

司法におけるジェンダー・バイアスー女性差別撤廃条約の適用可能性

家機関の中には、立法・行政機関だけでなく、司法機関も含まれるのである。そして、「裁判所が、条約を解釈する任務において誤りを犯すかまたは条約の実現を阻む…場合、その判決は国家による条約違反〔国家責任〕を引き起こす」ことになる（Arnold D.McNair, *LAW OF TREATIES* (1961), p.346.）。原判決は、女性差別撤廃条約の解釈において誤りを犯し、同条約の実現を阻んだことにより、すでに生じていた条約違反の状態をさらに積み重ねることになってしまった。

誤りの起点の一つは、女性差別撤廃条約の解釈を下位法である均等法・指針・施行通達の解釈に無条件に従属させ、条約そのものの趣旨・目的に照らした解釈を怠ったところにある。条約の定める差別の概念を不当に縮小し、条約不遡及原則を不正確に認識したところに重大な過誤があったことはここに改めて指摘するまでもない。控訴審には、女性差別撤廃条約について精確な判断を下すことにより、司法機関に課せられた「差別となるいかなる行為からも女子を効果的に保護することを確保する」義務を誠実に履行するよう期待するものである。

義務に違背して当該原告らに損害（精神的苦痛）を与えたものにほかならない。そこに「故意」があったとまではいえないまでも、差別についての認識を無為に誤った点において重大な「過失」があったことは否めない。大阪婦人少年室長による調停不開始決定は、そのようなものとして、国家賠償法第1条1項の適用を受けるべきものである。

被告国の主張によれば、「均等法による調停制度は、紛争解決援助のための行政サービスであって、原告らに調停請求権（調停を受ける権利）を認めたものでないことはもとより、原告らが主張する『調停を受ける期待』や『調停を受ける権利』も、未だ法的保護に値する権利とはいえ、この侵害が国家賠償法上の違法性の根拠にはなり得ないというべきである」（最終準備書面90頁）。この主張は、原告らが有する女性差別撤廃条約上の権利の実現を阻み、締約国の負う条約上の義務の履行を妨げるものにほかならず、そこには、女性差別撤廃条約を誠実に履行しようという姿勢はまったくうかがえない。被告国の右主張は、「女子に対する差別」を存続させるものとして、それ自体が条約第2条（c）および（d）との抵触を問われてしかるべきものである。

おわりに

女性差別撤廃条約は、第2条（c）において、差別にあたるいかなる行為からも女性を効果的に保護するよう締約国に求めている。その際、同条項が「公の機関」に先んじてその責務の遂行を求めているのは「権限のある自国の裁判所」である。裁判所は、行政訴訟あるいは国家賠償請求訴訟等において、特定の行政行為や立法行為等の国際法適合性を審査する責務を負っている。これは自明のこととあってよいが、女性差別撤廃条約第2条（c）が明示するように、国際法上は、司法機関もまた国家機関として国際法の実現を担う主体として位置づけられている。国際法における国家責任は「国家機関」による「国際義務の違反」によって生ずるが、その国

とった措置であり、同法それ自体の制定が条約によって明示的に求められていたわけではない。指針・施行通達の制定についても同じである。しかし、いかなるものであれ、いったん法令が制定されるのであれば、それは、条約が求める「男女の平等を基礎として」、雇用機会（雇用に関する同一の選考基準の適用を含む。）や昇進について「同一の権利」を確保するものでなくてはならない。締約国にとるべき措置について一定の裁量が認められるということと、締約国のとる措置が男女間に同一の権利を確保しているかどうかということとは別次元の問題である。そして、すでに述べたように、締約国のとる措置が、男女の平等を基礎として同一の権利を保障しているかどうかは、漸進的ではなく即時に認定できる。

原告らは、雇用機会（雇用に関する同一の選考基準の適用を含む。）や昇進について差別を受けない権利を条約第11条により保障され、差別となる処遇を受けた場合には、「公の機関」によって効果的に保護される権利を第2条（c）により保障されている。締約国は、そうした控訴人の権利を実現する法的義務を負う。大阪婦人少年室がここでいう「公の機関」であることは紛れもなく、また、同室長が、女性差別撤廃条約上の「差別」の認識を誤ったことにより条約第2条（c）および（d）に抵触する事態、すなわち締約国による法的義務違反の事態を引き起こしたことはすでに述べたとおりである。その義務違反（違法性）は即時に認定できる性格のものである。「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときは、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」（最高判1985・11・25民集39巻7号1512頁）。そしてその法的義務違反については、「厳密な法規違反のみを指すのではなく、当該行為（不作為を含む）が法律、慣習、条理ないし健全な社会通念に照らし客観的に正当性を欠くことをも包含するもの」（東京地判1976・5・31判時843号67頁）ともされる。大阪婦人少年室長の行為は、国の公権力の行使に当たる公務員が原告らに対して負担する職務上の法的

同室長が、原告らの処遇を女性差別撤廃条約の差別概念に照らして検討する作業を怠ったことは明らかである。第2条(d)は、条約第1条が定める「差別」からの保護を求めている。したがって、問題となる慣行・行為をそのような差別と認識できなければ、あるいは、認識する努力をしないのであれば、第2条(d)を履行するための前提そのものが失われてしまう。

大阪婦人少年室長は、女性差別撤廃条約上の差別を差別と認識しえなかったことにより、同条項の適用そのものを阻害する事態を生じさせてしまった。そのことの違法性は即時に認定できるものである。のみならず、同室長の判断は、原告らの被った差別的処遇を容認することで差別の存続に加担したものであり、女性差別撤廃条約第2条(d)により公的機関に課せられた「女子に対する差別となるあらゆる行為…を差し控え」るべき義務の違反をも引き起こしたといえる。

むろん、同室長の判断は、均等法および指針・施行通達に忠実にしたがっただけだったのかもしれない。しかしそのことは、女性差別撤廃条約違反の責任を免れさせるものではない。条約法条約第27条が規定するように、女性差別撤廃条約の不履行を正当化する根拠として均等法・指針・施行通達を援用することは国際法上許されない。また、日本の国内法秩序においても、女性差別撤廃条約が効力順位において均等法等より上位に位置づけられていることは繰り返し確認したとおりである。指針・施行通達に忠実にしたがったために公の機関が女性差別撤廃条約に抵触する事態を引き起こしたのであれば、指針・施行通達そのものが女性差別撤廃条約に抵触するものとして、無効とされるかあるいはその解釈を改められるべきものといわなくてはならない。それを避けるためにも、指針等は女性差別撤廃条約に適合するように解釈されなければならなかったのである。

女性差別撤廃条約の締約国は、条約第2条(b)あるいは第11条にもとづきいかなる措置をとるのかについて相応の裁量を認められている。均等法という法律は、日本政府がそうした裁量の範囲内で自ら適当と思料して

れたものであった。つまり、高卒女子一般の非効率等を前提に最も効率のよい労務管理を追求する目的で、高卒女子に不利な区分・職種を課し、その下での処遇が、名称こそ変われ、是正されることなく現在にいたるまで継続しているというのが実態である。最も効率のよい労務管理を追求することそれ自体は条約に抵触するわけではないが、そうした労務管理の前提となる高卒女子一般の位置づけが、男女の定型化された役割分担意識を払拭し、事実上の平等を希求する女性差別撤廃条約の下においては、とうてい正当化されるものではない。そもそも、条約の趣旨・目的と真っ向から対立するものというべきである。それゆえ、原告らに別異処遇を課し続けている事由を「客観的」とみることは困難であり、客観性がない以上、別異処遇の実態（目的を達成するためにとられている手段）との関係で「合理的」との判断を導く余地もない。

結局のところ、控訴人が女性差別撤廃条約発効後に引き続き被っている不利な処遇は、客観的かつ合理的な事由により正当化できず、女性差別撤廃条約が撤廃を求める「女子に対する差別」に該当すると思料される。ちなみに、1995年に行われた日本の第2・3回報告併合審査後の最終コメントにおいて、女性差別撤廃委員会は、本件事案にかかる情報も勘案のうえ（原審に提出された控訴人の陳述書（甲第58号証7—8頁、甲第59号証6—7頁）参照）、「私企業において昇格および賃金に関して、女性が直面している間接差別」に対処するように日本政府に勧告している（国際女性の地位協会編『女性関連法データブック』（有斐閣、1998年）20頁）。

女性差別撤廃条約第2条（d）により、日本国は、「公の機関を通じて差別となるいかなる行為からも女子を効果的に保護することを確保すること」を約束している。大阪婦人少年室長は、「公の機関」として差別となるいかなる行為からも原告らを効果的に保護する義務を負っていた。本件の場合には、女性差別撤廃条約上の差別にあたると思料される行為があったにもかかわらず同室長がそれを差別と認識することを怠ったために、その後引き続き効果的な保護への道が遮断されてしまった。少なくとも、

条約の適用がなされるわけではない。

6、被告国は、均等法による調停制度は、紛争解決援助のための行政サービスであって、原告らに調停請求権（調停を受ける権利）を認めたものでないことはもとより、原告らが主張する「調停を受ける期待」や「調停を受ける機会」も未だ法的保護に値する権利とは言えないと主張している。被告国のかかる主張は、女子差別撤廃条約に照らして妥当か。

原判決認定のとおり、本件においては、「被告会社が、一方で幹部候補要員である全社採用から高卒女子を閉め出し、他方で事業所採用の事務職を定型的補助的業務に従事する職種と位置付け、この職種をもっぱら高卒女子を配置する職種と位置づけたこと」（判決150頁）により、「研修教育の違い、職級昇格の違い、職種転換の違い、管理職昇進の違い」等が生じ、さらに「原告ら高卒女子には全社採用で採用される機会や専門職に転換する機会[も]与えられ…なかった」（同155-156頁）。このように、区分・職種という表面的には性中立的基準により、原告ら女性に、昇進等の権利享受にあたり不利な影響が生じたことは明らかであり、しかも原告らは現在にいたるまでそうした処遇を受け続けている。「現時点では、被告会社が採用していたような女子事務職の位置付けや男女別の採用方法は受け入れられる余地はない」と原判決がいうごとくである（判決153頁）。

もっとも、そうした不利な処遇であっても、それを正当化する客観的かつ合理的な事由があれば、女性差別撤廃条約上の差別にはあたらない。すでに述べたように、「客観的」とは、別異処遇をもたらす事由がこの条約の下で正当と認められる目的を有していることであり、「合理的」とは、使用される手段と追求される目的との間に均衡性が保たれていることをいう。だが、原判決認定のとおり、原告らの処遇は、「結局は、高卒女子一般の非効率、非能率ということによるもの」（同150頁）であり、また、男女の定型化された役割分担意識をはじめとする社会意識によってもたらさ

全体を上告会社に対する貢献度の上がらない従業員と断定する根拠はない。…各個人の労働能力の差異に応じた取扱がされるのは格別、一律に従業員として不適格とみて企業外へ排除するまでの理由はない」と判示していたこと（最3小判昭和56・3・24労判360号23頁）、あるいは、すでに昭和22年の時点で労働基準法第4条のいう「女子であることのみを理由とする差別」が行政解釈により「労働者が女子であることのみを理由として、或いは社会通念として、若しくは当該事業場において、女子労働者が一般的、又は平均的に能率が悪いこと、知能が低いこと、勤続年数が短いこと、扶養家族が少ないこと等の理由」にもとづいて賃金に差異を設けることとされていたこと（昭和22・9・13発基17号）などに鑑みると、どれほどの正当性があるのかが疑わしいところである。

もっとも、女性差別撤廃条約に関していえば、この条約が日本について効力を生じたのは1985年であり、昭和40年代に遡及してこの条約を適用することはできない。女性差別撤廃条約が日本について効力を生ずる日前に完了した行為若しくは事実又は消滅した事態について日本国は条約上の義務を負うことはない。ただし、条約発効前に行われた行為等であってもそれが発効後に引き続き存在する場合はこの限りではない。原告らが条約発効前に受けた扱いはこんにちまで引き続き存在しているものにほかならず、女性差別撤廃条約が日本について効力を生じた日以後、同条約との適合性を問われるものになったとみななければならない。この点はすでに指摘したとおりである。

原判決は、条約発効前に行われた採用区分を問題にするのでは条約に遡及効を認めることになってしまうと述べる（判決165—166頁）が、こうした認識は、国際法上誤りである。採用区分の設定が発効前であったとしても、そうした区分あるいはその下での処遇が条約発効後も継続している場合には、その限りで（つまり条約が発効した時点から）条約との適合性が問われることになる。その場合に問われるのは条約発効後に引き続く区分・処遇なのであって、原判決が危惧するように、発効前の事態に遡って

同時に差別を構成する。

募集・採用区分という基準を通じてであっても、それによって女性に不利な影響が生じている場合には、女性差別撤廃条約上の差別が成立する余地がある。「配置や昇進が採用区分や職種の要素を加味して行われる場合に、男女でそれらが異なることにより、結果として配置や昇進に当たり男女の異なる取扱いが生ずることとなっても、均等な取扱いに反するものとは言えません」（被告国最終準備書面22頁）という認識は、女性差別撤廃条約の差別の定義には適合しない。「結果として配置や昇進に当たり男女の異なる取扱いが生ずることとなって」いるのであれば、そこには昇進についての権利等の享受にあたり女性に不利な影響が出ているのだから、そうした別異の取扱いが客観的・合理的に正当化されるのかどうか問われなければならない。同一条件（募集・採用区分）内にある者の中でしか比較検討の対象にならないという大阪婦人少年室長の判断は、設定された条件に起因する差別的効果を問題にする女性差別撤廃条約の基本的要請を踏まえておらず、同条約の観点からみて、著しく妥当性を欠くものであった。

5、一審判決は、原告らが採用された当時の採用区分が、男女別の採用区分であっても、昭和40年代においては公序良俗に反するとまでは言えないものであったし、均等法も女子差別撤廃条約も過去には遡及しないから、大阪婦人少年室長が、原告らと高卒男性とは採用区分が異なるとして、調停不開始決定をしたことに違法はないと判断した。この一審判決の解釈は、女子差別撤廃条約に照らして妥当か。

原判決によれば、原告らが採用された昭和40年代ころの社会情勢に照らすと男女別の採用区分であっても公序良俗に反するものではなかったとのことだが、これについては、定年差別に関する日産自動車事件最高裁判決が、昭和40年代当時に「女子従業員各個人の能力等の評価を離れて、その

(David Harris & Sarah Joseph (eds.), *THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS AND UNITED KINGDOM LAW* (1995), p.585-586)。こうして、自由権規約では、中立的な基準の適用により特定の集団に不利な影響が生じていても、それが合理的かつ客観的な事由によって正当化される場合には差別にはあたらないということになる。こうした自由権規約の先例は、同様の差別の定義を採用している女性差別撤廃条約の解釈にあたりきわめて重要な指針を提供する。自由権規約の下での先例は、条約法条約第32条のいう「解釈の補足的な手段」となり、また、人権条約の体系的解釈と「最患者」待遇の確保（女性差別撤廃条約第23条）という観点からも、これを参照することが求められている（なお、自由権規約の下での先例は、間接差別について先進的な判断を蓄積している欧州共同体裁判所の判例とも適合している。この点について、たとえば、浅倉むつ子『労働とジェンダーの法律学』（有斐閣、2000年）255頁参照）。

募集・採用区分という雇用管理上の基準による男女別異の取扱いは、大阪婦人少年室長（被告国）および原判決によれば、均等法・指針・施行通達との抵触を生じさせるものではないということだが、女性差別撤廃条約との関連では、第1条が間接差別の法理を含みもつ以上、そうした取扱いであっても同条約上の差別を構成する可能性は排除されない（現に、差別にあたるということについては後述する）。大阪婦人少年室長（被告国）および原判決の認識は、差別の有無の判定は同一の条件（募集・採用区分）を満たす者同士の間でしかできないという、伝統的な形式的平等観によって支えられている。それに対して、女性差別撤廃条約は、不均衡な社会構造を背景にして設定される条件（募集・採用区分）そのものが女性に対する差別を生み出す源泉になっていることに関心を寄せる。そして、表面的には性中立的な条件の下であっても、女性に不利な影響が生じている場合には、その条件が女性差別撤廃条約の下で正当と認められる目的を有し、かつ、当該目的と使用される手段との間で均衡性が保たれていない限り、差別にあたるとする。むろん、こうした取扱いは、自由権第26条の下でも

この差別の定義に留意し、「自由権規約はたしかに間接差別を禁止している」と言明している。

ちなみに自由権規約は、第26条において、平等・差別の禁止を独立した権利として性格づけ、また、私人間にも適用があるものとしている。自由権規約委員会がいうように、第26条は「それ自体で自律した権利を規定するものである。同条は、公的機関が規制しおよび保護するあらゆる分野において法律上、事実上の差別を禁止するものである。したがって、第26条は、法の制定および適用に関して締約国に課せられた義務にかかわる。締約国が制定する法律は、その内容が差別的であってはならないという第26条の要件に適合してはならない。換言すれば、第26条の定める差別禁止原則が適用されるのは、規約の規定する権利に限られるわけではない」(一般的意見18、第12項)。また、自由権規約委員会は、2000年3月に採択した、男女の同権に関する「一般的意見28」において、自由権規約のもとでの性差別の禁止が私人間に及ぶことを明瞭に確認した (Joseph et. al., *id.*, p.635)。自由権規約の下での性差別と女性差別撤廃条約の下での性差別とは、ほぼ同様の内容をもつものとみてよい。

自由権規約委員会が取扱った人権救済申立(個人通報)の中には、基準(法律)が表面的に中立であっても、特定の集団に差別的な「効果」が生じれば、第26条の差別にあたることを認めたものがある (Joseph et. al., *id.*, p.534)。もっとも、差別的な「効果」が生じることからただちに条約違反が認定されているわけではない。「取扱いに区別があっても、その基準が合理的かつ客観的であり、その目的が規約の下で正当とされる目的を達成するためであれば、この区別がすべて差別となるわけではない」(一般的意見18、第13項)。自由権規約委員会が扱った人権救済申立の事例にはこの基準を具体的に適用したものが少なくないが、それらを分析すると、区別は、自由権規約の下で正当と認められる目的を有している場合に「客観的」と判断され、さらに、使用される手段と追求される目的との間に均衡性が保たれている場合に「合理的」と判断されていることがわかる

差別撤廃条約とほぼ同様の差別の定義を第1条1で採用しているが、同条約の履行状況を監視する人種差別撤廃委員会は、1993年に採択した「一般的勧告」14（条約第1条1の解釈適用に関し人種差別撤廃委員会の見解を示したもの）において次のように述べ、同条約が直接差別のみならず間接差別も禁止していることを確認している。「委員会の見解によれば、取扱いの区別は、区別の基準が、条約の趣旨及び目的から判断して正当である場合…には差別を構成しない。…委員会は、ある行為が条約に反する効果を有するか否かを決定するにあたり、人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身によって区別される集団に対して、その行為が正当化しえぬ不利な影響をもたらすかどうかを検討するであろう」（邦訳にあたり、反差別国際運動日本委員会『人種差別撤廃条約と反差別の闘い』（解放出版社、1995年）123頁を参照）。

自由権規約も同様に間接差別の法理を差別の定義に包摂している。自由権規約委員会の一般的意見第18は次のようにいう。「委員会は、本規約で用いられている『差別』という用語は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位などあらゆる理由にもとづく、あらゆる区別、排除、制限又は優先であって、すべての人が平等の立場であらゆる人権と自由とを認識し、享有し又は行使することを無効にし、又は害する目的又は効果を有するものを意味すると理解されるべきものと考え」（第7項。邦訳は、日本弁護士連合会『国際人権規約と日本の司法・市民の権利—法廷に活かそう国際人権規約』（こうち書房、1997年）439頁。なお、「一般的意見」とは、自由権規約第40条4にもとづいて自由権規約委員会が作成するもので、女性差別撤廃条約における「一般的勧告」と同様の機能をもつものである）。自由権規約の包括的なコンメンタールである、Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, *THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS : CASES, MATERIALS, AND COMMENTARY* (2000), p.533は、「効果」に言及する自由権規約委員会の

女性差別撤廃条約第1条は、女性に対する差別を「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」と定義する。こうした差別は私人間の行為にも適用される。条約第2条(e)により企業による差別がこの条約の射程に入ることは明らかである。「人権及び基本的自由」は多岐にわたるが、世界人権宣言や自由権規約、社会権規約をはじめとする国際人権諸文書に含まれているものがその代表的なものになる。ここでは、さしあたり、労働にかかわる諸権利（特に女性差別撤廃条約第11条にも規定された、同一の選考基準の適用を含む雇用機会・昇進等についての権利）を想定すればよい。女性によるそうした権利の享有・行使を害する目的・効果をもつ区別・排除等が「女子に対する差別」ということになる。

均等法および指針・施行通達等は、女性の権利行使を害する「目的」を有するものではない。しかし、募集・採用区分による別異処遇を雇用管理上の取扱いの差異として一律に正当化することは、女性の権利（たとえば、雇用機会・昇進についての権利）行使を害する「効果」を容認することにつながりかねない。女性差別撤廃条約は、募集・採用区分といった性中立的な基準であっても、女性の権利行使を害する「効果」をもつものであれば、「女子に対する差別」にあたることを認めている。すでに述べたように、「効果」にかかわる部分は、表面的に中立的な基準によりいずれかの集団が正当な理由なく不利な影響を被る場合これを差別とみなすという「間接差別」の法理を反映したものである。

女性差別撤廃条約第1条の解釈にあたっては、解釈の補足的な手段として、また、人権条約の体系的解釈あるいは「最恵者待遇」の確保という観点から、他の人権条約の実践を参照する必要がある。この点で、「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」（人種差別撤廃条約）は女性

司法におけるジェンダー・バイアス—女性差別撤廃条約の適用可能性
たい。

女性差別撤廃条約は、日本について効力を生じた時に日本の国内法にそのまま受容され、法律よりも上位の効力順位を与えられた。したがって、この条約に抵触する法令は無効であり、そのような事態が生じないように関係法令を解釈することが求められている。これは、国際協調主義を体現する日本国憲法第98条2項の要請でもある。被告国がいうように、均等法は、女性差別撤廃条約批准のための国内法整備の一環として制定されたものであるが、すでに述べたように、このような国内法が制定されたことによって、条約それ自体の国内的効力が失われるわけではなく、均等法を含む関係法令は、制定後も、上位法である女性差別撤廃条約との適合性を絶えず審査されるものである。

被告国と原審判決は、こうした日本の国内秩序における女性差別撤廃条約の位置を不正確に認識し、あたかも、均等法の解釈を示す指針（「事業主が講ずるように努めるべき措置についての指針」（昭和61年労働省告示第4号））や施行通達（昭和61年3月20日婦発第68号、職発第112号、能発第54号）が同条約の解釈を決めるかのような認識をみせている。均等法は女性差別撤廃条約の実施法であり、その実施法の下での判断であれば条約違反にはあたらないという論理の展開だが、これは明白な誤りであり、控訴審において是正されなくてはならない。均等法およびその指針・施行通達等こそが女性差別撤廃条約の自律した解釈に照らしその適法性を審査されるべきものである。

さて、大阪婦人少年室長は、男女で異なる取扱いが生ずることになっても、それが募集・採用区分によるものであれば、同一の条件下での比較対象にならないのだから、均等な取扱いに反することにはならないという。被告国は同室長のこうした解釈を均等法の指針・施行通達により正当化するのだが、本意見書に求められているのは、同室長（したがって被告国）の認識が女性差別撤廃条約に照らしてどう判断されるか、というものである。

あっても、その基準をとりまく社会構造あるいは意識が女性に不利にはたらくものであれば、当該基準は、女性差別を再生産し、それを制度的に固定化する効果をもつことになる。女性差別撤廃条約は、そうした事態の変革を求めるものにほかならない。

大阪婦人少年室長の調停不開始決定は、「本来、男女の均等取扱いあるいは機会の均等とは、同一の条件を満たす男女間で議論されるべきものであり、その意味で募集・採用区分の異なる男女に対する均等な取扱いは均等法が当初から予定していないものである」（被告国最終準備書面48頁）との認識にもとづいている。募集・採用区分の異なる男女は「同一の条件を満たす男女」ではないので、両者間における配置・昇進における格差は均等法の禁ずるところではないということである。原判決も被告国の認識を支持し次のように述べている。「均等法8条が事業主に求める配置、昇進についての均等取扱いは、結果の平等ではなく、機会の平等を意味するものであり、機会が均等か否かは、被告国が主張するとおり、条件が同一の男女間で判断されるべきことである。事業主が採用区分を設定してコース別の人事管理を行うのは、労働者の活用のため、採用後の勤務条件や処遇を異にしているからであり、そのため、採用条件…も採用区分に応じて異なっているのが通常である。そのような場合に、採用条件や採用後の勤務条件、処遇の異なる労働者間での昇進の違いを比較しても、そこに差があるのはむしろ当然のことであり、それをもって差別と称することはできない」（判決162頁）。

被告国および原判決の示すこうした平等観は、女性差別撤廃条約が克服しようとしている旧来からの平等観そのものといってよい。そこでは、設定された基準それ自体の差別性あるいはその背後にひそむ社会構造と女性差別との密接なつながりへの関心がきわめて稀薄である。そこにこの条約との齟齬を生じさせる決定的な契機が生じるわけだが、この点について論ずる前に、被告国の主張および原判決が、日本の国内法秩序における女性差別撤廃条約の位置づけを根本から違えていることについて一言しておき

しかるべきものである。被告企業は、不法行為による損害賠償として、差別的処遇がなければ存在しなかったであろう差額賃金相当額の支払いを求められてしかるべきである。

こうした被告企業の是正義務のいっさいを認めず、慰謝料すら認めない原判決は、「差別となるいかなる行為からも女子を効果的に保護することを」司法機関に求める条約第2条(C)に照らすまでもなく、女性差別撤廃条約の効力・解釈を見誤ったものであり、妥当性に欠けるものといわなければならない。

4、大阪婦人少年室長は、右調停不開始決定を行うにあたって、均等法の指針「事業主が講ずるよう勤めるべき措置」において「募集又は採用区分ごとに、女子であることを理由として募集又は採用の対象から女子を排除しないこと」とあることを理由として、配置・昇進の均等法違反の有無も募集・採用区分ごとに行うべきであるとし、募集・採用区分の異なる男女間での処遇の格差は、女子であることを理由とする格差にあたらぬとの解釈を行った。このように募集・採用区分の異なる男女間での処遇の格差を、女子であることを理由とする格差にあたらぬとすることは、女子差別撤廃条約に照らして妥当か。

女性差別撤廃条約は、形式的平等の追求が女性に対する差別の解消をもたらさなかつたとの反省にたち、差別を再生産する構造・意識の変革にまで義務の射程を拡張して作成されたものである。「女子に対する差別」の定義も、この目的を踏まえ、「間接差別」を含むものとして構成されていることはすでに述べた。

形式的平等の基底をなす平等観は、「等しい者は等しく、等しからざる者は等しからざるように扱う」という命題により知られているが、この命題が既存の不均衡な社会的関係を正当化する機能をもつものであることはすでに述べたとおりである。表面的には性中立的に設定されている基準で

するには、均等法の努力規定（現在では禁止規定）を原告らとの関係で誠実に履行し、必要な是正措置を講ずる必要があった。

是正とは、差別的な処遇を実質的に除去することによって達成される。是正措置は、国際法に照らしていえば、「可能な限り、違法行為のすべてを除去し、その行為が行われなかったならばおそらく存在しなかったであろう状態を回復」することをめざすものでなければならない。そのためにまず求められるのは条約に適合しない状態の停止である。本件においては原告らに不利益をもたらしている原因が職種の固定にあることは明らかであり、したがって職種の転換を可能にする機会が原告らに与えられない限り、女性差別撤廃条約に違背する状態は治癒されないことになる。この機会は実質的なものでなくてはならず、いたずらに「形式的平等」を追求するものであってはならない。一貫して不利な処遇を受けてきた者に、有利な処遇を受けてきた者をモデルとする転換の機会が無条件で与えられるのでは、逆に差別を固定化することにもなりかねない。機会が実質的といえるには、単なる形式的な機会の提供にとどまるのではなく、職種の転換を可能にするだけの環境が併せて原告らに用意される必要がある。もとよりこうした一連の是正措置は、原判決が恐れる「結果の平等」（判決159頁）の確保をめざすものではない。求められるのはあくまで差別をもたらす状態の除去である。是正措置は、「結果の平等」というより、むしろ、「機会の実質的平等」を確保するためのものというべきである。

女性差別撤廃条約に適合しない状態が停止されても、条約が発効してから当該停止時点までの間に原告らが被った損害が払拭されるわけではない。国際法は、不正な状態の停止を求める一方で、不正な状態が続いたことによって生じた損害のすべてを取り除くよう要請している。すでに述べたように、企業における差別の撤廃を明示的に求める女性差別撤廃条約は、民法第90条の公序良俗の内容をなすものと解することができるのであり、被告企業が原告らに対し是正措置をまったく講じなかったことは女性差別撤廃条約に違背する事態を存続させるものとして公序良俗違反に問われて

一般に、国際法に反する事態が生じた場合には、まず、当該事態の停止が求められ、そのうえで、原状回復、金銭賠償、その他の措置（陳謝、再発防止措置等）が求められる。こうした措置は、「可能な限り、違法行為のすべてを除去し、その行為が行われなかったならばおそらく存在しなかったであろう状態を回復」するためにとられるものである（常設国際司法裁判所ホルジョウ工場事件判決、PCIJ, Series A, No.17, p.47）。女性差別撤廃条約に適合しない状態の是正も、こうした国際法の基本原則を踏まえてなされるべきものである。

女性差別撤廃条約は、原告らと被告企業との間に実体私法を介して適用されるのだから、条約に違背する事態の是正も、基本的には実体私法を通じて行われることになる。この点で均等法は、事業主に対し、労働者の募集・採用について、女子労働者に対して男子と均等な機会を与えるように努めること（第7条）、および、配置・昇進についても、女子労働者に対して男子労働者と均等な取扱いをするように努めること（第8条）を求めたものであった。一定の教育訓練、福利厚生措置、定年・退職・解雇について差別的取扱いが明文で禁止されていたのに比べ、募集・採用、配置・昇進が努力義務にとどめられたことは女性差別撤廃条約第11条との関係で重大な問題を提起したといえるが、ここではこの点については立ち入らない。ただ、配置・昇進等における均等取扱いが努力義務にとどめられたことが女性差別撤廃条約に違反するものでなかったと仮定すればなおさらに、条約に適合しない原告らの処遇は、当該努力義務の誠実な履行を通じて是正されるべきものであった。1999年に均等法が改正されて以後、配置・昇進についても差別的取扱いが禁止されることになったが、原告らの処遇を是正する義務は、すでに改正前均等法の段階から、被告企業に課せられていたといえる。被告企業が原告らの処遇を是正するための措置をとらなかったことは、均等法によって課せられた努力義務の懈怠であり（1999年以後は禁止規定に抵触）、女性差別撤廃条約に違背する事態を存続させるものになったといわなければならない。条約に適合する事態を確保

女子差別撤廃条約に照らして妥当か。

原判決は、被告企業に課せられる是正義務を、是正義務が発生した「以後、採用において女子にも均等な機会を与えるようにする義務に過ぎない」とし、「原告らの主張は結局のところ、被告会社が過去に行ってきた、当時としては違法とはいえなかった採用方法やそれに基づく処遇までも現在の違法性の判断基準に照らし、過去に遡って評価し直し違法評価を行うものというほかなく、法的安定性を欠く」と述べる（判決158頁）。この認識は、均等法施行前の差別的処遇が均等法という名のもとに固定されることを認めるに等しく、雇用における男女平等を推進する均等法の趣旨に明白に違背するものと考えられるが、女性差別撤廃条約の観点からみても明らかに誤った認識といわなくてはならない。

女性差別撤廃条約上、雇用・昇進等における差別からの保護は、均等法施行前に採用された原告らにも疑いなく及んでいる。この条約は、差別からの保護を、均等法施行後あるいは条約発効後に採用された女性に限定して及ぼすものではない。条約が日本について効力を生じて以後、（日本の管轄下にある）すべての女性に条約の保護を及ぼしているのである。また、この条約は日本について効力を生じた日にそのまま国内法に受容されたのだから、同日以後は、条約を適切に実施することが国内法秩序の「法的安定性」に資するようになったとみななければならない。上位法たる女性差別撤廃条約に適合しない国内法令の解釈こそが、憲法の要請に反し、国内法秩序の「法的安定性を害する」ものとなったのである。

被告企業による原告らの処遇は、女性差別撤廃条約が効力を生じた時点において同条約の規律を受けるものとなった。したがって、その時点において条約に適合しない処遇が継続していたとすれば、そうした事態はただちに条約に適合するよう是正されなければならないものであった（現に、条約に違背する処遇、すなわち「女子に対する差別」に該当する処遇が継続していたと考えられる。この点については後述するが、ここでは、便宜上、そうした差別的処遇が継続していたことを前提にして論述を進める。）。

も引き続いて起るか又は存在する場合はこの限りでない。具体的には、原因行為と同一の行為が引き続き行われる場合か、あるいは、原因行為の結果として生じた特定の事態が条約発効後に引き続く場合に、条約との適合性が問われることになる。

原告らの受けた処遇が採用当時の公序良俗に反するものであったのかどうかは別として、そうした処遇はこんにちまで引き続き存在しているものである。条約法条約の要請あるいは自由権規約委員会における先例に照らしてみると、原告らの受けた処遇は、女性差別撤廃条約が日本について効力を生じた1985年7月25日以後、同条約との適合性を問われるものになったとみなしなければならない。もとよりここでは、条約発効前になされた男女別採用それ自体の条約適合性が問題になるのではなく、そうした採用区分の下での別異処遇が、条約発効日以後も引き続き存在していることの問題性が問われるのである。

したがって、原告らの採用時点が女性差別撤廃条約発効前であるということを利用して、ただちにこの条約の適用可能性を排除することはできない。採用が条約発効前であっても、発効後に引き続く区分・処遇は、その限りで条約の規律対象になる。原告らと被告企業との関係には実体私法を通じて女性差別撤廃条約が適用されるのだから、関連国内法令は上位法である条約との適合性を損なわないように解釈されなければならない。

3、原告らは、右の被告企業が負うべき是正義務の内容として、原告ら高卒女性に対し、高卒男性が受けたと同様の教育・訓練ならびに仕事の配置を行い、希望者には転換試験を受験させるなどの措置を講ずるべきであると主張した。これに対し、一審判決は、原告らが高卒男子と同じ採用試験に合格した者でないことを主な理由として、原告らが主張する是正義務は「結果の平等」を求めるものであって不当であるとし、是正義務を否定した。かかる一審判決の解釈は、

を構成しているのであり、しかも効力において民法よりも上位に位置づけられている。そうである以上、女性差別撤廃条約は、憲法にまして、民法90条の公序良俗の内容をなし、また、不法行為の解釈を規律するものとみるべきである。むしろそれは、上記判決がいう「男女平等の原理」をいっそう拡充することにもつながる。

実体私法を通じた人権条約の間接適用可能性を否定する学説はなく、むしろ、この問題を自覚的に取り扱った岩澤教授は、女性差別撤廃条約は公序良俗の内容をなし、私人間で適用されるものであるという見解を示している (Iwasawa, *op. cit.*, pp.91-92)。判例においても、「国際人権規約は…個別的な実体私法の各条項を通じて間接的に適用され [る]」(大阪地判平成5・6・18判時1468号130頁) とか、「本件のような個人に対する不法行為に基く損害賠償請求の場合には、[あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際] 条約の実体規定が不法行為の要件の解釈基準として作用するものと考えられる」(静岡地浜松支判平11・10・12判時1718号101頁) というように、人権条約の私人間(間接)適用を認める判断が示されていることはすでに述べたとおりである。女性差別撤廃条約は、国際人権規約、人種差別撤廃条約以上に、私人間の行為を規制対象に取り込んでいる。国際人権規約や人種差別撤廃条約が実体私法を通じて私人間で適用されうるものであるなら、それは、女性差別撤廃条約についてなおいっそう妥当することである。

2、1項において適用があるとした場合に、被告企業は原告らの採用時点が、女子差別撤廃条約批准前であることを理由に、本件における適用を否定することができるか。

条約法条約第28条が定めるように、女性差別撤廃条約が日本について効力を生ずる日前に完了した行為若しくは事実又は消滅した事態について日本国は条約上の義務を負うことはない。ただし、すでに述べたように、条約の発効前に行われたか又は生起した行為、事実又は状態が、条約発効後

のとなっている。

また、女性差別撤廃条約は、私法の一般原則を定める民法を通じても適用される。日産自動車事件において東京高裁は、「性による差別を受けないことを定めた憲法の趣旨を受けて、私法の一般原則である民法は、その冒頭の1条ノ2において、『本法は個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として解釈すべし』と規定している。かくして、性による不合理な差別を禁止するという男女平等の原理は、国家と国民、国民相互の関係の区別なく、全ての法律関係を通じた基本原理とされたのであって、この原理が民法90条の公序良俗の内容をなすことは明らかである」と判示し、最高裁もこれを支持する判断を示している（東京高判昭54・3・12労判315号18頁、最3小昭56・3・24労判360号23頁）。この判決が示唆するように、学説・判例の通説は、性差別があれば当該差別の合理性を根拠づける特段の事情がない限り、公序違反が成立するというものだが、一審判決はこれと異なり、労働基準法が賃金以外について性差別を禁止していないので採用における男女差別も著しく不合理でない限り私的自治の原則によって有効とされるという少数説の立場を踏襲しているものと解される（判決151頁以下。林弘子「雇用差別裁判の現状」国際女性14号（2000年）143—144頁参照）。この点に一審判決の特異性の一端が現われ出ているが、ただ、通説にしても少数説にしても、企業における性差別の適否は憲法の「趣旨」を受けて判断されるという点では共通している（ただし、「すべて国民は、…性別…により、…経済的…関係において、差別されない」と定める憲法14条1項の規定は、本来的に私人間にも直接に適用されるものであると説く有力な学説もある。たとえば、森英樹「憲法14条を活躍させよう」金融労働調査時報2001年2月号4頁以下）。

これに対して女性差別撤廃条約は、私人による差別、特に企業における差別を明文で撤廃の対象に指定している。企業による女性差別は、条約の「趣旨」を受けてその適否を判断されるのではなく、条約上その撤廃を明示的に指示されているのである。そうした条約が日本の国内法秩序の一部

直接に設定しているものと解されるのであれば、日本の憲法秩序はそれをそのまま国内法化するのだから、私人間での直接適用も十分に肯定される余地が出てくる。女性差別撤廃条約は第2条(e)で企業による差別の撤廃を求め、第11条で雇用機会、昇進等について差別を受けない権利を女性に保障し、第2条(c)では企業による差別からの効果的な保護を裁判所に要請している。こうした諸規定の解釈を通じ、この条約の私人間直接適用に肯定的な回答を示すこともけっして不当ではあるまい。だが、他の人権条約についてそうであるように、現時点までにおいて、女性差別撤廃条約の私人間直接適用をはっきりと認めた学説、判例はないのが実情である。この条約の私人間への適用は、現状では、実体私法を通じて間接的になされるとみるのが妥当である。

原告らと被告企業との間において女性差別撤廃条約の要請を実現する国内法としてまず想起されるのは、同条約批准のための国内法整備の一環として制定された均等法（「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等女子労働者の福祉の増進に関する法律」。本意見書では、基本的に改正前の均等法を前提にする。）である。条約第2条(b)、(e)あるいは第11条は、職場における女性差別を禁止・撤廃する措置をとるよう締約国に求めており、その要請にしたがって日本では均等法が制定された。こうした法律の制定により条約の国内的实施が潤滑に行われ、条約義務の効果的な履行がはかられることはいうまでもない。しかし、誤解してならないのは、このような実施法が制定されたことによって、条約それ自体の国内的効力が失われるわけでないということである。女性差別撤廃条約は依然として日本の国内法であり、均等法よりも上位の法的効力を与えられている。女性差別撤廃条約は条約法条約の解釈規則にのっとり自律的に解釈されなければならない。そして、それにより均等法との抵触があることが判明した場合には、均等法の関連規定を無効とするかあるいはその解釈を条約に適合するように変更しなくてはならない。女性差別撤廃条約は、このように、均等法を通じて、原告らと被告企業との間に適用されるべきも

司法におけるジェンダー・バイアス—女性差別撤廃条約の適用可能性

を求める憲法上の要請によりあるいは国際法を法律よりも上位に位置づける日本の国内法秩序の要請により、国内法の解釈を誘導しうるものと位置づけられているのである（自動執行力がないとされる国際法規であっても国内法の解釈基準として広く利用されていることについて、岩澤『前掲書』333頁参照）。

Ⅲ、鑑定依頼事項についての所見

1、わが国が昭和60年に批准した女子差別撤廃条約は、被告企業とそれに雇用された原告らとの間においても適用があるか。

女性差別撤廃条約は1985年7月25日に日本について効力を発生し、国際法の一般的受容を指示する憲法第98条2項にしたがい、同日をもって日本の国内法秩序にそのまま編入された。国内法としての女性差別撤廃条約は、効力において、法律よりも上位に位置づけられる。したがって、下位法たる法令は女性差別撤廃条約に抵触する限りで無効であり、そうした事態を回避するために同条約に適合する解釈が求められる。

女性差別撤廃条約は、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃」をめざすものであり、第2条(e)(d)や第5条(a)が定めるように、企業を含む私人の差別行為も明確に条約の射程に入れている。締約国は、私人による差別を規制する法的義務をこの条約により課せられている。日本は、そのような条約をそのまま国内法化したのであり、したがって当然に、原告に対する被告企業の行為もこの条約との適合性を問われうることになる。

もっとも、原告と被告企業との間に女性差別撤廃条約がどのように適用されるのかについては、憲法の私人間適用を議論する場合と同じように、二つの形態が考えられる。一つは直接適用であり、女性差別撤廃条約の関連規定がそのまま私人間の紛争に適用され、裁判判決の根拠を提供するというものである。この条約が私人間（原告と被告企業）の権利義務関係を

訟であれば処分等を直接に「違法」と判断しうる国際法規かどうか、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り、国内法に転化している国際法の処遇としてけっして不当なものではない。国際法は、日本国憲法下においてそのまま国内法に受容され、そのようなものとして訴訟上も他の国内法令とまったく同じ処遇を保障されているのだから、本来、自動執行性という特殊な術語をもってその裁判規範性を表象する必要はないともいえる。行政庁の処分や公務員の行為を直接に「違法」と判断する規範たりうるかどうかは、条約法条約に具現化された国際法の解釈規則を通じて確認されるべきものであり、そうした解釈規則を通じ特定の条約規定が違反認定のできるもの（たとえば、即時的性格を有することなどにより）であることが明らかになれば、行政庁の処分や公務員の行為を「違法」と判断する直接の根拠として当該条約規定を援用しうるわけである（これが、取消訴訟や国家賠償請求訴訟において国際法が自動執行力をもつということの本質である）。

もとより、憲法等国内法令が裁判で援用される場合には、その裁判規範性が訴訟の最初の段階から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、国内法令は裁判規範たりうるものが一般に推定されている。となれば、国際法も同じ国内法として、他の国内法令とまったく同じように、裁判規範たりうること（自動執行性）が推定されてしかるべきである。他方で、上で述べた第3の類型のように、いずれかの国内法規の解釈を誘導する目的で国際法規が援用される場合には、そもそも自動執行性うんぬんを問題にする必要がないことも確認しておかなくてはならない。この場合、国際法は、裁判規範として援用されるいずれかの国内法規の中に解釈という形で組み入れられるにすぎず、したがってそれ自体が判決の直接の根拠たりうるものである必要はない。そのような国際法規であっても、国際義務の誠実な履行

(広島高判1999・4・28平成7年(う)第74号) というようなものである(同旨、高松高判1997・11・25判タ977号65頁)。つまり、(特定の訴訟類型において) 裁判規範としてそのまま解釈適用され判決の根拠となりうる規定が自動執行的な規定と性格づけられているのであり、そうだとすると、これは、憲法等国内法令についてもそのままあてはまることである(しかし、通常、国内法の場合には、そうした規定をことさらに自動執行的という語をもって峻別することはない)。

自由権規約とは対照的に、社会権規約は非自動執行的といわれることが多いが、その意味するところは、たとえば社会保障権を扱った裁判例について見ると「右権利の実現に向けて積極的に社会保障政策を推進すべき政治的責任を負うことを宣明したものであって、個人に対して具体的な権利を付与したものではない」(東京地判1996・5・29行裁集47巻437頁) というものであり、また別の裁判例では「抽象的・一般的な原則あるいは政治的な義務の宣言にとどまるもの」(徳島地判1996・3・15判時1597号123頁) といったことがいわれる。要するに、別途とられる立法措置を通じてはじめて権利の内容が具体化されるものであって、「そのまま〔社会権〕規約の締約国内において既に施行されている法律や、右法律に基づいてなされた処分の効力を判断する基準となるものではない」(大阪高判1984・12・19行裁集35巻2283頁。また、大阪地判1994・3・24判タ855号186頁) ものが、非自動執行的とされている。そのままでは判決の根拠となる裁判規範たりえないものが非自動執行的なものとされているわけだが、これもまた憲法等国内法令についてそのままあてはまることである(ただし国内法については、非自動執行的といった語が用いられることはない。なお、社会権規約に関するこうした認識はあまりに牧歌的で、国際人権法の現在の理論水準からはとうてい受入れがたいが、本意見書ではこの点には立ち入らない。社会権を実現する国家の義務を詳細に分析したものとして、申恵『人権条約上の国家の義務』(日本評論社、1999年) 参照)。

上に述べたことを訴訟類型に沿って多少とも単純化していえば、取消訴

判1961・5・30刑集3巻524頁)という判示は、そうした認識を司法が明瞭に確認したものである。国際法に違反する法令は無効であり、そうである以上、法律が国際法に抵触しないように、あるいは国際法に適合するように解釈適用されるべきは、当然のことである(たとえば、東京高判1998・1・21判タ980号302頁)。

ところで、1980年代後半とりわけ90年代に入って、取消訴訟や国家賠償請求訴訟などにおいて国際法が援用される際に、法規の自動執行力の有無が問題視されるようになってきた。自動執行性の主張が90年代に入って際立って増えた背景には、80年代に、自由権規約にもとづく主張がいつも簡単に退けられたりあるいは憲法解釈の中に吸収されていた事実がある。「人権規約違反という争点は、法令や処分の無効性を主張する独立した理由であるよりも、違憲性の主張の是非を判断する論拠の一つ、いわばスパイスのように扱われ」ていた(江橋崇「権利保障規範としての憲法と国際人権規約」宮崎繁樹編集・翻訳代表『国際人権規約先例集・第2集』(東信堂、1995年)39頁)。自由権規約の規定が憲法と異なる別個の法規として認知され、きちんと解釈適用されるには、規約規定の自律性を浮き立たせなければならなかった。その要請を担ったのが自動執行力という術語なのであり、現に、自動執行力があるという宣言は、条約(自由権規約)の規定が独立した裁判規範として一定の司法的処遇を保障されることを意味するに等しいものとなった。

しかし、日本の裁判において問われる自動執行力の中身は何かといえ、少なくとも判例から見れば、とりたてて特別のものには見えない。「[[自由権]規約はその内容に鑑みると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると解せられる」(大阪高判1994・10・28判時1513号86頁)とか、「[[自由権]規約の内容は、人民が等しく享有する固有の権利及び自由を具体的に規定したもので、その規定形式は、憲法の自由権規定と同様、司法的にも適用実現可能な形式であり、…同規約は自動執行力を有し、裁判所においてこれを解釈適用できるものと解される」

給を拒否した裁定処分取消しの訴えを認容する際に、社会権規約9条が考慮された事例もある（東京高判1983・10・20判時1092号31頁）。国内法令（の適用態様）が国際法に適合するかどうかを審査する第1、第2の類型とは違って、この類型では、国際法が国内法の解釈に組み入れられ、「違法」は国内法それ自体の解釈から導かれる）。

この第3の類型に関連し、私人間における訴訟にも国際法は援用され、実体私法の解釈を誘導することが認められている。マンションの賃貸借につき、借主が外国人であることを理由に入居を拒否したことが自由権規約に適合せず公序違反であるかどうか問われた事件において、「国際人権規約は…個別的な実体私法の各条項を通じて間接的に適用され[る]」（大阪地判平成5・6・18判時1468号130頁）ことが認められ、また、外国人の入店拒否が民法の不法行為にあたるかが争われた事件においては、「本件のような個人に対する不法行為に基く損害賠償請求の場合には、[あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際]条約の実体規定が不法行為の要件の解釈基準として作用するものと考えられる」（静岡地浜松支判平11・10・12判時1718号101頁）という司法判断が示されている。

このように国内法の解釈を国際法が導く例は世界的に広く見られるが、この事象のもつ意義として、特につぎのことを確認しておくなくてはならない。すでに述べたように、日本において国際法をそのまま国内法化する法政策的根拠は、国内の法制度（とりわけ裁判）を通じて、日本国が負う国際義務の遵守をはかるためである。これは憲法そのものの要請にほかならない。国内法の解釈適用により国際義務の違反が生じたり、あるいは放置されるような事態は憲法上容認されず、逆に、国際義務の遵守を確保する上で国内法に特定の解釈が求められる場合には、可能なかぎりそうした解釈が採用されなくてはならない。また、すでに述べたように、日本において法律は効力的に国際法よりも下位に位置づけられている。「日本国憲法第98条2項は、条約の国内的効力を認めていることは明らかであって、この条約遵守主義は…条約優位を謳っているものと解せられる」（神戸地

判1998・1・21判タ980号292頁、大阪地判1998・3・26判時1652号3頁など)。

援用される国際法規は、個人の権利について規定するものである必要は特にない。問われるのは、公務員による「義務の違反」の有無である。最高裁判所がいうように、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときは、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」(最高判1985・11・25民集39巻7号1512頁)。そしてその法的義務違反については、「厳密な法規違反のみを指すのではなく、当該行為(不作為を含む)が法律、慣習、条理ないし健全な社会通念に照らし客観的に正当性を欠くことをも包含するもの」(東京地判1976・5・31判時843号67頁)ともされる。こうして個人は、公権力を行使する公務員の行為により損害を受けた場合に、当該行為が国際義務に違反するものあるいは国際法に照らし客観的正当性を欠くものであれば、国家賠償を請求することができる。もとより、国際法にき束されて作為・立法義務がある行政庁あるいは立法府が当該義務に従って権限を行使しない不作為も、それによる損害について違法となり、賠償請求が可能になる。

第3に、国際法が各種の訴訟において国内法の解釈を誘導する目的で用いられることがある。受刑者との接見を制限する監獄法・同法施行規則の解釈にあたり自由権規約14条1項が参考にされた例や、土地収用法20条3号の要件審査にあたり少数者の権利について定める自由権規約27条が斟酌された例、あるいは、出入国管理及び難民認定法53条2項の定める「送還できないとき」の解釈にあたり拷問等禁止条約3条の規定が参照された例などがこの系列に属する(いずれも請求(の少なくとも一部)が認容された事例である。徳島地判1996・3・15判時1597号115頁、高松高判1997・11・25平成8年(ネ)第144号、同第204号、札幌地判1997・3・27判時1598号33頁、名古屋地決2000・5・16平成12年行ク第7号。老齢年金の支

45巻1202頁、東京地判1994・7・15訟月41巻2987頁、東京地判1995・9・27判時1562号41頁、大阪地判1995・10・11判タ901号84頁、東京地判1996・1・30、訟月43巻253頁、新潟地判1996・3・19労判695号91頁、東京地判1996・5・29行裁集47巻421頁、最高判1996・2・22判時1562号39頁、東京高判1996・9・26行裁集47巻930頁、大阪地判1996・11・12訟月44巻1758頁、東京高判1997・4・24判時1611号56頁など)。

取消訴訟での違法の判断にあたって、援用される国際法規が個人に明文で権利を与えるものであるかどうか(あるいは個人の国際法主体性を認めるものであるかどうか)は本質的な問題ではない。原告適格の存否は、訴えを起こす「法律上の利益」をはじめとする行政事件訴訟法上の諸要件の具備如何によって決まる。いうまでもなく、「法律上の利益」とは「法律上保護された利益」あるいは「実体法によって保護されている利益または実体法の保護に値する利益」を意味するのであり、実体法に明記された権利の侵害がなければならぬというわけではない。

第2に、国際法違反を根拠に損害賠償が請求されることがある。国家賠償法によれば、公権力の行使にあたる公務員の故意または過失による違法行為によって損害を受けた者は国家賠償請求を行うことができる。国際法はここでも違法の有無の判断基準として援用されてきている(国際法に適合しない(法令に依拠した)公務員の公権力行使により被った損害の賠償を求める主張がなされる。かつては政治犯罪人不引渡原則違反により国家賠償が請求された事例(東京地判1969・11・8行裁集20巻1324頁、東京高裁判1971・3・30行裁集22巻361頁)などもあったが、最近では、外国人登録法や刑事訴訟法・監獄法など刑事関係法令の国際法適合性が問われることが多い。東京高判1992・7・27東京高判時(民)43巻1-12号55頁、仙台高判1993・4・14訟月40巻931頁、札幌高判1993・5・19判タ818号269頁、福井地判1994・10・5判時1535号77頁、大阪高判1994・10・28判時1513号71頁、東京高判1995・3・22判タ874号82頁、浦和地判1996・3・22判時1616号111頁、広島高判1997・12・26判タ979号979頁、東京高

律上の争訟に法規を適用してこれを解決する判断作用を司法と観念し、その法規が公法に属するか私法に属するかにかかわらず、そのすべてについて、最終的にはこれを司法裁判所の権限に属せしめることによって、法の適用を確保し、その実効性を保障しようとするものである」(田中二郎『新版 行政法 上巻』[全訂第二版] 弘文堂(1974年) 296-297頁)。その「法」の中には国内法である国際法も含まれる。

日本国が対外的に引き受けた義務は憲法を通じてそのまま国内法化している。そのような義務の違反等を契機としていずれかの者に不利益が生じた場合、その者は一定の要件さえ満たせば、必要な司法的救済を受けることができる。そうした司法的救済は、日本国の負う国際義務の履行をはかるものでもあり、こうして国際法は、具体的事件性を備えた訴訟において様々な形で援用されてきた。以下では国際法が援用された訴訟を3つの類型に分けて簡単に分析を加えてみることにする(この分類は網羅的ではなく、あくまで代表的なものの例示にとどまる。)

まず第1に、国際法違反を根拠にして、行政庁の処分や裁決の取消しが求められることがある。取消訴訟の提起には行政庁の違法な処分・裁決が存在していなくてはならないが、国際法はその違法を主張する際の根拠として援用されてきた。たとえば、政治犯罪人不引渡原則との抵触を理由に退去強制令書発布処分の取消しを求めたり、ILO条約に違反する国家公務員の懲戒処分の取消しを求めたり、あるいは自由権規約や社会権規約(経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約)、難民条約等の違反を理由に再入国不許可処分・在留期間更新(在留資格変更申請)不許可処分・国民年金裁定却下処分・生活保護申請却下処分・障害年金請求却下処分・国民健康保健被保険者証不交付処分・難民不認定処分等の取消しを求める例がそうである(東京地判1969・1・25行裁集20巻28頁、大阪高判1984・12・19行裁集35巻12号2220頁、福岡高判1991・9・18労判601号13頁、大分地判1993・1・19判時1457号36頁、大阪地判1994・3・24判タ855号181頁、大阪地判1994・3・29訟月41巻741頁、福岡高判1994・5・13行裁集

なお、国内法秩序における国際法の形式的効力の問題だが、日本国憲法下では国際法が法律に優位することについて、実務上も学説も概ね一致をみている。この点については、政府も同様の見解を表明している。たとえば、第63国会において内閣法制局真田説明員は次のように述べている。「相抵触する内容の条約と国内法が併存した場合に…どちらが勝つのかという優劣の問題といたしましては、条約優位説がとられているというふうに存じます」(衆議院商工委員会議録第31号、1970年6月11日、25-26頁)。また、日本政府が自由権規約委員会における報告審査の際に公式に表明しているように、「裁判所が国内法と条約とが矛盾すると判断した場合には、後者が優先し、関連国内法は無効とされるか修正されなければならない」(UN, Doc. CPR/C/SR.324, para.4)。

2、裁判実務に見る国際法

国内法化されるとはいえ、日本を拘束する国際法規がすべて裁判規範として援用できるわけではない。この点はいわゆる自動執行性の議論と密接に関わるが、日本の法制上、司法審査は、民事訴訟法、刑事訴訟法、行政事件訴訟法といった実定訴訟法の枠組みの中でしかなされえず、国際法にかかわる別個独立した訴訟類型が存在しているわけではない。したがって、国際法にかかわる訴えの適法等の判断基準も当然そうした訴訟実務の枠組みにより提示されるのが本来である。こうした観点から裁判実務における国際法の実態について若干の所見を申し述べておきたい。

日本国憲法は第32条で国民の裁判を受ける権利を保障し、裁判所法は、第3条1項で裁判所が「一切の法律上の争訟」を裁判できる旨を定める。法律上の争訟が「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが、法令の適用により終局的に解決することができるもの」(最判1981・4・7民集35卷3号443頁)と理解されていることは周知のとおりだが、そうした法律上の争訟の中に国際法の適用をめぐる争いが含まれることはいうまでもない。「現行憲法は、具体的な法

法外交雑誌』96巻4・5合併号44-45頁)。このような「一般的受容」方式が採用されているからこそ、国際法であっても国内裁判所でそのまま援用する余地が出てくるわけである。

国際法に国内法としての効力を認めるのは、それにより国際法の遵守を確保するためである。この点は、憲法第98条2項を解説して宮沢俊義教授が次のように説くとおりである。「[国際法を]『誠実に遵守することを必要とする』は、当然のことともいえる。日本が正式に結んだ条約や、確立された国際法規は、法的に日本国家を拘束するものであるから、それらを遵守しなければならないことは、いうをまたない当然の事理である。ただ過去の日本に条約の誠実な遵守につき遺憾な点があったことにかんがみ、ここに特に条約および国際法規を『誠実に遵守』すべきことを強調したのであろう。右の趣旨からいって、日本が結んだ条約および確立された国際法規は、特別にそれらを立法手続で定める必要なしに、当然にすべて国内法として法的拘束力を有することにするのが、本項の予想するところと考えられる。憲法第7条が、条約についても、法律や政令と同じように、天皇が公布すべきものとしているのも、この趣旨を示すとおもわれる。そうすることが、条約や国際法規を『誠実に遵守』するためには、必要だからである」(宮沢俊義『日本國憲法』(日本評論社)1955年、809頁)。

いうまでもなく、裁判官も、日本国による国際法の実施を確保すべき責務を負う。憲法第76条3項は、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定するが、ここでいう「法律」に国際法が含まれることは広く認められている(岩澤雄司『条約の国内適用可能性』(有斐閣、1985年)30頁)。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防止し(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うところにあるとあって過言でない(国際法を実現する最高裁の役割につき、齋藤正彰「国際人権訴訟と違憲審査」『北大法学論集』47巻5号1523頁参照)。

司法におけるジェンダー・バイアス—女性差別撤廃条約の適用可能性

もの（たとえば、恣意的な拘禁が規約の発効をはさんで継続する場合）、もう一つは、原因行為の結果として生じた特定の事態が規約発効後に規約違反を構成するにいたるもの（たとえば、規約発効前に制定された法律の下での差別的処遇が規約発効後に規約違反を構成する場合）である。後者においては、原因行為そのものではなく、それによって導かれた事態が独立して規約違反に問われることになる（より詳しくは、徳川信治「自由権規約個人通報手続における *ratione temporaire*」研究紀要（財団法人 世界人権問題研究センター）5号（2000年）参照）。

このように、原因行為（事実・事態）が条約発効前に生じたことをもってただちに条約の適用が排除されるわけではない。原因行為がそのまま引き続く場合には、条約発効の時点で当該行為の条約適合性が問われることになる。また、原因行為により導かれた事態が条約発効後に引き続く場合には、原因行為そのものではなく、それにより導かれた事態の条約適合性が問題になる。そして当該行為・事態が条約に適合しなくなれば、締約国は条約義務の違反について国際責任を負うことになる。女性差別撤廃条約についても、条約発効前の行為（事実・事態）については、この観点からの検討が必要である。

Ⅱ、国内法としての国際法

1、国際法の国内的効力

日本の憲法秩序は、国際法にそのまま国内法としての効力を与えている。「日本国憲法では国際法の誠実遵守に関する規定（98条2項）の解釈として、国際法と国内法との関係につき基本的には一元論を採り、日本が締結した条約と確立した国際慣習法は、特別にそれらを立法手続で定める（国内法による補填・補完・具体化）必要なしに、当然にすべてそのまま国内法として法的拘束力を有することとしている」（山本草二「国際法の国内的妥当性をめぐる論理と法制度化—日本の国際法学の対応過程—」『国際

ことによって〔毀損されることは〕ない。たとえその事項がもともとは条約発効以前に始まったとしてもそうである。かくして、〔ヨーロッパ人権条約の履行監視機関である〕ヨーロッパ人権委員会は、ヨーロッパ条約の発効前に完了し確立した立法的行政的又は司法的行為の正当性につき審査を行う権限を有しないと考えつつも、他方において、同条約発効後の行為につき新たに訴訟手続が行われるか、又は再提訴が行われたときは管轄権を行使してきている〕（小川訳、前掲、487頁）。約言すると、条約は、発効前の行為・事実・事態に遡及して適用されることはないものの、発効前の行為等が発効後も引き続き存在している場合には、その限りで（つまり発効後に引き続く行為等につき）その適用を妨げられない、というのが条約法条約の立場である。これは国際法の一般的規則を具現化したものにはかならない。

条約の不遡及原則は、自由権規約の適用に際して繰り返し問題になってきているが、自由権規約委員会は、規約違反の申立（個人通報）を処理するにあたり、当初から、「締約国について規約が効力を生ずる以前に行われたいかなる行為も、それ自体では、規約から生じる義務に照らして判断されることはない」という認識を示しつつ（Communication No.91/1981, para.5.1. 国際人権規約翻訳編集委員会編『国際人権規約先例集』（東信堂、1989年）71頁）、その一方で、「効力発生前に起きた侵害の申立であっても、その日以後も継続しているか、または、その日以後もそれ自体侵害を構成する効果を有している場合はこの限りでない」と述べ、規約発効日をまたぐ「継続的侵害」に規約の適用を認める見解を明らかにしてきている（Communication No.1/1976. 国際人権規約翻訳編集委員会編『国際人権規約先例集』（東信堂、1989年）49頁）。これは、条約法条約に体现された国際法の一般的規則を受けての判断にほかならない。

自由権規約委員会の蓄積された先例によれば、規約違反と認められる継続的侵害は大別して二つに分類される。一つは、原因行為と同一の行為が引き続き行われ、それが規約発効時において規約違反を構成するにいたる

第4条の特別措置のみであり、第1条の差別の定義も勘案すると、教育や雇用の分野において女性の権利保障水準を男性よりも低下させる男女別異処遇は条約違反という評価を免れない（浅倉むつ子「第11条 雇用における差別撤廃」国際女性の地位協会編『女子差別撤廃条約注解』（前掲）192頁参照）。

（3）条約の不遡及と継続的侵害

「条約は、別段の意図が条約自体から明らかである場合及びこの意図が他の方法によって確認される場合を除くほか、条約の効力が当事国について生ずる日前に行われた行為、同日前に生じた事実又は同日前に消滅した事態に関し、当該当事国を拘束しない」（条約法条約第28条）。条約法条約の起草にあたった国連国際法委員会の同条約草案に関するコメンタリーによれば、「条約の効力が当事国について生ずる日前に行われた行為、同日前に生じた事実又は同日前に消滅した事態」とは、「条約発効前に完了した行為若しくは事実又は消滅した状態」を指す（小川芳彦訳「国際法委員会条約法草案のコメンタリー（二）」法と政治（関西学院大学）第19巻3号（1968年）487頁）。女性差別撤廃条約の場合、遡及適用に関する意図は条約自体からも準備作業からも認められないので、「条約発効前に完了した行為若しくは事実又は消滅した事実」について同条約の適用はなく、締約国が条約上の義務を負うことはない。

もっとも、「条約が効力を生ずる日前に生じた行為、事実、事態であつて〔も〕、その後にも引き続いて生じたり、存在しているものには、条約の適用がある」（横田喜三郎『国際法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1972年）434頁）ことには注意しておく必要がある。この点を敷衍して国連国際法委員会の上記コメンタリーは次のようにいう。「条約の発効前に行われたか又は生起した行為、事実又は状態が、条約発効後も引つづいて起るか又は存在するならば、それは条約の諸規定によって律せられるであろう。不遡及の原則は、条約が有効である時に起ったか又は存在する事項に条約を適用する

内容が具体的で、締約国の義務違反を即時的に認定することができるものである。

第二、締約国が特定の措置をとることを「約束する (undertake)」と定める規定のなかにも、即時性があり、義務違反の認定が明確にできるものがある。第2条 (a) および (g) がその代表例である。同条 (d) は、公の機関が自ら差別行為を差し控えるというものであり、これは、即時性が最も明白な自由権規約第2条1項および第26条の中核部分と同様の義務を課すものとみることができる。また同条 (c) は、公の機関が「差別となるいかなる行為からも女子を効果的に保護することを確保する」よう求めるものである。ここには効果的な保護の態様につき締約国の裁量が多少とも入る余地があるが、そうであっても、締約国の設置した機関が「差別」についての認識を誤り、それによって本来与えられるべき保護が与えられないような事態が生じた場合には、効果的な保護の「確保」を約束するこの条項との明白な抵触が生じることは疑いない。

第三に、教育や雇用における差別撤廃について定める第10条および11条のように、特定の目的を達成するため「すべての適当な措置をとる」ことを求める規定は、とるべき措置について一定の裁量を締約国に認めるものと解することができる。しかし、これらの規定は、「男女の平等を基礎として」という語句によって条件づけられており、締約国がとるいかなる措置も、「男女の平等」という基礎を踏みはずすものであってはならない。のみならず、教育課程、試験、雇用機会（選考基準を含む）、昇進、雇用の保障などについては、明文で「同一の」権利保障が求められている。したがって、これらの権利は、男女平等の基礎にたつて男女に同一に保障されなくてはならないものである。締約国のとる措置が男女の処遇を別にする（ことを容認する）ものとなれば、当然にこれらの規定に抵触することとなる。抵触についての評価は漸進的になされるものではなく、即時的になされるものであることはいうまでもない。条約の趣旨及び目的に照らせば、男女の処遇を別にする措置であつてこの条約により正当化されるのは

けではないので、各条項ごとに義務の性質を明らかにするつもりはない。ただ論述の便宜上、女性差別撤廃条約の趣旨・目的と他の人権条約の解釈実践を踏まえ、次のことだけは確認しておきたい（以下の記述については、Andrew Byrnes & Jane Connors, “Enforcing the Human Rights of Women: A Complaints Procedure for the Women’s Convention?”, *BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, Vol. 21 (1996), pp.679-797の分析を参考にした。すでに述べたように、2000年暮れに女性差別撤廃条約の選択議定書が発効し、これにより、女性差別撤廃委員会は、被害者からの救済申立（女性差別撤廃条約違反の申立）を受理し検討する権限を与えられた。ByrnesとConnorsによる上記論文は、同議定書の起草過程において招集された専門家会議に提出された文書をもとに、同専門家会議の検討を踏まえ必要な修正を加えた上で公刊されたものである。その意味で、女性差別撤廃条約の解釈に関する国際社会の最も有力な認識が集約的に表現されているものといえてよい。

第一、「締約国は…を確保する (State Parties shall ensure...)」、「締約国は…を認める (State Parties shall accord...)」あるいは「締約国は…を与える (State Parties shall grant...)」といった文言で表現される規定は、即時的義務を課せられる伝統的な市民的および政治的権利のカatalogue一般にみられるものである。こうした文言の規定は、女性差別撤廃条約では、第7条、第9条1、2項、第15条1、2、4項、第16条1項などにみられ、これらの規定上の義務は、その内容に照らしても即時に実施されるべきと解するのが相当である。このほか、締約国が女性の法的能力を制限する契約等を無効とすることに同意する (States Parties agree that all contracts....shall be deemed null and void) と定める第15条3項や「児童の婚約及び婚姻は、法的効果を有しないものとし (the betrothal and marriage of a child shall have no legal effect)」と定める第16条2項についても同様の指摘が妥当する。これらの規定は伝統的に市民的および政治的権利の範疇に分類されてきたものを取扱っており、履行されるべき義務の

法条約第27条)。

女性差別撤廃条約上の義務の性質は、上で述べた国際法上の解釈規則を通じて確定されなくてはならないが、この条約は、女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃を目的とするものであり、締約国は、そのために必要な政策を「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、このために次のことを約束する」として、第2条で(a)から(g)までの6つの項目の実現を約束している。争われている「遅滞なく追求する」という文言については、山下泰子教授が指摘するように、すでに社会権規約の義務が明確に「漸進的」という語によって表現されている以上、「遅滞なく追求する」を「漸進的」とまったく同義に解することは不合理である。ただだからといって、そこからただちに「即時的」と結論づけるわけにもいかない。人権条約上の義務の多層性に関心を寄せる国際人権法学の近年の議論が示唆するように、女性差別撤廃条約上の締約国の義務の性質を一律に「漸進的」か「即時的」かで二分するのは精確さを欠き、妥当とはいえない。「遅滞なく追求する」とは、条約の目的を達成するための政策を適切な手段により文字どおり遅滞なく追求するというだけでなく、その適切な手段のなかには締約国の裁量の余地なく即時にとられるべきものもあろうし、そうした手段を開発するのに必要な「合理的な遅延」(Rebecca Cook, "State Responsibility for Violations of Women's Human Rights", *HARVARD HUMAN RIGHTS JOURNAL*, Vol.7 (1994), p.163.)を認められてしかるべきものもあろう。「遅滞なく追求する」という文言は締約国の義務を一般的かつ総論的に定めたものであり、その意味内容を「漸進性」あるいは「即時性」という概念で一括りにするのは、この条約の有効性と実効性をいたずらに損なうことにもなりかねない。締約国の負う義務は、他の人権条約がそうであるように、条約の趣旨・目的を考慮に入れながら、各条項ごとに、使用される文言の通常の意味と解釈の補的手段を通じ個々に確定されるべきものである。

本意見書は、女性差別撤廃条約に注釈を加えることを目的としているわ

て効力を有する他の国際条約又は国際協定」をあげる。この規定は、条約の受益者である個人（女性）に、最恵国待遇ならぬ「最恵者待遇」を担保するものでもある（Thomas Burgenthal, “To Respect and to Ensure : State Obligations and Permissible Derogation,” in *THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS* (Louis Henkin ed. 1981), p.89)。つまり、女性差別撤廃条約と同一の事項を規律する他の人権条約が一層高い水準を保障するものである場合、女性差別撤廃条約は、当該他の人権条約が保障する水準を下回るように解釈されてはならない、ということである。もっぱら女性差別撤廃条約の枠内で完結する解釈がなされても、それが同一の事項を規律する他の人権条約の水準に達しない場合には、「男女の平等の達成に一層貢献する…他の国際条約」の違反を引き起こすことになり、そうなれば、当該事態は女性差別撤廃条約第23条に抵触することにもなる。人権諸条約の体系的解釈と「最恵者待遇」を保障するこうした条項は、女性差別撤廃条約のみならずすべての人権条約にほぼ例外なく挿入されている。人権諸条約は、互いに連動しあいながら、人権保障をより高い水準に引き上げることになっているわけである。

条約は自律的に解釈されなくてはならない。この点について、自由権規約の履行を監視する自由権規約委員会はつぎのようにいう。「市民的及び政治的権利に関する国際規約の解釈および適用は、規約の文言および概念がいかなる特定の国家法制度からもおよびあらゆる辞書の上の定義からも独立しているという原則にもとづいていなくてはならない。規約の文言は多くの諸国における長い伝統に由来するものではあるが、[自由権規約]委員会は、今や、それらの文言が自律した意味をもつものとみなさなくてはならない」(U. N. Doc. CCPR/C/DR (xv)/R. 12/50 para.10.2.)。文言の自律した意味を確定するにあたって依拠されるのが、すでに述べた国際法上の解釈規則であることはいうまでもない。なお、自律した意味の確定という要請に必然的に伴うものであるが、条約の締約国は「条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用すること [は] できない」(条約

的認識からは、かけ離れている。

このように、女性差別撤廃条約上の締約国の義務を漸進的と性格づける被告国の根拠は、そのいずれをとっても実証性と説得力を欠いており、失当である。

(2) 国際法の解釈規則にしたがった義務の確定

女性差別撤廃条約の義務の性質は、本来、国際法により要請される条約の解釈規則にしたがって確定されるべきものである。そうした解釈規則は、国際慣習法を法典化した条約法条約第31条および32条に示されている（条約の解釈が条約法条約の関連条項に従ってなされるべきことにつき、大阪高判1994・10・28判時1513号86頁、高松高判1997・11・25判タ977号65頁、広島高判1999・4・28平成7年（う）第74号など参照）。同条約第31条1項によれば、「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に意味に従い、誠実に解釈する」ものとされる。条約の解釈上、文脈というときは、前文も含まれる（同条2項）。また、第31条の解釈手段によって意味が確定されない場合には、第32条により、解釈の補足的手段を採用することができる。解釈の補足的な手段には、女性差別撤廃条約の場合、準備作業以外に、女性差別撤廃委員会の一般的勧告、定期報告審査後の最終コメントが含まれ、さらに、同一事項にかかわる他の条約とその先例も参照しうる。他の条約としては、自由権規約や社会権規約などのほか、欧州人権条約をはじめとする地域人権条約もあげられる。解釈の補足的手段がこうした広がりをもつことについては、上記大阪高裁判決等が明文で認めるとおりである。

同一事項にかかわる他の条約およびその先例の援用は、関連諸条約の体系的解釈（systematic interpretation）を可能にするものだが、これは、女性差別撤廃条約については第23条の要請でもある。同条は、「この条約のいかなる規定も、次のものに含まれるものであって男女の平等の達成に一層貢献するものに影響を及ぼすものではない」として、「締約国につい

氏も、「前文第14パラグラフに述べられている『社会及び家庭における男子の伝統的役割を女子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』との認識に立つならば、こうした理念の実現には、長い時間を要すると考えられなければならない。それ故条約第2条において『締約国は…女子に対する差別を撤廃する政策をすべての適用な手段により、遅滞なく追求することに合意し…』と『pursue』という言葉で、時間をかけて実現しなければならないということを表現している。しかし、これは、時間を要するが故に何もしなくても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」と述べながら、「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」と断じ、差別撤廃措置が締約国によって漸進的にとられればよいという主張を排斥している（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）6、7頁）。

学説も、「遅滞なく追求する」という文言を義務の漸進性に直結する見解には否定的である。たとえば、女性差別撤廃条約に関するドイツの代表的な論考を引用しながら、岩澤教授は次のようにいう。「女性に対する差別撤廃のための一般的措置のカタログを含む第2条にも、本文の個別の条項にも、『漸進的義務』を条約に導入することを支持する文言は見出せない」（Iwasawa, *op. cit.*, p.44）。女性差別撤廃条約について日本で最も豊かに研究を積み重ねてきている文京女子大学の山下泰子教授も、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」（社会権規約）との比較をまじえながら、「社会権規約は、条約上の『権利の完全な実現を漸進的に達成する』ために行動する…のに対し、女性差別撤廃条約は『遅滞なく追求』と規定しており、即時性が強調されている」と述べる（山下泰子『女性差別撤廃条約の研究』（尚学社、1996年）95頁。このほか、原審に提出されたMarsha Freeman意見書も参照のこと）。「遅滞なく追求する」義務を、被告国のようにただちに「漸進的」と解することは、国際人権法学の一般

面で差別の撤廃のための措置を求めています。日本の労働法は、賃金については男女平等を規定していますが、その他（採用、解雇等）については何も触れておりません。もうひとつ、教育課程。条約案は、男女が『同一課程』を履修するとしていますが、日本では『家庭科』が女子のみ必修となっており、これが引っかけます。その他にもいろいろな点で、『こんなに厳しく言われては困る』ということがあり、条約案に対する日本政府のコメントは、『国籍法については反対、労働法関係と教育関係については修正、もっと全体をトーンダウン』という意味のものでした。…教育の問題については、私は政府の意を体して『同一（same）の教育課程』を『同一あるいはそれに相当する（same or equivalent）』に直すべきであると主張するわけですが、みなさんから相手にされず、辛かったんですよ。…結果的には、国籍法、労働法、教育について日本がコメントとして出したことは、ほとんど通らなかったもので、当然国内法とは抵触いたします。…『これでは署名できない』と大騒ぎになりました」（高橋展子「女子差別撤廃条約の誕生に携わって」国際女性の地位協会編『世界から日本へのメッセージー女子差別撤廃条約と日本女性の現状』（尚学社、1989年）11—13頁。日本政府の提案のほとんどが否決されたことにつき、Iwasawa, *op. cit.*, p.208も参照のこと）。高橋氏の回顧は、起草過程において日本政府が条約義務の程度・性格を緩めようと尽力したにもかかわらず、それが「ほとんど通らなかった」ことを端的に物語るものである。

「条約作成時における審議経緯等」には、締約国の義務そのものを漸進的とすることについての合意等がなされたことを示す形跡はまったくみあたらない。となれば、女性差別撤廃条約の義務に関する被告国の主張を裏付けうるものとして残されているのは、「女子に対する差別を撤廃する政策を…遅滞なく追求する」という文言でしかないことになる。だがこの文言がなぜ差別撤廃義務の漸進性を許容しうるものなのかについて、被告国は有意な論証を行っていない。それどころか、被告国が「立法当時の婦人少年局長」として信頼を寄せる（原審被告国最終準備書面22頁）赤松良子

うな国際的実施措置を通じ、条約義務の履行促進・監視が必要とされるのである。定期報告制度が備えられているということと締約国の義務が漸進的であるということとは、まったく別次元の問題である。

また、被告国が「あわせて勘案」すべきものとしてあげる「条約作成時における審議経緯等」だが、条約の起草過程において、締約国の義務の性格を漸進的なものとする了解は参加国の間でまったくみられなかった。たしかに日本政府は、条約起草時に、現行第2条柱書の「締約国は…女子に対する差別を撤廃する政策を…遅滞なく追求する」という箇所を「締約国は…女子に対する差別の撤廃を促進する政策を…遅滞なく追求する」と改めるよう提案しているのだが、この提案は退けられておわっている。「差別を撤廃する」という表現を「差別の撤廃を促進する」と修正することで締約国の義務の漸進的性格を浮き上がらせようとしたのだろうが、この提案は明確に拒絶されている (Lars Adam Rehof, *GUIDE TO THE TRAVAUX PREPARATOIRES OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN* (1993), pp.52-53)。条約の国内適用可能性の問題についてすぐれた研究を続ける東京大学の岩澤雄司教授が明言するように、「準備作業から、[女性差別撤廃]条約の『漸進的性格』という主張は立証されない」(Yuji Iwasawa, *INTERNATIONAL LAW, HUMAN RIGHTS, AND JAPANESE LAW: THE IMPACT OF INTERNATIONAL LAW ON JAPANESE LAW* (1998), p.44)。

「条約作成時における審議経緯等」については、国連総会に女子差別撤廃条約案がかかっている時期に政府代表としてその審議に参加した元デンマーク大使高橋展子氏の次の回顧が興味深い。「そもそも日本が、条約案の審議にあたって頭を悩ませたのは、日本の国内法制がこの条約案に照らして問題が多いことでした。とくに三つの点が大きな問題でした。まず国籍法の関係で、日本の国籍法は、条約案の謳っているような男女平等の立場をとっていませんでした。次に、労働関係で、条約案は雇用のすべての

1981年8月1日に日本国について効力発生。) 第26条が定めるように、日本国は、この条約を「誠実に履行しなければならない」。

原審に提出された最終準備書面によると、被告国は、女性差別撤廃条約の締約国が履行すべき義務を、「漸進的」なもの、すなわち、「必要な時間をかけつつ」あるいは「ある程度の時間をかけて」達成すればよいものと解している(32—36頁)。その理由としてあげられているのは、第2条柱書の「締約国は…女子に対する差別を撤廃する政策を遅滞なく追求する」という規定、そして、第18条にもとづく定期報告提出義務の存在であり、これに加えて、「条約作成時における審議経緯等をあわせて勘案」する必要性も指摘されている(34、35頁)。この主張は、締約国に、取るべき措置について大幅な裁量の余地を認めることから、必然的に義務違反の認定を困難にするものである。もっとも、「締約国の義務について」という項目の設定にもかかわらず、被告国の最終準備書面は、厳密にみると、「条約目的の達成」に時間がかかるということを述べているにすぎず、「締約国の義務」それじたいが漸進的な性格のものであるということについての立証はほとんどなされていない。私人間を含む「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃」をめざすこの条約の目的達成に時間がかかることは被告国のいうとおりであり、この点については私も認識を一にする。しかし、そこからただちに締約国の義務が漸進的でよいと結論するのでは、あまりにも論理が飛躍している。

被告国が「漸進性」の根拠の一つとしてあげる定期報告審査制度の存在は、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(自由権規約)についても妥当するが、周知のように、同規約は締約国に即時的義務を課す条約であると広く認められている。自由権規約のように即時的義務を課す条約であっても、「条約の目的を条約批准時にすべての分野で達成している」(被告国最終準備書面35頁)わけではない。仮に達成していたとしても条約発効後引き続きそうした法状況が維持されるとの保障はない。だからこそ、定期報告制度や個人救済申立(個人通報)制度あるいは国家通報制度のよ

申立を処理する権限を与えられてこなかった（ただし、女性差別撤廃条約選択議定書が2000年12月に効力を生じたことにより、委員会は、同議定書締約国による権利侵害を訴える申立（個人通報）を審査できるようになった。今後は、個々の申立処理を通じて事例の蓄積が期待されている）。それでも、条約実施のためにとった措置等を締約国が女性差別撤廃委員会に定期的に報告する義務を負っている（条約第18条）ことから、上で見たように、そうした報告審査後に発する最終コメントを通じ、個別の条文の解釈にかかる委員会の見解が適宜公にされてきている。最終コメントは、条約第21条にもとづいて作成される委員会の公式の見解であり、条約の統一解釈を国際的に誘導する機能をもつ。また、後述するように、女性差別撤廃条約の解釈に際し参照されるべき資料の一つとして位置づけられるものでもある。

女性差別撤廃委員会は、最終コメント以外にも、特定の事項に関する委員会の認識を「一般的勧告」をいう形で示し、締約国による条約義務の履行を促してきているが、1992年に採択された、女性に対する暴力に関する一般的勧告第19では、間接差別につき次のように言及している。「条約は第1条において女性に対する差別を定義する。この差別の定義は、性に基づく暴力、すなわち、女性であることを理由として女性に向けられる暴力または女性に対して不均衡に影響を及ぼす暴力を含む」（邦訳について、国際女性の地位協会『国際女性』7号（1993年）190頁を参照）。ここでいう「女性に対して不均衡に影響を及ぼす暴力」が間接差別の法理を反映したものであることはいうまでもない。（女性差別撤廃条約第1条が包摂する間接差別の認定基準については後述する。）

2、締約国の義務

（1）被告国の見解

女性差別撤廃条約は、1981年9月3日に発効し、日本については1985年7月25日に効力を生じた。「条約法に関するウィーン条約」（条約法条約。

を永続化しうるからである。したがって、故意でない差別的慣行または政策を条約の禁止対象に含めることは、適切であり、また必要なことである」(Theodor Meron, *HUMAN RIGHTS LAW-MAKING IN THE UNITED NATIONS* (1986), p.60)。

他方、実務面では、女性差別撤廃条約の各国における履行状況を監視するため条約第17条により設置された委員会(女性差別撤廃委員会)の委員を1994年から2000年まで勤めたカルメル・シャレブ博士がいうように、「[[女性差別撤廃] 委員会は、意図的でない場合であっても差別として非難される『間接差別』をこの[条約上の差別の] 定義に含めてきている」(Carmel Shalev, “China to CEDAW : An Update on Population Policy”, *HUMAN RIGHTS QUARTERLY*, Vol. 23, No. 1 (2001), p.124)。現に女性差別撤廃委員会は、1995年に行われた日本の第2・3回報告併合審査後の「最終コメント」において、「日本政府は、私企業による雇用機会均等法上の規定の遵守を確保し、私企業において昇格および賃金に関して、女性が直面している間接差別に対処するためにとった措置について報告しなければならない」と述べ、差別の射程が間接差別に及んでいることをはっきりと認めている(この最終コメントの邦訳は、国際女性の地位協会編『女性関連法データブック』(有斐閣、1998年)20頁)。条約第1条の差別の定義が間接差別の法理を含んでいると委員会が解していることは、このほかにも多くの報告審査後の最終コメントからうかがえる(最近の例では、ベリーズ(第1・2回合併報告)やイギリス(第3・4回報告併合審査)の報告審査後の最終コメントの中で、条約第1条の差別に間接差別が含まれることが明言されている。また、グルジア(第1回報告)やドイツ(第2・3回合併報告、第4回報告)の報告審査後の最終コメントでは、より具体的に、労働市場の性別分離に間接差別が反映されているとの認識が示されている。これら最終コメントの邦訳について、国際女性の地位委員会『国際女性』14号(2000年)36—72頁参照)。

周知のように、女性差別撤廃委員会は、条約違反に伴う個別の人権救済

暫定的な特別措置（「ポジティブ・アクション」あるいは「アファーマティブ・アクション」と称される措置）が肯定的に評価されている（第4条）ことから窺い知ることができる。

女性差別撤廃条約は、構造あるいは意識の変革とともに、「等しき者」かどうかを決する基準そのものが女性に不利にはたらくものであってはならないということを求めている。その要請は、撤廃すべき「女子に対する差別」の定義の中に現われ出ている。この条約上、女性に対する差別とは次のように定式化されている。「性に基づく区別、排除又は制限であつて、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をいう」（第1条）。女性に不利益をもたらす「目的」を有するものだけでなく、そのような「効果」を結果としてもたらすものであつても差別にあたるとされているところに特に留意すべきである。ここには、表面的に中立的な基準であつても、その基準によりいずれかの集団が正当な理由なく不利な影響を被る場合これを差別とみなすという「間接差別」の法理が反映されている。

女性差別撤廃条約の差別の定義に含まれる「効果」の部分が、間接差別の法理を含意することは、国際人権法の学説および実務においてほぼ一致して認められている。たとえば、アメリカ国務省の法務顧問も務める国際法の世界的権威テオドア・メロン教授（ニューヨーク法科大学院）はつぎのようにいう。「条約は、女性に対する差別的効果をもつ慣行を禁じることで、外見上中立的な基準が差別の口実として利用されること（たとえば、仕事の実質とは関係がないのに女性を集団として排除しがちな身長・体重の要件の使用）を禁止している。『効果』の基準により、特定の差別的動機を立証する際の困難な問題が回避される。故意でない差別の禁止は、制度的変革を達成するのに必要である。なぜなら、差別的な動機なくとられる政策であつても、以前の意図的な差別行為によつてもたらされた不平等

うる平等な権利、機会、責任をもつべきことを意味する。そのため、家庭及び社会の中で両性に伝統的に割り当てられた機能を再検討することが肝要である。男女の伝統的な役割を変える必要性を認識しなければならない」。女性差別撤廃条約は、この第1回世界女性会議の翌年に始まった「国連婦人の10年」の強力な後押しを受け、上の認識を法的に具現化すべく1979年に国連総会で採択されたものである。

女性差別撤廃条約は、政治参加、国籍の取得・変更、教育・雇用・社会的参加、法的能力、婚姻・家族関係等における男女の形式的あるいは法律上の平等を求めるだけでなく、既存の「種々の文書にもかかわらず、女子に対する差別が依然として広範に存在していること」（前文第6段）を認めることにより、差別を生み出す構造あるいは内面化された意識の内にまで条約が分け入っていくべき必要性を確認した。そして、「出産における女子の役割が差別の根拠となるべきではなく、子の養育には男女及び社会全体が共に責任を負うことが必要であることを認識し、社会及び家庭における男子の伝統的役割を女子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、…女子に対するあらゆる形態の差別を撤廃するための必要な措置をとることを決意して」（前文第13、14、15段）条約が作成されたことを明らかにしている。

女性差別撤廃条約は、外見上中立的な法が定立されてもなお広範に再生産される性差別を撤廃するには、規範の背後に潜む構造あるいは差別意識の変更が不可欠であると認め、「女子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」（第2条（f））、さらに、「両性いずれかの劣等性若しくは優越性の観念又は男女の定型化された役割に基づく偏見及び慣習その他あらゆる慣行の撤廃を実現するため、男女の社会的及び文化的な行動様式を修正すること」（第5条（a））を締約国に求めている。これは、女性が被る不利益を安易に個人の資質の問題に還元してはならないという要請でもある。このことは、男女の事実上の平等を達成する目的でとられる

固定化する重大な契機がひそんでいる。まず第一に、「等しい者は等しく」という場合の「等しい者」であるかどうかの基準は、社会において優位に立つ（つまり社会の主流をなす）側の基準が採用されるのが通例である。性という尺度で見た場合、人種、宗教、国籍等による違いにかかわらず、ほぼすべての社会において優位に立ってきたのは男性であり、したがって「等しい者」であるかどうかの基準は、性中立的な外観を装おうとも、その内実において男性規範を体現するのが一般的である。第二に、女性は男性規範を充足できないことには「等しい者」になれないわけだが、歴史的に蓄積された偏見や私的領域における不均衡な負担が払拭されない限り、女性にとって当該規範の充足は容易でなく、その結果女性は社会参画にあたり往々にして「等しからざる者」の地位を与えられ、別異の取扱いが正当化されることになる。第三に、「等しい者は等しく…」という命題は、伝統的な自由主義（リベラリズム）思想に立脚しているため、すべての個人を社会の対等な成員として抽象化する。そのため、女性と男性とに等しい機会が提供される（つまり形式的平等が与えられる）以上、不利な結果についての責任は本人が個人として引き受けるべきである、という結論が導かれる。こうして、女性が被る不利益は個人的資質の問題に還元されて処せられることになる。

経験則が示すように、この「等しい者は等しく…」という命題は、集団としての女性の社会的地位の向上ではなく、男性優位の現状を固定化し深化させる結果を少なからずもたらした。構造的に深く入り組んだ女性に対する差別を撤廃するには、形式的あるいは法律上の平等を求めるだけでは不十分であり、社会における男女の不均衡な力関係の実態（構造）を射程に入れて、平等・差別撤廃の観念をあらためて構築しなおす必要があった。その認識を端的に示したのが、国際婦人年の1975年にメキシコ・シティで開催された第1回世界女性会議「世界行動計画」であり、それはたとえば同行動計画序章第16項で次のように表現されている。「男女の平等の達成とは、両性とその才能及び能力を自己の充足と社会全体のために発展させ

する権利が…性…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」(社会権規約第2条2)。「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」(同第3条)。「この規約の締約国は…すべての個人に対し、…性…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」(自由権規約第2条1)。「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」(同第3条)。「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…性…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」(同26条)。

このほかにも男女の権利の平等を促進する少なからぬ決議・宣言・勧告が漸次採択され、こうして性差別の禁止は、1960年代までに国際社会において確固たる規範的礎を築いたように見えた。だがそれにもかかわらず、女性に対する差別は解消されるどころか、世界各地で依然として広範にそして根深く再生産され続けた。最大の問題の一つは、それまでのアプローチが、「形式的平等」あるいは「法律上の平等」の達成に力を注ぎ、差別を生み出す構造的要因に関心の外に放擲していたことである。むろん、多くの国で女性が公的分野への参加機会をあからさまに奪われていた実情からすれば、まずもって参政権や国籍等の面において女性の地位を制度的に引き上げることに重要な意義があったことは疑いない。しかし女性のおかれていた現実の姿に有意な関心を払うことなく形式的平等を追求し続けることは、差別の実態を逆に永続化する危険性すらあった。

形式的平等の基底をなす平等観は、「等しい者は等しく、等しからざる者は等しからざるように扱う」という命題により広く知られている。これは、法律学を学び実践する者にとっていわば自明の理ともいうべきものかもしれないが、しかしその実、この命題には既存の不均衡な社会的関係を

I、女性差別撤廃条約における平等・差別と締約国の義務

1、平等・差別 — 概念の把握

「平等」あるいは「差別の禁止」は、人権保障にかかわる国際法分野（国際人権法）において最も重要な規範として位置づけられてきている。なかでも性による差別は、人種差別とならび、国際社会がその撤廃を最も強く求めてきているものである。

人権が国際社会共通の価値として認識され、その実現のために国際法が整備されるようになったのは、未曾有の人権侵害が引き起こされた第二次世界大戦をきっかけにしてであった。国際人権法確立への第一歩を記したのは1945年6月に採択された国際連合憲章だが、同憲章は、前文において、国連が「基本的人権と人間の尊厳及び価値と男女…の同権とに関する信念をあらためて確認し」て設立されたことを明らかにするとともに、「性…による差別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」の促進が機構の目的の一つであることを明確に謳いあげた（第55条c。また、第1条3も参照のこと）。これを受けて国連総会は、1948年に、「すべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準として」世界人権宣言を公布し、第2条で「すべての者は…性…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」ことを確認し、その後も、1952年には「婦人の参政権に関する条約」、1957年には「既婚婦人の国籍に関する条約」を採択することで、性差別撤廃への法的歩みを着実に刻んでいった。

1966年に国連総会で採択された「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」（社会権規約）と「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（自由権規約）は、世界人権宣言と並んで国際人権法体系の中核をなす国際文書であるが、性差別を禁じる規範は、両規約においても、次のように明瞭な文言で規定されている——。「この規約の締約国は、この規約に規定

ら女子を排除しないこと」とあることを理由として、配置・昇進の均等法違反の有無も募集・採用区分ごとに行うべきであるとし、募集・採用区分の異なる男女間での処遇の格差は、女子であることを理由とする格差にあたらぬとの解釈を行った。このように募集・採用区分の異なる男女間での処遇の格差を、女子であることを理由とする格差にあたらぬとするは、女子差別撤廃条約に照らして妥当か。

- 5、一審判決は、原告らが採用された当時の採用区分が、男女別の採用区分であっても、昭和40年代においては公序良俗に反するとまでは言えないものであったし、均等法も女子差別撤廃条約も過去には遡及しないから、大阪婦人少年室長が、原告らと高卒男性とは採用区分が異なるとして、調停不開始決定をしたことに違法はないと判断した。この一審判決の解釈は、女子差別撤廃条約に照らして妥当か。
- 6、被告国は、均等法による調停制度は、紛争解決援助のための行政サービスであって、原告らに調停請求権（調停を受ける権利）を認めたものでないことはもとより、原告らが主張する「調停を受ける期待」や「調停を受ける機会」も未だ法的保護に値する権利とは言えないと主張している。被告国のかかる主張は、女子差別撤廃条約に照らして妥当か。

上記依頼事項に回答するには、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」（本意見書では、この条約を「女性差別撤廃条約」と略して表記する。）および国際法訴訟についての理解が不可欠と考える。そこで、本意見書では、上記依頼事項への回答に先立ち、Ⅰで、女性差別撤廃条約における差別概念と締約国の義務の性格を明らかにし、Ⅱで、国際法の国内的効力と国際法が援用される訴訟実務の実態を概観しておくことにする。そして、そのうえで、Ⅲにおいて、上記依頼事項の1ないし6について順次所見を申し述べることにしたい。

年の男女別定年制廃止時もしくは昭和62年制度導入時において是正義務を負うに至ったとして予備的請求を行った。

また原告らは、本件提訴に先立つ平成6年3月に、被告企業の高卒男女間における処遇の格差は、旧均等法8条に違反するとして、大阪婦人少年室長に対し均等法15条に基づく調停申請を行った。しかし同室長は、原告らと高卒男子事務職とは、採用区分が異なること、ならびに原告らと同じ採用区分の中でみると18名の女性管理職が存在することを理由に調停不開始の決定を行った。原告らは、かかる大阪婦人少年室長の調停不開始決定は違法であるとして、被告国に対して本件提訴を行った。

以上の本件事案において以下の点につき、貴職の見解を明らかにされたい。

- 1、わが国が昭和60年に批准した女子差別撤廃条約は、被告企業とそれに雇用された原告らとの間においても適用があるか。
- 2、1項において適用があるとした場合に、被告企業は原告らの採用時点が、女子差別撤廃条約批准前であることを理由に、本件における適用を否定することができるか。
- 3、原告らは、右の被告企業が負うべき是正義務の内容として、原告ら高卒女性に対し、高卒男性が受けたと同様の教育・訓練ならびに仕事の配置を行い、希望者には転換試験を受験させるなどの措置を講ずるべきであると主張した。これに対し、一審判決は、原告らが高卒男子と同じ採用試験に合格した者でないことを主な理由として、原告らが主張する是正義務は「結果の平等」を求めるものであって不当であるとし、是正義務を否定した。かかる一審判決の解釈は、女子差別撤廃条約に照らして妥当か。
- 4、大阪婦人少年室長は、右調停不開始決定を行うにあたって、均等法の指針「事業主が講ずるように勤めるべき措置」において「募集又は採用区分ごとに、女子であることを理由として募集又は採用の対象か

司法におけるジェンダー・バイアス

—女性差別撤廃条約の適用可能性—

神奈川大学法学部教授

阿部浩己

はじめに

本稿は、平成12年（ネ）第3052号損害賠償請求控訴事件（控訴人・白藤栄子外1名、被控訴人・住友電気工業株式会社外1名）において、控訴人ら訴訟代理人の求めに応じ、下記鑑定依頼事項について所見を申し述べた鑑定意見書である。本意見書は、2001年6月12日付けで大阪高等裁判所民事第12部に提出された。

（鑑定依頼事項）

被告企業は、昭和43年から昭和52年にかけて、事務職の採用において、同じ高卒であっても、男性は大卒の専門職に準ずる将来の中堅幹部候補員として採用し、女性は定型的補助的一般業務を行うものとして採用し、その後の処遇も異にしてきたと主張している。

そして、原告らは昭和41年および昭和44年に被告企業に採用された高卒事務職の女性であるところ、かかる被告企業の高卒事務職における男女別採用およびその後の処遇の格差は、違法な男女差別であるとして本件提訴を行った。さらに原告らは、仮に昭和40年代当時において、被告企業のかかる男女別採用や、その後の処遇の格差が、違法とまでは言えなかったとしても、その後の社会情勢等の変化により違法となり、被告企業は昭和54