



総括コメント：行政法からみた自由権規約の国内実施（特集 国内裁判所による人権救済と憲法上の人権・人権条約上の人権：個人通報制度への参加を視野に入れて）

中川，丈久

(Citation)

国際人権, 23:65-75

(Issue Date)

2012

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004105>



〈特集1 国内裁判所による人権救済と憲法上の人権・人権条約上の人権—個人通報制度への参加を視野に入れて〉

総括コメント：行政法からみた自由権規約の国内実施⁽¹⁾

神戸大学 中 川 丈 久

特集1の各報告について、わたしが感じたことは、そもそも人権条約を国内法にどう位置づけるか自体に、行政法の見地から考えるべきことが多いこと、しかし、行政法学はほとんどこれに取り組んでこなかったことへの反省である。

そこで、3つのコメントをしたい。

最初に、条約の国内法的地位を論じるときに使われる4つのキーワード——「条約の国内的効力」「条約の自動執行」「条約の直接適用」「国内法における条約の序列的地位（法律に対する優位）」——について、行政法の見地から、わたしが抱いた疑問を示したい。

次に、その疑問をふまえて、国内法における国際法（条約その他）の地位について、行政法の道具立てを用いてアプローチするとどうなりそうかを、試論として述べたい。

最後に、自由権規約に関する個人通報制度を批准した場合の最高裁判例への影響を、行政事件訴訟法改正の経験に照らし、かつ上記の行政法的アプローチも用いつつ、推測してみたい。

1 第1コメント：4つのキーワードについて

(1) 具体的な意味はなにか

国際法学の議論は、「国内的効力」を有する条約が、「自動執行」ないし「直接適用」されるか、条約と憲法や法律とでは、いずれが「優位」か、などの用語を用いて進められている。しかし、これらは具体的に法律論としてなにを意味するのだろうか。次のような疑問を抱いた。

(2) 条約の「国内的効力」——効力？

国際法学において、条約の「国内的効力」とは、国内法上の一定の手続によって、条約が国内法になんらかの居場所を与えられたことを意味するようである⁽²⁾。すなわち、日本国政府が締結していない条約は、日本の国内法にとって irrelevant（まったく無関係）な存在であるが、締結した条約は、国内法にとってなんらかの relevancy を有する国際法である、ということの意味するにとどまっているようである。

ここで疑問に思うのは、国内法における居場所がなにか（「自動執行」される条約か、法令との序列はどうか等）が明確にされていない段階で、卒然と、それに「効力」があるなどと表現しうるのかということである。

行政法では、法形式（法律・条例・委任立法）と個別的法行為（行政処分と契約）という法効果を発生させるものに限ってその「効力」を語るのであり、それら法形式や法行為がそれ自体として（直接的に）いかなる法効果を生じさせるのかを必ず明確にする⁽³⁾。その際には、行政処分の直接的法効果と付随的法効果の区別⁽⁴⁾ということも論じる。

たとえば「法律が制定されていることを予定している条約は、国内において、立法府に法律を制定する権限又は義務を与えるという効果をもつ」⁽⁵⁾という国際法学の記述を、行政法的に捉え直すと、「そのような義務は、条約自身が発生させているのではなく、憲法98条2項が、条約の締結という事実を要件として、国会と内閣に発生させた効果である」と説明することになるであろう。

そうすると、条約それ自体が、国内法においていかなる法効果を直接に生じさせるのかの説明を抜きにして、その「効力」も語りようがないのではないかという疑念が生じる。国際法の国内実施を語る場であるのに、国際法と行政法で言葉の定義が違うだけだと言って済ませてよい問題だろうか。

(3) 条約の「自動執行」その1

——法治主義は十分論じられているか？

条約の「自動執行」性という語は多義的であるが、その通常の用法は、「それ以上の措置の必要なしに適用されうる」⁽⁶⁾ことと定義され、典型的には、「個人の権利義務を創設し国内裁判所によって執行されうる」⁽⁷⁾条約のことだとされる。

要するに、当該条約が定める規範内容にかんがみて、国内法の立法措置のほか、行政措置（たとえば、補償金事務を担当する行政機関が、給付の要件と額について要綱を定めること）といった手順を必要としないで、裁判所による利用（後述する理

由で「直接適用」の語を避ける)ができる条約かという問題である。

ここで、「自動執行」性の判定にあたって、条約と齟齬するような既存の国内法が存在するかどうか、および、立法政策上の判断としてあえて国内法を立法すべきかどうかという問題は、そもそも視野に入らない(捨象されている)と考えておくことにする(齟齬する既存の国内法がある場合は、後述する条約の「優位」論が取り扱うところと整理すべきであろう。齟齬があるから、どちらが「優位」かが問われるのである)。

さて、国内法の立法措置の要否を行政法の視点から捉えると、これは、法治主義上、法律形式が要求されるような規範が、その条約に定められているかという問題である。しかし、国際法学や憲法学における法治主義への言及は⁽⁸⁾、必ずしも十分ではないように見受けられる。

法治主義とは、日本国憲法では41条(立法権)の解釈論であるが、沿革的には、法の支配ないし法治国の考え方と、民主制(そのうち、既存の法規範は、原則として自由に議会によって変更可能とする思想)を組み合わせて生じた概念である。その具体的内容として、ここでは2つの命題を挙げておく⁽⁹⁾。

すなわち、①わたしたちが、具体的に同意していないのに(つまりそのような契約を締結していないのに)、既得の権利を制限されたり、新たに義務を負ったりするのは、法律がその旨を定めた場合のみであるという命題(「法律による独占的法規創造力」。自主条例もそれに準じる。このような規定を置く法律や自主条例がないと、権利制限や義務賦課も生じない)と、②そうである以上、法律は、既得の権利を制限し、義務を新たに課するにあたっては、法律自身において、十分に詳しい定めを置かなければならないという命題(「法律の留保」。自主条例もそれに準じる。詳しい定めがないと、当該法律や条例は違憲無効となる)がある。

簡単にいうと、①は法律という法形式が独占する能力(なにができるか)、②はその法律を制定する権限を有する者に対する懈怠の戒め(さぼるな)である。罪刑法定主義(憲法31条)や租税法律主義(憲法84条)は、法治主義(①②)の典型場面を抜き出して、表現したものである。

そして、法治主義の核心にある「法律」という法形式(国会の立法権の行使)に、条約は含まれないと解される。憲法73条3号ただし書の国会承認を受けた条約であっても(国会承認を要しないとして、これを受けていない条約〔行政取極〕はいうまでもなく)、含まれない。条約の国会承認の手続は、予算手続と同一であり(憲法61条)、法律の制定手続より簡易だからである(条約を法律に同視するならば、予算と法律の区別にも影響する

であろう)⁽¹⁰⁾。なお、わが国の政府解釈(憲法73条3号ただし書の行政解釈)によれば、「新たな立法措置の必要が生ずる場合」など、「いわゆる法律事項を含む」条約は、必ず国会承認を得ることとされている⁽¹¹⁾。国内法の立法措置を国会にお願いする立場にある内閣からすれば、これは自然な発想であろうが、このことから、法治主義という法律に国会承認条約が含まれるという憲法解釈が導かれるわけではない。

また、たとえ条約は法律に「優位」とするという立場にたっても(後述のとおり、わたしはその立場をとらないが)、そのことをもって、法治主義という「法律」という法形式に、条約が含まれることにもならない(憲法も法律に優位するが、法治主義という法律ではない)。

以上をふまえて、条約を裁判所が利用できる状態にするために、法治主義の見地から、国内法の立法措置が必須となるかどうかを考えると、条約を、さしあたり4つに類型化することができそうである(繰り返しになるが、政策的にあえて立法する場合や、齟齬する国内法を改正するために立法が必要となる場合を除く)。

第1類型の条約は、既存の権利を制限し、新たな義務を課す(これを行政法学では「侵害的」と呼ぶ)ことについて定めるものである。法治主義の見地からは、これを国内において「自動執行」する余地はなく、必ず国内法を立法する必要がある。

たとえば、もしも罪刑(罪の類型とそれに対する刑罰)を具体的に定める条約が締結され国会承認されたとしても、罪刑法定主義との関係で、その「自動執行」の余地はない⁽¹²⁾。同様に、租税法律主義との関係で、条約をもって新たな課税をなしうるわけでもない。いわゆる移転価額課税を、租税条約における特殊関連企業条項だけでなしうるわけではない(国内法の立法が必要)とされるのは、その例である⁽¹³⁾。有害廃棄物越境移動に関するバーゼル条約の批准に伴う特定有害廃棄物の輸出入等の規制に関する法律(いわゆるバーゼル法)の制定も、同様である。これらの条約が、国内法の立法措置を求める条文を置くか否かにかわりなく、法治主義上、国内法の立法措置は必須である。

第2の類型は、単純に権利(たとえば、補償金を受ける権利)について定めるだけの条約である。国内法において、個人への生活支援金、事業者への補助金の交付は、法律化して行われることもあるが(生活保護法など)、予算措置と贈与契約の組合せだけで行われることもある。法治主義上、法律化は必須でないからである。これと同様に、単純に権利について定める条約を裁判所が利用するために、国内法の立法措置は必須ではないと考えられる(むろん、立法してもよい)。

第3類型は、国家の行動を、公正さや透明性、効率性等々の観点から規律しようとする条約である。第1類型や第2類型のように私人の実体的な権利義務に関わる条約ではなく、国家そのもののガバナンス（政府としてのあるべき姿を確保するための規律。私人に手続的権利を与える場面を含む）を実現しようとする条約である。

たとえば、二重課税防止のための租税条約は、公正の見地（二重課税という不当な状況を防ぐという見地）から、締約国の課税権行使を制限するべく、国内法に基づく課税処分について、締約国間の相互協議を定めている。その限りでは、第3類型に属する。締約国間の課税権の譲歩（ないし配分）についての規定も同様である（この規定によって、国内法によらない課税をしているわけではない）。

国際人権B規約（自由権規約）も、公正の見地から、政府による自由権や平等の侵害行為を禁止し、裁判を受ける権利の確保を求める規範であるから、第3類型である。

行政法の文脈でいえば、この第3タイプの条約は、わたしが「行政規律法」と名付けているカテゴリー（行政手続法や情報公開法など）⁴⁴⁾に相当する。行政規律法は、そもそも法治主義上、法律形式をとる必要のない規範である⁴⁵⁾。そのため、こうしたカテゴリーに属する条約もまた、その規範内容に照らして、法治主義上、国内法の立法措置が要請されるわけではない（むしろ、立法してもよい）。

第4類型として、国際物品売買契約に関する国連条約（CISG）がある。CISGの内容は、契約の成立と、契約上の権利義務についての任意規定であり、そのような規範について、法治主義上立法は要求されないと思われる⁴⁶⁾。むしろ、立法してもよいが、その際には、「私法統一条約としての性格上、わが国の法制上の慣行に従った国内立法を行うよりも、条約を直接適用することの方がその趣旨に合致する」⁴⁷⁾などの観点から、国内法の立法措置の要否が捉えられている。これは、法治主義とは異なる視点である。

なお付言しておく、国内法に、「条約に別段の定めがあるときは、その規定による」といった条文の置かれることがある⁴⁸⁾。そのような条約も、以上に述べた4タイプのいずれに属するかに照らして、国内法の立法措置の要否が検討されなければならない。

（4）条約の「自動執行」その2

——条約規定の具体性はなぜ必要か？

国際法学では、条約の「自動執行」性を認めるための「客観的要件」として、「私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する法令（implementing

legislation）にまつまでもなく国内的に執行可能な条約規定」⁴⁹⁾であることが挙げられている。

本稿は、法治主義にいう「法律」に条約は含まれないとする見解にたつから、法治主義の要請としての規定の明確さ（法治主義における法律の留保の要請。上記②）も、条約にまでは及ばないと考えざるを得ない。では、この「客観的要件」はどこから生じるのだろうか。

第1タイプの条約は、条約自身がいかにか具体的な規定をもっているとしても、そのこととは無関係に、およそ「自動執行」性をもたないものであった。そうすると、具体性という要請は、残る第2類型条約（単純に権利付与に関する条約）と第3類型条約（政府のガバナンスに関する条約）についてののみ考えればよいであろう（CISG型の条約はここでは措いておく）。

第2類型条約については、たしかに条約の規定が明確であるか、あるいは、それを補う行政措置（受給事務を担当する行政機関が、給付の要件と額を決める要綱を定めることなど）がなければ、裁判所としては、受給権の成否を判定しえない。その意味で、条約自身が、受給権について「明白、確定的、完全かつ詳細に定め」ていなければ、「自動執行」性はないと言えそうである。国内法でいえば、これはちょうど、公害防止協定は紳士協定か、契約かといった問題⁵⁰⁾に類似する。

第3類型についても、裁判所が利用できるほどに、条約が具体的に明確な規定を置いていなければならないということに尽きるであろう。

（5）条約の「直接適用」

——条約は法形式か？

では、条約の「直接適用」とはなにか。この語は、「自動執行」性を有する条約が、裁判所によって、あたかも法律のごとく用いられることを指すようである⁵¹⁾。しかし、そもそも国内法において、条約は、法律や条例などと同様の意味で、法形式として位置づけられうるのだろうか。法律や条例と同じ意味で「（直接）適用」されることはあるのだろうか。答えは否であるように思われる。

単純に権利付与について定めるだけの第2類型条約が、具体的内容をもっている場合、たしかに、あたかも法律のごとく、当該条約を根拠として、権利救済を求める訴えを提起することができる（訴権が生じる）ように見える。しかし、はたして国家間の約束である条約に、条約の名宛人ではない国内の私人に対して権利（請求権の根拠）を創設する能力が備わっていると言えるのだろうか⁵²⁾。条約をなんらかの法形式であるかのように説明するよりはむしろ、国が補償金給付について、具体性のある国際約束（条約）をしている事実がある

以上、憲法 98 条 2 項または禁反言の要請により、国には、国内の私人に対しても、当該条約に沿った行動を取る義務が生じており、それゆえに、原告には国に対して給付を求めうる地位が法的に生じているという説明をするほうが、正確であると思われる⁹³。

では、政府のガバナンスについて定める第 3 類型条約のほうはどうだろうか。これは、国家の行為が公正等であるよう確保しようとする規範である。「『個人の権利』の認定と、条約規定の『直接適用』とは必ずしも一致しない」という指摘⁹⁴や、わが国の裁判例には、自由権規約をはじめとする人権条約を「直接適用」する例が少なからずあるとする指摘⁹⁵は、第 3 類型の条約についての記述である。

その「直接適用」の態様は、上記第 2 類型のそれとはまったく異なり、条約を既存の国内法令に組み合わせて解釈するというものである⁹⁶（ちょうど、行政手続法による手続的権利を、個別行政法に組み合わせて解釈するように）。そのような解釈ができる根拠は、国家間の国際約束（条約）の形をとって、国家が自らに一定のガバナンスを課すことを宣言している以上、それが私人の利益になるのであれば、憲法 98 条 2 項または信義則上、国には国内の私人との関係でもそのガバナンスを実施する義務があることに求められる。

国際法学では、条約が「直接適用」される「態様」として、(i)「条約が個人の国家に対する請求権の根拠とされる場合」と、(ii)「条約が国家の行為を違法と認定する根拠とされる場合」が挙げられている⁹⁷。このうちの(i)は、上記の第 2 類型の条約の場面に相当すると思われる。そして、これを「適用」と呼んでよいのか、国家間の約束である条約がなぜ国内の私人の請求権の根拠を提供する能力を持つのかという疑問をすでに述べた。他方、(ii)は、条約と国内法の間に齟齬がある場面であるので、次の項で取り上げる。

関連して、「間接適用」の語にも言及しておきたい。この語は、「国際法を国内法の解釈基準として参照し、国内法を国際法に適合するように解釈すること」⁹⁸という意味で用いられるとされる。しかし、このように表現された「間接適用」は、第 3 類型条約の「直接適用」（上述した組み合わせ解釈）と区別しづらいのではないかという疑問がある。また、国内実施法の解釈にあたって、条約の意味を参照すること（たとえば、関税法定率法 4 条の 3 の解釈にあたって、WTO 評価協定 6 条の趣旨を参照すること）を、はたして「適用」と呼ぶことが適切かという疑問もある。

「間接適用」については、自国が締約国となっていない条約を参照することを指すとの指摘もある⁹⁹。そうであれば、こちらの用語法は、ちょ

ど国内法の解釈にあたって、外国法を参照すること（たとえば、最大判平成 4 年 7 月 1 日民集 46 巻 5 号 437 頁の園部逸夫意見）と同列であるから、そもそも「適用」と呼ぶことに疑問がある。

(6) 条約の法律に対する「優位」

——序列関係なのか？

国際法学では、「国際法が国内法の階層秩序の中でどこに位置づけられるか」¹⁰⁰という問題が取り上げられる。条約の「自動執行」性や「直接適用」の問題との関係がわかりにくい（「自動執行」ないし「直接適用」される条約についてののみ、国内法における序列を論じるというとする説もあれば、それに限らないという説もある¹⁰¹）、ここでは、条約と国内法の間に現に齟齬がある場面をどう処理するかという問題であると捉えておこう¹⁰²。齟齬がなければ、そもそも序列を論じる必要もないからである。

そうすると、序列論は、「自動執行」や「直接適用」できるかどうかとは無関係に、およそ日本国が締結したすべての条約と、法律（国内法）が齟齬ないし抵触する場面を取り上げるものだと考えてよいだろう。想定されるのは、次のような場面である。

第 1 類型の条約であれば（これは「自動執行」の余地がない）、その実施のための国内法が、条約の趣旨を適切に反映していない（条約が求めることを 100 % 反映したとはいえない）という場面¹⁰³、またはまったく国内法が措置されていない場面である。

第 2 類型の条約であれば、受給権に関する条約が締結されていながら（裁判所が利用できるほど具体的な規定をもつかどうかを問わず）、その同じ権利を、部分的であれ否定する結果をもたらす国内法や行政指針が存在するという場面である。

これに対して、補償金を付与する要件やその額まで具体的に定めた第 2 類型条約が締結されていながら、それに対応する国内措置が無いだけの場合は、条約と国内法との間に齟齬があるわけではない。したがって、条約締結という事実をふまえると、憲法 98 条 2 項や信義則に照らして受給権が認められるかという問題として捉えれば十分であろう（前項(5)で述べた）。

第 3 類型の条約であれば、たとえば、二重課税回避のための租税条約が締結されていながら、条約が意図する二重課税の回避を不可能とするような国内租税法が立法されている場面¹⁰⁴、自由権規約の無料通訳規定がありながら、通訳費用の自己負担を定める国内法が定められているような場面である。このほか、第 4 類型の CISG と矛盾する国際取引の準拠法に関する国内法が立法されたという場面も考えられよう。

さて、国際法学および憲法学では、条約（国会承認されたものに限るようである）は法律に優位するとの見解が広く採用されている（一部で批判説も登場している⁹³⁾。そして、「国内法秩序における序列としては、条約は少なくとも法律よりは上位のものとなれ、法律以下の法令は、条約に抵触する限りで無効とされる⁹⁴⁾」という記述に見られるように、ここでいう「優位」は、憲法と法律、法律と自主条例、法律と委任立法という法形式間における明確な上下関係、さらには行政活動全般に対する法令や条規の明確な上位性と同じ意味で使われているようである（なお、「優位」の語はそれほどリジッドな意味で用いられているのではなく、ただ単に、憲法 98 条 2 項のもとで、国内法の措置も含めて条約の国内実施に努めるべしという意味に過ぎないとする見解もあるかもしれないが、ここでは、法形式間の上下関係という意味で使われているものとして論述する）。

さて、法律に条約が法形式として「優位」するのであれば、条約に齟齬する国内法は、すべてただちに無効とされるはずである。しかし、このような一刀両断の考え方は、果たして条約と法律の関係をうまく解きほぐせているのだろうか。

戦後の行政法学は、こうした問題をほとんど取り上げてこなかった。しかし、2000 年代に入ると、環境法や租税法などにとどまらず、およそ条約との関係を抜きに、国内行政法の議論も完結しない場面が急増しているという認識が生じている（グローバル行政法現象。後述する）。この近時の行政法的経験をふまえると、国際法と国内法の関係は、決して、予定調和的に上下関係の秩序（ハコ）のなかに収まっているものではなく、相互にしのぎを削り、ときに破綻したり、ときに時間的ラグを要したりしながら、何かを生みだす動態的なものではないかと感じられる。

しかも、条約の「優位」論は、国会承認を得た条約にその射程が限定されている。現在われわれが必要としている視点は、それ以外の条約（行政取極）や、さらにインフォーマルな行政当局間の取決めなどにも視野を拡げることのできるアプローチなのである。

そもそも条約の法律に対する「優位」論は、本当に憲法解釈上の十分な根拠があるのだろうかという近時の懐疑説の登場⁹⁵⁾も考えると、「優位」論とは違ったアプローチはできないかどうかを探求しておく必要があると思われる。

2 第2コメント：国内法における国際法の地位について

(1) 出発点

そこで、“条約は法律に「優位」する”という

法階層的ないし静的な決着の付け方ではなく、“憲法 98 条 2 項のもとで内閣や国会に認められた広汎な裁量権とその説明義務に、裁判所がどう対応するか”という、権力分立的ないし動的な分析ができないかを考えてみたい。

これは、国内法における国際法の地位という基本問題に、行政法の道具立て（裁量的判断の司法審査）を用いてアプローチしようというわたしなりの試論である（国際法学でいう等位理論における国際法と国内法の『調整』という『動的過程』⁹⁶⁾もヒントにしている）。

最初に、以下述べる行政法的アプローチをするにあたっては、国際法と国内法の関係について、国際法学でいわれる次の 2 つの立場を出発点とすることを確認しておきたい。

ひとつは、国際法（条約、国際慣習法、国際司法裁判所の判決など）と、国内法（憲法、法令条規、慣習、判決など）が、理論的には、それぞれ独立の妥当根拠に基づく法体系として別個に成立しているという、いわゆる二元論である⁹⁷⁾。

もうひとつは、その二元論をもとにしつつ、「国際法の国内的効力は各国の国内法が決定する⁹⁸⁾」という考え方である。日本の場合、日本国憲法 98 条 2 項が、「締結された条約及び確立された国際法規」に、国内法においてもなんらかの地位を与えている（いわゆる一般的受容）。では、それがいかなる地位なのかを、以下検討してみる。

(2) 試論

憲法 98 条 2 項の「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」という条文は、日本国が条約を締結したり、確立した国際慣習法が存在したりする場合、国家として、国際関係においてそれを遵守するだけでなく、国内においても、それと矛盾しない行動をとる責務を負うことを宣言する。しかし、それ以上に具体的なこと——国内法における条約の具体的位置づけ——を、同項の条文から読み取ることは困難である⁹⁹⁾。

そこで、すこし視点を変え、同項にいう「日本国」を構成する国会、内閣、裁判所が、憲法上どのように絡み合って、条約の国内実施に至るかのプロセスに着目してみよう。

国会は立法権を有する。内閣は、法案提出と国会審議を通して立法権に関与し、予算案を提出し、内閣総理大臣を通じて「行政各部を指揮監督」（憲法 72 条）する。そうすると、国会と内閣は、法令を新規に制定ないし改正させ（齟齬する既存の措置の除去を含む）、予算案を作成・成立させ、行政指針を定めさせるなど、日本国が「締結した条約及び確立された国際法規」を国内的に実施するために必要な措置について、イニシアティブを

とるべき立場にある。

すでに見たように、「自動執行」の余地のない条約（第1類型の条約）は、国内立法措置が必須である。また、いずれの条約であれ（4類型すべて）、もしも、これと齟齬する既存の国内法や行政方針があれば、国会や内閣はそれを変更するために措置「することを必要とする」（憲法98条2項）のである。

しかるにその際、どのような内容の措置を、いつから実施するかについては、通常、様々な選択肢がある。そのため、憲法98条2項の誠実遵守義務の果たし方につき、内閣や国会には、国際社会や国内社会の状況、予算面などを総合的に勘案したうえで、合理的に行使されるべきだが広汎な裁量権が認められるはずである。

第1類型の条約（「自動執行」性のない条約）の場合、それを国内実施するための法律を、いかなる内容のものとして、いつまでに立法するかにつき、かなりの裁量が認められるはずである。第2類型や第3類型の条約と矛盾する国内法や行政運営についても、これをいつからどの程度廃止するか、必要な予算措置をどの程度、いつからとるかについて、かなりの裁量が認められるはずである。

ここで国会や内閣に認められる裁量判断は、そもそも条約をどのようなタイミングで、また、どの程度、国内実施するかについて判断する権限である。条約と国内法の両立点をどこに見出すかという判断であり、国会であれば、立法裁量権の行使として（憲法のシバリしかない）、内閣であれば、いわゆる執政権の行使として、このような裁量的判断が認められるという整理ができるであろう。

国会や内閣に、条約が予定する選択肢のうちからどれを選ぶかといった裁量権があることは、当然であり、このことは従来から指摘されてきたとおりである⁴²。このような、判断の枠組みがしっかりと決められている裁量は、ちょうど行政法で扱う行政裁量（法律のもとで行政処分や委任立法の際に認められるもの）と同質であり、これだけであれば、条約は、法律に「優位」と言ってもなんら差し支えない。しかしわたしが指摘しようとしているのは、国会や内閣には、こうした行政裁量的な裁量だけでなく、それを超えて、条約と国内法の両立点を見つけるための立法裁量や執政権的な裁量的判断をする権限が、憲法上認められているのではないかということである。そのため、条約が法律に「優位」という見解に違和感を抱くのである。この裁量判断に対するシバリは、憲法98条2項にしかない。

これに対して、裁判所は、司法権の範囲でのみ、憲法98条2項の遵守義務を負う。具体的には、「締結した条約及び確立した国際法規」と、法律以下の国内法や行政措置との間に齟齬が見られた

場合、国会および内閣（実際には当該法令を所管し、措置をする行政機関が担当する）は、その齟齬が憲法98条2項の誠実遵守義務に反していないことを、裁判所に対して説明する義務を負い、裁判所は、その説明が合理的であるかどうかを審査する。裁判所はこの裁量審査を通して、憲法98条2項の誠実遵守義務を履行するのである。

たとえば、ある条約が、その国内実施のためにどのような措置をいつからとるべきかにつき、選択の余地のないほどに一義的に明確な内容を定めていたならば、国会や内閣は、国内措置との齟齬を合理的に説明することがきわめて困難となり、裁量権の濫用という結論が導かれやすいであろう。その結果、国内措置は、憲法98条2項の趣旨にかんがみ、条約と整合的な解釈を施され、さらにそのことをふまえて適宜の裁判的救済が可能となる。逆に、合理的理由が説明されたとき裁判所が考えたならば、その齟齬は不問に処せられる。

（3）試論の具体例

この試論が目指しているのは、条約に反する国内措置は一切許容されない（国内措置の選択についての裁量は、あくまでも条約が認めた選択肢の範囲内の行政裁量的な性質のもの）という条約の「優位」論によるリジッドな処理に換えて、憲法98条2項のもとでは、国内外の諸情勢にかんがみた立法裁量として、合理的にその理由が説明される限りにおいては、条約と齟齬する国内措置が存する状況を許容する余地を残しておくという、柔軟な処理をしようということである。

そのような柔軟な処理は不当、不要であるとの批判は当然あるだろうが、はたしてそうだろうか。

やや特異な例になるが、自由権規約20条は、「戦争のためのいかなる宣伝も、法律で禁止する」（1項）、「差別、敵意又は暴力の扇動となる国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道は、法律で禁止する」（2項）と定めているが、日本ではこれに対応する国内法が制定されていない。自由権規約20条が日本国憲法との関係で問題があるとされている（かつ憲法が条約に『優位』するとされている）からであるが⁴³、しかし同じような問題は、条約と国内法一般についても存在しうのではないだろうか。

もうひとつの例として、自由権規約の無料通訳の規定を取り上げてみよう。

同規約14条3項柱書は、「すべての者は、その刑事上の罪の決定について、十分平等に、少なくとも次の保障を受ける権利を有する。」と定め、「(f) 裁判所において使用される言語を理解すること又は話すことができない場合には、無料で通訳の援助を受けること」とする。他方、刑法181条1項は、「刑の言渡をしたときは、被告人

に訴訟費用の全部又は一部を負担させなければならない。」と定める。

東京高判平成5年2月3日東京高等裁判所（刑事）判決時報44巻1～12号11頁は、自由権規約にいう「無料」については、公費負担のほかに、被告人の知人や大使館職員等が無償奉仕をするという複数の選択肢があることを指摘しつつ、有罪判決を受けた被告人に負担させないという点では一義的であるとして、「刑事事件訴訟法181条1項本文により被告人に通訳に要した費用の負担を命じることは許されない」とした。

この判決の趣旨を、本稿の立場から構成し直すと、次のようになる。刑訴法181条1項の解釈として、その訴訟費用に通訳料も含まれるというのであれば（文言からはそう解するのが自然であろう）、条約と国内法の間に齟齬が存在する。しかるに、自由権規約の文言が、被告人に費用負担させないという点では一義的に明瞭であるのに対し、国会・内閣がこれと矛盾する国内法（刑訴法181条1項）を維持すべき合理的理由が示されているかといえ、そうではないから、憲法98条2項の趣旨にかんがみ、刑訴法181条1項と自由権規約14条3項(f)とを整合的に解釈し、被告人は通訳代の債務を負わないという結論が導かれる、というように判旨を捉え直すことになる（判旨の主観的意図がこうだったということではなく、捉え直しである）。逆に言うと、14条3項(f)の国内即時実施をためらうべき合理的理由を、国会・内閣が説明できたならば、裁判所は人権条約を顧慮せずに、刑訴法181条1項のみを解釈することになるのである。

では、第1類型条約（「自動執行」性はない）と国内法の間に齟齬がある場面はどうだろうか。

先に掲げた有害廃棄物に関するバーゼル条約を国内実施するためのバーゼル法が、条約と齟齬するというべき不十分な規制しかしていないという場合、その齟齬が合理的に説明されていないのであれば、裁判所は、憲法98条2項の趣旨にかんがみた国内法の解釈を施すことになるであろう。しかし、国内の基本法制との整合性がとれないなどといった合理的理由が説明されるのであれば、裁判所は、その齟齬するバーゼル法のまま解釈することになる。

（4）試論のまとめ

条約と国内措置の間の齟齬は、条約が法律に「優位」とするという序列があるという観点からではなく、国際約束の国内実施に関して、内外の様々な状況を総合的に考慮する国会・内閣の裁判判断が合理的であるかの司法審査というプロセスを通して、柔軟に処理されるべきではないかというのが、以上述べたことである。この立場だと、

憲法のもとで、法律以下の国内法と、条約のような国際約束は、お互いの調整を予定する形で隣り合って存在するというイメージでとらえられる。両者は、法階層としての関係（上下の優劣関係、そして、後法優先などが妥当する同位の関係）にはないと考えるのである。

1960年代以降、宇宙、国際人権、国際環境、軍縮、国際経済等の分野において、国際公共利益の実現を目指す「多数国間条約」と呼ぶべき条約体制があり、そこでは、「条約運営機関が、加盟国の行動について条約の目的を重視した評価を加えることが多い。たとえば自由権規約委員会が加盟国の行動を判断する際に純粋な条約解釈によっては導けないような見解を一般的見解（General Comment）という形で表明するのはその代表例だ」と指摘され、「これらの条約運営機関の条約目的促進的な条約解釈は、条約法ウィーン条約31条に規定される条約解釈規則による条約解釈と齟齬することが多い。われわれは両者の間の乖離をどのように捉えるべきだろうか」という問題が提起されている⁴⁴。このように、国際法と国内法が相互に影響しあうダイナミックな法環境に対応するのに、条約の「優位」論は果たして適切だろうか。

誤解していただきたくないが、わたしは、「条約に齟齬する国内法は、直ちに憲法98条2項違反であり、憲法違反で無効である」と言っているわけではない⁴⁵。また、わたしは、憲法は条約に「優位」として考えている。憲法に反する内容の条約その他の国際約束を締結することは、憲法98条1項の「国務に関するその他の行為」として、違憲との評価を受けるという整理である⁴⁶。

（5）グローバル行政法現象への接合

国際法と国内法の間を、「優位」か否かではなく、憲法98条2項のもとで動態的に捉えることは、条約や国際慣習法という古典的な国際法規範のみならず、よりインフォーマルな行政官庁同士の取決め、さらには官民が関与して国際的に政策形成がおこなわれる、いわゆるグローバル行政法現象（行政国家現象のグローバル化）に視野を拡げるためにも有効ではないだろうか。

グローバル行政法とは何か。

国境を越えた経済活動や人の移動、情報流通が一般化した結果、国家の行政活動の大半が、一国単位で完結しなくなり、規制や取締の基準定立や執行体制が、国境を越えておこなわれる（transnational）局面が多々生じている。

協調的行動を目指す国々の行政当局や、問題意識を共有し専門性を有する国際的な民間組織が、折衝を繰り返して、やがて、共通の執行体制の構築や、規制・取締の基準の定立にあたっての共通の

考え方や指針をまとめることがある。そして、行政当局は、必要に応じ、それぞれの国の立法過程に働きかけたり、立法措置が不要と判断すれば行政措置の組み立てに入ったりする。その会合は、適宜、各国の立法やその実施状況を相互に監視し合う。このような基準定立・執行の体制は、多国間条約へと昇華することもあれば、インフォーマルな取決めにとどまることもある。こうした空間を、国内行政法に重大な影響を与える「グローバルな行政空間」(global administrative space)と捉え、行政法の道具立てを使って分析し課題を発見しようとするのが、グローバル行政法と呼ばれるアプローチである⁴⁷⁾。

これは、かつての「国際行政法」⁴⁸⁾の今日的な発展形である。国際法そのものにおける行政法的現象、そして、多国間条約が国内行政法に与える影響だけでなく、条約ではない国際法規範(規範と呼べるかどうかさえ怪しいが)として、各種合意や取決め、公私の団体が作る国際規格、国際的な民間組織の影響を視野に取り込もうとする点で、かつての「国際行政法」を超えた取組みなのである。

(6) 最高裁判決への接合

憲法 98 条 2 項のもとでの国会・内閣の広汎な裁量権と説明義務を重視するというわたしの試論は、自由権規約に関するこれまでの最高裁判決に適合するだろうか。

いわゆる国籍法違憲判決(最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1367 頁)以前の最高裁判決は、“日本国憲法に違反しない以上、自由権規約違反もない”という判示をするのが常であった⁴⁹⁾。日本国憲法と同じ内容の人権条約の条項が問題となった事案であるならば、このような解決になるであろう。他方、もしも日本国憲法を超えた内容の人権条約条項が問題となったのであれば、違った解決方法が採られるべきである。その条項と齟齬する国内法や行政指針があるならば、齟齬を維持すべき合理的理由の有無が審査されなければならない。そして、合理的理由が説明されていないと裁判所が判断した場合は、憲法 98 条 2 項の趣旨にかんがみ、当該条項と国内法・行政指針の整合的解釈が模索されなければならない。

これに対して、平成 20 年大法院判決(国籍確認を求める当事者訴訟)は、国籍法を憲法 14 条に違反して違憲とする理由の一部として、人権条約(自由権規約と児童の権利条約)に言及している。

同判決の多数意見は、国籍法の定めについて、「本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われて

おり、今日において、国籍法 3 条 1 項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである」ところ、「本件区別は、遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解される」から、「上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法 3 条 1 項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法 14 条 1 項に違反するものであったというべきである」とする(下線筆者)。

下線部の「我が国の内外における社会的環境の変化等」のうち、国外の状況について、判旨は、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあることがうかがわれ、我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。さらに、国籍法 3 条 1 項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている」(下線筆者)と述べている。

まず指摘されるべきことは、判旨に、“条約と法律のどちらが優位か”という法序列で決着を付けようとする姿勢は見られないことである。では、国籍法が憲法 14 条違反かどうかを論じるにあたり、多数意見が、国外の状況や人権条約に言及したのはなぜだろうか。本稿で示した試論の立場からこれを理解しようとするならば、次のようになるであろう。

こどもの国籍はどうあるべきかについての立法事実が国内で変化しており、さらに、わが国は自由権規約を締結しているながら、これと齟齬する内容の国籍法をもっているの、国籍法をいつどのように当該条約に適合させるかにつき、合理的な裁量判断を行う責務を国会や内閣が負っている。つまり、国会・内閣は、自由権条約の求めることが国内的にも受入れ可能な状況になっているかについて、合理的な裁量判断をする必要があった。判旨は、その裁量権を、憲法 14 条のもとでの立法裁量の一部を構成するものと理解したのではないだろうか。

3 第 3 コメント：個人通報制度は最高裁にどう影響するか

最後に、わが国に個人通報制度が導入された場

合、そのことが最高裁にどのような形で影響を与えるかを、上述の試論、および行政事件訴訟法（行訴法）の改正（2004年制定。施行は2005年4月1日）の経験に照らして推測してみたい。

行訴法改正は、司法制度改革の一環として行われたものである。改正法案について、当時の最高裁事務局の幹部は、「従来の最高裁判例の考え方をなんら変えるものではない」との評価を下していたという噂話を耳にしたことがある。その真偽はともかく、たしかに、改正行訴法の条文をみると、従来の最高裁判例を変えようとしているのかいないのか、よくわからない。変えようとするようにも、変えないようにも読める条文である⁶⁰。

ところが、最高裁判事のほうは、そうは考えなかったようである。行訴法改正の作業中の時点からすでに最高裁は、自らが主導する形で、行政裁量に対する司法審査を強化するという方向性を顕著にした⁶¹。さらに、行訴法の改正法が施行された後も、改正法のひとつの目玉であった当事者訴訟の活用の一例として、法律の違憲を直接争うことを認めた在外邦人投票権に関する大法廷判決を出した（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）⁶²。

最高裁は、これらの大きな変革を、改正行訴法の条文に忠実に従うという形で始めたわけではない（条文だけからは、必ずしもそのように読めないことは、上述のとおりである）。そうではなく、司法制度改革の答申に触発され、自ら主導して裁判所における行政訴訟の姿を変えていったのである。

これと同じ変化が、個人通報制度によって、最高裁の自由権規約の取扱い方にも生じうるだろうか。

個人通報制度は、国内救済手続を尽くした後でのみ、条約機関の見解が示される手続である。つまり、最高裁判決後に、条約機関の見解が示される。その限りでは、個人通報制度が、当該事件の司法的処理に影響することはなく、したがって、同制度が司法権の侵害になるはずもない。この点についての日本政府の言い分は、根拠に乏しいと思われる。

また、最高裁は、司法制度の頂点であるがゆえに、逆に、外部からの真摯な評価を受け続けることが必要であるというのが、行訴法改正の経験に照らして言えることである。これは健全な影響の受け方である。そのような健全な影響は、個人通報制度によって、生じうるだろうか。

人権条約の条約機関（自由権規約委員会等）の意見や勧告に法的拘束力はない。条約機関の見解は、国内法的に見れば、最高裁判決に対する専門家（学説）や世論の反応と同等のものである⁶³。あるいは、米国法でいうアミカス・キュリエの、いわば事後バージョンと呼べるかもしれない。

そうすると、次に類似の事件が最高裁にあがってきたときに、条約との齟齬は許容したいと主張する当事者には、次のメリットがある。憲法98条2項のもとで国会や内閣が条約と齟齬した国内的措置を維持することに合理的理由があると主張が、条約機関の勧告よりも説得的なものかという攻撃方法が可能となるのである。勧告が説得的なものであればあるほど、内閣・国会は自らの不作為に対する説明責任の水準がそれだけ上がり、そのことによって、裁量判断の合理性に対する司法審査の厳しさも増すのである（一応の合理性があるかどうかではなく、他の選択肢——勧告が示す選択肢——よりも優れていることが説明されなければならない）。

条約機関による意見、勧告という制度は、対話を通じて、価値観の共有を求めるプロセスである。人権条約の国内実施は、憲法98条2項の説明義務を裁判所に対して負う国会や内閣が、条約機関との対話（報告制度や個人通告制度）も含め、徐々に進めるしかないソフトローの世界であるように思われる。条約機関の勧告は、わが国の情報公開法や情報公開条例の考え方をソフトランディングさせるために、情報公開審査会（審議会）という学識経験者の答申（勧告）がもった機能にも似ていよう。

- (1) コメントの機会を与えてくださった申恵丰教授、そして国際人権法学会の皆様には感謝申し上げたい。

なお、本稿では、学会当日とは逆の順番で3つのコメントを並べた。当日の質疑応答の様子からすると、最後にごく控えめに述べたことに、もっとも関心を抱いていたようであったので、原稿化にあたっては、順序を変えて記すことにした。

質疑は、国際法学の論じ方と、わたしの（行政法的な）コメントの間の異同に及んだため（たとえば、わたしは国際法学という変形理論によって立論しているのかなど）、当日のわたしは十分答えることができなかった。そこで原稿化にあたっては、できる限り、国際法学の論じ方と対比させるよう努めることとし、そのために、かなりの記述を追加した。

- (2) たとえば、岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（有斐閣、1985年）339-340頁を参照。

- (3) 行政法における「効力」の用語法は次のとおりである。法律は違憲であれば効力がなく（無効）、契約や委任立法（政省令などの委任命令ないし法規命令、および委任条例）、条例（自主条例）も、違法であれば効力がない（無効）。行政処分については、違法であれば、取消判決によってその効力が消滅させられる。

他方、職務命令や都市計画、行政指導、いわゆる内部基準（審査基準や処分基準等）などについて、適法違法は観念できても、有効無効は観念されないから（法形式・法行為ではないため）、違法と評価されても、効力がない（無効）とは言わない。

- (4) 中川丈久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法学教室 370号(2011年)60頁,69頁を参照。これは、直接的法効果がある(したがって、行政処分であること)ことを前提として、それと違うものとして、付随的法効果を語るために使われる枠組みである。付随的法効果だけをもって、当該行為に法効果があるなどというわけではない。
- (5) 岩沢・前掲注(2)331-332頁。
- (6) 岩沢・前掲注(2)283-284頁。
- (7) 岩沢・前掲注(2)289-291頁,小寺彰=岩沢雄司=森田章夫編『講義国際法(第2版)』(有斐閣,2010年)115頁。ただし、条約が国内で直接適用されるのは、個人の権利義務を創設している場合には限られないということも、常に注記される。
- (8) たとえば、齊藤正彰「国法体系における条約と法律の関係」『講座国際人権法1 国際人権法と憲法』(信山社,2006年)103頁,119-121頁,岩沢・前掲注(2)84-87頁(罪刑法定主義や租税法主義との関係)に引用された文献を参照。行政法学からは、成田頼明「国際化と行政法の課題」成田頼明編『行政法の諸問題:雄川一郎先生献呈論集(下)』(有斐閣,1990年)77頁,87頁がある。
- (9) 詳細は、中川丈久「議会と行政」磯部力ほか編『行政法の新構想I』(有斐閣,2011年)115頁,125頁(民主制と法概念),131-133頁,138-147頁を参照。
- (10) 高橋和之「国際人権論の基本構造」国際人権17号(2006年)51頁,54頁(「条約自体を立法と同視しうるか」「法律に条約が代替しうるか」)。
- (11) 柳井俊二「条約締結の実際的要請と民主的統制」国際法外交雑誌78巻4号(1979年)391頁,418-420頁。なお、ここでいう「いわゆる法律事項を含む」とは、法治主義上、国内法の立法措置が必須である場合のみならず、条約と齟齬する既存立法がある場合、さらには、そのいづれでもないが、政策判断としてとくに立法措置をとらうとする場合も含まれるであろう。山本草二『国際法(新版)』(有斐閣,1994年)107頁参照。
- (12) 検討例として、齊藤・前掲注(8)119-121頁。
- (13) 谷口勢津夫『租税条約論』(清文社,1999年)32-33頁,64-82頁(「租税条約上の課税根拠規範については課税要件法定主義の観点から国内適用可能性を一般的に否定する」)。
- (14) 第1,第2の条約類型と、第3の条約タイプの違いは、筆者が行政法の分類として提案する行政作用法ないし行政実体法(食品衛生法や銀行業法,生活保護法など)と、行政規律法(行政手続法や情報公開法,会計法など)の区別に対応する。この区別について、中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』(有斐閣,2012年)59頁,67-73頁を参照。
- (15) 国や地方公共団体が自らそのような自己規律をすると宣言し、実施しても、法治主義上なんら問題はない。にもかかわらず、行政手続法や情報公開法が立法されているのは、行政機関が、手続保障や情報公開を自発的に行わないことにかんがみ、これを強制するためである。実際、衆議院や参議院は、法律形式をとらず、要綱を定めて、情報公開の求めに応じるとしている。
- (16) 中川・前掲注(9)126-128頁(法規概念と私法原理)。
- (17) 曾野裕夫「ウィーン売買条約(CISG)の意義と特徴」ジュリスト1375号(2009年)4頁,6頁。
- (18) このような規定例につき、斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想I』(有斐閣,2011年)339頁,371-372頁参照。
- (19) 山本・前掲注(11)105頁。ほかに、小寺彰『パラダイム国際法』(有斐閣,2004年)63-66頁,岩沢・前掲注(2)313-314頁(「条約の規定は直接適用されるためには『明確』でなければならないということの第2の意味」)。
- (20) たとえば、最判平成元年11月24日判例時報1344号132頁は、上告人と被上告人間の協定に、具体的な項目についての定めが欠けていることを指摘して、法的拘束力を有する契約とは認められないとした。
- (21) 小寺・前掲注(9)56頁(「自動執行」と「直接適用」の用語法),山本草二「国家の条約解釈権能をめぐる課題」ジュリスト1387号(2009年)17頁,21頁など。
- (22) 山本・前掲注(20)22頁は、「自動的執行性のある条約……〔であるということ〕,私人が直接に条約規定を援用して国内裁判所で訴権を主張できるかは別問題であり、区別する必要がある。もっとも実際には、条約の自動的執行性と私人の訴権は一体として合成してとらえられる場合があり、国内裁判所もこうした観点から請求の認否を下す場合も少なくない。しかし、今後ますますこのような私人の請求(条約の直接適用)が増えるものと考えられる」ところ、「この種の条約の直接の効果として私人の訴権までも含めて認容しているかどうか」改めて検討されるべきだと述べる。
- (23) 地方公共団体等が、要綱等に定めている給付金を申請したが、もらえなかったという紛争について、禁反言や平等原則を介して、給付請求権ないし給付を受ける地位を認めるという処理がされている。神戸地判平成13年4月25日判例時報1801号38頁や東京地判平成18年9月12日(判例集登載なし)など。
- (24) 中恵丰『人権条約の現代的展開』(信山社,2009年)216頁。
- (25) 葉師寺公夫「日本における人権条約の解釈適用」ジュリスト1387号(2009年)47頁,52-53頁。
- (26) 高橋・前掲注(10)54頁(「条約と国内法の上下関係という発想ではなく、条約の意味を国内法に充填していくという発想」)。また、最判昭和42年6月9日訟月13巻9号1131頁が、米国に居住する原告が日本国内に所有していた不動産の譲渡所得について、日米租税条約8条のもとでは、原告自身が、日本国の課税に服するかどうかの選択をなし得るから、日本国による課税処分は違法だと主張したところ、裁判所は、同条をそのように解することはできないとしたのはその例ではないだろうか。なお、岩沢・前掲注(2)87頁は、この判決を引用し、「判例も、租税条約が国内で効力をもち直接適用されうることを認めているようである」と指摘する。
- (27) 岩沢・前掲注(2)331頁。
- (28) 小寺ほか・前掲注(7)116頁。
- (29) 齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社,2002年)278-279頁(「アメリカ合衆国においては、未批准の条約とともに、そもそも法的拘束力を有しない国

- 際文書も同様の手法で間接適用されている」から、日本と「状況が本質的に異なる」と指摘する。
- ③0 小寺ほか・前掲注(7) 117 頁。
- ③1 山本・前掲注(1) 109 頁（「国際法が……国内法上直接に適用される結果、既存の国内法との間に内容上の抵触を生ずることがある」）、岩沢・前掲注(2) 332 頁（「直接適用可能でない条約も国内法に優位することができないわけではない」）など。
- ③2 田畑茂二郎『国際法 I（新版）』（有斐閣、1973 年）165-176 頁（「国際法と国内法と矛盾する場合、いずれが優位に立つか」）。
- ③3 有害廃棄物に関するバーゼル条約と日本のバーゼル国内法の間の齟齬と、その理由について、島村健「国際環境条約の国内実施——バーゼル条約の場合」新世代法政策学研究 9 号（2010 年）139 頁、156-164 頁を参照。同論文がいう「国際環境条約の求める措置が既存の国内法秩序からみて異物と映るようなものである場合」（164 頁）ではあるものの、なんとか国内法が措置された例については、斎藤誠「多国間条約の展開と国内法」中山信弘編『知的財産法と現代社会』（信山社、1999 年）383 頁、384-387 頁を参照。
- ③4 谷口・前掲注③1-2 頁。
- ③5 学説分布状況について、植木俊哉「憲法と条約！ジュリスト 1378 号（2009 年）81 頁、90-91 頁の整理を参照。
- ③6 中・前掲注②4 11 頁、378 頁。
- ③7 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリスト 1244 号（2003 年）69 頁、81 頁。
- ③8 小寺・前掲注⑨ 53 頁。
- ③9 内野正幸「国際法と国内法（とくに憲法）の関係についての単なるメモ書き」国際人権 11 号（2007 年）5 頁という「妥当根拠論」としての二元論である。
- ④0 小寺ほか・前掲注(7) 107 頁、110 頁。
- ④1 新正幸「憲法 98 条 2 項立案過程の分析(1)」行政社会論集 1 巻 3・4 号 396 頁、390 頁。
- ④2 岩沢・前掲注(2) 332 頁（「条約が国内法によって具体化されなければならないとき、国内立法者には裁量が認められるが、その裁量にも限界はある」）、谷口・前掲注③ 33 頁（「国会は租税条約の枠内でその裁量権を行使しなければならない」）。
- ④3 佐藤幸治「憲法秩序と国際人権」『講座国際人権法 1 国際人権法と憲法』（信山社、2006 年）27 頁、36 頁。
- ④4 小寺彰・奥脇直也「多数国間条約体制の意義と課題」ジュリスト 1409 号（2010 年）8 頁、8-9 頁。
- ④5 「憲法 98 条 2 項違反論」について、薬師寺公夫「国際法学から見た自由権規約の国内実施」『講座国際人権法 1 国際人権法と憲法』（信山社、2006 年）43 頁、61-62 頁（賛同説と批判説）を参照。
- ④6 憲法優位説と条約優位説それぞれの根拠について、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）89-90 頁、斎藤・前掲注② 39-42 頁の整理を参照。
- ④7 Global Administrative Law という表現は、アメリカ合衆国で始まったものである。B. Kingsbury, N. Krisch & R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, 68 Law & Contemp. Prob. 15 (2004-2005). また、斎藤・

前掲注⑧ 363-364 頁、366-368 頁も参照。

- ④8 山中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957 年）92-93 頁（「国際法は、国家間の国際的規律であると同時に、国内行政の基準たる法としての意味をもつ」）。国際行政法論の成立と衰退について、斎藤・前掲注⑧ 343-347 頁を参照。
- ④9 薬師寺・前掲注② 55-56 頁。たとえば、在留外国人を対象とする指紋押捺制度を定めた外国人登録法について、平成 8 年 2 月 22 日判例時報 1562 号 39 頁は、「その取扱いに差異を設けることには合理的根拠があるので、外国人登録法 14 条は、憲法 14 条に違反するものでもない」とした後、「右に説示したところによれば、外国人登録法 14 条が、市民的及び政治的権利に関する国際規約（……）7 条、26 条に違反すると解することもできない」とする。また、最大判平成 10 年 12 月 1 日民集 52 巻 9 号 1761 頁（裁判官分限事件の決定に対する即時抗告事件）は、「同号〔裁判所法 52 条 1 号のこと〕は、以上のような理由により憲法 21 条 1 項に違反しないものである以上、市民的及び政治的権利に関する国際規約 19 条に違反するといえないことも明らかである」としている。
- ⑤0 改正法の目玉は、原告適格の拡大、義務付け差止訴訟の導入、確認訴訟の活用の 3 つである。まず、取消訴訟の原告適格に関する行訴法 9 条に、新たに 2 項が追加されたが、これはそれまでの最高裁判例の判旨を抜き書きしたものである。次に、義務付け訴訟や差止訴訟の導入も、見た目は新しいが、従前の判例が（むしろ学説も）「法定外抗告訴訟」として検討していたものに相当し、改正法が「法定外抗告訴訟」に関する先例を大胆に変更するものであるかどうかは、その条文からはわからない。さらに、確認訴訟の活用のメッセージが、当事者訴訟の定義を記す行訴法 4 条に、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言を加えたことで示されたときれるが、そもそも当事者訴訟に給付のみならず確認の訴えもあるのは当たり前のことで、実際、従前から当事者訴訟としての確認訴訟は存在していた（国籍確認訴訟など）。
- 他方で、見ようによれば、大きく従来の考え方を変えるようにも読める。たとえば、確認訴訟活用のメッセージが行政訴訟のとらえ方を根本的に変更しうるものであることについて、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌 130 巻 6 号（2004 年）963 頁を参照されたい。
- ⑤1 控えめな述懐であるが、滝井繁男『最高裁判所は変わったか』（岩波書店、2009 年）79-80 頁を参照。実際の判決については、中川丈久「行政事件訴訟法の改正——行政と司法の関係は変化するか？——」都市問題研究（大阪市・都市問題研究会）58 巻 4 号（2006 年）110 頁を参照。
- ⑤2 この大法廷判決が出されるに至った裏舞台について、滝井・前掲注⑤1 157-160 頁を参照。
- ⑤3 中・前掲注② 352-353 頁（「勸告的な性格をもつにとどまる」が、「相応の重みをもつ」ものである）、372 頁（「国際的に高い権威を有する」）。