

平成23年(ワ)第6049号 損害賠償請求事件

原告 塚本協子外

被告 国

準備書面(3)

平成23年12月7日

東京地方裁判所民事第24部B係 御 中

原告ら訴訟代理人

弁護士 榊原富士子

ほか14名



被告第一準備書面に対して、以下のとおり反論する。

第1 民法750条の女性差別撤廃条約違反及び締約国の差別撤廃義務

1 民法750条が女性差別撤廃条約1条および16条に違反すること

(1) 女性差別撤廃条約における女性に対する差別の定義

女性差別撤廃条約1条は、同条約における「女子に対する差別」を「性に基づく区別、排除又は制限であって、政治的、経済的、社会的、文化的、市民的その他のいかなる分野においても、女子(婚姻をしているかいないかを問わない。)が男女の平等を基礎として人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを害し又は無効にする効果又は目的を有するもの」と定義している。

女性差別撤廃委員会は、このうち、女性が人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを害し又は無効にする効果を有する区別や制限を「間接差別」と呼び、これには、「女性と男性の同一あるいは中立的な取扱いが、女性が直面する既存のジェンダーに基づく不利益と不平等についての認識を欠いているがゆえに、女性に対して権利の行使を否定するような効果を

生んだり、有している場合」が含まれると述べている（一般勧告 28 号）。

(2) 同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) が保障する権利

同条約 16 条 1 項では、「婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女性に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として」、「自由に配偶者を選択し及び自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」（同条約 16 条 1 項 (b)）および「夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）」（同条約 16 条 1 項 (g)）を確保することを締約国の義務としている。すなわち、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) により、婚姻の際に姓を選択する個人的権利についての男女の平等が保障されている。

本条項において保障されている権利は、婚姻の際に姓を選択する個人的権利についての男女の平等であるから、仮に、婚姻後も夫が従前の姓をそのまま使用することができるのとされている場合は、妻も従前の姓をそのまま使用することができるのとされていなければ、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) に明らかに違反する。

(3) 婚姻に際して姓を選択する権利についての男女差別に関するヨーロッパ人権裁判所の裁判例

婚姻に際して姓を選択する権利についての男女平等は、ヨーロッパ人権条約の下でも、同条約 8 条（私生活の尊重）および 14 条（差別の禁止）によって保障されると解釈されており、以下のヨーロッパ人権裁判所の裁判例は、具体的にどのような場合が差別にあたるかを示している点で、本件訴訟においても参考になる。

たとえば、ブルグハルツ対スイス事件判決（Burghartz v. Switserland 1994 年 2 月 22 日 Series A no. 280-B）では、スイスにおいて、既婚女性が夫の姓の前に自らの姓を付けることが認められるのに、既婚男性が妻の姓を付けることを認めていなかったことが性別に基づく取扱いの違いにあたり、かかる取扱いの違いは、客観的かつ合理的正統性を欠き、ヨーロッパ人権条約 8 条および 14 条に違反すると判断された。

また、ユーナル対トルコ事件判決（Ünal tekeli v. Turkey 2004 年 11 月 16 日 Application no. 29865/96）では、トルコにおいて、既婚女性は夫

の姓を名乗らなければならず、既婚女性は、夫の姓の前に、旧姓を付すことができるが、旧姓のみを自己の姓とすることは許されていないことについて、性別に基づく取扱いにあたり、これを正当化する事由はないとして、ヨーロッパ人権条約 8 条および 14 条に違反すると判断された。

(4) 民法 750 条は間接差別として女性差別撤廃条約 16 条違反となること

民法 750 条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と定め、文面上は性中立的な規定となっている。しかし、訴状でも述べたとおり、96.3%の夫婦において妻が改姓するという実態（2009 年厚生労働省人口動態統計）の下で、同規定は、まさに、女性差別撤廃委員会が述べたとおり、「女性と男性の同一あるいは中立的な取扱いが、女性が直面する既存のジェンダーに基づく不利益と不平等についての認識を欠いているがゆえに」、事実上、女性が、婚姻に際し姓を選択する個人的権利を行使することを否定するような「効果を生んだり、有している」のである。

このように、民法 750 条は、女性差別撤廃条約 1 条に定義される女性に対する差別のうち、女性差別撤廃委員会により「間接差別」と説明されている類型の差別に当たり、女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) に違反し、同規定により保障される、婚姻に際し姓を選択する男女の同一の権利を侵害するものである。

2 同条約 2 条 (f) に基づく立法府の差別的法規定の改廃義務

同条約 2 条は、女性に対する差別を撤廃する政策をすべての適当な手段により、かつ、遅滞なく追求するため、立法その他の措置を取るべき義務を定め、立法府に対して、女性に対する差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適当な措置（立法を含む。）をとることを義務付けている（同条約 2 条 (f)）。

2010 年、女性差別撤廃委員会は、同条約 2 条における締約国の義務に関する一般勧告第 28 号（甲 46 の 1, 2）を採択した。同一般勧告は、「締約国は、作為あるいは不作為により女性に対する差別を生じさせてはならないという義務を有」（第 10 段落）することを確認している。また、同条約 2 条柱書きの「遅滞なく」というのは、「締約国の義務が即時的な性格を有するものであることを明示し」、「遅滞は、国内における政治的、社会的、文化的、宗教的、経済

的、資源あるいはその他の懸念や制約を含む、いかなる理由によっても正当化することができない」ことを意味している（第 29 段落）。さらに、2 条 (f) について、「女性に対する差別を撤廃する政策の一部として、法的な保護を提供し、差別的な法律や規則を改廃するという締約国の義務を創設するものである」（第 31 段落）としている。

前記のとおり、民法 750 条は、女性差別撤廃条約において定義される女性に対する差別となる法律であるので、被告国は、同条約 2 条 (f) に基づき、民法 750 条を遅滞なく改廃する義務を負っている。しかし、現在に至っても、被告国は民法 750 条を改廃する措置はとっておらず、同条約 2 条 (f) に違反している。

3 同条約 2 条 (c) に基づく裁判所の司法的救済義務

同条約 2 条 (c) は、締約国の裁判所が差別となるいかなる行為からも女性を効果的に保護することを確保することを締約国の義務として規定している。また、女性差別撤廃委員会も、「締約国は、裁判所が、条約に定める平等の原則を適用し、できる限り条約に基づく締約国の義務に沿って法を解釈することを確保しなければならない」と勧告する（一般勧告 28 号第 33 段落）。

締約国の立法機関が、同条 (f) が規定する差別法規の改廃義務を履行しない場合には、裁判所は、女性差別撤廃条約の履行義務を負う国家の司法機関として、自らの条約上の義務として、条約違反の差別法規により権利を侵害された女性を司法的に救済することが求められる。

本件訴訟は、女性差別撤廃条約上の差別となる民法 750 条の規定を立法機関が改廃しないという違法行為により権利を侵害された原告らが、国の違法行為により被った損害について国に対し賠償を求めるものであり、このような場合に裁判所が司法的な救済を行うべきことは、同条約 2 条 (c) の規定によっても求められているのである。

第 2 本件国家賠償請求訴訟において原告らが主張する条約が保障する権利の内容について

被告は、「女子差別撤廃条約は、我が国の国民個々人に対し、国に対して特定の内容を持つ法制度を構築すべきことを要求できる権利を創設し保障

するものでもない」、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) も、原告らを始めとする我が国の国民個人々人に対し、婚姻に際して夫婦別氏を選択できるような特定の内容を持つ婚姻制度を構築すべきことを要求できる権利を認めたものではない」と主張する（被告第一準備書面 2 頁 26 行以下）。

しかし、前項に述べたとおり、原告らは、「合意のみにより婚姻をする同一の権利」が女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) により、「婚姻に際して氏を選択に関する夫婦同一の権利」が同項 (g) により保障されると主張しているのであり、「特定の内容を持つ法制度を構築すべきことを要求できる権利」や「婚姻に際して夫婦別氏を選択できるような特定の内容を持つ婚姻制度を構築すべきことを要求できる権利」が存在するとは主張していない。被告は原告らの主張を歪曲した上で反論しているにすぎない。

そもそも、このような要求権の存在が、国家賠償法上の違法性の要件ではないことは、原告準備書面 (2) 一、1、(1) で反論したとおりである。

第 3 条約の直接適用可能性について

1 「直接適用可能性」の概念について

被告は、我が国の裁判所において条約を直接適用・援用して個人的権利を根拠付け、その主張を正当化しようとする場合には、当該条約の当該条項が自動執行力を有するものであることがそもそもの前提となると主張する。

条約の「直接適用可能性」と「自動執行力」の定義や用語法については、研究者の間でも必ずしも見解が一致していないが、一応、「直接適用可能性」とは、条約が国内的効力をもつ国において裁判所がある司法判断を行うために条約規定を直接の根拠とすることができることを意味する概念と理解される。また、「自動执行的」または「自己执行的」という用語が「直接適用可能性」と同義の趣旨で用いられることもある（岩沢雄司他編『講義国際法』112、114 頁。申恵丰「人権条約の直接適用可能性」『青山法学論集』第 49 巻第 1 号 181 頁）。

被告の主張における「直接適用」と「自動執行力」の関係は必ずしも明確ではないが、主張の趣旨は、本件において原告らが条約を根拠とする主張を正当化するためには、当該条約規定に「直接適用可能性」がなければならな

いというものと解される。

以下、これを前提として、反論する。

2 個人の権利義務創設は条約の直接適用可能性の要件ではないこと

被告は、国際法は直接個人の権利義務を規律するものではなく、条約の規定から個別の権利義務関係が生ずるのは、直接には国内法によってであるのが通常であり、条約が国内の司法裁判所によって適用されるためには、国内法によって補完・具体化するなど「国際法の国内的实施措置」を待たなければならないのが原則であるとして、このことから、我が国の司法裁判所が直接適用できる条約は、自動執行力を有するものに限られると主張する。

しかしながら、国際法が直接個人の権利義務を規律するものではなく、条約の規定から個別権利義務関係が生ずるものではないというのは、国際人権条約についてはあたらない。また、「国際法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」のであり、「個人の権利義務創設を直接適用可能性の概念に含めるべきではない」（岩沢雄司他編『講義国際法』115頁）。

実際、日本では、憲法98条2項により条約は批准・公布されれば自動的に国内的効力を付与され、裁判官は、国内法上その条約解釈権限に特に制約がない限り、条約の規定に直接に照らして法令や行政行為の合法性を判定することができる（申恵丰「人権条約の直接適用可能性」『青山法学論集』第49巻第1号191頁）。

したがって、被告の主張が、我が国の裁判所が条約を直接適用できる条約は、個人の権利義務を創設している場合に限られることを前提とするものであるとすれば、かかる前提自体に誤りがある。

3 直接適用可能性の判断基準

(1) 直接適用可能性の判断基準の中心は条約規定の明確性であること

被告が挙げる直接適用可能性の判断基準のうち、当事国の意思を考慮する主観的基準については、当事国は条約の国内における実施方法には関心を持たないことが多く、当事国の意思は存在しないことがほとんどであるから、当事国が条約の中で国内適用可能性を否定する意思を表示した場合に意味を有するに過ぎず、国際法は国内的効力を与えられたということに基づいて直

接適用可能であると推定されるべきであるとされる（岩沢他編『講義国際法』115、116頁）。

このため、今日、直接適用可能性を決定する中心的な基準は、客観的基準として説明される条約規定の明確性である。その根拠は権力分立の原則とされる。すなわち、法の定立は立法府の任務であり、あまりにも不明確な規範を司法府が適用すると立法府の権限を侵すことになるからである。明確性の基準により直接適用可能性が否定される場合としては、条約の内容が不明確なために直接適用に適さない場合と、執行に必要な機関や手続の定めを欠き不完全なために直接適用に適さない場合とがあるとされる（岩沢他編『講義国際法』116頁）。

（2）直接適用可能性は条約規定毎に訴訟類型に応じて判断されること

直接適用可能性の中心的な決定基準である明確性は、条約全体についてではなく条約の個々の規定について、かつ、訴訟類型及び条約規定の援用の仕方に応じ相対的に判断される。

例えば、条約規定自体から社会保障の給付請求権が生ずるとして国に対し条約規定を直接の根拠として具体的な給付を請求する裁判においては、条約規定には給付請求を基礎づけるだけの高度の明確性が必要であるのに対して、裁判において法令や行政処分、また立法不作為の違法性を主張する根拠として条約規定が援用されている場合には、法令や行政処分、立法不作為が条約規定に違反するか否かが判断可能な程度に条約規定に明確性があれば足り、条約規定に基づく給付を求める場合に必要とされるような高度の明確性までは必要がない（岩沢『条約の国内適用可能性』331頁、申「人権条約の直接適用可能性」『青山法学論集』第49巻第1号182頁）。

（3）直接適用可能性は条約に特有の要件ではないこと

このような意味での直接適用可能性の要件は、裁判所が憲法を含む国内法に基づく主張について司法判断をする前提としての裁判規範性の問題と大きく異なるものではない。

この点、憲法学者も、条約を裁判規範として用いることができるかどうかについては、「国内法で問題となるのとまったく同様に、個々具体的な条約の個々具体的な規定が個々具体的な法律上の紛争を解決する際に裁判規範たり

うるか否かという問題として考えればそれで必要かつ十分であり、self-executing（原告ら訴訟代理人訳：自動執行）性を有するか否かについて独自に検討することは不必要である」と述べている（山元一「ジェンダー関連領域における国際人権法と国内裁判」『講座 国際人権法 3 国際人権法の国内的実施』375頁）。

第4 本件国家賠償請求訴訟における条約の直接適用可能性の要否ないし充足性

1 本件国家賠償請求訴訟において直接適用可能性は問題とならないこと

第1項に述べたとおり、本件訴訟は、国が条約違反の差別的法規定を条約に基づき改廃する義務を怠っていることにより、損害を受けた個人が国内裁判所において、国家賠償法という国内法に基づいて損害賠償請求という形で司法救済を求める訴訟である。

この点、被告が引用する岩沢雄司教授は、ある条約規定を裁判所が適用することが、立法府が条約を国内的に実現するために必要な措置をとらない場合に裁判所が立法府の代わりに自ら必要な措置をとることや、立法府に対し必要な措置をとることを命ずることになる場合は、権力分立の原則との関係で、そのような形での条約規定の適用は認められず、当該訴訟における条約規定の直接適用可能性が否定される可能性はあるが、同じ条約規定についても、「国家が条約を国内的に実施しないために損害を被った個人による国家賠償請求訴訟を認める余地はあろう」と述べ（岩沢『条約の国内適用可能性』333頁）、本件のような国家賠償請求訴訟においては、条約の直接適用可能性の有無は問題とならないとする。

棟居快行教授が、条約により国が一定の内容の法律の改廃義務を負う場合には、条約の国内法的効力として、条約の国内実施のために立法措置を怠った（あるいは不十分にしか行わなかった）立法不作為については、国家賠償請求訴訟を提起することができる」と述べるのも（棟居快行「国内裁判所における国際人権の適用をめぐる」『講座 国際人権法 3 国際人権法の国内的実施』43頁）、同趣旨と解される。

2 女性差別撤廃条約 16 条は本件国家賠償請求訴訟において直接適用可能であること

仮に、本件のような国家賠償請求訴訟においても条約の直接適用可能性が問題となるとした場合でも、前述のとおり、直接適用可能性は条約の規定毎に、訴訟類型及び条約規定の援用の仕方に応じて判断される所、本件国家賠償請求訴訟において女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) は直接適用可能な条項である。

すなわち、原告らは、被告が女性差別撤廃条約 2 条、16 条 1 項 (b) 及び (g) に違反して民法 750 条を改正する措置を取っていないことにより損害を受けたとして国家賠償請求しているものであり、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) について、民法 750 条が同規定に違反するか否かの判断が可能な程度の明確性があれば、本件訴訟において同規定は直接適用可能である。

この点、女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) は「自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」、同項 (g) は「夫及び妻の同一の個人的権利（姓…を選択する権利を含む。）」をそれぞれ規定しているところ、民法 750 条がこれら各規定に違反し、これら各規定によって原告に保障される「合意のみにより婚姻をする同一の権利」「婚姻に際して氏の選択に関する夫婦同一の権利」を侵害したかについて判断することが可能な程度の明確性に欠ける所はないからである。

3 大阪高判平成 21 年 7 月 16 日の判示は女性差別撤廃条約 16 条 1 項の直接適用可能性とは無関係であること

被告が引用する大阪高判平成 21 年 7 月 16 日の事案は、嘱託職員であった原告が一般職員との賃金格差について、社会権規約 7 条及び女性差別撤廃条約 11 条 1 項 (d) に違反すると主張して、一般社員との賃金差額等の支払いを求めたものである。

大阪高裁は、一般職員も女性が 9 割であったことから、まず社会権規約 7 条について「男女差別の観点からは、同一（価値）労働同一賃金の原則が貫徹されるべき旨を明言していると認められるが、男女差別の観点を含まない、例えば男性労働者相互、女性労働者相互で比較した場合に、同一（価値）労働同一賃金が国際社会のあるべきルールであり、常に保障されるべきである

ことまで具体的に宣言をしたものではないと考えられる」と述べて当該事案は男女差別の問題ではないことを理由に同規定の直接適用可能性を否定し、続いて女性差別撤廃条約 11 条 1 項 (d) について被告引用の判示をして同様の観点から同規定の直接適用可能性を否定した。

前述のとおり、直接適用可能性は条約の規定ごとに、かつ、訴訟類型及び条約規定の援用の仕方に応じて相対的に判断されるものであるから、本件訴訟と援用される条約規定も訴訟類型も異なる本裁判例の判示は、本件国家賠償請求訴訟における女性差別撤廃条約 16 条 1 項の直接適用可能性の判断に、直接の関係はない。

4 在外訴訟判決における憲法規定の適用

むしろ、憲法規定そのものによって個人が権利を行使することはできず、立法による実現が必要である場合でも、国家が必要な立法措置（法令の改廃を含む）を行わないことが違法であるとして提起された国家賠償請求訴訟において、かかる憲法規定も国家賠償請求訴訟における裁判規範たりうることを示したという点では、在外訴訟最高裁判決が、本件訴訟における女性差別撤廃条約の直接適用可能性の判断において、参考になると言える。

すなわち、在外訴訟最高裁判決（最大判平 17.9.14）は国家賠償請求に関して、「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和 59 年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで 10 年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかった」と述べた。

この訴訟において最高裁判所が認定した憲法によって保障された上告人らの権利とは、「国政選挙において投票をする機会を与えられること」であるところ、その根拠規定である、憲法 15 条 1 項は「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」、3 項は「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」と規定する一方で、44 条で「両議院の・・・選挙人の資格は、法律でこれを定める」と規定し、具体的な選挙制度は立法

に委ねているため、15条の規定のみによって国民は権利の行使はできないが、国の立法不作為が15条違反となるかを判断し、15条により保障された権利を侵害された個人による国に対する損害賠償請求を認容するに際しての裁判規範性の有無は問題とされなかった。

憲法を含む国内法の直接適用可能性の議論は、条約の直接適用可能性の議論と基本的に同様であるから、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)が夫婦の氏について具体的な制度を定めずに国内の立法に委ねていることは何ら問題とはならず、また当該規定は同程度の明確性があるといえるので、司法判断は十分可能である。

第5 結論

以上のとおり、被告国は女性差別撤廃条約を締結した結果、女性に対する差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正し又は廃止するためのすべての適切な措置（立法を含む。）をとる義務（同条約2条(f)）を負っているのであるから、同条約16条1項(b)及び(g)に違反する民法750条を改廃する義務があるにもかかわらず、民法750条を改廃していない。したがって、被告国が民法750条の改廃を怠ってきた立法不作為により生じた損害について、原告らは国家賠償を求めることができる。

以上