわけではない。たとえば母親が父親と子供の両者に向けて「いたずらをしたらおやつを抜きにする」と発すれば、子供に対しては行為規範としての意味を持ち、父親に対しては制裁規範としての意味を持つのである。

刑法も同様である。一般人が「どのような行為が刑法で禁止・命令されているのだろうか」と思い、六法をめくって刑法の条文を見ると、刑法は行為規範として受け取られる。これに対して裁判官や裁判員が「この被告人の行為に対してどのような制裁が法定されているのだろうか」と考えながら参照する刑法の条文は制裁規範の意味を持つ。たしかに行為規範と制裁規範は同一条文に根拠を持つ。しかし、その意味は決して同一ではない。同一条文に二様の規範が記されているとしても、その条文の同一性がただちに規範の同一性を導き出すのではない。それぞれの言語的实践がそれぞれの規範の意味を規定するのである。国家によって定められた刑法の条文が「どのような状況で誰によって」受け取られるかがその意味を決定するのである。

したがって、制裁規範も行為規範と同一の条文から直接導き出されるが、両規範が同一の意味を有すると考える必要はなく、また、両者を一体化して理解する必要もないのである。それは「名宛人が異なれば法規の意味も異なる」からである。<sup>(48)</sup>

#### IV いくつかの帰結

以上の議論は、考えてみれば当たり前のことを述べたにすぎないようにも思われる。あるいは、行為規範が実定法に根拠を持つのが、前実定法的根拠を持つのが、どちらにせよ刑法に行為規範性があることは否定できないだけでなく、制裁の対象行為と範囲は刑法において実定法的に定められているのであるから、このような議論に言葉の争い以上の実質的な意義はさほどないと考える向きもあろう。しかし、そのような考えは正しくない。<sup>(49)</sup>

本稿のように、刑法の行為規範を実定法的に根拠づけるやり方からは、いくつかの刑法解釈上重要な帰結が導き出されるからである。以下に簡単にその帰結を紹介したい。

## 1. 行為規範の脱倫理化

刑法の行為規範性が実定法に由来するものなのであれば、そこに前実定法的（あるいは非実定法的）な要素である倫理を持ち込む必要はなくなる。行為規範性を前実定法的なところから導き出せば、そこには倫理も含む前実定法的な価値がさまざまに付随してござるを得ない。これに対し、刑法の行為規範の淵源はあくまで条文、すなわち国会の立法によるものであるとすれば、そこに立法者が託した以上の価値を持ち込むことは不可能となるのである。法は、倫理とは区別された法としての妥当範囲を確保することになる。ここに刑法を倫理化させることのない法益保護を志向する行為規範論を構築する契機がある<sup>(50)</sup>。

## 2. 行為規範の脱無機質化

さらに、このように具体的コンテキストにもとづく意味理論から導かれた行為規範淵源論は、刑法の脱倫理化が置き去りにしてしまいがちな社会規範としての行為規範論を提供することができるだろう。刑法の脱倫理化は必要なことであるが、それが刑法の無機質化・非社会化であってはならないことは明白である。刑法に倫理ないし社会的相当性の概念を取り入れようとする見解が、今なおそれなりの実際的魅力を持って映るのは、そこに社会を動的に把握し、現代社会の諸規範との関連において刑法をいかに現実的な規範として妥当させていくかの考慮が働いているからであり<sup>(51)</sup>、また慣習刑法が排斥されるにしても、刑法解釈の中に社会的慣行などを読み込まなければ結局のところ解決困難な問題を生じてしまうからである<sup>(52)</sup>。しかし、これは何も倫理を刑法に取り入れなければならないということの意味しない。条文解釈において倫理ではなく、意味論の範囲でコンテキストに依拠して規範解釈することは、現代刑法が現代社会の文脈の中で、い

かなる規範として機能しうるのかという観点を必然的に刑法解釈に要求することになる。このようにして、刑法の脱無機質化の道の本稿の立場は拓くことになろう。

### 3. 刑法の安定と憲法的価値に裏づけられる法益論

本稿の立場からは、行為規範の制定は——条例等の特別な場合を除き——原則として国会によって為されることになる。国会以外が行為規範を制定することは、本稿の立場からは原則としてあり得ない。すると、不安定な法ではなく実定された制定法のみが行為規範であるということになり、法的安定性および罪刑法定主義の形式的要請に合致した刑法が実現されるということになる。それだけではなく、刑法が正当な立法機関を通して立法され、その内容も手続きも、もちろん刑法それ自体も憲法の下にあるという現代国家の枠組みを前提とする限りは、憲法の価値を逸脱するような行為規範の制定は不可能であるということになる。すなわち、行為規範非実定法淵源論が必然的に導く結論と異なり、行為規範実定法淵源論によれば、刑法行為規範制定そのものが違憲立法審査の枠内に入ることが当然に承認されることになるのである。刑法の体系目的は法益保護であり、行為規範は法益保護を志向して制定されるが、その法益の範囲が明確に憲法体系の下に入ることになる。憲法が守るべき価値としている価値を法益とし、憲法に反する刑法を排除し、国民が選挙を通じて選んだ代議士による立法という行為規範定立の限界を刑法内在的でも前実定法的でもなく憲法に求めることができるようになる。行為規範を倫理に求めれば、その内容が曖昧なままの行為規範制定がなされてしまうおそれがあり、刑法内在的に行為規範を考えるならば、刑法の自己目的の肥大化や、論理的な自己言及の矛盾といった問題点を生じさせることになる。その点、刑法の行為規範性の由来を国会（それも憲法的に正統な国会）に委ね、その立法目的である法益の概念を憲法が守るべき価値とすれば、このような問題を回避しながら、強い実定性が求められる刑法の分野において成文法主義的な議論を採用することができるのである。これは、19世紀的な意味における法実証主



義 (Rechtspositivismus) とは一線を画する。制定法を重視しながらも、制定法に限界や不明確性があることを認め、規範目的を憲法的価値を逸脱しない法益保護に限定し、その意味内容を現代社会の具体的なコンテキストにおいて動的に把握することを認める立場だからである。

#### 4. 違法でない行為の明確化

また、本稿の立場からは、刑罰法規に明記されていない行為には一切の禁止・命令規範が向いていない、すなわち適法であるということが帰結される。たとえば、過失による所持侵害 (いわゆる過失窃盗) は違法ではないことになる。結果無価値論を採用し、法益侵害が一元的に違法性を構成すると考え、故意・過失の区別を責任段階のみで行おうとする見解は、理論的には過失の窃盗や過失の器物損壊を違法であると認めなければならないだろう。しかし、このような理解は、本稿の規範の淵源論からは否定されることになる。刑法が明文で定めている行為のみに規範が向けられるのであって、それ以外の行為はすべて違法でないとして理解されることになる。それにより、不必要な違法評価の拡大を防ぐとともに、違法でない行為が明確化され、より強く罪刑法定主義の要請に合致しうる体系を構築することが可能になる。

#### 5. 違法類型としての構成要件

条文が行為規範を明示的に謳ったものであれば、もはや条文は価値中立的ではありえない。条文自体が違法な行為を明示的に謳ったものであり、それを類型化したものが構成要件であるとすれば、構成要件は違法類型であるということも同様に帰結されよう。<sup>(54)</sup>

## V 結 語

以上のように、行為規範は刑罰法規から直接導き出されることが明らかになった。行為規範は刑法と別個の存在でもなければ、刑罰法規に黙示さ

れているものでもない。刑法が明示しているところの規範、「国会が一般人に向けている刑罰法規の意味」こそが行為規範なのである。もちろん、国会は裁判所にも刑法を向けている。「国会が裁判所に向けている刑罰法規の意味」は制裁規範である。

最後に、本稿の立場から、なお検討すべき点が残ることを指摘しておきたい。その問題とは、刑罰法規の意味としての行為規範は具体的にどのような意義と機能を有しているのか。この立場から違法論はどのように構築されるのか。38条3項はどのような意義を有するのか。刑法解釈論においてどのような解釈理論が採用可能であるのか、<sup>(55)</sup> などである。これら点については、なお検討のうえ、別の機会に論稿を発表したいと思う。

(了)

#### 注

- (1) 本稿でいう「行為規範」はペンディングのいうところの“Norm”（規範）であり、ペンディングが“Strafgesetz”（刑罰法規）と対置し、現在では多くの論者によって“Sanktionsnorm”（制裁規範）と対置される“Verhaltensnorm”の意である。より正確に訳出すれば「行動規範」（たとえば、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』（平成21・2009）1頁以下参照）ということになるだろうが、本稿では慣例に従い「行為規範」と訳す。なお、“Verhaltensnorm”と“Sanktionsnorm”の対置とそれぞれの意味については簡単に Urs Kindhäuser, *Strafrecht AT.*, 4. Aufl., 2009, S. 35ff. および高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（平成19・2007年）1頁以下参照。さらに、概念として“Handlungsnorm”を使い、それを分析するものとして、vgl. Stephan Ast, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, S. 9ff.
- (2) ここで「行為規範を直接的に明示する条文は見当たらない」ではなくて「行為規範を直接的に明示する条文は見当たらない（ように思われている）」と奇妙な表現となっているのは、「実は行為規範を直接的に明示する条文は刑法典にあるのだ」という本稿の結論部分に留意したからである。以下、本稿において行為規範を明示する規定が刑法に見あたらないという趣旨の文章にはすべて「（ように思われている）」との留保がつくものと考えてほしい。
- (3) この理由を単に刑法典が古い時代のものであるからということに帰す

ことはできないであろう。たとえば刑法典より古い明治28年の通貨及証券模造取締法第1条は、「貨幣，政府発行紙幣，銀行紙幣，兌換銀行券，国債証券及地方証券二紛ハシキ外觀を有スルモノヲ製造シ又ハ販売スルコトヲ得ス」と定めているのである。

- (4) いわゆる厳格な結果無価値論者であっても一般に刑法の行為規範性を否定するものではない。たとえば浅田和茂『刑法総論』補正版（平成19・2007年）10頁。

ただし、齋野彦弥『故意概念の再構成』（平成7・1995年）190頁以下，同「犯罪論体系の構造とその規範理解」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』上巻（平成19・2007年）101頁以下参照。Dazu Vgl. Andreas Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, S. 41ff; Eberhard Schmidhäuser, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964, S. 10ff; ders., Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, S. 36f. 本稿においては，行為規範の存在・機能を否定しあるいは過小に評価しようとする見解は，本稿が検討対象とする淵源論と関連しないために取り上げない。これらは改めて行為規範の意義・機能を論ずる際に，議論の俎上に乗せたい。

- (5) BVerfGE 45,363; 78,374.  
 (6) ドイツにおいて罪刑法定主義を“nulla poena sine lege”と定式化したフォイエルバッハの構想には，今や説得力を失ったものの彼の心理強制説（Theorie des psychologischen Zwangs）に基づく行為規範論があったことは明らかである。Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, S. 1ff.

また，山中敬一『犯罪論の機能と構造』（平成22・2010年）13頁および70頁参照。

- (7) もしそうでないというのであれば，それは多かれ少なかれ行為規範へのまなざしを持っている理論といわなければならない。  
 (8) 大野真義『罪刑法定主義』（昭和55・1980年）240頁参照。

罪刑法定主義の萌芽をみることができる『犯罪と刑罰』においてベッカリアが印刷術の発明を実に啓蒙精神たっぷりにたたえたのも，まさに成文の法典が万人に読まれるようにならなければならないという彼の主張からきたものであり，この主張もまた刑法が犯罪者および一般人のマグナ・カルタであらねばならないということのあらわれである（チャーザレ・ベッカリア（風早八十二・五十嵐二葉訳）『犯罪と刑罰』（昭和13・1938年）37頁）。

- (9) なお、あらかじめ述べておくと、本稿の法規を見つめる基本的視座は増田豊『語用論の意味理論と法解釈方法論』（平成20・2008年）1頁以下と共通する。同書は語用論の意味論の立場から法解釈の根源を問い直す重要かつ重厚な研究である。そして、増田は規範の淵源論について本稿とおそらくほぼ同様であると思われる構想を、同書中の45頁6行目から46頁1行目にかけて簡潔に表現している。ただし、その叙述はあまりにも簡潔にすぎて行為規範淵源論に十分に焦点をあてたものとはいえないように思われる（語用論の意味理論やそこから導き出される法解釈方法論については十分な探究がなされており、これを跡づけることは重要なことであると思われるが、本稿は規範の淵源のみを対象としたい）。そこで、本稿はその視座から「刑法における行為規範の淵源」というピンポイントを対象として検討することにより、いかなる行為規範淵源論が可能であるかを探るものである。
- (10) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, Die Normen und ihr Verhältniss zu den Strafgesetzen, 4. Aufl., 1922, S. 3ff.
- (11) Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 4.
- (12) 決定規範の背後には価値判断があることをビンディングは認めている。Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 356ff.
- (13) Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 19ff.
- (14) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 118f.
- (15) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrecht, 2. Aufl., 1923, S. 37ff.
- (16) Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, S. 19f.
- (17) Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 21.
- (18) 竹田直平『法規反とその違反』（昭和36・1961年）206頁。
- (19) Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 19f.
- (20) Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 20.
- (21) 宮本英脩の規範論について詳細に分析したものとして、三上正隆「宮本英脩の規範理論」早稲田大学法学研究論集116号（平成17・2005年）225頁以下、同「宮本英脩の規範理論Ⅱ——一般規範の法源について——」早稲田法学会誌56巻（平成18・2006年）165頁、同「宮本英脩の規範理論Ⅲ——規範理論による違法要素の体系的整序について——」早稲田法学会誌58巻1号227頁以下がある。
- (22) 宮本英脩「規範的評価と可罰的評価」牧野教授還暦祝賀刑事論集（昭和13・1938年）5頁以下参照。

- (23) 宮本・前掲注(22) 6頁以下。
- (24) 宮本の用語法によれば、「規範」とは「直接我々に対して行為不行為を命ずるもの」であり、「刑法」とは「規範の違反を理由としてその匡正の為の処分を命ずるもの」である。したがって、宮本のいう「刑法」は本稿のいう「制裁規範」に該当する概念であるといつてよいであろう。宮本・前掲注(22) 8頁以下参照。
- (25) 三上「宮本英侑の規範理論Ⅱ——一般規範の法源について——」前掲注(21) 166頁以下参照。
- (26) 竹田直平の規範論を詳細に検討・分析したものととして、三上正隆「竹田直平の規範理論」早稲田法学会誌第60巻2号(平成22・2010年) 307頁以下。
- (27) 竹田・前掲注(18) 31頁。
- (28) 竹田・前掲注(18) 32頁。
- (29) 竹田『刑法と近代法秩序』(昭和63・1988年) 103頁参照。
- (30) 三上「竹田直平の規範理論」・前掲注(26) 317頁参照。規範を前実定法的に捉えたペンディングが、犯行論(Deliktslehre)と犯罪論(Verbrechenslehre)を区別したのと好対照である。Binding, a. a. O. (Anm. 10), S. 19ff.
- (31) たとえば、高橋則夫のように行為規範と制裁規範とを区別し、規範違反にくわえて可罰的評価を考慮する体系を、行為規範実定法淵源論から採用することも可能である(高橋則夫『刑法総論』(平成22・2010年) 3頁以下)。
- (32) 高橋『刑法総論』・前掲注(31) 237頁が、「きわめて軽微な窃盗の場合、規範的違法性は肯定される」が、制裁規範によって基礎づけられる「可罰的違法性は否定される」というのがその代表例である。
- (33) 竹田は、「習字・絵画・工芸品等の手本、模型、船舶電気等の基準型式等の表示は、いわば規範の前句の内容を具体的に表現したものであって、『これに準拠せねばならない』という規範の後句は省略されている」として、これと同様に刑法規範も後句が省略されているものとする(竹田『法規範とその違反』・前掲注(18) 32頁以下)。
- (34) 本稿は、言語学および言語の哲学的な視座を採用するものではあるが言語学のないし言語の哲学的な学説争いについて本文で直接触れることはしない。必要な範囲で注釈において触れるにとどめる。
- (35) 先注でも述べたが、語用論的意味論の立場から法解釈を探究する優れた先行研究として増田『語用論的意味論と法解釈方法論』・前掲注(9)

1 頁以下がある。同『規範論による責任刑法の再構築』・前掲注(1) 1 頁以下もあわせて参照。

- (36) フランソワ・レカナティ (今井邦彦訳) 『ことばの意味とは何か』(平成18・2006年) 5 頁以下参照。

多義語はコンテクストがなければその意味を決定することができないことを考えれば明らかであろう。たとえば, “Gericht” は「裁判所/料理」を意味するのであるが, 留学先のホストファミリーに食事時に “Was ist dein Lieblingsgericht?” 「君の好きな Gericht は何かな」と尋ねられれば好きな食べ物を答えるべきであって, “Ich mag gar keinen Gerichtshof!” 「私は裁判所はどれもまったく好きではありません」と答えるのはジョークでしかない。また, 厳密に多義語でなくともコンテクストを無視した意味確定は不可能である。コンテクストを無視した意味決定はやはりジョークにしかならない。レストランでウェイターに「あそこの男性が食べているものをください」と注文したとき, ウェイターが「でもそれはあちらのお客様のものですから, 取り上げるわけにはいきません」と答えれば, それは「あそこの男性が食べているもの」という言葉の意味の前提を話し手と受け手で共有できなかったからであり, ジョークにしかならない。

- (37) 増田『語用論の意味理論と法解釈方法論』・前掲注(9)514頁参照。

- (38) このようなことは刑法学においても考えられてきたように思われる。たとえば, 挙動による詐欺において, 代金支払い意思がないのに飲食を注文する注文行為(無銭飲食詐欺)は, 告知義務違反による不作為の欺罔を問題とするまでもなく, 作為による欺罔であると理解されてきたのである。なぜならば, 飲食店における飲食の注文(たとえば「コーヒー」)は代金支払いの意思を表示している(「代金を支払うのでコーヒーを持ってきてくれ」という意味を有している)からであると。山口厚『刑法各論』第2版(平成22・2010年)253頁以下参照。

- (39) Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953, 43.

なお, 黒崎宏は当該箇所の訳を「言語における」ではなくて「言語ゲームにおける」としている。原語では “in der Sprache” であるので「言語における」が素直な訳であるが, 「言語ゲームにおける」とした方がより理解が正確になるようにも思われる(黒崎宏訳『『哲学的探究』読解』(平成9・1997年)33頁参照)。

なお, ウィトゲンシュタインの引用部においては Bedeutung (意味・指示) が問題となっているが, 本稿の検討対象には法規の Sinn (意義

・意味)が含まれている。この Sinn も具体的言語ゲームにおける使用に依存することは、本文で述べる通りである。

- (40) きわめて単純に字義的に理解可能であると思われる「赤いペン」という語の意味ですら、コンテキストから離れて理解することは不可能である(レカナティ・前掲注(36)275頁以下参照)。

ここで、幸いなのは、刑法学が対象とすべき語の使用場面は、言語学や言語の哲学が探究すべき場面よりも極端に限定されている(およそ明文の刑罰法規についての国家と人間間とのコンテキストに限定されている)がゆえに、言語を考える上での困難な問題はほとんど回避可能であるという点である。

- (41) オースティンは、言語行為には発語行為(locutionary acts)、発語内行為(illocutionary acts)、発語媒介行為(perlocutionary acts)の3つの側面があるという。たとえば、母親が子供に言った「いたずらをしたらおやつ抜き」であれば、発語行為は「母親は『いたずらをしたらおやつ抜き』と言った」と表現され、発語内行為は「母親は子供にいたずらを禁じた」であり、発語媒介行為は「母親は子供にいたずらを思いとどまらせた」である。刑法的な関連で言えば、刑法による発語行為は条文そのものであり、発語内行為は条文から導き出される行為規範であり、発語媒介行為は行為規範の現実的作用である(J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (1962) および同書の邦訳 J. L. オースティン『言語と行為』坂本百大訳(昭和53・1978年)参照)。
- (42) 「練習しなければどうなるかわかってるな」、「練習」、「さあ、お前たちは今何をすべきなのか考えてみろ」、「去年卒業した先輩はもっと努力していたぞ」などの表現方法も——コンテキスト(言語ゲーム)の共有を前提として——選択可能である。
- (43) ただし、サールは、このような発話者が聞き手に字義以上のことを伝えようとする言語行為(サールのいう言語行為はオースティンという発語内行為である)を「間接的言語行為(indirect speech acts)」と呼ぶ(John R. Searle, "Indirect Speech Acts" in *Syntax and Semantics*, 3 *Speech Acts*, pp. 59-82. (1975) [邦訳としてジョン・R・サール著・山田友幸監訳『表現と意味』(平成18・2006年)53頁以下(当該部分は三好潤一郎訳))。たとえば、サールの例によれば「今晚、映画に行こう」と誘われた学生が「試験勉強をしなければならんだ」と答えるのがそれである。ここで、注意したいのは、言語学的にこれが「間接的」とされているのは、一般的に「間接的」と表現されるものと若干意味が異なると

いうことである。本稿においては間接的言語行為についても、一般的に「はっきりと意味が捉えられる」という意味で「明示的」との表現を、「推論を経ずに内容を理解できる」という意味において「直接的」との表現を使用することにする。というのも、言語学においても、言語行為における命令・依頼については、直接的言語行為がなされることは稀であり、現実には間接的言語行為によるものがほとんどであるとの指摘もあり (Stephen C. Levinson, *Pragmatics* (1983) pp. 264-265, p. 274. 邦訳として S. C. レヴィンソン (安井稔・奥田夏子訳) 『英語語用論』 (平成 2・1990年)。レヴィンソンを引用する場合の和訳は同書による)、これを「通常の言語行為」と理解することに問題はないばかりか、間接的言語行為を「間接的」と呼ぶのは間違いであるというべき場面もあるとして、内容の明白な間接的言語行為を「直接的伝達」として捉え直そうという見解もあるからである (Michael L. Geis, *Speech Acts and Conversational Interaction*, p. 122, p. 255. (1995))。たとえば、オースティン的には “Pass the salt.” 「塩を取って」は非明示的の遂行文 (implicit performatives) ということになるが、一般には明示的の遂行文 (explicit performatives) である “I request you to pass the salt.” 「あなたに塩を取ってくれるように頼みます」と違いなく文意は自明であるといい得るし、サールの的には間接的言語行為であるとされる “Can you pass the salt?” 「塩を取っていただけますか」は一般的には「あなたに塩を取ってくれるように頼みます」という直接的言語行為と何の違いもないほど直接的伝達であるといい得るのである。この点、レヴィンソンやガイスの指摘は私には正しく思われるのである。

- (44) 他の言語においても、もちろん同様である。言語行為論のテキストにおいて頻繁に用いられる例であるが、英語の “Can you pass the salt?” は、「塩を取ってくれ」という意味 (オースティンによれば発語内行為であり、サールによれば間接的言語行為) なのであって、相手に塩を取る能力があるか否かを尋ねているのではないのである。これは明らかに依頼を表す please をつけて “Can you please pass the salt?” と言えることから明らかである。また、レヴィンソンは、ドアを閉めることを依頼する表現として “I want you to close the door.” 「ドアを君に閉めてほしいのです」や “Can you close the door?” 「ドアを開けてくれますか」、 “You ought to close the door.” 「ドアは閉めるべきです」、 “I am sorry to have to tell you to please close the door.” 「すみませんが、ドアをどうか閉めてほしいのですが」、などから “How about a bit less breeze?” 「風



がちよっと入りすぎるんじゃない」や“Did you forget the door?”「ドアのことは忘れたの」, “Do us a favour with the door, love.”「ドア, お願い, ね」, “Now Johnny, what do big people do when they come in?”「さあジョニー, お兄ちゃんなら, 部屋に入るときどうするかしら」まで無数に考え得ると指摘する。Levinson, op. cit., pp 264-265.

- (45) 当然, 「人を殺すことは良くないことだ」という評価規範 (Bewertungsnorm) の側面と「人を殺すな」という決定規範 (Bestimmungsnorm) の側面の両方を有する。

ここで, 「直接的」, 「間接的」という表現について, もう一度注意を喚起しておきたい。字義以上のことを含意し, 相手に伝える言語行為 (発話内行為) は, サールによれば間接的言語行為であるが, 本稿においては特に推論をたどることなく, その意味が発話者から聞き手に伝わることを「直接的」と表現し, たとえば“Can you pass the salt?”や「時間をお教えたいただければ嬉しいのですが」という発話を「直接的遂行」と呼びたい (Geis, op. cit., p. 255.)。それは以下の道筋をたどって基礎づけられる。最初に, 「彼は喉が渴いている」という単純な発話ですら, すでにコンテキストに依存していることが確認される。「彼」が誰なのかは, 字義的には表現されておらず, 発話のコンテキストによらなければならないからである。この発話は字義以上のことを含意しているのであるから「間接的」とあるという見解も主張され得ようが, 本稿はそのような見解をひとまず排除することを主張したい。「彼は喉が渴いている」という発話は, 受け手が誰であれ具体的なコンテキストの下においては, いかなる推論を経ることもなくその意味 (「指示された男性の喉が渴いている」という事実描写としての意味) を理解可能な発話だからである (これが「彼に飲み物を与えよ」という命令を含意しているのだとしたら, それはコンテキストによっては推論を経なければならない間接的なものと言い得るかもしれない)。ここで, 字義以上のこと (コンテキストに依存しなければ理解不可能なこと) を発話が含まれていたとしても, それによって直ちに「間接的」とされるべきではないということが導かれる。次に, 皮肉が検討の対象となる。たとえば, ある者がいつもつらく当たってくる同僚がまたひどい表現で難癖をつけたのに対し「いつも君は優しいね」と発話したとする。この場合は, まず字義的なあるいは直接遂行的な意味「君は優しい」が聞き手の頭の中に浮かび, 次に「自分はいつも彼に対して優しくない」という事実思いいたり, そして「ああ, これは嫌味 (皮肉) を言ったのだ」という理

解プロセスをたどるだろう。このような場合を「間接的」と呼ぶことを本稿は主張したい（これが推論を経るという意味である）。以上により、本稿における「直接的」と「間接的」の意義は大まかに理解されたと思う。それでは、たとえば発話が「君は死なない」「You are not going to die.」だとしたらどうか。人が死なないということはないのだから、字義以上の意味がこの発話には込められていそうであり、何らかの推論を経なければ発話者の含意を理解できそうにないと思うかもしれない。しかし、たとえばこれが母親がすり傷で大げさに泣く子供に対して発した言葉であるとしたらどうか。「(このようなすり傷程度では)死なない(からそんなに泣かないで)」という意味であることは、本稿の意味における「直接的」に理解されるだろう。母親が擦り傷で大げさに泣く子供に対して「死なない」と声をかけたのを見て、「いや、人は必ず死ぬはずだ。この人は事実と違うことを描写した。いったいどういうことだろうか。ああ、なるほど、その程度の傷を原因としては死なないという意味か。そしてだから泣くなということを含意したのか」という推論をたどりはしないだろう。そのような推論をたどることなく、直接的にその意味が理解されるはずである（以上の例について、レカナティ・前掲注(36)140頁以下参照。レカナティは字義的をt字義的、m字義的、p字義的などと段階によって分類し、字義的であるということはどういうことを示そうとする）。さて、それでは「時間をお教えたいただければ嬉しいのですが」はどうだろうか。サールの意味において間接的であっても、本稿の意味において（そしてそれは一般的な意味においてもあると信ずるが）「直接的」であることは明らかであろう。「時間をお教えたいただければ嬉しいのですが」と言われて、「この人はなぜ喜ぶ条件を私に知らせたのだろうか。ああ、なるほどこの人は時間を教えて欲しいのだな」と考える者はいないだろう。受け手は「直接的」に「私はあなたに時間を教えてくれるよう要求します」と言われたのと同じ意味を理解する。これは本稿の意味においては直接的遂行である。この発話者は、ただ丁寧な表現で時間を教えることを要求したに過ぎず、皮肉や嫌味や相手に推論の負担をかけるつもりで発話したのではない。もし聞き手が発話者の意味するところを理解しなかったとしたら、発話者は驚くであろう。それはこれが一般的な意味においても言語行為における直接的遂行だからである。そこで、「人を殺した者は、刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という日本国の発話（言語行為）が「人を殺すな」という意味であると、「直接的」に言えるかが問題となる。ここで私が

注目してほしいのは、ここで共有されているコンテクストである。すでにこの発話が法規（法律の条文の文言）であるということは、発し手にも受け手にも前提とされている。そして、現代社会において法律が国家社会生活を規律する国家的ルールであるということは、共有されている。この現状の中で「一体何が犯罪となるのだろうか」と考える一般人が接する国家からのメッセージたる「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」は、私には直接遂行的に「時間をお教えいただけならば嬉しいのですが」と同等のレヴェルで「人を殺すな」という意味を有するものと思われるのである。「いたずらをしたらおやつ抜き」という子供に対する母親の叱り言葉は、直接的に「いたずらをするな」という意味として了解可能ではないのか。前期ウイトゲンシュタインの言葉を借りれば、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という文言が「人を殺すな」という意味であることは、「侵しがたく決定的 (unantastbar und definitiv)」であると思われるのである (Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus, Vorwort, 1922. 当該箇所訳は岩波文庫版の野矢茂樹訳によった。ウイトゲンシュタイン (野矢茂樹訳) 『論理哲学論考』 (平成15・2003年) 11頁)。

- (46) 井田良『講義刑法学・総論』 (平成20・2008年) 49頁。
- (47) それゆえ、当然に制裁規範も制裁者にとっての行為規範である。Vgl. Günther Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 13.
- (48) 名宛人が異なれば言語ゲームが異なるからである。この観点から、ハートの一次的ルールと二次的ルールの差異を理解することも可能であろう。H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2. Ed. (1994). 邦訳として H. L. A. ハート (矢崎光圀監訳) 『法の概念』 (昭和51・1976年) 参照。それゆえ、ハートの二重のルール理論から行為規範と制裁規範を理解しようとする高橋則夫『規範論と刑法解釈論』・前掲注(1) 1頁以下の構想は正当である。
- (49) Vgl. Hippel, a. a. O. (Anm. 16), S. 19. あわせて、宮本・前掲注(22) 5頁以下参照。
- (50) そもそも一概に規範違反説の論者の見解が倫理的であり反法益的であるとはこれまでもいえなかったのである。犯罪論体系内において結果を重視しないほどの規範違反説論者であっても、規範の目的は法益保護にあることは認めている。z. B. Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954. S. 69ff; ders., Die Aufgabe des Strafrechts, 1983, S. 263.

- (51) 岡野光雄『刑法要説総論』第2版(平成21・2009年)3頁。
- (52) 水利妨害罪の「水利」概念などから、信頼の原則の実質的な意義まで、社会の具体的な事情を考慮しないと理解不可能な問題は刑法上実に多く存在する。脱倫理の掛け声の下、これらの社会の具体的な事情を考慮する観点をも刑法体系から排除してしまうとすれば問題であろう。
- (53) Kaufmann, Lebendiges und Totes, a. a. O. (Anm. 50), S. 69ff; Diethart Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 123ff.
- (54) 竹田直平の理論とは違い、可罰的違法類型とするまでは帰結されない。
- (55) 増田は語用論的意味論・コンヴェンショナリズムの立場から主観的解釈論(ネオ主観的解釈論)を根拠づける(増田『語用論的意味理論と法解釈方法論』・前掲注(9)1頁以下)。その試みが正当であるか否かについては別の機会に検討してみたい。

# 介護労働者の労働条件をめぐる 法的課題

瀧澤 仁 唱

## 目次

- 1 はじめに
- 2 介護労働者をめぐる状況
- 3 介護労働者に関わる法制度
  - 3-1 介護労働者に関わる法令など
    - 3-1-1 「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律」の検討
    - 3-1-2 賃金に関わる告示などの検討
  - 3-2 「介護労働者の労働条件の確保・改善対策の推進について」（平成21年4月1日，基発第0401005号）の検討
- 4 小括——介護労働者の法的地位向上のために

キーワード：介護労働者，労働条件，介護保険，離職，賃金

## 1 はじめに

日本において公的介護保険制度が発足して10年あまりたった。旧厚生省が作った介護保険制度導入前の最初のパンフレットでは介護保険料が一月に約500円<sup>(1)</sup>とあった。その数値を科学的検証もせずに鵜呑みにした「専門家」がマスコミ等を通じコーヒー2杯分の金額で介護が受けられるのは素晴らしいなどと宣伝して回った。ところが，その後の厚生省のパンフレットには平成12年度（3年中期）月額として介護保険料が約2500円と突然変更<sup>(2)</sup>されて掲載された。

筆者は、ドイツにおける公的介護保険制度導入初年である1995年に「マックス・プランク外国および国際社会法研究所」に1年間の障害者法制の在外研究の機会をえて滞在した。かの地では、介護保険制度は要介護者全てに適用されるので、日本とは違い、年齢による適用除外はなく、要介護状態であれば、ゼロ歳の障害児にも適用される。ドイツでは公的介護保険制度導入までに国内議論が20年あまり続けられてきたにも拘わらず、導入当初から種々の問題が生じた。それらの経験からすれば、日本の制度導入の前提に種々の問題があり、予想される介護保険料額が低すぎると当時筆者は述べた。<sup>(3)</sup>

2000年に社会福祉事業法が社会福祉法へと改正され、2003年に福祉サービスに利用契約制度が全面的に導入されるようになった。そのとき、民間事業者が介護保険事業だけでなく社会福祉事業にも参入して競争が行われ、サービスが向上するなど科学的根拠もない宣伝が厚生労働省よりなされ<sup>(4)</sup>、それに追従する「学識」経験者などもいた。

日本の介護保険制度発足後、規制緩和の動きおよび社会福祉法制の変更により民間事業者の参入がしやすくなった。それと相まって、要介護者などのための施設も一時急増し、それにともない介護労働力需要も急増した。介護労働に対する関心が高まり、福祉系大学等も増加し、志望学生も増えた。学校経営安定のために、社会福祉関係学科増設または新設が続き、大学設置や学部増設も他の学問領域に関わる学部設置より緩やかに認められるようになり、その教員採用に対して厚生労働省が事実上介入しようとするなど従来の大学等の設置には見られなかった事態も生じた。しかし、介護労働者の労働条件が必ずしも良いものではないことが明らかになるにつれ、人材が不足するようになり、福祉労働者養成のための学校への応募者が減り、定員割れが生じるなどの事態が生じた。<sup>(5)</sup> 要介護者の扱いも質的に低下する問題が生じ、介護労働者が関わる事故だけでなく事件も顕在化するようになった。

「介護労働者」は「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律」(平成4年5月27日法律第63号)第2条(定義)第1項が「この法律において

「介護関係業務」とは、身体上又は精神上の障害があることにより日常生活を営むのに支障がある者に対し、入浴、排せつ、食事等の介護、機能訓練、看護及び療養上の管理その他のその者の能力に応じ自立した日常生活を営むことができるようにするための福祉サービス又は保健医療サービスであって厚生労働省令で定めるものを行う業務をいう。」と定め、同第2項で「この法律において「介護労働者」とは、専ら介護関係業務に従事する労働者をいう。」とあるように法律自体には厳密な定義がない。周知のように、介護職には種々の資格があるにも拘わらず、看護職と違い業務独占ではないから、介護業務を行う際に資格はほとんど必要ない。専門職としての介護労働者の質の問題を論じる必要性があるけれども、本稿ではそれについては触れないで論を進めることにする。

## 2 介護労働者をめぐる状況

近年、介護労働者が関わる事故または事件がしばしば生じている。その原因は、介護労働者個人の資質に関わるものもあるだろうが、介護労働者のおかれた状況に起因するものも多いと考えられる。

財団法人「介護労働安定センター」は、「介護労働実態調査」を平成14年度から毎年実施してきた。公表された直近のものでは、平成20年度に実施した「事業所における介護労働実態調査」及び「介護労働者の就業実態と就業意識調査」(調査日は原則として平成20年10月1日現在)<sup>(6)</sup>がある。そのⅢの2「1年間の採用率・離職率(訪問介護員、介護職員)によれば、「1年間の採用率・離職率……「採用率22.6%、離職率18.7%」」という見出しがあり、「訪問介護員、介護職員の1年間(平成19年10月1日から平成20年9月30日まで)の採用率・離職率の状況を見ると、採用率は22.6%、離職率は18.7%であった。職種別に離職率をみると、訪問介護員は13.9%、介護職員は21.9%であった。就業形態別に離職率をみると、正社員は18.5%、非正社員は18.9%であった。離職者のうち、当該事業所に勤務した年数が「1年未満の者」は39.0%、「1年以上3年未満の者」は

36.5%で、離職者の75.5%が3年未満で離職していた。」とある。<sup>(7)</sup>

似たような統計でさかのぼれるものとしては、「平成17年度 介護労働実態調査について」の「V.雇用管理の状況」があり、その中に「(1)1年間の採用者・離職者では、介護職員が採用率、離職率ともに高かった」とあり、平成16年10月から平成17年11月1日の1年間の離職率では、訪問介護員は17.7%、介護職員は22.6%であった。就業形態別に離職率をみると、正社員は16.8%、非正社員は22.2%であった。勤続年数別では、平均で3.4年、職種別では、訪問介護員2.9年、介護職員3.0年となっていた。

介護労働者の離職率が他職種に比べてどのような状況にあるか比べてみると、上記統計と違うものを見ても、離職率が高い傾向がわかる。

「厚生労働省 平成20年雇用動向調査の統計データのうち、パートタイマーではない一般労働者の人数と離職理由別の退職者数を組み合わせた」という表が掲載されている「離職率情報」<sup>(9)</sup>によれば、離職者全体からみた離職率は、「飲食店、宿泊業」23.8%、「運送用機械器具製造業」15.0%、「電気機械器具製造業」14.3%について高いのが「医療、福祉」14.2%である（「その他の事業サービス事業」17.9%除く）。個人的理由の離職では、「飲食店、宿泊業」19.7%、「娯楽業」13.1%について高いのが「医療、福祉」11.6%である（「その他の事業サービス事業」12.5%除く）。医療分野の労働者も含まれているから、純粹に介護労働者のみの統計ではないけれども、離職者全体の離職率平均が12.2%、個人的理由の離職率平均が8.6%であることをみれば、医療、福祉労働者の数値がいずれも平均値より高いことがうかがえ、上述「介護労働安定センター」の介護労働者に関わる統計数値を裏付けるとも言えよう。

介護職員の離職率がいずれも20%を超える（「介護労働安定センター」による統計数値）というのは、専門知識をもった介護労働者により介護を受ける者にとっても好ましいことではない。介護労働者の平均勤続年数が短いことを考えると、介護労働者が厳しい環境に置かれていることが推察され、経験をつんだ介護労働者がいなくなることが考えられる。これははひいては要介護者の質の高い介護を受ける権利にも影響を及ぼしかねない。<sup>(10)</sup>



『介護分野における労働者の確保等に関する研究』（労働政策研究報告書 No. 113, 平成21年7月29日<sup>(11)</sup>）には賃金格差と離職率の相関関係について「他職種と比較して介護従事者の賃金率が高いほど介護従事者の離職率が低下することを示しており、仮説と整合的な結果であった。介護従事者が介護サービス職以外に従事した場合に得られるであろう期待賃金率と比較した時に、介護従事者の賃金率が10%上昇すると、就業形態別離職率が1.5%低下することが認められた。」とあり、さらに「離職率が低い介護事業所と比較して、離職率が高い介護事業所の方が、介護従事者の相対賃金の上昇により就業形態別離職率を低下させる影響が有意に大きいことがわかった。」とある<sup>(12)</sup>。要するに、賃金が増えるほど離職率が低くなる、といういわば経済法則で当たり前のことが明らかになっている。

### 3 介護労働者に関わる法制度

介護保険制度が効率よく運用され、要介護者・要支援者の介護保障が実現されるには、その財源、施設および介護をにう専門職が必要である。ここでは、介護労働者に関わる法制度がどのようになっているか現行日本法制を基に検討する。これは、我が国の為政者がどのような政策意図をもって介護労働者に関わる法制度を運用していこうとするかを知るためである。法制度自体に真に現状を改革しうる要素があるのか、法に内在する欠陥や問題がないのかを以下検証していきたいと考えている。

#### 3-1 介護労働者に関わる法令など

近年、介護労働者の定着率や雇用管理改善の必要が生じ、法制度などにより、それを行うことが考えられてきた。

介護労働者の雇用管理に関わっては「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律」が制定された。これ以外に下位規範として政省令が制定され、規範ではないが厚生労働行政の常として通知なども発出された。法令およ

び通知が現状を打開できる性質を持っているのか。以下、本稿の検討に関わりのある主要な条文などを掲げ検討を加える。

### 3-1-1 「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律」の検討

#### (1) 本法律の構成

本法は、5章および附則からなっており、以下の章立てとなっている。

第一章 総則（第一条—第五条）

第二章 介護雇用管理改善等計画（第六条・第七条）

第三章 介護労働者の雇用管理の改善等

第一節 介護労働者の雇用管理の改善（第八条—第十二条）

第二節 職業訓練の実施等（第十三条・第十四条）

第四章 介護労働安定センター（第十五条—第三十条）

第五章 罰則（第三十一条・第三十二条）

附則

章題として特徴的なのは「雇用管理の改善」であって「雇用の改善」ではないことである。それは、法目的にも現れている。

#### (2) 法目的に関わる規定

##### (目的)

第一条 この法律は、我が国における急速な高齢化の進展等に伴い、介護関係業務に係る労働力への需要が増大していることにかんがみ、介護労働者について、その雇用管理の改善、能力の開発及び向上等に関する措置を講ずることにより、介護関係業務に係る労働力の確保に資するとともに、介護労働者の福祉の増進を図ることを目的とする。

第1条では、介護労働者に対する措置を講じ、介護関係業務に係る労働力確保と福祉増進が図られることが目的とされている。しかし、介護労働者のおかれている労働条件がどのようなものであり、それをどのように改善していくかという点で政策意図を明確に推し量ることは難しい。介護労働者の労働力需要が増大しているにもかかわらず、なにゆえ種々の問題が生じているかの分析がなければ解決策にはなりえない。生存に関わる対人

業務の過酷さ、低賃金、長時間労働などの諸問題を正面から見据え、解決しようとするつもりで立法が考えられたのであろうか。

### (3) 「責務」に関わる規定

法が目的とするところの重要な文言として、「責務」という文言がある。責務とは「本来は、責任と義務の意。責任と同義で用いられる場合や、責任をもって果たすべき職務という意味で用いられることもある。<sup>(13)</sup>」とあるように、本来は重い意味をもつ。当該法律関係者の「責務」という文言に関わる条文は二つである（下線筆者。以下同じ）。

#### （事業主等の責務）

第三条 事業主は、その雇用する介護労働者について、労働環境の改善、教育訓練の実施、福利厚生<sup>(14)</sup>の充実その他の雇用管理の改善を図るために必要な措置を講ずることにより、その福祉の増進に努めるものとする。

2 職業紹介事業者は、その行う職業紹介事業に係る介護労働者及び介護労働者になろうとする求職者について、これらの者の福祉の増進に資する措置を講ずるように努めるものとする。

#### （国及び地方公共団体の責務）

第四条 国は、介護労働者の雇用管理の改善の促進、介護労働者の能力の開発及び向上その他の介護労働者の福祉の増進を図るために必要な施策を総合的かつ効果的に推進するように努めるものとする。

2 地方公共団体は、介護労働者の福祉の増進を図るために必要な施策を推進するように努めるものとする。

責務は、本来重い意味をもつ文言のはずであるけれども、筆者は上記の意味を持つことに違和感を覚える。「責務」という用語はむしろ「義務」という文言よりも軽い意味で使われることが多く、「義務」と言う文言を意識的に避けることにより、法的責任が軽減される場合に使われる場合がある。責務の内容を知るには、この言葉に関わる条文の用語を全体として見る必要がある。責務に関わる規定に「～ものとする」という文言が使わ

れているように、「～する」という文言よりも弱い表現が使われている。これは、「合理的な理由があれば、それに従わないことも許されるというような解釈がでてくる余地のありうる」文言である。それゆえ、この二条文にいう「責務」は、必ずしも重い意味を持たず、法的責任や義務を回避しかねない意味をもつと言わざるをえない。

#### (4) 義務づけ規定と権限規定

「責務」に関わる規定が重い意味を持たないとすれば、次に関係する諸機関または組織の本法における義務または権限をあらわす規定の内容がどのようなになっているか検討する必要がある。具体的な法の執行機関または組織に重い義務を課しているのか見る必要がある。

#### ① 厚生労働大臣に関わる規定

厚生労働大臣に関わる規定は以下の通りである。

(介護雇用管理改善等計画の策定)

第六条 厚生労働大臣は、介護労働者の福祉の増進を図るため、介護労働者の雇用管理の改善、能力の開発及び向上等に関し重要な事項を定めた計画（以下「介護雇用管理改善等計画」という。）を策定するものとする。

2 [中略]

3 厚生労働大臣は、介護雇用管理改善等計画を策定する場合には、あらかじめ、労働政策審議会の意見を聴くものとする。[後略]

4 厚生労働大臣は、介護雇用管理改善等計画を策定したときは、遅滞なく、その概要を公表しなければならない。[以下略]

(要請)

第七条 厚生労働大臣は、介護雇用管理改善等計画の円滑な実施のため必要があると認めるときは、事業主、職業紹介事業者その他の関係者に対し、介護労働者の雇用管理の改善、介護労働者の能力の開発及び向上その他の介護労働者の福祉の増進に関する事項について必要な要請をすることができる。

(職業訓練の実施)

第十三条 厚生労働大臣は、介護関係業務の遂行に必要な労働者の能力の開発及び向上を図るため、必要な職業訓練の効果的な実施について特別の配慮をするものとする。

(職業紹介の充実等)

第十四条 厚生労働大臣は、介護労働者になろうとする者にその有する能力に適合する職業に就く機会を与えるため、及び介護関係業務に係る労働力の充足を図るため、介護関係業務に係る労働力の需給の状況並びに求人及び求職の条件、介護労働者の雇用管理の状況その他必要な雇用に関する情報（次項において「雇用情報」という。）の提供、職業指導及び職業紹介の充実等必要な措置を講ずるように努めるものとする。

2 [以下略]

(指定等)

第十五条 厚生労働大臣は、介護労働者の福祉の増進を図ることを目的とする一般社団法人又は一般財団法人であって、第十七条に規定する業務に関し次に掲げる基準に適合すると認められるものを、その申請により、全国に一を限って、同条に規定する業務を行う者として指定することができる。[中略]

2 厚生労働大臣は、前項の規定による指定をしたときは、同項の規定による指定を受けた者（以下「介護労働安定センター」という。）の名称及び住所並びに事務所の所在地を公示しなければならない。

3 [中略]

4 厚生労働大臣は、前項の規定による届出があったときは、当該届出に係る事項を公示しなければならない。

(介護労働安定センターによる雇用安定事業等関係業務の実施)

第十八条 [中略]

4 厚生労働大臣は、第一項の規定により介護労働安定センターに行わせる雇用安定事業等関係業務の種類及び前項の規定による届出に係る事項を公示しなければならない。

(業務規程の認可)

第十九条 [中略]

2 厚生労働大臣は、前項の認可をした業務規程が雇用安定事業等関係業務の

適正かつ確実な実施上不適当となったと認めるときは、その業務規程を変更すべきことを命ずることができる。[以下略]

(報告及び検査)

第二十七条 厚生労働大臣は、第十七条に規定する業務の適正な運営を確保するために必要な限度において、介護労働安定センターに対し、同条に規定する業務若しくは資産の状況に関し必要な報告をさせ、又は所属の職員に、介護労働安定センターの事務所に立ち入り、業務の状況若しくは帳簿、書類その他の物件を検査させることができる。[以下略]

(監督命令)

第二十八条 厚生労働大臣は、この章の規定を施行するために必要な限度において、介護労働安定センターに対し、第十七条に規定する業務に関し監督上必要な命令をすることができる。

(指定の取消し等)

第二十九条 厚生労働大臣は、介護労働安定センターが次の各号のいずれかに該当するときは、第十五条第一項の規定による指定（以下「指定」という。）を取り消し、又は期間を定めて第十七条に規定する業務の全部若しくは一部の停止を命ずることができる。[以下略]

2 厚生労働大臣は、前項の規定により、指定を取り消し、又は第十七条に規定する業務の全部若しくは一部の停止を命じたときは、その旨を公示しなければならない。

(厚生労働大臣による雇用安定事業等関係業務の実施)

第三十条 厚生労働大臣は、前条第一項の規定により、指定を取り消し、若しくは雇用安定事業等関係業務の全部若しくは一部の停止を命じたとき、又は介護労働安定センターが雇用安定事業等関係業務を行うことが困難となった場合において必要があると認めるときは、当該雇用安定事業等関係業務を自ら行うものとする。

2 厚生労働大臣は、前項の規定により雇用安定事業等関係業務を行うものとし、又は同項の規定により行っている雇用安定事業等関係業務を行わないものとするときは、あらかじめ、その旨を公示しなければならない。

3 厚生労働大臣が、第一項の規定により雇用安定事業等関係業務を行うものとし、又は同項の規定により行っている雇用安定事業等関係業務を行わない

ものとする場合における当該雇用安定事業等関係業務の引継ぎその他の必要な事項は、厚生労働省令で定める。

これら諸規定のうち「ものとする」、「できる」および「～しなければならない」の文言を見ると、介護労働者の諸問題に最も関わり、それらを解決しうる厚生労働大臣の権限が実効性あるものとなるか大いに疑問に思われてくる。何らかの行為をする規定の文言には「ものとする」または「できる」が使われている。しかし、義務付け規定となるはずの「～しなければならない」という文言に関わる規定は、公表・公示に関わるものであり、介護労働者の労働条件向上に直接関わるものはない。第7条に「介護労働者の福祉の増進に関する事項について必要な要請をすることができる」とある。しかし、要請権限が付与されているだけであり、それも「介護雇用管理改善等計画の円滑な実施のため必要があると認めるとき」と要請する前にもう一つの条件を満たす必要がある。これでは介入できる実効性があるのか極めて不明確である。

## ② 都道府県知事に関わる規定

都道府県知事に関わる規定は以下の通りである。

(改善計画の認定)

第八条 [中略]

- 3 都道府県知事は、第一項の認定の申請があった場合において、その改善計画が、当該事業主が雇用する介護労働者の雇用管理の改善を図るために有効かつ適切なものであることその他の政令で定める基準に該当するものと認めるときは、その認定をするものとする。

(改善計画の変更等)

第九条 [中略]

- 2 都道府県知事は、認定事業主が前条第一項の認定に係る改善計画（前項の規定による変更の認定があったときは、その変更後のもの。以下「認定計画」という。）に従って改善措置を講じていないと認めるときは、その認定を取

り消すことができる。[以下略]

(報告の徴収)

第十二条 都道府県知事は、認定事業主に対し、認定計画に係る改善措置の実施状況について報告を求めることができる。

都道府県知事の実際の権限は、認定およびその取消し権限のみである。

### ③ 介護労働安定センターなどに関わる規定

具体的に業務を行う介護労働安定センターなどに関わる規定は以下の通りである。

(指定等)

第十五条 [中略]

3 介護労働安定センターは、その名称及び住所並びに事務所の所在地を変更しようとするときは、あらかじめ、その旨を厚生労働大臣に届け出なければならない。

4 [以下略]

(業務)

第十七条 介護労働安定センターは、次に掲げる業務を行うものとする。

- 一 介護労働者の雇用及び福祉に関する情報及び資料を総合的に収集し、並びに事業主、職業紹介事業者その他の関係者に対して提供すること。
- 二 職業紹介事業者の行う職業紹介事業に係る介護労働者に対して、その者が賃金の支払を受けることが困難となった場合の保護その他のその職業生活の安定を図るために必要な援助を行うこと。
- 三 次条第一項に規定する業務を行うこと。
- 四 前三号に掲げるもののほか、介護労働者の福祉の増進を図るために必要な業務を行うこと。

(介護労働安定センターによる雇用安定事業等関係業務の実施)

第十八条 [中略]

2 [中略]

3 介護労働安定センターは、第一項に規定する業務（以下「雇用安定事業等



関係業務」という。)の全部又は一部を開始する際、当該業務の種類ごとに、当該業務を開始する日及び当該業務を行う事務所の所在地を厚生労働大臣に届け出なければならない。介護労働安定センターが当該業務を行う事務所の所在地を変更しようとするときも、同様とする。

4 [以下略]

(業務規程の認可)

第十九条 介護労働安定センターは、雇用安定事業等関係業務を行うときは、当該業務の開始前に、当該業務の実施に関する規程（以下「業務規程」という。）を作成し、厚生労働大臣の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも、同様とする。

2 [以下略]

(報告)

第二十条 介護労働安定センターは、雇用安定事業等関係業務のうち第十八条第一項第一号に係る業務（第二十六条において「給付金業務」という。）を行う場合において当該業務に関し必要があると認めるときは、事業主に対し、必要な事項について報告を求めることができる。

(事業計画等)

第二十一条 介護労働安定センターは、毎事業年度、厚生労働省令で定めるところにより、事業計画書及び収支予算書を作成し、厚生労働大臣の認可を受けなければならない。これを変更しようとするときも、同様とする。

2 介護労働安定センターは、厚生労働省令で定めるところにより、毎事業年度終了後、事業報告書、貸借対照表、収支決算書及び財産目録を作成し、厚生労働大臣に提出し、その承認を受けなければならない。

(区分経理)

第二十二条 介護労働安定センターは、雇用安定事業等関係業務を行う場合には、雇用安定事業等関係業務に係る経理とその他の業務に係る経理とを区分して整理しなければならない。

介護労働者の具体的な労働条件向上に関わる機関および組織に関わる規定を見ても、介護労働者の労働条件向上に資するような規定にはなっていない。

ないことがわかる。

#### ④ 事業主に関わる規定

事業主に関わる規定は以下の通りである。

(事業主等の責務) [再掲]

第三条 事業主は、その雇用する介護労働者について、労働環境の改善、教育訓練の実施、福利厚生の充実その他の雇用管理の改善を図るために必要な措置を講ずることにより、その福祉の増進に努めるものとする。[以下略]

(改善計画の認定)

第八条 事業主は、介護関係業務に係るサービスで現に提供しているものと異なるものの提供又は介護事業の開始に伴いその雇用する介護労働者の福祉の増進を図るために実施する労働環境の改善、教育訓練の実施、福利厚生の実施その他の雇用管理の改善に関する措置（以下「改善措置」という。）についての計画（以下「改善計画」という。）を作成し、これをその主たる事業所の所在地を管轄する都道府県知事に提出して、その改善計画が適当である旨の認定を受けることができる。

2 改善計画には、次に掲げる事項を記載しなければならない。[以下略]

3 [以下略]

(改善計画の変更等)

第九条 前条第一項の認定を受けた事業主（以下「認定事業主」という。）は、当該認定に係る改善計画を変更しようとするときは、その主たる事業所の所在地を管轄する都道府県知事の認定を受けなければならない。[以下略]

事業主に関わる規定において、介護労働者の具体的労働条件向上を実質的に確保するための規定はない。

#### (5) 法規定にみる問題点

以上、「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律」を瞥見し、法の実施主体がどう関わりうるか検討してきた。法規定から見る限り、介護労働者の労働条件が具体的に向上すると思われる規定を見いだすことができ

なかった。

本法に関わっては、「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律施行令」(平成4年6月26日政令第233号, 最終改正:平成15年12月25日政令第555号)および「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律施行規則」(平成4年6月29日労働省令第18号, 最終改正:平成21年3月31日厚生労働省令第99号)が具体的な法実施に関わることがらを定めている。しかし、これら政省令は、その根拠法の施行に関する詳細を定めているだけで、根拠法を超える内容になっているわけではない。それゆえ、ここでは、それらを縷々検討しない。

### 3-1-2 賃金に関わる告示などの検討

#### (1) 告示「介護雇用管理改善等計画の一部を改正する件」(平成21年8月21日, 厚生労働省告示第400号)の検討

介護労働者に関する具体的な告示が出されているので、それについて以下述べる。これは「介護雇用管理改善等計画」(平成12年10月16日, 労働省告示第106号)が一部改正されたものである。

その「第2 介護労働者の雇用の動向」中「2 介護労働者の供給の見通し」の中で「労働力人口全体については、人口が減少すると見込まれる中、より多くの者が働くことが可能となるよう、若者、女性、高齢者等への就業支援を行うが、平成24年から平成29年にかけては多少減少することが見込まれている。

介護分野の労働力については、平成19年10月1日現在で介護保険施設及び居宅サービス事業所等における従事者数が約211万人(うち、介護福祉士、訪問介護員等の介護職員数が約124万人であり、介護福祉士は約36万人)という状況である。介護福祉士登録者数は、近年、毎年約8~9万人増加し、平成21年3月現在で、約74万人であり、平成20年3月現在の訪問介護員研修(1~3級)修了者数は約343万人に上ることから、介護関係業務に従事していない多くの潜在的な介護福祉士等有資格者が存在していると考えられる。また、1年間に介護労働者全体の約2割が離職し、離職

者の約8割が3年未満で離職するという状況にある。」とある。

同「第3 計画の目標」中、「1 介護労働者の雇用管理改善の推進について」で「(2) 定着促進」において「介護労働者の離職率については、平成19年10月から平成20年9月までの1年間で約19%であり、平成19年における全産業の平均的な離職率である約15%に比べて高い状況であることを踏まえ、介護サービス別、就業形態別の離職率の要因等を分析すること等により、継続的に20%を下回るものとするとともに、全産業の平均的な離職率との乖離をできる限り縮小する。」と述べられている。同「2 介護労働者の能力開発」において「介護労働者の経験年数に応じた、また、介護保険制度等の制度変更・新技術の導入に際した能力開発が求められる。介護業務において、職業キャリアの持続的な発展を促す観点から在職者に対し、意識的な能力開発を推進する。能力の伸長を個々の労働者の賃金やキャリア管理に反映させることを目指す。」とされる。

次に、「第4 介護労働者の雇用管理の改善、能力の開発及び向上を図るために講じようとする施策の基本となるべき事項」が掲げられ、「2 介護労働者の能力の開発及び向上」の中に「(1) 介護労働安定センター等による介護労働者の能力開発」が掲げられている。そして、最後に「第5

その他介護労働者の人材確保や福祉の増進を図るために講じようとする施策の基本となるべき事項」として「5 給与等」の項目があげられ、「給与等は事業者と介護労働者との間で決められるものであり、その内容については労使に委ねるべきものであるが、事業所等の労使にあっては、人材確保やキャリア形成の支援といった観点に立ち、介護労働者等の従業者の給与について、キャリアと能力に見合う給与体系の構築等を図るとともに、他の分野における労働者の給与水準、地域の給与水準等を踏まえ、適切な給与水準を確保していく視点が重要であるほか、事業者や事業者団体が、介護労働者の処遇改善に向けた取組に関する情報の公表について自主的、積極的に取り組むことが期待される。

特に平成21年度介護報酬改定に関する審議報告において示された事業者の処遇改善に向けた取組に関する情報の公表や平成21年度補正予算に示さ

れた介護職員処遇改善交付金を通じた介護労働者の処遇改善に関しては、国として、その円滑な実施に努めるものとする。」とし、介護職員処遇改善交付金が出てくる。これは「介護職員処遇改善交付金実施要領」（平成22年3月30日改正）に定められている。この交付金の支給要件は5つあり、

- 一 平成21年10月から平成24年3月までの間、別紙1の表1に掲げる介護サービスを提供する見込みがある。
- 二 5に定める計算式により算出された交付金見込額を上回る賃金改善（平成20年10月から翌年3月までの期間における介護職員の賃金（退職手当を除く。以下同じ。）に対する改善をいう。以下同じ。）が見込まれた計画を策定している。
- 三 賃金改善の実施期間及び方法等並びに賃金改善以外の処遇改善の内容を記載した別紙様式2の介護職員処遇改善計画書を作成し、事業者の職員に対して当該計画書の内容についての周知を行った上で、都道府県あて提出している。
- 四 交付金の対象事業者としての申請日の属する月の初日から起算して過去一年間（申請日が平成22年7月31日以前である場合については平成21年8月3日から申請日まで）に、労働基準法、労働安全衛生法、最低賃金法、労働者災害補償保険法、雇用保険法等（以下「労働基準法等」という。）の違反により罰金刑以上の刑に処せられていないこと。
- 五 労働保険に加入している。」となっている。

この要領の内容が一人歩きして、一人あたり月額15,000円賃金上昇するという誤解が生じた。厚生労働省のホームページでは「介護職員処遇改善交付金」について「介護職員（常勤換算）一人当たり月額1.5万円を交付<sup>(15)</sup>」とあり、誤誘導しかねない表現になっている。しかし、厚生労働省の2010年3月30日付け「介護職員処遇改善交付金に関するQ & A」中の「賃金改善の方法等について」に対する回答には「15,000円については、あくまでも交付率を決定するために用いた指標であり、事業の規模や職員体制によっては、すべての事業者介護職員一人当たり月額15,000円の助成が行われるわけではない。」と明記されているように、誤解を生む表現である。

## (2) 助成金

「介護労働者の雇用管理改善等」に関わる助成金について現在あるのは①「介護基盤人材確保等助成金」<sup>(16)</sup>、②「介護未経験者確保等助成金」<sup>(17)</sup>および③「介護労働者設備等整備モデル奨励金」<sup>(18)</sup>である。③は腰痛対策などが考慮されているものであり、一般的な人件費に関わるものは①および②である。

### ① 介護基盤人材確保等助成金

対象は特定労働者である。特定労働者とは、① 社会福祉士又は介護福祉士、② 介護職員基礎研修修了者、③ 訪問介護員（1級）、④ サービス提供責任者までのいずれかに該当する者で、①～③については1年以上保健医療サービス又は福祉サービスの提供に従事した経験を持つ者、④についてはサービス提供責任者としての経験を1年以上持つ者であり、①については登録日以降に雇い入れた者が対象であり、1人につき70万円が上限として支給され、1事業主あたり（企業単位）3人までとなっている。

しかし、その内容を見ると、介護労働者の現実がわかっていないのではないかと思わざるをえない。対象は、有資格介護労働者で、かつ一定年数以上の経験者に限られるからである。介護は看護業務と違い業務独占ではないから、介護の質を問わないような施設では、低賃金の未経験者を雇い、マニュアル化した業務を任せることも可能である。

加えて助成額が特定労働者1人につき3ヶ月70万円であるが、これは労働者に直接支払われなければならないものではなく、あくまで事業主に支払われるにすぎない。

### ② 介護未経験者確保等助成金

これは、介護関係業務の未経験者を雇い入れ、一定期間（6ヶ月）定着させた場合に、1人につき6か月間の支給対象期ごとに25万円（雇い入れ日において25歳以上40歳未満の者で、雇い入れ日の前日から起算して1年前までの間に、雇用保険一般被保険者でなかった者は介護参入特定労働者

の場合は50万円)を助成するものである。

未経験者を雇い入れることに使用者のメリットがあるとしても、この助成金も介護労働者に直接支払われるものではないという点では今まで述べてきた助成金と同じである。

### (3) 各制度の検討

各制度を瞥見して注目すべき点を以下に述べる。

第一に、告示「介護雇用管理改善等計画の一部を改正する件」では「給与等は事業者と介護労働者との間で決められるものであり、その内容については労使に委ねるべきものである」とし、「介護労働者の処遇改善に向けた取組に関する情報の公表について自主的、積極的に取り組むことが期待される。」などと述べている点である。労働条件向上は労使に委ねられるべきといっても、介護保険制度により収入は限界があることを無視しており、情報の公表などで労働条件が向上することは期待しえない。

第二に、助成金などが受給できるのは使用者であって介護労働者ではないことである。助成金を受給できるから、使用者には何らかの雇用のためのインセンティブは生じるであろう。しかし、助成金が全額または部分的にも介護労働者に直接支払われるのではないから、介護労働者の賃金上昇などの労働条件向上には直接役立つとは限らない。

第三に、助成金を受給できるのは、その事業者の下で、一定期間介護労働者が勤務することが必要なことである。その要件を満たせる事業者よりも、そうでない事業者に雇用されている介護労働者の労働条件向上が必要であるのに、それが役立つことがあまりないことが予想されることである。賃金が良ければ、離職率も低くなるという前述した統計結果を考慮すれば、上述のような制度は、効果が期待できるか疑問に思われる。

第四に、助成金などの支給期間が限定されており、それが終われば労働条件が悪化しかねないことである。障害者雇用にあたり助成金が支払われた後、それがなくなったら、障害者が自主退職（事実上の解雇）に追い込まれたという事実があり、それと同じような問題が生じないという保証は

ない。

第五に、上述のような制度自体がもつ欠陥として、介護労働者の根本的な労働条件を総体として向上させる点での配慮が欠けていることがあげられる。介護労働者の離職率が高いのは、全体的に労働条件が良くないことに起因し、それを改善しなければ真の意味の雇用改善にならない。現状認識において問題点がわかっているとしても、それを根本的に変革する制度となっていないところに問題がある。

### 3-2 「介護労働者の労働条件の確保・改善対策の推進について」(平成21年4月1日、基発第0401005号)の検討

厚生労働省関係の法制度の実際の運用に関わっては、通知による制度運用が図られてきたのが通例である。通知は上級行政庁が下級行政庁を拘束するだけであって、直接的に国民を拘束する規範力をもたない。しかし、今まで、厚生労働省は、通知を使うことにより事実上の制度運用をしてきた過去があり、その基になる通知を検討しないと政策意図を読みとることができない。以下、検討の参考とするためにその全文を掲げる。

※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※

基発第0401005号  
平成21年4月1日

都道府県労働局長 殿

厚生労働省労働基準局長  
(公印省略)

介護労働者の労働条件の確保・改善対策の推進について

介護労働者の労働条件については、介護労働者の数が大きく増加している中、これまでもその確保・改善に努めてきたところであるが、依然として、労働時間、割増賃金等を始めとした労働基準関係法令上の問題が認められるところである。

については、今後の介護労働者の労働条件の確保・改善対策を下記により推進することとしたので、その実施に遺漏なきを期されたい。



## 記

## 1 基本的な考え方

## (1) 基本的な考え方

介護保険法の施行以来、介護労働者及び介護労働者を使用する事業場の数はいずれも大きく増加しており、中には、事業開始後間もないため、労働基準関係法令や労務管理に関する理解が十分でない事業場も少なくない。

介護労働者の労働条件に関しては、これまでも平成16年8月27日付け基発第0827001号「訪問介護労働者の法定労働条件の確保について」（以下「訪問介護通達」という。）等により、その確保・改善に努めてきたところであるが、労働局における監督指導結果等を見ると、依然として、労働時間、割増賃金、就業規則等に係る法違反が多く認められるほか、衛生管理体制が未整備であるなど、労働条件の基本的な枠組みが確立していない事業場が多い状況にある。

一方で、介護労働者についてはその離職率が高く、人材確保が困難であるといった実態がみられることから、介護労働者の処遇を改善し人材確保に資するものとなるよう、平成21年度介護報酬改定がなされたところである。

このような状況を踏まえ、労働基準行政においては、職業安定行政はもとより都道府県等と連携しつつ、あらゆる行政手法を通じて、介護労働者の労働条件の確保・改善対策の一層の効果的な推進を図るものとする。

## (2) 対象

本対策は、老人福祉・介護事業を中心として、障害者福祉事業、児童福祉事業等も含め、介護労働者を使用する事業場を対象として推進すること。

## 2 対策の重点事項

介護労働者の労働条件の確保・改善については、介護労働の実態を踏まえ、特に問題が多く認められる事項等を次のとおり重点事項として取りまとめたので、事業の態様及び労働者の就業形態に応じてその徹底を図ること。

なお、対象とした事業場に使用される介護労働者以外の労働者についても、同様にその労働条件の確保・改善を図ること。

## (1) 介護労働者全体に係る事項

## ア 労働条件の明示

- ① 労働契約締結時の労働条件の書面交付による明示
- ② 有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準を定める告示（平成15年厚生労働省告示第357号（以下「雇止めに関する基準」という。））

に定める更新の有無等の明示

#### イ 就業規則

- ① 全労働者に適用される就業規則の作成、届出  
特に、短時間労働者を始めとするいわゆる非正規労働者（以下「非正規労働者」という。）にも適用される就業規則を作成すること。
- ② 記載内容の適正化  
特に、就業規則の内容が就業実態からみて適正でない場合には、就業実態に合致した内容とすること。
- ③ 労働者に対する周知

#### ウ 労働時間

- ① 労働時間の適正な取扱い  
特に、交替制勤務における引継ぎ時間、業務報告書等の作成時間、会議・打ち合わせ等の時間、使用者の指示に基づく施設行事等の時間及びその準備時間、事業場から利用者宅や利用者宅間の移動時間等の労働時間を適正に把握、管理すること。
- ② 「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関する基準」（平成13年4月6日付け基発第339号）に基づく労働時間の適正な把握
- ③ 変形労働時間制等の適正な運用
- ④ 時間外労働・休日労働協定の締結・届出
- ⑤ 時間外労働・休日労働協定の範囲内での時間外労働・休日労働の実施

#### エ 休憩及び休日

- ① 休憩時間の確保  
特に、夜間や昼食時間帯における所定の休憩時間を確実に取得させるとともに、休憩時間の自由利用を保障すること。
- ② 法定休日の確保  
特に、夜間勤務者について、暦日（午前0時から午後12時まで）の休業を確保すること（夜勤を終了した日（夜勤明けの日）を法定休日として取り扱うことは、原則としてできないこと。）。

#### オ 賃金等

- ① 賃金の適正な支払  
特に、労働時間に応じた賃金の算定を行う場合には、上記ウ①に留意

し、引継ぎ時間等の労働時間を通算した時間数に応じた賃金の算定を行うこと。

- ② 時間外労働・休日労働及び深夜業に係る割増賃金の適正な支払
- ③ 最低賃金額以上の賃金の支払
- ④ 休業手当の適正な支払
- ⑤ 賃金台帳及び労働者名簿の調製及び保存

カ 年次有給休暇

- ① 年次有給休暇制度及びその運用の適正化  
特に、非正規労働者についても法定の年次有給休暇を付与すること。
- ② 不利益取扱いの禁止

キ 解雇及び雇止め

- ① 解雇手続及び雇止めに関する基準に定める雇止め手続の適正化
- ② 労働契約法の遵守

ク 安全衛生

- ① 衛生管理者の選任等、衛生管理体制の整備
- ② 法定の健康診断及びその結果に基づく措置の確実な実施  
特に、深夜業従事者に係る6か月に1度の定期健康診断、常時使用する短時間労働者等に係る定期健康診断及びこれらの結果に基づく措置を確実に実施すること。
- ③ 「過重労働による健康障害を防止するため事業者が講ずべき措置」（平成18年3月17日付け基発第0317008号）に基づく過重労働による健康障害の防止
- ④ 労働災害の防止  
特に、「職場における腰痛予防対策指針（平成6年9月6日付け基発第547号）」、「交通労働災害防止のためのガイドライン（平成20年4月3日付け基発第0403001号）」等を踏まえた労働災害防止対策を実施すること。

(2) 訪問介護労働者に係る留意事項

訪問介護労働者については、上記(1)に掲げる事項のうち、特に、

- ア 移動時間等の労働時間を適正に把握すること
- イ 休業手当を適正に支払うこと

等、訪問介護通達記の2に掲げる事項が適正に取り扱われるよう留意すること。

### 3 具体的な手法

#### (1) 集団指導等

介護労働者を使用する事業場に対しては、各種のパンフレットや本省実施の「訪問介護労働者の労働条件改善事業」により作成する各種モデル様式等を活用し、上記2の重点事項を中心とした労働基準関係法令等について、関係機関との連携を図りつつ、効果的な集団指導及び自主点検を実施するとともに、あらゆる機会をとらえて周知すること。

#### (2) 監督指導

労働基準関係法令に係る問題があると考えられる事業場に対しては、監督指導を実施すること。

### 4 関係機関との連携

#### (1) 都道府県等との連携

介護保険事業の許可権限等を有している都道府県、政令指定都市及び中核市や、介護保険の保険者である市町村において実施される、事業者に対する説明会の機会をとらえて労働基準関係法令に係る説明を行う等、都道府県等と適切な連携に努めること。

また、本対策を効果的に推進するため、介護労働者の労働条件の確保・改善上の問題点等について、都道府県等に対して、情報提供を行うこと。

#### (2) 職業安定行政との連携

職業安定行政においては、介護労働者の雇用管理の改善に取り組む事業主を支援するための助成金制度、(財)介護労働安定センターにおける雇用管理責任者講習等、事業主がこれを活用することで労働条件の確保・改善に資することとなる各種の取組を実施していることから、必要に応じてこれとの連携を図ること。

※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※ ※

全文を掲げた通知を瞥見して気づくことは以下の通りである。

第一に、「1 基本的な考え方」の「(1)基本的な考え方」とする記述に問題意識が現れており、筆者と同じような現状認識が記されているけれど

も、その後の論理展開がその解決策になっていない点である。

第二に「2 対策の重点事項」を一読すると、労働基準法を再読させるような通知であることがわかることである。どのような職種であれ、使用者であれば、これらは当然知っていなければならない内容である。ここには、「ア 労働条件の明示」、「イ 就業規則」、「ウ 労働時間」、「エ 休憩及び休日」、「オ 賃金等」、「カ 年次有給休暇」、「キ 解雇及び雇止め」および「ク 安全衛生」と事細かに述べられているように見えるが、これは介護労働者であろうとなかろうと使用者が労働者に対して周知徹底させておかなければならない事項である。要するにこの通知は、介護労働者に関わる特別な配慮を要するような内容のものではない。労働条件明示義務（労働基準法第15条第1項）に違反すれば、同法第120条第一号により、30万円以下の罰金に処せられる可能性がある。これを縷々述べねばならないほど、介護労働者を扱う職場では労働基準法遵守が徹底していないということであろうか。それを細々と通知で述べなければならないところにこの通知のもつ異常さがある。

第三に、上述のような当たり前のことを守れという通知を発していることの労働行政に関わる問題性があげられる。労使関係におけるごく当たり前のことをおまじめに通知していることは、本来最低限の基準として守られなければならないものが労働行政によって守られてこなかった証明でもある。雇用管理の徹底を通知で是正するばかりではなく、その原因を厳密に分析して、それを打開するように労働政策を行ってこなければいけなかった。そこにこの通知の問題点がある。

本来ならば、法制度により介護労働者の労働条件が向上させられるべきであった。しかし、この通知を詳細に見ると、実際には一般労働者に対するものをやや詳細に定めたものにすぎないと言わざるをえない。その基本となるものは労働条件の明示や超過勤務手当の支払などである。しかし、これは労働法とりわけ労働基準法を知っている者なら、使用者がごく当たり前に行わなければならないことがらである。本来、労使関係において法律上必ず行われていなければならないことをただ羅列しているだけである。

これは、今日の日本の一般的な労使関係においても、労働条件の明示や超過勤務手当支払が不明確なままにされていることが反映しているともいえよう。

#### 4 小括——介護労働者の法的地位向上のために

以上、法令および通知に内在する論理では、現在の介護労働者に関わる諸問題を解決出来ないことをみてきた。問題と思われるのは、福祉労働がどういう性格のものであるか真に理解した上で、このような法令や通知が作られてきたか、関係法令や通知からは読みとれないことである。福祉労働は、非定型性、熟練性および専門性という特質を持っている。必要にかられて残業をする場合もある。労務管理をしっかりすれば労働条件が向上するなどという弥縫策で介護労働者に関わる諸問題が解決できるものではない。財源なき政策は画餅にすぎないことが全くわかっていない法制度が作られてきたといえよう。

介護労働者の労働条件向上をめざそうとした法制度などは実際には労働条件を改善することにはならないことを見てきた。これは、現行法制度に内在する欠陥によるものであり、それに基づいて政省令および通知が作られてきているから、種々の制度は根本的解決策にならない。

行政改革の一環である規制緩和の基本的な考えの一つは、競争によるサービス向上であった。たしかに、通信などでは電電公社が独占していた通信環境に他社が入ることによって競争が行われ、利用者へのサービスが向上したことがある（傘下労働者の解雇が多発し、労働条件が悪化したことはここでは述べない）。しかし、これは同じ電話線で複数のサービスを選べるという極めて特殊な条件のもとでのみ可能であった。同じ民営化であっても、1987年の国鉄民営化は、従来国鉄が提供してきた交通弱者の移動手段を減少させたり、無くしたりした結果、自由な交通の基盤が大いに奪われたことを看過してはならない。

競争できる条件がないものをあたかも競争できるかのような幻想をふり

まくことによって、福祉サービスが向上するような世論誘導がなされてきた。日本全国における介護老人福祉施設の待機者が数十万人単位で存在することを考えれば、利用者が自由に事業者や施設を選べるような状況は日本にない。そのような状況下で競争原理がはたらくはずがない。仮に十分に施設や事業者があったとしたら、それにかかる費用は膨大なものとなり、介護保険料や租税にはねかえることは必至である。介護保険制度が維持されているのは、膨大な待機者を家族などが基本的人権を阻害されながら介護してきた日本型「福祉」によるところが大きい。

競争すればサービスが向上し、それに負けた者は市場から退場するので良質なものしか残らないと喧伝されてきた。しかし、同じサービス業、例えば、理容美容業と介護サービス事業を比べて見れば、このような論理が前提条件を欠いていることがすぐにわかる。前者においては報酬が公定されていないのに対し、介護保険制度によるサービス提供は報酬上限が公定されている<sup>(19)</sup>。理容美容業ならば、サービスが良ければ、顧客も増え、労働者にもそれ相応の報酬の増加が見込める。顧客も資力に応じた支払をすることにより、相応のサービスを受けうる。利用者も、極端な場合は理容美容業を一切利用せず自分で整髪することもできるし、それが生存に関わることは通常ない。

しかし、介護職員によるサービスを受ける必要が生じれば、受けなければ生存に関わる場合が多く、事業者も限られているから、自由に選ぶこともできない<sup>(20)</sup>。そもそも、競争で社会福祉サービスが向上するであろうか。競争で介護労働者がサービスの向上をしたとしても、給与が増加するわけではない。事業者報酬は、上限が定められているから、介護労働者が努力したところで単価を超えた支払を受けることは法制度上ありえない。サービスを改善した（当然労働強化になる）ところで、受け取る報酬が増えるわけではないから、サービスを改善する経済的インセンティブは介護労働者に生じない。競争によりサービスが向上するというのはフィクションであることが容易にわかる。

また、競争すれば価格が下がるというのもフィクションである。離職率

の高さから見てわかるように、現在の介護労働者の労働条件は、雇用を継続しうるような条件下にはない。一定のサービスについて単位時間当たり上限のある報酬が定められているのが介護保険制度である。競争したところで、介護報酬が独自に下げられるわけではない。なにを根拠に競争すれば価格が下がるといえるのであろうか。

介護労働者が良質の介護労働を提供した場合に要介護者やその周囲の者から感謝される場合があっても、それが利益に直結するわけでもない。感謝されればまだ良い方で、食事介助をした後で、重度認知症の要介護者に「食事させてもらっていない」と苦情を言われたり、それを聞いた要介護者親族から介護労働者が批判されたりする場合がある。また、要介護者親族が介護者の処遇が悪いと偶然感じた場合に苦情を言われたり、ヘルパー交代を申し込まれたりする場合がある。

介護労働者がいくらサービス向上のための努力をしても、それに対して何らかの利益をもたらすように使用者が動くこと自体制度上難しい。施設を経営する使用者自体も中小企業経営者に近い存在である場合が多く、福利厚生などで報いる余力が乏しい。常勤換算が広く認められるようになったため、専任職員を雇わず、複数の短時間労働者でサービスの切り売りがなされれば、介護労働者どうしの申し継ぎができなくなる。これは、要介護者などの状態に重要な問題が生じていてもそれを見逃すという問題を引き起こしかねない。

介護労働者の労働条件を考える場合に必要なのは、介護労働者本人の条件を向上させるだけでなく、介護労働者が扱う要介護者などに対する介護の質向上にどう反映させられるかである。介護労働は、人間による行為がその大半を占める。介護の質を考えると、それに関わる介護労働者の労働条件の善し悪しが大きく関わってくる。介護保険制度により介護が権利になったと喧伝されてきたけれども、介護労働者がその権利実現をになえる条件下にならなければそれは実現しない。要介護者などの介護請求権を実現するために最も身近にいる者の多くが介護労働者である。

その労働条件向上をめざすために必要な点の第一は、あるべき日本の国



家像をどう作るかである。本稿はそれを主眼とするものではない。しかし、社会保障確保が国家の主目的の一つであり、財政面でも非常に大きな位置を占めている現代日本において、しかるべき国家像を描き、それに応じた社会保障制度を考える必要がある。なぜ、これが問題になるかといえば、社会保障の水準が国民生活一般の水準に大きく影響を与えるからであり、それが労働者の生活水準に反映するからである。

第二に、介護労働者の労働条件改善の法制度と改善できる方策が実質的に作られなければならない。本稿で検討してきた法制度は不完全であり、現行法制度が介護労働者の労働条件の最低基準さえも保障または補償するものではない。社会保険型の介護保障だけでなく、公的保障（租税負担）による労働条件保障がされる必要がある。

(2010年 8月31日)

#### 注

- (1) 厚生省発行1996年の介護保険制度紹介パンフレット『介護保険制度案のあらまし』参照。
- (2) 厚生省『〔新版〕介護保険制度案のあらまし』参照。
- (3) 厚生省の発表する、日本の介護保険料額が低すぎると述べたことについては、拙稿「世界に誇れる介護制度へ再論議を」『論壇』（朝日新聞朝刊 [東京本社版] 1996年10月25日)参照。
- (4) 「社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する等の法律案の概要」（平成12年6月）参照（[http://www1.mhlw.go.jp/topics/sfukushi/tp0307-1\\_16.html](http://www1.mhlw.go.jp/topics/sfukushi/tp0307-1_16.html) 参照。2010年 8月30日確認）。
- (5) 例えば、NHK取材班『「愛」なき国——介護の人材が逃げていく』（阪急コミュニケーションズ、2008年）152頁参照。
- (6) 同財団法人のホームページ参照（<http://www.kaigo-center.or.jp/> 参照。2010年 1月23日確認）。詳細については「平成20年度 介護労働実態調査結果について」（「事業所における介護労働実態調査」/「介護労働者の就業実態と就業意識調査」）参照（[http://www.kaigo-center.or.jp/report/pdf/h20\\_chousa\\_point.pdf](http://www.kaigo-center.or.jp/report/pdf/h20_chousa_point.pdf) 参照。2010年 1月23日確認）。
- (7) 前掲「平成20年度 介護労働実態調査結果について」20頁参照。

- (8) 同財団法人のホームページ ([http://www.kaigo-center.or.jp/report/h17\\_chousa\\_03.html](http://www.kaigo-center.or.jp/report/h17_chousa_03.html)) 参照 (2010年1月23日確認)。
- (9) <http://nenshu.no.coocan.jp/> 参照 (2010年8月30日確認)。
- (10) 例えば, 結城康博『介護——現場からの検証』(岩波書店, 2008年) 149頁以下参照。
- (11) <http://www.jil.go.jp/institute/reports/2009/0113.htm> 参照 (2010年11月8日確認)。
- (12) 同報告書161頁参照。
- (13) 有斐閣『法律用語辞典』(第3版) CD-ROM 版参照。
- (14) 林修三『法令用語の常識 第3版』(日本評論社, 1975年) 49頁参照。
- (15) <http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/10/tp1023-1.html> 参照 (2010年8月31日確認)。
- (16) <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/josei/kyufukin/pdf/47.pdf> (2010年8月31日確認)。
- (17) <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/josei/kyufukin/pdf/44.pdf> (2010年8月31日確認)。
- (18) <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/josei/kyufukin/pdf/45.pdf> 参照 (2010年8月31日確認)。
- (19) 美容師などと介護職の差については, 後者が介護保険制度に大きく規定されている点に関しては, 小檜山希「介護職の仕事の満足度と離職意向——介護福祉士資格とサービス類型に注目して——」『季刊 社会保障研究』第45巻第4号444頁参照。
- (20) 拙稿「福祉サービスの基準と質の保障」『講座 社会保障法 第3巻——社会福祉サービス法』(法律文化社, 2001年) 78頁以下参照。

# 捜査の適正と 真実発見の必要性について

大久保 正 人

はじめに

## I 捜査の適正

- (1) 問題の所在
  - 1 任意性の証明
  - 2 検察官の訴追裁量権
- (2) 取調べの適正化
  - 1 従来 of 取組み
  - 2 取調べの可視化
  - 3 弁護人の取調立会権

## II 真実発見の必要性

- (1) 問題の所在
- (2) 新しい証拠収集方法
  - 1 有罪答弁型の司法取引
  - 2 捜査協力型の司法取引
  - 3 刑事免責
- (3) 小括

おわりに

キーワード：人権保障，真実発見，司法取引

## はじめに

「証拠の女王」という言葉があるように、「自白」は、犯罪事実の認定に際して重要な役割を果たしている。それゆえ、公判においては、証拠として提出された「自白（調書）」の「任意性」をめぐる<sup>(1)</sup>、両当事者が激しく争う場面が数多く見られる。ところが、通常、取調べは「密室」で行われることから、自白が採取された状況を客観的に証明するには困難を伴う。公判において、自白の「任意性」を証明する際には、両当事者が「水掛け論」に終始し、そのことが悪戯に裁判を長引かせる原因となっている。そして、2009年5月より開始された「裁判員による裁判」においては、「自白の任意性」という悩ましい問題が、一般市民である「裁判員」の判断に委ねられることになった。

取調べを利用した「自白」の採取については、捜査機関による有形・無形の圧力が加わることによって「不任意の自白」が誘発され、そのことが「誤判・冤罪」を生み出す一因になっていると指摘されている。また、黙秘権保障の重要性や「自白の任意性」を立証することの困難性に鑑みて、証拠収集方法としての「取調べ」そのものを疑問視する声も大きい。そのような現状を踏まえて、弁護士や一部の学者・国会議員の中では、「取調べの可視化」や「弁護人の取調立会権」を制度化し、「取調べ」を中心とした証拠収集方法を是正していこうという動きが活発になっている（2010年12月現在）。

その一方で、犯罪が多様化・巧妙化・国際化している現代社会においては、犯罪の捜査が、以前にも増して困難を極めているという「現実」にも目を背けることはできない。また、モラルの低下に歯止めのかからない現代社会においては、本当の「悪」（巨悪）を確実に処罰することを通して、国民に範を示し、その道徳心を涵養するという意味においても、捜査機関に期待される役割は大きいといえよう。

本稿においては、まず、「人権保障」の観点から、「取調べ中心主義」と

いわれる現在の証拠収集方法を適正化する必要性について検討する。そして、近い将来、「取調べの可視化」や「弁護人の取調立会権」が制度化されることを前提として、「真実発見」の観点から、「取調べ」に代わる「証拠収集方法」の可能性について検討する。

## I 捜査の適正

人権保障の観点からは、被疑者に対する人権侵害が生じやすい「取調べ」を中心とした証拠収集方法を規制して、「捜査の適正」を担保していく必要性が認められる。

### (1) 問題の所在

刑事訴訟法は、犯罪の捜査に必要な場合に、捜査機関が被疑者を取り調べることを認めている。犯罪事実の真相は、結局のところ被疑者本人にしか分からないことから、真実（とりわけ、故意・過失、動機等、被疑者の内心に関する事情）の解明という観点からみるならば、「取調べ」を利用して本人から事情を聞くことは、能率的・効果的な証拠収集方法であるといえる。しかし、現実問題として、被疑者の取調べは、その「自白」を採取することに主たる目的が置かれていることから、取調べを担当する捜査官によっては、その職務に熱心になるあまり、被疑者に対して身体的・精神的な圧力を加えてしまい、結果として「不任意の自白」がもたらされることがある。そして、そのような取調べのあり方が、「誤判」や「冤罪」の一因になっていると指摘されている<sup>(3)</sup>。

我が国の刑事手続をみると、その様々な局面（段階）において、取調べを利用して採取される「自白」（あるいは、自白に基づいて収集された証拠）が重要視されている。「自白」は、公判において被告人の犯行を証明するのに使用されるだけでなく、検察官が「起訴猶予処分」を決定する際にも、暗黙の前提条件とされている。

以下、取調べを利用して採取される「自白」をめぐる問題点として、「任意性の証明」と「検察官の訴追裁量権」について取り上げる。

## 1 任意性の証明

憲法第38条2項は、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定し、それを受けた刑事訴訟法第319条1項は、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意になされたものでない疑いのある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している。すなわち、「自白」を証拠として使用するためには、それが「任意」になされたものであることが必要とされ、「不任意」の自白については、証拠能力を有しないものとして、公判から排除されることになる(自白法則)。そして、そのような「自白の任意性」については、検察官が「挙証責任」を負うものとされている<sup>(4)</sup>。

通常、「自白(調書)」は、被疑者に黙秘権を告知してから取調べを行い、供述を録取し、その内容を閲覧させて(もしくは読み聞かせて)、誤りがないことを確認させたうえで、署名・押印をさせるという手続を踏んで作成されている。その意味において、公判廷に提出される「自白(調書)」は、ある程度その任意性を「推認」することが可能であるから、被告人側がその「任意性」を争わない場合については、当該自白の「任意性(証拠能力)」を認めたとうえで、その「信用性(証明力)」を判断するというのが裁判実務である<sup>(5)</sup>。

それに対して、被告側が「任意性」を争う場合については、その「証明の方法」や「認定の方法」をめぐる難しい問題が生じる<sup>(6)</sup>。そして、我が国においては、裁判所による「任意性」の認定が、有効に機能していないと指摘されている<sup>(7)</sup>。

まず、自白の「任意性」を証明する方法が、「挙証責任」との関係で問題となる。通常、取調べは、取調官と被疑者だけしかいない「密室」で行われることから、その「任意性」を証明する客観的な証拠に乏しく、その

立証には困難を伴う<sup>(8)</sup>。任意性を立証する責任を有するのが検察官であることに争いはないが、全ての「不任意の可能性」を排除するという意味での「任意性の証明（ゼロの証明）」を強いるのは非現実的であることから、裁判実務においては、争点を明確にするという観点から、まずは被告人質問などを通して被告人側に「任意性を疑わせる一応の証拠」を提出させたうえで、それに対して、取調べを担当した捜査官等が証言台に立って反証するという立証方法がとられている<sup>(9)</sup>。

しかし、このような立証方法については、当該自白が「任意」であることを前提としているのに等しく、取調べが「密室」で行われるものであり、「不任意」であることを疑わせる客観的な証拠を提出することが困難であるという現実に鑑みれば、被告人が「自白の任意性」を争うことそのものを困難にするという批判がある<sup>(10)</sup>。

次に、自白の「任意性」を認定する方法が、自白法則の根拠と関連して問題となる。不任意の自白が公判廷から排除される根拠については、任意性に疑いのある自白は虚偽のおそれがあるので、誤判防止の見地から排除されるという「虚偽排除説」と、黙秘権を中心とする被告人の人権保障を担保するために、強制等による自白を排除するという「人権擁護説」、そして、自白採取過程における適正手続の担保のために、強制等による自白を排除するという「違法排除説」<sup>(11)</sup>が存在している。このうち、「虚偽排除説」と「人権擁護説」は、それぞれ、虚偽の自白を誘発するおそれのある状況があったのか否か、意思決定の自由が侵害される状況があったのか否かを基準として「自白の任意性」を判断するものである。それに対して、「違法排除説」は、自白の採取過程そのものに適正手続違反があったのか否かを基準とするものであり、そこでは、自白を採取する側（捜査機関）の態様という観点から「自白の任意性」を判断している<sup>(12)</sup>。

我が国の裁判実務においては、主として「虚偽排除説」の観点から、取調べ時に被疑者が置かれていた状況を「推測」することを通して、当該自白の「任意性」が判断されている。しかし、取調べが「密室」で行われ、客観的な証拠に乏しいという「現実」の下においては、後から取調べ時の状況

を推測することには困難を伴う。結局のところ、裁判所は、対立する当事者の主張を考慮に入れ、供述が採取された際（取調室内）の「雰囲気」等を想像した上で、その「任意性」を判断するしかないというのが現状である<sup>(13)</sup>。

このような困難に直面した裁判所は、公判において、当該自白の「任意性（証拠能力）」それ自体を判断することを回避し、それを「信用性（証明力）」の問題と併せて考察する傾向がみられる<sup>(14)</sup>。そして、そこでは、当該自白の「内容」を参考にして、あるいは、その他の証拠と比較検討することを通して、それが「信用できるものかどうか」という観点から「任意性」を判断している。しかし、このような裁判所の姿勢については、本来、自白の「信用性（証明力）」の問題に立入る前提条件として、自白の「任意性（証拠能力）」を積極的に判断することこそが、その後の「取調べ」のあり方（ひいては被疑者の人権保障）に重大な影響を及ぼすにもかかわらず、裁判所はその役割を放棄しているのに等しく、そのことが「取調べ」を有効に規制できない現状に繋がっていると批判されている<sup>(15)</sup>。

## 2 検察官の訴追裁量権

我が国の司法制度においては、検察官が公訴権を独占し、広範な訴追裁量権を有していることから、たとえ犯罪の嫌疑が存在し、証拠が揃っている場合であっても、検察官が諸般の事情を考慮して「訴追の必要がない」と判断するのであれば、公訴提起（起訴）を見合わせることもできる（起訴猶予処分）。そして、実務においては、検察官が起訴・不起訴の決定に「広範な裁量権」を有することを根拠にして、犯罪事実を徹底的に吟味したうえで「処分」を決定する方針が採られており、ひとたび「起訴」された場合については、その有罪率が99%に及ぶといわれている<sup>(16)</sup>。したがって、犯罪事実の認定や被疑者・被告人の処遇は、その実質において、「訴追段階」（検察官の判断）で決定されているといっても過言ではない<sup>(17)</sup>。

起訴猶予処分については、①刑事裁判にかかる人的・経済的な負担を軽減し、訴訟経済に資すること、②示談の事実や宥恕の意思など、事件によ



っては、被害者や市民の法感情を尊重する方が適切な場合もあること、そして、③起訴されて「被告人」という烙印を押されると、それだけで様々な社会的不利益を被るだけでなく、社会復帰が困難になるという現実に鑑みれば、起訴猶予処分による解決の方が被疑者にとって刑事政策的な意義が大きいこと等<sup>(18)</sup>、その柔軟な活用が、刑事司法全体の健全な運営を支えているともいえる。したがって、起訴猶予処分が「適正」かつ「公平」に運用される限りにおいて、その「合理性」を否定することはできない<sup>(19)</sup>。

我が国の司法制度は、「精密司法」と呼ばれるように、犯罪の態様・結果だけでなく、犯行の動機や犯行後の態様等、細部にわたって詳細に解明し、その上で「事実認定」を行うという特徴を有しており<sup>(20)</sup>、その影響は、捜査機関の証拠収集方法や、検察官の訴追方針にまで及んでいる（我が国の刑事司法制度全体が「精密司法」に支配されている）。そのような「精密司法」の下、検察官は、犯罪事実だけではなく、被疑者の背後にある様々な事実関係まで徹底的に捜査（調査）し、その上で「処分方針」を決定している。起訴猶予処分については、身柄の早期開放による刑事政策的な意義が強調される傾向にあるが、それは反面、被疑者が有する「公開の裁判で争う権利」を奪う結果に繋がることから、その意味において、「公判中心主義」の精神にもとると評価することも可能である<sup>(21)</sup>。実際、起訴猶予処分の決定が下された場合には表沙汰になることが少ないが、検察官と被疑者との間には、「犯罪事実を自白（自認）すれば起訴猶予処分済ませる」という「暗黙の了解」が存在し、そのことが捜査段階（取調べ）における被疑者に対する心理的な圧力となっているのが「現実」である。被疑者が置かれた不安定な地位に鑑みれば、被疑者が犯罪事実を「自白（自認）」することが前提条件とされる「起訴猶予処分」の決定に際しては、当該自白（自認）の「任意性」や「信用性」を、より詳細に調査する必要があるように思われる<sup>(22)</sup>。

## (2) 取調べの適正化

我が国の裁判実務においては、犯罪事実を認定するのに際して、捜査段階における「自白」の存在が重視されている<sup>(23)</sup>。そして、「自白」が重視されることの裏返しとして、確実に「有罪」を確保したい捜査機関は、取調べを利用して「自白」を採取することに神経を注ぐ傾向がある。しかし、「自白」の採取を目的とする「取調べ」のあり方は、黙秘権を保障する憲法や刑事訴訟法の精神に合致しないだけでなく、「誤判」や「冤罪」にも繋がりがねないことから、「人権保障」の観点からは、何らかの方法で、その適正を担保する必要性が認められる。

### 1 従来 of 取組み

現行法は、①取調べに際して「黙秘権」の告知を要求すること（刑事訴訟法第198条2項）、②自白の任意性に疑いがあるときには、その「証拠能力」を否定すること（憲法第38条2項、刑事訴訟法第319条1項）、③自白に「補強証拠」を要求し、その「証明力」を制限すること（憲法第38条3項、刑事訴訟法第319条2項）等を通して、間接的ではあるにせよ、「取調べ」の適正を図っている。

また、弁護士は、被疑者との「接見」に際して、「密室」で行われる取調べに備えて、①被疑者の供述を証拠化することや、②被疑者に「被疑者ノート」を差し入れ、取調べの状況を記録させる等の取組みを行っている<sup>(24)</sup>。①については、一般的に、接見時に録音することや、弁護士が調書を作成し、それに被疑者の署名・押印を得ることを通して行われるが、このような被疑者の供述の証拠化は、万が一、取調べで「不任意の(誤った)自白」が採取された場合に、それを争うために不可欠であるとされている。②については、日々の取調べを被疑者自身が記録するものであるが、このようなノートの存在は、取調べの状況を正確に把握でき、その任意性を争う場合の証拠となるだけでなく、被疑者の精神的な自立を促す(権利意識の涵養)という意味においても、極めて有効であると考えられている。

もっとも、このような取組みは、取調べが「密室」で行われるという「現実」を前提とするものであり、「自白の任意性」という悩ましい問題を根本から解決するものではない。したがって、「自白の任意性」をめぐる不毛な争いを防止するためには、取調べが「密室」で行われているという「現実」そのものにメスを入れ、直ちに「取調べの可視化」を実現することが必要不可欠であるように思われる。

## 2 取調べの可視化

取調べを適正化する手段として、日本弁護士連合会を中心に「取調べの可視化（取調べの全過程の録音・録画）」が叫ばれている（2010年12月現在）。それによると、可視化が必要な理由として、次の2点が挙げられている。

第1は、我が国の取調べは完全な密室で行われることから、それを利用（悪用）して違法・不当な取調べが繰り返され、虚偽の自白に基づく「誤判・冤罪」が生み出されてきたという点である。このような違法・不当な取調べを抑止し、虚偽の自白に基づく「誤判・冤罪」を排除するためには、取調べの全過程を録音・録画することが必要不可欠であるとされる<sup>(25)</sup>。

第2は、2009年5月21日から導入された「裁判員による裁判」においては、わかりやすい審理が求められるのと同時に、できるだけ明瞭な証拠の提出を心掛け、裁判員に過度な負担をかけないことが求められているところ、自白の任意性・信用性をめぐって、長期間にわたって不毛な審理を重ねることは許されないという点である。したがって、自白の任意性・信用性をめぐる争いを防止し、裁判員に過度の負担をかけないという意味においても、取調べの全過程を録音・録画しておくことが必要不可欠であるとされる<sup>(26)</sup>。

それに対して、可視化に消極的な捜査機関の側からは、取調べの過程を録音・録画するならば、①被疑者との信頼関係を構築できなくなり、必要な供述が得られなくなる、②取調べの内容が第三者に知られること（それによる報復や地位の失墜）を恐れて、供述をためらうようになる、③取調

べの過程において顕出する被害者や第三者のプライバシーに関する情報が、公判において公開されることによって侵害される等の意見が述べられている。<sup>(27)</sup>

しかし、裁判員による裁判が開始された現在においては、裁判員に過剰な負担をかけないという意味においても、欧米先進諸国における趨勢であり、我が国の国民世論も「可視化」を支持する方向にあるという意味においても、もはや「取調べの可視化」は必然の「流れ」であるといえよう。このような「流れ」を受けて、検察庁や警察庁は、取調べの一部録音・録画を試行している。例えば、検察庁は、自白調書を証拠請求する裁判員裁判対象事件について、原則として、検察官の裁量により、取調べの一部を録音・録画している。また、警察庁（全国の警察本部）は、裁判員裁判対象事件であり、かつ被疑者が自白している事件について、警察官の裁量により、取調べの一部を録音・録画している。<sup>(28)</sup>

もっとも、取調べの「一部」を検察官・警察官の「裁量」によって録音・録画するのでは、捜査機関側に都合の良い部分だけが録音・録画され、取調べの実態の評価を誤らせる危険があることから、このような方法では、取調べの状況を客観化し、自白の任意性の立証を容易にするという「取調べの可視化」が目指す本来の目的を達成することができない。したがって、取調べの可視化は、取調べの「全過程」を録音・録画することにこそ意義があるものといえよう。<sup>(29)</sup>

### 3 弁護人の取調立会権

取調べの全過程を録音・録画することから一歩進めて、被疑者の取調べに弁護人が立ち会う（同席する）ことは認められるであろうか。現行法の下においては、被疑者・被告人と弁護人の「接見交通権」は保障されているものの、弁護人が取調べに立ち会うことについては規定されていないことから、「弁護人の取調立会権」<sup>(30)</sup>の法的な根拠が問題となる。

我が国において、「弁護人の取調立会権」は、被疑者の人権保障の見地から、その必要性は認識されていたものの、明文の規定が存在しないこと

から、「立法」によって解決すべき問題であると考えられていた。それに対して、欧米先進諸国においては、取調に弁護人が立ち会うことを認めている国も多い。例えば、アメリカ合衆国においては、逮捕後、被疑者を取り調べる事が許されているが、「ミランダ・ルール（ミランダ事件判決においてアメリカ合衆国最高裁が示した基準）」に基づいて、被疑者は、取調べに弁護人を同席させることができるだけでなく、全ての手続を弁護人に対応させることもできる<sup>(31)</sup>。ミランダ・ルールによると、捜査機関は、身柄拘束中の被疑者を取り調べるのに先立って（通常は、被疑者を逮捕するのに際して）、①対象となる者に黙秘権があること、②その者が供述したことは不利な証拠として使用されうること、③弁護人に相談する権利があり、取調べの間、弁護人を立ち合わせる権利があること、④弁護人を雇う金がない場合、取調べに先立って弁護人が公選されることを告知しなければならない（ミランダ警告）。したがって、身体拘束（取調べ）を受ける被疑者については、「弁護人の取調立会権」が認められることから、それを通して「弁護人依頼権」と「黙秘権」が実質的に保障されることになる<sup>(32)</sup>。

我が国においても、取調べの可視化をめぐる議論の中で、ミランダ判決等を参考にして、「弁護人の取調立会権」を現行法の解釈の範囲内（憲法論）で捉える見解もみられるようになった。この点、現行刑事訴訟法は、「弁護人の取調立会権」を明文で規定していないが、その反面、「取調べ」を規定する第198条は、取調べに弁護人が立ち会うことを否定するものではない。そうであるならば、憲法が規定する「弁護人依頼権」や「黙秘権」を実質的に保障する観点からは、被疑者が取調べに先立って「弁護人の立会い」を主張することができるという考え方も十分に成り立つであろう<sup>(33)</sup>。

それに対して、捜査機関の側からは、取調べに弁護人の立会いを認めるのであれば、弁護人が事件の性質を考慮しないで、やみくもに「黙秘」を勧める事例が増え、それによって取調べが「訴訟戦術」の場と化し、正常な捜査活動が阻害されてしまうと主張されている<sup>(34)</sup>。そして、被疑者の人権については、「弁護人の取調立会権」を認めなくても、取調べを録音・録

画することによって十分に保障されるとしている。この点、確かに、取調べの全過程を録音・録画するならば、事後に裁判で「自白の任意性」を争うことは容易になるかもしれない。しかし、被疑者の人権を実質的に保障するためには、事後に「任意性」を争うのではなく、「不任意の自白」が採取される状況そのものをなくすことに注意が払われなければならないであろう。また、当事者主義の観点から「国家機関である警察官・検察官」と「私人である被疑者・被告人（弁護人）」の力関係をみるならば、取調べに際して「黙秘」を勧める弁護方針についても、正当な権利行使の範囲内とみる<sup>(35)</sup>ことが可能であろう。

したがって、憲法が規定する「弁護人依頼権」や「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を実質的に保障するという意味においても（人権保障）、また、取調べ中心主義を改め、新しい証拠収集方法を採用するための布石という意味においても（真実発見）、「弁護人の取調立会権」を制度化することが急務であるように思われる。

## II 真実発見の必要性

捜査の適正化の一環として、「取調べの全過程の録音・録画」と「弁護人の取調立会権」を制度化し、証拠収集方法としての「取調べ」を規制する場合、捜査機関は、「取調べ」に代わる証拠収集方法として、どのような手段を利用することができるのであろうか。

### (1) 問題の所在

捜査の適正という観点から、「取調べ」を利用した「自白」の採取が抱える問題について考察してきたが、我が国の刑事訴訟法や裁判実務を前提にするのであれば、被疑者を起訴し、被告人の有罪を立証するためには、「取調べ」を利用した「自白」の採取という証拠収集方法に頼らざるを得ないのも「現実」である。したがって、捜査の適正化の一環として、証拠

収集方法としての「取調べ」を規制する場合には、それと同時に、「自白」に頼らなくても、被疑者を起訴し、被告人の有罪を立証しうる「新しい証拠収集方法」が検討されなければならない。<sup>(36)</sup>

例えば、アメリカ合衆国においては、早くから「取調べの録音・録画」や「弁護人の取調立会権」を制度化して、「取調べ」における人権侵害の抑止に取り組んでいるが、その一方で、捜査機関は、司法取引（刑事免責）、盗聴、おとり捜査（潜入捜査）など、様々な証拠収集方法を活用することができる。このような司法制度の下においては、「取調べの録音・録画」や「弁護人の取調立会権」を認めたとしても（たとえ被疑者の「自白」を得られなかったとしても）、それほど捜査や裁判に支障をきたさないことから、アメリカの捜査機関は、「取調べ」を利用して被疑者の「自白」を採取することに固執していない。

取調べに代わる「新しい証拠収集方法」としては、様々なものが挙げられるが、ここでは、アメリカ合衆国において広く利用されている「司法取引」の可能性について考察する。

アメリカ合衆国憲法修正第6条は、「陪審裁判を受ける権利」を保障しているが、その反面、刑事事件の約90%において、何らかの「司法取引」が行われ、正式な裁判を経ないで事件の「決着」に至っている。<sup>(38)</sup> アメリカ合衆国において「司法取引」が積極的に活用されている理由としては、次の2点が挙げられる。

第1に、「司法取引」は、被疑者・被告人側と検察側、双方の利益に資する。<sup>(39)</sup> すなわち、被疑者・被告人側にとっては、取引に応じることで、「訴因」や「求刑（量刑）」の面で検察官から譲歩を得ることができるだけでなく、当該事件の結末を予期することが可能になり、裁判で負け、想像以上に厳しい判決を受ける可能性がなくなる。また、裁判になる場合よりも、弁護士費用などの諸経費を抑えることができる。検察側にとっては、たとえ本来（裁判による場合）よりも軽い「訴因」や「求刑（量刑）」に割引せざるを得ないとしても、確実に「有罪」を確保できることから、時間だけでなく、人手の面でも大幅な負担軽減を図ることができる。

第2に、「陪審裁判」を回避することを通して、刑事司法制度の効率的な運用を図ることができる。<sup>(40)</sup>すなわち、金銭面（裁判にかかる費用・刑事施設にかかる費用）においては、小さな努力（当事者間の交渉）で、大きな効果（税金の節約）を得ることができ、人員面（裁判に携わる人的資源）においては、裁判官の事件処理の負担が軽減されることから、より重大な事件に集中することができる。また、全ての刑事事件で陪審による裁判を行うとするならば、一般市民の負担は膨大なものとなり、アメリカの裁判制度そのものが破綻してしまうであろう。

このような「司法取引」は、①一方当事者である検察官の「訴追裁量権」を前提として、他方当事者である被疑者・被告人との間で協議・折衝を行い、一定の「見返り」の引き換えとして、被疑者・被告人に「自己負罪拒否特権」を放棄させることを意味する「答弁取引 (plea bargaining)」と、②不起訴や起訴取消といった「免責」を付与することとの引き換えに、被疑者・被告人の「自己負罪拒否特権」を消滅させ、被疑者・被告人に「証言義務」を課す（証言を強制する）ことを意味する「刑事免責 (immunity)」<sup>(41)</sup>とに大別することができる。

## (2) 新しい証拠収集方法

アメリカ合衆国の司法制度に浸透している「司法取引」を、我が国の司法制度に取り入れることは可能であろうか。以下、3つの類型に分類して<sup>(42)</sup>検討する。

### 1 有罪答弁型の司法取引

第1の類型は、被疑者・被告人が、犯罪事実を「自白 (自認)」すること (有罪答弁) との引き換えに、検察官が、「訴因」の縮小や一部撤回、「求刑 (量刑)」の引き下げ等の譲歩を行うものである (一般的な答弁取引)。

答弁取引については、①当事者間の取引による解決は、罪責の認定による適切な科刑という刑事手続の本質にそぐわないこと、②取引に応じない



場合は、より重い「訴因」で起訴し、より重い「求刑（量刑）」を行うという威嚇によって、被疑者・被告人に対して、「自己負罪拒否特権」や「裁判を受ける権利」等の放棄を強いる効果を有すること、③本当は「無実」である被疑者・被告人が、公判で争って「有罪」とされ、「重い刑」で処罰されることを恐れて、あえて「有罪答弁」をしてしまう危険性があること等の問題点を指摘する声もある<sup>(43)</sup>。しかし、取引によるならば、①正式な公判審理を経ずに、大量の刑事事件を簡易・迅速に処理することができること、②当事者双方が、公判審理によるリスクから開放され、結果を「予見」することが可能になること、③事件の処理が柔軟になり、厳しい結論に至るのを回避できること等、取引による解決の「利点」の方が強調されることによって、「答弁取引」は、アメリカ合衆国の司法制度の根幹にまで深く根付いている<sup>(44)</sup>。

それでは、我が国の司法制度において、「有罪答弁型の司法取引」を導入することは可能なのだろうか。我が国の刑事司法手続は、「精密司法」という概念に支配されていることから、このような「取引」による「精密とはいえない」事件処理方法の是非が問題となる<sup>(45)</sup>。

この点、我が国においては、①国民世論として、司法の分野で「取引」を行うこと（悪人が利益を得ること）に嫌悪感を示す傾向があること、②検察官が「取引」をネタに心理的な圧力をかけ、それが「自白」の獲得（強要）に利用されかねないこと、そして、③アメリカ合衆国とは異なり、司法制度の破綻を招くほど犯罪数が多くないこと等を理由として、その導入に否定的な見解も多い<sup>(46)</sup>。

しかし、①については、現状においても、「起訴猶予処分」の決定に際して、ある種の「取引」が、より不透明なたちで行われているといえる<sup>(47)</sup>し、②については、弁護人の「立会」と「助言」を条件とすれば解決しうる問題であるといえよう。そして、③についても、今後、いかなる犯罪を「裁判員による裁判」の対象とするのかによって「事件数」が左右され、対象事件数の増加が裁判員に対する過度の負担になることも考えられる。

したがって、今後、「取調べの全過程の録音・録画」や「弁護人の取調

立会権」が制度化され、弁護人の「立会」と「助言」が保障されることを前提とするならば、新しい証拠収集方法として、「答弁取引型の司法取引」を導入することも検討に値するようになる。

## 2 捜査協力型の司法取引

第2の類型は、被疑者・被告人が、捜査に「協力」すること（とりわけ、公判廷で「証言」すること）を条件として、検察官が、「訴因」の縮小や一部撤回、「求刑（量刑）」の引き下げ等の譲歩を行うものである（捜査協力型の司法取引）。

捜査協力型の司法取引を行う場合、協力者本人が犯した罪については、「訴因」や「求刑（量刑）」が本来よりも軽くなってしまう一方で、より重大な犯罪の訴追、組織犯罪・企業犯罪における「首謀者（黒幕）」等の訴追、政治家や公務員が関与する犯罪の訴追などに関して、当該協力者から捜査協力（証言など）を得ることができる。通常、組織犯罪や企業犯罪などを訴追しようとする場合、物証が乏しい（計画的かつ秘密裡に行われる）だけでなく、関係者による証言を得られない（報復や地位の失墜を恐れる）ことから、たとえ起訴まで持ち込んだとしても、公判を維持していくことは非常に困難である<sup>(48)</sup>。ところが、「取引」によって内部事情を熟知する関係者（共犯者等）の協力（証言）を得ることができるのであれば、「トカゲの尻尾切り」で終わることなく、事件の背後にいる「黒幕」を処罰する道が開けることになる。したがって、協力者個人に対する「訴因」や「求刑（量刑）」は軽くなるとしても、それを通して、社会全体の安全（公益の増進）という「より大きな利益」を得られることになるから、アメリカ合衆国において「捜査協力型の司法取引」は、能率的・効果的な証拠収集方法として積極的に活用されている<sup>(49)</sup>。

捜査協力型の司法取引については、①捜査協力者（共犯者等）が、自己の刑責を免れるために「虚偽の情報」を提供する恐れがあることや、②捜査協力者（共犯者等）に与えられる寛大な処分は「不当な利益」であって、公平性に反するといった問題が指摘されている<sup>(50)</sup>。しかし、①については、

本命とされる者（捜査機関の標的）の裁判において「証言」をすることになる以上、その反対尋問に耐えうる性質のものであればならないし（さらに、虚偽の証言をした場合は、偽証罪に問われることになる）、②については、寛大な処分の選択（取引を行うこと）には「正当な理由（公益性）」が必要とされるだけでなく、本命とされる者に科される刑罰は、その者の刑責に見合ったものに過ぎないということが可能であろう<sup>(51)</sup>。

それでは、このような「捜査協力型の司法取引」を、一定の重大な犯罪、組織犯罪・企業犯罪、政治家・公務員が関係する犯罪に対する「新しい証拠収集方法」として、我が国に導入することは可能なのであろうか。

捜査協力型の司法取引についても、前述の「答弁取引」に関する議論が同様に当てはまるといえるが、この類型の場合は、当事者の利益や訴訟経済に適うという側面だけではなく、それと引き換えに、より重大な「犯罪（巨悪）」を訴追・処罰することが可能になるという社会的な「大義名分」が存する。また、このような捜査協力型の司法取引を導入する意義は、捜査・訴追を通じた「処罰の確保」という点だけにとどまるものではない。例えば、犯罪組織に対しては、「内部から犯罪が発覚し、その首謀者が処罰される」という図式が恒常化することによって、組織の結束力が薄れ、結果として、組織による犯罪を抑制する効果が考えられる。また、捜査に協力した者に対しては、捜査機関に協力したという事実の重みから、組織を脱退するきっかけとなるだけでなく、適切な保護制度と組み合わせることが可能であるならば、再犯の防止につながる効果も考えられる。このように、捜査協力型の司法取引は、「真実発見」という観点だけでなく、社会的・刑事政策的な観点からも、その意義が大きいといえることから、一般的に「有罪答弁型の司法取引」を導入することについては時期尚早とする場合であっても、「捜査協力型の司法取引」については、より積極的に導入を検討することが可能であろう。

このような捜査協力型の司法取引の実施については、刑事訴訟法第248条の運用を通して（起訴猶予処分の一環として）、現行法の下においても可能とする見解もある<sup>(52)</sup>。しかし、手続の「透明性」を確保する必要性や、

その「適法性」を担保する手段（機関）の構築という点に鑑みるならば、立法による解決が望ましいものと思われる。したがって、「取調べの全過程の録音・録画」や「弁護人の取調立会権」が制度化され、弁護人の「立会」と「助言」が保障されることを前提にするならば、新しい証拠収集方法として、「捜査協力型の司法取引」の立法化を検討すべきであると思われる。

### 3 刑事免責

第3の類型は、検察官が不起訴や公訴取消という「免責」を付与するのと引き換えに、被疑者・被告人に対して、証言を「強制」するものである（刑事免責）。

刑事免責は、関係者（共犯者等）による捜査協力（証言）を得ようという点において、「捜査協力型の司法取引」と類似するが、「捜査協力型の司法取引」の場合、捜査協力（証言）をするのか否かの判断が、被疑者・被告人の「自由な意思決定」に委ねられるのに対して、刑事免責の場合は、「免責」を付与することの引き換えとして、その者の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を消滅させ、「証言を強制する」という点において違いがみられる。

それでは、検察官が、被疑者・被告人に対して、不起訴や公訴取消等の「免責」を付与することを確約するのであれば、それと引き換えに、その者の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を消滅させ、「証言義務」を課すことができるのであろうか。刑事免責については、被疑者・被告人に証言義務を課す（証言を強制する）ことになるから、それが「自己負罪拒否特権（黙秘権）」<sup>(53)</sup>の侵害にあたるのではないかが問題となる。

アメリカ合衆国において、「刑事免責」は、次のように理解されている。そもそも「自己負罪拒否特権（黙秘権）」は、口を開く（供述する）ことによって「自らが罪に問われる危険」がある場合に、そのような危険から被疑者・被告人を保護することを目的とする規定である。そのような「自己負罪拒否特権（黙秘権）」は、被疑者・被告人の「自己決定権（自由な

意思決定)」を前提として、それを「行使（黙秘）」するのか、「放棄（自白）」するのかは、被疑者・被告人自身の「自由な選択」に委ねられている。それゆえ、黙秘を選択するのであれば、その後、いっさい黙秘を貫き通すことになる一方で、いったん口を開くのであれば、その後、嘘をつけば「偽証罪」に問われ、再び黙秘すれば「供述拒否罪」に問われることになる<sup>(54)</sup>。いずれにせよ、自己負罪拒否特権というのは、「自らが罪に問われる危険」を前提にするものであり、不起訴や起訴取消という「免責」を付与することによって、被疑者・被告人が「罪に問われる危険」がなくなった場合については、「保護すべき法益」が存在しない（消滅した）ということが可能であることから、そこに「証言（供述）義務」を課したとしても、当該権利の侵害にはあたらないものと考えられている<sup>(55)</sup>。

我が国においては、「取調べの全過程の録音・録画」と「弁護人の取調立会権」が制度化されておらず、取調べを利用した「自白」の採取が人権問題となっている。そして、被疑者の「自由な意思決定」が担保されていない取調べの現状に鑑みて、「自己負罪拒否特権（黙秘権）」の意義についても、これを厳格に解する見解が根強い。それによると、「自己負罪拒否特権（黙秘権）」は、それを取引（免責）に基づいて「消滅」させることのできない「絶対的な権利」であると位置づけられている（すなわち、被疑者・被告人に「証言（供述）義務」を課すことはできない）。もともと、近い将来、「取調べの全過程の録音・録画」と「弁護人の取調立会権」が制度化されるとするならば、弁護人の「立会」と「助言」の下に不起訴や起訴取消が「確約」され、被疑者・被告人が「罪責を負う可能性がなくなる」という場合については、「自由な意思決定」が担保されるのと同時に、「保護法益」も存在しなくなるといえることから、その範囲内において「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を消滅させて「証言（供述）義務」を課したとしても、権利侵害の問題は生じないと考えることも可能であろう。

それでは、我が国において「刑事免責」を立法化する場合、どのような点を考慮に入れなければならないであろうか<sup>(57)</sup>。この点については、詳細な研究が必要とされるが、さしあたって、①対象となる事件（どのような犯

罪を刑事免責の対象とするのか), ②免責を与える段階 (どの段階で免責を付与するのか), ③免責の関与者 (誰が刑事免責手続に関与するのか), ④免責の条件 (どのような条件が必要とされるのか), ⑤免責の効果 (刑事免責の効果はどの範囲で及ぶのか) 等の要素が明白にされなければならないであろう。<sup>(58)</sup>

そして, ①については, 組織犯罪や企業犯罪だけでは不十分であり, 政治家や公務員が関係する犯罪についても, その対象とすることが必要であろう。②については, 被疑者 (公訴提起段階) に対する「不起訴」と, 被告人 (公判段階) に対する「起訴取消」というように, それぞれの段階で免責を付与することが可能であろう。③については, 弁護人の「立会」と「助言」の形式や, 裁判官等の関与の形式について, 詳細に規定する必要があるだろう。④については, 刑事免責を行う「公益上の必要性」が要求されるが, それを「誰が」「どのように」判断するのかについては, 国民による公訴権の統制という視点を踏まえて検討する必要があるだろう。⑤については, 何らかの供述 (証言) をした者に対しては, その者による犯罪行為全体を免責する方法も考えられるが (行為免責), 「証人自身の罪責の追及」と「公益上の必要性」との均衡を図る観点からは, 当該供述 (証言内容) の範囲内で免責する「使用免責」が基本とされるべきであろう。<sup>(59)</sup>

以上, 「捜査協力型の司法取引」が, 被疑者・被告人の自由な意思決定に委ねられる以上, それが機能しない場合に備えて, 「刑事免責」の詳細についても, それを立法によって規定しておくことが必要であるように思われる。

### (3) 小括

現代社会においては, 犯罪が国際化しており, 諸国間の捜査協力が最重要課題とされている。「司法取引」が, 関係諸国において採用される一般的な制度であるならば, 我が国においても, 同様の制度を設けて, いつでも相互に捜査協力をするのが可能な体制を構築しておくことが, 国際社

会の一員として、最低限の責務であるように思われる<sup>(60)</sup>。

そして、取調べに代わる証拠収集方法として「捜査協力型の司法取引」や「刑事免責」を導入し、公判における関係者（共犯者等）の「証言」を重視する方向性を選択する場合、それと同時に、そのような証言を行う「証人」の身の安全を確保する必要性についても考察しなければならない<sup>(61)</sup>。なぜなら、証人が、犯罪組織や企業、政治家や公務員の内部事情を暴露する場合、そのような証人による証言を「阻止」するために、あるいは、証言に対する「報復」として、当該証人の身に危険が及ぶ可能性が高いからである。このような危険な状況の下において、あえて証人に証言させる「社会的な利益（公益上の必要性）」が存在するならば、国家は、そのような証人の身の安全について、責任をもって保障していかなければならないであろう<sup>(62)</sup>。

現行法の下においても、一定の「証人保護規定」は存在する。例えば、保釈の除外事由の規定、被告人を退廷・退席させる規定、傍聴人を退廷させる規定、公開を禁止する規定等は、証人の安全を念頭に置くものである。また、証人威迫罪という刑罰による威嚇を通して、証人に対する脅迫等を、ある程度防止することは可能であろう<sup>(63)</sup>。しかし、これらの規定は、性犯罪の被害者である証人のプライバシーや一般的な犯罪の証人の保護を念頭に置くものであり、「捜査協力型の司法取引」や「刑事免責」という制度に基づいて、組織犯罪や企業犯罪、政治家や公務員が関係する犯罪と真つ向から対峙する「証人」の保護という意味においては、あまりにも不十分であるといえる。他方で、証人尋問を完全非公開とし、証人の氏名等を完全非開示とすることや、「書面」を通して当該証言の証拠調べを実施することは、本命とされる被告人（捜査機関の標的）の「反対尋問権」を侵害することにつながり、本末転倒であるといえよう<sup>(64)</sup>。そこで、公判廷において、本命とされる被告人の「反対尋問権」を実質的に保障するのと同時に、何らかの方法で「証人の保護」を充実させることができないか、その具体策が問題となる。

アメリカ合衆国においては、証人保護プログラム（Witness Protection

Program) が制度化され、公判廷で証言する証人の身の安全が保障されている。<sup>(65)</sup>それによると、証言をした証人(危険が及ぶと思われる家族を含む)は、その後、国家機関の保護下に置かれ、新しい土地で、新しい名前を与えられ、新しい生活を送ることになる。<sup>(66)</sup>そして、適当な職を与えられ、生活支援金が支給され、カウンセラー等によって精神面の支援を受ける。<sup>(67)</sup>その反面、一定の規則を遵守することを要求され、例えば、以前の生活地に戻ることや、以前の仲間(保護対象外の家族を含む)に接触すること等が禁止される。<sup>(68)</sup>

確かに、アメリカ合衆国と我が国とでは、銃器所持の問題や犯罪組織の凶悪性など、社会的事情を異にする点も少なくない。また、「取調べの全過程の録音・録画」や「弁護人の取調立会権」が制度化されておらず、取調べを中心とした証拠の収集(自白の採取)が一般的な我が国においては、証人による証言を中心とした立証方法や、その証人を保護することの必要性については馴染みが薄いかも<sup>(69)</sup>。しかし、これからの社会における「真実発見」の方向性として、本当の「悪」(巨悪)と戦う道を選ぶのであれば、その証拠収集方法として「捜査協力型の司法取引」や「刑事免責」を制度化したうえで、関係者(共犯者等)の「証言」を引き出し、公判において「武器」とすることが必要不可欠であるといえよう。そして、そのような「価値ある証人」の身の安全を保障するためには、アメリカ合衆国の状況等を参考にして、手厚い「証人保護制度」を確立しておかなければならないであろう。

## お わ り に

本稿においては、「捜査の適正」という観点から、「取調べ」を利用した「自白」の採取という証拠収集方法が抱える問題点について検討した。そして、「取調べの可視化(取調べの全過程の録音・録画)」や「弁護人の取調立会権」が制度化されることを前提として、取調べに代わる「新しい証拠収集方法」の可能性について検討した。もっとも、現状においては、



「取調べの全過程の録音・録画」や「弁護人の取調立会権」は実現されておらず、取調べをめぐる「人権侵害」が後を絶たないというのが「現実」である。したがって、現時点においては、まずは「人権保障」の観点から、一刻も早く「取調べの全過程の録音・録画」と「弁護人の取調立会権」を制度化することに尽力しなければならないであろう（2010年12月現在）。

次に、「取調べの全過程の録音・録画」と「弁護人の取調立会権」が制度化され、証拠収集方法としての「取調べ」が規制されるのであれば、その代わりとして、「取調べ」に代わる証拠収集方法を確立する必要性が認められる。なぜなら、現行刑事訴訟法や裁判実務の下において、証拠収集方法としての「取調べ」を制約するならば、それは捜査機関の両手両足を縛るのに等しく、「犯罪との戦い（真実発見）」が極めて困難になるからである。そこで、弁護人の「立会」と「助言」が保障されることを前提としたうえで、新しい証拠収集方法として、「有罪答弁型の司法取引」、「捜査協力型の司法取引」、「刑事免責」という3つの種類の「司法取引」を導入することを提案した。

もっとも、近時、検察官の手による「証拠の改竄」が明るみに出るなど、官僚組織としての検察官に対する「国民の信頼」が揺らいできている。多くの国民は、このような官僚組織による不祥事は「氷山の一角」に過ぎないとの疑念を抱いているだけでなく、取調べを利用した「自白の強要」や、それによる「誤判・冤罪」という問題とも絡んで、その不信感を一掃することは容易ではないであろう。「司法取引」を我が国の司法制度として導入する場合、そのような「取引」が、検察官の広範な裁量権の下、国民の秘密裡に行われることがないように、当該取引の「可否」や「適否」を審査する機関が必要となる。そして、「公訴権行使の民主化」という観点からは、そこに国民が参加することについても熟考されなければならないであろう。この点、司法取引に係る複雑な諸事情を、一般市民だけで判断するのは困難を伴うことが予想される。そこで、例えば、3人の裁判官と6人の裁判員が協働して「事実認定」と「量刑」を行う「裁判員による裁判」の場合と同様に、司法取引の「可否」や「適否」についても、数人の

裁判官と数人の一般市民が協働して、その審査を行うという方向性も検討に値するであろう。

以上、従来の証拠収集方法である「取調べ」の適正化と、新しい証拠収集方法である「司法取引」の可能性を順に検討することを通して、「人権保障」と「真実発見」とを合理的に調和させる必要性について考察してきたが、このような試みは、旅人を前にした「北風」と「太陽」に例えることが可能であろう。<sup>(70)</sup>「司法取引」の導入に際する詳細な要件や、国民の関与形態については今後の研究課題として、本稿はこれで閉じることにしたい。

#### 注

- (1) 自白とは、自己の犯罪事実の全部又はその重要部分を認める被告人の供述をいう。事件の大部分が自白事件であるだけでなく、一般に信用されやすい性質を有することから、自白に関しては、「証拠能力」と「証明力」の両面において制限されている。田口守一『刑事訴訟法』〔第5版〕(2009年) 363頁。
- (2) 大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一＝松尾浩也編『続・新実例刑事訴訟法Ⅲ』(1998年) 146頁。
- (3) 重松弘教・榊野龍太『逐条解説・被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則』(2009年) 2頁。
- (4) 最高裁判昭和23年6月23日判決(刑集2巻7号15頁), 最高裁昭和32年5月31日判決(刑集11巻5号1579頁)等参照。
- (5) 安富潔『刑事訴訟法』(2009年) 440頁。
- (6) 多田辰也「自白の任意性とその立証」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』ジュリスト増刊(1991年) 199頁。
- (7) 多田辰也・前掲注(6) 199頁。
- (8) 刑事訴訟法第319条1項は、「その他任意になされたものではない疑いの自白は、これを証拠とすることはできない」と規定するが、これは、「任意性がない」ことまでを立証することが実際上困難であることを考慮して、「任意性に疑いがある」だけで自白の証拠能力を否定するものであると解されている。
- (9) 大谷剛彦・前掲注(2) 139頁, 高内寿夫「被疑者取調べと弁護権」村敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法・上巻』

- (2007年) 471頁。
- (10) 多田辰也・前掲注(6)199頁。
- (11) 田口守一・前掲注(1)364頁。
- (12) 田口守一・前掲注(1)364頁, 川上拓一「自白の証拠能力」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎編『新・刑事手続Ⅲ』(2002年)190頁。
- (13) 多田辰也・前掲注(6)199頁, 大澤裕「自白の任意性とその立証」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』ジュリスト増刊(2002年)173頁。
- (14) 大谷剛彦・前掲注(2)139頁, 多田辰也・前掲注(6)199頁。
- (15) 多田辰也・前掲注(6)199頁。
- (16) 田口守一・前掲注(1)149頁。
- (17) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』(2003年)20頁。
- (18) 検察官による訴追裁量権の行使に際して, 「刑事政策的な要素」が重視されるのが日本の刑事司法制度の特徴である。デイヴィッド・T・ジョンソン(大久保光也訳)『アメリカ人のみた日本の検察制度』(2004年)140頁, ダニエル・H・フット「日米比較刑事司法の講義を振り返って」ジュリスト1148号(1999年)169頁。
- (19) 光藤影皎『口述刑事訴訟法(上)[第2版]』(2000年)200頁, 三井誠・前掲注(17)33頁。
- (20) 高内寿夫・前掲注(9)455頁。
- (21) 検察官が公訴権を独占し, 広範な訴追裁量権を有する制度については, 刑事訴追の政治的運用, 公判中心主義の形骸化, 調書裁判など, 我が国の刑事手続が抱える様々な病理現象を生み出したと指摘されている。新屋達之「公訴の抑制」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法・下巻』(2007年)48頁, 小山雅亀「起訴便宜主義の意義」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』ジュリスト増刊(2002年)98頁。
- (22) 小山雅亀・前掲注(21)99頁。
- (23) 高内寿夫・前掲注(9)455頁。
- (24) 大出良知・高田昭正・上山啓史・坂根真也編『刑事弁護(新版)』(2009年)32頁。
- (25) 重松弘教・榊野龍太・前掲注(3)2頁。
- (26) 重松弘教・榊野龍太・前掲注(3)2頁。
- (27) 露木康浩「取調べ可視化論の問題—治安への影響—」法学新報112巻1・2号(2005年), 大濱健志「取調べの録音・録画をめぐる議論の動向

及び警察における取調べの一部録音・録画の試行について」警察学論集 61巻6号(2008年)。

- (28) 重松弘教・榊野龍太・前掲注(3)17・54頁。
- (29) 高内寿夫・前掲注(9)473頁。
- (30) 高内寿夫・前掲注(9)474頁, 田宮裕『捜査の構造』(1971年)25頁, 石川才顕『刑事訴訟法講義』(1974年)119頁。
- (31) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S.436 (1966). ミランダ判決については, 小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(1995年)参照。
- (32) 高内寿夫・前掲注(9)475頁。
- (33) 村井敏邦「刑事弁護の有効性, 相当性—三つの事例を素材として」井戸田侃・光藤影皎・大出良知・庭山英雄・小田中聡樹編『誤判の防止と救済』竹沢哲夫先生古稀記念祝賀論文集(1998年)112頁, 渡辺修『被害者取調べの法的規制』(1992年)34頁以下参照。
- (34) 村井敏邦「密室の中での取調と被疑者弁護の意義」法学セミナー488号(1995年)6頁, 上田國廣「刑事弁護の理念と実践」自由と正義50巻7号(1999年)108頁。
- (35) 大出良知・高田昭正・上山啓史・坂根真也編・前掲注(24)47頁。
- (36) 渡邊一弘「刑事手続立法の課題」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』ジュリスト増刊(2002年)16頁, デイヴィッド・T・ジョンソン(田中開訳)「蜘蛛の巣に象徴される日本法の特徴」ジュリスト1148号(1999年)185頁。
- (37) 渡邊一弘・前掲注(36)16頁。
- (38) 司法取引については, 宇川春彦「司法取引を考える(1)~(17)・完」判例時報1583号~1627号(1997年~1998年)が詳しい。島伸一『アメリカの刑事司法 ワシントン州キング郡を基点として』(2002年)121頁, 丸山徹『入門・アメリカの司法制度 陪審裁判の理解のために』(2007年)70頁。
- (39) 島伸一・前掲注(38)153頁, 藤本哲也『概説アメリカ連邦刑事手続』(2005年)112頁, 丸山徹・前掲注(38)71頁。
- (40) 島伸一・前掲注(38)153頁, 藤本哲也・前掲注(39)112頁, 丸山徹・前掲注(38)71頁。
- (41) 飯田英男「アメリカ合衆国におけるイミュニティ法の運用の実情と問題点(上)」警察研究49巻8号(1978年)26頁。
- (42) 宇川春彦「司法取引を考える(1)」判例時報1583号(1997年)40頁。
- (43) 長沼範良「取引的刑事司法」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争

- 点 [第3版]』ジュリスト増刊 (2002年) 112頁。
- (44) 長沼範良・前掲注(43)112頁, 藤本哲也『概説アメリカ連邦刑事手続』(2005年) 113頁。
- (45) 高内寿夫・前掲注(9)455頁。
- (46) 長沼範良・前掲注(43)113頁, ジョーゼフ・ホフマン (長沼範良訳) 『『真実』と日本の刑事訴訟法』ジュリスト1148号 (1999年) 183頁。
- (47) デイヴィッド・T・ジョンソン (大久保光也訳) 『アメリカ人のみた日本の検察制度』(2004年) 332頁。
- (48) 田口守一「立法のあり方と刑事免責・証人保護等」刑法雑誌37巻2号 (1998年) 71頁, 渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』(2008年) 139頁。
- (49) 長沼範良・前掲注(43)113頁。
- (50) 長沼範良・前掲注(43)113頁。
- (51) 長沼範良・前掲注(43)113頁。
- (52) 宇川春彦「司法取引を考える (15)(16)」判例時報1614・1616号 (1997年) 参照。
- (53) 福島至「アレインメント制度採用の当否」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (新版)』ジュリスト増刊 (1991年) 178頁, 堀江慎司「アレインメント制度」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』ジュリスト増刊 (2002年) 137頁, 田口守一・前掲注(48)73頁, 田宮裕「刑事免責へのアプローチ —アメリカと日本の距離—」西原春夫・松尾浩也・田宮裕編『アメリカ刑事法の諸相』鈴木義男先生古稀祝賀 (1996年) 498頁等参照。
- (54) 井上正仁「刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力 (1)」ジュリスト1069号 (1995年) 17頁。
- (55) 井上正仁・前掲注(54)17頁。
- (56) 三井誠「被疑者の防御権 [1] 黙秘権」『刑事手続法 (1) [新版]』(1997年) 145頁, 上川裕「自己負罪拒否特権の意義と射程」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法・上巻』(2007年) 516頁。
- (57) 最高裁平成7年2月22日判決 (刑集49巻2号) は, 「刑事免責」制度の導入を立法に委ねている趣旨であると解することもできる。井上正仁・前掲注(54), 同「刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力 (2)」ジュリスト1072号 (1995年), 田宮裕「刑事免責へのアプローチ」西原春夫・松尾浩也・田宮裕編『アメリカ刑事法の諸相』鈴木義男先生古稀祝賀

(1996年), 田口守一・前掲注(48)73頁等参照。

- (58) 田口守一・前掲注(48)74-76頁。
- (59) 田口守一・前掲注(48)74-76頁。
- (60) 田口守一・前掲注(48)73頁。
- (61) 田口守一・前掲注(48)76頁。
- (62) 田口守一・前掲注(48)76頁。
- (63) その他, 「証人を保護する規定」として, 以下のようなものが挙げられる。例えば, 証人尋問を請求する際には, 証人の氏名・住居の記載が要求され, その開示義務も定められているが, 検察官又は弁護人は, 犯罪の証明や犯罪の捜査又は被告人の防御に関して必要がある場合を除いて, 検察官又は弁護人は, 関係者(被告人等)にそれを知られないようにするなどして, 証人の安全が脅かされないよう配慮を求めることができるものとしている。また, 証人尋問手続における証人の精神的不安等の負担を軽減するための方策として, 証人尋問に際して, ①証人への付添いを認めることや, ②証人への遮蔽を設けること, また, ③ビデオリンク方式による証人尋問が行われている。
- (64) 白取祐司「立法のあり方と刑事免責・証人保護等 ―慎重論の立場から」刑法雑誌37巻2号(1998年)88頁。
- (65) アメリカ合衆国における「証人保護制度(証人保護プログラム)」については, Pete Earley, Gerald Shur, “WITSEC Inside the Federal Witness Protection Program”(2002年)参照。
- (66) Kevin Bonsor, “How Witness Protection Works”(2005年)参照。
- (67) Bonsor・前掲注(66)参照。
- (68) Bonsor・前掲注(66)参照。
- (69) 白取祐司・前掲注(64)88頁。
- (70) イソップ寓話「北風と太陽」参照。

# 「無条件降伏」とハーグ陸戦法規

——日本にドイツ式「基本法」制定は可能であったか——

松 村 昌 廣

キーワード：無条件降伏，ハーグ陸戦法規，基本法，憲法改正

## はじめに

冷戦終結より20年余，米国はイラクとアフガニスタンでの反乱鎮圧作戦（counter-insurgency operation）で苦境に陥った結果，その軍事的カリスマを大いに傷つけられた。また，2008年秋のリーマンショックで非常に深刻な金融経済危機に陥った結果，今や米国は経済的にもぐらついている。米国の圧倒的な軍事的及び経済的な優位に支えられた東アジア秩序は目下は十分に安定しているように思えるが，2010年に再燃した中華人民共和国との尖閣列島問題そしてロシア連邦共和国との北方領土問題に具現されるように，中長期的には不透明感を増している。

当然，国際政治の定石に従えば，日本は外交安全保障上のリスクに対処するために，必要な軍事力を増強し，必要とあれば武力行使の覚悟と準備をしておかねばならない。しかし，先の大戦の結果，連合国による占領の下で成立した日本国憲法は平和主義を掲げる一方，同憲法第9条により「国権の発動たる戦争」と「武力による威嚇または武力の行使」を放棄し，「国の交戦権」を否定している。また，定着した政府の憲法解釈は同盟国たる米国との集団的自衛権の行使も否定しており，昨今，現実の我が国の軍事安全保障政策に様々な不都合が生じてきたことは言を俟たない。

そこで，現憲法によるこうした安全保障政策上の障害を取り除きたいと

する立場から、現憲法の成立過程の法的有効性に関する疑義を質し、9条を含め現憲法そのものが法的に無効であるとの議論が出されている。つまり、現憲法は形式的に大日本帝国憲法が定める改正手続きによって成立したことになるが、これは外国軍の占領下での被占領国法令の維持を定めた「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(1910年発効, Convention respecting the Laws and Customs of War on Land, 所謂, ハーグ陸戦条約)の条約付属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」(以下, ハーグ陸戦法規)に違反しており、無効であるとの議論である。この議論の是非は単に現実政治において重要なだけでなく、講学上也極めて興味深い問題であるので、本稿において体系的に分析することとした。

第二次世界大戦(正式には、今日でいうアジア太平洋地域における戦争は、日本では大東亜戦争、米国では太平洋戦争と呼称された)の戦争終結とそれに引き続く占領はそれまでの伝統的な国際法(国際慣習法を含む)を大きく逸脱する方式と手続きをとった。伝統的には、戦争は休戦協定により武力行使を停止した後、講和条約の締結により終結する。また、占領の内容やその他の条件は休戦協定締結後、当事国間の交渉によって決定された。つまり、軍隊の降伏はあっても、国家の降伏などなかった。他方、対日戦終結にあたっては、連合国はそうした伝統的な方式と決別して、日本に対して占領の具体的な政治的目的、占領のあり方、さらに政治目的の実現をも条件とする休戦協定を無条件に受諾することを求め、成立させた。つまり、日本との降伏文書に休戦条項だけでなく講和予備条項をも含めたのであった。その結果、休戦協定締結の後、連合国は大規模な占領軍により日本全土を占領するとともに、休戦協定によりその時点で伝統的な国際法が占領国に一般的に認めた権力を遥かに凌ぐ権力を獲得し、日本の政治的、社会的、経済的制度を根本的に改造した。<sup>(1)</sup>

したがって、こうした事情を詳細に吟味することなしには、連合国による占領下に成立した日本国憲法の法的有効性を判断することはできない。



## 1. ハーグ陸戦法規第43条と憲法改正

ハーグ陸戦法規第43条は「国ノ権力カ事実上占領者ノ手ニ移リタル上ハ、占領者ハ、絶対的ナ支障ナキ限、占領地ノ現行法律ヲ尊重シテ、成ルヘク公共ノ秩序及生活ヲ回復確保スル為施シ得ヘキ一切ノ手段ヲ尽シヘシ」と規定している。(規定の書き振りからして、占領軍が被占領地域の法律を変更するのを絶対的に禁止したのではなく、極力変更しないように努力する義務を定めているに過ぎない。また、被占領地域における公共の秩序を回復するために必要であれば、その程度に応じて被占領地域の法律を変更することは是認されていると解釈される。) ハーグ陸戦法規の締約国であった連合国は当然この規定を遵守する義務を負った一方、同様に締約国であった日本もこの規定による権利を有したことから、連合国の占領下において大日本帝国憲法が改正され日本国憲法が成立したこと自体が43条に違反していないかと議論になってきた。「城下の盟」は無効であるとの議論である。

例えば、1999年、当時自由党党首であった小沢一郎は、次のように主張した。

昭和二十一（一九四六）年、日本は軍事的占領下にあった。日本人は自由に意思表示できる環境になかった。正常でない状況で定められた憲法は、国際法において無効である。これは一九〇七年に締結されたハーグ条約に明記されている原則であり、日本が受諾したポツダム宣言にも、日本国の統治形態は国民の「自由<sup>(2)</sup>に表明せる意思に従う」という条項があった。

ハーグ陸戦法規の大部分は「戦争行為中に守るべき法（*jus in bello*）」であり、戦時の軍隊による行動・行為を制限する。当然、43条が制限しているのは、戦闘継続中の局地的な被占領地域における占領軍の行動・行為である。つまり、休戦協定発効後の状態、とりわけ、日本のケースのよう

に、被占領地域において被占領地域当局（政府）が存在し有効に機能している状態を想定していない。というのも、ハーグ陸戦法規が発効した1910年当時、戦争終結はまず休戦を成立させ、その後、戦争当事国の間で講和条約締結のための条件を交渉する手順を踏むのが国際的な慣習であった。しかも、講和条約締結の条件としては、敗戦国による領土の割譲、賠償金の支払い、軍備の制限、一部領土の保障占領などが一般的であった一方、敗戦国の国内政治、社会、経済体制の根本的な変更を求めることなどなかった。しかし、休戦条件を提示したポツダム宣言は日本の国内政治、社会、経済体制の根本的な変更（同宣言第6項及び第10項）とそうした変更の実現を保障するための広範で徹底した占領（同宣言第7項）を要求し、しかも同宣言をそのまま受諾するかそれとも「迅速且完全なる破壊（に直面するか）」（同宣言第13項）の二者択一を迫り、一切交渉の余地を認めなかった。

したがって、ポツダム宣言はそれまでの休戦協定に関する国際慣習法を大きく逸脱するものであったといえるだろう。こうした観点から、例えば、下田武三（元最高裁判事、元駐米大使）は、「日本占領中に連合国側がやった憲法改正やすべての法律等の改正は、伝統的な国際法の原則とは相容れないものです」、「勝てば官軍というわけで、いまや第二次世界大戦を境として伝統的な国際法の影が非常に薄くなってきたことは甚だ憂慮に堪えないことです」との見解を述べた<sup>(4)</sup>。しかしながら、軍事的に追い詰められていたとはいえ、日本は自主的にポツダム宣言を受諾した以上、ハーグ陸戦法規第43条の適用ないし準用を主張できないことは明白である。これは、「特別法は一般法に優先する (*Lex specialis derogate legi generali*)」との法の一般原則からも明らかである。ポツダム宣言とハーグ陸戦法規の間には特別法と一般法の関係が成立している。

したがって、日本は、日本国憲法草案が実質上、連合国最高司令官総司令部（GHQ）によって書かれ、連合国による占領下、国会による若干の修正を経て大日本帝国憲法を改正する形式で成立したことをもって、日本国憲法はハーグ陸戦法規第43条に違反しているから有効に成立していない、

つまり、無効であると主張できない。

とすれば、日本は占領下で正式に憲法を改正するのではなく、同じく先の大戦による敗北と連合国による占領を経験したドイツのように暫定憲法（ドイツの場合は基本法）を成立させ、占領終結、主権回復の後、正式の憲法の成立を期すべきであったであろうか。また、そうした方法をとることは国際法上、可能であったであろうか。この問いに答えるには、日独のケースを比較対照させながら、両国の「無条件降伏」の意味を明確にし、そのなかでの日本の憲法改正及びドイツの基本法制定の法的な意味・意義を考察することが不可欠である。

## 2. 日本の「無条件降伏」の意味

1943年1月、フランクリン・ルーズベルト米大統領とウィンストン・チャーチル英首相はカサブランカで会談し、枢軸国に対して無条件降伏を要求する方針を確認した。さらに、1943年11月、ルーズベルト米大統領、チャーチル英首相、蒋介石中華民国国民政府主席はカイロで会談し、①米英中の対日戦争継続表明②日本国の無条件降伏を目指す③日本への将来的な軍事行動を協定④第一次世界大戦により占領した太平洋の全島奪還及び日本が中国から奪った領土を中華民国へ返還（例として満洲、台湾、澎湖諸島）⑤日本が強欲と暴力により獲得した全領土を日本から剥奪⑥朝鮮の独立、を連合国の対日基本方針とした。

これを受けて、1945年7月26日のポツダム宣言は、休戦の条件として、①日本軍の「無条件降伏」②日本の占領③領土の削減④戦犯の処罰⑤賠償⑥武装解除⑦政治の民主化⑧経済の非軍事化、これらの無条件即時受託を迫った。ポツダム宣言は降伏文書（The Instrument of Surrender、以下「降伏文書」と記す）第一項に包括的に取り入れられた。これによって、ポツダム宣言は正式に休戦を成立させた「降伏文書」の中核部分を構成することとなった。カイロ宣言には連合国の対日戦争目的として「日本国の無条件降伏（the unconditional surrender of Japan）」が言及されているが、

日本が同意した「降伏文書」の中核の一部分を占めるポツダム宣言第六項は、日本の領土に関してのみ、カイロ宣言の履行を求めていることに留意すべきである。つまりポツダム宣言は「日本国の無条件降伏」を求めている。

「降伏文書」には、天皇と日本国政府を代表して重光葵外務大臣が、大本営を代表して梅津美治郎陸軍参謀総長が署名した。つまり、単に軍司令官だけではなく政府も正式に連合国が提示した降伏文書案に署名したのであり、両者と連合国との間には国際法上の合意が成立したのである。つまり、「降伏文書」には、第二項「軍隊の無条件降伏」、第三項「敵対行為の停止」、第四項「無条件降伏命令の発出」、第七項「連合国捕虜の即時解放」の純軍事的条項だけでなく、第一項「ポツダム宣言の受託」、第五項「政府及び軍職員の連合国最高司令官の命令遵守」、第六項「ポツダム宣言の条項の履行」、第八項「国家統治の権限の連合国司令官への従属」などの政治的条項が存在する。したがって、前者に関して日本軍の最高責任者の署名が必要であっただけではなく、後者に関しては日本政府の最高責任者（または、その全権委任を受けた者）の署名が必要だったのである。この事実からも、日本は敗者であったとはいえ、自らの意思で署名したのであり、連合国が一方的に強制したものでないことは明らかである。

ポツダム宣言第五項は「吾等ノ条件ハ左ノ如シ (Following are our terms.)」として、第六項以下の条件を列挙しているが、「無条件降伏 (unconditional surrender)」が用いられているのは第十三項の「全日本国軍隊ノ無条件降伏 (the unconditional surrender of all Japanese armed forces)」という箇所だけである。つまり、「無条件降伏」したのは「全日本国軍隊」であって、日本国ではないことは明らかである。しかも注意深くポツダム宣言を読めば、日本国軍隊を武装解除した後、各自の家庭に復帰させ平和な生活を営ませるとの軍事的条件（復員及び生業復帰）が明示されていることから、「全日本国軍隊」は条件付きで降伏したと捉えるのが正しい。さらに、列挙された厳しい条件を満たす限り、日本の領土と政治・経済・社会体制を維持することが保障されていたともいえる。したが

って、日本国だけでなく「全日本国軍隊」も厳しい条件を課されたとはいえず、明示された具体的条件付きの休戦協定が「降伏文書」の形式で成立したといえる。日本政府、日本軍、どちらも、無条件降伏などしていない。(ただし、勝者である連合国が一方的に休戦条件を提示し、敗者である日本はその条件の全てを受け入れたという意味でポツダム宣言の「無条件受諾」であるとはいえる。)

ポツダム宣言は降伏条件を提示した文書であり、受諾されれば国際協定となり、当然、その解釈に関しては国際法が適用される。ポツダム宣言は、日本のみならず、連合国も拘束する双務的な協定である。したがって、日本は占領下にあっても連合国(具体的には、米国を中心とした占領国)に対してポツダム宣言の合意内容を実行するよう求める権利を有していたことになる。究極的には、万一、連合国がその義務を果たさない場合、日本政府はポツダム宣言の受諾が無効になったと宣言して、占領軍に対してゲリラ戦をしかけても合法であった。

他方、日本のケースと対比して、ドイツの「無条件降伏」は国際法上の性格を全く異にする。ドイツ軍は1945年5月7日、フランスのランスで米英連合軍に無条件降伏し、同5月8日にベルリンでソ連軍に無条件降伏した。この降伏文書は軍事的条項だけの純粋な軍事協定であり、当然、軍司令官だけが署名した。つまり、そこには日本の「降伏文書」とは異なり、広範な政治的、社会的、経済的制度的変革を課す条項はなく、当然、降伏文書に対するドイツ政府の代表による署名もなかった。1945年4月、ソ連軍によるベルリン侵攻のなか、ヒトラー総統が自殺した後、ドイツ海軍司令長官であったデーニッツ元帥が同年5月2日に後継の総統となり、同5月7日にはデーニッツ政権を樹立した。しかし、同5月23日、英国軍がデーニッツを含め同政権の全閣僚を逮捕し、戦時国際法上の捕虜(POW: Prisoner Of War)としたため、連合国はドイツ政府の存在すら認めなかったのである。

つまり、降伏の時点で日本政府は存在したが、ドイツ政府は存在しなかったために、日独の降伏様式の違いを生み、その結果、降伏後の両国と連

合国との権利義務関係そして占領形式に決定的な差を生んだ。日本の場合は、日本国軍隊がほぼ無条件の降伏及び武装解除を受け入れるとともに、日本政府は極めて厳しいとはいえ条件付きの休戦を受け入れた。これに対して、ドイツの場合は、ドイツ軍が無条件降伏しただけで、ドイツ国家を代表するドイツ政府が存在しなかったために、休戦に際して明示的にいかなる非軍事的（つまり、日本のような政治的、社会的、経済的）条件も付けられることはなかった。したがって、ドイツは日本のように消極的な意味においても何ら権利を有さず、国際法上の一般的な権利を有しているだけであった。しかも、そうした国際法上の権利は概して曖昧であるうえ、権利を主張する主体たるドイツ政府が存在しなかったために、ドイツは連合国になされるがままの境遇に陥ったと言っても過言ではなかった。

実際、日本はそれまでの政府が存続した上で、主として米国による連合国の間接統治方式で占領されたのに対して、ドイツは米英仏ソ四カ国の連合国による分割・直接統治方式で占領されたのであった。

### 3. ハーグ陸戦法規と占領下の日本の選択肢

降伏条件の中核として含まれたポツダム宣言は、「日本国政府は、日本国国民の間に於ける民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障害を除去」し「言論、宗教及思想の自由並に基本的人権の尊重」を確立すること（第10項）、さらに「…日本国国民の自由に表示せる意思に従い平和的傾向を有し且責任ある政府を樹立」（第12項）すること、つまり、政治体制の根本的変革を休戦条件として課した。また、この条件が満たされると連合国が判断しない限り、占領は継続するとの条件を課した（第12項）。確かに、佐藤和夫が言うように、「ポツダム宣言には、憲法の全面的・根本的改正に関する明示的要求は掲げられ（ていない）」し「占領軍当局は、民主主義化を口実に、強引に新憲法の押しつけを図った（のであり）」、日本国民の総意を確認することもなかった。<sup>(5)</sup>

今日的な視点からは、大日本帝国憲法体制を維持したまま、こうした条

件を満たすことは、嘗て同憲法下でも所謂「大正デモクラシー」が生起し一時隆盛を極めたことに鑑みると十分可能であったように思える。しかし、当時の連合国の視点からは、同憲法体制下で「大正デモクラシー」が終焉し、軍部が台頭して先の大戦に突入したのであるから、大日本帝国憲法の維持を受け入れることは不可能であったと思われる。実際、大日本帝国憲法第二章「臣民権利義務」は基本的人権を十分に保障しているとは言い難い一方、ポツダム宣言が徹底的な民主化を要求していること、当時、連合国において天皇の戦争責任を追及する論調が強かったことを考慮すると、現実的には、天皇制のあり方を含む大日本帝国憲法を根本的に変更する以外に道はなかったといえよう。

さらに、いかなる変更が妥当であるのかを判断する権能は、すでにポツダム宣言第12項にあるように連合国が有していた。それゆえ、日本政府が、連合国が充分と判断する根本的な政治体制の変革、つまりは憲法改正を行わない限り、少なくとも無期限で連合国による占領は続いた。最悪の場合、根本的な政治体制の改革のために「…日本政府を利用するだけ、つまりいちおう認めるだけであるから、不都合があれば日本政府を改廢して連合国が直接行動をとることも豫定のうちに入れられていた」との解釈も十分成り立ち、連合国は独断的にドイツ型の直接占領方式に切り替えることができた。実際、米外交当局は「降伏の初期の段階では一切の要求は連合国によって遂行されるべきであり、日本当局の誠意に依拠すべきではない」との旨、國務省・陸軍省・海軍省三省調整委員会により正式に対日占領政策として決定していた（米國務省第1254文書、1945年8月31日付採択、同年9月22日発表<sup>(7)</sup>）。

しかし、すくなくとも国際法上、日本は敗戦国だとはいえ、占領の在り方に関しては連合国に対して変更を要求する権利があった。実際、当時、米外交当局自身が「勝者は降伏条件に明示的に規定されていることしかできない」、「もし、その条文の解釈に疑義がある場合には、義務を課せられる側の主権に有利に解されねばならない」、「この場合は日本側に有利に解釈されるべきものである」ことを認識していた（米國務省第1254文書<sup>(8)</sup>）。

同文書は、「(ポツダム)宣言が想定している降伏の契約的な性質は、第十三項における『誠意』という言葉とあいまって、降伏条件の履行がある程度日本国政府の誠意に委ねられている」と指摘した。<sup>(9)</sup>少なくとも講学上は、こうした点を無視した連合国の占領政策は「(権利の行使にあたっては、)如何なる濫用も許されない (*Ab abusu ad usum non valet consequential.*)」との法の一般原則に反しており、違法ではないかと疑われる。

したがって、日本には、ポツダム宣言で受諾した民主化とそのための国家体制の根本的変革が何を意味するか、そのために大日本帝国憲法改正が必要であったかについて連合国と交渉する余地はあった。また、仮に憲法改正を受け入れるとしても、具体的にどのような改正内容とするか、改正の形式や手続きはどうすべきかに関して、連合国と条件闘争をおこなう余地はあったといえるだろう。この点に関して、佐藤和夫は次のように分析する。

当時の日本政府は、国際法的な正論をあくまで堅持して独自の主張を貫くだけの力量に欠けていた。あるいはそのように見るのは日本政府にとって酷に過ぎ、軍事的勝利を背景として国際法上の制約を故意に無視した占領軍当局による強引な占領政策推進が、日本政府をそのような負け犬的立場に追い込んだと見るのが正しいのかも知れない。いずれにしても、存在したのは、勝者の傲慢と敗者の卑屈であり、国際法はもっぱら占領権力の正当化のために濫用された観があった。<sup>(10)</sup>

同様な観点から、色摩力夫も次のように論じている。

事実、占領開始の時点では、日本側は降伏の法理に基づきその立場を徹底的に主張している。…マッカーサーも、その後、日本国内の全軍隊が解体されると強気に転じる。日本側もいつの間にか腰砕けとなり、マッカーサーの施策に唯々諾々となる。われわれ日本人は、この時点から加速度的に卑屈化現象に陥っていた。占領軍に対して、その都度異議申し立てをする



などの組織的努力を怠ったからからである。もちろん、異議申し立てをしても、力の前にどうしようもなかったかもしれない。しかし、異議申し立てをした事実は歴史に刻まれたであろう<sup>(41)</sup>。

いずれにしても、日本政府は大日本帝国憲法を改正する形式により日本国憲法を成立させ国家及び政府の法的継続性を維持したことから、ドイツのような政府承継における断絶とそれに伴う法的諸問題を回避できた。実際、日本政府はドイツ連邦共和国（旧西ドイツ）とは異なり、全く諸外国の政府承認を必要としなかった。

#### 4. 日本にドイツ式の基本法制定は可能であったか

既に触れたように、ドイツ軍は連合軍に対して無条件降伏を内容とする純軍事的な休戦協定を結んだが、ドイツ政府が存在しなかったため、ドイツは連合国の直接占領を受けることとなった。1945年6月5日、連合国管理理事会（Allied Control Council）は米国、英国、フランス、ソ連の四カ国によるベルリン宣言（Berlin Declaration）を発し、ドイツを併合する意図のないことを明示したため、ドイツが国際法上、国家として存続したことは明らかである。しかし、同時に、同宣言はドイツ国家には「秩序維持、国家行政、戦勝国による要求の遵守に関する責任を担う能力を有する中央政府が存在しない」ため、連合国が「ドイツ国家の最高権力（supreme power）を掌握した」と明記した。同宣言は、このようにドイツに中央政府が存在せず（つまり、ドイツが連合国と何ら講和条件の交渉を行うことができず）、連合国が占領国として最高権力を掌握し、全面的な軍政を敷いた状態をもって、ドイツ国家の無条件降伏（the unconditional surrender of Germany）が成立したと見做した。この見方は、休戦協定成立後も、そして占領下でも中央政府が存続していた日本のケースと対比すれば、尤もなことである。（逆に言えば、一旦政府が存在しなくなり政府承継の点で断絶したドイツの場合、新たに政府が樹立されれば、国

際法上、諸外国による明示的ないしは黙示的な政府承認が必要となったのである。)

したがって、ドイツの場合、無条件降伏後も本来戦闘が継続中であることを想定したハーグ陸戦法規第42条「占領地域」に該当する状態が存在し、さらに無条件降伏に何ら条件が付されることがなかったことから、同法規第43条が準用されると解するのが妥当であろう。つまり、42条は「一地方ニシテ事実上敵軍ノ権力内ニ歸シタルトキハ、占領セラレタルモノトス」、  
「占領ハ右権力ヲ樹立シタル且之ヲ行使シ得ル地域ヲ以ッテ限トス」としているが、ドイツの場合は無条件降伏後、有効に機能する中央政府が存在しなかったことから、連合国がドイツ全土を軍事占領し軍政による直接統治をおこなった。また、そのためドイツは国家として休戦協定を締結できず、当然、日本のように休戦協定への合意と引き換えに占領後の国家体制の変更に関して合意を結ぶこともなかった。したがって、ドイツに関する限り、「占領地域」の存在を前提とする「占領地の法律の尊重」は準用され、連合国が占領中に従来のワイマール憲法を改正するようドイツに強要することは明らかに同43条に違反したと捉えるのが妥当であろう。

実際、米英仏の占領軍司令官はその占領下にあった11のドイツ諸州（ラント）首相たちに憲法を改正するよう促したが、結局、これら占領下の諸ラントは憲法（Verfassung）改正案ではなく暫定的憲法である基本法（Grundgesetz）案を採択した。また、同案を国民投票ではなく、ラント（州）議会の批准によって成立させた<sup>(12)</sup>。

それゆえ、少なくとも講学上、ドイツ国家の法的継続性に関して大きな疑問が残るといわねばならない。この問題に踏み込んで考察することは、本論の問題設定を逸脱するため、別の機会に譲ることとし、日本のケースとの比較で特徴的な論点を挙げておく。ナチス政権はワイマール憲法の枠組みの下で成立したが、結局、同憲法を廃止することはなかった。また、ドイツの無条件降伏後、連合国はベルリン宣言を発して有効に機能するドイツ中央政府が存在しないこと及びワイマール憲法による統治機構の機能が停止したことを宣した。したがって、ベルリン宣言によって、ワイマー

ル憲法は法的実効性を失い、実質的にその機能は停止されたとはいえ、同憲法が廃止されたとまで見做すことができるかは大いに議論の余地が残る。また、1949年に成立したボン基本法の制定には、米英仏軍の占領下にあった11のラントの議会のみが批准プロセスに加わったのであり、ソ連の占領下にあった地域やプロイセン地域のラント議会は全く関与できなかったことから、ボン基本法がラント議会を介して全ドイツの国民の意思を体していたとは言えない。さらに、ドイツ帝国が崩壊したのであれば、新憲法の制定によって新たな国家を設立する必要がある、主権在民を憲法原理とする限り、国民投票が必要となると考えるのが妥当である。他方、もしドイツ帝国が国家として存続していたのであれば、帝国を構成し主権を有するラントの議会批准によって統治機構の再編成を内容とするワイマール憲法の改正は可能であろう。つまり、占領下の憲法改正・制定において、ドイツのケースは日本のケースと比べて国家承継やその手続きの面で判然としない問題が残されているといえよう。

以上のように、占領下の日本には国家の継続性が確保されたため、ドイツのように従来の憲法を改正せず、暫定的に基本法を制定するという選択肢は政治的にはなかったと結論できる。とはいえ、既に論じたように、日本の場合は、国際法的な観点から「降伏文書」の解釈について、なし崩し的に日本の「無条件降伏」を既成事実化する連合国に対して決然と抗議・抵抗する権利を行使する必要があったにもかかわらず、そうしなかった。ただ、日本は休戦協定において根本的に国家体制を変更し、さらにそう連合国が判断するまで占領が継続すると合意したため、ドイツのように分割占領されることも、連合国の軍政の下、直接統治されることも免れたのであった。換言していえば、占領によって、ドイツは物理的に引き裂かれた一方、日本は内面的に引き裂かれたのであった。

さらに、形式的に国家の法的継続性を完全に確保した日本は早々と昭和27年（1952年）に発効したサンフランシスコ講和条約により、北方領土問題を除いて領土を確定するとともに（同条約第2条及び第3条）、請求権及び財産権に関する問題を最終的且つ完全に解決した（同条約第五章第14

条～第18条)。他方、ドイツはようやく1990年に米英仏ソ四カ国とのドイツ最終規定条約 (Treaty on the Final Settlement with respect to Germany) と1992年のドイツ・ポーランド国境条約により国境を確定したものの、今日に至るまで講和条約を締結しておらず、未だ戦争にかかわる一切の請求権を一括処理できていない。したがって、例えば、戦争中に生じた被害に関して、連合国の国民は法的には日本政府に対してはいかなる個人補償の請求を行うことはできない一方、ドイツ政府に対してはその余地があり、このことがこれまで両政府の個人補償問題に対する政策の違いを生んできた。

こうして占領、憲法、講和条約を巡る日独の経験における相違を法的な面から捉えてみると、各々長短があり、憲法改正ではなく暫定的に基本法を制定したドイツの処理の方が優れていたとは必ずしもいえない。日独二つのケースは似て非なるものといわねばならず、ハーグ陸戦法規を根拠にして、日本国憲法とりわけ第9条が無効であると主張するのは不可能である。しかし、ドイツのケースと比較対照すると、当時の日本政府は「降伏文書」に則って国際法上の権利を十分主張することなく安易に政治的な妥協して憲法改正してしまったといえるだろう。したがって、国際情勢の変化により日本国憲法に不都合が生じたのであれば、現憲法の改正手続きによる改憲または現憲法を維持したまま解釈改憲をおこなうしかないとの結論となる。

## (註)

- (1) こうした連合国による占領に服した国は、日本やドイツだけではなく、イタリア、ハンガリー、ブリガリア、ルーマニアがある。また朝鮮半島は日本とは別建てに、さらにオーストリアはドイツとは別建ての形で連合国に占領された。
- (2) 小沢一郎「日本国憲法改正試案」『文藝春秋』1999年9月号、94頁－95頁。
- (3) 連合国による日本占領はポツダム宣言の文言上、保障占領と解することもできるが、その実態を踏まえると、従来の保障占領の在り方から逸脱したと捉えるのが妥当である。「保障占領は、一定の事項或いは一定

の義務條項が、その義務負擔國によつて履行されるのを間接に強制し、その實現を保障するための占領である。それは戦争の場合、普通に休戦又は講和につづいて行われる。従つて、それは、ポツダム宣言の管理目的の諸條項の實現を日本に強制する今度の日本の占領に似ている。しかし、第一に、今度の占領が、従来保障占領のように、相手國政府が義務の履行を自主的に行うのを監視し間接に強制するのと異り、全面的占領の下に相手國政府そのものを占領目的のための占領國の權限に從屬せしめ、その指令の下にその義務を被占領國政府に履行させる。間接管理といながら従来保障占領に比べれば、方法においてより直接的である。且つ、第二に、今度の場合、占領國は、占領目的遂行のために、日本政府に指令するにとどまらず、必要に応じて自ら直接その占領目的の遂行に當る權限を留保し、且つある程度これを行使した。以上のようなことは、保障占領には考えられない。」高野雄一『國際法講座』3卷、有斐閣、1954年、249頁-250頁。

- (4) 下田武三・田久保忠衛「占領下の『改憲』は國際法違反だ」『諸君!』1985年1月号、45頁。
- (5) 佐藤和夫「日本國憲法と國際法」憲法發布百周年・憲法学会三十周年記念論文集編集委員会編『憲法百年』憲法学会、1990年、225頁。
- (6) 高野、前掲、247頁。
- (7) 江藤淳編『占領史料』下卷、新装版、講談社學人文庫、1995年。
- (8) 色摩力夫『日本人はなぜ終戦の日付をまちがえたのか——8月15日と9月2日の間のはかりしれない断層』黙出版、2000年、5頁及び38頁-39頁。江藤、前掲。
- (9) 同上。
- (10) 佐藤、前掲。
- (11) 色摩、前掲、6頁-7頁。
- (12) 塩津徹『現代ドイツ憲法史——ワイマール憲法からボン基本法へ』成文堂、2003年、94頁-105頁。

(参考資料)

- ・安藤仁介「日本の敗戦および連合国の占領と國際法」『國際問題』No.147、1972年。
- ・五百旗頭真「『無条件降伏』とポツダム宣言」『國際法外交雜誌』第79卷5号、1980年。
- ・高田貞吉対国、東京地方裁判所、昭和34年1月28日、行政処分無効確認請

求事件，昭和三一（行）七二。

- ・小林昭三『『ボン基本法』の制定過程に関する覚書』『早稲田政治経済学雑誌』161号，1960年。
- ・「衆議院議員森清君提出日本国憲法制定に関する答弁書」，内閣衆質102第46号，昭和60年9月27日。

<資 料>

## 改正育児・介護休業法に関する サイト集

軽 部 恵 子

キーワード：改正育児介護休業法，ワーク・ライフ・バランス，少子化対策，  
内閣府，厚生労働省

2010年6月30日，改正育児・介護休業法が施行された。常時100人以下の労働者を雇用する事業主に対する子育て期の短時間勤務制度，所定外労働の免除の義務化，介護休暇制度の創設は2012（平成24）年7月1日から施行されるが，それでも今回の改正は大規模なものである。本稿では育児休業に限って改正点を見ていくが，その理由は，著者の長年の研究テーマである女性差別撤廃条約との関連がとくに大きいからである。

育児休業に関する主な改正点は，全部で7項目ある。政府が一般広報用に作成した文書，政府広報オンライン「男性も育児休業を取りやすく！改正育児・介護休業法がスタートします。」（<http://www.gov-online.go.jp/useful/article/201006/4.html>，2010年7月20日）にわかりやすく図とともに解説されているが，要旨は次のとおりである。

- (1) 3歳未満の子どもがいる労働者に1日原則6時間の短時間勤務制度を義務化する。
- (2) 3歳未満の子どもがいる労働者が希望した場合，所定外労働（時間外労働，休日労働）を免除する。
- (3) 就学前の子どもがいる労働者は，一律年5日から子ども1人の場合に年5日，2人以上の場合は年10日，子の看護休暇を取得できる。

- (4) 母親と父親がともに育児休業を取得する場合、取得できる期間を、産後1年間(母親は産前産後休業と合わせて1年間)から、子どもが1歳2か月に達する時まで延長する。
- (5) 父親が子の誕生から8週間以内に育児休業を取得した場合、特別な事情がなくても2回目の育児休業を取得できる。
- (6) 配偶者が専業主婦(夫)である、または育児休業中である場合に、労使協定によって使用者は労働者本人からの育児休業の申請を拒める制度が廃止され、すべての父親が必要に応じて育児休業を取得できる。
- (7) 育児休業期間中の給付が、雇用保険の「育児休業給付金」として、休業開始時の月額賃金の50%が支給される。

これらの改正点は、法の目的から3つに分類することができる。はじめに、(1)(2)は労働者である母親と父親双方の労働時間を短縮し、とくに母親による育児と仕事の両立を目指す。次に、(3)は子どもの看護休暇を拡充し、発熱、予防接種など、子どもの病気等で何かと休まざるを得ない親の負担を減らすことを目指す。子どもが病気になると、労働者は有給休暇を取って看病をし、あるいは、残業・休日労働等の所定外労働をせずに子どもを病院へ連れていく必要がある。その結果、母親である女性労働者が出産を機に退職する、あるいはパートなどの非正規労働に切り替えることが多い。最後に、(4)－(7)は父親の育児休業の取得促進を目指す。これにより、母親が育児と仕事を両立するだけでなく、父親が子育てへの参画を容易にし、男性が家族の一員として喜びを味わい、父として夫として責任を果たせるようになる。

1991年に育児休業法が初めて制定された大きな理由は、1981年採決の国際労働機関(ILO)の第156号条約を批准するためであった。同条約は、正式名称を「家族的責任を有する男女労働者の機会均等及び待遇の均等に関する条約」といい、1981年6月23日に第67回ILO総会に採択され、1983年8月11日に効力発生した。この条約は、男女双方の労働者が家事・育児などの家族的責任を分担することで、男女が雇用における機会均等と待遇



の均等を得ることを目的とする。ちなみに、政府、使用者、労働者の代表が出席する三者構成 ILO の条約には、批准に際して留保（条約の一部適用除外）を付すことが禁じられている。条約に規定された義務を遵守できる見込みがなく、ゆえに条約を批准できない国のために、ガイドラインとして条約の同じ内容の勧告案が条約案と同時に採択される。ILO 第156号条約の場合、ILO 総会で第165号勧告が同時に採択されていたが、日本政府は条約批准の道を選び、1995年6月9日に批准した。

日本政府が ILO 第156号条約の批准を決意したのは、1979年12月に国連総会で採択された女性差別撤廃条約の批准が背景にあった。同条約を批准するため、1984年6月に男女雇用機会均等法が国会で成立し、翌年の4月1日から施行された。この法律が、女性の職場進出の可能性を広げ、四年制大学への女子学生の進学を後押ししたのは周知の通りである。その後、いわゆるバブル経済の到来で人手不足が発生した。女性や外国人の雇用促進が進み、企業内保育所も設置されるなど、女性が出産後も仕事を続けられる環境が整備されるかにみえた。

しかし、1991年にバブル経済が崩壊すると、男女労働者ともに解雇の対象となった。正規雇用が削減され、アルバイト、パート、派遣、契約、請負等の非正規雇用が増えた。均等法施行後に女性の高学歴化・晩婚化が進んでいたが、景気悪化により若者全体の非婚化が急速に広がった。一方、雇用を維持した者も、リストラ（注・日本語ではもっぱら「人員削減」の意味で使われるが、英語の restructuring は「再編成」も意味する）により、以前より少ない労働者の数で同じ量の仕事、あるいは以前より多くの仕事をこなすことが求められた。

2008年9月にアメリカの大手投資銀行・証券会社リーマン・ブラザーズが破綻すると、一気に1929年の世界恐慌以来といわれる金融危機が始まった。その後、バブル経済崩壊後にも増して厳しい雇用環境が発生した。派遣契約の打ち切りにより、仕事のみならず、社宅である住居を即座に失う派遣労働者が続出したため、2008年12月に都内で「年越し派遣村」が設立された。また、育児休業を申請した女性労働者に対し、上司が退職を勧奨

する、あるいは要求する「育休切り」が急増した。もちろん、退職勧奨に応じない女性労働者には、本人の希望に沿わない配置転換、育児との両立が困難になる遠隔地への転勤が決定されるのはいうまでもない。そして、労働者の望まない人事異動によって生じる不便さは、本人が受忍すべき範囲内とされかねない（「ケンウッド事件」平成12年1月28日最高裁三小判決，事件番号平成8年(オ)第128号，『労働判例』第774号を参照）。

育児休業の取得を促進するためには、男女双方の労働時間の短縮と育児休業の取得による不利益の防止が大前提となる。しかし、1991年のバブル経済の崩壊以降、リストラと非正規雇用の増大、「成果主義」に基づく労働強化、80年に1度の金融危機による景気低迷と、女性労働者は「育休切り」の恐怖に直面している。このような状態で、男女労働者が安心して結婚し、2人以上の子どもを生き育てるとは考えにくい。

ここ数年、日本政府は労働者が仕事と家庭を両立させる「ワーク・ライフ・バランス」(work-life balance)という概念を打ち出し、育児休業取得の促進を図ってきた。だが、企業にとっては、グローバル化で人件費が格安の海外市場と競争し、急激な円高でさらなる打撃を受けている今、手厚い福利厚生はできればしたくないのが本音であろう。政府、企業、労働者が少子化に対する三者三様の立場を持つが、政府の吹く笛に対して企業と労働者が容易に踊らないという、少子化対策の「ミスマッチ」が20年近く続いている。

本稿は、日本の労働者が真のワーク・ライフ・バランスを享受し、仕事と家庭の両立を実現できる方策を検討するため、労働者をめぐる法律、制度、政府の施策などを整理したものである。少子化およびワーク・ライフ・バランスに関する文書は、①日本政府、②経済団体、③労働組合、④人権団体、⑤研究所が多数まとめ、それぞれの主張を展開している。日本政府の諸機関で、少子化およびワーク・ライフ・バランスに関わっている省庁は、内閣府男女共同参画局、厚生労働省、文部科学省、および建設省（当時。一部が国土交通省に引き継がれる）があるが、本稿では改正育児・介護休業法の主眼に絞り、内閣府と厚生労働省に限定した。経済団体と

しては、日経連の諸文書を取り上げた。研究所は、生命保険会社の運営するところが多いが、少子化、家族のあり方、ワーク・ライフ・バランスを研究し、研究員によるすぐれた論文や報告書が多数発表されている。

そもそも、1991年に制定された育児休業法は、男女双方の労働者が仕事と家庭の責任（親として、配偶者として）を支障なく果たせるよう、国際条約の基準に従うために設けられた。その根底には、幸せな家庭を築きたいという人間の基本的な願いがある。少子化の問題には経済学者、労働法学者、人口学者、社会学者など、色々な分野の研究者が取り組んでいるが、日本政府の取組は経済的な側面が強いようである。育児休業を取得したい男女労働者が転勤・人事考課面や解雇等の不利益を恐れて休業を申請しない、あるいはできない状況をまず変えるべきではないか。政府の目標は、育児休業取得率を上げるのではなく、取得率を上げて国民の幸福と福祉を向上させることのはずである。

育児休業、とくに父親による休業の長さは様々である。2010年10月20日、大阪府箕面市の倉田哲郎市長（36歳）が、16日間の育児休業を取得すると明らかにした（出典：<http://mainichi.jp/select/wadai/news/20101021k0000m040093000c.html>, 2010年10月27日アクセス）。同月26日、広島県の湯崎英彦知事（45歳）が第三子を得たのを機会に、全国では知事として初めて育児休業を取得した（出典：<http://mainichi.jp/life/edu/child/news/20101027ddn041010008000c.html>, 2010年10月27日アクセス）。その長さは40分で、子どもと対面を果すためのものだった（同）。一方、男性の子育て参加が進む欧州連合（EU）では、出産休暇を20週以上にするよう決定した。最も長いスウェーデンが75週、ベルギーとドイツは15週以下で、現在は16-19週の国が多い。20週以上が実現可能か、疑問の残るところである。

育児休業の取得が普及するには、個人の生き方のみならず、社会・経済のあり方を変えていく必要がある。育児休業は法律上の労働者の権利だが、実際は「かつかつ」の人員で業務を行っている職場の場合、上司や同僚たちの合意を得るのはたやすくはない。とくに、男性の場合は難しい。それ

でも、2010年10月5日に放送されたNHK総合「クローズアップ現代 “イクメン” で行こう！ 男の育児が社会を変える」([http://cgi4.nhk.or.jp/gendai/kiroku/detail.cgi?content\\_id=2944](http://cgi4.nhk.or.jp/gendai/kiroku/detail.cgi?content_id=2944) を参照)でも紹介されたように、育児休業を希望する男性が決して少数派ではなくなってきたことは確かである。

(注) 日本政府の法律英訳サイトに掲載された改正育児・介護休業法の英訳が非常に長いため、本稿の英文タイトルに用いた改正育児・介護休業法の英訳は、財団法人21世紀職業財団の用いた英訳などを参考に、筆者が簡略化したものである。

<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=1&re=01&dn=1&co=01&ky=%E8%82%B2%E5%85%90%E4%BC%91%E6%A5%AD&page=5,2010>年10月31日アクセス。

[http://www.jiwe.or.jp/english/law/law4\\_2\\_3.html](http://www.jiwe.or.jp/english/law/law4_2_3.html), 2010年12月1日アクセス。

#### <参考文献>

- ・ 田代弘子 (BusinessWeek 誌, 東京支局記者) 「日本企業, 少子化対策に重い腰を上げる——子育て支援に積極的な企業が増加」, 米国時間 2009年7月22日更新  
<http://business.nikkeibp.co.jp/article/world/20090728/201052/>
- ・ 松田茂樹 「両立支援は企業の業績を向上させるのか？」 (2008年1-2月) 第一生命経済研究所ホームページ Life Design Report からアクセス可。  
[http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/report/m\\_index.html](http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/report/m_index.html)
- ・ 松田茂樹 「男性の育児休業取得はなぜ進まないか」 (2006年11-12月) 第一生命経済研究所ホームページ Life Design Report からアクセス可。  
[http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/report/m\\_index.html](http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/report/m_index.html)
- ・ 松田茂樹 「コンパクトな保育所の普及促進を」 (2010年4月) 第一生命経済研究所ホームページ Life Design Report からアクセス可。  
[http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/report/m\\_index.html](http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/report/m_index.html)

## ＜参考文献＞

- ・天野馨南子「『育休切り』を斬る——社会がワーク・ライフ・バランスを勝ち取るために」「研究者の目」ニッセイ基礎研究所レポート2009年6月18日  
[http://www.nli-research.co.jp/report/researchers\\_eye/2009/eye090618.html](http://www.nli-research.co.jp/report/researchers_eye/2009/eye090618.html)
- ・小山正之「進まぬ少子化対策」  
 ※ホームページへの記載は2010年4月。  
<http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/view/fov1004.pdf>
- ・「改正育児・介護休業法に関する Q & A 集」『労政時報』2010年4月23日
- ・権丈英子「国際比較からみる日本のワーク・ライフ・バランス」『ジュリスト』No. 1838 (2009.8-1-15), 16-18頁
- ・杉井静子「ケンウッド事件での裁判官の『常識』を問う」『法学セミナー』No. 547 (2000年7月)
- ・「特集 改正育児・介護休業法 判例編 育児休業・復帰をめぐるトラブル」『月刊人事労務』2010年1月号
- ・「特集 改正育児・介護休業法 育児・介護休業法の改正と不利益取扱いについて」『月刊人事労務』2010年1月号
- ・永瀬伸子「少子化対策として必要な非正規雇用者に対する社会的保護」『週刊社会保障』No. 2539 (2009年7月20日)
- ・『Business Labor Trend』2009年9月号「特集 女性が働き続けるうえで  
の課題——男女賃金格差と結婚後・育児期の就業を中心に」
- ・廣川明子「改正育児介護休業法対応の現場から～短時間勤務制度導入の課題」(2010年7月7日掲載)  
<http://www.dir.co.jp/souken/consulting/researcher/insite/100707.html>  
 (2010年7月20日アクセス)
- ・深谷信夫「ケンウッド事件と東亜ペイント事件最高裁判決(上)」『労働法律旬報』No. 1409 (1997年6月10日)
- ・増田雅暢「『子ども手当』を考える」『週刊社会保障』第2543号 時事評

論2009年8月17日号 ※掲載紙の原稿とは若干の相違点がある。

[http://www5f.biglobe.ne.jp/~mmasuda/ronbun/0908\\_jiji\\_8.html](http://www5f.biglobe.ne.jp/~mmasuda/ronbun/0908_jiji_8.html)

・増田雅暢「再度『子ども手当』を考える」『週間社会保障』第2553号

時事評論2009年11月2日号 ※掲載紙の原稿とは若干の相違点がある。

[http://www5f.biglobe.ne.jp/~mmasuda/ronbun/0911\\_jiji\\_1.html](http://www5f.biglobe.ne.jp/~mmasuda/ronbun/0911_jiji_1.html)

・増田雅暢「なぜ少子化対策が効果を発揮しないのか——ニーズに即した

総合的な政策の展開を」『明治安田生活福祉研究所調査報』通巻70号、

vol. 18, no. 2 (2009年) ※掲載紙の原稿とは若干の相違点がある。

<http://www5f.biglobe.ne.jp/~mmasuda/> から PDF 版にアクセス可。

・の場康子「改正育児・介護休業法に期待すること」Life Design Report,

Winter 2010.1 ※ホームページへの掲載は2009年11月。

<http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/watching/wt0911.pdf>

## Ⅰ 少子化対策に関連する法律・条約等

### 1. 法律

(1) 厚生労働省法令等データベース

<http://www.hourei.mhlw.go.jp/hourei/>

育児介護休業法, 男女雇用機会均等法, パートタイム労働法, 次世代育成支援対策推進法について法律, 規則などが調べられる。

(2) 男女共同参画基本法

<http://www.gender.go.jp/9906kihonhou.html>

### 2. 条約などの国際文書

(1) 女子差別撤廃条約 (女性差別撤廃条約)

採択 1979年12月18日 (国連第34回総会)

効力発生 1981年9月3日

日本批准 1985年7月25日

外務省「女子差別撤廃条約」

<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/josi/>

国連女性差別撤廃委員会第29会期（2003年6-7月）

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/cedaws29.htm>

国連女性差別撤廃委員会第44会期（2009年7-8月）

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/cedaws44.htm>

※2009年7月の第44会期女性差別撤廃委員会で、日本政府第6次報告が検討された。前回第29会期（2003年7月）の日本政府第4-5次報告検討に引き続き、間接差別の問題が厳しく指摘された。詳細は、拙稿「女性差別撤廃条約の実施状況に関する日本政府報告と女性差別撤廃委員会の最終コメント」『桃山法学』第9号（2007年3月）および「女性差別撤廃条約の実施状況に関する日本政府第6回報告と日本のNGO」『桃山法学』第16号（2010年11月）を参照。

(2) 1981年の家族的責任を有する男女労働者の機会均等及び待遇の均等に関する条約（ILO 第156号条約）

採択 1981年6月23日（第67回 ILO 総会）

効力発生 1983年8月11日

日本批准 1995年6月9日

概要と日本語訳（公定訳）

[http://www.ilo.org/public/japanese/region/asro/tokyo/standards/st\\_c156.htm](http://www.ilo.org/public/japanese/region/asro/tokyo/standards/st_c156.htm)

英語正文

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C156>

(3) 1981年の家族的責任を有する男女労働者の機会均等及び待遇の均等に関する勧告（ILO 第165号勧告）

概要と日本語訳（公定訳ではない）

[http://www.ilo.org/public/japanese/region/asro/tokyo/standards/st\\_r165.htm](http://www.ilo.org/public/japanese/region/asro/tokyo/standards/st_r165.htm)

英語正文

<http://www.ilo.org/public/japanese/region/asro/tokyo/standards/r165.htm>

## II 政府の政策文書等

### 1. 内閣府

#### (1) 内閣府男女共同参画局

<http://www.gender.go.jp/>

##### (i) 「ワーク・ライフ・バランス」

[http://www.gender.go.jp/main\\_contents/category/wlb.html](http://www.gender.go.jp/main_contents/category/wlb.html)

##### (ii) 「仕事と家庭の調和（ワーク・ライフ・バランス）推進ホームページ」

<http://www8.cao.go.jp/wlb/index.html>

##### (iii) 「仕事と生活の調和推進官民トップ会議について」

<http://www.8.cao.go.jp/wlb/government/top/index.html>

##### (a) 「ワーク・ライフ・バランス憲章」

[http://www8.cao.go.jp/wlb/government/20barrier\\_html/20html/charter.html](http://www8.cao.go.jp/wlb/government/20barrier_html/20html/charter.html)

##### (b) 「仕事と生活の調和推進のための行動指針」

[http://www8.cao.go.jp/wlb/government/20barrier\\_html/20html/indicator.html](http://www8.cao.go.jp/wlb/government/20barrier_html/20html/indicator.html)

##### (c) 「仕事と生活の調和（ワーク・ライフ・バランス）憲章及び「仕事と生活の調和推進のための行動指針」（平成22年6月29日決定）（概要）」

<http://www.8.cao.go.jp/wlb/government/pdf/gaiyou.pdf>

##### (iv) 「ひとつ働き方を変えてみよう！『カエル！ ジャパン』」

[http://www8.cao.go.jp/wlb/change\\_jpn/index.html](http://www8.cao.go.jp/wlb/change_jpn/index.html)

#### (2) 少子化と男女共同参画

[http://www.gender.go.jp/main\\_contents/category/syosika.html](http://www.gender.go.jp/main_contents/category/syosika.html)

#### (3) 男女共同参画会議 少子化と男女共同参画に関する専門調査会

<http://www.gender.go.jp/danjo-kaigi/syosika/index-sy.html>



## (4) 内閣府少子化対策支援室

<http://www8.cao.go.jp/shoushi/index.html>

## (i) 少子化対策について

<http://www8.cao.go.jp/shoushi/01about/about.html>

## (ii) 「もっとくわしく知りたい」

<http://www8.cao.go.jp/shoushi/10motto/motto000.html#top>

## (iii) 「公表資料の紹介」

<http://www8.cao.go.jp/shoushi/02kouhyou/kouhyou001.html>

## (iv) 予算・税制

[http://www8.cao.go.jp/shoushi/12budget\\_tax/index.html](http://www8.cao.go.jp/shoushi/12budget_tax/index.html)

## 2. 厚生労働省

※章ごとに取り出せるアイコンがホームページ上に付いているが、全体版のみ掲載した。

## (1) 「育児・介護休業法の改正について」

<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>

## (i) 改正法の概要

<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/090701-3.pdf>

## (ii) 改正法のあらまし（平成22年2月26日更新）※

<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>

## (iii) 就業規則の規定例 PDF 版（平成22年2月25日更新）※

<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>

## (iv) 改正育児・介護休業法に関する Q &amp; A

<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>

## (v) 改正育児・介護休業法参考資料集※

<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>

## (2) 改正法パンフレット（略）

<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>

## (3) 改正法関係条文等

- (i) 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律  
<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>
- (ii) 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律施行規則（抄）  
<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0701-1.html>
- (iii) 子の養育又は家族の介護を行い、又は行うこととなる労働者の職業生活と家庭生活との両立が図られるようにするために事業主が講ずべき措置に関する指針  
<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/dl/tp0701-1s.html>
- (iv) 通達（育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律の施行について）※  
<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/dl/tp0701-1l.html>
- (4) 「育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律施行規則（抄）（平成3年労働省令第25号）」  
<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/koyou/ryouritu/houritu/4.html>
- (5) 「イクメンプロジェクトについて」  
<http://www.ikumen-project.jp/index.html>
- (6) 「雇用均等・両立支援・パート労働情報～男女が能力を十分に発揮することができる社会を目指して～」  
<http://www.mhlw.go.jp/bunya/koyoukintou/index.html>
- (7) 『『短時間正社員制度導入支援ナビ』がオープンしました!!』（厚生労働省発表，平成20年12月1日）  
<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2008/12/h1201-1.html>
- (8) 「次世代育成支援対策推進法に基づく一般事業主行動計画について」  
<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/koyou/jisedai/index.html>
- (9) 「現下の雇用労働情勢を踏まえた妊娠・出産、産前産後休業及び育児休業等の取得等を理由とする解雇その他不利益取扱い事案への厳正な対応等について」

<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/h0316-2.html>

(i) 資料1 「労働者からの相談及び指導等の状況」

<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/dl/h0316-2a.pdf>

(ii) 資料2 「妊娠・出産，産前産後休業及び育児休業等の取得等を理由とする解雇その他不利益取扱い事案への厳正な対応等について」  
(平成21年3月16日付け地発第0316001号，雇児発第0316004号)

<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/dl/h0316-2b.pdf>

(iii) 資料3 「妊娠・出産，産前産後休業，育児休業等を理由とする不利益な取扱いに係る参照条文」

<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/dl/h0316-2c.pdf>

(iv) 資料4 「事業主の皆様へ」(雇用均等・児童家庭局作成リーフレット)

<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/dl/h0316-2d.pdf>

(v) 資料5 「都道府県労働局雇用均等室一覧」

<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/dl/h0316-2e.pdf>

### III 白書・調査・統計等

#### 1. 内閣府

##### (1) 白書

(i) 『男女共同参画白書』(概要版) 平成22年版

<http://www.gender.go.jp/whitepaper/h22/gaiyou/index.html>

(ii) 『男女共同参画白書』平成22年版

<http://www.gender.go.jp/whitepaper/h22/zentai/top.html>

(iii) 『仕事と生活の調査(ワーク・ライフ・バランス) レポート2009』

<http://www8.cao.go.jp/wlb/government/top/hyouka/report-09/gaiyo.html>

(iv) 内閣府『子ども・子育て白書』(旧『少子化社会白書』) 平成22年版

<http://www8.cao.go.jp/shoushi/whitepaper/index-w.html>

(2) 調査

(i) 男女共同参画会議 少子化と男女共同参画に関する専門調査会

[http://www.gender.go.jp/main\\_contents/category/syosika.html](http://www.gender.go.jp/main_contents/category/syosika.html)

このページから、以下の調査結果等が入手できる。

- ・少子化と男女共同参画に関する提案（平成18年5月）
- ・少子化と男女共同参画に関する社会環境の国際比較報告書（平成17年9月）
- ・少子化と男女共同参画に関する社会環境の国内分析報告書（平成18年9月）
- ・管理者を対象とした両立支援策に関する意識調査（調査結果概要）（平成17年5月）
- ・両立支援・仕事と生活の調和（ワーク・ライフ・バランス）推進が企業等に与える影響に関する報告書（平成18年12月）

(ii) 内閣府 少子化社会対策に関する調査等

<http://www8.cao.go.jp/shoushi/cyousa/cyousa.html>

2. 厚生労働省

(1) 統計一覧

<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/gaiyo/r-koyou.html>

(i) 厚生労働省「平成20年度雇用均等基本調査」

<http://www.mhlw.go.jp/za/0818/d02/d02.html>

(ii) 厚生労働省「平成21年度雇用均等基本調査」

<http://www.mhlw.go.jp/za/0818/d02/d02.html>

(2) 白書

(i) 『平成21年版 働く女性の実情』

<http://www.mhlw.go.jp/bunya/koyoukintou/josei-jitsujou/09.html>

(ii) 『労働経済白書』

平成20年版 労働経済の分析——働く人の意識と雇用管理の動向

<http://www.mhlw.go.jp/wp/hakusyoy/roudou/08-2/index.html>

(3) 調査

- (i) 文部省・厚生省・労働省・建設省「過去の報告書等における少子化の影響分析について」(平成6年12月16日)

<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/06/s0614-3b.html>

- (ii) 「過去の報告書等における少子化の影響分析について」(平成14年6月14日)

<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/06/s0614-3b.html>

## IV 各種団体

### 1. 独立行政法人・財団法人

- (1) 独立行政法人 労働政策研究・研修機構

<http://www.jil.go.jp/>

- (2) 財団法人 女性と仕事の未来館

<http://www.miraikan.go.jp/>

- (3) 財団法人 労働科学研究所

<http://www.isl.or.jp/>

- (4) 財団法人 21世紀職業財団

<http://www.jiwe.or.jp/>

### 2. 日本経団連

※(9)と(10)は内閣府ホームページ内に掲載されている。

- (1) 『『少子化対策プラスワン』における法的整備について』(2002年12月9日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2002/079.html>

- (2) 「産業界・企業における少子化対策の基本的取り組みについて」(2006年5月10日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2006/028/index.html>

- (3) 「少子化対策への総合的な対応を求める」(2007年3月20日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2007/018.pdf>

- (4) 「ワーク・ライフ・バランス推進に関する日本経団連の基本的考え方」(2007年4月20日)

<http://www.gender.go.jp/danjo-kaigi/wlb/siryu/wlb04-2.pdf>

- (5) 「子育てに優しい社会づくりに向けて」(2007年11月20日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2007/096.html>

- (6) 「税・財政・社会保障制度の一体改革に関する提言」(2008年10月2日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2008/068/index.html>

- (7) 「少子化対策についての提言」(2009年2月17日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2009/012/honbun.html>

- (8) 「新たな少子化社会対策大綱『子ども・子育てビジョン(仮称)』に対する意見」(2009年11月24日)

<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2009/103.html>

- (9) 「子ども・子育て新システムに関わる日本経団連の考え方」(2010年4月7日)

[http://www8.cao.go.jp/shoushi/10motto/08kosodate/k\\_5/pdf/s2-1.pdf](http://www8.cao.go.jp/shoushi/10motto/08kosodate/k_5/pdf/s2-1.pdf)

- (10) 「子育てに優しい社会に向けた取り組みのお願い——『家族の日』・『家族の週間』における国民運動への協力」(2010年9月14日)

<http://www8.cao.go.jp/shoushi/kazoku/keidanren.html>

### 3. 労働組合・弁護士会等

- (1) 日本労働組合総連合会(連合)

- (i) 「つくろう! 男女雇用平等法」

<http://www.jtuc-rengo.or.jp/gender/houritsu/byoudou/index.html>

- (ii) 「男女が働きやすい職場をめざして——セクハラをなくそう」

<http://www.jtuc-rengo.or.jp/gender/houritsu/sekuhara/index.html>

- (iii) 「2009年改正育児・介護休業法」

[http://www.jtuc-rengo.or.jp/gender/houritsu/ikuji-kaigo\\_kyugyou/index.html](http://www.jtuc-rengo.or.jp/gender/houritsu/ikuji-kaigo_kyugyou/index.html)

- (iv) 「次世代育成・子育て支援」  
<http://www.jtuc-rengo.or.jp/kurashi/jisedai/index.html>
- (v) 「目指そう『ワーク・ライフ・バランス社会』」  
<http://www.jtuc-rengo.or.jp/kurashi/worklifebalance/index.html>
- (2) 全国労働組合総連合（全労連）
  - (i) 「次世代育児支援対策推進法・改正育児介護休業法の活用を」  
[http://www.zenroren.gr.jp/jp/jyosei/2010/pdf/100114\\_01.pdf](http://www.zenroren.gr.jp/jp/jyosei/2010/pdf/100114_01.pdf)
  - (ii) 「女性」  
<http://www.zenroren.gr.jp/jp/jyosei/index.html>
  - (iii) 「育児・介護休業法が改正されます！」  
<http://www.zenroren.gr.jp/jp/jyosei/index.html>
  - (iv) 全労連事務局長 小田川義和「談話 実効ある育児介護休業法の改正を——『仕事と家庭の両立支援策の充実について』の建議にあたって」(2008年12月25日)  
<http://www.zenroren.gr.jp/jp/opinion/2008/opinion081226.html>
  - (v) 全労連事務局長 小田川義和「談話 改正育児介護休業法の成立にあたって」(2009年6月24日)  
[http://www.zenroren.gr.jp/jp/opinion/2009/opinion090703\\_01.html](http://www.zenroren.gr.jp/jp/opinion/2009/opinion090703_01.html)
  - (vi) 全労連事務局長 小田川義和「談話 実効ある育児介護休業法の改正を——『育児介護休業法改正法案要綱』の閣議決定にあたって」(2009年4月21日)  
[http://www.zenroren.gr.jp/jp/opinion/2009/opinion090427\\_01.html](http://www.zenroren.gr.jp/jp/opinion/2009/opinion090427_01.html)
- (3) 日本弁護士連合会
  - (i) 「時間外・休日・深夜労働について男女共通の法的規制を求める決議」(1997年10月23日)  
[http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/hr\\_res/1997\\_2.html](http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/hr_res/1997_2.html)
  - (ii) 「労働者派遣法の今国会での抜本改正を求める意見書2010」  
<http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/100219.html>
- (4) 日本労働弁護団 (Labour Lawyers Association of Japan) リンク集

<http://roudou-bengodan.org/link/>

4. 研究所等 (アイウエオ順)

(1) イマドキ家族研究所

<http://www.imadoki-lab.com/about/index.html>

(2) 社会政策学会リンク集 (国内)

<http://wwwsoc.nii.ac.jp/sssp/sssplinks.htm>

(3) 第一生命経済研究所ライフデザイン研究本部

[http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/ldn\\_index.html](http://group.dai-ichi-life.co.jp/dlri/ldi/ldn_index.html)

(4) 電通総研

<http://www.dentsu.co.jp/di/index.html>

(5) 東レ経営研究所ダイバーシティ&ワークライフバランス研究部

[http://www.tbr.co.jp/div\\_wlb/index.html](http://www.tbr.co.jp/div_wlb/index.html)

(6) ニッセイ基礎研究所

<http://www.nli-research.co.jp/>

(7) 日本労働法学会 リンク

<http://wwwsoc.nii.ac.jp/jlla/contents/link.html>

(8) 博報堂生活総研

<http://seikatsusoken.jp/>

(9) 法政大学大原社会問題研究所

<http://oohara.mt.tama.hosei.ac.jp/>

(10) 明治安田生活福祉研究所

<http://www.myilw.co.jp/>

以 上



## &lt;書 評&gt;

## 篠原初枝『国際連盟』

(中央公論新社, 2010年, 296頁)

軽 部 恵 子

キーワード：国際連盟, ウィルソン, パリ講和会議, 第1次世界大戦, 日本

著者は、早稲田大学大学院法学研究科博士課程を退学後、アメリカのシカゴ大学に留学し、歴史学で博士号(Ph. D.)を取得した。その後、明治学院大学国際学部助教授を経て、2004年4月より母校のアジア太平洋研究科で教鞭を執っている。著者の多数にのぼる著作には、『戦争から平和の法へ：戦間期のアメリカ国際法学者』（東京大学出版会、2003年）、『グローバリゼーションと帝国』（ミネルヴァ書房、2006年）、「戦間期国際秩序における国際連盟」『戦争のあとに』（共著、勁草書房、2008年）、「アメリカ国際法学者の戦争批判」『思想』No.1020（2009年）などがある。いずれも、戦争と歴史という共通の関心が見受けられる。

本書の構成は、「はじめに」、「序章 国際組織の源流——第一次世界大戦以前」、「第1章 国際連盟の発足——四二の原加盟国」、「第2章 希望と実現の時代——一九二〇年代の試み」、「第3章 国際連盟と日本——外交大国としての可能性」、「第4章 紛争・戦争の時代へ——苦難の一九三〇年代」、「終章 連盟から国連へ——第二次世界大戦中の活動と終焉」、「あとがき」から成る。この目次を見るだけでも、国際連盟の歴史を容易に概観できる。それから、日本の行動、国際連盟の紛争・戦争への対応など、各節をテーマごとに深く掘り下げているため、時系列の記述に終始していない。

序章は、国際組織の源流を17世紀にまで遡って考察する。国際組織の萌芽は、ヨーロッパを二分した三十年戦争（1618-1648）の頃に生まれていた。フランスの聖職者エメリック・クルーセ（1590頃-?）は1623年に『新キニアス論』を発表し、エチオピア、ペルシア、インド、中国を含む世界連邦制度を提唱した（pp. 3-4）。また、同じくフランスの神学者シャルル・サンピエール（1658-1743）は、

1713年に発表した『永久平和論』で、ヨーロッパのキリスト教国による永久同盟を提案し、仲裁と和解の機能を持たせることを考えていた (p. 4)。

18世紀後半には、イギリスのジェレミー・ベンサム (1748-1832) が十四カ条からなる『永久平和の構想』を記した。1786-1789年頃という執筆時期は意味深長である。モンテスキュー (1689-1755)、ヴォルテール (1694-1778)、ルソー (1712-1778) らの啓蒙思想がフランス社会に広がったところに、アメリカ独立革命への支援を通じて自由・平等の精神が旧大陸に流れ込み、まさにフランス革命が勃発する直前であった。ベンサムは「帝国主義の現状を批判し、軍縮や植民地の放棄を提議し、……紛争の解決手段として、国際組織に共同の裁判所の設置を述べた (pp. 4-5)。1918年1月にウィルソン大統領がアメリカ連邦議会で演説した有名な「十四カ条」は、「ベンサムの提案を模したといわれている」 (p. 5)。植民地の放棄は国際連合の信託統治制度を待たねばならなかったが、軍縮は国際連盟規約の第8条に、紛争の司法的解決は第12-14条に、それぞれ規定された。偉大な思想は国境と世紀を超えて受け継がれ、実現する時を待つのだろう。

平和といえば、ドイツの哲学者イマヌエル・カント (1724-1804) を忘れてはならない。彼は1795年の『永遠平和のために』で、「常備軍の廃止、暴力によって他国に干渉することの禁止、国家間の信頼関係を破壊するような行為の禁止、政治体制を共和制にすることを提議した」 (p. 5)。国境を越えた平和のあり方は様々な人物によって構想されてきたが、実現には未曾有の戦争が必要だった。

序章はまた、19世紀以降に民間で起こっていた国際組織設立を目指す思想と運動を紹介する。1828年にアメリカで設立されたアメリカ平和ソサイエティは、世界会議、すなわち後の国連総会のように世界の国々が定期的に会合を開く組織を考えていた (p. 6)。1849年のパリ会合では、1862年に『レ・ミゼラブル』を著わすピクトル・ユゴー (1802-1885) が議長を務めた (p. 7)。しかし、アメリカで南北戦争が始まると、平和運動から軍縮・仲裁裁判に関心が移っていったという (p. 7)。

19世紀以来、ヨーロッパでは国境をまたがる戦争が何度も行われた。ナポレオン戦争、クリミア戦争、ロシア＝トルコ戦争、プロイセン＝オーストリア戦争、プロシヤ＝フランス戦争の戦後処理のため、多数国間会議が開催された。とくにウィーン会議 (1814-1815) は、世界史の教科書で学んだ人が多いだろう。戦争が起きると (戦争状態の時に適用される) 戦時国際法が発達し、戦後処理のた

め国際会議が開催されると、各国政府の実務者レベルで交流が進み、外交に関する実務的なルールが発達して、領土問題を解決するための条約が結ばれた (p. 10)。同時に、19世紀に進んだ科学技術により、郵便、運輸、度量衡の統一が制度化されていった (p. 10 を参照)。戦争が各国の関係をある意味、より緊密化する効果を生んだ。

なお、第2次世界大戦以前に使われていた「戦時国際法」、第2次世界大戦後に使われた「武力紛争法」に代わり、現在では「国際人道法」または「武力紛争において適用される国際人道法」とよばれることが多い (『国際関係法辞典』第2版、三省堂、2005年、p. 293)。万国郵便連合 (UPU) の前身は1874年に設立された一般郵便連合 (GPU) だが、急速に加盟国が増えたため、1878年に UPU に改称した (<http://www.upu.int/en/the-upu/history/about-history.html>, 2010年10月5日アクセス)。NGO の草分けである赤十字国際委員会 (The International Committee of the Red Cross: ICRC) は、1863年設立の負傷兵救護国際委員会を前身とし、1880年に現在の名称に変更された (『国際関係法辞典』, p. 529)。1864年8月22日、スイス政府が国際会議を開催し、ヨーロッパの12カ国が全10条の第1回赤十字条約 (Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field) が採択された (<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57jnv?opendocument>, 2010年10月6日アクセス、大沼保昭編著『資料で読み解く国際法 (第2版) 下』東信堂、2002年、pp. 104-105)。同条約は、国籍にかかわらず軍人の負傷者を救護することを目的にしており、捕虜の待遇そのものに関する言及はない。が、実際は捕虜になった敵軍の兵士が野戦病院等に運ばれる場合があったと想像される。

第1章「国際連盟の発足——四二の原加盟国」は、第1次世界大戦さなかに新しい国際組織が構想された経緯を振り返る。加盟国が42とは少ないようだが、当時は世界の大半がまだ植民地あるいは自治地域であったことを考え合わせると、決して少なくない。1945年10月に発足した国連の原加盟国 (連合国のみ) は51であった。

第1節は「民間による構想——大戦中の模索」と題する。1917年4月まで中立を維持したアメリカは、戦後の国際関係のあり方について、むしろじっくり考察できたという (『国際連盟』, pp. 18-19)。1914年の大戦勃発時、平和運動の民間団体は約130が欧米に存在していたが、約60がアメリカにあった (p. 20)。その中

でも大規模な活動を行った平和強制連盟 (The League to Enforce Peace) は1915年6月に設立され、1918年11月採択の団体綱領で司法的解決、経済制裁、武力制裁を認めていた (pp. 20-21)。一方、連邦上院がヴェルサイユ条約批准案を否決し、アメリカが国際連盟に加盟しなかったのは周知のとおりである。

そのほか、第1節では、武力制裁に反対したハーグ平和会議方式の支持者たち、アメリカ国際法学会 (The American Society of International Law: ASIL)、アメリカのリベラル派、およびヨーロッパの動きが紹介されている。評者には、プリンストン大学のフィリップ・ブラウン教授の言葉が印象に残った。プリンストンは、第28代アメリカ大統領ウッドロー・ウィルソン (1856-1924, 在任1913-1921) の母校であり、彼が教授、そして総長を務めた場である。ブラウンは「現在のよう相互コミュニケーションが発達した時代に、いかなる国といえども、平時、戦時にかかわらず他の国の出来事に無関心ではいられない」 (Philip Marshall Brown, "Munitions and Neutrality," *Proceedings*, ASIL, 1916) (p. 24) と述べた。この精神は、国際連盟規約第11条「戦争の脅威」にも現れる。「第1項 戦争又は戦争の脅威は、連盟国の何れかに直接の影響あると否とを問わず、総て連盟全体の利害関係事項たることを茲に声明す」 (公定訳は旧字体かつ旧仮名遣い)。飛行機やインターネットのおかげでグローバル化が進む今日、ブラウンの言葉は一層重みを増す。

第2節「パリ講和会議——連盟規約をめぐる駆け引き」は、ウィルソンの十四カ条原則を紹介し、アメリカでウィルソンの指示の下にまとめられた案と、イギリスでまとめられたフィルモア案をめぐる交渉が明かされる。ウィルソンにとって、紛争の司法的解決より、領土保全とそれが侵害された際の制裁が重要であった (p. 33)。また、会議では表決についても論じられ、全会一致か多数決か、各国の票は人口比に基づくのかが問いかけられた (pp. 35-36)。

第2章「希望と実現の時代——一九二〇年代の試み」は、国際連盟の奮闘ぶりを紹介する。第1節「理事会と総会」は、その名の通り理事会と総会の仕組みを説明する。日本が設立時から理事会の常任理事国となったことはよく知られている。国際連盟の設立に貢献したのはアメリカとイギリスだったが、アメリカが加盟しなかったので、イギリスが初期の実務を担当したという (p. 89)。初代事務総長は、パリ講和会議にイギリス外相として出席していたバルフォアの個人秘書を務めたドラモンドであった (同)。彼は事務局の構想を48時間で練り上げ、

職員の特権や中立性など国際公務員の地位を確立していった (p. 90)。なお、国連では慣例として安保理常任理事国出身者は事務総長に選ばれない。

第2節「ドイツ加盟とブラジル脱退」では、加盟申請の例が紹介されている。奴隷制度の存在が問題になったエチオピアは、2年にわたり実態調査を受けた (p. 93)。イギリスは加盟の見合わせを主張し、フランスとイタリアはイギリスがエチオピアに領土的野心を持っていると警戒し、加盟に賛成した (pp. 93-94)。結局、奴隷制度は「内政問題ではなく国際連盟が介入する権利を持つ事項であると同意」された (p. 94)。

1927年10月、トルコは理事会非常任理事国の地位を条件に加盟したいと打診してきたが、この条件は認められなかった (p. 94)。ドイツは、シュトレゼマン外相が理事国に4つの条件を提示した。それらは、①加盟と同時に常任理事国になること、②ヴェルサイユ条約により経済的・軍事的な規制をかけられたドイツは規約第16条 (制裁) の義務から免除されること (完全な中立)、③ドイツの戦争責任について再び表明しない、④適当なときに国際連盟の委任統治に参加できる、である (p. 96)。①は全会一致で賛成され、③も問題ないと判断されたが、④は確答されず、②が問題となった (同)。理事会は、ドイツも国際連盟の原則に従うべきと回答し、ドイツも納得した上で1926年2月8日に正式に加盟申請を行った (pp. 96-97)。この時、フランスの右翼ジャーナリズムから反対の声があり、常任理事国の座に関心を抱いていたポーランド、スペイン、ブラジルが要求の声を上げて、事態が複雑化した (p. 97)。シュトレゼマンはフランスのブリアンとともに1926年のノーベル平和賞を受賞したので、ドイツの加盟は常任理事国という対価を払っても、世界平和に大きな意義があったのだろう。だが、スペインとブラジルは理事会の非常任理事国を拡大する妥協案を拒否し、ブラジルが1926年6月に、スペインが同年9月に、国際連盟からの脱退を通告した (p. 99)。両国の脱退は、国際連盟の活動にどの程度影響を及ぼしたのだろうか。

第3節「国際紛争への対応——頻発する領土・国境問題」は、国際連盟の関与した紛争を取り上げる。中小国が提議したものが多かった (p. 104) が、別の見方をすれば、戦争遂行権が認められていた当時、中小国が大国と渡り合える場が誕生したといえよう。第4節は「経済・社会・人道・文化面への対応」と題して、敗戦国オーストリアの再建、ジュネーブ経済会議、難民問題、伝染病対策などを取り上げる。これらの取組は、人類が21世紀に抱える課題、たとえば、武力紛争

で荒れ果てた国を再建する平和創造、難民の帰還と定住支援、新種の病原菌対策につながるものである。今日では「トラフィッキング」とよばれる人身売買の防止とアヘン貿易の取締りも重要な課題であった。第5節「一九二〇年代と国際連盟——米ソとの関係」は、参加しなかった大国アメリカと、人類史上初の社会主義国ソ連との関係というユニークな視点で、国際連盟の活動を振り返る。

第3章「国際連盟と日本——外交大国としての可能性」は、今日の日本人にとって耳が痛いタイトルである。パリ講和会議では本省の意向を問い合わせるのに忙しく、会議で発言しない「サイレント・パートナー」と揶揄された日本は、連盟理事会の常任理事国に就任した。これは日本の実力というより、理事国の地理的配分に配慮した結果であった。

第1節「協力関係の模索」は、日本がポーランドとドイツの間にあり、石炭が豊富な上部シレジア問題に関わっていたこと、新たに画定された国境内で少数民族問題に日本の関与が求められ、国際連盟の大国となるために引き受けた (pp. 152-154)。評者は、コソボの和解を促すため、2007年にコソボ・フィルハーモニー交響楽団の常任指揮者に日本人の柳澤寿男氏が就任し、民族の和解に奮闘しているというニュースを思い出した (詳細は、柳澤寿男後援会ホームページ内にある「コソヴォフィルハーモニー交響楽団」<http://www.geocities.jp/puntadarco/kosovo.html> および「バルカン室内管弦楽団」<http://www.geocities.jp/puntadarco/balkan.html> を参照)。一方、アヘンを規制するアヘン委員会で、日本は委員長職および副委員長職の要請を1度となく断り、インド・トルコから輸入されたアヘンを日本や台湾でコカイン・モルヒネに加工し、他国へ輸出する等の密貿易が横行していると問題にされた (p. 158)。

第1節は次に「日本事件」を取り上げる。日本はイギリスやイタリア同様、国際紛争を国際連盟に付託する応訴義務に反対であった。が、1924年9月の総会で「国際紛争平和的処理に関する議定書」(ジュネーヴ平和議定書)の条約案を検討する際、理事会が国内管轄問題に対しても紛争解決の案を示す義務があるという、驚くべき提案を日本は行った (pp. 160-161)。日米間の移民問題で紛争が生じた際、アメリカが国内管轄問題と主張し理事会がそれを認めた場合に理事会は関与しないが、ジュネーヴ議定書によると、理事会が関与しない場合でも先に攻撃した国が侵略国になり、制裁の対象となるからであった (p. 160)。アメリカへの移民で摩擦が起き、排日移民法が制定されるなど日米関係は悪化し、やがて太

平洋戦争につながっていく。修正案を提出したのは、安達峰一郎（後述）であった（p. 161）。

第2節「活躍した日本人」は、国際連盟を舞台に活躍した5人の日本人を取り上げる。よく知られているのは、前の5千円札の肖像に選ばれた新渡戸稲造だろう。別の言い方をすれば、新渡戸以外あまり知られていなかった。著者は他に、石井菊次郎、安達峰一郎、杉村陽太郎、佐藤尚武を選んだ。石井は、1917年の石井・ランシング協定特使を務め、1921年に日本の国際連盟代表（駐フランス大使兼任）に就任した。石井によると、「かつて愛国的論調に満ちていた各国の外交官が『胸中に溢れる愛国情は連日接触の余り自ら鋭角が削られて円満』となっており、民衆は戦争を忌避してい」た（p. 175）。コルフ島事件の解決のため、関係各国の代表を集めた会合が「石井の茶会」（Ishii's Tea Party）として有名だった（p. 176）。和と尊ぶ日本人の調整能力が遺憾なく発揮された例といえよう。

安達峰一郎は「近代日本が生んだ最高の外交官」と評され、数々の国際会議に出席し、連盟理事会日本代表を務めた（p. 176の表を参照）。1930年、ハーグにある常設国際司法裁判所（The Permanent Court of International Justice: PCIJ）の裁判官に最高点で当選し、翌年異例のはやさで同裁判所所長に選ばれた。安達は法による国際紛争解決を目指し、「世界の良心」とたたえられ、1933年3月に日本が国際連盟に脱退を通告した後も、PCIJの同僚をはじめ世界中から尊敬されていた。だが、病氣療養のため1933年末に裁判所所長を辞し、1934年12月に入院先のアムステルダム市内の病院で現職裁判官のまま病没した。1935年1月、常設国際司法裁判所葬とオランダ国葬という最大の礼をもって安達は送られた。

安達の語学力はすばらしく、新渡戸は彼の舌を「国宝」と評したという。現在の日本人は中学校・高等学校で6年間学んでも英語に苦勞するが、幕末、明治初期と、すさまじい努力で外国語をものにした人々がいた。教員、教授法、教材、その他すべての教育環境で当時よりはるかに恵まれている現代の日本人は、なぜ英語が苦手なのか。否、英語以前に、母語でのコミュニケーションもおぼつかなくなってきた。コンピューターの普及で文字を手で書く必要が激減し、携帯電話の普及で細切れの文章が当たり前となった今日、自分の考えをまとめ、他人にわかりやすく伝える教育の必要性がかつてないほど高まっている。

第4章「紛争・戦争の時代へ——苦闘の一九三〇年代」は、国際連盟が崩壊する様をつぶさに見つめる。第1節「満州事変——連盟を舞台にした日中の攻防」

は日本史の教科書に必ず出てくる事件だが、「中国による提訴」「大国の思惑、中小国の思惑」「繰り返される秘密会議」と連盟を激震させた事件の経緯を詳細に描く。満州事変の処理について、日本は反対したが、オブザーバーとしてアメリカ代表を招請することが決議された (p. 202)。国際連盟総会で一九人委員会の設置が提案されると、日中直接交渉を主張していた日本にとり、状況が不利になった (p. 205)。本章には、リットン調査団の写真と1932年の日程が掲載されている (pp. 206-207)。調査団を乗せた満鉄食堂車の豪華なランチメニュー (p. 209) は、少しでも調査団員の心証をよくしようとする日本政府の意図が垣間見えるようである。このような何気ない資料は、歴史を身近に感じさせてくれる。

本章は、リットン代表団の活動と日本への勧告 (満州国の不承認)、日本の脱退にいたる経緯が続く。総会議場で全権代表の松岡洋右 (1880-1946) が行った英語の演説が「テリブル」(terrible) だったという。これは、日本の外務省情報部顧問で日本政府国際連盟代表団の一員であったアメリカ人フレデリック・ムーアの評 (p. 216) なので、本当にそうだったのだろう。松岡は苦学してオハイオ州立大学を卒業し、外務省に入省したが、1921年に外務省を辞して満鉄の幹部を務め、1929年に政友会から出馬して代議士となった。1933年の帝国議会では、国際協調と経済中心を旨とした幣原外交を批判し、1933年に国際連盟総会に首席代表として出席した。総会脱退で英雄として帰国した松岡は、1937年に満鉄総裁となり、1940年に外務大臣として日独伊三国同盟を締結した。彼はアメリカという国とよほど相性が悪かったのだろう。日本の連盟脱退に関し、アメリカの歴史家デナ・フレミングは「国際連盟が侵略の阻止に失敗しても、…… (日本に対する) 総会決議で『国際連盟はその魂を救った』」と評した (p. 218)。なお、規約第1条第3項によると、連盟国は脱退の2年前に予告を行うのだが、日本の脱退が実際に有効となった日を評者は知りたかった。

第4章「紛争・戦争の時代へ——苦悩の一九三〇年代」は、ドイツの脱退、イタリアのエチオピア侵攻、スペイン内戦と続く。イタリアに対し初の経済制裁が適用されるが、総会に出席した54カ国中、50カ国が賛成した (p. 230)。制裁を実施する禁輸委員会 (一八カ国委員会) は、武器・弾薬の禁輸、借款の非供与、一定の物品の輸入制限、重要物資の禁輸を行い、非連盟国にも協力を要請して、アメリカとエジプトが賛同した (p. 230)。石油が禁輸品目から除かれたのは、石油を禁輸対象にすれば宣戦布告と受け止めるとイタリアが表明していたからだった



(p. 232)。

なお、この節では「国際連盟規約第一六条適用の指針に関する決議」と、戦争の脅威を規定した「国際規約第一条の適用に関する報告」に言及がなかった。前者は、1921年12月1日に連盟総会で採択された決議で、規約違反の有無を判断するのは各連盟国の義務（第3段落）とする。つまり、経済制裁に参加するかどうかは各国の判断に任されていた。後者は、1927年12月6日に連盟理事会で採択され、同年9月26日に総会で承認され、戦争の脅威の判断について規定した。現在では、安保理が国連憲章第39条に基づき平和に対する脅威等を決定し、第41条および第42条に基づき決定した強制措置には、全ての国連加盟国が従わなければならない。ただし、強制措置を伴う安保理決議案の採択には、常任理事国の拒否権（国連憲章第27条第3項参照）という壁があるのはいうまでもない。

第4章は失敗と絶望ばかりではない。第3節「拡大する課題——経済・社会・人道面」は、1930年代に成功した国際連盟の活動を紹介する。ビタミン、インシュリンなどについて栄養レポートが出されたことは、連盟保健機関による最大の功績の1つだった（p. 239）。また、外国に滞在する者への二重課税に関する討議など、グローバリゼーションに伴う課題を先取りしていた（p. 239）。それから、国際連盟を先に脱退したドイツとイタリアから、非政治的分野への協力を得ようという試みもあった（p. 246）。あたかも、19世紀後半に運輸、通信、著作権などで国際協力を行った一連の国際組織、国際行政連合の時代に戻ったようである。残念ながら、1938年の総会に対して日本、ドイツ、イタリアからの回答はなく、アメリカからのみ得られた（p. 247）。

こうしてみると、アメリカは非加盟だったにもかかわらず、あたかも社外取締役のように、国際連盟の重要なメンバーであり続けた。これは、案外知られていない事実ではないか。予算案の審議、条約の批准承認、長官や政府高官の指名承認といった強大な権限を持つアメリカの連邦議会は、時に行政府と外交に関する意見を異にし、行政府の政策を阻止する。だが、アメリカは国際連盟に無関心でいらなかった。

終章はほとんどが絶望の連続である。1938年3月、ドイツがオーストリアを併合すると、オーストリアは国際連盟加盟国としての地位を停止され、オブザーバーとしてのみ認められた（p. 251）。チェコスロバキアは1939年3月にドイツの支配に入り、翌月アルバニアはイタリアに占領されて、加盟国でなくなった（同）。

もともと、1940年にロンドンでチェコスロバキア亡命政府が樹立されると、加盟国の地位が復活した(同)。日独伊防共協定に参加したハンガリーと、ファシストのフランコ将軍が勝利したスペインは、1939年4月と5月にそれぞれ国際連盟からの脱退を表明した(同)。

その後、1939年9月に第2次世界大戦が勃発し、フィンランドを侵攻したソ連が同年12月に除名された(pp. 253-254)。1940年6月にドイツがフランスを占領し、イタリアがイギリスとフランスに宣戦布告すると、国際連盟は事務局移転を迫られた。この時救いの手をさしのべたのが、プリンストン大学高等研究所とロックフェラー財団だった(p. 255)。国際連盟は、本部、財務部、博物部門と、活動拠点をアメリカやイギリスに分散し、職員数は最盛期の約7分の1となる100名となった(同)が、活動は続いていた。なお、ロックフェラーは後に現在の国連本部がある土地を提供する。プリンストン大学図書館には、国際連盟文書のすばらしいデータベースがある。

1940年8月31日、第2代事務総長アヴノール(フランス出身)が辞任し、シヨーン・レスター(アイルランド出身)が事務総長代行に就任して、事実上職務を引き継いだ(p. 256)。アヴノールの辞任は、母国フランスがドイツに占領されたためだった(同)。国際連盟からの脱退が続出し、ヨーロッパで戦闘が続く中、レスターが国際連盟にとどまった決意と責任感、職員を鼓舞し続けた意気には敬服する。長年イギリスに支配され、第1次大戦後ようやく独立を果たしたアイルランド人の粘り強さだろうか。

第2次世界大戦が終結した1946年の4月10日、最後の連盟総会が始まった。同月18日、レスターは1日だけの事務総長に任命され、総会は国際連盟解散決議を採択し、翌日国際連盟が正式に解散された。つまり、1945年10月24日に発足した国際連合(国連憲章の効力発生による)と国際連盟は半年間ほど同時に存在した。これも、案外一般に知られていない事実である。

次に、本書に対する批評に移りたい。評者は書店で初めて本書を手にとった時と読み終わった時、「こんな本を待っていた」という印象を強く持った。「あとがき」によると、国際連盟について書かれた一般書は戦後になく、著者が中央公論新社編集部から依頼を受けたのが、本書執筆のきっかけだったという(p. 271)。

国連について書かれた本は一般書、研究書ともに数多い。一般書では、国連職員となった最初の日本人の1人で、最後に事務次長を務めた明石康『国際連合：

軌跡と展望』（岩波書店、2006年）、明石康他編著『日本と国連の50年：オーラルヒストリー』（ミネルヴァ書房、2008年）がある。国連難民高等弁務官を務めた緒方貞子の著作には、『私の仕事：国連難民高等弁務官の十年と平和の構築』（草思社、2002年）、『紛争と難民：緒方貞子の回想』（集英社、2006年）がある。東京大学教授でニューヨークの国連代表部次席代表を2年半務めた北岡伸一は、『国連の政治力学』（中央公論新社、2007年）を著した。

一方、国際連盟についてかなりの分量を割いた一般書、とくに新書は、おそらく最上敏樹『国連とアメリカ』（岩波書店、2005年）くらいであろう。それも、アメリカと国連の関係という視点に基づき、「第2章 理念の挫折」でバリ講和会議、ウィルソン大統領、連邦上院によるヴェルサイユ条約批准案の否決を取り上げたものである。日本は第1次世界大戦に連合国として参戦し、戦場が青島や地中海と限定的だったため、一般の関心や学校の教科書の主眼は満州事変など、日本が直接関わった事件に注がれている。

評者は、20世紀の枠組みを決めた第1次世界大戦と人類初の包括的国际組織となった国際連盟の活動が、もっと広く知られるべきだとかねてから考えていた。ゆえに、本書が研究書ではなく、一般読者に読まれやすい新書で出版されたことの社会的な意義はきわめて大きいと考える。この機会に、本書を企画した中央公論新社編集部への敬意を表したい。

著者の歴史に対する姿勢は非常に真摯である。とくに、当時の国際法の枠組みを十分認識した上で、事象を幅広くかつ丹念に分析する点が好ましい。これは、シカゴ大学の博士課程で受けた教育の賜物か。そういえば、ドイツ出身の国際政治学者、ハンス・モーゲンソー（Hans Morgenthau, 1904-1980）は、シカゴ大学で教鞭を執っていた。彼は、国際政治学におけるリアリズムを提唱し、パワー・ポリティクスという視点で国際関係を分析したが、もとは法律家として活躍していた。

著者は初校を4名の専門家に目を通してもらった（pp. 273-274）とあるが、初校を快く読んでくれる人が4名もいることが、著者の人柄を表わしているようである。それから、本書の付録に国際連盟加盟国一覧、著者のオリジナルである理事会の非常任理事国一覧、国際連盟組織図、国際連盟規約があるが、本書を講読する上で、また大学で国際機構論を講義する上でも、大変役に立つ。とくに、非常任理事国一覧は文字通り「ありそうでなかった」貴重なリストである。

国際連盟は実質的に約20年しか活動しなかった。また、日本は1933年3月に脱退を通告しているのに、10年余しか加盟していない。高校の日本史の時間で国際連盟を取り上げるのは、パリ講和会議と牧野伸顕の人種差別撤廃条項案(国際連盟規約前文への修正案)、全会一致の原則、1931年9月の柳条湖事件とリットン調査団の派遣、満州国承認問題と日本の脱退ぐらいだろう。しかし、著者が「はじめに」で述べているとおり、国際連盟はやがて国際連合のための実験を多数試みた場であり、アヘンの取締り、難民、婦女子の労働問題などの取組では多大な成功を収めている。その証拠に、国連を設立しようとする大国の意図は、ドイツ軍がまだ破竹の勢いだった1941年8月、アメリカのローズヴェルト大統領とイギリスのチャーチル首相が発表した大西洋憲章の中で、第8項「一般的安全保障制度構想」として早くも現れた。国際連盟が完全な失敗であれば、大国が新たな国際組織の設立を望むはずがない。現在も国際連合に対する否定的な見方があるが、そもそも全ての国の利益に合致する組織などあろうはずがない。むしろ、国際組織を骨抜きにしているのは、自国の立場を有利にするための各国、とくに大国による取引であると改めて思われる。

次に、本書に対して幾つか指摘したい。第1に、外国の国名のカタカナ表記を検討してほしい。この問題には、評者も常に苦労している。なぜなら、地図、『広辞苑』等の国語辞典、山川出版社の世界史辞典類、有斐閣の『国際条約集』(年刊)、新聞等メディアの表記がしばしば異なるからである。たとえば、Yugoslavia は地図で「ユーゴスラビア」、『国際条約集』で「ユーゴスラヴィア」となっている。Czechoslovakia は地図が「チェコスロバキア」で、『広辞苑』が「チェコスロヴァキア」となる(1990年から1993年までは「チェコ・スロヴァキア」、1993年の分離独立以降は「チェコ」と「スロヴァキア」)。Greece の場合、地図が「ギリシャ」と、英和辞典、『広辞苑』、山川出版社が「ギリシア」となる。Sarajevo はさらに複雑で、地図が「サラエボ」、『広辞苑』が「サラエヴォ」、山川出版社が「サライエヴォ」である。そもそも、日本語にない音をカタカナで原音に忠実に表記しようとするのが無理なので、評者は地図の表記に従うことにしている。なお、スペイン語のvの綴りはbの音なので、Bolivia を「ボリヴィア」、Venezuela を「ヴェネズエラ」と表記する必要はない。それから、Persia は地図、英和辞典、国語辞典、世界史辞典とも「ペルシャ」ではなく「ペルシア」と表記する。

第2に、誤表記がいくつかみられた。1938年9月のミュンヘン会議で併合されたチェコスロバキア（当時）の地方は「ズデーデン」ではなく、「ズデーテン」とすべきであろう。原語の綴りはドイツ語で Sudeten（発音はズデーテンに近い）、チェコ語で Sudety（発音はズデーティに近い）である。世界史の教科書類にも「ズデーテン」と表記されている。それから、国連では「社会経済理事会が独立した組織として設立された」とあった（p. 262）が、1944年10月のダンバートン・オークス提案以来、「経済社会理事会」（Economic and Social Council）である。

第3に、訳語について再考してほしい箇所が複数あった。1939年11月、ソ連がフィンランドを侵攻すると、フィンランドは連盟に提訴し、翌月14日の理事会でソ連の「追放」が決議されたとある（pp. 253-254）が、別の箇所では国際連盟が「ソ連を除名した」（p. 266）と記述されている。英語の expulsion には排除、駆逐、除籍、追放の訳語があるが、『国際関係法辞典』（三省堂）では「除名」を用いている。ゆえに、評者は「除名」に統一した方がよいと考える。

第4に、国際連盟の職階と組織についても訳語の再考を促したい。ウィルソン大統領がかつてプリンストン大学で教えたレイモンド・フォスディックが、1919年から1920年まで「国際連盟の事務次官」を務めたとある（p. 81）。だが、日本語の事務次官は通常、省内における官僚のトップを指す言葉である。本文にフォスディックはドラモンド事務総長とともに事務局で働いた（p. 81）とあり、2人が職責上どのような関係だったのかよくわからない。それから、アメリカの国際連盟不参加が決定し、国際連盟を辞したフォスディックが1922年に「国際連盟情報部」から得た出版物をウィルソンに転送した（p. 82）と記述され、「連盟事務局に設けられた情報部は『宣伝』活動を開始した」とある（p. 139）。だが、「情報部」は諜報（intelligence）活動をしているような印象を与える。部署の名称が information の語を含むのであれば、「広報」と訳すべきではないか。実際、東京都渋谷区にある The United Nations Information Center は「国連広報センター」と訳される。含まないのであれば、原語を示してほしい。さらにいえば、創設期に指名された唯一の女性幹部の職階を「副事務総長」（p. 92）と紹介しているが、国連の場合、事務総長のすぐ下の職階は事務次長である。評者は国際連盟事務局の職階に明るくないが、訳語は国連の職階に準じるか、原語または説明を加えた方がよいと思う。

第5に、著者はハーグ平和会議が「大国による軍備競争が激化する傾向に歯止

めをかけたいというロシア皇帝ニコライ二世の意図によって開かれた」(p. 11)と記述しているが、ニコライが平和会議を提唱したのは、著者も知っていたとおり、急増する軍事費を軽減したいという理由であった。先ほどのような書き方では、一般読者、とくに高校生・大学生が1945年以降の感覚で「平和」を理解するおそれがないだろうか。評者は、自分が担当する国際機構論と国際法の講義でハーグ平和会議を必ず取り上げるが、講義終了後に受講生から「当時の『平和』と現在の『平和』は定義がまったく違う」という趣旨のコメントを毎年多数もらう。かなり細かい要望だが、本書全体がすばらしいだけに、もう少し説明を加えてほしいと思う。

第6に、ナポレオン戦争が1792年から1805年までと記されている(pp. 9-10)が、評者には定義が不明であった。世界史の教科書では、フランス革命はバステューユ襲撃のあった1789年に始まり、ナポレオンがブリュメール(霧月)18日のクーデターで総裁政府を倒す1799年まで、ナポレオン戦争は1796年の第1回イタリア戦争から1815年のワーテルローの戦いまで、とされている。たしかに、1792年9月に国民公会(Convention nationale)が共和制を宣言したが、元国王の処刑は翌年1月21日だった。1805年はトラファルガー沖の海戦とアウステルリッツの三帝会戦があった年で、1808年のマドリッド市民の蜂起、1812年のモスクワ遠征、1813年のライプツィヒの戦い、1814年の皇帝退位とエルバ島への配流と、重要な戦いやできごとがまだ続く。本書は高校生も読むと予想されるので、早急に補筆した方がよいと思われる。

以上、細かい指摘を縷々述べたものの、評者は本書を大いに推奨したい。本書は研究書ではないが、膨大な情報が体系的に整理されており、戦間期を振り返るだけでなく、21世紀に抱える問題の解決法を考察する手がかりを読者に与えてくれる。学校では格好の副読本となり、大学生・大学院生には研究テーマのヒントを与えてくれるだろう。国際機構の研究者には、国連、欧州連合など現在の組織と、最初の包括的国際組織の試みと常に比較考察するよう迫っている。評者には、国際組織の源流を追った計13頁の序章だけでも、定価800円の元が十分取れたと感じた。来年度の春学期に国際機構論を教えるのが、今からとても楽しみである。

最後に、読者が本書の内容を視覚的に確認するために、第1次世界大戦および国際連盟に関する有益なサイトを紹介した。参考文献は本書が詳細な一覧を掲載しているので、本稿では略す。各サイトのより詳しい紹介は、拙稿「映画で学ぶ

第1次世界大戦（関連サイト付）」（『人間科学』第39号所収），および同「第1次世界大戦のドキュメンタリー番組（関連サイト付）」（『経済経営論集』第52巻第3号所収）を参照してほしい。

<参考サイト>

1. 第1次世界大戦

- \* The Library of Congress (USA) “A Guide to World War I Materials”  
<http://www.loc.gov/rr/program/bib/wwi/wwi.html>
- \* The National Archives (UK) “World War I Records”  
<http://www.archives.gov/research/military/ww1.html>
- \* The National Archives of Australia (Australia) “World War I: 1914-1918”  
<http://www.naa.gov.au/collection/explore/defence/conflicts.aspx#section2>
- \* PBS (USA) “1914-1918 The Great War and the Shaping of the 20th Century”  
<http://www.pbs.org/greatwar/>
- \* BBC (UK) “World War One”  
<http://www.bbc.co.uk/history/worldwars/wwone/>
- \* Guardian (UK) “First World War”  
<http://www.guardian.co.uk/world/firstworldwar/>
- \* Imperial War Museum London (UK)  
<http://london.iwm.org.uk/>
- \* Arc de Triomphe d’Etoile (France)  
<http://en.parisinfo.com/museum-monuments/3/arc-de-triomphe-centre-des-monuments-nationaux>  
 エトワール凱旋門は、シャンゼリゼ通りにある、パリで最も有名な凱旋門。1920年11月11日、150万人の戦没者を悼むため、無名戦士の墓が置かれた。1922年以來、第2次世界大戦中も含めて、毎夕6時半に慰霊の式典が行われ、追悼の火が燃やされる。
- \* BBC (UK) “1918-2008 Ninety Years of Remembrance”  
<http://www.bbc.co.uk/remembrance/>
- \* BBC (UK) “1918-2008 Ninety Years of Remembrance—World War One Timeline”

<http://www.bbc.co.uk/remembrance/timeline/>

- \* BBC (UK) “1918-2008 Ninety Years of Remembrance—Why the Poppy?”

<http://www.bbc.co.uk/remembrance/how/poppy.shtml>

- \* BBC (UK) “Remembrance Day”

<http://www.bbc.co.uk/dna/h2g2/A653924>

イギリスで戦死者を悼むために赤いひなげしの造花を身に付けるのは、ナポレオン戦争で荒れ果てた土地に生えた植物が赤いひなげしだったことに由来するという。真紅の花びらは、戦いで流された血を連想させたことだろう。日本人が赤い曼珠沙華の花を見る感覚に近いのか。

- \* ベートーヴェン・ハウス ボン 「音楽の力。1917-1919年板東（日本）におけるドイツ捕虜収容所の文化的生活 ベートーヴェン・ハウス ボン 特別展示会」(ドイツ)

<http://www.beethoven-haus-bonn.de/sixcms/detail.php/43872>

徳島県鳴門市にあった板東俘虜収容所の展示に関するサイト。

- \* Musee Albert-Kahn/The Albert Kahn Museum (France)

<http://www.albert-kahn.fr/english/>

- \* BBC (UK) BBC Four—Edwardians in Colour: The Wonderful World of Albert Kahn

<http://www.bbc.co.uk/bbcfour/documentaries/features/albert-kahn.shtml>

- \* NHK 「奇跡の映像 よみがえる100年前の世界」

原題 Wonderful World of Albert Kahn。イギリス BBC が2007年に制作した。ユダヤ系フランス人のアルベール・カーンは、私費でカメラマンを雇い、当時としては貴重なカラー・フィルムを使って、戦場から民衆の生活まで記録させた。白黒では遙かなたの昔のできごとのように思えるが、カラー映像はほんの数十年前のできごとのように感じさせる。第1次世界大戦に関係するのは以下の4回である。

- 第4回 塹壕から見た人類初の大戦 (原題 Soldiers' Story) (2008年1月8放送)

<http://www.nhk.or.jp/wdoc/backnumber/detail/080108.html>

- 第5回 市民たちの大戦 (原題 Civilians' Story) (2008年1月9日放送)

<http://www.nhk.or.jp/wdoc/backnumber/detail/080109.html>



第6回 勝者と敗者（原題 Europe after the Fire）（2008年1月10日放送）

<http://www.nhk.or.jp/wdoc/backnumber/detail/080110.html>

第7回 中東分割の悲劇（原題 Middle East: The Birth of Nations）（2008年1月11日放送）

<http://www.nhk.or.jp/wdoc/backnumber/detail/080111.html>

## 2. パリ講和会議

\* BBC (UK) “The League of Nations and the United Nations”

[http://www.bbc.co.uk/history/worldwars/wwone/league\\_nations\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/worldwars/wwone/league_nations_01.shtml)

\* University of California at San Diego (USA) “The Versailles Treaty June 28, 1919”

<http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/vercontents.html>

ヴェルサイユ条約全文（440条）と当時の地図などが掲載されている。政治風刺漫画は必見である。

\* 立命館大学図書館 パリ講和会議資料データベース

<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/mr/lib/lib/j/collection/gid-j.html>

\* 国立国会図書館「史料にみる日本の近代 開国から講和までの100年の軌跡」

3-4 第1次世界大戦と日本

<http://www.ndl.go.jp/modern/cha3/description04.html>

3-7 パリ講和会議

<http://www.ndl.go.jp/modern/cha3/description07.html>

\* 歴史ポータルサイト（要登録）パリ講和会議

<http://rekishi.japan-city.net/modules/pukiwiki/426.html>

\* 国立国会図書館「西園寺公望関係文書（橋本実梁旧蔵）」

[http://www.ndl.go.jp/jp/data/kensei\\_shiryo/kensei/saionjikinmochi.html](http://www.ndl.go.jp/jp/data/kensei_shiryo/kensei/saionjikinmochi.html)

\* 外務本省「外交史料 Q & A 大正期」（パリ講和会議関係）

[http://www.mofa.go.jp/mofaj/annai/honsho/shiryo/qa/taisho\\_02.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/annai/honsho/shiryo/qa/taisho_02.html)

\* 東京大学 田中明彦研究室 データベース「世界と日本」

<http://www.ioc.u-tokyo.ac.jp/~worldjpn/>

\* 東京大学大学院情報学環 デジタルアーカイブ「戦時号外」

<http://archives.iii.u-tokyo.ac.jp/gogai/>

### 3. ウィルソン大統領関係

- \* The Woodrow Wilson Presidential Library (USA)  
<http://www.woodrowwilson.org/>
- \* Woodrow Wilson House (USA)  
<http://www.woodrowwilsonhouse.org/>
- \* The White House (USA) “28 Woodrow Wilson 1913-1921”  
<http://www.whitehouse.gov/about/presidents/woodrowwilson>
- \* Woodrow Wilson International Center for Scholars (USA) “Presidential Memorial Exhibit”  
<http://www.wilsoncenter.org/index.cfm?fuseaction=about.exhibit>
- \* The Official Website of the Nobel Prize (Sweden) “Nobel Prize in Peace 1919 Woodrow Wilson”  
[http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/1919/](http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1919/)
- \* Miller Center for Public Affairs, University of Virginia (USA) “American President An Online Reference Resource—Woodrow Wilson 1913-1921”  
<http://millercenter.org/academic/americanpresident/wilson>
- \* 東京アメリカンセンター 「14か条の演説」(日本語)  
<http://aboutusa.japan.usembassy.gov/j/jusaj-majordocs-fourteenpoints.html>
- \* The Embassy of the United States in Japan “Fourteen Points”  
<http://aboutusa.japan.usembassy.gov/e/jusa-majordocs-fourteenpoints.html>
- \* PBS (USA) “American Experience Woodrow Wilson”  
<http://www.pbs.org/wgbh/amex/wilson/>
- \* PBS (USA) “Wilson—A Portrait League of Nations”  
[http://www.pbs.org/wgbh/amex/wilson/portrait/wp\\_league.html](http://www.pbs.org/wgbh/amex/wilson/portrait/wp_league.html)

### 4. 国際連盟

- \* The United Nations in the Heart of Europe “Library/Archives”  
<http://www.unog.ch/library>
- \* UNESCO “League of Nations Archives 1919-1946”  
[http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL\\_ID=26995&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=26995&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

- \* Harvard College Library (USA) “League of Nations Documents”  
<http://hcl.harvard.edu/research/guides/lon/index.html>
- \* Northwestern University Library (USA) “League of Nations: Statistical and Disarmament Documents”  
<http://digital.library.northwestern.edu/league/>
- \* Princeton University Library (USA) “The League of Nations: A Primer for Documents Research”  
<http://www.princeton.edu/~sbwhite/un/leagwebb.html>
- \* University of Indiana (USA) “League of Nations Photo Archive”  
<http://www.indiana.edu/~league/>  
 写真の他、年表、参考文献、リンク集も充実している。
- \* 国立国会図書館「リサーチナビ 国際連盟」  
<http://rnavi.ndl.go.jp/politics/entry/renmei/php>
- \* 国連大学「国際連盟公文書の所蔵について」  
<http://www.unu.edu/hq/japanese/library-J/league-of-nations.html>
- \* 安達峰一郎博士&記念対賢堂（山形県東村山郡山辺町）  
<http://www.adachi-mineichiro.jp/>
- \* 小和田恆「七十年ぶりに帰った曾遊の地——安達峰一郎博士の肖像画——」  
[http://www.gakushikai.or.jp/magazine/archives/archives\\_860.html](http://www.gakushikai.or.jp/magazine/archives/archives_860.html)  
 常設国際司法裁判所を退官した裁判官は、肖像画を描かれ、裁判所内に掲げられるのが通例であった。安達峰一郎は、国際法の卓越した知見と法を通じて正義を希求する真摯な姿勢を世界中から尊敬されていた。だが、日本が帝国主義の道を歩んでいたことなどから、肖像画は制作されなかった。このほど、小和田恆国際司法裁判所裁判官（2010年2月に裁判所所長に裁判官の互選で選出され就任した）が肖像画の制作に尽力し、2006年にようやく実現した。

# St. Andrew's University Law Review

Issue No. 17

(March 2011)

---

## Articles

- Die Verhaltensnorm als ein Sinn des Strafgesetzes  
.....ETO Takahiro ( 1 )
- Rechtsfragen über Arbeitsbedingungen  
der Pfleger/Pflegerinnen.....TAKIZAWA Hitohiro ( 29 )
- Legitimacy of the Investigation and the Necessity  
of Finding the Truth .....OKUBO Masato ( 59 )
- Unconditional Surrender and the Hague Regulations  
respecting the Laws and Customs of War on Land:  
Was the German Basic Law Approach possible  
for Japan? .....MATSUMURA Masahiro ( 87 )

## Materials

- Noboru TANIKAWA, "How and why I resigned  
the director of the Bureau of  
Police of the Home Office" .....KOMIYA Hitoshi ( 103 )
- List of Sites Related to the Revised Law on Child Care  
and Family Care Leave of Japan .....KARUBE Keiko ( 119 )

## Book Review

- Hatsue SHINOHARA, *The League of Nations*  
(Chuo Koron Shinsha, 2010, p.296) .....KARUBE Keiko ( 137 )

---

Edited by

St. Andrew's University Law Studies Association  
St. Andrew's (Momoyama Gakuin) University  
1-1 Manabino, Izumi, Osaka 594-1198, Japan