

平成23年(ワ)第6049号 損害賠償請求事件

原告 塚本協子 ほか4名

被告 国

準備書面(7)

2012(平成24)年12月13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



目次

はじめに	3頁
第1 民法750条が女性差別撤廃条約違反であること	5頁
1 女性差別条約違反は本件訴訟の重要な要素であること	5頁
2 締約国が負う既存の国内法における差別的法規の改廃義務と国会の責任	6頁
3 被告の主張は女性差別撤廃条約における「差別」の概念を理解していないこと	7頁
4 被告は女性差別撤廃委員会からの勧告に異論を述べてこなかったこと	9頁
5 小括	11頁
第2 女性差別撤廃条約が個人に権利を付与していること	12頁
1 人権条約は個人に権利を付与することを目的とする条約であること	12頁
2 女性差別撤廃条約の性質(被告が引用する柳井論文)	12頁
3 女性差別撤廃条約についての個人通報制度の創設	14頁
4 女性差別撤廃条約16条1項(g)及び(h)が保障する権利の内容	15頁
第3 女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の規定は直接適用可能であること	19頁

1	直接適用可能性の判断基準の一般論と日本における直接適用可能性の判断基準	19 頁
2	被告が引用する岩沢教授の見解について	22 頁
ア	条約の国内的効力と直接適用可能性の問題の区別	22 頁
イ	被告による岩沢教授の著書の引用	22 頁
ウ	岩沢教授の説く「否定的な当事国の意思」の内容とその認定	23 頁
エ	女性差別撤廃条約の規定と「準備作業」の検討	24 頁
オ	女性差別撤廃条約の直接適用可能性を肯定する当事国の事後の実行	25 頁
カ	女性差別撤廃条約の直接適用可能性に関する岩沢教授の見解	26 頁
キ	被告による「否定的な当事国の意思」と「国内の立法者の意思」との混同	26 頁
ク	岩沢教授が説く「国内の立法者の意思」による直接適用可能性の排除	27 頁
ケ	被告が引用する政府の国会答弁の意味	28 頁
コ	日本の初回報告書に述べられた直接適用可能性についての被告の認識	30 頁
サ	小括	31 頁
3	条約の直接適用可能性の判断基準として主観的要件は不要であること	31 頁
ア	被告の主張を明確に支持する学説はないこと	31 頁
イ	被告が引用する裁判例は本件訴訟に適用されるべきでないこと	34 頁
ウ	国際人権条約が直接適用可能であるために主観的要件を必要とした裁判例はないこと	36 頁
4	女性差別撤廃条約 16 条は客観的要件において欠けるところはないこと	38 頁
ア	被告が主張する「客観的要件」の内容とその根拠	38 頁
イ	本件訴訟における「客観的要件」として求められる明確性の程度	39 頁
5	小括	41 頁
第 4	本件国賠請求訴訟において条約の直接適用可能性は問題とならないこと	41 頁
第 5	結語	41 頁

はじめに

被告は、第 3 準備書面において、女性差別撤廃条約は個人の権利義務を創設する条約ではない、直接適用可能性はなく日本の裁判所において法的主張の根拠として援用することはできないとの従来からの主張を改めて繰り返したことに加え、新たに、民法 750 条は女性差別撤廃条約に違反するとはいえないとの主張を行った。

被告の主張は、今日、世界の 187 カ国が締結する同条約について、個人の権利を創設するために作成された国際人権条約としての性質を真っ向から否定し、ないしは、国際人権条約も条約である以上、これに基づき権利を取得するのは個人ではなく国家のみであるという古典的な国際法観を、21 世紀の今日においても持ち出すものである。被告は、女性差別撤廃条約の規定は、日本の裁判所において法的主張の根拠として援用することはできないと主張するものであるが、裁判所がこのような被告の主張を採用するとすれば、民法の中に存する女性に対する差別的規定を国会が女性差別撤廃条約に違反して改廃義務を怠っていることにより損害を被ったと主張する原告ら個人が司法的救済を否定されることになるだけでなく、今後、日本における同条約違反についての司法的救済の可能性が事実上、閉ざされてしまうことを意味する。この点で、本件訴訟において原告らが主張する国賠法の違法性の根拠として、女性差別撤廃条約 2 条 (f) 及び 16 条 1 項 (g) (h) の規定を援用することができないとの被告の主張に対し、裁判所がどのような判断を示すかについては、日本の国内のみならず、国際的にも注目が集まっている。

そこで、原告らは、本準備書面において、被告が第 3 準備書面において追加的に行った女性差別撤廃条約に関する反論に対する再反論を行うのと合わせて、原告の主張に対する被告らの反論に理由がないことを、改めて整理して述べる

こととする。

すなわち、原告らは、民法 750 条は女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) の規定に違反する女性に対する差別的法規であり、よって、被告は、同条約 2 条 (f) に基づき、女性に対する既存の差別的法規を遅滞なく修正又は廃止する措置をとる義務（改廃義務）を負うところ、26 年以上の長きにわたり同条の改廃義務を怠り、その結果、原告らが、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) の規定により保障される婚姻及び姓の選択についての男女の同一の権利を侵害したものであるから、原告らは、被告に対し、国家賠償法に基づき、かかる被告の条約義務違反の行為により被った損害を請求することができると主張するものである。

これに対し、被告は、民法 750 条が女性差別撤廃条約違反であるとは言えないと反論するが、被告のこの反論は、同条約上の差別概念を正しく理解しないことによる誤ったものである。また、被告は、そもそも、女性差別撤廃条約は個人に権利を付与するものではなく、また、直接適用可能性がないから、原告ら個人が日本の国内裁判所において同条約を法的主張の根拠として援用することはできないと反論する。しかしながら、被告の主張は、国際人権条約についての理解を誤り、かつ、「自動執行力」に関する学説を不正確に援用し、戦後補償裁判の文脈において裁判所が国際人道法条約及び国際慣習法について傍論として述べた見解を不必要に国際人権条約に拡大して適用しようとするもので、いずれも根拠がない。

以下に詳述するとおり、民法 750 条は女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (g) 及び (h) に違反する差別的法規であり、被告は同条約の締約国として同条約 2 条 (f) に基づき、差別的法規の改廃義務を負う（第 1）。原告らは、同条約 16 条 1 項 (g) 及び (h) の規定により、婚姻及び氏名の選択についての男女の同一の権利を保障

されるものであるところ（第 2）、被告が同条約に基づく差別的法規の改廃義務を長期間怠ったことにより、同条約上の権利を侵害されたとして、国家賠償法に基づき被告に対し損害賠償を求めるために、同条約の当該規定を援用することが、同条約の当該規定が直接適用可能性を欠くとして排斥されるべき理由はない（第 3 及び第 4）。

第 1 民法 750 条が女性差別撤廃条約違反であること

1 女性差別条約違反は本件訴訟の重要な要素であること

本件訴訟は、婚姻夫婦に対し同氏を強制することにより、婚姻夫婦の 96.20%（甲 8・25 頁）において女性が氏を変更し自己の氏を保持することができない実態をもたらしている民法 750 条が、婚姻及び氏の選択について男女同一の権利を保障した女性差別撤廃条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) に違反しており、日本国が同条約の締約国として同条約に違反する既存の国内法の改廃義務を負っているにもかかわらず、26 年以上もの間、法令の改廃について唯一の権限を有する国会がその義務を果たさないことから、その立法不作為により損害を被ったと主張する原告らが国賠法に基づく損害賠償請求という形で司法救済を求める裁判である。したがって、民法 750 条が女性差別撤廃条約に違反することは、本件訴訟における重要な要素である。

しかるに、被告は、これまで、原告らのこの点についての主張に対し反論してこなかったことから、原告らは、原告ら準備書面 (5) において、被告がこの点を争わない趣旨であるか否かを確認した。これに対し、被告は、被告の立場は、「女子差別撤廃条約は、原告ら各個人に対し、原告らが主張するような権利を創設し保障することの法的根拠として、我が国の裁判所

が援用できるような内容のものではない」と言っているものであって、「民法 750 条の規定が女子差別撤廃条約の規定に違反するとの原告らの主張について争わない趣旨ではない」と述べ（被告第 3 準備書面 2 頁）、かつ、「ちなみに」としながらも、女性差別撤廃条約は、「原告ら個人に直接何らかの権利を付与するものではない」との従前からの主張を改めて繰り返した（同 3 頁）。

すなわち、被告の立場は、女性差別撤廃条約は個人に権利を付与するものではなく、また、原告らが援用する同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) の規定は日本の国内裁判所において直接適用可能ではないから、原告らは、およそ、国賠法 1 条 1 項の違法性の根拠として同条約規定を援用することはできないのであり、したがって、原告らの同条約に関する主張の当否を判断するために、民法 750 条が女性差別撤廃条約に違反するか否かの判断に立ち入る必要はないというものである（被告第 1 準備書面 9 頁の「結論」を参照）。

2 締約国が負う既存の国内法における差別的法規の改廃義務と国会の責任

被告は、これまでに、女性差別撤廃条約についての国家報告書審査において、女性差別撤廃委員会から、民法 750 条の改廃について繰り返し勧告を受けてきたが、同委員会の勧告に対し積極的に異論を唱えることもなく、勧告の実現に向けて努力する旨を表明してきた。このため、被告が、本件訴訟において、民法 750 条が同条約に違反しないと主張すれば、従前からの被告の態度と矛盾することになり、また、女性差別撤廃委員会に対する勧告のフォローアップ手続において、同委員会から否定的な評価を受けることとなる可能性がある。被告が本件訴訟において、民法 750 条が女性差別撤廃条約に違反するという原告らの主張について、真正面からの議論を避け、条約が個人

に権利を付与するかという国際法上の古典的な議論を持ち出し、あるいは、条約の直接適用可能性という、極めて技術的・専門的な議論に逃げ込もうとしてきたのは、このような事情によるものと考えられる。

ところで、女性差別撤廃条約上、既存の差別的法規の改廃義務を対外的に負っているのは、締約国である日本国である。そして、国際人権条約についての国家報告書審査の手続において国家を代表する日本国の政府としては、女性差別撤廃委員会からの勧告にしたがい、締約国としての義務を履行しようと努めてきたものである。しかし、国内的には、日本国憲法の下で、法令の改廃の権限は、国会のみが有する（憲法 61 条）。このため、原告らは、条約上、締約国が負う差別的法規の改廃義務を国内において唯一実現しうる国会が、改廃義務の履行を長期間にわたり放置してきたことについて、司法的救済を求めて、本件訴訟を提起したものである。

被告は、今般、初めて、「民法 750 条が女子差別撤廃条約に違反するとはいえない」と反論した。このように、被告が、民法 750 条は女性差別撤廃条約に違反しないという直接的な表現ではなく、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) 「と抵触するものであるとは解し難い」といった歯切れの悪い表現によって、原告らの主張を争わざるを得なかったのは、裁判所において被告を代理する政府自身は、女性差別撤廃委員会からの勧告を受け、民法 750 条の改廃義務の履行の実現を目指してきたにもかかわらず、国会の立法不作為の責任が問われている本件訴訟においては、被告の立場を弁護しなければならないことによるものであろう。

3 被告の主張は女性差別撤廃条約における「差別」の概念を理解していないこと

以上のとおりの事情を反映してか、被告第 3 準備書面における被告の主

張は、「民法 750 条は、・・・夫又は妻の氏のいずれを称するかを夫婦の協議による選択にゆだねており、いずれかの氏が優越するような取り扱いをしているものではなく、性別による取り扱いをなんら異にしていない」ので、同条約 16 条 1 項 (b) 及び (g) と抵触するものではない（被告第 3 準備書面、3 頁）との、表面的かつ形式的な主張にとどまっている。

確かに、民法750条は、夫婦の氏について夫婦が合意により夫又は妻の氏を選択することができるという点では、形式的には性別に基づく差別を行うものではない。しかし、女性差別撤廃条約に定める「女性に対する差別」は、「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」（同条約1条、下線は原告ら代理人）と定義されており、一見、性中立的な法規定であっても、それが女性に対する差別的な効果をもたらしている場合には、同条約にいう女性に対する差別に含まれる（甲52・申意見書6頁）。96. 20%の夫婦において妻が婚姻改姓をするという現状に鑑みれば、訴状41頁に述べたように、民法750条の規定は、日本における慣習の存在と相まって、女性が氏の選択権を享有し又は行使することを害する効果をもたらしているものであり、この点で、同条約16条1項 (b) 及び (g) に違反している。

岩沢教授も、「民法750条は、夫婦が合意によって氏を選択することを認め
ており、表面上は、本規定（原告ら代理人注：女性差別撤廃条約16条1項 (g)）
に違反しない」（下線は原告ら代理人）と述べたうえで、「問題は、98%近く
の夫婦が夫の氏を選択するという現実にある。同条約の特色ある特徴がこの
状況において働くことになる。同条約は、法だけでなく人々の慣習及び慣行

をも変えようとしている」として同条約2条（f）を引用し、日本は、圧倒的多数の夫婦が夫の氏を選択するという現在の慣行を変えるために何らかの適切な措置を取る義務があると考えられると指摘し、女性差別撤廃委員会の日本人委員であった赤松良子氏も、自国の国家報告書についてはコメントを述べないという通常の慣行からはずれて、同委員会において「婚姻した女性は旧姓の使用を継続する権利がある。・・・この関係で、〔日本〕政府は、女性の地位を強化するために法律を制定することを考慮するであろう」と述べたことを紹介している（甲78 yuji iwasawa, “international law human rights and japanese law”, 234～235頁）。なお、この時、赤松氏は、「日本においてこの点に関する法改正へ向けて政府が一步すすめて、女性が結婚に際して姓の変更を強制されることのないよう検討すべき時期が来ているのではないか」と発言した記録が残されている（甲69・林意見書2頁）。

4 被告は女性差別撤廃委員会からの勧告に異論を述べてこなかったこと

また、女性差別撤廃委員会は、日本の定期報告書の審査についての総括所見（最終見解）において、被告に対し、夫婦の氏を選択についての差別的な法規定の改正を繰り返し求めてきたが（訴状22～23頁、甲17、18）、このことは、同委員会が民法750条は女性差別撤廃条約違反であるとの認識を有していたことを示すものである。

しかしながら、被告は、同委員会からこのような勧告を繰り返し受けたことに対し、反論を述べたことは一度もない。女性差別撤廃委員会が2009年の総括所見において民法750条の改廃についてフォローアップ報告を求めたのに対し、「日本政府は、この最終見解を真摯に受け止め、関係府省庁が一丸となってフォローアップに努めるとともに、国会や裁判所に対しても、この

最終見解を周知し、フォローアップを依頼した」と述べて、選択性夫婦別氏制度の導入にかかる措置を講じている旨の報告を行っている（甲57）。さらに、この報告を受けて、さらに同委員会から、改めて、「女子差別撤廃条約16条1（g）の規定に沿って夫婦に氏の選択を認めること・・・を内容とする民法改正法案の採択について講じた措置」について追加的情報を1年以内に提出するよう要請されたことに対し（甲58）、被告は、2012（平24）年11月、「・・・、選択的夫婦別氏制度の導入、・・・等を内容とする民法及び戸籍法の改正については、・・・現在に至るまで法律案を提出するには至っていない」ことを報告した（甲79）。

ちなみに、被告は、他の国際人権条約の国家報告書審査の総括所見において、委員会からなされた勧告について、委員会の解釈に同意しない場合は、反論を行っている。すなわち、被告は、社会権規約に関する日本の第2回報告書に対する社会権規約委員会の総括所見（最終見解）（2001年）に対し、「事実誤認が見られる」「事実誤認あるいは誤った因果関係の把握に基づいた勧告の内容となっているおそれがある」などと述べるほか、「貴委員会が最終見解の中で取り上げ得る事項かどうか疑問なしとしない」として同委員会の総括所見（最終見解）に対する反対の見解を表明した「最終見解に関する締約国の意見」（甲80）を委員会に対し提出した。また、人種差別撤廃条約に関する日本の第1回・第2回報告書に対する人種差別撤廃委員会の総括所見（最終見解）（2001年）に対し、「本条約第1条の1にいう "descent" の意味については、日本政府としては上記1.（2）（ロ）のように理解しており、したがって委員会の "descent" の解釈を共有するものではない」とか、「我が国の現状が、既存の法制度では差別行為を効果的に抑制することができず、かつ、立法以外の措置によってもそれを行うことができないほど明白な人種

差別行為が行われている状況にあるとは認識しておらず、人種差別禁止法等の立法措置が必要であるとは考えていない」など、委員会の解釈と異なる見解を述べる「人種差別撤廃委員会の日本政府報告審査に関する最終見解に対する日本政府の意見」（甲81）を委員会に対し提出した。

以上のとおり、被告は、他の国際人権条約の国家報告書審査において委員会から受けた勧告について委員会の解釈に同意できない場合には、委員会に対し反論の意見書を提出する実行を行ってきている。このような被告の態度と対比すれば、女性差別撤廃委員会から民法750条の改廃の勧告が繰り返し行われてきたことに対し、被告が、一度も反論の意見書を提出することなく、勧告の実現に向けて努力している旨の報告書を同委員会に対し提出してきたことは、民法750条が女性差別撤廃条約上、被告が改廃義務を負う女性に対する差別的法規にあたり、被告がその改廃義務を負うことを、被告も自認していたことを示すものである。

5 小括

以上のとおり、民法750条は、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)に違反し、被告が同条約2条(f)に基づき改廃義務を負う女性に対する差別的法規にあたり、よって、被告が同規定の改廃義務を長期間怠り放置したことは、国賠法上、違法と評価される。

しかしながら、被告は、そもそも女性差別撤廃条約は個人に権利を付与しておらず、また、日本の裁判所において直接適用可能ではないから、原告らは、国賠法上の違法性の根拠として同条約を援用することはできないと反論するので、次項以下において、被告の反論に根拠がないことについて、改めて述べることにする。

第2 女性差別撤廃条約が個人に権利を付与していること

1 人権条約は個人に権利を付与することを目的とする条約であること

被告は、第1準備書面では、女性差別撤廃条約は、「締約国の個々の国民の権利義務を規律する内容の条約であるとは考えられていない」（8頁）と述べていたが、今般、同条約は、「個人に直接何らかの権利を付与するものではない」（被告第3準備書面3頁）として、およそ同条約が個人に権利を付与することを全面的に否定する主張を行った。

被告のこの主張が、第1準備書面においても述べられていた「条約（を含む国際法）上の権利義務関係は、原則として、国家間の関係を規律するものであって、国家内の個人の権利義務を直接に規律するものではない」（被告第1準備書面3頁）ことを根拠とするものであるとすれば、このような国際法一般の性質は国際人権条約についてはあたらないことは既に述べたとおりである（原告ら準備書面（3）6頁）。条約を含む国際法は直接個人の権利義務を規律するものではないとの被告の主張が人権条約に関しては妥当せず、女性差別撤廃条約を含む国連で作成された人権条約及び地域人権条約は、いずれも、国家間の条約という法形式を取ってはいるが、その趣旨及び目的は個人の人権の保護であり、「人権条約は明瞭に個人の人権を、締約国により保障される権利として国際法上認めているのであって、人権条約が個人の『権利』を規律したものでないとの主張は、端的に言って誤り以外の何物でもない」と、申意見書（甲52・申意見書23頁）は、明確に述べている。

2 女性差別撤廃条約の性質（被告が引用する柳井論文）

被告は、上記のとおり条約（を含む国際法）についての一般論に加え、女性差別撤廃条約は、「締約当事国に対し、ある事項について一定の水準若

しくは内容の国内制度を設け又は維持することを義務付けるタイプの条約」であるから、「締約国の個々の国民の権利義務を規律する内容の条約」ではない（被告第1準備書面8頁）とか、「原告ら個人に直接何らかの権利を付与するものではない」（被告第3準備書面3頁）と主張する。

このような女性差別撤廃条約の性質に関する被告の主張は、柳井論文（乙16）に依拠するものであるが、同論文は、被告の主張の根拠となるものではない。

すなわち、同論文は、条約の性格や目的の相違によって、それぞれの条約と国内法との関係の仕方にかなり大きな差異が出てくることから、条約の性格や目的の側から国内法との関わり合いを見るという観点で、条約をその性格に応じて、①国内法又は国内制度の統一を目的とする条約、②一定水準の国内制度整備を要求する条約、③国内的実施の方法を各当事国に任せる条約、④行政取極、⑤国内法に倣った規定を有する条約の5つの類型に分類するものである（乙16・101～105頁）。そして、同論文は、①の類型の「条約のように直接国内法又は国内制度の統一を図るというものではないが、当事国に対し、一定の水準若しくは内容の国内制度を設け又は維持することを義務付ける条約もある」と述べ、この類型に属する条約として、人権規約（社会権規約及び自由権規約）、および、女性差別撤廃条約を挙げているのである。

このように、同論文は、条約上の義務として国内法や国内制度の整備が求められるかという観点から条約の性格に応じて分類を試みているに過ぎず、その分類が、条約が個人に権利を付与するか否かという問題に関連するという記述はまったくない。実際、同論文は、この②一定水準の国内制度整備を要求する条約として、自由権規約も挙げているのであり、被告の

主張によれば、自由権規約も、およそ個人に権利を付与する条約ではないということになってしまう。柳井論文が、そのような主張を含むものでないことは、同論文を正しく読めば明らかである。

要するに、同論文は、被告の主張を根拠付けるものではなく、被告の同論文の引用は、女性差別撤廃条約が個人に権利を付与するものではないとの主張に資すると被告が考え、強引に持ち出したものに過ぎない。

3 女性差別撤廃条約についての個人通報制度の創設

さらに、女性差別撤廃条約は個人に権利を付与するものではないとの被告の主張が誤りであることは、同条約上の権利を侵害された個人が、女性差別撤廃委員会に対し通報を申立てる個人通報制度を導入するための同条約選択議定書が1999年に採択されていることから明らかである。すなわち、同選択議定書2条は、通報の申立の資格を「条約に定めるいずれかの権利の侵害の被害者であると主張する者」に付与しており、このことは、女性差別撤廃条約が個人に権利を付与していることを前提とするものである。

しかも、同選択議定書の起草過程のための政府間会議においては、女性差別撤廃条約上の締約国の義務、特に、経済的・社会的・文化的権利に関する義務については、プログラムの性質のものであって、条約上の義務違反の有無の司法的判断はできないとの問題提起がいくつかの国家からなされた。しかしながら、このような疑念は起草過程の議論において克服され、1999年10月6日、第54回国連総会において、日本を含む国連加盟国の全会一致（無投票）の国連総会決議54/4により、同選択議定書が採択されたのである。このように、今日、女性差別撤廃条約が個人に権利を付与しており、同条約上の義務違反による個人の権利侵害についての司法的判断が可能であることを否定する議論は、今日では見当たらない。

なお、同条約選択議定書は、2000年12月22日に発効し、2012年12月11日現在、その締約国数は104カ国に達している（日本は未批准）。

4 女性差別撤廃条約16条1項 (g) 及び (h) が保障する権利の内容

ア 以上のとおり、被告は、女性差別撤廃条約が個人に権利を付与するものであること自体を否定するのであるが、さらに加えて、被告は、従前から、「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」（被告第1準備書面2～3頁）と反論してきた。

これに対し、原告らは、同条約16条1項 (b) および (g) の規定によって、「合意のみにより婚姻をする同一の権利」、および、「婚姻に際しての氏の選択に関する夫婦同一の権利」が保障されると主張しているのであって、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ことを指摘した（原告ら準備書面 (3) 5頁）。

イ しかしながら、被告は、今般、改めて、上記の反論を繰り返し、かつ、本件では、「女性差別撤廃条約16条1項 (b) 及び (g) によって、原告らが、別氏のまま法律婚をする権利という、国賠法1条1項の適用上の違法性を根拠付ける具体的な権利利益が保障されているかがまずもって問題となる」ところ、同条約は、「締約当事国に対し、ある事項について一定の水準若しくは内容の国内制度を設け又は維持することを義務付けているタイプ」の条約であって、同条約16条1項 (b) 及び (g) が掲げる権利も、国内法の立法措置等を待つことなく具体的権利と認められるものではなく（後述する夫婦が別氏のまま法律婚をすることができる権利というものが、これらの規定から当然に導き出されるものでもない。）、国内法による補完・具

体化がなくとも、内容上そのままの形で国内法として直接に実施され、私人の法律関係について国内の裁判所及び行政機関の判断根拠として適用することができるものともいえない」と主張する（被告第3準備書面4頁、10頁）。

そこで、この被告の主張が誤りであることを、以下に述べる。

ウ 第一に、本件訴訟において、民法750条の改廃を怠ったという立法不作為によって原告ら個人が侵害された具体的な権利利益は、女性差別撤廃条約16条1項（b）及び（g）の規定によって保障される「合意のみにより婚姻をする同一の権利」、および、「婚姻に際しての氏の選択に関する夫婦同一の権利」であり、これ以上に、これらの規定から、国内法の立法措置等を待つことなく、「夫婦が別氏のまま法律婚をすることができる権利」が導き出される必要はない。

なぜなら、本件訴訟は、条約規定を直接の根拠として、裁判所の判決により権利内容の実現を求めているものではなく、権利の侵害に対する事後的救済として損害賠償の請求を求めるものだからである。この点、在外訴訟最高裁判決においても、裁判所は、「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、・・・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」と認定して、国会の立法不作為が国賠法上の違法にあたりと判断したが、同訴訟において上告人らが侵害されたと裁判所が認定した憲法上の権利とは、「国政選挙において投票をする機会を与えられること」であった。

被告の論によれば、在外訴訟最高裁判決においても、上告人らが憲法15

条に基づき、「在外国民が国政選挙において投票できるような特定の内容を持つ在外選挙制度を構築すべきことを要求できる権利」や、選挙法等の立法措置等を待つことなく、「国民が日本国外に在住のまま国政選挙において投票することができる権利」が保障されていない限り、立法不作為について国賠法上の損害賠償請求ができないということにならざるを得ないであろう。しかしながら、上記のとおり、最高裁判所は、そのような見解を採らなかった。それは、立法不作為についての国賠法上の損害賠償請求においては、憲法によって保障された権利が侵害されたことに対する事後的救済としての損害賠償を求めているのであって、訴訟の中で選挙権の具体的な行使の実現を求めているものでもなければ、裁判所に対し具体的な選挙制度の構築を命ずる判決を求めているものでもないからである。

エ 第二に、被告が、「同条約16条1項 (b) 及び (g) が掲げる権利も、国内法の立法措置等を待つことなく具体的権利と認められるもの」ではないことの理由として挙げる、同条約は、「締約当事国に対し、ある事項について一定の水準若しくは内容の国内制度を設け又は維持することを義務付けているタイプの条約」であるとの柳井論文の引用が、被告の主張と関連性のない論述の強引かつ不適切な引用であることは、既に指摘したとおりである。

オ 第三に、被告の主張が、女性差別撤廃条約は個人に権利を付与するものではないとの見解に基づくものであるとすれば、このような見解が誤りであることは、前項において既に述べた。加えて、前項において被告の反論が誤りであることを示す根拠の一つとして述べた同条約選択議定書の個人通報制度に基づき申立がなされた通報事件のうち、条約16条1項 (g) の権利の侵害の有無が問題となった通報事件において、女性差別撤

廃委員会は、同規定が保障する権利の内容を明らかにしている（甲69・林意見書9～10頁）。

x and y 対フランス事件（通報事件12／2007、2009年8月4日決定）、および、michèle dayras, nelly campo-trumel, sylvie delange, Frédérique remy-cremieu, micheline zeghouani, hélène muzard-fekkar and adèle daufrene-levrard 対フランス事件（通報事件13／2007、2009年8月4日決定）は、いずれも、婚姻夫婦の子は父親の氏を称すると女性に対する差別的慣習法を撤廃するためにフランス政府が制定した立法によって救済を受けられない状況が条約16条1項（g）に違反するとして、父親の氏を称することを余儀なくされた通報者らが申立てた事件である。

これらの通報事件について、委員会の多数意見は、母親が申立てていれば、条約16条1項（g）違反が認定された可能性を示唆しながらも、その子である通報者らは、法律婚または事実婚の地位にあることによって氏についての権利に関する差別を受けた訳ではないため、同条約上の権利を侵害された被害者にはあたらないとして、受理可能性を否定し、条約違反があったか否かの本案の判断は示さなかった。すなわち、委員会は、「委員会は、16条1項（g）は、婚姻した女性、または、夫婦としての関係にある女性が、当該女性の同一姓の一部であるその旧姓を保持し、子にその旧姓を継承させることを可能にすることを目的とするものであるという見解を有しており」、したがって、「通報者は、子どもとして、家族の名前の使用または継承に関する権利を主張することはできず、16条1項（g）の下での個人的権利を有しない」と述べた（パラ11. 10）うえで、「委員会は、16条1項（g）は夫及び妻に対し個人的権利を付与しているという事実にかか

ならず、この個人的権利はまた、その両親から家族の氏を受け継ぐ子どもたちにも帰属するものと解釈されるべきであるとの通報者の主張に十分な配慮をした。しかしながら、委員会は、子どもたちは、親のいずれかの権利の侵害によって間接的に影響を受けうるであろうことは認められるものの、この主張は認められない。しかしながら、委員会は、通報者の母親は、その氏を子どもたちに継承させることができなかつたのであるから、『被害者』であると主張することができたであろうことを認める」と述べている（パラ11. 11）。

これらの決定において、委員会が、通報者の母親が通報を申立てていれば、条約16条1項（g）違反が認められたであろうことを示唆しているとおり、同規定が個人に権利を付与しており、締約国が必要な立法措置を執らないために同規定によって保障される権利が侵害されている場合に同条約違反が認定されうることは、明らかである。

第3 女性差別撤廃条約16条1項（b）及び（g）の規定は直接適用可能であること

1 直接適用可能性の判断基準の一般論と日本における直接適用可能性の判断基準

条約が国内法的効力を有するかという問題と、裁判所による直接適用が可能かという問題が区別されることについては、今日、争いはなく、また、条約の直接適用可能性の有無は、①国内法により、②個々の規定について、③事案に応じて、判断される問題であることについても、概ね、争いはない（甲52・申意見書24頁、甲82・薬師寺公夫「国際法学からみ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』74頁）。被告自身も、自由権規約の第4回報告書において、「条約の規定を直接適用し得るか否かについ

ては、当該規定の目的、内容及び文言等を勘案し、具体的場合に応じて判断すべきもの」と述べている（甲83）。

しかしながら、直接適用可能性の判断基準については、学者の見解も一致しておらず、むしろ、類似の概念が用いられていても、その立場は大きく異なる場合もある。加えて、この問題を論ずるほとんどの国際法学者の見解が、一般論で終わっており、条約の直接適用可能性は「国内法によって決定される」と言いながら、日本における条約の直接適用可能性の判断基準について明確に論じたものは数少ない（甲84・阿部浩己「国際人権法と日本の国内法制」『日本と国際法の100年 4人権』281頁以下は、明確に日本における条約の直接適用可能性の概念及び基準について詳細に検討し論じている）。

また、ほとんどの国際法学者が、主観的要件と客観的要件を論じているが、この2つの要件を満たした場合にのみ直接適用可能性が認められるのか、条約は原則として直接適用可能であり例外的に主観的要件または客観的要件を理由に直接適用可能性が否定される場合があるのかについて、重要な見解の相違がある。さらに、主観的要件、客観的要件の内容についても様々な見解がある。

この点、岩沢教授は、条約の国内法的効力と直接適用可能性の問題は区別されるが、条約も、国内法に受容され国内において法としての効力をもつことが承認された以上は、「国内法と同じように、直接適用可能であることが『推定』され」ると、明確に述べている（乙17・301頁）。この見解は、条約の直接適用可能性の判断基準についての一般論として述べられたものであるが、日本においては、締結された条約は国内法的効力を付与されるから（憲法98条2項）、国内法と同じように、直接適用可能であることが推定される。そして、このように、条約の直接適用可能性は推定されるという見解に立っ

た場合、直接適用可能性が否定されるのは、例外的な場合ということになる。岩沢教授は、条約の直接適用可能性が否定される例外的な場合として、直接適用可能性を否定する当事国の意思が条約の文言に明示され、あるいは、「準備作業」から確認される場合（否定的な当事国の意思）、締約国の立法者が宣言や決議等により直接適用可能性を排除する意思を明示している場合（立法者の否定的な意思）（同教授は、以上の場合を「主観的基準」と呼ぶ）、もしくは、条約規定の文言が明確でないために直接適用ができない場合（同教授は、これを「客観的基準」と呼ぶ）である（乙17・310～314頁、甲61・115～116頁）。

この岩沢教授の見解は、国際法学者の間でも強く支持されており（甲62・申185頁、甲84・阿部279～280頁）、特に、阿部教授は、一般論として述べられた岩沢教授の上記の見解を前提として、日本においては、締結された条約は国内法と同じように裁判規範性を有するのであり、ただし、憲法等の国内法であっても、規定の文言が明確性を欠くために司法権の行使の問題として裁判において適用することができない場合があるのと同じ意味で、条約についても裁判規範性を欠く場合があるに過ぎないと述べる（甲84・279～280頁）。阿部教授は、「憲法等国内法令が裁判で援用される場合を見ると、その裁判規範性が最初の段階で問われることはなく、問題が生じるとすれば、裁判規範性に疑義がある場合に限られるとあってよい。つまり、国内法令については裁判規範性のあることが一般に推定されている。となれば、国際法も他の国内法令とまったく同じように、裁判規範として解釈できることがまずは推定されてしかるべきである。自動執行性の具備を本案審査のための前提要件かのごとく位置づける必要は、本来的にないはずである」（甲84・287～288頁）。

2 被告が引用する岩沢教授の見解について

ア 条約の国内的効力と直接適用可能性の問題の区別

被告は、締結された条約が国内的効力を持つということは、裁判所が当該条約を直接適用することが可能であるということを直ちに意味するものではないとして、岩沢教授の著書『条約の国内適用可能性』（乙17の2・285頁）を引用する（被告第3準備書面7頁）。

原告らも、条約が国内的効力を有することと、国内的効力を有する条約規定を裁判所が直接適用することが可能であるかということとが区別されることについては、被告と同じ理解に立つ。したがって、「原告らの上記主張は、憲法98条2項による条約の国内的効力と裁判規範性の問題を混同」しているとの被告の批判（被告第3準備書面4頁）は当たらない。

イ 被告による岩沢教授の著書の引用

ところで、被告は、直接適用可能性の判断基準としての主観的要件について、岩沢教授が、「当事国の意思は、条約の国内適用可能性を排除する基準としては意味をもつ」とした上、「締結国は、自国の憲法に従い、この条約の規定を実現するために必要な措置をとる」といった規定が、直接適用可能でないという否定的な当事国の意思を示しているといわれることが少なくないとした上、条約の「準備作業」を調べてみると、当事国は、このような規定によって、条約の国内適用可能性を排除することを意図したわけではないことが明らかになるのが普通であると述べたことを引用する（乙17・302～304頁）（被告第3準備書面8頁）。そのうえで、被告は、女性差別撤廃条約が、「締約国は・・・適当な措置をとる」等と規定していること、及び、我が国の同条約の発効までの経過において、同条約の国内における実施については、国内法性の整備を通じて行うことを前提とす

る答弁がなされていることから、同条約を自動執行力のない条約として理解するのが我が国の意思であったことは明らかであるとして、「岩沢教授の著書の上記記載を踏まえても、条約の国内適用可能性を排除する主観的要件が認められることは明らかである」と述べる。

しかしながら、このような、被告による岩沢教授の著書の主観的要件に関する理解は、次に述べるとおり、明らかに誤りであると言わざるを得ない。

ウ 岩沢教授の説く「否定的な当事国の意思」の内容とその認定

まず、岩沢教授は、『条約の国内適用可能性』の「国内適用可能性の基準」の節において、「主観的基準」として最初に「当事国の意思」について検討している。ここで、岩沢教授は、「積極的な当事国の意思」について、「条約が直接適用可能であるためには当事国がそう意図したことが必要であるという見解は、条約のほとんどが二国間条約であった時代には妥当であったかもしれないが、少なくとも多数国間条約が多くなってきた現代では妥当でなくなっているように思われる」（乙17の2・299頁）と述べて、条約の直接適用可能性に関する当事国の積極的な意思を直接適用可能性の要件とすることを批判し、条約も、国内法に受容され国内において法としての効力をもつことが承認された以上、「国内法と同じように、直接適用可能であることが『推定』されてしかるべき」であり、「立証責任は、条約が直接適用可能でないと主張する側が負うことになる。また、条約の国内適用可能性を根拠づける基準ではなく、それを排除する基準が検討されなければならない」という立場に立って、「当事国の意思は、条約の国内適用可能性を排除する基準としては意味をもつ」と述べるのである（同301頁）。

このように、岩沢教授が、否定的な当事国の意思は、条約の直接適用可能性を排除する基準としては意味をもつことを認めるのは、「当事国が条約の国内適用可能性を排除する否定的な意思を条約の中で明示した場合には、条約の『当事国自治の原則』に基づき、条約は直接適用可能でないことにならざるをえないだろうから」という理由に基づく。「条約自体が当事国の意思に基づいて成立するのであるから、当事国のこのような意思も尊重される必要があるだろう」というのである（同301頁）。

しかし、ここで岩沢教授が、「否定的な当事国の意思」と考えているのは、当事国がそのような意思を「条約の中で明示した場合」に限られる。この点に関連して、岩沢教授は、被告が引用したとおり、条約は国内的実施の定めに関する規定を置くことが少なくなく、これが条約の直接適用可能性に関する否定的な当事国の意思を示しているといわれることが少なくないが、「準備作業」を調べると、当事国の否定的な意思の明示ではないことが明らかになると述べているのである（同302頁）。

エ 女性差別撤廃条約の規定と「準備作業」の検討

しかるに、被告は、女性差別撤廃条約が、「締約国は・・・適切な措置をとる」等と規定していること、及び、我が国の同条約の発効までの経過において、同条約の国内における実施については、国内法性の整備を通じて行うことを前提とする答弁がなされていることから、同条約を自動執行力のない条約として理解するのが我が国の意思であったことは明らかであるとして、女性差別撤廃条約の場合、直接適用可能性を排除する主観的要件が認められるという。

しかしながら、被告の主張は、明らかに岩沢教授の見解を誤解するものと言わざるを得ない。なぜなら、後述のとおり、岩沢教授の言う「否定的

な当事国の意思」とは、条約を起草・審議・採択した国家、すなわち条約立法者の意思を指し、そのような意思は条約の規定に明示的に表示されているか、もしくは、「準備作業」から確認されるものである。したがって、ここで言う「準備作業」とは、ウィーン条約法条約32条に規定される「準備作業 (preparatory work/travaux préparatoires)」、つまり、「各国政府間や、各国政府と作業部会との間でやりとりされる覚書、その他の発言や意見；各国政府や作業部会との間の外交的なやりとり；条約の草稿；交渉の記録；委員会の議事録や全体の会議記録を含む」ものであり（甲85 mark e. villiger, “commentary on the 1969 vienna convention on the law of treaties” 442頁）、岩沢教授もこの意味で「準備作業」の用語を用いていることは、その文脈から明らかである。しかるに、被告は、女性差別撤廃条約の国内的実施に関する2条の規定が同条約の直接適用可能性を排除する意図で規定されたことを示すような同条約の「準備作業」（上記のウィーン条約法32条の規定にいう「準備作業」）の存在を示しておらず、同条約の「準備作業」には当たらない被告の同条約の批准についての国会審議における政府の答弁を引用するに過ぎないからである。

オ 女性差別撤廃条約の直接適用可能性を肯定する当事国の事後の実行

むしろ、岩沢教授が指摘しているとおり、女性差別撤廃委員会が策定した国家報告書の内容に関するガイドラインにおいて、「条約の規定は、裁判所または行政当局の前で援用されることが可能か、また直接適用されることが可能か」について述べなければならないとされているところ、条約が国内法の一部となるギリシャ、スペイン、フランス、アルゼンチン、エジプト、ルーマニア、ボリビア等の国においては、同条約が法的

効力を有し、実際に直接適用可能と考えられていることが、これらの国についての国家報告書審査によって明らかとなっている（甲78・61頁）。

このように、むしろ、女性差別撤廃条約の当事国の「事後の実行」（subsequent practice）は、条約が国内法的効力を有する国においては同条約が直接適用可能であることが当事国の認識であることを示しているといえる。

カ 女性差別撤廃条約の直接適用可能性に関する岩沢教授の見解

かくして、岩沢教授も、「女性〔差別撤廃〕条約は直接適用可能ではないとの見解が、日本の内外で示されてきた。しかしながら、このような見解は、国家実行によって支持されていない」として、「女性〔差別撤廃〕条約全体の直接適用可能性を否定する理由はない」と明確に述べているのである（甲78・62頁）。

キ 被告による「否定的な当事国の意思」と「国内の立法者の意思」との混同

さらに、被告が、ここで、「否定的な当事国の意思」の証拠として、我が国が同条約の発効までの経過において答弁した内容を引用しているのは、岩沢教授のいう「否定的な当事国の意思」と直接適用可能性を否定する「国内の立法者の意思」（乙17・305頁）とを混同するものである。

すなわち、岩沢教授が「否定的な当事国の意思」と言う場合の「当事国」とは、ウィーン条約法条約31条において用いられている「当事国（parties）」を指しており、「否定的な当事国の意思」によって条約の直接適用可能性が排除されるのは、そのような意思が、条約の規定または「準備作業」のどちらかにおいて明示された場合に限られる。岩沢教授は、この点について、『条約の国内適用可能性』（乙17）より後に著された英

語による著書“international law human rights and japanese law”において、より明確に、「条約の当事国は、条約の規定の中で、または、準備作業の中で、条約の直接適用可能性を排除する否定的な意思を明示することがある。もし当事国がそうした場合には、条約の直接適用可能性は否定されるべきである」(the parties to a treaty may express a *negative* intent to exclude the direct applicability of a treaty, either in the text or in the *travaux préparatoires* of the treaty. if they have done so, the treaty's direct applicability should be denied.) (甲78・47頁)と述べている。

ク 岩沢教授が説く「国内の立法者の意思」による直接適用可能性の排除
なお、岩沢教授も、条約の直接適用可能性が、条約締結国の「国内の立法者の意思」によって排除されることがありうることを認めている(乙17・305頁)。

しかしながら、既に指摘したとおり(原告第5準備書面15頁)、同教授が、そのような例として挙げるのは、オーストリア憲法の下で議会が条約を承認する際に認められている「(当該)条約は法律の制定によって履行されなければならない」との決議や、アメリカで国際人権条約を批准する際に「この条約はself-executingではない」という「宣言」を付す場合である。

岩沢教授は、このように、「条約を承認する際に、立法府が、その条約は国内で直接適用可能でないという意思を宣言や法律又は決議といった形で明示した場合(略)には、その意思は尊重される必要があろう」と述べるのである。

これに対し、被告が挙げる「国内法制等諸条件の整備に努める」という衆議院法務委員会における政府委員の答弁も、「具体的にどのような措置をとるべきかという判断は、第一義的には各締約国が判断すべき」という参議院外務委員会における国务大臣の答弁も、国会における政府の答弁に過ぎず、岩沢教授のいう条約の直接適用可能性を排除する「立法者の意思」にはあたらない。日本が女性差別撤廃条約を批准するに際し、条約の締結に対する承認の権能を有する国会（憲法61条）が、同条約は日本においては直接適用可能性を有しないことを締結承認の条件とする旨の附帯決議と共に承認案を採択したとか、条約を締結する権能を有する内閣（憲法73条3号）が批准書の寄託と共に、同条約は日本においては直接適用可能性を有しない旨の解釈宣言を付したという事実はないのである。

ケ 被告が引用する政府の国会答弁の意味

さらに言えば、被告は、日本が女性差別撤廃条約の国内における実施については、国内法制の整備を通じて行うことを前提としており、したがって、同条約を自動執行力のない条約として理解していたことの証左として、同条約の締結前に行われた政府による国会答弁を引用するのであるが、その時期と内容に留意して引用された答弁を見ると、これらの答弁は被告の主張を裏付けるものではないことが明らかである。

すなわち、「今後国内法制等諸条件の整備に努める」との政府委員の答弁は、日本が1980（昭55）年7月17日に女性差別撤廃条約に批准した後、1985（昭60）年6月24日に条約締結のための国会承認の議決が行われる前になされたものである。この時点において、日本政府は、女性差別撤廃条約の実施のための国内法整備として男女雇用機会均等法及び国籍法の改正が必要であることを認識していたのであり、上記の答弁はまさにこの2

つの立法措置を念頭に置いたものであった。

また、「この条約を締結するに際しまして具体的にどのような措置をとるべきかという判断は、第一義的には各締約国が判断すべきものと考えております」との国務大臣の答弁は、条約締結のための国会承認の決議の直前の1985（昭60）年6月6日になされたものである。この時点では、既に国籍法の改正も1984（昭59）年5月25日に成立して1985（昭60）年1月1日から施行されており、男女雇用機会均等法の改正も1985（昭60）年6月1日に成立して1986（昭61）年4月1日から施行されることになっており、1980（昭55）年の答弁において述べられていた「国内法制等諸条件の整備」は終わったと政府は考えていた。このことは、上記の引用部分に続けて、国務大臣が「・・・考えておりますので、我が国といたしましては現状で批准の要件が整ったというふうに判断している次第でございます」と答弁していること（乙10）、また、昭和60年6月18日の参議院外務委員会においても、政府委員が、「この条約は一種の政策方針のみを、指針を与えている条約ではございませんので、締約国に具体的な義務を課している次第でございます。それであるからこそ、我が国もこの条約の批准に際しまして、批准に先立ちまして国内法の整備を行った次第でございます」（乙11）と答弁していることにも示されている。

被告は、本件訴訟において、「これら答弁からすれば、我が国の立法府や政府は、女子差別撤廃条約を自動執行力のない条約として理解していたことは明らかである」と述べるが（被告第1準備書面7頁）、むしろ、反対に、これらの答弁は、政府は、同条約の実施のために立法措置が必要であると考えられる規定については、1985（昭60）年6月の時点で必要な立法措置をすべて行ったと考えていたこと、そして、そのような政府の説明を

受けて、国会は、同条約の実施のために、さらなる立法措置は必要ないと
の認識の下に、同条約の締結の承認の議決を行ったことを示していると言
うべきである。

コ 日本の初回報告書に述べられた直接適用可能性についての被告の認識
以上のとおり、被告が引用する国会における政府委員や国務大臣の答弁
は、日本の立法府や政府が、女性差別撤廃条約の締結にあたり、同条約を
自動執行力のない条約として理解していたとの被告の主張を裏付けるも
のではないが、むしろ、被告は、同条約の直接適用可能性については、す
べての規定ではないにせよ直接適用可能な規定があると考えていたと思
われる。

すなわち、前述のとおり、女性差別撤廃委員会が策定した国家報告書の
内容に関するガイドラインにおいて、国家報告書には同条約の規定の直接
適用可能性について述べることを求められているところ、被告が1987（昭
62）年に提出した初回報告書において、被告は、「国際条約の規定が非自
動执行的である場合、そのような規定は、日本においては、立法的措置及
び行政的措置によって国内的に実施される（‘where provisions of
international conventions are non-self-executing, such
provisions are put into effect domestically by means of
legislative and administrative measures in japan.’）と述べ
ていたからである（甲78・岩沢61-62頁）。そして、前述のとおり、被告
は、同条約の実施のために必要な国内法制の整備はすべて終わらせたとの
認識の下に同条約を批准しており、そうだとすれば、立法的措置を取らな
かった条約規定については、自動执行的であると考えていたと解されるか
らである。

被告の認識が、同条約の規定一般について直接適用可能性はないというものではなかったことは、2009（平21）年に行われた第4・5回日本報告書審査に先立ち、女性差別撤廃委員会が日本政府に送付した事前質問票の中で、「女性差別撤廃条約が国内の裁判で援用され、または言及されたことがあるのか。ある場合、その結果はどのようなものだったか」と質問したのに対し、日本政府が、「女子差別撤廃条約が国内の裁判で援用され、または言及された裁判例としては、別表の裁判例があると承知している」との回答を行い、7件の裁判例を報告した（甲66）ことにも示されている。日本政府が、同条約の規定は日本においては直接適用可能ではないとの見解であったとすれば、委員会からの質問に対して、その旨、回答するのが自然であると考えられるからである（甲69・林意見書4頁も類似の趣旨と考えられる）。

サ 小括

以上のとおり、今日、日本の国際法学者の中で、条約の直接適用可能性の問題について、その長年にわたる研究と著作によって、日本国内外においてこの問題に関する最も著名な専門家の一人であるとされる岩沢教授の見解について、被告は誤った理解に基づき女性差別撤廃条約の直接適用可能性を否定する根拠として引用しているが、同教授の見解によれば、女性差別撤廃条約16条1項（g）及び（h）は、直接適用可能な規定なのである。

3 条約の直接適用可能性の判断基準として主観的要件は不要であること

ア 被告の主張を明確に支持する学説はないこと

日本が締結し憲法98条2項により日本において国内法的効力を有する条約を日本の裁判所が直接適用しうるかを判断するための基準として、

直接適用を可能とする条約当事国の積極的な意思が主観的要件として必要とされるという被告の主張を根拠付ける立場として、岩沢教授の著書を引用するのは誤りであることは、既に繰り返し述べてきた（原告ら準備書面（5）10～14頁、本準備書面第2、2、ア～ウ）。

また、被告が引用する山本教授も、「各国の国内裁判所その他の国家機関は、個々の条約規定について、このような主観的・客観的な要件を考慮して、自動的執行力の有無を認定せざるをえない」と述べているに過ぎず（乙14・106頁）、条約の直接適用可能性についての締約国の意思が確認できない限り、日本において条約の直接適用可能性が否定されるとする趣旨は明らかではないことも既に指摘した（原告ら準備書面（5）12頁）。

被告が引用する島田教授の著書『国際法〔第4版〕』（乙15・32頁）は、「どの条約が自動执行的であるかは、条約を国内的に実施する方法が各国の自由である以上、各国の国内法によって決定される問題といえる。しかし、たとえばその内容が国民の権利義務内容を明確かつ詳細に定めており、国内立法措置をとらなくてもそのまま適用できるような条約はその例にあたるだろう」と述べており、主観的要件を必要とは論じていない。

次に、被告が引用する杉原ほか著『現代国際法講義〔第4版〕』（乙18・250頁）は、次のとおり述べている。「人権条約によっては、締約国に対して、その条約上の権利を侵害された者が、国内の裁判所その他の国家機関による効果的な保護・救済を受けることを確保するよう明示的に義務づけているものがある（b規約2条3、人種差別撤廃条約6条など）。条約上の権利をどのような手段・方法を用いて確保するかは、一般に国家の裁量に委ねられているが、人権条約が国内でもそのままの形で直接適用できるのであれば、国内の実施の確保が促進されるといえる。わが国についていえば、

内容が明確かつ具体的で国家の裁量の余地がない条約（規定）は、原則として直接適用できる憲法体制になっており、国際人権規約その他の一定の人権規定は直接適用が可能と考えられている。判例では、a規約の直接適用可能性は否定されている（括弧内の引用判例は略）のに対し、指紋押捺拒否訴訟においてb規約の諸規定（2条2、7条、12条4、26条）が直接適用可能であることを認めているものと解され、その違反の存否の検討に進んでいる（括弧内の引用判例は略）。後者のような条約規定については、関連する国内の法律がこれと積極的または消極的な抵触を生じているような場合、個人は国内裁判所で条約上の権利を直接援用することによって侵害された権利の救済を求めることができることになろう」。このように、同著書は、直接適用可能性の判断基準として、主観的要件を必要としていない。なお、女性差別撤廃条約も、同著書が言う「条約上の権利を侵害された者が、国内の裁判所その他の国家機関による効果的な保護・救済を受けることを確保するよう明示的に義務づけて」おり（2条（c））、本件は、同条約の内容が明確かつ具体的で国家の裁量の余地がない規定（16条1項（g）及び（h））と国内法が積極的な抵触を生じているために、原告らは「条約上の権利を直接援用することによって侵害された権利の救済を求める」訴訟であるから、同著書は、むしろ原告らの主張を支持するものである。

次に、高橋論文「国際人権論の基本構造－憲法学の視点から－」（乙19・54頁）は、「条約が国民の権利を制限する内容を含む場合と、権利を付与する内容を含む場合では、違いがあると考えられるべきであるように思われる。前者はself-executingとは考えるべきではないであろう。後者の場合は、法律の留保論は関係ないから、内容が明確かどうかでself-executingか

どうかを考えることになるが、自由権は、一般に明確と言えるのではないだろうか」と述べ、これも、日本における直接適用可能性の判断基準として主観的要件を必要とするものではない。

最後に、被告が引用する村瀬ほか『現代国際法の指標』（乙22・55頁）は、自動執行力の有無の認定には、客観テストと主観テストの2つの条件が満たされなければならないと、はっきり述べている唯一の著書である。以上のとおり、被告は、直接適用可能性の判断基準として、「主観的要件」及び「客観的要件」の両方が必要であると主張し（被告第1準備書面5頁）、その根拠として、あたかも、多数の学者が被告と同旨の見解に立つものであるかの如く文献を引用するが（被告第3準備書面6頁）、主観的要件と客観的要件の両方が満たされなければ直接適用可能性が認められないと明確に述べているのは、村瀬ほかの著書のみ過ぎない。

以上のとおり、条約の直接適用可能性の判断基準として被告が主張する「主観的要件」及び「客観的要件」のうち、「主観的要件」については、「現在の日本の国際法学説ではすでに、基本的に不適切であり不要として排除されているものである」と申意見書も明確に述べている（甲52・25頁）。

イ 被告が引用する裁判例は本件訴訟に適用されるべきでないこと

被告は、日本において条約が直接適用可能とされるためには、「主観的要件」と「客観的要件」の両方が必要であると解すべきことの根拠として、シベリア抑留訴訟控訴審判決、及び、イギリス民間抑留者訴訟控訴審判決（東京高裁平成14年3月27日判決）を引用する（被告第2準備書面18頁、被告第3準備書面6頁）。

しかしながら、シベリア抑留訴訟控訴審判決は、国際慣習法の成立の有無及びその直接適用可能性が争点となった事案において、国際慣習法

の成立を否定したうえで、傍論として国際法の直接適用可能性の判断基準についての一般論を述べたに過ぎず、また、その根拠も「当然ながら」という一言しか述べておらず、同判決によって、日本における条約の直接適用可能性の判断基準として主観的要件を必要とすることが定立されたと解することはできないことは、既に指摘したとおりである（原告準備書面（5）14頁、甲63・小畑13頁）。岩沢教授も、同判決について、「締約国の意思を基準とすることには、・・・疑問がある」と述べている（甲61の2・122頁）。

また、イギリス民間抑留者訴訟控訴審判決は、ヘーグ陸戦条約3条又は国際慣習法を直接の根拠として個人が国家に対する損害賠償を請求することの可否が争われた事案において、裁判所は、ヘーグ陸戦法規3条は戦争放棄違反行為による被害者個人の加害国に対する損害賠償請求権を規定したものと解することはできないし、加害行為当時同趣旨の国際慣習法が確立していたとは認められないと判断したうえで、傍論として、次のとおり述べたものである。

「もっとも、我が国においては、条約は、一般に公布により何ら国内における立法等の受容行為を執ることなく当然に国内法的効力を生じ（憲法7条1号、98条2項）、これにより、我が国裁判所において国内法として適用されるのであり、この意味で条約にはいわゆる自動執行性があると解されている。しかし、このように条約の自動執行性を承認するとしても、条約に何らかの個人の権利が規定されている場合、条約の公布により、無条件で直ちに我が国裁判所において条約が国内法として適用され得るかという点、必ずしもそうではない。条約が公布行為のみでそれ以上の国内法による補完・具体化という特別の受容行為を執ることなく直

接個人の権利義務を規律するものとして我が国裁判所において国内法として適用可能とされるためには、条約の基本的性格、我が国における司法と行政・立法との権力分立及び法的安定性等の観点に照らして、当該条約において規律される個人の権利義務の内容が条約の文言上明確に定められており、かつ、条約の文言及び趣旨等から解釈して個人の権利義務を定めようという締約国の意思が確認できることが必要である」。

このように、本判決が条約の直接適用可能性について述べた部分は傍論に過ぎない。条約が個人の権利義務を創設していることは、条約の直接適用可能性の要件ではないのに（原告準備書面（3）6頁）、条約が直接適用可能と認められるためには「個人の権利義務を定めようという締約国の意思」が必要であるとしている点で問題がある。また、その理由が何も述べられていない点では、シベリア抑留訴訟控訴審判決と同様である。なお、本判決は、条約の直接適用可能性の判断基準に、個人の権利義務創設の締約国の意思を持ち込み、個人の権利保護を目的とする国際人権法とは性質を異にする戦争法規を法典化した条約であるヘーグ陸戦法規について、「同条約の起草過程における審議状況等をみれば、締約国に同条約において被害者個人の加害国に対する直接の権利を定める意思があったものとは認められ」ないとして同条約の直接適用可能性を否定したが、仮に本判決が述べる基準に依ったとしても、女性差別撤廃条約を含む国際人権条約は、個人の権利を創設することを目的とするものであるから、本判決をもってしても、本件訴訟において、女性差別撤廃条約の直接適用可能性を否定する理由とはならない。

ウ 国際人権条約が直接適用可能であるために主観的要件を必要とした裁判例はないこと

前項に述べたとおり、被告が直接適用可能性の要件として主観的要件が必要であることの根拠として挙げる裁判例は、いずれも戦後補償裁判という特殊な文脈において、国際人道法や戦争法規の条約や国際慣習法を直接の根拠とする個人の請求権の有無が争点となった事案について傍論として直接適用可能性の判断基準が述べられたものであり、民法750条が女性差別撤廃条約16条に違反するのに国会が長期間、改廃義務を怠り放置していることについて国賠法に基づき損害賠償を請求する事案である本件訴訟において、女性差別撤廃条約16条の直接適用可能性を否定する根拠として引用するのは不適切である。

国際人権条約の1つである自由権規約について最高裁判所が実質的判断を行った最初の判決は、国家公務員法違反被告事件判決（最高裁昭和56年10月22日刑集35巻7号696頁）であるとされるが（甲82・葉師寺71頁）、伊藤正巳元最高裁判事によれば、同判決は、自由権規約がself-executingな条約であることを黙示的に承認しているといつてよいとされる（甲86・伊藤正巳「国際人権法と裁判所」『講座 国際人権法1 国際人権法と憲法』14頁）。実際、本判決の調査官調査は、「・・・、セルフ・エグゼキューティングな、すなわち、国内立法を必要とせず、そのままの形で国内的に適用し国民に法規制を及ぼしうるような内容の条約かどうかについては検討を要する。セルフ・エグゼキューティングな条約であってはじめて裁判所はこれを適用しうるし、そのような条約であるかどうかは裁判所が判断しなければならない。」「b規約（原告ら訴訟代理人注：自由権規約のことを指す）の定める権利は、いくつかの例外はありうるとしても、立法措置をまたず、司法的に実現可能な権利であること、及び、b規約の起草過程で、セルフ・エグゼキューティングな性格

を否定しようとする提案が取り上げられなかったことから、b規約はセルフ・エズセキューティングな条約であり、個人は、これを根拠として国内裁判所に同規約に定められた人権の侵害について救済を求めるとの見解が有力である」と述べている（甲87）。

実際、日本の裁判所は、これまで、直接適用についての当事国の意思を問うことなく、自由権規約の直接適用を認めてきたのであって、日本における国際人権条約の直接適用可能性の判断基準として、主観的要件の充足を必要とするという、被告の主張に沿う裁判例は見当たらない（甲84・阿部279、286頁及び同頁に引用された裁判例、甲63・小畑13頁）。それにもかかわらず、本件訴訟において、シベリア抑留者訴訟控訴審判決やイギリス民間抑留者訴訟控訴審判決といった戦後補償裁判において、国際人道法や戦争法規の条約及び国際慣習法の直接適用可能性について、説得力ある理由もないまま傍論として述べられた、主観的要件が必要という判断基準を、これらの判決に対する有力な国際法学者らからの批判にもかかわらず、今度は、国際人権条約の直接適用可能性の判断基準に持ち込むとすれば、日本における国際人権条約の判例法の形成発展に重大な否定的な影響を与える誤りを犯すことになる（甲83・阿部288～289頁）。

4 女性差別撤廃条約16条は客観的要件において欠けることはないこと

ア 被告が主張する「客観的要件」の内容とその根拠

被告は、「仮に客観的要件を重視するとしても、女子差別撤廃条約の文言等に照らして女子差別撤廃条約16条1項（b）及び（g）には自動執行力が認められないことは明らか」とであると断定する（被告第3準備書面9頁）。被告は、このように主張する前提として、日本が締結した条約が日本の

裁判所において直接適用可能と認められるためには、当該条約規定の内容が、「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にまつまでもなく国内的に執行可能な条約規定であること」が必要であるという見解に立っている（被告第1準備書面5頁、8頁）。

被告は、「客観的要件」の内容を上記のとおりであると主張する根拠として、山本教授及び岩沢教授の著書を引用するのであるが、いずれも、日本が締結した条約が日本の裁判所において直接適用可能と認められるための客観的要件として、被告が主張する内容が必要であるという趣旨で述べられているものではなく、不正確・不適切な引用であって、両教授の著書の引用は被告の主張の根拠とならないことは、既に詳しく述べたとおりである（原告ら準備書面（5）10～13頁）。

被告は、今般、「客観的要件」の主張の根拠として、柳井論文（乙16・102頁）を追加している。しかしながら、柳井論文は、前述のとおり、一定水準の国内制度整備を要求する条約と国内法整備との関係について述べているだけであって、被告の主張を裏付けるものではない。

イ 本件訴訟における「客観的要件」として求められる明確性の程度

既に述べたとおり、日本においては、締結された条約は国内法としての効力を付与されるのであるから（憲法98条2項）、国内法と同様に、裁判所は法的判断の根拠として条約を援用することが可能なのであり、ただし、憲法を含む国内法規定についても、規定が不明確であるために裁判規範として法的判断の根拠として適用できない場合があるのと同様に、条約についても、規定内容が不明確であるために、裁判所が適用できないという意味において直接適用可能性が否定される場合があるに過ぎない。

い。

しかも、直接適用可能性の要件としての条約規定の明確性は、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ところ、本件国賠請求訴訟において、裁判所が女性差別撤廃条約16条1項 (b) 及び (g) の規定について求められている判断は、民法750条が同規定に違反する差別的規定であるか否かというものであるから、このような判断が可能な程度の明確性を有していれば、女性差別撤廃条約16条1項 (b) 及び (g) の規定は、本件国賠請求訴訟との関係では、直接適用可能性が認められるといえることができる(原告準備書面(3) 6~8頁、原告準備書面(5) 16~18頁)。

条約の「自動執行性」とは、締結された条約に国内法的効力を付与する日本においては、「裁判規範性」と異ならないと説く阿部教授は、この点について、「国家賠償請求訴訟であれば公務員による行為を直接に『違法』と判断しうる国際法規かどうか、それが自動執行力のメルクマールということである。こうした基準は、そもそも憲法等国内法令一般にあてはまること」であるのに、「自動執行力という特殊な述語」を用いることにより、「国際法が援用される場合には他の訴訟とは異なる特殊な原理が作用するのではないか、といった心象が生じてしまう」、しかし、「1990年代以前には、直接適用可能性はもとより自動執行性という語も、裁判の中において用いられることは特になかった。それでも、訴訟上は別段差し支えなかったのである」と指摘している(甲83・阿部287頁)。

実際、日本の裁判所は、違憲立法審査権制度の下で、日本国憲法の人権規定の文言が明確性を欠くために裁判規範性がなく、よって、法令の憲法適合性の有無を判断することができないと述べたことはないが、日本国憲法の人権規定の抽象性と比較しても、女性差別撤廃条約16条1項 (g) 及び

(h)の規定が、民法750条の同規定違反の有無を判断することが不可能なほどに不明確な規定であると言うことはできない。

5 小括

以上のとおり、本件国賠請求訴訟において、女性差別撤廃条約16条1項(b)及び(g)の直接適用可能性が否定されるべき理由はなく、民法750条が同規定に違反し国がその改廃義務を負うのに長年放置してきたという立法不作為が国賠法上の違法にあたりと主張するために、同規定を援用することは何ら問題がない。

第4 本件国賠請求訴訟において条約の直接適用可能性は問題とならないこと

なお、前項までに述べたとおり、本件国賠請求訴訟における違法性の根拠として、原告らが女性差別撤廃条約16条(g)及び(h)を援用することが、同規定の直接適用可能性の欠如により否定されるべき理由はないが、原告ら準備書面(3)8頁に述べたとおり、岩沢教授は、他の訴訟類型においては直接適用可能性が否定されるような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」(乙17・岩沢333頁)はあるとされることを、再度、述べておく。

憲法学の棟居教授も、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ことを示唆している(甲88)。

第5 結語

以上のとおり、民法750条は、女性差別撤廃条約16条1項(b)および(g)に

違反するものであって、被告は、同条約の締約国として、同条約2条（f）に基づき、民法750条を改廃する義務を負うものであり、法令の改廃の権限を独占する国会が長年にわたりその義務を放置した結果、原告らの女性差別撤廃条約上の権利が侵害されたことは、国賠法1条1項の違法に該当し、原告らは被告に対し損害賠償を請求することが認められる。

このような国会の立法不作為による、女性差別撤廃条約に違反する差別的な国内法規定により権利を侵害された個人に対し損害賠償請求を認め司法的に救済することは、同条約の締約国の司法機関として、条約2条（c）に規定された締約国としての義務を履行する責任を果たす意味を持つ。憲法上、法律の改廃の権限を持つ唯一の立法機関である国会が、これだけの長期間にわたり、改廃の義務を果たさない以上、裁判所におかれては、最後の救済機関として、原告らの救済のために本件請求を認容されたい。

以上