

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

東京地方裁判所 御中

意見書

青山学院大学法学部教授（国際法・国際人権法）

申 惠 丰

平成 23（2011）年 12 月

1 はじめに

本件は、「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。」として夫婦の同姓を定めた民法 750 条の規定により、婚姻時に戸籍上改姓せざるを得なかったがそれにより個人としての尊厳の喪失感及び職業生活等社会生活上の不便・不利益を被っている女性（原告塚本ら 3 名）並びに、改姓のもたらず不便・不利益に鑑み法律婚を断念し事実婚にとどまっているため法律婚夫婦の享受する法的利益を受けられずにいる女性及び男性（原告加山ら 2 名）が、同条の違憲・違法性を主張し、この規定を改廃しない立法不作為が国家賠償法上違法であるとして、国に損害賠償請求を行っている事案である。

原告らは本件で、民法 750 条の規定につき、憲法違反（憲法 13 条により保障される自己の氏の変更を強制されない自由の侵害並びに憲法 24 条により保障される婚姻の自由及び夫婦の同等の権利の侵害）のほか、女性差別撤廃条約に基づき国が改廃義務を負う女性差別的法規であることを主張し、国家賠償法上の違法性について、憲法及び条約に違反する法規である本条を改廃しない立法不作為の責任を問うている。本意見書は、原告ら代理人の依頼を受け、女性差別撤廃条約に照らした民法 750 条の違法性及び、本件事案における条約の適用について所見を申し述べるものであるが、性差別の禁止・平等は日本が批准した他の人権条約でも規定されている国際人権法の中核的な原則であることから、女性差別撤廃条約以外の条約との適合性についても言及する。

以下ではまず、女性差別撤廃条約の趣旨及び目的、同条約における「女性差別」の定義について検討した後、同条約が締約国に課している義務について、特に、差別的法規を改廃する立法措置を取る義務に焦点をあてて述べる。次に、司法判断における条約の適用について、本件のような国家賠償請求訴訟での司法判断において女性差別撤廃条約が違法性認定の根拠となることを示した上で、民法 750 条の改廃に関する立法府の不作為が長期にわたり継続している以上、本件事案においては、その違法性を確認し立法府に対し立法措置を促す意味で司法的救済を与える必要性が高いことを論ずる。

2 女性差別撤廃条約上の「女性差別」と締約国の差別撤廃義務

(1) 国際人権法における基幹的原則としての無差別・平等

人権の国際的保障は、国内法のみによる人権保障の限界が認識された第二次世界大戦時の人権弾圧の経験を経て、戦後の国際平和組織として発足した国際連合（以下、国連）を中心として取組まれるようになり、今日まで、人権保障に関する数々の宣言や条約等の国際文書を拠り所として大きく発展をみてきた。

この国際人権法の体系において、いかなる差別もないすべての人のための人権尊重という無差別・平等は、当初から、「人権」という概念そのものが持つ普遍性と分かち難く結びついた基幹的な原則としてその中核に位置づけられてきた。国連の目的を列挙した国連憲章1条は、3項において、「人種、性、言語又は宗教による差別なくすべての者のために人権及び基本的自由を尊重するように助長奨励することについて、国際協力を達成すること」と規定し、差別のないすべての人のための人権及び基本的自由の尊重を奨励するための国際協力が国連の目的の一つであることを述べている。国連憲章はまた55条で、国連は「人種、性、言語又は宗教による差別のないすべての者のための人権及び基本的自由の普遍的な尊重及び遵守」を促進しなければならない、とし、56条では、「すべての加盟国は、第55条に掲げる目的を達成するために、この機構 [= 国連] と協力して、共同及び個別の行動をとることを誓約する。」と規定している。国連の加盟国である日本は、まず、この国連憲章の規定によって、「人種、性、言語又は宗教による差別のないすべての者のための人権及び基本的自由の普遍的な尊重及び遵守」を達成するために、国連と協力しつつ、多数国間による共同の、あるいは日本としての個別の行動を取る責務を負っている。

国連発足後、国連憲章の人権規定を具体化する国際人権章典作成の取組みとして最初に国連総会が採択した1948年の世界人権宣言は、1条で、「すべての人間は、生まれながらにして自由であり、かつ、尊厳及び権利において平等である。」とし、及び2条で、「すべての者は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的もしくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしに、この宣言に規定するすべての権利及び自由を享有する権利を有する。」としている。世界人権宣言は、条約ではなく形式的な法的拘束力をもたないものの、今日に至るまで国連総会、人権委員会（今日では人権理事会）等で加盟国の人権状況を評価する基本的な基準として用いられ、少なくとも一部は慣習国際法化しているとされる文書であり、すべての国にとって重要な引照基準となっている普遍的な国際人権基準である。

世界人権宣言の内容を条約化して国際人権章典を完成させるために作られ、1966年に国連総会で採択された国際人権規約は、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（通称社会権規約）、並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約（通称自由権規約）から成るが（加えて、それぞれに附属の選択議定書がある）、この2つの規約はいずれも、無差別・平等の原則を基本的な原則として組み込んでいる。

まず、両規約には、それぞれの規約上の権利の享受・行使に関していかなる差別もないことを保障ないし確保する義務を定めた規定があり（社会権規約2

条 2 項「この規約の締約国は、この規約に規定する権利が人種、皮膚の色、性... 又は他の地位によるいかなる差別もなしに行使されることを保障することを約束する」、自由権規約 2 条 1 項「この規約の締約国は、... 人種、皮膚の色、性... 又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する。」、この点で、それぞれの規約上の権利の享有において男女平等を確保する義務については、さらに重ねて規定をおいている（社会権規約 3 条「この規約の締約国は、この規約に定めるすべての経済的、社会的及び文化的権利の享有について男女に同等の権利を確保することを約束する。」自由権規約 3 条「この規約の締約国は、この規約に定めるすべての市民的及び政治的権利の享有について男女に同等の権利を確保することを約束する。」）2 つの国際人権規約上の締約国の義務については、従来、社会権規約では「権利の完全な実現を漸進的に達成するため... 行動を取る」（2 条 1 項）という漸進的達成義務、自由権規約では「権利を尊重し及び確保する」（2 条 1 項）という確保義務を対比させて対照的に理解する裁判例がみられるが、規約上の権利の享受・行使においていかなる差別もないことは、社会権規約においても「保障」ないし「確保」することが締約国に義務づけられており、差別のない権利享有の保障については両規約上の義務は同じ性格のものであることに注意が必要である。

また、自由権規約は、家族の保護について定めた 23 条の 4 項で、締約国は「婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置を取る。」と定めている。ここにいう「婚姻に係る配偶者の権利... の平等」とは、婚姻に係るすべての事柄における配偶者の権利の平等を広く意味することは文言上明らかであり、婚姻後の姓の選択に関する権利も当然その中に含まれる。自由権規約の条約機関である自由権規約委員会 (Human Rights Committee) は、本条についての委員会の法解釈を示した「一般的意見 (ジェネラル・コメント)」19 で、「各配偶者が自己の婚姻前の姓の使用を保持する権利又は平等の基礎において新しい姓の選択に参加する権利は、保障されるべきである。」と述べている (一般的意見の英語原文は、国連人権高等弁務官事務所のホームページ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> を参照。邦訳は、日本弁護士連合会国際人権ライブラリー http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_general-comment.html を参照。下線は引用者による。以下同様)。委員会はまた、3 条に関する一般的意見 28 でも 23 条 4 項に言及し、「23 条 4 項の義務を果たすために、締約国は、それぞれの配偶者が婚姻前の姓の使用を保持し、又は新しい姓を選択する場合に対等な立場で決定する配偶者各自の権利に関して性別に基づく差別が

起こらないことを確保しなければならない。」としている。自由権規約上、締約国たる国は、規約上の権利を「尊重し及び確保する」(2条1項)義務を負っているから、国は、婚姻前の姓の使用を保持し又は新しい姓を選択するにあたっては男性・女性配偶者が対等・平等な立場でそれを決定できることを確保しなければならない、現行法においてそれが確保されていない場合には、適切な措置を取ってそのような平等の権利を確保する義務を負うと解される。

さらに、自由権規約には、「すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、皮膚の色、性... 又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。」と定めた26条がある。規約人権委員会は、本条にいう「差別」は、「人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見もしくはその他の意見、出身国もしくは社会的出身、財産、出生、又は他の地位に基づくすべての意味での区別、排除、制限もしくは特惠であって、すべての人が対等の立場ですべての人権及び自由を認識し、享受し、又は行使することを阻止し又は妨げる目的又はそのような効果を有するもの」であるとしている(一般的意見18)。また、本条は、「この規約において認められる権利を」差別なく確保することとした2条1項の保障を繰り返すものではなく、本条自身が自律的な権利、すなわち、同規約上の権利の享受における無差別・平等に限定されない、一般的な射程範囲をもつ権利としての法の前の平等及び法律の平等な保護を受ける権利を定めたものであるとするのが、規約人権委員会の解釈である。規約人権委員会は一般的意見18で、「26条は、公的機関が統制しかつ保護しているいかなる分野においても、法律上も事実上も差別を禁じたものである。... ある国において立法が行われた場合には、その立法はその内容において差別があってはならないという、規約26条の要請に合致しなければならない。言い換えれば、規約26条に規定されている差別禁止の原則の適用は、本規約で定められた権利に限定されない」としている。このように、本条にいう平等は、法の適用のみならず法の内容についても要求され、その意味で立法権を拘束するものである(宮崎繁樹編『解説国際人権規約』日本評論社、1996年、254頁)。26条は、同規約上に定める実体的権利に関するものに限られず、締約国が法令で規律するすべての分野に及ぶ法の前の平等及び法律の平等な保護を定めた規定であり、いかなる分野においても、締約国がいったん法律を定めた以上は、その内容においても適用においても、差別(事実上、差別的な「効果」をもたらすものを含む)が禁じられるのである。

婚姻に係る姓の選択における配偶者の平等は、すでにみたように自由権規約

では 23 条 4 項で保障されているが、併せて、法律の前の平等及び法律による平等な保護に関する 26 条によっても規律され、姓の決定に関する民法 750 条の規定が、上記のような 26 条の要請に合致したものであるかどうかの問題となる。

(2) 女性差別撤廃条約の趣旨・目的と条約上の「女性差別」の定義

女性差別撤廃条約(「女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」)。政府公定訳による条約の名称は「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」であるが、「女子」とされている部分の英語原文は Women であり、本来、「女性」と訳されるべき語句である。本稿では以下「女性差別撤廃条約」とする。また、条約文中、公定訳で「女子」とされている箇所はすべて「女性」と読み替える)は、1979 年に国連総会で採択され、1981 年に発効した条約である。日本は 1985 年にこれを批准し、同条約は同年 7 月 25 日に日本について効力を発生した。

女性差別の撤廃は、すべての人のための差別のない人権尊重の促進を掲げた国連が、人種差別の撤廃と並んで力を注いできた分野であるが、国連創設後もない時期に採択された女性の権利に関する諸条約(婦人の参政権に関する条約(1952 年)、既婚婦人の国籍に関する条約(1957 年)等)と比べ、女性差別撤廃条約には明瞭な特徴がある。それは、「あらゆる形態の」女性差別の撤廃を掲げた名称が示す通り、政治的及び公的活動における差別撤廃(7~9 条)のほか、経済的及び社会的活動における差別撤廃(10~14 条)、法の前の平等(15 条~16 条)と広範にわたる女性差別の撤廃を定めた包括的な女性差別撤廃のための条約であることである。また、そのために、広く社会や家庭における女性差別を撤廃することを目的として、公的機関のみならず私人による差別をも撤廃するための措置を取ること((e))や、女性差別となる法律・規則はもちろん慣習・慣行をも修正又は廃止するための措置を取ること((f))を含む幅広い差別撤廃義務を締約国に課している(2 条)。条約の趣旨及び目的は通常当該条約の前文に表明されているが、本条約は前文で、国際人権規約等の存在にもかかわらず依然として女性差別が広範に存在していることを述べ、「社会及び家庭における男性の伝統的役割を女性の役割とともに変更することが男女の完全な平等の達成に必要であることを認識し」あらゆる女性差別を撤廃するための必要な措置を取ることとして協定されたのが本条約であるとしている。すなわち、本条約は、女性差別の撤廃と平等の実現が、戦後多くの国で実現した参政権の平等のような公的分野での平等だけでは十分に達成されるに至っていないとの認識に立った上で、社会及び家庭における男女の伝統的な役割分担の考え方を

変えるための措置を含め、すべての分野で女性が男性と平等に権利を享受しう
るための措置を締約国が取ることによって、あらゆる形態の女性差別を撤廃す
ることをその趣旨・目的としたものである。

本条約上、「女性に対する差別」とは1条で次のように定義されている。「この条約上、『女性に対する差別』とは、「性に基づく区別、排除又は制限であつて、政治的、文化的、市民的その他のいかなる分野においても、女性（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をいう。」。

本条における「女性差別」の定義は、3つの要素で構成されている。それは、①「性に基づく区別、排除又は制限」であつて、②「政治的、文化的、市民的その他のいかなる分野においても、女性... 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」③「効果又は目的を有する」もの、である。

これらのうち、まず性に基づく「区別」とは、男性であること又は女性であることを理由として、異なった取扱いをすること、性に基づく「排除又は制限」とは、男性であること又は女性であることを理由として、人権及び基本的自由の全部ないし一部の認識、享受又は行使が妨げられることを意味する。また、本条の定義で注目される点は②と結びついた③の部分であつて、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「効果又は目的を有する」ものと定義することで、女性差別を直接に「目的」とした行為だけではなく、そのような「効果」をもつもの（間接差別）をも女性差別に含んでいる。すなわち、外形的には性中立的な基準や制度、取扱いであつても、女性に対して人権及び基本的自由の認識・享有・行使を害し又は無効にする効果を生ずる場合には、女性差別の意図の有無にかかわらずそのような基準、制度、取扱いは本条にいう女性差別に該当する（国際女性の地位協会編『コンメンタール女性差別撤廃条約』尚学社、2010年、87頁）。一見、性中立的な法規規定や制度、取扱いであつても、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、本条約にいう「女性差別」に該当し、締約国たる国はその撤廃のために条約に従って適切な措置を取る義務を負うこととなるのである。

女性差別撤廃委員会は、本条約が、女性差別の「目的」のみならず「効果」をもつ区別、制限又は排除をも女性差別の定義に含めていること、また、文字通り「あらゆる形態の」女性差別の撤廃を趣旨・目的とした条約であることから、女性差別的効果をもつ「間接差別」をも禁じたものであることを明言している。同委員会は、4条に関する一般的勧告 25「第4条1項 暫定的特別措置」

(邦訳は前掲・山下泰子ほか編『ジェンダー六法』信山社、2001年、55頁以下)の中で、本条約が法律上のみならず事実上ないし実質的な平等を目的とし、間接差別をも禁じたものであることについて次のように述べている。

「II 背景—条約の趣旨と目的

6 ... 3つの義務が女性に対する差別を撤廃するための締約国の取組みの中心となる...

7 第一に、締約国の義務は、女性に対する直接的又は間接的な差別が法律に存在しないこと、さらに、女性が所轄裁判所、制裁措置その他の手段により、公的及び私的領域において、差別（国家機関、司法、団体、企業又は個人による行われた）から保護されることを確保することである...

8 委員会の見解では、単なる形式的平等又は計画的な方法は、委員会が実質的な平等と判断する女性の事実上の男性との平等を達成するのに十分ではない。... 女性に男性と同一の待遇を保証することだけでは十分ではない。むしろ、男性と女性の間の生物学的な、さらに社会的・文化的に構築された差異が考慮されなければならない。...

14 条約は、女性の人権と基本的自由の享受を妨げる過去及び現在の社会的、文化的背景の差別的側面を対象としている。事実上の又は実質的な不平等の原因と結果の撤廃を含め、女性に対するあらゆる形の差別の撤廃を目的としている。...」

また、日本は、女性差別撤廃条約に基づく報告制度により、これまで数回、女性差別撤廃委員会による報告審査を受けているが、日本政府報告審議後に委員会が日本について採択した総括コメントでは、条約が直接差別のみならず間接差別をも撤廃の対象としていること、及び、民法750条を含む民法のいくつかの規定が女性差別的でありそれらを改廃すべきことについて、繰り返し指摘がなされている。

日本の提出した第4次・第5次報告の審議をまとめて行った平成15(2003)年の第3回日本政府報告審議後の総括所見(総括コメント)で委員会は、「主要な問題領域及び勧告」の筆頭に間接差別の問題を挙げて、次のように述べている(邦訳は前掲・山下泰子ほか編『ジェンダー六法』10頁以下)。

「主要な問題領域及び勧告

間接差別

21 委員会は、憲法が両性の平等を規定しているにもかかわらず、国内法に差別の具体的な定義が含まれていないことに懸念を表明する。

22 委員会は、条約第1条に沿って、直接差別及び間接差別の両方を含む、女性に対する差別の定義を国内法に盛り込むことを勧告する。...

雇用差別及び職業と家族的責任との両立

33 委員会は、主として異なる職種やコース別雇用管理制度に表されるような雇用の水平的及び垂直的分業から生じる女性と男性の間に現存する賃金格差、及び男女雇用機会均等法の指針に示されているように、間接差別の慣行及び影響に関する理解が欠如していることを懸念する。...

34 委員会は、締約国に対し、男女雇用機会均等法の指針を改正し、特に条約第4条1項の暫定的特別措置の活用を通して、労働市場における男性と女性の事実上の機会の平等の達成を加速するために、締約国の努力を拡大することを強く要請する。...

民法上の差別規定、婚外子差別

35 委員会は、民法の中に現在も依然として差別的な条項が残っていることに懸念を表明する。その中には、結婚最低年齢や、離婚後の女性が再婚するために必要な待婚期間、及び結婚した夫婦の氏の選択に関する条項が含まれる。...

36 委員会は、締約国に対して、民法の中に未だに残る差別的な条項を削除し、立法や行政実務を条約に適合させることを求める。」

このような懸念事項と勧告を受け、日本ではその後平成 18 (2006) 年に男女雇用機会均等法の改正が行われ (平成 19 (2007) 年 4 月 1 日施行)、厚生労働省令で定める 3 種類の事項 (募集・採用にあたり、一定の身長、体重又は体力を要件とすること ; コース別雇用管理制度における総合職の募集・採用にあたり、転居を伴う転勤を要件とすること ; 昇進にあたり転勤経験を要件とすること) が間接差別として禁じられることとなり、十分とはいえないながら間接差別の撤廃について一定の前進が図られたところである。しかし、雇用における間接差別についてはこうした進展がみられた一方で、750 条を含む民法の諸規定の改廃については、依然として立法措置が取られることのないまま今日に至っている。

(3) 女性差別撤廃条約締約国の差別撤廃義務と民法 750 条

日本は、国際人権規約、女性差別撤廃条約等の人権条約を批准ないしそれらに加入することによって、国際法上の義務として条約上の義務を負っているが、同時に、憲法 98 条 2 項の規定により条約の自動的受容体制を採用する日本では、批准・加入した条約は、国内法秩序において効力を有する法規範でもある。国内法上、条約の位置づけは、憲法との関係においてはなお議論があるものの、条約は、少なくとも法律に優位する上位規範であることは、日本政府の立場でありかつ学説・判例でも争われていない通説的見解である。よって、一般的にあって、既存の法令の中に条約の内容に適合しない規定がある場合には (条約

と国内法との積極的抵触)、そのような法令を改廃する必要があるし、条約の定める内容を実現しうる国内法が整っていない場合には(条約と国内法との消極的抵触)、新たに立法措置を取り国内法整備を行う必要が生ずる。そして、条約を批准・加入した以上、締約国は、条約の批准・加入時はもちろん、条約の批准・加入後も引き続き、条約違反が生じないように国内法令を是正するための立法措置を取る義務を負うことは明らかである。日本の裁判例でも例えば、国際人権規約に反する法規を改廃しない立法不作為の違法性が争われた事件で、大阪高等裁判所が「憲法 98 条 2 条は、日本国が締結した条約及び確立された国際法規の誠実な遵守をうたっているから、我が国には条約を誠実に遵守する義務があることはいうまでもないところ、条約は法律の上位規範であるから、条約を批准した以上、国会において、国内法の内容が条約の内容に適合するかどうかを見直し、既に制定された法律の規定中に条約の内容に適合しない規定があるような場合には、これらを改廃したり、新たな立法措置を講ずるなどして、条約に違反する状態が生じないように是正すべき一般的な義務があることは明らかである。」と述べているところである(平成 11 (1999) 年 10 月 15 日判決、判時 1718 号 30 頁)。

女性差別撤廃条約は、一般規定である 2 条で、締約国の基本的な義務として以下のように定めている(本件に直接に関連する規定には二重線を付している)。

「締約国は、女性に対するあらゆる形態の差別を非難し、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、遅滞なく追求することに合意し、及びこのため次のことを約束する。」

(a) 男女の平等の原則が自国の憲法その他の適当な法令に組み入れられていない場合にはこれを定め、かつ、男女の平等の原則の実際的な実現を法律その他の適当な手段により確保すること。

(b) 女性に対するすべての差別を禁止する適当な立法措置その他の措置(適当な場合には制裁を含む。)を取ることを。

(c) 女性の権利の法的な保護を男性との平等を基礎として確立し、かつ、権限のある自国の裁判所その他の公の機関を通じて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。

(d) 女性に対する差別となるいかなる行為又は慣行も差し控え、かつ、公の当局及び機関がこの義務に従って行動することを確保すること。

(e) 個人、団体又は企業による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取ることを。

(f) 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。)を取ることを。

(g) 女性に対する差別となる自国のすべての刑罰規定を廃止すること。」

以上のように条約 2 条は、締約国は「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、遅滞なく追求することに合意し、及びこのため次のことを約束する」とし、及びこのために (a) から (g) までの事項を約束する、と規定している。

2 条柱書にいう「遅滞なく追求する (pursue)」とは、女性差別を撤廃する政策をすみやかに進めていかなければならないことを指す。本条約批准に伴う男女雇用機会均等法制定当時、婦人少年局長として同法の制定にも深く関わった赤松良子氏の解説によれば、本条は「追求する」という文言により、女性差別撤廃の政策を時間をかけて実現しなければならないことを表現している一方で、「時間を要するが故に何もしなくてよいということでは決してなく『追求する』という行為を『遅滞なく...』始めなければならないのである」(赤松良子「女子差別撤廃条約の意義」国際女性の地位協会編『女子差別撤廃条約注解』尚学社、1992 年、7 頁)。

(a) から (g) で定められた義務は多岐にわたっており、その履行方法は、主に法の制定や改正を行うことで対処すべきもの ((a)・(b))、法の改廃が求められているもの ((f)・(g))、公的機関及び公務員に対する教育・訓練や実効的な監督を必要とするもの ((d))、立法・行政措置の双方が想定されるもの ((e))、立法・行政措置のほか特に司法府の役割にかかわるもの ((c)) など多様である。しかしこれらの中でも、赤松良子氏が「明白に差別的な法律や制度の廃止については、ただちに実現をはからなければならない」(同上) と強調されるように、女性差別的な法律や規則の改廃 ((f)・(g)) は、立法府において直ちに措置を取ることが条約上明確に求められている事項であろう。すなわち、公務員に対する教育・訓練のように、行政府による継続的な取組みが求められ、それによって公務員による差別がないことを「確保」することが想定されているような場合と異なり、差別的な立法を改廃することは、立法府の責任において直ちにこれを行うことが要求されているというのが条約の趣旨であろう。

日本政府は通常、条約の批准ないし加入に際し、条約に抵触する国内法を整備した上で批准・加入に臨む姿勢を取っているが、1985 年の女性差別撤廃条約批准の際にもそのような国内法整備が行われた。旧国籍法が、子の国籍に関して男系血統主義を取っていたことが、条約 9 条 2 項(「締約国は、子の国籍に関し、女性に対して男性と平等の権利を与える。」) に抵触するため、これを改正して両系血統主義を採用することとしたのがその代表的な例である(昭和 59 (1984) 年改正、昭和 60 (1985) 年施行)。国籍法の改正は、女性差別撤廃条約上(国が批准後に締約国の義務として行ったものとすれば)、まさに 2 条 (f)

を履行した例とみなすことができるであろう。また、条約と国内法の抵触による立法措置の必要性には、条約と既存の国内法の定めが積極的に抵触していた国籍法のような場合のほか、条約の求める内容を実現する国内法がなく（消極的抵触）、そのような受け皿となる法律ないし法規定を新たに制定する必要がある場合があるが、11条で雇用関係における平等を定めた本条約の批准に伴い日本が昭和60（1985）年に男女雇用機会均等法を制定した例は、後者にあたる。2条との関連で言えば、(a)・(b)の義務の履行の一環ということになろう。

次に、本件に直接関連するもう一つの条文として、条約16条は、婚姻及び家族関係における差別の撤廃に関して、以下のように定める。

「1 締約国は、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取るものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。」

(a) 婚姻をする同一の権利

(b) 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 …

(g) 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。）」

女性差別撤廃条約の以上の諸規定のうち、本件事案では、民法750条が、2条(f)にいう「女性に対する差別となる既存の法律」といえる場合には、締約国たる日本がそれを「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。）を取る」義務を履行していないという条約義務の違反が問題となる。また、16条に関しては、日本がこの民法の規定をもって、婚姻において「姓を選択する権利」を含む「夫及び妻の同一の個人的権利」（1項(g)）のほか、「婚姻をする同一の権利」（(a)）、「自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」（(b)）を確保しているといえるか、ということが問題となる。

以下では、女性差別撤廃委員会が「一般的勧告」、日本に対する「総括コメント」等で示している女性差別撤廃条約の解釈も参照しながら、民法750条の女性差別撤廃条約適合性について検討する。また、この関連で、女性差別撤廃条約の解釈権の所在及び、女性差別撤廃条約の条約機関である女性差別撤廃委員会が採択して提示する「一般的意見」や「総括コメント」の法的意義について最初に言及する。

①女性差別撤廃条約の解釈と条約機関（委員会）の一般的勧告・見解

国際法上、条約を解釈・適用する第一次的な権限を有するのは締約国政府であるが、それはあくまで第一次的な権限であり、一締約国政府の条約解釈が他の締約国政府によって争われる場合には、条約上の紛争解決手続に従い、場合

によっては国際司法裁判所の判定に委ねることになる。女性差別撤廃条約も 29 条で紛争解決手続を定め、条約の解釈又は適用に関する締約国間の紛争で交渉によって解決されないものは、いずれかの紛争当事国の要請で仲裁に付されうること、仲裁組織について合意に達しない場合にはいずれかの紛争当事国によって国際司法裁判所に紛争を付託しうることとしている。

但し、人権条約でこのように国際司法裁判所への付託可能性を含む紛争解決手続を定める例はむしろ珍しく、国際人権規約等、他の人権条約ではこのような規定はおかれていない。そして、女性差別撤廃条約の場合も、上記の紛争解決条項があるものの、これまで一度もこれが締約国によって援用された例はない。それは、人権条約の場合には、各条約の下で、条約機関たる委員会がそれぞれ設置され、これらの委員会が、条約に規定された報告制度等の任務の運用を通して、「一般的意見」「見解」等の採択という形で実質的に条約解釈を行っているからである。こうした「一般的意見」「見解」等は、その名称が示す通り締約国に対して法的拘束力をもつものではないが、人権条約という、多数国間条約として共通の人権基準を設定した条約の体制上、各国の国内実施の状況を国際的に監視する任務を締約国によって与えられた条約機関が、機関として採択し締約国に提示することが認められているものである。

人権条約における条約機関のこのような役割と、条約機関が示す条約解釈の重要性については、自由権規約委員会委員であり委員長の職も務めた岩沢雄司東京大学教授が、自由権規約に関して下記のように述べているところである。

「自由権規約選択議定書は、委員会に対して、人権が侵害されたと主張する個人からの『通報を検討』し、『見解を関係締約国に送付する』権限を認めている（5 条）。この規定に従って委員会は、個別の通報事例に即して規約の規定を解釈し、締約国に規約の違反があったかどうかを決定する。また自由権規約は、委員会に対して、『締約国の提出する報告を検討する』権限、及び『適当と認める一般的... 意見』を採択する権限を与えている（40 条 4 項）。この規定に従い委員会は、規約規定について委員会としての解釈を示す一般意見を採択してきている。1992 年からは国家報告の検討の後に、その国に対する勧告を含む総括所見を採択するようになり、その中でも委員会としての規約の解釈を示している。このように委員会は、個人通報及び国家報告の検討という任務を果たすにあたって、規約を解釈し適用する権限を締約国によって与えられている。そして委員会は、見解・一般意見・総括所見の中で規約の解釈を示している。委員会は規約によって設置された履行監視機関であり、『高潔な人格を有し、かつ、人権の分野において能力を認められ』『個人の資格で任務を遂行する』18 人の委員で構成される。委員会は 30 年以上にわたって履行監視活動に従事してき

た経験を有し、その実績は評価されている。このような機関が、規約によって与えられた解釈権限を行使して示した解釈、少なくとも通報で示した解釈は、高い権威が認められてしかるべきであり、『有権 (authoritative) 解釈』とみなされてよいと考える。国際司法裁判所の勧告的意見は法的拘束力がないのに、裁判所がそこで示した解釈が有権的なものとみなされるのと同様に、見解が法的拘束力をもたないことは委員会の解釈が有権的であることを妨げない。ただし、見解等で委員会が示した解釈に拘束力があるとはいえない。委員会の解釈は有権解釈であるから、締約国は尊重すべきであるが、拘束されるわけではない (岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」『世界法年報』29号、2010年、62～63頁)。

時には、条約機関の示した条約解釈が、一部の締約国の条約解釈と異なることも起こり得るが、その場合でも、締約国の条約解釈こそが絶対的であり最終的に通用するというのではなく、締約国の条約解釈も、条約の解釈方法を明文文化したウィーン条約法条約の諸規則の定めるところに従い (条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するとしてウィーン条約法条約 31 条 1 項以下を参照)、条約の趣旨及び目的に沿った妥当なものでなければならない。そして、締約国の条約解釈が条約機関から理解を得られるだけの客観的な妥当性と説得力をもつものでなければ、定期的な政府報告審査の制度において、当該締約国は、その条約解釈の妥当性を繰り返し条約機関から問われ、見直しを要請されることになるのである。このような条約実施過程は、条約自ら条約機関を設置し、締約国の国内実施を国際的に監視させることとしている人権条約においては当然に想定されていることである。

女性差別撤廃条約では、条約機関として女性差別撤廃委員会が設置されており、報告制度において締約国の報告審査の任にあたるほか、個人通報制度を規定した選択議定書が採択されこれが発効してからは、同議定書を批准した国について個人通報事案の審理も行っている。

報告制度は、全締約国に適用のある制度であり、各締約国が、自国における条約の国内実施の状況について委員会に報告書を提出し、審査を受けるものである。報告制度では、女性差別撤廃委員会は、報告審査を行った個別の国に対し、当該国の条約実施状況を評価し懸念事項及び勧告事項を含む「総括コメント」(自由権規約委員会の場合の「総括所見」にあたり、個別の国に対して報告審査後に出されるまとめの所見である)を採択して送付するほか、多くの締約国の報告を審査した経験に基づき、随時、全締約国にあてた内容の「一般的勧告」を採択して公表している。「一般的勧告」は、委員会が取り上げた条約の条

項又は個別の事柄について、委員会としての条約解釈と締約国への勧告を述べたものであり、締約国にとっては条約解釈の指針となるものである。

なお、このような人権条約の委員会の一般的意見・勧告、総括所見・総括コメント等を条約解釈上どのように位置づけるべきかにつき、ウィーン条約法条約の条約解釈規則上は明文の定めがないが、同条約 32 条にいう「解釈の補足的手段」ないしそれに準ずるものとして、解釈の参考になると考えることができる。この点については、裁判例では、①一般的意見等を条約解釈の「補足的手段」として参照したもの（指紋押捺拒否国賠請求事件大阪高等裁判所平成 6（1994）年 10 月 28 日判決、判時 1513 号 71 頁は「B 規約 28 条以下の規定に基づいて、... 締約国から提出された報告を審査すること並びに... 選択議定書... に基づく... 個人からの通知を審理し、これに対する『見解』を送付することをその主な職務とする規約人権委員会が設置されている。同委員会は、B 規約の個々の条文を解釈するガイドラインとなる『一般的意見』を公表しており、右『一般的意見』や『見解』が B 規約の解釈の補足的手段として依拠すべきものと解される。更に、ヨーロッパ人権条約等の同種の国際条約の内容及びこれに関する判例も B 規約の解釈の補足的手段としてよいものと解される。」とする。また、公職選挙法違反被告事件広島高等裁判所平成 11（1999）年 4 月 28 日判決、高等裁判所刑事裁判速報集平 11 号 136 頁は、「所論は、B 規約の解釈に当たっては、... 条約法に関するウィーン条約 31 条の条約解釈に関する一般的な規則の趣旨に従うことを主張するところ、同条の解釈規則が、一般に成文法の解釈上も尊重されている理論的な基礎を有するものと考えるので、当裁判所もこれを採用し、同条約 32 条の趣旨を尊重し、B 規約 28 条によって設置された規約人権委員会が同規約 40 条 4 項に基づき採択した一般的意見等も同条約 31 条の規定の適用によって得られた意味を確認するために補足的手段となるものといえる。」とする）、また、②一般的意見、さらには関連する国連決議を、「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈につき当事国の合意を確立するもの」（条約法条約 31 条 3 項 b）ないし解釈の「補足的手段」（同 32 条）に「準ずる」ものとして参照したもの（ビデオテープ再生・接見拒否国賠請求事件に関する大阪地方裁判所平成 16（2004）年 3 月 9 日判決、判時 1858 号 79 頁は、「B 規約については、B 規約 28 条に基づいて人権委員会が設置されており、... B 規約締約国全体に宛てたゼネラルコメントを採択しているところ、ゼネラルコメントが B 規約を直接の検討対象としていることをも考え合わせれば、ゼネラルコメントは、条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈について当事国の合意を確立するもの（条約法条約 31 条 3 項（b）参照）ないし解釈の補足的な手段（条約法条約 32 条参照）に準ずるも

のとして、B 規約の解釈に当たり、相当程度尊重されるべきである。また、被
拘禁者と弁護人との接見交通権については、国際連合犯罪防止会議が採択した
被拘禁者処遇最低基準規則 93 条や国際連合総会の決議である被拘禁者保護原
則 18 並びに弁護士の役割に関する基本原則 8 条及び 22 条が存在するところ、
これらは... 日本国が加盟する国際連合の決議であり、B 規約 14 条 3 項 b の
内容とも関係することからすれば、解釈の補足的な手段（条約法条約 32 条参
照）に準ずるものとして、B 規約 14 条 3 項 b の解釈に当たり、一定の参考と
されるべきものである。... なお、ゼネラルコメントないし上記... 決議がその
締約国ないし国際連合加盟国に対して法規としての拘束力を有するものではな
[い]... ことは被告 [法務大臣] が指摘するとおりであるが、かかる拘束力の
有無と B 規約の解釈に当たって参考とされるか否かとは別個の問題であるし、
B 規約 14 条 3 項が、我が国の憲法も採用する法の支配の理念及びその内容た
る適正手続の要求にも適合するものであることからすれば、... 少なくとも B
規約 14 条 3 項の解釈に当たり、ゼネラルコメントが相当程度参考とされるべ
きであることに変わりはない。」とする）等がある。

②民法 750 条による夫婦同氏制度と女性差別撤廃条約

夫婦同氏を定めている民法 750 条は、夫婦は「夫又は妻の氏」を称すること
とし、文言上は女性を差別しているわけではない。しかし、現実には、夫の姓
を選択する夫婦と妻の姓を選択する夫婦が半々程度の割合であるというわけ
では決してなく、圧倒的多数の夫婦、統計上 96 パーセントもの夫婦が夫の姓を
称し、妻が旧姓を喪失しているのが現状である。このことは、妻の婚姻改姓が
法的義務であった明治民法の時代から残存している、妻の方が改姓することが
当然であるという旧態依然たる社会通念、及び結婚によって妻が夫の家に入る
という伝統的な家意識が根強い日本社会では、婚姻に際しては妻の方が旧姓を
捨てて夫の姓を称するべきであるという社会的圧力がいかに強力なものである
かを如実に示している。そのような社会的圧力とは、日本社会一般にみられる
風潮のみならず、婚姻しようとする女性にとっては、夫となる男性自身及びそ
の家族や職場からの有言無言の期待や希望も当然に含むものであって、女性の
多くは、相手方の希望・期待に応えることで相手方に好かれたい、配偶者とし
て気持ちよく迎えられたいという、婚姻しようとする当事者としては至極当然
な気持ちからくる自己犠牲的努力もあいまって、旧姓を喪失することによる社
会生活上の不便や不利益を自分の方が甘受することを受け入れるに至るのであ
る（もちろん、96 パーセントの中には、夫の姓に改姓することに何の抵抗もな
い女性や、むしろ喜んで改姓する女性もいることは言をまたない。しかし本稿

では、本件原告らのように、改姓を望まないために法律婚を断念して事実婚にとどまるか、法律婚して夫の姓に改姓せざるを得なかったが社会生活上の重大な不利益に苦しんでいる女性たちが現実に多く存在するという事実に着目している)。

女性差別撤廃条約は、女性が男性と平等に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「目的」をもつ区別、制限又は排除のみならず、そのような「効果」をもつ区別、制限又は排除も「女性差別」にあたりと定義し(1条)、直接差別のみならず間接差別をも明確に禁止している。民法750条は、まさにそうした女性差別的「効果」をもつ法規定であり、「女性に対する差別となる既存の法律」等を「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。)を取ることを義務づけた2条(f)により、日本が条約上改廃義務を負う法規定であるということが、筆者の見解である。以下にみる通り、女性差別撤廃委員会も同様の立場を取り、日本に対して早急の法改正を強く求める勧告を行っている。

民法750条を含む民法のいくつかの規定が女性差別的でありそれらを改廃すべきことについて、平成15(2003)年の第3回日本政府報告審議後の総括所見(総括コメント)で女性差別撤廃委員会は、「主要な問題領域及び勧告」の筆頭に間接差別の問題を挙げて指摘していたことは前述した。2009年に行われた第4回日本政府報告審議後の総括所見(総括コメント)(邦訳は前掲・山下泰子ほか編『ジェンダー六法』15頁以下)では、前回の総括所見で指摘された懸念事項や勧告への取り組みが不十分であることが遺憾とされ、以下のような懸念事項と、選択的夫婦別姓制度の導入についての勧告(強い要請)が出されるに至っている。

「差別的な法規定

17 委員会は、前回の総括所見における勧告にもかかわらず、民法における婚姻最低年齢、離婚後の女性の再婚禁止期間、及び夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が撤廃されていないことについて懸念を有する。... 委員会は、締約国が、差別的な法規定の撤廃が進んでいないことを弁明するために世論調査を用いていることに、懸念をもって留意する。

18 委員会は、男女共に婚姻最低年齢を18歳に設定すること、女性のみにかせられている6カ月の再婚禁止期間を廃止すること、及び選択的夫婦別氏制度を採用することを内容とする民法改正のために早急な対策を講じるよう、締約国に強く要請する。... 委員会は、本条約の批准による締約国の義務は、世論調査の結果のみに依存するのではなく、本条約は締約国の国内法体制の一部であるのだから、本条約の規定に沿って国内法を整備するという義務に基づくべ

きであることを指摘する。」

この平成 21 (2009) 年 8 月の審査時には、委員会はさらに日本に対し、民法の差別規定の撤廃についてどのような措置を取ったかにつき 2 年以内に報告するよう勧告し、平成 23 (2011) 年 8 月がその提出期限とされた。通常の定期報告提出期限とは別に、より短期間内にこのような特別の報告の提出が求められたという事実は、民法の女性差別的な諸規定の改正の問題がそれほど本条約に照らして緊急の課題であるとみなされていることを示すものである。

また、女性差別撤廃委員会は、16 条に関して 1994 年に採択した一般的勧告 21 「婚姻及び家族関係における平等」(邦訳は山下泰子ほか編『ジェンダー六法』39 頁以下) で、(g) につき、

「各パートナー [=婚姻における女性及び男性。引用者補足] は、共同体における個性及びアイデンティティを保持し、社会の他の構成員と自己を区別するために、自己の姓を選択する権利を有するべきである。法もしくは慣習により、婚姻もしくはその解消に際して自己の姓の変更を強制される場合には、女性はこれらの権利を否定されている。」としている。

さらに、選択議定書に基づく個人通報の事案で委員会は、16 条 1 項 (g) について、本項は、婚姻した女性が旧姓を保持できることを目的としたものであるとの解釈を示している。出生時に父親の姓が自動的につけられたものの、幼少時から専ら母親によって育てられた女性が、自らのアイデンティティは母親とのつながりにあるとして姓を母親の姓に変えることを希望し、16 条 1 項 (g) の権利の侵害を主張した事案で、女性差別撤廃委員会は「委員会は、16 条 1 項 (g) は、婚姻した女性又は [事実上の] 夫婦関係にある女性が、自分のアイデンティティの一部である旧姓を保持し、それを自分の子供たちに伝えることができることを目的としたものだという見解であり、そのようなものとして、本条の利益を受ける者は既婚女性、事実上の関係にある女性及び母親であるという見解である」と述べている (Communication No.12/2007, *G.D. and S.F. v. France*, CEDAW/C/44/D/12/2007, para.11.10. その上で、本件では婚姻もしておらず、事実上の夫婦関係にもなく、子供がいる母親でもない者による主張であることから、通報の被害者は条約上の権利の侵害を受けたとはいえないとして、通報を不受理とした。但しこれに対しては、母親の姓を選択できない国内法は条約上の女性差別にあたり、通報者らが女性差別的な法律によって損害を被ったことは明らかであるとして、通報を受理しうるとした 6 名の委員の共同反対意見がある)。

女性差別撤廃委員会が平成 22 (2010) 年に採択した一般的勧告 28 「女性差別撤廃条約 2 条における締約国の中核的義務」(邦訳は前掲・山下泰子ほか編

『ジェンダー六法』72頁以下)は、条約2条に基づく締約国の差別撤廃義務の内容を具体的に述べた非常に重要な文書であるが、この中で委員会は、条約2条は「1条に規定された差別の定義に照らして読まれるべきである」とした上で、締約国の義務の性質と範囲、内容を次のように敷衍している。

「II 締約国の義務の性質と範囲

9 第2条において締約国は、無差別及び平等の享受への女性の権利を尊重し、保護し、充足するという条約に基づく法的義務のすべての側面に取り組みなければならない。...

10 締約国は、作為又は不作為により、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する。締約国には、さらに、そのような作為又は不作為が国家によるものか私的主体によるものかを問わず、女性に対する差別に対して積極的に対応する義務がある。差別は、国家が、女性の権利の完全な実現を確保するために必要な立法措置を取らないこと、女性と男性の間の平等を達成することを目的とした国内政策を取らないこと、及び適切な法を執行しないことによって生じる可能性がある。...

III 第2条に含まれる一般的義務

16 締約国は、女性の無差別への権利を尊重し、保護し、充足する義務及び、女性の立場を改善し、女性の法的及び事実上もしくは実質的な男性との平等の権利を実現するために、女性の発展と向上を確保するという義務を負っている。締約国は、女性に対する直接及び間接差別のいずれもが存在しないことを確保しなければならない。女性に対する直接差別は、性及びジェンダーの差異に基づいた明示的に異なる取扱いから構成される。女性に対する間接差別は、法律、政策、プログラムもしくは慣行が、女性と男性に関するものであるため中立的に見えるが、表面上中立な措置においては既存の不平等に注目されることがないために、実際には女性に対して差別的な効果を有するときに生じる。さらに、間接差別は、構造的及び歴史的な差別の種類と女性と男性の間の不平等な権力関係の認識を欠いているために、既存の不平等を強化する場合がある。

31 第2条(a)(f)(g)は、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。... 締約国は、女性に対する差別を構成するような既存の法律、規則、習慣及び慣行を修正又は廃止するための手段を取る義務を有する。...

民法750条の規定は、この一般的勧告にいう「法律... が、女性と男性に関するものであるため中立的に見えるが、... 実際には女性に対して差別的な効果を有する」ものとして、女性差別撤廃条約1条で禁止される「間接差別」にあ

たることは明らかである。よって、「女性に対する差別となる既存の法律」等を「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。）を取ることを」義務づけた 2 条 (f) により、日本は条約上改廃義務を負う法規定であるといえることができる。かつ、民法 750 条は、婚姻に際して氏の選択に関する夫婦同一の個人的権利（16 条 1 項 (g)）を侵害し、また、姓を変更したくない女性が姓を保持しようとするれば婚姻できないのであるから、婚姻をする同一の権利（(a)）及び、自由な合意のみにより婚姻をする同一の権利（16 条 1 項 (b)）を侵害するものであるといえる。

上記の一般的勧告 31 項で委員会も想起しているように、条約 2 条 (f) により締約国は、女性差別を構成する既存の法律や規則を修正又は廃止する措置を取る義務を負っており、立法府において直ちに措置を取ることが条約上明確に求められている事項である。条約と国内法の抵触による立法措置の必要性には、条約と既存の国内法の定めが積極的に抵触し、よって条約遵守のためには国内法を改廃する必要がある場合（女性差別撤廃条約批准に伴い国籍法を両系血統主義に改正した例）と、条約の求める内容を実現する国内法がなく（消極的抵触）、そのような受け皿となる法律ないし法規定を新たに制定する必要がある場合（同条約批准に伴い男女雇用機会均等法を制定した例）があることについて前述したが、民法 750 条の規定は前者にあたり、条約との積極的抵触により直ちにこれを改廃すべきものである。国籍法の改正が、旧国籍法の男系血統主義が条約 9 条 2 項（「締約国は、子の国籍に関し、女性に対して男性と平等の権利を与える。」）と明らかに積極的抵触を起こしていたために批准時直ちに行われたものであるとすれば、民法 750 条の場合には、一見性中立的な規定であるために条約批准時は改正の対象とならなかったとしても、その効果において（間接差別）事実上女性差別となっている法規定であり、本条約にいう女性差別であることが明白である。よって日本は、「女性に対する差別となる既存の法律」である本条を条約 2 条 (f) に従い修正又は廃止する措置を取る義務を負う。日本は条約の締約国として、速やかに本規定を改正する国際法上の義務がある（同旨、林陽子編著『女性差別撤廃条約と私たち』信山社、2011 年、9 頁）。

加えて、女性差別撤廃条約のほか、自由権規約の下でも、締約国は「婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置を取る。」と定めた自由権規約 23 条 4 項により、「それぞれの配偶者が婚姻前の姓の使用を保持し、又は新しい姓を選択する場合に対等な立場で決定する配偶者各自の権利に関して性別に基づく差別が起こらないことを確保しなければならない」（一般的意見 28）とされており、日本は締約国として民法 750 条を改廃することが同規約上要請されている。また、自由権規約 26

により、締約国は法令で規律するすべての分野に及ぶ法の前の平等及び法律の平等な保護を確保することが要求されており、法律はその内容においても適用においても、差別（事実上、差別的な「効果」をもたらすものを含む）が禁じられていることからすれば、民法 750 条は、まさに本条でいう、事実上女性を差別する効果をもたらしている法規として、本条によっても改廃が要請されているというべきである。

女性差別撤廃委員会による平成 21 (2009) 年 8 月の日本政府報告審査後は、女性差別撤廃委員会が日本に対し、民法の差別規定の撤廃についてどのような措置を取ったかにつき 2 年以内に報告するよう勧告し、平成 23 (2011) 年 8 月がその提出期限とされたことについて前述したが、日本政府はこれに応じて追加の報告を行ったものの、民法の諸規定の改正がなおなされていないことに鑑み、同年 11 月、同委員会はあらためて、1 年以内に追加の情報を委員会に提供するよう日本政府に要請している。その文面は以下の通りである。

「2011 年 11 月 4 日

在ジュネーブ国際機関日本政府代表部特命全権大使 小田部陽一閣下

女子差別撤廃委員会 (CEDAW) の総括所見のフォローアップ報告者として、2009 年 7 月の女子差別撤廃委員会第 44 会期における日本の第 6 回政府報告の審査について、言及させていただく。会期終了時、委員会は（日本の政府報告に対する）総括所見を貴代表部に送った (CEDAW/C/JPN/CO/6/Add.1)。総括所見では委員会は日本政府に対し、パラグラフ 18 及び 28 に含まれる勧告の実施に関し、更なる情報を 2 年以内に提出するようパラグラフ 59 で要請した。委員会は女子差別撤廃条約のフォローアップ手続きに基づき、2011 年 8 月 5 日に日本から提出された（総括所見に対する）情報 (CEDAW/C/JPN/CO/6/Add.1) を歓迎する。2011 年 10 月にジュネーブにおいて開催された委員会第 50 会期において、委員会は日本政府から提出された同情報を審査し、以下の評価を採択した。

… 委員会は民法及び戸籍法の差別的規定に関するパラグラフ 18 の勧告について、一部履行されたものと判断する。民法及び戸籍法の一部を改正する法律案（仮称）は婚姻適齢の男女統一、選択的夫婦別氏制度の導入、嫡出である子と嫡出でない子の相続分の同等化を内容とする一方、女性のみ課せられている 6 か月の再婚禁止期間の廃止を規定しておらず、内閣でまだ採択されていない。

それゆえ、委員会は日本政府に対し、1 年以内に以下の追加的情報を提供するよう、勧告する。

a) 男女共に婚姻適齢を 18 歳に設定すること、女子差別撤廃条約 16 条 1 (g)

の規定に沿って夫婦に氏を選択を認めること、嫡出である子と嫡出でない子の相続分を同等化す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。」(http://www.gender.go.jp/teppai/6th/commission_opinion_j.pdf)

民法 750 条を含む民法のいくつかの規定が、女性差別撤廃条約に合致するものでないこと、その改廃が女性差別撤廃委員会によってきわめて緊要な事柄として日本に強く要請されているということは、以上から明らかであろう。

3 司法判断における条約の適用—国家賠償法上の違法性

以上述べたところにより、日本は女性差別撤廃条約（及び自由権規約）の締約国として、民法 750 条を改廃する立法措置を取る義務を条約上負っていることが明らかであるが、本件は、そのような立法措置を取らない立法府の立法不作為が国家賠償法上違法であると主張されている事案であるので、以下では、司法判断における条約の適用可能性について、国家賠償請求訴訟のような事案を特に念頭において検討し、加えて、条約を適用する司法府の責務についても言及する。

(1) 司法判断における条約の適用可能性

裁判所に提出された被告国の準備書面によると、被告国は、司法判断における女性差別撤廃条約の適用可能性に関して、大きく分けて 2 つの主張を行っている。それは、一つには、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主張（第 1 準備書面の第 1 の 2）、第二には、わ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（第 1 準備書面第 1 の 3）との主張である。そして、この第二の主張に関連して、女性差別撤廃条約は、18 条の報告制度の存在からも導かれるように、当事国が適切な国内的義務を取る義務を課す内容の条約であり、わが国政府としても、同条約の国内実施においては国内法制の整備を通じて行うこととしているのであって、自動執行力のない条約と解釈している、と主張する。また、条約が自動執行力を有するかどうかの基準として、①主観的要件すなわち、条約作成・実施過程の事情により、私人の権利義務を定め直接に国内裁判所で執行可能な内容のものにするという、締約国の意思が確認できること、及び②客観的要件すなわち、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を待つまでもなく国内的に執行可能な条約規定であること、を提示し、それらの基準を適用すべきであると主張している。

まず、被告国の第一の主張すなわち、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主張は、20世紀初頭までの伝統的な国際法の時代であればともかく、現代の、とりわけ第二次世界大戦後に発展した人権条約に関しては、妥当しないことは明らかである。国際人権規約をはじめ、女性差別撤廃条約、人種差別撤廃条約、拷問等禁止条約、児童の権利条約等、国連で作成された人権条約、さらに、地域的組織によるものとしてはヨーロッパ人権条約、米州人権条約等の人権条約は、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、これらの条約上の権利規定は、すべて、締約国の管轄下の「個人」を権利主体とした規定である。無論、これらの条約は、締約国に対し条約上の人権を「確保する」「保障する」「その実現のために措置を取る」等の義務を課しており、それらの条約義務を国内で実施するためには、立法・行政措置、司法的救済のいずれもが場合によって必要となる。しかしそのことは、これらの人権条約が「直接個人の人権を規律したものでない」ことを意味しない。個人は、条約上の権利の侵害に対して、締約国の国内裁判所による司法的救済その他の救済措置を利用しうることが条約上定められている（自由権規約2条3項、人種差別撤廃条約6条、女性差別撤廃条約2条(c)、拷問等禁止条約14条等）こと、さらに、締約国が制度を予め受け入れていれば、条約上の権利の侵害を受けた個人が、国内救済措置を尽くした上で、条約上の委員会（国連の人権条約の場合）又は裁判所（ヨーロッパ人権裁判所等）に申立てを行い救済を求めることのできる制度（個人通報制度）が存在し機能していることも、これらの人権条約がまさに個人自らの権利を国際法によって直接創設していることの明瞭な証左である。国連の人権条約では、自由権規約の第一選択議定書、人種差別撤廃条約14条等で当初から個人通報制度が設置されていたが、近年、条約の実効性向上のために他の条約についても相次いで設置が進み、平成11（1999）年には女性差別撤廃条約選択議定書、平成20（2008）年には社会権規約選択議定書が採択されたほか平成23（2011）年には児童の権利条約選択議定書の草案も国連総会第三委員会で採択され（その後国連総会に提出され12月末に採択見込み。なお日本は、同議定書案の共同提案国の一つであった）、ほぼすべての人権条約に個人通報制度が備えられるに至っている。日本はまだこれらの個人通報制度にいずれも参加していないが、世界的には、自由権規約及び女性差別撤廃条約の選択議定書による個人通報制度だけをみても、いずれも100カ国以上の批准を得て現実に機能している。

「条約を含む国際法は直接個人の人権義務を規律するものではない」との主張は、個人の「義務」に関して、例えば女性差別撤廃条約や人種差別撤廃条約上、私人による差別を国が撤廃するための措置を取ることを義務づけた規定（女

性差別撤廃条約 2 条 (e)、人種差別撤廃条約 2 条 1 項 (d) を、個人が他の私人を相手取った訴訟（例えば、不法行為に対する損害賠償請求訴訟）で私人の義務として直接援用することはできない、というような私人間関係の文脈で用いる限りでは妥当しうる。しかし、上に述べたように、個人の権利を定めた条約の文言、また、国内的及び国際的な人権救済手続の利用可能性から示される通り、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。日本の裁判例でも、例えば、自由権規約の人権規定は、個人の権利を条約自体で定めたものであることが認められている（例えば、「何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない」と定めた自由権規約 17 条 1 項について、「同項は『何人も』と規定し、同規約の他の条文同様、個人がその権利を保障されるという形式を取っているから、規約の内容を実現する国内法の制定などを待つまでもなく、個人が直接規約自体によって権利を与えられるものと解すべきである」と判示した、大阪地方裁判所平成 5 (1993) 年 4 月 27 日判決、判時 1515 号 116 頁、「B 規約は、自由権的な基本権を内容とし、当該権利が人類社会のすべての構成員によって享受されるべきであるとの考え方に立脚し、個人を主体として当該権利が保障されるという規定形式を採用しているものであり、このような自由権規定としての性格と規定形式からすれば、これが抽象的・一般的な原則等の宣言にとどまるものとは解されず、したがって、国内法としての直接的効力、しかも法律に優位する効力を有するものというべきである。」とした徳島地方裁判所平成 8 (1996) 年 3 月 15 日判決、判時 1597 号 115 頁）。

次に、被告国の第二の主張すなわち、女性差別撤廃条約は、18 条の報告制度の存在からしても、当事国が適切な国内的義務を取る義務を課す内容の条約であり、自動執行力のない条約とあるとの主張、そしてそれとの関連で、条約が自動執行力を有する基準として被告国が挙げる主観的要件及び客観的要件について述べる。

このうち、まず、女性差別撤廃条約が定める報告制度が、同条約が自動執行力のない条約であることの一つの根拠であるとの主張は、明らかに妥当性を欠き失当である。国連で作成された人権条約は、いずれも例外なく、すべての締約国に適用される基本的な条約履行確保制度として、締約国が条約の国内実施に関して定期的に条約機関に報告書を提出する報告制度を定めている。周知のように、報告制度は自由権規約にもおかれているが（40 条）、同規約は、規約上の権利を「尊重し及び確保する」という文言から、締約国に対し、権利を直

ちに実現すべき即時的義務を課す条約であることが、わが国の学説及び判例を含めて広く認められている。報告制度は、権利の実現に影響を及ぼす要因及び障害があればそれについても報告するよう求められている（自由権規約 40 条 2 項）ことから分かるように、国連の人権条約が対象とする世界各国では、権利の確保にとって妨げとなる要因がありうること（実際には様々であるが、多くの国では内戦等の紛争状態、資金の不足、識字率の低さ等がある）を想定しつつ、その改善を継続的に監視するための制度として設けられたものであるが、この制度の存在自体は、権利を「尊重し及び確保する」という 2 条 1 項の義務を何ら免ずるものではない。定期的報告制度の存在と、権利を確保する義務及び自動執行性の有無は、全く別次元の問題である。

ところで、自動執行性の有無を含む、条約の国内適用可能性の問題は、一般に国際法の問題ではなく、国内法によって決定される事柄である（岩沢雄司『条約の国内適用可能性』有斐閣、1985 年、特に 321 頁以下）。すなわち、EC「規則」の直接適用を EC の設立基本条約自体で定め各加盟国に要求している EC/EU 法という特殊な法体系を除けば、一般的な国際法の問題として、条約が国内的効力を有する法体制の国で、ある条約規定がそれ以上の国内法の介在を要せずそれのみで適用されうるかという問題（条約の「直接適用可能性」、又は米国判例理論に由来する「自動執行性」）は、条約の規定それ自体に依存する事柄ではなく、具体的な事案において、条約規定を適用する立場にある裁判官が決定する事柄である（岩沢、同上；O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles : Bruylant, 1999, pp. 123-125, 160-164）。

日本では、批准した条約及び確立した国際法規はこれを誠実に遵守することとした憲法 98 条 2 項の規定により、批准した条約は、何ら特別な法的措置を取らずともそのまま国内において法的効力を有する（「自動的受容」体制）。このように条約が国内法的効力をもつことを前提として、ある条約の規定が、ある事案において司法判断を行うに際して、条約規定自体に直接依拠して認定を行いうる程度に明確で具体的であれば、条約規定を司法判断の直接の根拠とする、「直接適用」が可能である（米国の判例理論に倣って「自動執行力をもつ」「自力執行力をもつ」ということもある）。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に優位するということが政府見解であり通説でもあるから、法律以下の法令ないしその適用が条約の規定に抵触すると判断されれば、その法令の適用は排除されることとなる。

しかるに、各事案における司法判断の目的はそれぞれ異なることから、条約規定の直接適用可能性の有無は、条約規定から一律に、二者択一的に判断され

るのではなく、具体的事案の内容に応じて判断される相対的なものとして把握される。すなわち、条約の規定が裁判所によって直接適用されうるほど明確であるかどうかの判断は、規定の適用が求められている事案の文脈において初めて導き出しうる (De Schutter, *op.cit.*, p.124)。例えば、国に対して社会保障の給付等の作為を請求する根拠とするためには条約規定に高度の明確性が必要であるのに比較して、なされた行為の違法性を判定する根拠とするためであれば、条約規定にそれほど高度の明確性は不要となる。条約の直接適用可能性のこのような相対的把握は、従来日本の憲法学で憲法 25 条について論じられてきたような事柄と実質的に同様の事柄として、各国の憲法上の議論も引照しつつ行われてきた (M. Waelbroeck, “Note: Portée et critères de l’application directe des traités internationaux”, 39 *Revue critique de jurisprudence belge* 27 (1985), pp.34-37 ; 岩沢、前掲書、25 頁以下、横田耕一『『国際人権』と日本国憲法—国際人権法学と憲法学の架橋』国際人権 5 号、1994 年、10 頁、齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』信山社、2002 年、17 頁 ; C.Sciotti-Lam, *L’applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l’homme en droit interne*, Bruxelles : Bruyant, 2004, pp.342-344)。

他方で、日本では、条約の直接適用可能性は国内裁判所が具体的な事案において判断する事項であることが一応承認されていると思われる一方で、判例では、その基準についてなお非常に高いハードルを課す考え方もみられる。条約が国内で直接適用されるためには、直接適用に関する条約締約国の意思が確認できかつ、私人の権利義務を明白・確定的に定めているという要件を具備する必要がある、とする立場であり (例として、東京高等裁判所平成 17 (2005) 年 6 月 23 日判決、判時 1904 号 83 頁)、本件で被告国が主張する主観的基準・客観的基準も、そうした立場を取るものである。

しかし、このうち、主観的要件は、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。条約の国内適用可能性を包括的に研究した岩沢雄司東京大学教授は、条約の直接適用可能性について、条約締結時の当事国の「意図」とは、ほとんどの場合現実には見出し難い仮想的な意図でしかなく、多数国間条約が増加した現代では尚更そうであるとして、次のように述べている。「多数国間条約が多くなった現在、当事国の意思を決定的な基準とすると、ほとんどの条約は直接適用可能でないことになってしまう。当事国は条約の国内における実施方法には関心をもたないことが多く、当事国の意思は存在しないことがほとんどだからである」(小寺彰ほか編『講義国際法』有斐閣、2004 年、108 頁、岩沢雄司執筆)。条約は、国内法的効力を与えられている以上、そのことに基づいて、直接適用可能であると推定され

るべきものである(同上)。条約規定の直接適用可能性の判断が本質的に、個別の事案で規定の解釈・適用を求められている裁判官の権限に属するものであるとすれば、直接適用可能性を原則として否定的に解する理由は何もなく、直接適用可能性にはむしろ有利な推定が認められると言うべきなのである(De Schutter, *op.cit.*, pp.153-154)。換言すれば、条約の直接適用可能性を原則として肯定することは、各国の国内法秩序において効果を発揮されることを求められている条約の規範の、その国に対する法的拘束力に内在するものと言ってもよい(De Schutter, *op.cit.*, p.156)。

また、客観的な基準にしても、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を待つまでもなく国内的に執行可能な条約規定であること、とする要件の立て方は、あまりにも狭きに過ぎ、そもそも国際条約においてはそのような規定の仕方はいりえないというほどに、不当に厳格な要件を設定する見方と言わざるをえない。この点、条約が直接適用しうるのは、実際には、「明白、確定的、完全かつ詳細」どころか、条約が個人の権利義務を明文で創設している場合に限りえないとみるのが正しい。「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りえない。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」(小寺彰ほか編『講義国際法』(有斐閣、2004年)107頁、岩沢雄司執筆、強調原文。この点をすでに明快に論じた、岩沢、前掲書289~292頁も参照)。以下、この点につき若干詳説する。

従来、条約の直接適用可能性は、しばしば、「個人の権利として直接適用できる」かどうかの問題、すなわち、個人が条約の規定から直ちに自らの権利を主張できるかどうかの問題であるとされることが多かった。そして、その判断基準として上述のような客観的基準すなわち、条約規定の明確性が挙げられることが多いところ、条約の規定が「締約国は…」として締約国の義務を述べる形になっている場合には、条約は個人の権利を明確に規定したものでない、つまり「個人の権利として直接適用できない」と言われることが多かった。自由権規約の規定の直接適用を認めた日本の判例も、多くの場合、上にみたように、同規約の規定が「何人も… されない」、「すべての者は、… の権利を有する」という形で個人を主語とした規定となっていることを、直接適用が可能な根拠の一つとして挙げている。これに対し、「締約国は… の権利を認める」という規定の仕方になっている社会権規約については、個人の権利として直接に適用できない、と言われてきた(いわゆる塩見訴訟における最高裁第一小法廷平成元年(1989)年3月2日判決、訴月35巻9号1754頁。権利の完全な実現を漸進的に達成するため締約国が措置を取ることとした2条1項も、直接適用が不可

能なもう一つの理由として挙げられている)。

しかしながら、第一に、自由権規約と社会権規約の規定は、締約国の義務に関して根本的に異なったものというよりは、相似する点も多い。社会権規約は2条1項で、各締約国は規約で認められた権利の完全な実現を漸進的に達成するため、特に立法措置等によって「措置を取る」としているところ、自由権規約も、2条1項の一般的な義務規定では「締約国は...認められた権利を尊重し及び確保するとして、締約国を義務主体とした規定をおいているのである。さらに、重要な点は、各国における実際の司法判断において人権条約の規定が直接に用いられうるのは、個人がそこから自らの権利(いわゆる「主観的権利(droit subjectif)」)を主張する場合に限られない、ということである。訴訟の形態によっては、条約を援用する申立人の側は、国内法令や行政処分が条約規定に反し違法であることを主張すれば足り、その場合、裁判所が判断を求められるのは条約規定に照らした合法性の判定であって、個人の権利の認定ではない。日本を含む多くの国において、行政処分の取消を求める法律上の「利益」があることをもって提起が認められ、行政処分の取消を判断する取消訴訟や、公務員の「違法」な行為に対する国家賠償を求めて提起される国家賠償請求訴訟はその典型的な例である。条約が国内的効力を有する国において、条約の規定は、国を拘束するものとして常に有効な法規範であり、そのことは、条約の規定から直ちに個人の権利を導けるかどうかの問題とは同一ではない。取消訴訟のような訴訟において、裁判官が、国を拘束している条約規範の存在を認識し、それに照らして行政処分を違法なものとして取消するとき、裁判官は、個人の主観的権利の問題というよりも、国際法に照らした客観的な法秩序の確保(contrôle objectif)を行うことになる(M.Waelbroeck, “Effets internes des obligations imposées à l’Etat”, *Miscellanea W.J.Ganshof van der Meersch*, Bruxelles/Paris : Bruylant/LGJ, 1972, t.2, p.576)が、その場合にも、人権条約の規定に反することを理由として行政処分を取り消したのであれば、その人権条約の規定は「直接適用」されたと考えることができるのである(C.Sciotti-Lam, *L’applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l’homme en droit interne*, Bruxelles : Bruyant, 2004, pp.348-349)。つまり、司法判断の形態によっては、「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。条約規定が個人の権利を定めていることは、条約規定を直接適用しうるための要件ではなく、後者の方は、各国で存在する訴訟形態に応じて認められうるより広い概念だということである。現にベルギーのような国では、学校の授業料を引き上げる処分に対する取消訴訟において、授業料の無償を漸進的に達成するとして社会権規約の規定に反することを直接の根拠としてこれを取り消すな

ど、社会権規約が締約国に課している国際法上の義務を直接の根拠とした司法判断が多く蓄積されている（申「人権条約の直接適用可能性」『人権条約の現代的展開』信山社、2009年、第8章参照）。

被告国の主張するように、国内裁判所による条約の直接適用可能性を原則として消極的に解し、主観的要件、客観的要件という厳格な条件が満たされた例外的な場合にのみ可能とする考え方は、日本では批准された条約が国内的効力を有する有効な法源となっていることを看過し、不必要に厳格な要件を設定して条約の適用可能性を狭めようとする立場であって妥当でない。そのような、容易に証明しがたいほどの高度の障壁を設けることによって、条約の直接適用可能性を狭く解することは、結局のところ、人権条約の義務を回避する結果をもたらすことになる（北村泰三「国際人権法の解釈、適用における国内裁判所の役割—接見時ビデオ視聴不許可事件を素材として」後藤国賠訴訟弁護団編『ビデオ再生と秘密交通権 [上告審編] 現代人文社、2008年、56頁）。人権条約は元来、締約国の管轄下の個人の人権保護それ自体を趣旨・目的とし、第一義的には締約国の国内で実効的に実施されることを予定しているところ、被告国のような立場を取るならば、そのような人権条約の趣旨・目的の実現はきわめて困難となり、結果的に条約義務が果たされないこととなってしまうのである。

現実には、日本の裁判所において、条約の規定は、様々な形態の訴訟で広く援用されまた適用されてきた。各種の国内法令の解釈・適用に関して条約規定が援用され、裁判所が条約規定を参照して条約適合的な法の解釈・適用を行う例（いわゆる間接適用）は今日幅広くみられるようになっているが、それ以外に、条約に基づく主張がなされ、裁判所が条約を直接の判断基準として司法判断を下す例も少なくない。第一に、条約違反を根拠として、行政庁の処分や裁決の取消を求める取消訴訟がそうであり、具体的には、難民条約等の条約の違反を理由として難民不認定処分、退去強制令書発付処分等の取消を求める訴訟、ILO（国際労働機関）の条約の違反を理由として国家公務員の懲戒処分の取消を求める訴訟等が挙げられる。そのような取消訴訟においては、訴訟を提起する原告適格として、行政事件訴訟法にいう「法律上の利益」があれば足りる上、裁判所による実体的な司法判断の際にも、援用されている条約が個人に明文で権利を創設しているかどうかは、本質的な問題とならない。行政庁が行った処分が、条約で定められた国の義務に照らしてそれに反するものかどうか、判断できればよいからである。第二に、本件のように、公務員の違法行為による損害に対する国家賠償を請求する国家賠償請求訴訟がある。国家賠償請求訴訟においては、問題は、国家賠償法上、国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて故意又は過失によって「違法に」他人に損害

を加えたかどうかであるが、そこにいう「違法に」とは、憲法及び法律のほか、日本において国内法的効力を有する法源である条約にも照らした違法性であることは、行政法学において広く承認されている。旧監獄法及び施行規則に基づいて刑務官が行った受刑者に対する措置や、外国人登録法に基づく指紋押捺制度の適用が、人権条約の規定に違反する違法な措置であるとして国家賠償請求の対象とされるような事案はこの例である。この場合も、国家賠償請求訴訟を提起するにあたって、原告が援用している条約が個人の権利を明文で定めている必要はないほか、実体的な司法判断の際にも、裁判官にとっては、公務員による「違法な」行為があったかどうか判断できればよい。要するに、取消訴訟であれば処分等を直接に「違法」と判断しうる条約規定であるか、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」と判断しうる条約規定であるか、それが直接適用可能性（自動執行性）のメルクマールということである（阿部浩己「鑑定意見書」ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク編『男女賃金差別裁判「公序良俗」に負けなかった女たち—住友電工・住友化学の性差別訴訟』明石書店、2005年、363～369頁）。本件の場合にもまさに、公務員、本件では立法府の作為・不作為が、女性差別撤廃条約等の条約の規定に反する「違法」なものといえるかどうか、それとして検討されればよいのである。

なお、批准した条約が国内的効力を有する国において、国内裁判所の裁判官がその司法判断において条約規定を引照するのは、裁判官が、一国の国家機関として、その権限の限りにおいて、国が負っている国際法上の義務が遵守されることを確保し、国の国際的責任が生じる結果となることを避しようとすることによっている（Waelbroeck, “Effets internes des obligations imposées à l’Etat”, *op.cit.*, pp.576-577 ; Sciotti-Lam, *op.cit.*, p.353）。裁判官は、自らが有する司法権の範囲においてなしうる限り、すなわち、具体的な訴訟形態（例えば、取消訴訟、国家賠償請求訴訟）に応じてその権限の枠内で判断を下す限り（取消訴訟の場合は行政処分の取消、国家賠償請求訴訟においては違法な行為に対する賠償認定にとどまり、立法府や行政府に代わって裁判所が新たな権限行使を行うわけではない）、国の国際法上の義務でありかつ国内的効力を有している条約規範に依拠して司法判断を下すことを何ら妨げられないばかりか、国家機関としてのそのような姿勢は、条約の誠実な遵守という国際法の大原則に合致する。日本の憲法秩序の観点からも、日本が締結した人権条約にできる限り適合する方向で国内法を解釈・適用することは、憲法 98 条 2 項の国際法遵守義務の要請に照らして、国家機関としての裁判官の取るべき姿勢といえることができる（「現行憲法下において国際法が国内法化される本質的意味合いの一端は、裁判所の司法的営みを通じて、日本国による国際義務の違反を避止し（憲法第 98 条 2 項

の要請)、それにより国際協調主義の実現をはかるといふところにあるといふて過言ではない」阿部、前掲鑑定書 362 頁)。加えて、女性差別撤廃条約上、締約国たる日本は、2 条 (c) において「女性の権利の法的な保護を男性との平等を基礎として確立し、かつ、権限のある自国の裁判所その他の公の機関を通じて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」という義務を負っている。女性差別撤廃委員会が一般的勧告 28 で述べているように、「裁判所は、適切な政府当局に対して、... 国内法と条約に基づく締約国の義務との間の齟齬に対する注意を促すべき」責務を負っているのである。条約に照らして女性差別となるいかなる法規定についてもこれを違法とし、女性に対する効果的な保護を与えることは日本の義務であり、司法府は、その義務の履行を図り日本の条約違反を阻止する重要な責務を負っていると云わなければならない。

(2) 立法不作為の違法性と国家賠償

次に、本件で原告側は、民法 750 条を改廃しない立法不作為について国家賠償法上の違反を主張していることから、本件における立法不作為の国家賠償法上の違法性について検討する。

本稿ではすでに、夫婦同氏を強制している民法 750 条は、文言上は女性を差別しているわけではないものの、現実には圧倒的多数の女性が旧姓を喪失させられ不便を強いられているという事実によって、女性差別撤廃条約の禁じる女性差別的な「効果」をもつ女性差別的法規であるとみなすことができる旨を述べた。よって、民法 750 条の規定は、「女性に対する差別となる既存の法律」等を「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。）を取ることを義務づけた同条約 2 条 (f) により、日本が条約上改廃義務を負う法規定であるといふことができる。条約と国内法の抵触には、条約と既存の国内法の定めが積極的に抵触し、よって条約遵守のためには国内法を改廃する必要がある場合と、条約の求める内容を実現する国内法がなく（消極的抵触）、そのような受け皿となる法律ないし法規定を新たに制定する必要がある場合とがあることは前述したが、本件で問題となっている民法 750 条の規定は前者にあたり、条約との積極的抵触により直ちにこれを改廃すべきものである。民法 750 条は、一見性中立的な規定であるために条約批准時は改正の対象とならなかったとしても、その効果において（間接差別）事実上女性差別となっている法規定であり、本条約にいう女性差別であることが明白であるから、日本は条約の締約国として、速やかに本規定を改正する国際法上の義務がある（同旨、林陽子編著『女性差別撤廃条約と私たち』信山社、2011 年、9 頁）。

加えて、女性差別撤廃条約のほか、自由権規約の下でも、締約国は「婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置を取る。」と定めた自由権規約 23 条 4 項により、「それぞれの配偶者が婚姻前の姓の使用を保持し、又は新しい姓を選択する場合に対等な立場で決定する配偶者各自の権利に関して性別に基づく差別が起こらないことを確保しなければならない」（一般的意見 28）とされており、日本は締約国として民法 750 条を改廃することが同規約上要請されている。また、自由権規約 26 により、締約国は法令で規律するすべての分野に及ぶ法の前の平等及び法律の平等な保護を確保することが要求されており、法律はその内容においても適用においても、差別（事実上、差別的な「効果」をもたらすものを含む）が禁じられていることからすれば、民法 750 条は、まさに本条でいう、事実上女性を差別する効果をもたらしている法規として、本条によっても改廃が要請されているというべきである。

在外邦人の選挙権の確認に関する最高裁大法廷平成 17（2005）年 9 月 14 日判決、民集 59 卷 7 号 2087 頁によれば、国家賠償法上、国会の立法不作為責任が認められるのは次の 2 つの場合であると判示されている。「①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、②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 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

日本国憲法 13 条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と定める。また、同 14 条 1 項は「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定し、個人の尊厳を基本原理とする憲法の下では、国民生活の全般にわたって法の下での平等が保障され、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでなければ差別的な取扱いが禁止されることを示している。そして、同様の観点から同 24 条 1 項は「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と定め、同 2 項は「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定している。

本件の場合、民法 750 条の規定は、夫婦のいずれか、とりわけ現実的には女性の側から、個人の人格権の一部である氏名保持権を奪うものとして、個人としての尊重を定めた憲法 13 条に反し、また、姓を変えなければ婚姻できないゆえに、旧姓の保持のために婚姻を断念し事実婚を選ぶか、婚姻して姓を変えるかという困難な選択をとりわけ女性の側に強いるものとして、婚姻の自由及び婚姻における両性の本質的平等を謳った憲法 24 条に反すると考えられる。

しかるに、夫婦同氏を含む民法の諸規定の改正をめぐる日本政府内の動きは、平成 3（1991）年、婦人問題企画推進本部が、男女平等の見地から、夫婦の氏のあり方を含めた婚姻及び離婚に関する法制の見直しを含んだ新国内行動計画を閣議報告し、これを受けて法務大臣が同年中に法制審議会に諮問し、婚姻及び離婚に関する制度全般の見直しの審議を開始したことに始まる。その後、いくつかの中間報告や試案を経て、平成 8（1996）年 2 月 16 日、法制審議会は、「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申し、法務省はこれを公表した。同要項は「第三 夫婦の氏」として、以下のように述べている。

「一 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫若しくは妻の氏を称し、又は各自の婚姻前の氏を称するものとする。

二 夫婦が各自の婚姻前の氏を称する旨の定めをするときは、夫婦は、婚姻の際に、夫又は妻の氏を子が称する氏として定めなければならないものとする。」

しかし、本要綱は結果的に国会に提出されることはないままに終わっている。

その後、平成 11（1999）年には、男女共同参画社会基本法が成立し、その 4 条では、「男女共同参画社会の形成に当っては、社会における制度又は慣行が、性別による固定的な役割分担等を反映して、男女の社会における活動の選択に対して中立的でない影響を及ぼすことにより、男女共同参画社会の形成を阻害する要因となるおそれがあることにかんがみ、社会における制度又は慣行が男女の社会における活動の選択に対して及ぼす影響をできる限り中立的なものとするように配慮されなければならない」との基本理念が掲げられるに至った。本法のこうした理念は、女性と男性が平等の基礎の下に人権及び基本的自由を享受できるよう、間接差別を含め女性に対するあらゆる差別の撤廃のため措置を取ることを締約国に義務づけた女性差別撤廃条約の理念に通ずる画期的なものであった。女性にとっての個人の尊厳の保持や、職業生活その他の社会生活の遂行にとって重大な悪影響をもたらしている夫婦同氏制度は、本法の理念に照らせば速やかに廃止されるべきものであった。しかしながら、本法の成立後も、国会は、民法改正のための立法措置を何ら取っていない。この間にも、旧姓を維持したまま婚姻することを望んでいる女性は、民法改正の実現を待ち続けながら、事実婚にとどまり法律婚夫婦としての法的利益を受けられないか、

法律婚をし姓を変えざるを得ない不利益を被るか、という二者択一の苦しい状況を強いられ続けている状態にある。

以上のような状況に鑑みれば、上記の憲法上の権利を違法に侵害する民法750条を改廃しない立法不作為は、上記の最高裁判決が示した①ないし②のいずれによっても、国家賠償法上、違法との評価を受けうるものといえる。この点で、筆者は、民法750条が女性差別撤廃条約の禁ずる女性差別にも該当し、同条約上の締約国の義務として撤廃を求められているということは、本条の憲法違反の判断を一層補強し、明確にするものであると考える。

さらに、本件で原告側は、上記最高裁判決の示した基準に、「条約上保障されている権利」を追加し、「①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上もしくは条約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、②国民に憲法上もしくは条約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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける」として、女性差別撤廃条約を援用した主張をしているが、筆者は、その趣旨は、本件では同条約の義務の違背が明確であることに鑑み、国家賠償法上の「違法」性の判断にあたっては憲法以下の国内法令のみならず条約もその判断基準とすることをあらためて強調するものであると理解する。先にも述べた通り、日本が批准した同条約は、憲法98条2項を介して国内的にも効力を有し、すべての国家機関がこれを遵守することを憲法上も求められているのであって、国家賠償法にいう「違法」性の評価も、条約を含む法令に照らしての違法性であることは明らかであるから、その意味で筆者も、条約に言及した原告側の主張の趣旨に同意する。すなわち、民法750条の規定は憲法に違反し、正当な理由なく長期にわたってこれを改廃しない立法不作為は国家賠償法上違法の評価を受けうると思われるが、併せて、この立法不作為は、日本が批准している女性差別撤廃条約上、女性差別となる法律の改廃を義務づけた2条(f)に反しているだけでなく、16条1項(a)(b)(g)にも適合せず、さらには自由権規約23条4項及び26条にも適合していないということも、国家賠償法上、看過すべきでないと思われるからである。本稿で先にみたように、国家賠償請求訴訟のような訴訟においては、裁判官に求められている司法判断は、公務員による「違法な」行為があったかどうかであるが、本件についていえば、女性差別となる法律を改廃する条約上の義務に照らして、民法750条を改廃しない立法府の不作為は明らかに、条約の規定に直接に違反する「違法」性が認定しうる。本件で原告らは、女性差別撤廃条約に基づく主張を主張の柱

としていることから、憲法違反（その判断も、条約違反により補強されるが）のみならず条約違反も、国家賠償法上の違法性の判断において適切に評価されることが望ましい。

結び

本来、本件が提起するような問題は、立法府の自発的な立法措置を通して解決が図られることが望ましいことはいうまでもない。しかし、上記の通り民法改正の試みが具体的に始まってからでも既に 20 年を経過し、民法改正に積極的な姿勢を見せた民主党政権になってからも見るべき進展が全くないままに時間のみが経過している現在、憲法及び女性差別撤廃条約に反する民法 750 条の規定を改廃しない立法不作為は、もはや立法府の自発的な取組みのみに委ねていては事態の進展を望みえない状況にある。民法 750 条を改廃しない立法不作為は、①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、又は、②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として、国家賠償法上十分に「違法」と評価しうるものであり、かつ、憲法のみならず女性差別撤廃条約に照らしてもその「違法」性が明らかなものといえる。立法府の立法機能が作動しない状況下においては、個人の人権を侵害する立法を改廃すべき立法不作為について、裁判所がその違法性を確認することで、立法府に対し立法措置を取ることを促すことの実際的意義は大きく、本件はまさにそのような事案といえる。貴裁判所が、憲法の諸規定、及び日本が批准して遵守義務を負いかつ国内的にも効力を有している女性差別撤廃条約の規定に十分な考慮を払って、これに適切な司法判断を下されることを期待するものである。

申 惠丰 (しん へぼん) 略歴

生年月日 19 (昭和) 年 月 日、東京にて出生
現職 青山学院大学法学部教授
専攻 国際法、国際人権法
最終学位 法学博士 (東京大学)
役職 国際人権法学会理事、国際法学会評議員、世界法学会理事
現住所

<経歴>

1988年3月 青山学院大学法学部公法学科卒業
同年4月 東京大学大学院法学政治学研究科修士課程入学
1990年3月 同修了
同年4月 東京大学大学院法学政治学研究科博士課程入学
1991年10月 同休学、ジュネーブ国際高等研究所修士課程入学
1993年8月 同修了、高等研究ディプロマ (DES) 取得
同年9月 東京大学大学院法学政治学研究科博士課程復学
1995年4月 (～1996年3月) 日本学術振興会特別研究員
同年11月 「人権条約上の国家の義務」で法学博士 (東京大学) 取得
1996年3月 東京大学大学院法学政治学研究科博士課程修了
同年4月 青山学院大学法学部専任講師
1997年4月 同助教授
2007年4月 同教授、現在に至る

<主要業績>

[単著書]

- ・『人権条約上の国家の義務』日本評論社、1999年
1999年度青山学院学術褒賞、2000年度安達峰一郎記念賞
- ・『人権条約の現代的展開』信山社、2009年

[共著書]

- ・柳原正治・森川幸一・兼原敦子編『プラクティス国際法講義』信山社、2010年
第17章「人権の国際的保障 (1)」 (273～286頁)
第18章「人権の国際的保障 (2)」 (287～299頁)
- ・渡部茂己編著『国際人権法』国際書院、2009年

第3章「人権保障のための普遍的条約」(45～64頁)

第5章「女性の権利—女性差別撤廃に向けて」(93～110頁)

- ・国際女性の地位協会編『コンメンタール女性差別撤廃条約』尚学社、2010年
「第18条 締約国の報告義務」(371～383頁)
- ・村田良平編『EU—21世紀の政治課題』勁草書房、1999年
第2章「欧州統合と人権：域内における人権保護」(109～145頁)
第3章「EUの対外政策と人権」(147～188頁)
- ・宮崎繁樹編『解説・国際人権規約』日本評論社、1996年
「社会権規約第4条」(33～39頁)
「自由権規約第8条」(146～153頁)
「自由権規約第16条」(196～200頁)

[論文]

- ・「国際人権法からみた外国人の人権」『自由と正義』62巻2号、2011年、11～18頁。
- ・「国際人権法の国内規範性とその影響—『国際人権の論理と国内人権の論理』批判」中川淳司・寺谷広司編『国際法学の地平—歴史、理論、実証 大沼保昭先生記念論文集』(東信堂、2008年)409～446頁。
- ・「国際人権諸条約の国内適用—日本の司法の場でどう使えるか」部落解放605号、2008年、52～59頁。
- ・「社会権訴訟における国際人権法の援用可能性」法律時報80巻5号、2008年、38～42頁。
- ・「人権条約の直接適用可能性—国内裁判所の司法権と条約規範」青山法学論集第49巻第1号、2007年、177～246頁。
- ・「女性差別の撤廃」芹田健太郎ほか編集代表『講座国際人権法2 国際人権規範の形成と展開』信山社、2006年、37～59頁。
- ・「社会権規約の実施と個人通報手続—選択議定書の起草をめぐる議論」法律時報77巻12号、2005年。
- ・"Compensation for Victims of Wartime Atrocities: Recent Developments in Japan's Case Law", *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 187-206.
- ・「日本の裁判所における社会権規約適用の現状と課題」(社)部落解放・人権研究所編『国際人権規約と国内判例』(解放出版社、2004年)46～59頁。
- ・「個人通報制度の検討」山下泰子・植野妙実子編著『フェミニズム国際法学の構築』(中央大学出版部、2004年)233～252頁。
- ・「国際人権の救済方法」ジュリスト1244号、2003年、62～68頁。

- ・「人種差別撤廃条約の個人通報制度の運用—委員会による先例法の展開」青山法学論集第44巻第3・4合併号（2003年）、147～184頁。
- ・「外国人の権利」国際法学会編『日本と国際法の100年 第4巻 人権』（三省堂、2001年）154～180頁。

[判例研究・判例評釈]

- ・「社会保障と平等権—塩見事件」別冊ジュリスト204号『国際法判例百選〔第2版〕』有斐閣、2011年、102～103頁。
- ・「『深夜勤』と社会権規約7条」ジュリスト臨時増刊1420号『平成22年度重要判例解説』2011年、340～341頁。
- ・「国家の義務の性格」「実効的救済手段を得る権利」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008年、110～118頁、150～155頁。
- ・「社会的及び経済的権利活動センター並びに経済的及び社会的権利センター対ナイジェリア—通報番号155/96に関する決定、アフリカ人権委員会、2001年」青山法学論集第45巻第4号、2004年、213～230頁。
- ・「外国人の出入国と慣習国際法—マクリーン事件」別冊ジュリスト156号『国際法百選』2001年4月、100～101頁。
- ・「退去強制手続における収容と難民条約」ジュリスト臨時増刊1224号『平成13年度重要判例解説』2002年、310～311頁。

[研修講師等]

- ・法務省入国管理局関係職員人権研修「国際人権規範の遵守と入管業務—外国人の人権・女性の人権を中心に」（2011年7月12日、法務省）
- ・法務省入国管理局関係職員人権研修「国際人権規範の遵守と入管業務—外国人の人権・女性の人権を中心に」（2010年7月8日、東京入国管理局）
- ・法務省入国管理局関係職員人権研修「国際人権規範の遵守と入管業務—外国人の人権・女性の人権を中心に」（2010年4月16日、法務省浦安総合センター）
- ・法務省入国管理局関係職員人権研修「国際人権規範の遵守と入管業務—外国人の人権・女性の人権を中心に」（2009年7月16日、法務省）
- ・法務省入国管理局関係職員特別課（特別審理官）人権研修「国際人権規範の遵守と入管業務—外国人の人権・女性の人権を中心に」（2009年5月28日、法務省）
- ・法務省入国管理局人権研修「国際人権規範の遵守と入管業務—外国人の人権・女性の人権を中心に」（2007年7月5日、法務省）
- ・参議院憲法調査会参考人「『人』の保障—人間の尊厳、個人の育成—自己決定権をめぐる問題を中心に」（2003年2月19日、参議院）