

地方公共団体の条例と国際条約^{*}

渋谷 秀樹

一 問題の所在

二 地方公共団体（広義の地方公共団体）が国際条約に拘束される根拠と限界

三 地方政府（狭義の地方公共団体）の条例制定権の範囲

四 むすびにかえて

一 問題の所在

1 何が議論されてきたか？

憲法学においては、従来、「国法の体系」⁽¹⁾、「国法の諸形式」⁽²⁾などとして、また国際法学においては、「国際法と国内法との関係」⁽³⁾などとして、国際法（特に国際条約）⁽⁴⁾と他の国内法（憲法・法律・命令・規則・条例）におけるそれぞれの法形式の概念および相互関係の問題が議論されてきた。ところが、関心は、もっぱらといってよいほど国際条約と憲法の関係⁽⁵⁾、そして法律と条例の関係⁽⁶⁾に集中していたといっても過言ではない。

(1) 国際条約と憲法の関係

国際条約と憲法の関係に関する論争は、憲法の文言（九八条二項）からは明快な結論がでないことにその発端がある。憲法制定当初は、諸々の国際条約を無視してアジア太平洋戦争に突入した戦前の日本政府のあり方への反省から条約優位説が唱えられた。ところが、一九五〇年代に入ると日米安全保障条約の締結・改訂問題を背景として憲法優位説が台頭し、また憲法改正手続より締結・改訂手続が簡便な条約によって憲法が改変されるのは不条理であることを主たる理由として、憲法学説においては、憲法優位説が通説的地位を占め、また判例となり現在に至っている。⁽⁹⁾

(2) 法律と条例の関係

他方、法律と条例の関係の問題は地方自治のあり方に直接関係する。そして、一九六〇年代の公害問題の深刻化への対応を迫られた地方公共団体が条例制定によって法律の空白部分を埋め、あるいは法律より厳しい規制（いわゆる上乗せ規制）を施していったことをどのように正当化できるか、あるいはできないか、というかたちで、つまり実務の先行を理論が後追いするというかたちで議論がなされていった。この問題は、いわゆる徳島市公安条例事件⁽¹⁰⁾において、一応の決着を見たと言われる。

(3) 法律と国際条約の関係

これに対して、他の法形式相互間の優劣関係については、議論は決して活発なものではなかった。例えば、法律と国際条約の関係にしても、学説は国際条約が法律に優るとする点では一致するもの⁽¹¹⁾、その理由付けは必ずしも完璧なものではないとする指摘もある⁽¹²⁾。

2 何を考えるべきか？

(1) 国際条約と条例

本稿のテーマに関連する国際条約と条例の関係についてはどうか。これまでの法形式相互の優劣関係に関する支配的な考え方に基づいて、優位するものから順に並べると、①憲法、②国際条約、③法律、④命令、⑤条例、ということになる。したがって、形式論理からすると、国際条約が条例に当然に優位するということになりそうである。ところが、国際条約と条例の関係自体を取り上げて実質的に考察されることはこれまで皆無であったといつてもよい。⁽¹³⁾ その背景には、上述の法形式相互間の効力の序列からして、国際条約が条例に優位することは自明であると考えられていたということのほか、国際条約は、もっぱら国と国相互間、あるいは国と国際組織間の合意であつて、地方公共団体の制定する条例とは性質上無関係の関係にあるという暗黙の前提があつたように思われる。換言すれば、憲法・国際条約・法律は、それぞれが国全体に関わる法であり、それゆえにその規律の対象事項が共通・重複することがありえ、場合によつては相互の抵触関係が問題となりうる。これに対して、条例は、地方公共団体に関わる事項、つまり一国内の一地方の事象を対象とした法であるから、国際条約と関係をもつことはありえないということが前提とされていたようである。

(2) 憲法九八条二項と国際法の国内的効力

なるほど、憲法九八条二項は、国際法の国内的効力を認めたものとするのが通説⁽¹⁴⁾・政府見解⁽¹⁵⁾である。とすれば、国内の統治団体たる地方公共団体（以下「地方公共団体」を住民をも含んで用いる場合（「広義の地方公共団体」と區別する意味で、地方統治権を行使する主体を「地方政府」（「狭義の地方公共団体」とする。なお、「国」についても国民を含

む意味で用いる場合(「広義の国」と、統治権力をもつ政府(「狭義の国」を指して用いる場合もあるので後者を「中央政府」とする⁽¹⁶⁾)にも、国際法の効力が及ぶことになり、地方政府(「狭義の地方公共団体」の権能の一つである条例制定権(九四条)にも及ぶことになるはずである。

(3) 中央政府(狭義の国)が締結した国際条約が地方公共団体(広義の地方公共団体)を拘束する根拠

ところが、視点を変えてみると、結果的に地方公共団体(広義の地方公共団体)が拘束されるにせよ、国際条約は中央政府(狭義の国)が締結したものであり、地方公共団体(広義の地方公共団体)はその当事者ではないのに、何ゆえにこれに拘束されるのか、また地方分権の考え方からすると、仮に地方固有の規律の対象事項があるとして、これにつき中央政府(狭義の国)が国際条約を締結した場合、何ゆえにこれに拘束されるのかという問題にまず答える必要があるのではないか。そして、そのような根拠に関する理論は、翻って地方公共団体(広義の地方公共団体)が国際条約に拘束される範囲を画定することになるはずである。

そして、次なる問題は、地方公共団体(広義の地方公共団体)が国際条約に拘束されることになる場合、どのようなたちで拘束されるかが問題にされねばならない。これは、地方政府(狭義の地方公共団体)の国際条約の履行義務として一般的に問題となるが、ここでは条例制定権に対する国際条約の効力ということに絞って論じたい。

- (1) 例えば、磯崎辰五郎「国法の体系」清宮四郎・佐藤功編『憲法講座』四卷一四五頁(有斐閣、一九六四年)。
- (2) 例えば、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法II』三九三頁以下(有斐閣、第四版、二〇〇六年)。
- (3) 例えば、山本草二『国際法(新版)』八一頁以下(有斐閣、一九九四年)。
- (4) 国際法として、国際慣習法の問題もあるが、議論が複雑になるので、以下、成文法たる条約を念頭において論じる。
- (5) 例えば、高野雄一『憲法と条約』(東京大学出版会、一九六〇年)。
- (6) 例えば、兼子仁『条例をめぐる法律問題』(学陽書房、一九七八年)。

- (7) 政府見解は憲法優位説と条約優位説を一元的に捉えることなく、通常の二国間の政治的、経済的な条約については、憲法が優先するのに対して、外交官の治外法権のような確立された国際法規と降伏文書や平和条約のような一国の安危にかかわるような問題に関する件については、条約が優位するとし（佐藤幸治「中村睦男」野中俊彦『ファンダメンタル憲法』三二七頁（有斐閣、一九九四年）（中村執筆）参照、同様の見解も有力である。小嶋和司『憲法概説』一四四頁（良書普及会、一九八七年）、佐藤幸治『憲法』三三頁（青林書院、第三版、一九九五年）等参照。なお、このような観点からの最新の研究として、齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社、二〇〇二年）がある。
- (8) 最大判昭和三四・一二・一六刑集一三卷一三三三二五頁（砂川事件）がリーディング・ケースとされる。
- (9) もっとも、国際法学では、このような優劣関係の問題ではなく、等位関係の問題として考え、相互に生じる「義務の抵触」については、政府の責任の問題として把握すべきであるとする説（等位理論）ないし「調整理論」が有力である。山本草二・前掲書注（3）八五頁以下、小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法』九九頁（有斐閣、二〇〇四年）（岩沢執筆）参照。
- (10) 最大判昭和五〇・九・一〇刑集二九卷八号四八九頁。「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない。」「特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが並存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情にに応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間には何らの矛盾抵触はな」とした。
- (11) 清宮四郎『憲法Ⅰ』四四九頁（有斐閣、第三版、一九七九年）、宮沢俊義（戸部信喜補訂）『全訂日本国憲法』八一四頁（日本評論社、一九七八年）、高野雄一・前掲書注（5）二〇九頁等。もっとも、条例と法律の関係そのものは、十分に議論されてはこなかったといえる。清宮は、「①条約は国家間の合意であること、②条約の締結は国会の承認を必要とすること、③憲法第九八条第二項の条約遵守主義」を理由とする。その他に、渋谷秀樹「赤坂正浩『憲法Ⅱ統治』三三〇頁以下（有斐閣、第二版、二〇〇四年）（渋谷執筆）参照。
- (12) 安全潤司『憲法演習「法学教室」二八七号一〇六頁（二〇〇四年）』これは、清宮の挙げる理由について、①に対しては条約の定義をいつているに過ぎない、②に対しては法律よりも条約の承認の議決手続の方が簡略化されていてむしろ逆の結論がでてくるのではないか、③に対しては国内法の効力をもつことをいうに過ぎない、という批判を浴びせている。
- (13) 樋口陽一編『講座・憲法学第2巻——主権と国際社会』（日本評論社、一九九四年）に寄せられた諸論考の中にも、そのような問題意識はみられない。
- (14) 高野雄一・前掲書注（5）一五六頁、戸部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』八九頁（有斐閣、一九九二年）。
- (15) 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編・前掲書注（9）一一三頁参照。なお、実際は補充措置のとられる場合が極めて多いとされる。山本草二・前掲書注（3）一〇四頁以下参照。
- (16) これらの言葉の憲法における混同については、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』五頁以下（有斐閣、二〇〇二年）参照。

二 地方公共団体（広義の地方公共団体）が国際条約に拘束される根拠と限界

1 国際条約は誰を義務づけるか？

(1) 国際条約の当事者としての「国」

国際条約の当事者は、通常は「国」（＝広義の国）である。その国を代表する中央政府が実際には国際条約を締結して、その結果、国に国際条約上の権利・義務が帰属し、中央政府は、国のために国際条約で定められた義務を履行し、あるいは権利を行使する権限をもつという法的構造になる。これは法人格をもつ団体たる国（広義の国）とその機関である中央政府（狭義の国）の位置づけからして、当然の帰結ということになる。このような構造の中で、果たして地方公共団体（広義の地方公共団体）および地方政府（狭義の地方公共団体）はどのような地位を占めるのか。この問題は、特に、国際条約の中に書き込まれた文言によってそれが決まるか、という問題に絡めて考察しなければならない。周知のように、最近の国際条約の中に、明文で地方政府（狭義の地方公共団体）もその規律の対象とするものが増えているが、必ずしもその根拠は明らかにされていない嫌いがあるからである。⁽¹⁷⁾

(2) 「地方公共団体」の位置づけ

この問題について、まず、地方政府（狭義の地方公共団体）も国（広義の国）の内部で統治権を行使する存在であり、統治権の行使について、対外的に国（広義の国）を代表する中央政府（狭義の国）が、拘束力のある合意をした以上、当然にこれに拘束されることがまず可能な説明方法と考えられる。いわば、地方政府（狭義の地方公共団体）の統治権（以下、「地方統治権」とする）の行使について、中央政府（狭義の国）は対外的に地方政府

（狭義の地方公共団体）を当然に代表している、という考え方である。この考え方は、地方自治権の根拠についての伝来説になじみやすいといえる。なぜなら、地方統治権は、そもそも中央政府（狭義の国）の統治権に由来するのであるから、その統治権の対外的な代表権は、中央政府（狭義の国）になお留保されていると容易に説明することができるからである。

しかし、この考え方には、地方自治権の根拠についての、現在の有力説たる制度的保障説からすると、次のような問題があるということができる。制度的保障説は、地方統治権は、中央政府（狭義の国）に由来するとしつつ、それによって侵害されない自治権（地方統治権）が地方政府（狭義の地方公共団体）には憲法によって保障されるとするものであり、仮に国際条約の内容がこのような自治権（地方統治権）を侵害するようなものであれば、憲法違反となるはずである。ところが、条約締結権は、中央政府（狭義の国）が独占していると考えられる（憲法七三条⁽¹⁸⁾）ので、この問題は、対外的には表見代理（あるいは無権代理）のような問題として処理せざるをえない。地方政府（狭義の地方公共団体）も国（狭義の国）の内部で統治権を行使する存在であり、地方統治権の行使について、対外的に国（広義の国）を代表する中央政府（狭義の国）が、拘束力のある合意をなした以上、対外的にはこれに拘束されるということになる。

地方政府（狭義の地方公共団体）を義務づける内容の国際条約を締結するに当たっては、対内的に、地方政府（狭義の地方公共団体）の事前の同意手続⁽¹⁹⁾、あるいは事後の承認手続が必要と考えるべきで、早急に整備しなければならぬ。これは、中央政府（狭義の国）レベルにおいて内閣の条約締結にあたつて必要とされる国会の事前または事後の承認手続と対比されるべきものである⁽²⁰⁾。

2 国際条約はどこまで義務づけるか？

(1) 中央政府（狭義の国）の統治事項

対外的に国（広義の国）を代表する中央政府（狭義の国）の条約締結事項を限界付けることは困難である。しかし、中央政府（狭義の国）が統治権のすべての事項をカバーするのではなく、最近の地方自治法改正によって、中央政府（狭義の国）と地方政府（狭義の地方公共団体）の役割分担につき、いわゆる「補完性の原則」によって決定されるということが明確にされたと考えられる（地方自治法一条の二第二項）。これは中央政府（狭義の国）がすべての統治事項をなしうるわけではないということを意味しよう。とすれば、対内的には、本来中央政府（狭義の国）のなしない事項については、国際条約は締結できない、あるいは地方政府（狭義の地方公共団体）の同意なしに国際条約は締結できないということに理論的にはなるはずである。

(2) 憲法九五条の適用可能性

さらに、特定の地方公共団体（広義の地方公共団体および狭義の地方公共団体たる地方政府）に限定して義務を負わせるような国際条約は、地方自治特別法に関する憲法九五条の適用可能性が生じること⁽²¹⁾に留意する必要がある。いやむしろ、この規定は以上のような状況を前提にしていると読み直すことができる。このような事項的および手続的限界に違反し、あるいはそれを超えて締結された国際条約に地方公共団体（広義の地方公共団体および狭義の地方公共団体たる地方政府）が拘束されるか、という問題がある。この場合、国際条約の締結権者である中央政府（狭義の国）は、すみやかに国際条約を修正する義務を一身に負⁽²²⁾い、地方公共団体（広義の地方公共団体および狭義の地方公共団体たる地方政府）はこれに拘束されるわけではないというべきである。

(17) 例えば、WTO 政府調達協定では、明文で地方政府、具体的な都市名などが規定されている。その他に、人種差別撤廃条約などにも同様の規定がある。

(18) 地方政府の外交権を主張する論者も、地方公共団体の条約締結権まで認めるわけではない。大津浩「自治体の国際活動と外交権」〔公法研究〕五五号七九頁（一九九三年）参照。

(19) この問題は、WTO 政府調達協定締結に当って、アメリカ合衆国において諸州との間でなされた事前合意が、連邦制を採らない日本においても妥当することになる。

(20) 条約（ここでは広義の条約のうち、国会の承認を必要とする条約、つまり法律事項、財政事項、国相互の関係または国と国際機関の関係の基本事項に関わる条約を指す）であればその締結にあたって国会の事前または事後の承認を要するのが憲法上の明文の規定であり、地方政府が関係する場合には、それに加えて地方政府の承認・同意が必要ということになる。

(21) 憲法九五条は、「一の地方公共団体のみに適用される特別法は、……」としているので、国際条約は、排除されていないと解される。

(22) 内閣が条約を締結したが、国会の承認は得られない場合と類似の状況と考えられる。この場合につき、国際法の効力は有効であるとするのが憲法学では多数説である。しかし、「いずれの国も、条約に拘束されることについての同意が条約を締結する権能に関する国内法の規定に違反して表明されたという事実を、当該同意を無効にする根拠として援用することができない。ただし、違反が明白でありかつ基本的な重要性を有する国内法の規則にかかるとある場合は、この限りでない」とする条約法に関するウィーン条約四六条一項但書に該当するとして、国際法的にも無効であるとする説（松井茂記「日本国憲法」六五頁〔有斐閣、第二版、二〇〇二年〕等）もあり、私はこの説が合理性があると解する。しかし、地方公共団体の承認は国際的に見るとこの但書に該当するとみることができない。

三 地方政府（狭義の地方公共団体）の条例制定権の範囲

1 国際条約はどのような場合国内に適用されるか？

国際条約と条例制定権との関係を考える前提として、問題となった国際条約の国内適用可能性の有無、すなわちいわゆる「自動執行的（自己執行的）」（self-executing）⁽²³⁾ 可否かの問題を考えなければならない。国内適用可能性があるのならば、国際条約が地方公共団体の内部（広義の地方公共団体および狭義の地方公共団体たる地方政府）に適用され⁽²⁴⁾（地方公共団体が拘束されるか否かは、国内的効力の問題であり、国内適用可能性の問題ではない）、このような国

際条約と条例との関係は、あたかも法律（あるいは法令）と条例との関係と同じ様相を呈することになる。

ここでは前提問題として、国際条約の国内適用可能性の有無の判定基準が問題となる。そして、この問題は、以下のように考えるべきである。すなわち、国際条約は国内的効力を与えられたというに基づいて直接適用可能であると推定されるべきである、ということを出発点⁽²⁶⁾とし、主観的基準として、条約締結者が国際条約の中で国内適用可能性を否定する意思を表示していないこと、客観的基準として、条約の内容が明確であること、その執行に必要な機関や手続の定めがあること、を用いて判定すべきことになる⁽²⁷⁾。なお、憲法が法律事項としているか否か（憲法一七条・二六条二項・二九条二項・三〇条・三一条・四〇条・八四条等）も消極的な基準となるとする考え方も⁽²⁸⁾ある。しかし、「法律の定めるところにより」という文言は、場合によっては条例でも可能とされる場合もあり（憲法二九条二項・三一条等）、条文ごと⁽²⁹⁾にその趣旨を考えるべきである。

2 国際条約に国内適用可能性がある場合、条例制定は可能か？

では、国際条約に直接適用可能性のある場合、条例制定は可能か。この問題は、国際条約を実施するための法令が整備されている場合も含めて、法律と条例との関係に関する考え方あるいは理論がそのまま応用されると考えるべきである。ただし、国際条約は、「締約国」、つまり中央政府（狭義の国、場合によってはさらに地方政府（狭義の地方公共団体）を義務づけるのが通常のかたちであり、私人間に国際条約の内容の適用を及ぼすためには、国内法の整備がむしろ待たれていると考える点が、法律と国際条約の相違である点に留意すべきである。

(1) 児童の権利に関する条約

ここで、「児童の権利に関する条約」を例にとつて考えてみよう。義務の主体は「締約国」であり、同条約三条

一項は、「措置」主体として「公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関」を想定している。そして、そこでとられる措置は同条二項が「立法上及び行政上の措置」と定めていて、これらの措置を実施するのは、中央政府（狭義の国）と地方政府（狭義の地方公共団体）であると考えられる。次に、この条約の主たる目的は、開発途上国における子どもの人権環境の改善にあり、これらの諸国が受け入れやすいように、条約の規定には政府の負担を軽くするための免除規定が多くおかれ（例えば、一条但書・四条後段）、また義務づけ方も努力義務であるものもある（例えば、二二条(e)、二四条一項）。実際、日本の憲法・法律の水準からみれば、低いものがあるので（例えば、義務教育に関する二八条）、いわばミニマムの義務を定めたものと解される。この条約四一条は、その規定が「児童の権利の実現に一層貢献する」「法律」⁽²⁹⁾「効力を有する国際法」に含まれる規定に影響を及ぼすものではないという規定をおいており、これは、いわゆる上乗せ的内国法の制定（権利をより手厚くするという意味で上乗せであると同時に、これに対応する義務を強化するという意味でも上乗せである）を妨げないばかりでなく、むしろ奨励する趣旨を確認したものというべきである。

(2) WTO 政府調達協定

他方で、WTO 政府調達協定（「世界貿易機関を設立するマラケッシュ協定」）のような条約は、国際的な基準を定めたものであり、原則として国内法によってそれを緩和あるいは厳格にすることはできないことになる。⁽³⁰⁾あくまで、この条約を実施するために必要な細則の制定に限定されることになる。

いずれにしても、国際条約の趣旨によって、果たして条例制定がそもそも可能か、そして可能な場合どのようなかたちで、あるいはどの程度まで制定可能かが定まることになる。

3 法律との関係はどうなるか？

これに関連して、国際条約と規律対象を同じくする法律（およびその委任命令・執行命令、以下これらも含めて単に「法律」とする）がないとき、どのような条例が制定可能か、さらにそのような法律があるとき、どのような条例制定が可能かの問題がある。

(1) 国際条約と規律対象を同じくする法律がなく、かつ自動執行的であるとき
法律がない場合、その国際条約が「自動執行的」であるときならば、その国際条約を法律とみなして、法律と条例の関係に関する理論をそのまま適用すべきことになる。

(2) 国際条約と規律対象を同じくする法律がなく、かつ自動執行的でないとき
これに対して、その国際条約が「自動執行的」でないとき（そしてそれは主観的には締結者のそのような意思が明示された場合に限定されると解すべきことは前述したが）ならば、それは条約締結権者である中央政府（狭義の国）がそれを実施する国内法の制定権を留保したと解され、条例は原則として制定できないと解すべきである。ただし、例外的に、法律の制定までの間にどうしても国際条約の趣旨を実施する緊急の必要性があるとき、あるいは中央政府（狭義の国）が立法措置を講じないときには、暫定的あるいは限時的な条例は制定可能と解すべきである。憲法上、憲法を直接執行する命令を制定できるかという議論があり、これは立法権を独占する憲法四一条との関係で制定不能と解するのが通説であるが、条例は、住民代表が制定するという点で民主的正統性があり、必ずしも法律の介入が必要とは解されないからである。

(3) 国際条約と規律対象を同じくする法律があるとき

法律がある場合、原則として法律と条例の關係に関する理論が適用されることになる。ただし、法律の上乗せ、あるいは横出しの条例が制定可能か否かは、国際条約の趣旨に照らして判断されることになる。

4 条例制定権を行使しないときどうなるか？

(1) 国際条約と私人間適用

国際条約は、締約国を権利義務の主体としているので、ある条約に自動執行力が仮にあっても、それを私人間に及ぼすような国内法の規定がない限りは、憲法で規定された一般的な人権規定と同様に、いわゆる私人間には直接効力が及ばないのが通常のかたちと考えられる。もし、私人間に国際条約の趣旨を及ぼそうとするのであれば、憲法学において議論されてきた人権の私人間効力の考え方が適用されることになる。そして、判例・通説の採る間接適用説によれば、民法九〇条や七〇九条などの私法上の一般条項の解釈適用を通じて、その趣旨を及ぼすということになる。

(2) 国際条約が私人間の実効的解決制度の設置を義務づけている場合

ところが、国際条約自体が私人間の紛争の実効的解決制度を設けている場合に問題が生じる。例えば、人種差別撤廃条約（「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」）は、締約国の「政府（国及び地方）」（＝中央政府と地方政府）に人種差別行為を禁止し（二条一項(a)(c)、また締約国内における私人間の人種差別を禁止するために、締約国の中央政府（狭義の国）および地方政府（狭義の地方公共団体）に「立法を含む」適切な措置を講じるべきことを定め（同条同項(d)）、さらに「人種差別の行為に対する効果的な保護及び救済措置を確保し、並びにその差別の結果

として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償又は救済を当該裁判所に求める権利を確保する」ことを義務づけている(六条)。このように明示的に地方政府(狭義の地方公共団体)に対して人種差別に対する立法措置が義務づけられている場合に、これを行わなかったとして、人種差別行為を被った私人から出訴されたとき、裁判所はどのように処理すべきであろうか。

これに関する事案が、いわゆる小樽市外国人温泉入浴拒否事件である。一審判決は、人種差別を禁止し終了させるために地方政府(小樽市)がとりうる施策は限られており、また必ずしも有効とは限らず、どのような施策をとる、これをどのように実行するかは被告・地方政府の裁量に委ねられており、その施策をとらなかったとしてもその不作為は原則として違法ではなく、例外的に、有効な施策を容易に採ることができ、市民からみても被告・地方政府がその施策とることが期待するのが相当であるのに、これを怠った場合等に限って、違法となるものと解するのが相当であるとした。

確かに、国際条約上課せられた義務をどのような立法措置を講じて実施するかという点については、地域の特性等に応じた裁量権は認められるが、およそ何もしないという裁量は認められないという意味では、不作為の違法性の認定は、一般的な立法不作為が問われる場合に比して、容易となる。⁽³³⁾つまり、作為義務を明文で規定されている場合には、なんらかの作為をする義務が一義的に生じ、不作為という選択肢は、封じられると解すべきであり、不作為そのこと自体が違法と評価されるべきことになる。

(23) 自動執行的とは、条約それ自体が、行政機関・裁判機関その他の法主体の活動に對して、具体的な行為規範あるいは裁判規範として機能する存在である状態であることを指す。

(24) 内部に適用されることは、地方政府対住民の関係のみならず、住民相互の関係にもその効力が及び、かつそれが裁判の基準となるということである。

- (25) 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編・前掲書注（9）一〇八頁（岩沢執筆）参照。条約に国内的効力を認めながら、国の意思が明確でない限り国内適用可能性を否定することは、矛盾すると思われる。
- (26) 国内立法者が国際法を実施する法律の中でその国内適用可能性を否定する意思表示しているか否かも参照されるべきである。小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編・前掲書注（9）一〇八頁参照。
- (27) 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編・前掲書注（9）一〇八頁参照。
- (28) 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編・前掲書注（9）一〇八頁。
- (29) 児童の権利に関する条約四一条(a)項という「法律」は、(b)項と対比させれば、中央政府（狭義の国）の立法部（国会）の制定する法（日本国憲法四一条という「法律」）のみならず、地方政府（狭義の地方公共団体）の立法機関（地方議会）の制定する法（日本国憲法九四条という「条例」）も含む、国内制定法を指すと解すべきである。
- (30) もっとも、厳格にすることは可能なミニマムの規定もありうる。
- (31) 三菱樹脂事件・最大判昭和四八・一二・一二民集二七卷一五三六頁。
- (32) 札幌地判平成一四・一一・一一判時一八〇六号八四頁。
- (33) 在宅投票制度廃止違憲国賠訴訟・最大判昭和六〇・一一・一二民集三九卷七号一五二二頁。「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない」といふべきであり、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うといふとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」としている。この場合、条約上一義的に課された条例制定義務を果たしていないということになる。なお、立法不作為に関するその後の在外日本人選挙権剝奪違法等確認請求訴訟・最大判平成一七・九・一四民集五九卷七号二〇八七頁は、「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けるものといふべきである」とし、実質的に判例変更したと思われるが、この判決自体は、それは「以上と異なる趣旨をいうものではない」としている。

四 むすびにかえて

以上、国際法と条例の関係をめぐる問題の所在と、議論の方向について国際条約の拘束力を基軸として論じてきた。ここで改めて思うのは、国際化と地方分権という大きな流れの中で、実務にとって実際に必要と思われる基礎的な理論蓄積があまりに少ないということである。ただ、地方政府（狭義の地方公共団体）が条例制定をはじめ、もろもろの施策を構築・実施する際に、国際条約をはじめとする国際法との関係を意識せざるをえない段階にすでに足を踏み入れているということは確かである。

本稿は、中央政府（狭義の国）の条約締結権の限界という視点に重点をおきながら、地方政府（狭義の地方公共団体）の条例制定権のあり方をみてきた。そして、このような視点は、地方政府（狭義の地方公共団体）が中央政府（狭義の国）の締結しようとする国際条約について一定の決定権限を留保しているということを前提としている。ここではまずこのような前提についての一般的な合意が得られなければならない。そして、このような合意があつてはじめて、地方政府（狭義の地方公共団体）から世界に向かって、国際的な法規範となりうべき、新たな準則を作成し発信する権限を留保していることを覚醒させることになる。いずれにせよ、今後、憲法に定められた基本原則の下に、国際条約の国内適用可能性を中核概念とした、国際法と条例との関係のいっそうの解明が急務である。

* 本稿は、二〇〇四年度に（財）日本都市センター内で開催された自主政策研究「国際条約と自治体に関する研究会」（座長・中邨章・明治大学大学院長・政治経済学部教授）の研究成果たる『国際条約と自治体』（財団法人日本都市センター、二〇〇五年）に掲載した私の研究報告書「国際法と国内法（特に条例）の関係と問題点——憲法の視点から——」に一部修正を施したものである。