

外国人の人権

—入浴・入店拒否と人種差別

堀 江 薫

The protection of human rights of foreigners – racial discrimination

Kaoru Horie

1 はじめに

法務省入国管理局によれば、2006年には、速報値で、日本から1753万人強が外国に行き、810万人強の外国人が来日している⁽¹⁾という、国際的な人的交流が活発化している時代ではあるが、現実には、外国人、日本に帰化した人々、あるいは、日本で生まれ育った人であっても、親や祖父母その他の直系尊属が外国籍であったり、皮膚の色が違っていたりするときには、さまざまな不合理な差別的扱いを受ける例が見られる。

本学紀要第43集所収の前稿⁽²⁾では、外国人である、ないし外国人に見えるという理由だけで、入浴や入店を拒否された人たちが、差別されたことによって人格権を侵害され精神的苦痛を受けたとして訴えを提起し、判決で認容された事例を取り上げたが、対国家との関係だけではなく、私的領域での、すなわち普通に生活するうえでの不合理な差別にさらされることが、しばしばあるのである。自分が外国に行ったときに、ただ日本人であるとか皮膚の色が黄色いとかいう理由だけで差別された場合を想起すれば、このようなことはなくしていくべきだということは容易に理解できるが、現実の壁は厚く、法の壁も厚い。人々が自分たちの手でよりよい社会をつくることのできるはずの民主的な社会においては、人種や性別や社会的身分その他の

自分の意思や努力ではどうしようもないような「生まれ」による不合理な差別は、対国家との関係のみならず私人間の関係であっても原則としてあってはならないし、すでに存在する差別的取り扱いは極力なくしていくべきであると考ええるものであるが、依然として民族的出身や皮膚の色や国籍による不合理な差別的取り扱いが見られるので、本稿でも引き続いて検討することにしたものである。

前稿では、外国人の人権享有主体性や、憲法規定の私人間効力の論点を検討したが、平等の問題の検討は残されたままになってしまったので、ここでの主要な課題は、憲法第14条第1項にいう差別禁止事由の意義や、具体的内容としての人種差別、およびその私人間への適用可能性、ならびに、国際人権規約や人種差別撤廃条約などの国際条約の意義、国内受容のあり方、私人間への適用可能性などを探ることである。

2 訴訟の内容と論点

(1) 外国人入浴一律拒否の事案の概要

(ア) 事実の概要

入浴拒否の事案（札幌地方裁判所判決平成14年11月11日・平成13年（ワ）第206号損害賠償請求事件・判例時報1806号64頁：以下では小樽公衆浴場外国人入浴拒否事件あるいは事例①と呼ぶことがある）の事実経過は、以下

のようなものであった。

1998年に、株式会社Aは、小樽市で公衆浴場Bを開業した。すでに、一部の公衆浴場は、入浴マナーの悪い外国人船員らに対する苦情を受けて、外国人入浴一律拒否を行うようになっていたが、Bにおいても外国人による迷惑行為があったため、Aは経営困難のおそれが高いと判断し、「外国人の方の入場をお断りします。JAPANESE ONLY」の看板を掲げ、一律に外国人の入浴を拒否することにした。翌年、原告C（ドイツ国籍）、原告D（当時はアメリカ国籍を有していたが2000年に日本に帰化）等が、Bを訪れたところ、従業員から、外国人入浴拒否の説明を受けたので、自分たちは長年日本で生活し日本人配偶者を持つ者もいる旨を述べて入浴を認めるように説得したが、受け入れられなかった。2000年10月、日本に帰化していた原告Dは、友人らとBに行き、運転免許証を示しながら日本人であることを説明して入浴を認めるよう話したが、従業員から、「あなたは白人であり、外見上は日本人であることが分からないから、入らないでください」と言われて、入浴を拒否された。一方、民間人権保護団体等が、小樽市に対して、公衆浴場Bにおける外国人入浴拒否の張り紙は人種的偏見と差別につながるのをこれを取り除き外国人の入浴を認めるようBに指導することを要請したが、これを受けて、小樽市の担当職員は、Bを訪問し、事情を聞いたうえで、外国人に対する理解と協力を求める指導を行った。しかしその後の指導でも、外国人一律入浴拒否の中止は拒否された。後に、小樽市は、市内の公衆浴場等における外国人受け入れについての国際事業打合せや国際交流関連団体連絡会議を主催した。また、外国人向けの入浴マナーを記載したチラシを4000部配布し、このチラシ記載事項を守らずに入浴して公衆浴場側と紛争が生じた場合には、小樽市の職員が連絡を受け、公衆浴場側と協力して対応にあたることにした。2000年3月には、小樽市主催により、外国人入浴拒否問題検討会議が開催され討議が行われた。また、小樽市は、ホームページや広報誌で、外国人一律入浴拒否問題について、事実経過と小樽市の対応を記載して、市民の理解と協力を求めた。こうした流れの中

で、2000年3月までに、外国人一律入浴拒否を行っていた他の2つの公衆浴場は外国人の入浴を認めるようになり、公衆浴場Bも、2001年1月から、日本に継続して1年間以上滞在していること、日本の習慣、入浴方法、マナーを十分理解していること、日本語を理解できることの3条件を満たす外国人の入浴を認めるようになった。

以上のような事実に基づいて、原告らは、被告・株式会社Aに対して、外国人であることないし外国人に見えることを理由とする上記入浴拒否は、憲法第14条第1項、国際人権規約B規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約：国際人権規約自由権規約）第26条、人種差別撤廃条約（あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約）第5条f項等に反する違法な人種差別であり、これにより人格権や名誉を侵害されたとして、民法上の不法行為に基づいて、損害賠償および新聞への謝罪広告の掲載を求めるとともに、被告・小樽市に対して、入浴拒否が行われたのは小樽市が人種差別撤廃のための実効性のある措置をとらなかったことが原因であるので、小樽市の不作為が人種差別撤廃条約第2条第1項d等に反し違法であるとして、国家賠償法上の不法行為に基づいて、人格権の侵害による損害賠償を求めたものである。

（イ）原告側の主張の概要

（i）憲法第14条第1項違反

憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民をその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものであり、法の下での平等を定めた憲法第14条第1項も、特段の事情が認められない限り、外国人に対しても類推されるものと解すべきである。そして、同条項で禁止される差別は、「合理性のない差別」であるから、本件入浴拒否が合理的な差別といえるかどうかの問題となる。被告Aは、ロシア人船員の入浴マナーの悪さを嫌って日本人の顧客が減少したことから、公衆浴場の経営維持のために一律に外国人の入浴を拒否せざるを得なかったというのであるが、本件入浴拒否は、そもそも原告らの人格権という重大な利益を侵害するものであるから、上記のような経営上の理

由から差別の合理性を根拠づけることはできない。したがって、本件入浴拒否は、「合理性のない差別」に該当し、同条項に違反するものである。

(ii) 国際人権規約自由権規約違反

国際人権規約自由権規約は、わが国において、1979年6月に批准され、同年9月に発効した。条約の効力については、特別の国内法を制定する必要はなく、条約が公布されることによって国内法的効力を持つにいたるといわれている。そして、国際人権規約自由権規約は、その内容に鑑みると、原則として自動執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると解せられる。国際人権規約自由権規約第26条は、何らの制限を付さず、包括的に法律の前の平等を規定している。もっとも、例外をまったく許さないものではなく、基準が客観的かつ合理的であり、合法的な目的を達成するために行われた処遇の差異は差別にはあたらないと解せられているが、これを本件入浴拒否についてみると、前記のような被告Aの経営維持という目的は、私的利益の擁護にとどまり、およそ合法的目的には該当しないから、他の要件を検討するまでもなく、差別取り扱い禁止の例外とはなりえない。したがって、本件入浴拒否は、国際人権規約自由権規約第26条に違反する。

(iii) 人種差別撤廃条約違反

わが国は、1995年に人種差別撤廃条約に加え、締約国としての義務を負うことになった。人種差別撤廃条約は、国内法としての効力を有するというのが通説判例である。人種差別撤廃条約第2条d項は、個人・集団または団体の人種差別行為を禁止・終了させるために、立法その他すべての適当な方法による措置をとるよう、締約国に義務づけている。また人種差別撤廃条約第6条では、同条約の実体規定に該当する差別行為があるのに、国または団体が実効性のある適当な措置（立法を含む）をとらなかった場合には、これらの国または団体に対してその不作為を理由として損害賠償その他の救済措置を求めることができるとされている。

そして、国際人権法が国家だけでなく私人をも義務の名宛人に取り込んでいるとする主張は、近年国際社会において急速に深化しており、

人種差別撤廃条約は、国際社会の「公序」として私人間の行為をも対象としていると解することが国際法の潮流に合致する。人種差別撤廃条約は、保障されるべき権利の一つとして「輸送機関、ホテル、飲食店、喫茶店、劇場、公園等一般公衆の使用を目的とするあらゆる場所又はサービスを利用する権利」（第5条f項）を掲げているが、本件入浴拒否は、まさに人種差別撤廃条約第5条f項に違反する。

(iv) 公衆浴場法違反（略）

(v) 被告・株式会社Aの責任

本件入浴拒否は、国内法関係では、憲法第14条第1項、公衆浴場法第4条に違反して、不法行為を構成し、被告・株式会社Aは、原告らに対し、民法第709条、同法第710条に基づく損害賠償責任を負う。

また、本件入浴拒否は、国際法上、国際人権規約自由権規約、人種差別撤廃条約に違反しており、不法行為の違法性の要件を充足するから、被告・株式会社Aは、原告らに対し、国際人権規約自由権規約第26条、人種差別撤廃条約第5条f項、民法第709条、同法第710条に基づき損害賠償責任を負う。仮に、上記各条約が、私人間の関係には直接適用が認められないとしても、上記各条約に定められている内容は、わが国の「公序」となり、これに反する行為は違法といえるから、被告・株式会社Aは、原告らに対し、民法第709条、同法第710条に基づき、損害賠償責任を負う。

(ウ) 裁判所の判断の概要

(i) 原告らは、被告・株式会社Aによる本件入浴拒否は、憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約第26条、人種差別撤廃条約第5条f項・第6条、および公衆浴場法に反して違法である旨主張する。しかし、憲法第14条第1項は、公権力と個人との間の関係を規律するものであって、原告らと被告・株式会社Aとの間のような私人相互の間の関係を直接規律するものではないというべきであり、実質的に考えても、同条項を私人間に直接適用すれば、私的自治の原則から本来自由な決定が許容される私的な生活領域を不当に狭めてしまう結果となる。また、国際人権規約自由権規約および人種差別撤廃条約は、国内法としての効力を有する

としても、その規定内容からして、憲法と同様に、公権力と個人との間の関係を規律し、または、国家の国際責任を規定するものであって、私人相互の間の関係を直接規律するものではない。そして、公衆浴場法は、公衆衛生を保持するために公衆浴場の配置基準を定め、公衆浴場業の営業を許可制とするものであって、本件入浴拒否のような、公衆浴場の公衆衛生の保持とは直接関係のない行為についての適法性を判断する根拠とはなりえない。したがって、原告らの上記主張は採用することができない。

(ii) 私人相互の関係については、上記のとおり、憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害されまたはそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法第1条、第90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約および人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる。

これを本件入浴拒否についてみると、本件入浴拒否は、公衆浴場Bの入り口には外国人の入浴を拒否する旨の張り紙が掲示されていたことからして、国籍による区別のようにも見えるが、外見上国籍の区別ができない場合もあることや、第2入浴拒否においては、日本国籍を取得した原告Dが拒否されていることからすれば、実質的には、日本国籍の有無という国籍による区別ではなく、外見が外国人にみえるという、人種、皮膚の色、世系または民族的もしくは種族的出身に基づく区別、制限であると認められ、憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約第26条、人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたるというべきである。

ところで、被告・株式会社Aには、公衆浴場Bに関して、財産権の保障に基づく営業の自由が認められている。しかし、公衆浴場Bは、公

衆浴場法による北海道知事の許可を受けて経営されている公衆浴場であり、公衆衛生の維持向上に資するものであって、公共性を有するものといえる。そして、その利用者は、相応の料金の負担により、家庭の浴室にはない快適さを伴った入浴をし、清潔さを維持することができるのであり、公衆浴場である限り、希望する者は、国籍、人種を問わず、その利用が認められるべきである。もっとも、公衆浴場といえども、他の利用者に迷惑をかける利用者に対しては、利用を拒否し、退場を求めることが許されるのは当然である。したがって、被告・株式会社Aは、入浴マナーに従わない者に対しては、入浴マナーを指導し、それでも入浴マナーを守らない場合は、被告・小樽市や警察等の協力を要請するなどして、マナー違反者を退場させるべきであり、また、入場前から酒に酔っている者の入場や酒類を携帯しての入場を断るべきであった。たしかに、これらの方法の実行が容易でない場合があることは否定できないが、公衆浴場の公共性に照らすと、被告・株式会社Aは、可能な限りの努力をもって上記方法を実行すべきであったといえる。そして、その実行が容易でない場合があるからといって、安易にすべての外国人の利用を一律に拒否するのは明らかに合理性を欠くものというべきである。しかも、入浴を希望した原告らについては、他の利用者に迷惑をかけるおそれはまったくうかがえなかったものである。

したがって、外国人一律入浴拒否の方法によってなされた本件入浴拒否は、不合理な差別であって、社会的に許容しうる限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為にあたる。

(iii) 被告・小樽市の法的責任の有無についてまず、被告・小樽市には、人種差別撤廃条約第2条・第6条に基づき外国人一律入浴拒否を終了させるような強制力を伴った差別撤廃条例を制定する義務があったか、被告・小樽市による上記差別撤廃条例制定の不作为は違法であるか、などが争点とされたが、これに対する裁判所の判断の概要は以下の通りである。

地方公共団体である小樽市は、差別撤廃条例制定については、憲法、条約および法律によっ

て一定内容の条例を制定すべきことが一義的に明確に義務づけられているような例外的場合を除いて、国会による立法と同様に、市民全体に対する関係で政治的義務を負うにとどまり、個別の市民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない。人種差別撤廃条約第2条の規定により、地方公共団体である小樽市が、公権力の一翼を担う機関として、国と同様に、人種差別を禁止し終了させる義務を負うとしても、それは政治的責務にとどまり、個々の市民との間で、条例を制定することによって具体的な人種差別を禁止し終了させることが一義的に明確に義務づけられるものではないと解される。また、人種差別撤廃条約第6条は、主には裁判手続き等による救済方法を確保するという手続き的保障に関する規定であり、賠償または救済を求めうる実体要件について具体的に言及するものではないから、これによって小樽市が上記差別撤廃条例の制定を義務づけられることはないというべきである。そのほか、小樽市に対し原告ら主張のような差別撤廃条例の制定を一義的に明確に義務づけるような憲法、条約および法律の規定は見出し難いから、被告・小樽市が上記差別撤廃条例を制定しなかった不作為を違法ということはできない。

次に、被告・小樽市は、差別撤廃条例の制定以外にも、被告・株式会社Aによる外国人一律入浴拒否を禁止し終了させる有効な措置をとるべきであったのにこれを怠ったことにつき、その不作為は違法であるか、が争点とされたが、この点に関する裁判所の判断の概要は以下の通りである。

本件入浴拒否のような人種差別を禁止し終了させるために地方公共団体・小樽市がとりうる措置は限られており、どのような施策をとり、どのように実行するかは、小樽市の裁量に委ねられているのであって、被告・小樽市が本件入浴拒否のような人種差別を禁止し終了させるための施策をとらなかったとしても、その不作為は原則として違法ではなく、例外的に、被告・小樽市において外国人一律入浴拒否に対し有効な施策を容易にとることができ、市民からみても被告・小樽市がその施策をとることを期待するのが相当であるのに、これを怠った場合に

限って、違法となるものと解するのが相当である。

本件では、小樽市は、数次の会議を開催して本件入浴拒否等の問題を検討し、外国人向けの入浴マナーを記載したチラシを配布し、外国人一律入浴拒否をしていた複数の公衆浴場経営者に対してそれをやめるように指導・要請するなど、本件入浴拒否等の問題解決に向けてさまざまな施策を行ったのであり、マスコミでの報道で世論の関心が高まったこともあいまって、平成12年3月までには他の2つの公衆浴場が外国人一律入浴拒否を中止するに至ったのであるから、被告・小樽市は、可能な施策を行い、それによる相応の効果もあったというべきである。そして、現法制下において、市民からみても被告・小樽市がとることを期待するような上記の施策以外の有効な施策は想定しがたい（外国人に入浴マナーを学んでもらうための施設は、結果的に外国人専用入浴施設を作ることになり、人種差別を助長することにもなりかねない）。したがって、違法というべき被告・小樽市の不作為は認められない。

以上のとおりであるから、被告・小樽市の法的責任はない。

(iv) 損害について

本件入浴拒否に関して、入浴の利益を奪われたこと、人間としての尊厳を著しく傷つけられ人格権および名誉権を侵害されたことを理由とする、被告・株式会社Aに対する、原告らの精神的損害に対する慰謝料請求は認められるか、が争点とされたが、これに対する裁判所の判断の概要は以下の通りである。

原告らは、本件入浴拒否によって、公衆浴場Bに入浴できないという不利益を受けたにとどまらず、外国人にみえることを理由に人種差別されることによって人格権を侵害され、精神的苦痛を受けたものといえるから、前記のような諸事情をあわせ考慮すると、これを慰謝するにはそれぞれ100万円が相当である。原告らが、入浴拒否の事実を社会に認知してもらいたいという目的をもっていたとしても、本件入浴拒否によって、現実に入浴ができず、人種差別を受けて精神的苦痛を受けた以上、損害が発生していないということとはできない。

次に、原告らの名誉が毀損されたことを理由とする、被告・株式会社Aに対する謝罪広告掲載請求は認められるか、が争点とされたが、これに対する裁判所の判断の概要は以下の通りである。

本件入浴拒否によって原告らの社会的名誉が毀損されたとまで認めることはできないので、原告らの謝罪広告の掲載の請求は理由がない。

(工) 控訴審判決および最高裁判決について

上記の、被告・株式会社Aの原告らに対する100万円の支払いを認めるとともに被告・小樽市への請求を認めなかった第1審判決に対して、原告側の一部の者は、被告・株式会社Aならびに被告・小樽市に対して、各200万円を請求金額とする控訴を提起した。これに対して、被告・株式会社Aは、1審判決中の被告・株式会社A敗訴部分の取り消しと控訴棄却を求めた。また、被告・小樽市は、控訴棄却を求めた。

これに関して、札幌高等裁判所は、判決を言い渡し、「原判決は相当」であるとして、いずれの控訴も棄却した(札幌高等裁判所判決平成16年9月16日、平成14年(ネ)第498号損害賠償等請求控訴事件・平成15年(ネ)第352号同附帯控訴事件)⁽³⁾。

その後、原告のうち1名(第1審の原告D)が、小樽市の人種差別是正への取り組みが不十分であるなどとして小樽市を相手方として最高裁判所に上告したが、最高裁判所は、「本件上告理由は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するものであって」、民事訴訟法第312条所定の事由に該当しないとして、上告を棄却する決定を行った(最高裁判所第1小法廷決定平成17年4月7日、平成17年(オ)第448号・平成17年(受)第517号)。

これにより、上記の第1審判決が確定した。

(2) 外国人入店拒否の事案の概要

(ア) 事実の概要

次に、入店拒否の事案(静岡地方裁判所浜松支部判決平成11年10月12日・平成10年(ワ)第332号損害賠償請求事件・判例時報1718号92頁:以下では浜松宝石店外国人入店許否事件あるいは事例②と呼ぶことがある)は、以下のようなものであった。

女性記者である原告X(ブラジル国籍)が、浜松市内の宝石店に入り、ショーケース展示商品を見ていたところ、同店経営者である被告Yは、先代経営者である父が強盗に宝石を奪われた経験をもっていて神経質になっていたこともあって、英語や日本語で、出て行ってください、この店は外国人立ち入り禁止ですと言った後、「…外国人の入店は固くお断りします」との張り紙を指さし、店から出なければポリスマンを呼びますよ、と言って、警察官を呼んだ。これに対して、原告Xは、盗むつもりなどないこと、ただ外国人だというだけで入店を禁止するのは人権違反であること、などを述べた。その後駆けつけた警察官も実効的な対応をしないまま立ち会うだけであったところ、被告Yが謝罪することなく所用で外出し、店に残った被告Yの母である被告Zに対して、原告Xが、張り紙をはずすよう求めたが、被告Zは拒否した。

こうしたことを受けて、原告Xは、被告YおよびZによって入店を拒否し追い出そうとした行為は、人種差別撤廃条約第2条第1項d違反あるいは平等権を侵害する違法な行為であって民法上の不法行為に該当するとして、損害賠償請求を行ったものである。なお、この判決に対しては、控訴はなされなかったため、確定した。

(イ) 裁判所の判断の概要

人種差別撤廃条約は憲法優位の下、わが国においても国内法としての効力を有する。

また、「この条約の実施のためには、新たな立法措置及び予算措置を必要としない」旨の外務省の説明である。

人種差別撤廃条約は、この条約の前文に掲げている世界人権宣言等が、自由権、平等権、人種差別の禁止等の基本的人権を高らかに世界に宣言しているのにとどまるのに比べて、一步を進め個人や団体の差別行為についての採るべき立法その他の措置を締約国に要求している。

このことは、わが国内において、人種差別撤廃条約の実体規定に該当する人種差別行為があった場合に、もし国または団体に採るべき措置が採られていなかった場合には、同条約第6条に従い、これらの国または団体に対してその不作為を理由として少なくとも損害賠償その他の救済措置を採りうることを意味する。

そしてまた、何らの立法措置を必要としない外務省の見解を前提とすれば、本件のような個人に対する不法行為に基づく損害賠償請求の場合には、右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。

人はみなかけがえのない基本的人権を享有していることを弁え、相互の共感感情を豊かに持ち、相互にその人格を尊重しながら日常生活を真摯に営んでいく人生態度にこそ、日本人であれ、外国人であれ価値の対象を見出すべきであって、外国人は一般的に生活様式、行動様式、風俗習慣、思考方法、情緒等人間の精神活動の面において日本人と異質なものを有していることが多いほか、特に言語上の障害のために日本人との意思の疎通を図ることが難しいという、日本の行動様式、習慣等の標準に照らす被告の反論は、グローバルな国際時代には採りえないものといわざるをえない。

以上のとおり、店内に入り、そのショウウィンドーを見物している原告には一般の顧客として何ら疚しい態度は見受けられないにもかかわらず、被告らが原告をブラジル人と知っただけで追い出しをはかった行為は、その考え方において外国人をそれだけで異質なものとして邪険に取り扱うところであり、その方法についても見せてはいけない張り紙などを示して原告の感情を害したうえ、犯罪捜査に関係する警察官を呼びこむような行為は、あたかも原告をして犯罪予備軍的に取り扱うものとして妥当を欠き、原告の感情を逆なでするものであったといわざるをえない。

以上のとおりであるとすれば、被告Yは、先代が過去に外国人風の盗賊に被害にあったとする不幸な出来事から神経質になり、ブラジル人であるということから、外国人入店お断りというビラを見せるとか、警察官を呼ぶとか、不穏当な方法により原告を店から追い出そうとしたことにより原告の人格的名誉を傷つけたものといわざるをえず、被告Zにおいても外国人入店お断りという張り紙を作成したり、原告をして早く帰ってもらおうと心底から出たのではないメモを渡すなどして原告の名誉を著しく傷つけたものとして民法第709条、第710条に基づき、原告に対して、その精神的苦痛を慰謝すべき責

任があるところ、その額は原告の主張する慰謝料および弁護士費用を併せて金150万円とするのが相当である。

(3) 法的論点

(ア) 外国人の人権享有主体性に関して

上記の2つの事例に関する法的論点とくに憲法学的論点は、まず、憲法第3章の表題が「国民の権利及び義務」となっていることから、外国人も憲法上の人権享有主体性を有するか、言い換えれば、外国人にも憲法の人権規定の適用があるか、という問題が、以前には提示されていたことである。外国人に憲法の人権規定の適用が及ばないならば、人権侵害の問題が生じず裁判を提起することもできないおそれがあるからである。

この論点に関しては、前稿において考察したところ、以前は、外国人には日本国憲法所定の人権規定の保障が及ばず立法政策でできるだけ国民と同様の取り扱いを行うことが望ましいとする消極説も存在したが、現在では、外国人の人権享有主体性に関する積極説の中の権利性質説と呼ばれる説、すなわち、憲法の人権規定について、「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」（いわゆるマククリーン事件に関する最高裁判所大法廷判決昭和53年10月4日、昭和50年（行ツ）第120号在留期間更新不許可処分取消請求事件、民事判例集32巻7号1223頁）であるとするのが通説・判例となっており、人権の前国家性・前憲法性ないし人権の固有性、憲法の国際協調主義、確立した国際法規と考えられる内外人平等原則（国際人権規約社会権規約第2条第2項・同自由権規約第2条第1項）、人権の国際的保障の急速な進展、などに鑑みれば、この立場が妥当であると考えられることを見た。

この論点に関して、事例①を見れば、原告側は、上記・(イ)原告側の主張の(i)憲法第14条第1項違反の冒頭に記した部分において、前記・最高裁大法廷判決をほぼ引用して、通説・判例の立場を踏襲しているが、判決では、事例①・②ともに外国人の人権享有主体性の問題に

言及することなく認めている。

(イ) 憲法規定の私人間効力に関して

したがって、外国人も人権を享有でき、人権侵害を申し立てうると解されるので、次には、入浴・入店拒否という差別的取り扱いが、民法第709条以下の不法行為に該当する前提として、根拠となる法令に反したかまたは法的保護に値する利益が侵害されたかどうかの判断、すなわち、ここでは入浴・入店拒否という行為が憲法第14条第1項に違反しているかが、問題となる。違反していると認定されれば、訴訟で請求が認められることになる。

しかし、ここで問題となるのが、人権の私人間効力に関する論点であった。憲法はもともと国家と個人との関係を規律するものであるが、憲法の人権規定が私人間にまったく適用されないという立場に立てば、私人間での様々な差別も基本的には私法に基づく解決をするしかなくなり、私人間の行為を規律するための適当な法律がない場合には裁判による認定がかなり困難になると考えられる。すなわち、外国人に対する入浴・入店の拒否という私人間での不合理な差別的取り扱いについて、それを禁止する法律はいまのところ存在しない（人種差別撤廃条約がそれに該当するか否かなどの議論は別の箇所です）ので、差別禁止を定める憲法第14条第1項が私人間にも直接適用されるか、あるいはその趣旨を私法規定を通じて間接的に適用できなければ、差別認定は困難で請求は認められないことになるのである。こうして、憲法規定が私人間にも直接適用されるのか（直接適用説）、まったく適用されないのか（不適用説）、それとも社会的に許容される限度を超える人権侵害について民法第90条等の私法の一般条項や民法第709条以下の不法行為に関する諸規定を媒介にして憲法や国際人権規約や人種差別撤廃条約等の趣旨が間接的に適用されるのか（間接適用説）が問題となるのである。

前稿では、この憲法規定の私人間効力の論点については、まず、近代市民法のあり方が関係していることを指摘した。すなわち、市民革命は専制君主をはじめとする国家権力が恣意的な立法や行政や不公正な裁判を行って大規模な人権侵害を行ったことからひきおこされた側面が

あることから、近代市民国家は、法的には、個人が国家と関わる公的領域と、国家の介入を受けずに自由・平等な個人が法令に反しない限りにおいて広範に自由な活動を行うことができる私的領域とを区分した⁽⁴⁾うえて、国家の組織とその作用を規律し対国民との関係で国家の統治権の発動に関わる公法と、国家と関わらない私的領域において私人相互間の関係を規律する私法とを区分するという、公法・私法二元論をとった。その伝統的な考え方は、例えば憲法第21条第2項後段で「通信の秘密は、これを侵してはならない」というとき、その憲法規定の名宛人はあくまでも国家であるように、国民の自由や権利が国家権力によって侵害されることを防ぐために、最高の法規範である憲法における人権保障が必要だと考えられたのである。逆に考えれば、私人間の領域には、国家は必要最小限の介入しかしないということであり、表現の自由のような民主制にとって重要な権利の制限も、国家による干渉はできるだけ少なくし、例えば青少年に対する暴力シーンや性表現シーンを含む映画の入場規制も、原則として映倫管理委員会という業界団体設立第三者機関による自主規制に委ねるということである。しかし、産業の発展や様々な社会の変動に伴って、企業が就業規則で女性労働者のみに結婚退職制を設けるなどして多数の女性労働者が企業と対等の関係を有することができない状況下で働く権利を侵害されたり、産業公害やアスベスト問題のように企業活動に伴って環境問題が発生して地域住民に健康被害が生じたりするなど、私人による他の私人への大規模な権利侵害が生じるようになり、さらにこのような法令が未整備の領域では、私人相互間の紛争処理過程において弱い立場の人々の救済が容易ではないことも分かった。そこで、憲法の人権規定の効力を、私人間にも及ぼすことができないか、が課題となったのである。この論点に関しては、大別すると以下の3つの考え方がある。まず、①不適用説ないし無効力説と呼ばれる見解である。これは、原則的に、基本的人権の保障は、憲法に特別の定めのない限り、対国家・対公権力のものであり、私人間で権利が衝突する場合の調整は、憲法ではなく法律によって行われ、個別の

には裁判による調整が基本であるとする考え方である。この見解は、上記のような伝統的な公法・私法二元論に即したものはあるが、一方で、この見解に対しては、裁判による救済がきわめて不十分であることから人権規定の私人間への適用が論じられるようになった現実を踏まえていないとの批判や、労働の領域でも、借地・借家の領域でも、高金利の貸し付けの領域でも、クーリング・オフ制度や消費者契約法がつけられた消費者と業者との契約の領域でも、あるいは私人である設計者や建築業者等による耐震強度偽装によって私人である建物居住者が平穩に居住する権利を侵害されるという領域でも、弱い立場の人々が多数生じてはじめて新たな対応が行われるという後手に回る立法・行政のあり方を直視していないという批判が提示されるのである。そこで、②人権は公法・私法を含む法の全領域に妥当するものであって社会のすべての関係で尊重されるべきであるとの観点から、一定の人権規定については私人間への直接適用を認めるという直接適用説ないし直接効力説が提唱されたのである。この立場は、弱者救済の観点からは社会の要請によく適合するものである。しかし、他方で、自由に契約を結んで生活関係をより豊かなものにしうるはずの私的領域において、事後的な裁判で何らかの差別が存在したと認定されるなどして契約が無効とされることになると、当事者は何を信じて行動してよいかわからなくなり、予測不可能な事態が頻発するおそれがあるという批判にさらされることになる。現在から見れば、会社の就業規則において女性従業員の定年年齢が男性従業員よりも5才早いという規定は、「専ら女子であることのみを理由」（いわゆる日産自動車事件に関する最高裁判所判決昭和56年3月24日、昭和54年（オ）第750号雇用関係存続確認等請求事件、民事判例集第35巻2号300頁、判例時報998号3頁）とする差別に当たると考えられているが、会社側は当時の他の企業でも男女別定年制を設けているということを当然のように主張したのであり、何が不合理な差別的取り扱いに当たるかは、社会のあり方、人々の意識のあり方とともに変化しうるものなのである。こうして、③憲法が規定する人権保障の精神に

反するような私人間の行為について、私法の一般条項等を通じて人権規定の価値や理念・趣旨を私人間にも及ぼそうとする間接適用説ないし間接効力説が提唱されたのである。この見解は、理論的整合性と現実問題への対処・解決の観点からは、人権の対国家性と私的自治原則とを維持しながら憲法の人権規定の趣旨を私法規定を通じて実現するという点で最も妥当であると考えられるのではあるが、他方で、理論的に見れば、人権侵害行為を技術的に私法規定を媒介にして無効としているだけで、間接適用説は憲法上の人権が私人間においても何らかの効力をもつことをこっそり前提にしているという点で問題があるとの有力な指摘がある。結果的に見れば、いずれの説にも欠点があって、理論的整合性と現実的妥当性を兼ね備えた無欠の理論を想定することは難しいと思われるのであり、現在のところ、最後の間接適用説が通説・判例となっているのであった。

この憲法規定の私人間効力の論点に関しては、事例①では、まず、原告側は、上記・(イ)原告側の主張の概要の(i)および(v)に見られるように、憲法第14条第1項違反が存在したので不法行為が成立していると主張して、直接効力説に立脚した立論を行っている。他方、被告・株式会社Aは、「原告らは、本件入浴拒否は人種差別であって違法である旨主張する。しかし、被告Aは、国又は地方公共団体と異なり、営業の自由を享有する一私人であるから、本件入浴拒否の違法性の有無を考えるにあたっては、原告らが主張するところの侵害された利益と被告Aが享有する営業の自由とを具体的に比較衡量し、被告Aの行為が社会的に許容される限界を超えていると認められる場合にはじめて違法であると判断されなければならない」と主張して、私人間においては少なくとも差別禁止規定のような憲法の人権規定が直接適用されることはないと主張している。また、裁判所は、上記・(ウ)裁判所の判断の概要の(i)において、「原告らは、被告・株式会社Aによる本件入浴拒否は、憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約第26条、人種差別撤廃条約第5条f項・第6条、および公衆浴場法に反して違法である旨主張する。しかし、憲法第14条

第1項は、公権力と個人との間の関係を規律するものであって、原告らと被告・株式会社Aとの間のような私人相互の間の関係を直接規律するものではないというべきであり、実質的に考えても、同条項を私人間に直接適用すれば、私的自治の原則から本来自由な決定が許容される私的な生活領域を不当に狭めてしまう結果となる」と判示して、直接適用説を採用しないことを明らかにしたうえで、(ii)において、「私人相互の関係については、上記のとおり、憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害されまたはそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法第1条、第90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約および人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる」と述べて、間接適用説に立つことを明示しているのである。

そこで、入浴・入店拒否の事例では、まず、差別禁止の憲法第14条第1項違反として請求を認めてもらうことは困難であること、次に、以上のように考えて間接適用説を採用しても、既述のように、民法第709条以下の不法行為規定の判断に際して、外国人の入浴・入店拒否を禁止するような根拠法令に違反したか、あるいは、法的保護に値する利益が侵害されたかどうかの判断において、契約を結ぶか否か・どのような内容の契約を結ぶか・契約の相手方を誰にするかなどについて私人間では当事者の契約の自由や営業の自由を広く認める立場（いまのところ最高裁判所はこの立場であるように見える：いわゆる三菱樹脂事件に関する最高裁判所大法廷判決昭和48年12月12日、昭和43年（オ）第932号労働契約関係不存在確認請求事件、民事判例集第27巻11号1536頁、判例時報724号18頁）からは入浴・入店拒否を違法とはしにくいことなどが理解できる。したがって、上

記・事例①の判例のような、ある差別的行為によって平等に扱われる権利が害された場合には、「それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法第1条、第90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである」とする基準を用いることになるのである。

(ウ) 本稿の検討課題に関して

ただし、このように考えても、なお、いくつかの問題が存在する。

第1は、平等の意義や差別禁止事由に関する問題である。例えば、年齢によって、18才未満入場禁止としたりする場合の差別的取り扱いと、外国人ないし外国人に見えるというだけで入浴・入店を禁止する差別的取り扱いとは、同じレベルの差別なのかという問題である。そのことは、上記判示の「社会的許容性の限度」の認定にも関わる論点でもある。

また、この問題は、第14条第1項列举事由のような一定の差別禁止事由は私人間にも当然に適用されるべきものであり、憲法第14条第1項は「憲法的公序」と考えるべきなのではないか、という論点にも関わるものである。したがって、憲法第14条第1項の平等の意義や、同項後段列举事由の意義についての検討が必要となるのである。

第2は、内閣が締結し国会が承認した人種差別撤廃条約という立派な内容の条約があるのに、それを根拠にして、法令違反＝違法と認定できないのか、という国際的な人権関連条約の意義や法的性格に関する問題である。これは、憲法ならびに国際法にも関わる論点である。これは、上記・事例①の原告側の主張の概要の(iii)人種差別撤廃条約違反ならびに(v)被告・株式会社Aの責任の項で主張されているように、国際社会の「公序」として私人間にも当てはまるのではないかと、という問題でもある。なお、根拠法令がある場合にはそれに反すれば明白に違法と認定される場合もあるが、根拠法令がない場合などには、たしかに、「公序良俗」に反する法律行為を無効とする民法第90条や事実行為に関わる不法行為の認定などにおい

て、社会的許容性や、社会的妥当性が問題となるが、そもそも、「人種差別の場合は、(多数者の)社会通念で『限度』が決まってはならぬ」のではないかと有力な疑問⁽⁵⁾も提示されている。以下では、それらの論点について検討することにする。

3 憲法の平等条項ならびに人種差別撤廃条約と私人間での不合理な差別的取り扱い

(1) 平等・差別概説

現在では、人は、誰でも、人としての尊厳性に基づいて、ただ人であるというだけで、生まれながらに自由であり平等の権利をもっていると考えられている。そして、憲法に定められている様々な人権は、神によって与えられたものでも、国や憲法によって与えられたものでもなく、人が人であるということによって当然にもつことができるものである。この性質は、人権の固有性と呼ばれている。また、権力者による悪法の制定や恣意的な行政権の行使や不公正な裁判などによって多くの人々の自由や権利が大規模に侵害されてきた歴史に鑑み、憲法は、人権を、第11条や第97条で「侵すことのできない永久の権利」であると規定し、第19条で「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」と規定しているが、このような、人権が立法・行政・司法を含む国家権力から侵害されないという性質は、人権の不可侵性と呼ばれている。さらに、人権は、人種や性別や社会的身分などにかかわらず、誰でもが、いつでも、どこでももつことができるものであるという性質が、人権の普遍性と呼ばれるものである⁽⁶⁾。

しかし、こうした人権の重要な性質は、人が何かをすることにつき、まったく無制約のまますることができるということを意味するわけではない。まず、権利の行使に際して、他の人の権利を不法・不当に侵害してはならない。ラジカセで流れる歌に合わせて布団をたたき際にも音量はほどほどに、というのもその一例である。また、社会政策や経済政策や環境保護政策その他の政策目的実現のために、法律に基づいて権利に一定の制限が課せられることもある。職業選択の自由があるといっても、医師になるには市民の健康・生命の保護のために一定の資格要

件を満たすことが必要とされているし、経済活動の自由があるといっても、建物をつくったり開発を行ったりする場合には景観の保護や環境への配慮のために一定の制限を受けることがあるのである。

ところで、ここに、「身体に障害があることが問題なのではなく、権利行使に支障があることこそが問題である」⁽⁷⁾という表現がある。これは、選挙権の行使に関する平等ないし不合理な差別的取り扱いに関連して述べられたものであるが、前半部に、未成年者であること、高齢者であること、女性であること、男性であること、外国人であることないし外見が外国人に見えること、などを入れてみても、同じように深く考えさせられてしまう言葉である。

もともと、平等とは、人間の尊厳、あるいは人格価値平等に基づく観念である。すべての人は、生まれながらに平等であり、平等な扱いを受けられるべきであるということである。しかし、実際には、憲法第44条但書が、国会の両議院議員およびその選挙人の資格に関して、「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならない」と定めているように、現代の民主社会において最も重要な権利の1つである参政権でさえも、歴史的には、そうした種々の差別的事由によって、いかに制限されることが多かったかを示している。働こうとするとき、あるいは結婚しようとするときにも、具体的には、人種や国籍は何か、性別は何か、どのような家柄か、どこの方言や言葉の訛りか、どのような学歴か、どのような職業についているか、収入はどのくらいか、知的な障がいや身体に障がい⁽⁸⁾があるか、身長・体重や容姿はどうか、どのような考え方の持ち主か、どのような宗教を信仰しているか、年齢は何歳か、その他諸々の事由によって、差別的取り扱いを受けることがありうるのである。これらの事由には、自分の意思や努力で事態を変えることができるものと、自分の力ではどうにもならないものが含まれる。後述するように、民主的な社会では、少なくとも、自分の意思や努力ではどうにもならない事由に基づいて法的に差別的取り扱いがなされることはあってはならない、と考えるのが憲法学の立場なのである

が、現実の社会においても、法律の条文やそれを適用・実施する行政行為でも、不合理なことは多々存在する。

一方、平等とは上のような内容を持つ観念ではあるけれども、それ自体に意味があるわけではなく、人が何かをしようとするときに、他の人は普通にできるのに、外からの何らかの制約によって自分はすることができないなどというときに問題となるものである。人権の性質の違いをおおまかに見れば、自由権は、個人が何かをすること・しないことについて、国家が権力的に介入するのを排除して、個人の自由な意思決定と活動を保障する権利であり、社会権は、社会的・経済的に不利な状況におかれた人々が人間らしい生活を営みうるように、国家に積極的な配慮・支援を請求することができる権利であり、参政権は、人権をよりよく確保し、よりよい社会を自分たちの手で積極的につくろうとするための権利であるのに対して、平等権は、いつも他の人と比較して問題となるものであり、自分が不平等に扱われることによって、他の人が何らかの権利を行使したり法的に保護されるべき利益を得られたりするのに、ぞうならない、というときに問題となるものである。極端に言えば、平等権自体は無内容の権利であるということになるのである。

そして、平等・不平等の問題は、上記の選挙権の例で見たような対国家との関係でも生じ、私的領域でも生じるものである。しかし、憲法規定の私人間効力の項で見たように、私的領域においては、私人相互間で紛争が生じて、民法をはじめとする私法を用いて解決したり、場合によっては新たな立法措置を講じることによって状況を改善したりするのが原則である。そして、憲法の人権規定は直接適用されず、私法の規定を媒介にして当該人権規定の趣旨・理念が間接的に適用されるという、憲法上の人権規定の私人間効力に関する間接適用説が、通説・判例となっているのである。私人間においても、適切な法律がある場合には、差別は禁止されるが、このことは、労働の領域における、労働基準法や男女雇用機会均等法の下での女性に対する不合理な差別の禁止の例でも明らかである。しかし、そのような適当な法律がない場合には、

私人間での不平等の問題を解決するためには、かなりの困難がある。労働基準法第3条は、「使用者は、労働者の国籍、信条又は社会的身分を理由として、賃金、労働時間その他の労働条件について、差別的取扱をしてはならない」と定めて、雇用関係に入った外国人に対する均等待遇を定めているが、肝心の募集・採用段階で均等に扱われなくても、外国人雇用機会均等法というものが存在しない以上は、法的対応は難しい。差別されたときの状況によっては、精神的に傷ついたことに対する損害賠償が認められるかもしれないが、その外国人を採用すべし、というように何かをすることができるように相手方に対して義務づけることはさらに難しいのである。

このように、差別に関する事例では、なにかすることができない、という以上に、差別的取り扱いの際に受ける、心の痛みないし傷の側面も重要である。こちらは、訴訟においては、差別的取り扱いを受けたことによって人格権が侵害され、精神的苦痛を受けたとして民法や国家賠償法などによって損害賠償請求がなされるが、現在の法体系では心の傷をお金で換算する金銭賠償が原則であるために、十分な満足は容易には得られないのである。人格権侵害による精神的苦痛に関しては、差別の構造と関係があるであろう。建前としては、すべての人は対等であって互いに自由に行動できるはずであるが、実際にはそうではなく、社会的・経済的に弱い立場にある側が、何かをしようとするときに、強い立場の側の行為によって、あるいは法律や行政行為によって、そうすることができない、何らかの法的に保護された利益を得ることができないというときに、差別されたと感じるのが通例である。生存権や、教育を受ける権利や、労働基本権が、憲法レベルで規定され、保障されているのは、そうした事態を背景とするものである。本稿で扱う事例に関して見れば、外国人に対する入浴・入店拒否を明文で禁止する法律はないために、原告側は、差別され人格権を侵害されたとして精神的苦痛を受けたことによる損害賠償請求を行い、判決で認容されたのであるが、入浴・入浴する権利を認めるように被告側に義務づけることはできず、行政側に

は人種差別撤廃条約の趣旨から差別をなくすようにするための義務があるとして訴訟という手段を用いたのである。したがって、次には、憲法にいう「法の下での平等」の意義のより詳細な検討や、人種差別撤廃条約の意義に関する検討が必要となるのである。

(2) 法の下での平等の意義

(ア) 「法の下に」平等であることの意義

上記の平等という考え方について、法的な面で包括的に規定した規定が、日本国憲法第14条第1項であり、そこでは、「すべて国民は、法の下に平等であつて、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」と定められている。

まず、この「法の下に」平等ということの意義に関して、かつては、原則として法を執行し適用する行政権・司法権が国民を差別してはならないとする法適用の平等を意味するという見解（法適用平等説あるいは立法者非拘束説）も有力であった⁽⁹⁾。

しかし、法の内容が不平等である場合には、この見解は重大な問題に直面する。例えば、戦前の大日本帝国憲法（いわゆる明治憲法）を見れば、「第二章 臣民権利義務」において平等条項は存在せず、ただ、公務就任権に関する第19条が、「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」と定めているだけであり、四民平等とはいうものの、神聖不可侵の天皇を中心として皇族や華族という一般臣民と区別された人々が存在し、参政権についても、衆議院議員選挙法が一定の納税額以上の者でなければ与えられないとする制限を撤廃して1925年に25才以上の男子に与えられるように改正された（いわゆる普通選挙法改正）けれども、依然として女性には与えられず、明治民法上も、戸主制度、家制度、家督相続制度を設ける一方、妻の行為能力を制限するなど、法制度全体が平等の視点からは遅れたものであった⁽¹⁰⁾のであり、法適用平等説に立脚すれば、きちんと法を適用すればするほど、人々は不平等な内容の法に束縛されたままになってしまうのである。これは、

いかにも不合理であるといえよう。

また、近時の例を見れば、大阪市生まれで外国籍であった人が、幼少時にはしかにより失明し改正前の国民年金法別表1級該当の状態にあり、日本国籍取得後、同法第81条第1項に基づき障害福祉年金の受給請求を行ったところ、当時の同法第56条第1項但書の規定が廃失の認定日において日本国民であることを要するものと定めていたために請求を却下されたことからその却下処分を取り消しを求めて訴えた事件につき、最高裁判所は、「憲法14条1項は法の下での平等の原則を定めているが右規定は合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差違を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではないのである（略）。ところで、法81条1項の障害福祉年金の給付に関しては、廃失の認定日に日本国籍がある者とそうでない者との間に区別が設けられているが、前示のとおり、右障害福祉年金の給付に関し、自国民を在留外国人に優先させることとして在留外国人を支給対象者から除くこと、また廃失の認定日である制度発足時の昭和34年11月1日において日本国民であることを受給資格要件とすることは立法府の裁量の範囲に属する事柄というべきであるから、右取扱いの区別については、その合理性を否定することができず、これを憲法14条1項に違反するものということとはできない」と判示（最高裁判所判決平成元年3月2日、昭和60年（行ツ）第92号国民年金裁定却下処分取消請求事件、判例時報1363号68頁）した。たしかに、法律はきちんと制定されているのではあるが、日本で生まれ育った人が、国籍が日本ではないというだけで、帰化後も重大な不利益を被る、というのはいかにも不合理に思われる。このように、実際には、立法者が制定した法そのものの内容、あるいは、行政機関もしくは裁判所による法の解釈において、人権保護にとって狭すぎるとか不十分であるなどと感じられるような事態もたらずことがしばしばあるのである。

そこで、現在は、法適用の平等だけでなく、立法の際に法の内容そのものも平等の原則に

従って制定されるべきであるとする法内容の平等を意味するという見解（法内容平等説あるいは立法者拘束説）が、通説・判例となっているのである⁽¹¹⁾。

本稿の問題関心からいえば、法の適用がどれだけ平等であっても、社会権や参政権などのように法に規定されている外国人の権利の内容が著しく制限されている場合もしくは法律そのものが存在しない場合には、立法者はその差別を改善するための責任を負うと解するのが妥当であると考えられる。また、人種差別撤廃条約はこのままでも私人間に適用できると考えるが、そうではないと解する場合には、立法者は人種差別撤廃条約の趣旨を国内法化する法的整備を行うべきであると考えられるのである。

なお、憲法第14条第1項は、国家は立法や行政行為その他において人々を平等に扱うべきであり不合理な差別を禁止すべきであるとするという客観的法原則としての平等原則と、ある人が国家の行為によって別な人と平等に扱われる権利ないし別な人と異なって不合理な差別的取り扱いを受けない権利を持っているという意味での平等権の保障という2つの側面を持っている⁽¹²⁾。ただ、すでに触れたように、平等ないし差別は、他の人と違って何かをすることができないあるいは何らかの法的利益を得られないという場合に問題となるのであって、平等それ自体は無内容であることから、一般には平等原則を定めているものと解すればよいと考えられるが、平等権と平等原則を互換的に用いても特に問題はないであろう。

なお、享有主体に関して付言すれば、憲法第14条第1項が、「すべて国民は」と規定していることから外国人は享有できないのではないかと疑問も提起可能であろうが、前稿で検討したように、通説・判例は、外国人も平等権を享有すると解している⁽¹³⁾。ただし、学説・判例においては、一般に国籍による差別と人種による差別とは異なるものと考えられており、人種差別はよほどのことがないかぎり禁止されるのに対して、外国人の人権享有は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除きわが国に在留する外国人にも等しく及ぶのであって、実は広範な制限があり、それ

は憲法が禁止する差別禁止事由には該当しないと考えられているのである。この点は、人種差別の項で扱う。

(イ)「平等」の意義

それでは、憲法第14条第1項にいう「平等」とはどのようなものか。

ここにおいて、近代憲法が原則とした形式的平等ないし機会の平等、社会国家・福祉国家化した現代国家が目指す実質的平等や条件の平等、あるいは、結果の平等、絶対的平等、相対的平等などの検討が必要となってくる。

もともと、近代の憲法は、1776年のアメリカ独立宣言の、「すべての人は平等に造られ、造物主によって一定の奪うことのできない天賦の権利を与えられ、その中に、生命、自由および幸福追求が含まれる」との表現にも見られるように、身分秩序に基づく旧社会体制を転換し、自由と平等とを普遍的な理念として規定したのであり、すべての個人を、各人の属性の相違にかかわらず、法的に均等に扱うという形式的平等の考え方に立脚するものであった。そこでは、「各個人への形式的な機会の平等の付与とそれを通じての人間解放という考え方」⁽¹⁴⁾がとられていたのである。そして、「近代においては、国家の任務は各個人の自由な活動を保障することであって、そうした自由な活動によって達成される結果に違いが出てくるのは、各人の能力や勤勉さによるものとして国家の関与すべきことではない、と考えられた…。要するに、『自己責任』の考え方である」⁽¹⁵⁾とされる。法的な取り扱いに関しては、各人のさまざまな事実上の差異にかかわらず、チャンスはみんなに平等に与えられていますよ、でも、能力や努力の違いで結果に不平等が生じて、それはしかたがありませんよ、チャンスが与えられているのでまたがんばってください、ということである。

しかし、一見、自由と平等が両立するかに思われたこのような近代憲法の建前は、その後の社会変動や資本主義の進展等に伴って、大幅な修正を迫られた。例えば、現実には、持てる者である資本家と、持たざる者である労働者の立場は対等ではありえず、どのような労働者をいかなる労働条件や賃金で雇用するかは、法的規

制のないまま資本家の裁量に委ねられ、労働者は、教育を受ける機会を得られずに不平等で苛酷な内容の雇用契約を結ばざるをえず、絶えず失業のおそれにさらされ、病気になっても十分な医療を受けることができず、人間らしい生活を営むこともできない状況になったのである。ここでは、差別の構造、ならびに、それを修正するのに困難を抱えた近代の法体系のあり方が、端的に見出される。そして、貧富の格差の増大、生活条件の悪化その他の弊害は、国家観を、市民の（経済的）自由の最大限の確保と最低限の治安維持と国防とを主眼とする自由国家、消極国家、小さな政府から、社会保障・社会福祉・公衆衛生や、義務教育の整備、あるいは人々の生活向上のための産業振興政策ないし経済政策までも国家の責務とする（ドイツ流でいえば）社会国家・（イギリス流でいえば）福祉国家、積極国家、大きな政府へと転換させたのである。他方では、様々な運動の高揚を背景として、選挙権の拡大や、生存権をはじめとする社会権の明文化などの人権保障の拡大につながり、実質的平等に近づくために、少なくとも何かを自由に行うことについて同等の条件が得られるべきだ、機会の平等をよりよく確保するための条件を国家は整備すべきだとする条件の平等が重視されるようになったのである。各人には能力や適性や関心の違いがあるために、まったく結果を等しくするという意味で結果の平等を考えるとすれば、自由を重視する現在の憲法解釈では、結果の平等は必ずしも憲法第14条第1項の求めるところではないといえよう⁽¹⁶⁾が、さまざまな理由で何かをする自由ないしその機会を得られない人に対して、国家が法律その他で不平等状態を改善することによって、結果をより平等なものに近づけようとする実質的平等の考え方⁽¹⁷⁾は、現代国家においては随所に見られるところである。わかりやすくいえば、学生・生徒の学ぶ自由について、一定の教育を受けたら信条・性別・財産・年齢その他にかかわらずみんな大学の入学試験を受ける機会を得られますよ、というのが形式的平等ないし機会の平等であり、経済的理由で大学の入学試験の受験を断念しそうな生徒に対して、入学後は奨学金をもらえたり授業料免除を受けら

れたりする制度を設けてあるので、とくに心配することなく受験できるようにしてありますよ、というのが条件の平等（ただし合格するか否かという結果までは保障するわけではない）であり、男女平等達成のために、高校や大学の合格者定員を男女同数にしますよ、というのが結果の平等（有色人種差別の反省に鑑みアメリカで行われているアファーマティブ・アクションないし積極的差別是正措置を想起されたい）と考えてもよさそうである⁽¹⁸⁾。ただし、どこまで条件の平等を重視するか、あるいはどの程度まで結果の平等を達成しようとするかについては、国家が立法や行政を通じて行うものであり、場合によっては別な誰かの自由との衝突ないし否定（言い換えれば逆差別）につながるおそれも生じる困難な問題である。税金一つを見ても、所得税や法人税や消費税など多様な税に関して、誰からどのような割合で徴収し、それをどのように、国家予算における、少子・高齢化対策費用、福祉費用、教育費用、失業対策費用、治安維持・国防費用、農業振興費用、産業振興費用その他の必要項目に配分するかは大問題なのであるが、現代国家が抱える政治的課題の多くは、自由と実質的平等をどのようにして調整し両立させるかに関連するといっても過言ではないといえよう。

このように、憲法第14条第1項にいう「平等」にはさまざまな内容が含まれているのであるが、もう1つ重要な内容がある。それは、同条の「平等」の意義について、絶対的平等を意味するのか、相対的平等を意味するのかという点である。これについては、これまで検討したように、各人は、事実上さまざまな差異を有していること、現在の憲法は、平等を重視しつつも、多様な個人が多様な生き方を自由に選択することを保障する自由主義を根幹としていることなどを想起すれば、個人をすべての面で絶対的に平等に扱うべきだとする絶対的平等が要請されているわけではなく、「等しいものは等しく、異なる程度に応じて」⁽¹⁹⁾扱う社会通念上合理的な別異取り扱いは認められるとする相対的平等を意味すると解するのが妥当であり、通説・判例となっている。

ただ、この場合、何が社会通念上合理的な別

異取り扱いで、何が不合理な差別的取り扱いに該当するかという困難な問題に直面する。実際には、差別的訴えに対して、裁判所が、どのような基準で司法審査を行うかという問題であるととらえればわかりやすい。

差別事由は、人種、性別、信条、社会的身分、年齢、地域、職業、財産、収入、教育その他多様であり、かつ、差別の対象となる自由や権利を見ても、思想の自由、信仰の自由、学問の自由、表現の自由、職業選択の自由、営業の自由、財産権、働く権利その他さまざまなものがあるるのであって、すべてに共通するような基準を設定すること自体が困難と考えられるのであり、基本的には、具体的な取り扱いに関して、「『人間性』を尊重するという個人主義的・民主主義理念に照らしてみても、不合理と考えられる理由による差別」が法の下での平等の原則に反するのであり、「民主主義の本質からいって、人間性の尊重ないし個人の尊厳に適合することを」意味する民主主義的合理性が存在するか否かを基礎として判断されるべきだとされている⁽²⁰⁾。しかし、これも、なお、抽象的である。

そこで、自由や権利の性質に対応して、立法目的や、立法目的達成手段との関連性に基づきながら判断する基準が提唱されているのであり、もし、国家が制定した法律あるいはそれを適用した行政行為が一定の対象者に対して不合理な差別的取り扱いをしているとして訴訟が提起された場合には、司法審査においては、一般に、次のような基準で判定されるべきものとされている⁽²¹⁾。まず、精神的自由権や参政権や人種・信条に基づく差別的取り扱いを定める法令の違憲性ないし憲法適合性に関しては、厳格な違憲審査基準が妥当する。これは、差別的取り扱いをする規定の立法目的が、基本的な憲法価値の制限を正当化するほど重大な価値を有する公共目的、換言すれば必要不可欠な公益ないし非常に強力な公共的利益ないしやむにやまれない公共的利益であるか否かを検討し、この基準をクリアしたら、次には、立法目的達成手段が、目的達成のために必要不可欠のものであって必要最小限の制限であるか否か、必須の手段で他に代わるべき手段が存在しないかどうかなどが検討されなければならないとするもの

である。また、性別や社会的身分に基づく差別的取り扱いや、社会保障の受給権や、経済的自由権の消極目的規制を定める法令に関しては、厳格な合理性の基準（中間的審査基準）が妥当する。これは、立法目的が、重要な公共目的であるか否か、立法目的達成手段が、目的との関係で実質的関連性があるか否か、他に選ぶより制限的でない手段が存在するか否かなどが検討されなければならないとするものである。また、累進課税制度や所得税源泉徴収制度などのような経済的自由権の積極目的規制や社会・経済政策的要素の強い規制立法に関しては、立法者たる国会等に広範な立法裁量が認められるので、合理性の基準が妥当する。これは、立法目的が正当なものであること、言い換えれば立法目的が何らかの方法で公共の福祉を増進するための働きをするものであること、立法目的達成手段が、目的との関係で合理的関連性があるか否かが検討されなければならないとするものである。

本稿で扱う人種差別を理由とする入浴・入店拒否の事例が、何らかの法令に基づく差別的取り扱いの事例であったならば、上記の厳格審査基準が用いられることになろう。みんなが平等に持っているはずの入浴・入店する自由を、ただ外国人であるないし外国人に見えるというだけで制限される、ということは、あってはならないことであり、もしそのようは法令があるならば、立法目的が必要不可欠な利益を保護するという立憲部は立証できるであろうか。達成手段も、事前に入浴マナーを記したパンフレットを配布したうえでそれでも騒いだりして他の利用者に迷惑をかける行為が行われたら事後的に対応すればよく、一律入浴拒否という手段は適当なものとは到底考えられないものである。

しかし、本稿で扱う入浴・入店拒否の事例は、ともに私人間の問題であり、すでに検討してきたように、憲法の人権規定の私人間効力に関して間接適用説がとられているので、上記の法令に関する違憲審査基準の適用を考慮する必要はない⁽²²⁾。その代わりに、このような民事訴訟の場合には、挙証責任の配分が問題となる。事例では、人種差別に基づく入浴・入店拒否が不

法行為に該当するか否かが問題なのだが、人種差別を規定する憲法第14条第1項の趣旨を、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする」との民法第90条のいわゆる公序良俗規定や、事実行為に関する民法第709条の「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、之によって生じた損害を賠償する責任を負う」との規定を通じて間接的に適用する場合、公序良俗ないし社会的妥当性⁽²³⁾の判定を行うときに、(a)被告による入浴拒否行為は、原告側が主張しているように、憲法が明確に例示する典型的な平等原則違反の問題であると考えられることから、特に私的自治の問題として社会的に許容されることを被告側が効果的に立証しない限り、不法行為が成立する、すなわち拳証責任は被告側にあり、被告側が相当の立証ができないときには敗訴する、との立場をとるか、それとも、(b)入浴拒否の事例で被告側が、「本件入浴拒否の違法性の有無を考えるにあたっては、原告らが主張するところの侵害された利益と被告Aが享有する営業の自由とを具体的に比較衡量し、被告Aの行為が社会的に許容される限界を超えていると認められる場合にはじめて違法であると判断されなければならない。…原告らが侵害されたという利益の実体に照らして比較衡量をすれば、被告Aの本件入浴拒否が社会的に許容される限界を超えていたとまでは認め難い」と主張したことに見られるように、あくまでもこのような行為は私人間の問題であり、誰を契約相手として入浴させるかの自由も認められる私的自治が優越する法領域であって、人種差別を定める憲法規範も劣後的地位にあるのだと強く主張して、人権侵害を受けたと主張する原告側が、その侵害は私的自治に優越するものであって、公序良俗に違反するのだということを原告側が説得的に立証できない限り、不法行為は成立しない、すなわち、拳証責任は原告側にあり、原告側が相当の立証ができないときには敗訴する、との立場をとることによって、訴訟の勝敗の行方が決まるということになるのである⁽²⁴⁾。

事例①を見れば、たしかに、裁判所は、(ウ)裁判所の判断の概要の(ii)において、「外国

人一律入浴拒否の方法によってなされた本件入浴拒否は、不合理な差別であって、社会的に許容しうる限度を超えているものといえるから、違法」と判示して、原告側勝訴としているのであるが、実は、この「社会的許容性の限度を超える」か否かで判断する拳証責任配分の論理構成は、いわゆる三菱樹脂事件での最高裁判所判決と同様に、信条や人種による差別さえも私的自治優先の前に敗訴するおそれのある論理構成であるといえるのである。

(ウ) 憲法第14条第1項後段列挙事由の意義、および人種差別禁止の意義

したがって、憲法第14条第1項後段に定められている「人種」差別禁止原則は、人種差別行為を行ったとされる被告側に拳証責任を転換させることができるのか、が次に問題となる。

まず、憲法第14条第1項の前段は、法の下での平等に関する一般原則を定めているのに対して、後段は、人種、信条、性別、社会的身分または門地という具体的な事項を定めているので、後段と前段はどのような関係にあるのか、が議論されている。

かつては、前段は法内容の平等ではなく法適用の平等を定めたものであり、後段列挙事由はそれらの事由に基づく取り扱いを規定する法律を立法者は制定してはならないとする見解（限定列挙説と呼ばれるもので立法者非拘束説・絶対的平等説と結びつけて提唱された）もあった⁽²⁵⁾が、差別禁止事由は多様なものが考えられるのであって限定的に解することは適当ではないとの批判、あるいは、性別を理由として別異取り扱いを定める立法は絶対的に禁止されるとすれば、女性ないし母性保護の観点からの法制定の説明が困難になるなどの批判があり、現在では見あたらない。

その後、最高裁判所（いわゆる尊属殺重罰規定違憲事件に関する最高裁判所大法廷判決昭和48年4月4日、昭和45年（あ）第1310号尊属殺人被告事件、刑事判例集第27巻3号265頁、判例時報697号3頁）が、「憲法14条1項は、国民に対し法の下での平等を保障したものであって、同項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎ

り、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべき」と判示したように、前段の法の下での平等とは法適用の平等だけでなく法内容の平等も含み、後段の列举事由は例示的なものであるとする例示列举説が有力となった。

そして、現在では、後段列举事由は特別な意味を有するとする説（特別意味説あるいは列举事由特別意味説と呼ばれる）が、有力となっている。これは、以下のようなものである。すなわち、「平等権が裁判で争われる場合、それが合理的差別であるかどうか重要な争点となろう。この場合、14条1項後段が一定の事由を列举していることは意味があると解される。すなわち、そこに列举された事由による差別は、民主制のもとで通常は許されないものと考えられるから、その差別は合理的根拠を欠くものと推定される。したがって、それが合憲であるためにはいっそう厳しい判断基準（この基準としては、差別の目的が真にやむにやまれないものであり、とられる手段が必要最小限であることか、これよりややゆるいものであるが、差別の目的が重要であり、手段がこの目的と実質的に関連性をもつことなどが考えられる）に合致しなければならず、また合憲であると主張する側が合理的な差別であることを論証する責任を負う。これに反して、それ以外の事由による差別は前段の一般原則にてらして問題となるが、ここでは代表民主制のもとでの法律の合憲性の推定が働き、差別もまた合理性をもつものと推定される。したがって、合憲であるための基準も厳格でなく、また違憲を主張する側が合理性の欠如を論証しなければならない。このように解すると、後段の列举は、裁判規範としては重要な存在意義をもつことになる」⁽²⁶⁾と。

後段には、第1に、近代憲法成立当初の平等観念の基礎にあった「生まれ」による差別ないし自分の意思や努力ではどうにもならないもの、すなわち、家柄や社会的身分・門地、性別、人種など、第2は、自分の意思や努力で身につけたものではあるが「自分が自分であること」の核心をなし多様な価値観を前提とする民主制存続の根幹にかかわり絶対的にその自由が保障されるべきものである思想・信条が列举されていること⁽²⁷⁾に鑑みれば、現代民主社会におい

てやむにやまれぬ場合を除いてそれらの事由による差別は禁止されるとする、この特別意味説は正当なものであると考えるものである。

このように考えれば、憲法第14条第1項後段列举事由の1つである人種に基づく差別は、極力なくしていくべきだということがわかる。

それでは、人種とは何か。もともとは、人種とは、人類学上の種類ないし区別であるとされていたことを受けて、学説には、「人種とは、人間を皮膚の色や頭髪などの生物学的な特徴によって区分する単位」⁽²⁸⁾と狭義に解するものも見られるが、現在では、人種差別撤廃条約（あらゆる形態の人種差別撤廃に関する国際条約：1965年国連総会採択、1969年発効、日本に関しては1996年発効）の第1条が、「人種差別の定義」として、「人種、皮膚の色、世系または民族的もしくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限または優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権および基本的自由を認識し、享有しまたは行使することを妨げまたは害する目的または効果を有するものをいう」と規定されていることを受けて、「本来は人類学上の種類であるが、社会学的概念として、地域的・宗教的・言語的な集団を人種として特徴づけることも認められている」⁽²⁹⁾と広く解するものも増えている。

私見では、広い意味の定義をとることにする。それは、人種差別が、アメリカ合衆国での奴隷制や有色人種への不合理な差別⁽³⁰⁾、南アフリカ共和国でのアパルトヘイト、あるいはユダヤ人差別など、枚挙にいとまがないところであること、日本でも、かつては白人に対する「毛唐」ほかの差別的表現が見られたほか、アイヌの人々に対しては、1997年に「アイヌ文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識の普及及び啓発に関する法律」（いわゆるアイヌ新法ないしアイヌ文化振興法）が制定され、附則第2条で「北海道旧土人保護法」が廃止されるまでは、第1条にいう「アイヌの人々の民族としての誇り」は傷つけられ続けたことなどを考慮して、よりひろく定義することが人権の保護にかなうと考えるからである。

このように考えてくると、現在、憲法第14

条第1項後段列挙事由となっている人種に関しては、国家が、ある人に対して、人種差別的取り扱いをするような立法をしたり行政行為を行ったりした場合には、目的が必要不可欠な公益ないし非常に強力な公共の利益を保護するものであって、かつ、目的達成手段が必要不可欠で必要最小限の制限であることを立証できない限り、当該立法は違憲であるということになる。

この趣旨は、私人間においても、ある程度通用すると思われる。人種や民族を理由とした差別的取扱いは、差別した側が、どうしてもそれをしなければならぬような非常に強力な目的があって、しかも必要最小限の手段でそれを行った、ということ立証しない限り、訴訟では敗訴するということになる。

事例①・②では、ともに、不合理な人種差別があったとして請求を認容しており、とくに事例①においては、上記・(ウ)裁判所の判断の概要の(ii)において、「本件入浴拒否は…実質的には、日本国籍の有無という国籍による区別ではなく、外見が外国人にみえるという、人種、皮膚の色、世系または民族的もしくは種族的出身に基づく区別、制限であると認められ、憲法第14条第1項…の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたる」と判示して、人種差別は私人間においても禁止されるべきことを認めているのである。妥当な見解である。このことに関しては、「特別意味説の前提として、後段列挙事由は社会的偏見に基づく差別であるがゆえに、違憲性が肯定もしくは推定されるのだという考え方が存する以上、対国家と対私人とを区別する必要に乏しいといえる。むしろ後段列挙事由に関する差別の禁止は、相手を問わず妥当する憲法的公序ともいえよう」との見解⁽³¹⁾があり、賛同するものである。この見解に立脚すれば、入浴・入店拒否の事例は、人種差別という憲法第14条第1項所定の列挙事由に該当する事例であり、後段を私人間にも妥当する公序として適用することによって、不法行為が成立することになるのであり、裁判所も端的に公序の語を用いる方がより適切であったと思われる。

また、社会的に許容する限度を超えているか否かという論点に関しては、私的自治との関

係で問題となる会社側の営業の自由との比較衡量について、事例①においては、(ウ)裁判所の判断の概要の(ii)において、たしかに被告・株式会社側は営業の自由をもってはいるが、公衆浴場は公衆浴場法による北海道知事の許可を受けて経営されている公衆浴場であり公衆衛生の維持向上に資するものであって公共性を有していること、入浴希望者は国籍や人種にかかわらず利用が認められるべきであること、他の利用者に迷惑をかける利用者に対しては、入浴マナーを指導し、それでも入浴マナーを守らない場合はマナー違反者を退場させるべきであり、入場前から酒に酔っている者などは入場を断るべきであるが、会社側は可能な限りそうした方法を実行すべきであったのに、実行せずに、安易にすべての外国人の利用を一律に拒否するという明らかに合理性を欠く措置をとったこと、入浴を希望した原告らについては、他の利用者に迷惑をかけるおそれはまったくうかがえなかったことなどを指摘したうえで、「外国人一律入浴拒否の方法によってなされた本件入浴拒否は、不合理な差別であって、社会的に許容する限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為にあたる」と判示しているのである。

この結論は、たしかに、妥当と考えるものである。しかし、それでも、すでに触れたように、「社会的許容性の限度」といういわゆる三菱樹脂事件に関する最高裁判所大法廷判決が用いた判断基準を採用している点には問題があるといえよう。この基準は、私的領域において、契約の相手方を誰にするか、契約そのものを結ぶか否かなどに関して、当事者の契約の自由や、事業者の営業の自由を広く認める立場に有利な基準であって、いわゆる三菱樹脂事件では、「企業者は、…経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇用するに当たり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて…原則として自由にこれを決定することができるのであって、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも」、それを当然に違法として民法上の不法行為の成立を認めることはできないとしたのであ

る。上で検討した通り、これが、もし、思想・信条を理由として、国家が労働者の雇い入れを拒んだとするならば、信条という憲法第14条第1項後段列挙事由を理由とする差別は原則として民主社会ではあってはならないもので、司法審査における違憲審査基準は厳格な審査基準が妥当し、人権を侵害したとされる国家の側が、当該拒否行為の目的が非常に強力な利益をもち、かつ達成手段は必要最小限であったことを証明する責任を負うことになるのであり、違憲判決が下されたであろう。そして、この理は私人間の問題にも該当すべきものであると考えられるのである。また、この点については、既述の通り、「人種差別の場合は、(多数者の)社会通念で『限度』が決まってはならず、むしろ、判決が公衆浴場の公共性に関し、規制目的に対する手段の『合理性』審査をかなり厳格に行う点に人種差別事例の今後において参考すべき審査基準が見られる」⁽³²⁾との指摘が、正当であると考えられるものである。原告側が主張したように、「本件入浴拒否は、そもそも原告らの人格権という重大な利益を侵害するものであるから、…経営上の理由から差別の合理性を根拠づけることはできない」との指摘も正当であろう。

なお、関連して、それでは、国籍による取り扱いの差異は、人種による差別と同様に考えることができるか、という点も問題となる。この論点に関しては、しかし、難しい問題がある。例えば、上で見た人種差別撤廃条約を勘案する広義の人種差別の定義によれば、民族差別は、人種差別に含まれることになる。したがって、民族差別・人種差別はよほどのことがないかぎり禁止され、立法の違憲審査基準は厳格審査基準が妥当する。これに対して、国籍による差別は、学説・判例においては、人種差別・民族差別とは一般に異なるものと考えられている。国籍を理由とする差別的取り扱いに関してみれば、まず、外国人の人権享有に関する通説・判例である権利性質説は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除きわが国に在留する外国人にも等しく及ぶと解し、とりわけ学説には外国人に対する差別的取り扱いを極力少なくしようとするものが多いのであるが、その背景にある現実の立法や行政

為を想起すれば容易に理解できるように、実は広範な権利制限があるのであり、それは憲法が禁止する差別禁止には該当しないと考えられているのである。これについては、「少なくともわが国への在留を認められている外国人に関する限り、参政権が十分に保障されていない現状、国籍による偏見を受けやすい少数者であることなどを勘案すれば、中間的審査基準が妥当であると思われる。だとすると、当該法的取り扱いの差異が、重要な政府の目的の実現と事実上の実質的関連性があることを、政府の側が立証する必要がある」⁽³³⁾と述べられているが、最高裁判所の判例は基本的には一番ゆるやかな合理性の基準を採用しており、国会が制定した法律や行政庁の各種行為について誰が見ても明らかに不合理だという事例ではない限りは、違憲とは認定しないのが現状なのである。

(3) 人種差別撤廃条約の意義

最後に、人種差別撤廃条約の意義や法的性格に関する論点を検討する。

事例は、憲法第14条第1項が私人間には適用できないという私人間における問題であった。そして、私人間の問題を適切に調整する、たとえば男女雇用機会均等法のような、外国人入浴・入店拒否禁止法とでもいうような法律があるならば、それに基づいて、当該人権侵害行為が、違法か否かが判定可能であったのだが、そのような法律も存在しないために、憲法規定の趣旨を民法第709条等の規定を通じて間接的に適用するというものであり、さらに人種差別禁止の意義を検討しなければならないのであった。

しかし、ここで、人種差別撤廃条約は、日本では、内閣が締結したうえで、最終的に1995年12月1日に国会により承認され、効力発生したものであり、法律と同様の効力を持つのではないか、憲法第98条第2項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と書いてあるではないか、との疑問が生じる。既述のように、内閣が締結し国会が承認した人種差別撤廃条約という立派な内容の条約があるのに、その内容が適用されるのは国家だけなのか、私人間

にも直接適用できないのか、という国際的人権関連条約の意義や法的性格が問題となるのである。

まず、人種差別撤廃条約の意義について検討する。

これは、事例①の(イ)原告側主張の(iii)の、「人種差別撤廃条約は、国内法としての効力を有するというのが通説判例である。人種差別撤廃条約第2条d項は、個人・集団または団体の人種差別行為を禁止・終了させるために、立法その他すべての適当な方法による措置をとるよう、締約国に義務づけている。また人種差別撤廃条約第6条では、同条約の実体規定に該当する差別行為があるのに、国または団体が実効性のある適当な措置(立法を含む)をとらなかった場合には、これらの国または団体に対してその不作為を理由として損害賠償その他の救済措置を求めることができるとされている。そして、国際人権法が国家だけでなく私人をも義務の名宛人に取り込んでいるとする主張は、近年国際社会において急速に深化しており、人種差別撤廃条約は、国際社会の『公序』として私人間の行為をも対象としていると解することが国際法の潮流に合致する。人種差別撤廃条約は、保障されるべき権利の一つとして『輸送機関、ホテル、飲食店、喫茶店、劇場、公園等一般公衆の使用を目的とするあらゆる場所又はサービスを利用する権利』(第5条f項)を掲げているが、本件入浴拒否は、まさに人種差別撤廃条約第5条f項に違反する」との見解に明らかであろう。

同様に、事例②の裁判所の判断における表現も適切であると思われる。すなわち、「人種差別撤廃条約は憲法優位の下、わが国においても国内法としての効力を有する。また、『この条約の実施のためには、新たな立法措置及び予算措置を必要としない』旨の外務省の説明である。人種差別撤廃条約は、この条約の前文に掲げている世界人権宣言等が、自由権、平等権、人種差別の禁止等の基本的人権を高らかに世界に宣言しているのにとどまるのに比べて、一步を進め個人や団体の差別行為についての採るべき立法その他の措置を締約国に要求している。このことは、わが国内において、人種差別撤廃条約の実体規定に該当する人種差別行為があった場

合に、もし国または団体に採るべき措置が採られていなかった場合には、同条約第6条に従い、これらの国または団体に対してその不作為を理由として少なくとも損害賠償その他の救済措置を採りうることを意味する。そしてまた、何らの立法措置を必要としない外務省の見解を前提とすれば、本件のような個人に対する不法行為に基づく損害賠償請求の場合には、右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」のである。また、国際法学からは、「また、国際人権規約においては、差別禁止原則の位置づけは高く、さらに、この原則は、国連が作成した人権条約においては、人種差別撤廃条約や女子差別撤廃条約にみられるように、社会的に存在する差別の撤廃を強く志向する方向に展開している」⁽³⁴⁾とも指摘されている。

すなわち、人種差別撤廃条約は、第1条にいうその広範な定義や、第2条その他での締約国の差別撤廃義務、第5条の権利享有の無差別、第6条の人種差別に対する救済など、高く評価されるものである。とくに、第2条第1項d号は、「各締約国は、すべての適当な方法(状況により必要とされる場合は、立法を含む)により、いかなる個人、集団または団体による人種差別も禁止し、終了させる」や、事例①での(イ)原告側主張に見られる第5条f項に見られる規定は、私人間での問題と想定していると考えられ、さらに、第5条d項(iv)の「婚姻および配偶者の選択についての権利」などは、国家が立法や行政行為で差別的取り扱いをすることを想定していると考えただけではなく、私人間で差別が行われることをも想定していると考えられる方が、素直な読み方なのではないだろうか。

しかし、人種差別撤廃条約が国内法としての効力を有するとしても、私人間に直接適用できるかといえば、事例②のように積極的に解する判断はあまり見当らず、逆に、一般的には、事例①の(ウ)裁判所の判断(i)で示されているように、そうではないと解されているのである。すなわち、「国際人権規約自由権規約および人種差別撤廃条約は、国内法としての効力を有するとしても、その規定内容からして、憲法

と同様に、公権力と個人との間の関係を規律し、または、国家の国際責任を規定するものであって、私人相互の間の関係を直接規律するものではない」と。

これに対しては、「ここでは、まず私人間への人権条約の適用可能性が問題となったが、裁判所は、…簡単にそれを否定した。自由権規約はさておき、人種差別撤廃条約が私人間関係を規定していないというのは、規定内容を見たとは到底思えない所見である。このような無理を冒すのは、この問題を憲法の私人間適用と同じ処理枠組みにもっていきたいという誘惑がいかにか強いかを示すものであろう」⁽³⁵⁾との厳しい批判がある。

では、なぜ国内法としての効力を有する条約が、個人に権利を与えるという形式をとっていても、その条約を根拠として、条約違反=違法と認定できないのか。それは、条約の自動執行性（原語は self-executing であり、自動執行的、自働執行的、自力執行的などの訳語があり、いまのところ統一されていない）の問題である。

このことについては、以下のような見解がある。すなわち、「(国際人権規約の)自由権規約では、条文の文言自体、その主語が締約国ではなく個人とされており、個人自体が規約に定められた権利を有していると読み取れる。したがって、自由権規約の権利主体は個人であり、規約が国内で効力を生じたのち、規約に定められた権利が侵害された場合には、その被害者個人が、裁判所に対して自由権規約に基づいて、つまりそれを裁判規範として、侵害の排除と被害の救済を求めることが可能なのだという主張がある。つまり、自由権規約は、国内立法を媒介とせず直接に国内的効力をもつ『自力執行的 self-executing』条約だ、とする説である。しかし、一般には、当該条約が『自力執行的』であるためには、当該条約の規定の文言が、個人に権利を与える形式をとっているだけではなく、それに加えて、当該国家の国内法が、当該条約を自力執行的なものとして受け入れる体制をとっていることが必要だと解されている。…国際人権規約を批准またはそれに加入して締約国になった国に対しては、自由権規約委員会から、報告書の提出が求められるが、その報告

の中で『(その国家において)人権文書の規定が、裁判所等で援用され、または、それらの機関により直接執行されるか、または、その執行のためには国内法もしくは行政規則への変型を要するか』を回答すべきものとしている(略)。わが国は、…規約の国内法律に対する優位を認めるとともに、規約の自力執行性をも認める回答をしている。しかし、国内裁判所の実務のうえでは、最高裁判所が傍論で、自由権規約が一般的に自力執行的な条約であることを黙示的に承認したことはある(最判昭56・10・22刑集35巻7号696頁)が、まだ、判例上明確に規約の自力執行性が認められたとは言いがたく、今後の判例の積み重ねを要する」⁽³⁶⁾と。

すなわち、条約が内閣による締結行為と国会の承認という適切な手続きを経て国内法化されたとしても、内容が抽象的な権利や義務を定めているものである場合には、その条約を実施するための具体的な国内法が制定されなければ、法としての実効性を持つことができないと、裁判実務においては、一般に解されているのである⁽³⁷⁾。

これらに鑑みれば、国際人権規約自由権規約や人種差別撤廃条約が、私人間にも適用可能か否かに関して、否定的に考える事例①の(ウ)裁判所の判断の立場からは、人種差別行為について、あくまでも私人間効力に関する間接適用説の見地から、それらの条約の趣旨・理念を民法の不法行為規定を通じて間接的に適用して違法であり不法行為が成立すると認定する、まわりくどい方法をとるしかない。

しかし、このような、裁判所が国際人権規約や人種差別撤廃条約などの国際的な人権関連条約の直接適用を認めることに消極的な状況は、妥当ではない。裁判でより人権侵害と認定しやすくするように、一方では、人権規約の裁判規範性の確立を図るとともに、他方で、それらの条約を具体化する国内法の整備を早急を図る必要がある⁽³⁸⁾。

裁判規範性の確立という点では、事例①において、原告側が、国際条約の直接適用に消極的な裁判所の姿勢を考慮してか、被告Aの責任の項で、「仮に、上記各条約が、私人間の関係には直接適用が認められないとしても、上記各条

約に定められている内容は、わが国の『公序』となり、これに反する行為は違法といえるから、被告・株式会社Aは、原告らに対し、民法第709条、同法第710条に基づき、損害賠償責任を負う」と主張したことが参考となる。しかし、このような主張は、あくまでも弥縫策と考えるべきであり、「本件入浴拒否は、国際法上、国際人権規約自由権規約、人種差別撤廃条約に違反しており、不法行為の違法性の要件を充足するから、被告・株式会社Aは、原告らに対し、国際人権規約自由権規約第26条、人種差別撤廃条約第5条f項、民法第709条、同法第710条に基づき損害賠償責任を負う」という直接適用の主張を基本とすべきであると考え。たとえそれが困難であると解する場合でも、事例②のような裁判所の判断と同様の解釈を行うべきであろう。

4 結びに代えて—今後の課題

本稿で取り上げた2つの事例は、ともに、日常生活に関わる問題であり、外国人、もしくは帰化はしたが外国人見るといふ人々が、それだけの理由で差別されたために、損害賠償を求めて訴訟提起した事件である。実際には、どこでも起こりうる事件であり、日本人でも海外旅行すれば同じような扱いを受けるおそれのある事例である。しかし、差別の事例に共通するのは、事例①において(ウ)の(iv)で裁判所が損害論の項で指摘したように、「入浴できないという不利益を受けたにとどまらず、外国人にみえることを理由に人種差別されることによって人格権を侵害され、精神的苦痛を受けたものといえる」という、人格権侵害の側面が重要であろう。ユネスコ憲章前文が述べているように、第2次世界大戦は、「人間の尊厳・平等・相互の尊重という民主主義の原理を否認し、これらの原理の代わりに、無知と偏見を通じて人間と人種の不平等という狭義をひろめることによって可能にされた戦争であった」のであり、「相互の風習と生活を知らないことは、人類の歴史を通じて世界の諸人民の間に疑惑と不信をおこした共通の原因であり、この疑惑と不信のために、諸人民の不一致があまりにもしばしば戦争となった」のであり、現在も世界各地で紛

争の原因となっていることを考えれば、人種差別や民族差別の根は深い。

さらに、法の壁は厚く、憲法第14条第1項後段列举事由の1つである人種を理由とする差別は、生まれによる差別であり、自分の意思や努力ではどうにもならない事項に基づく差別であって、現代の民主的な社会ではあってはならない差別と考えられるようになってきているのではあるが、まず、私人間での人種差別的取り扱いには、この憲法第14条第1項が直接適用できないことが明らかになった。個人対国家の場合には、不合理な差別的取り扱いに該当するか否かの審査基準は、対応する自由や権利の性質に対応して、人種・信条に基づく差別的取り扱いをする法令の立法目的が、非常に強力な公共的利益であって、立法目的達成手段が、目的達成のために必要不可欠であって必要最小限のものであるかどうかを検討されなければならないとする厳格審査基準が用いられるべきであるが、事例①の裁判所の判断においてうかがえるように、この趣旨は、私人間においてもあてはまるであろう。人種差別的取り扱いは、差別した側が、どうしてもそれをしなければならないやむにやまれぬ理由があつて、かつ必要最小限の手段で行った、ということを立てなければならぬということであり、事例では、営業の自由以上の有効な根拠が認められず、結局それに失敗したと考えられるからである。それならば、裁判所は、原告側が主張したように、人種差別のような社会的偏見に基づく特に意味のある差別は、端的に、はじめから違憲性が推定されるものと考えて、対国家でも、私人間でもあてはまる憲法的公序として不法行為の成立を認めるべきであったと思われるのである。

この手法が困難であるために、裁判所は、通説・判例に基づいて、間接適用説を採用して、「憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害されまたはそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法第1条、第90条や不法行為に関する諸規定等により、

私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである」との手法をとった⁽³⁹⁾のである。しかし、この「社会的に許容しうる限度」の判定は、契約の自由や営業の自由を勘案すれば、差別された側に有利とはならないような最高裁判決が先例となっているために、厳しい批判にさらされることになったのである。「憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約および人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる」としたうえで、結果的に人種差別を受けて精神的苦痛を受けたと人格権侵害を認定するのであれば、それらが公序であることを認めるのが妥当であったというべきである。

このように、裁判所側の意識も含めて、困難は多いが、憲法第14条第1項や、国際人権規約自由権規約や、人種差別撤廃条約等の裁判規範性の確立を図っていく必要がある。他方、外国人差別禁止法とか、人種差別禁止法とかいう、人種差別撤廃条約ないし国際人権規約自由権規約を国内法化する適切な法律が存在しないことも、私人間での差別訴訟における困難さの要因の1つであり、国際化が急速に進展する現状を踏まえて、早急に適切な国内法を制定することも重要であろう。こうして、立法・行政・司法のさらなる発展・改善の余地を、個別具体的に探っていく必要があると考えるものである。なお、憲法や条約の私人間への適用可能性その他、十分な検討ができなかったものについては今後の課題としたい。

注(1) 法務省<<http://www.moj.go.jp/>>の2007年1月12日のプレスリリースにおける広報資料「平成18年における外国人入国者及び日本人出国者の概況について(速報)」による。確定値は、今後刊行される法務省入国管理局が作成する年次報告書である「平成18年版 出入国管理」(いわゆる入管白書)参照。

注(2) 拙稿「外国人の人権—外国人の入浴・入店お断り」訴訟— 県立新潟女子短期大学紀要第43集(2006年3月)。なお、本稿は、前稿で残された平等の問題や条約の適用可能性等の検討も主要項目の一つとなっていることから、以下の「2 訴訟の内容と論点」は前稿と重複する部分があること、また、そこの

文献注記も略したことをあらかじめお断りし、当該部分に関しては前稿の参照をお願いする次第である。また、事例①で、原告側は、被告・小樽市に対して、不法行為(国家賠償法)に基づき、人格権の侵害による損害賠償請求を行っているが、本稿の主要課題に鑑み、あまり論及しない。同様に、謝罪広告の強制の論点についても、論及しないものとする。

注(3) この札幌高等裁判所判決および最高裁判所決定の原文の一部は、原告の有道人氏のサイト<<http://www.debito.org/nihongo.html>>でも参照可能である。

注(4) 公的領域と私的領域の二分論に関連して、西欧近代で成立した立憲主義に関する長谷部恭男「憲法とは何か」(岩波書店2006年)の以下のような説明は的確なものと考えられる。すなわち、「近代ヨーロッパで立憲主義が成立する経緯においては、宗教戦争や大航海を通じて、この世には比較不能な多様な価値観が存在すること、そして、そうした多様な価値観を抱く人々が、それにもかかわらず公平に社会生活の便宜とコストを分かち合う社会の枠組みを構築しなければならないこと、これらが人々の共通の認識となっていくことが決定的な意味を持っている」(71頁)としたうえで、その枠組みを構築する際に「立憲主義がまず用意する手だては、人々の生活領域を私的な領域と公的な領域に区分することである。私的な生活領域では、各自がそれぞれの信奉する価値観・世界観に沿って生きる自由が保障される。他方、公的な領域では、そうした考えの違いにかかわらず、社会のすべてのメンバーに共通する利益を発見し、それを実現する方途を冷静に話し合い、決定することが必要となる。このように、立憲主義は、多様な考え方を抱く人々の公平な共存をはかるために、生活領域を公と私の二つに区分しようとする」(9-10頁)と述べている。なお、そこでは、続けて、「これは、人々に無理を強いる枠組みである。自分にとって本当に大切な価値観・世界観であれば、自分や仲間だけではなく、社会全体にそれを押し及ぼそうと考えるのが、むしろ当然であろう。しかし、それを認めると血みどろの紛争を再現することになる。多元化した世界で、自分が本当に大事だと思うことを、政治の仕組みや国家の独占する物理的な力を使って社会全体に押し及ぼそうとすることは、大きな危険を伴う」と述べて、日本の憲法改正論議に示唆的な論及を行っている。

注(5) 近藤敦「入浴拒否と人種差別」法学セミナー 585号(2003年9月号) 112頁。

注(6) 以上の人権の性質に関しては、例えば、芦部信喜・高橋和之補訂「憲法[第3版]」岩波書店 2002年 80頁参照。また、内野正幸「憲法解釈の論点[第4版]」日本評論社 2005年 23-24頁では、基本的な人権を「人間の尊厳の理念からでてくる各人の基本的な生活上の利益や要求であって憲法の保障をうけるものをさす」と定義し、「人権は、国会のつくる法律の力をもってしても侵すことのできない強力な権利であり、憲法によって保障されたものである」とし、人権の不可侵性に関しては、「人権の対国家性(人権侵害可能性主体としての国家)」として、「憲法学にとっては、…私人による加害よりも、国家による人権侵害(いわば厳密な意味での人権侵害)の方が重大である。すなわち、人々の人権が保障されるのは、何よりも国家との関係である」と述べられている。なお、人権の根拠や性質に関しては、法哲学上も種々の議論があるが、ここでは触れない。

注(7) 三輪隆「重度身障者の選挙権-在宅投票制度廃止事件1審」憲法判例百選Ⅱ[第4版] (別冊ジュリスト 155号・有斐閣 2000年) 324頁。

注(8) 「障害」ならびに「障がい」の表記に関しては、現在でも、法律上は、障害者基本法・身体障害者福祉法・知的障害者福祉法その他のように前者を用いており、厚生労働省の文書等の表記も前者であるが、多摩市の「「障がいの者」の表記について」とのサイト<<http://www.city.tama.tokyo.jp/health/syogaisya/hyoki.htm>>で述べられているように、人権尊重の観点や障がいを持つ人の不快感などにも配慮することが望ましいと考えられること、本稿で扱う平等・差別の問題に関しては他の人々と同様には権利を行使することができないという側面だけではなく差別される側の精神的側面も重視していることなどの理由から、可能な限り後者の表記を用いるものである。

注(9) 以下の法適用平等説ならびに法内容平等説に関しては、芦部信喜「憲法学Ⅲ 人権各論(1)」有斐閣1998年14-16頁参照。また、法適用平等説は、佐々木惣一「改訂 日本国憲法論」有斐閣 1952年 425-426頁参照。

注(10) 小林直樹「新版 憲法講義 上」東京大学出版会 1980年 332頁による。なお、第13条・第14条・第24条・第44条などで個人の尊厳と種々の平等権・平等原則を定めた日本国憲法が制定・施行された後、明治

民法の、戸主および家族規定の削除、妻の無能力制度の廃止、夫婦・父母の平等、諸子平等原則の採用を主眼とする民法改正が行われた(遠藤浩ほか編「民法(8) 親族[第4版増補版]」有斐閣2000年4頁)。また、明治民法の条文およびその解説の詳細は、梅謙次郎「初版 民法要義 卷之一 総則編」・「初版 民法要義 卷之四 親族編」・「初版 民法要義 卷之五 相続編」(原本は有斐閣から1896年から1900年にかけて出版されたが現在ではいずれも信山社から1992年に復刻されている)参照。

注(11) 宮澤俊義著・芦部信喜補訂「全訂 日本国憲法」日本評論社 1978年 206頁では、「法の内容に差別が定められていれば、それが平等に適用されたところで、個人主義の要請は充たされない。したがって、法の下での平等とは、単に法を不平等に適用することを禁ずるだけでなく、不平等な取扱いを内容とする法の定立をも禁ずる趣旨と解すべきである」と述べられている。

注(12) 戸波江二「憲法[新版]」ぎょうせい 1999年 193-194頁。なお、前掲注9・芦部信喜「憲法学Ⅲ 人権各論(1)」17-19頁参照。

注(13) 松井茂樹「日本国憲法[第2版]」有斐閣 2002年 352頁。また、辻村みよ子「憲法[第2版]」2004年 161頁では、「従来の憲法学説では、権利の性質が許す限り外国人にも人権規定が適用されるという立場をとれば、自由権、平等権、国務請求権(受益権)は、原則としてすべて外国人にも保障されると解してきた」と述べられている。なお、伊藤正己「憲法[第3版]」弘文堂 1995年 240頁は、「[すべての国民]を[すべての人]と解する立場もある。しかし、明文の規定および後段が国籍を列挙していないことからみて、直接には平等権の主体は国民であり、外国人は含まれないと解される。しかし、近代憲法の原則からみて外国人にその趣旨は及ぼされるであろう」とする見解もある。判例は、「わが憲法14条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推されるべきものと解するのが相当である」(最高裁判所大法廷判決昭和39年11月18日、昭和37年(あ)第927号外交為替及び外交貿易管理法違反・関税法違反・物品税法違反事件、刑事判例集第18巻9号579頁)と判示して「類推」の語を用いるものもあったが、いわゆる在日外国人の公務就任権訴訟控訴審判決(東京高等裁判所判決平成9年11月26日、平成8年(行コ)第62号東京都保健婦管理職選挙受験資格確認等事件、

高民集第50巻3号459頁、判例時報1639号30頁)では、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、外国人にも等しく及び、…第14条第1項の平等原則の規定についても、原則として、その保障が及ぶものというべきである」とする。他方、日本国憲法の成立過程で、1946年2月13日のいわゆるマッカーサー草案における、第13条の「一切ノ自然人ハ法律上平等ナリ政治的、経済的又ハ社会的関係ニ於テ人種、信条、性別、社会的身分、階級又ハ国籍起源ノ如何ニ依リ如何ナル差別的待遇モ許容又ハ黙認セラルルコト無カルヘシ」との規定、ならびに、第16条の「外国人ハ平等ニ法律ノ保護ヲ受クル権利ヲ有ス」との規定が、結果的に現行憲法にはさだめられることなく終わったことについて、古川純「日本国憲法の基本原理」学陽書房1993年41頁以下の「I 憲法改革 3 外国人の人権 - 戦後憲法改革との関連において -」を参照されたい。

注(14) 大沢秀介「憲法入門[第3版]」成文堂2003年99頁。

注(15) 浦部法穂「全訂 憲法学教室」日本評論社2000年101頁。

注(16) 佐藤幸治「憲法[第3版]」青林書院1995年467頁においては、「『結果の平等』論と呼ばれるより徹底した平等論が有力に主張されてきている。ここでは、『能力主義』そのものが問題とされている。が、この種の平等観が自由と両立しうるか否かは、なお検討を要する課題である。なぜならそもそも自由は個性と能力に応じた人格の展開を内実とし、努力に対する正当な評価を求めるものではないか、徹底した『結果の平等』の追求は徹底かつ強力な国家権力を要請することにならないか、の疑問がありうるからである」と述べられている。

注(17) 前掲注6・内野正幸「憲法解釈の論点[第4版]」49-50頁、ならびに前掲注15・浦部法穂「全訂 憲法学教室」101-103頁。

注(18) 渋谷秀樹・赤坂正浩「憲法1 人権[第2版]」有斐閣2004年308-309頁(赤坂正浩執筆)。

注(19) 前掲注18・渋谷秀樹・赤坂正浩「憲法1 人権[第2版]」307頁では、「等しき者は等しく、等しからざる者は等しからざるよう扱うべし」という法諺を、わかりやすく表現している。また、前掲注6・芦部信喜・高橋和之補訂「憲法[第3版]」124頁では、相対的平等について、「各人の性別、能力、年齢、財産、

職業、または人と人との特別な関係などの種々の事実に・実質的差異を前提として、法の与える特権の面でも法の課する義務の面でも、同一の事情と条件の下では均等に扱うことを意味する」と述べられている。

注(20) 引用は、宮澤俊義「憲法Ⅱ[新版]」有斐閣1971年269頁および289頁。なお、前掲注9・芦部信喜「憲法学Ⅲ 人権各論(1)」25-26頁参照。

注(21) 以下の平等に関する違憲審査基準に関しては、渋谷秀樹・赤坂正浩「憲法2 統治[第2版]」160-167頁(渋谷秀樹執筆)ならびに前掲注9・芦部信喜「憲法学Ⅲ 人権各論(1)」22-32頁、および前掲注6・芦部信喜・高橋和之補訂「憲法[第3版]」125-126頁に基づくものである。なお、判例は、取り扱いが合理的なものか、それとも不合理な差別的取り扱いか、ということに関する基準を明確に示していないが、そのことについては以下のような批判がある。すなわち、「判例は、憲法14条1項は『国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきである』(最大判昭和39[1964]年5月27日民集18巻4号676頁)、つまり『事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨』だと理解している。これを『絶対的平等』と対比して『相対的平等』と言うこともあるが、様々な国民すべてを絶対的に等しく扱うなどということは不可能であるから、この説明自体は当然のことをいっているにすぎない。問題は、『事柄の性質に即応した合理性』の有無を裁判所がどのように判断すべきかである。とはいえ、判例は合理的根拠の審査枠組を示しておらず、裁判所は個別事例ごとにそこでの区別扱いが『合理的』といえるかどうかを判断することにならざるをえない」と(初宿正典ほか「憲法 Cases and Materials 人権(基礎編)」有斐閣2005年28-29頁)。また、同様に、「ある特定の法的区別が『合理性』を有するか否かの判断は、…個別事案ごとにその内容に即しての総合判断になっており、実は基準があるようで基準がないという状態のように思われる。…裁判所の平等の権利についての判断は、立法府や行政府が第一次的に下した判断に対する事後的判断である。そこでの判断基準を『合理性』ということにおく場合、『合理性』はすでに推定されており、それを破る明白な『不合理性』が確認されないかぎり、平等の権利の侵害はな

いという取扱いになる。平等の権利をめぐる争点についてほとんどの場合合憲判決に終わっているのは、そのような事情によるものである」（阿部照哉・野中俊彦「平等の権利」法律文化社、1984年、116-117頁・野中俊彦執筆）と述べられている。

注(22) 甲斐素直「憲法ゼミナール」信山社 2003年 237頁では、「私人間で名誉毀損あるいはプライバシーの侵害が問題となっても、これは私人間効力の問題として取り上げる必要はない。なぜなら、名誉とかプライバシーという権利は、確かに憲法上の権利として今日把握されているが、それ以前に実は私法上の権利として発達してきたので、はじめから私法上の問題として論ずればよく、わざわざ憲法問題として考える必要はない。…私人間効力の問題としては取り上げる必要があるのは、そこで問題となっている人権が、私法上の権利としては未だ確立していない場合に、限られることになる」としたうえで、236頁では、「間接適用説をとる場合、その訴訟はいわゆる憲法訴訟ではなく、純然たる民事訴訟となる。したがって、憲法訴訟で説かれる審査基準論はここでは不要である」と述べられている。

注(23) 公序良俗の意義等に関しては、遠藤浩ほか編「民法(1) 総則[第4版増補訂版]」有斐閣 2000年 142頁では、「公の秩序とは国家・社会の一般的利益、善良の風俗とは社会の一般的倫理ないし一般的道徳観念を意味するが、両者は一体的に扱われるべきで、厳密に両者を区別する実益はない。憲法規定違反行為が私法上直ちに無効となるか(直接効力説)、直ちに無効とならず私法規定を通して間接的に憲法規定が適用されるにとどまるか(間接効力説)が論じられているが、判例・通説は間接効力説を採っている。その場合に、公序良俗は憲法規定と私法規定を媒介する重要な役割を果たす。…民法は公序良俗を法律行為の総則として規定したが、民法の基本的理念として、法律行為以外の分野でも基準となりうる。すなわち、不法行為、不当利得等の分野である」と述べられている。また、公序良俗の意義に関しては、「判例・学説は…両者を合わせて社会的妥当性を意味するものと解している」とし、公序良俗の具体的内容に関して、「時代によって変化する。…戦後は、…個人の利益の重視、憲法的価値の尊重という傾向をみとることができる」と述べられている(金子宏ほか編「法律学小辞典[第3版]」有斐閣 1999年 63頁)。

注(24) この挙証責任の配分に関する記述は、前掲注

22・甲斐素直「憲法ゼミナール」信山社 2003年 368-369頁ならびに 236-237頁によるものである。236-237頁においては、憲法訴訟で説かれる審査基準論の代わりに「重要性を持つのが、挙証責任の配分の問題である。考え方としては2通りあり得る。基本的に私的自治が優越している法領域であるから憲法規範が劣後すると考えるか、それとも憲法規範は公序となっているとして私的自治に優越すると考えるか、である。前者の考えを採ると、人権の間接適用を主張する側が責任を負うと考えるべきことになる。これに対して、後者の考えを採ると、私的自治を主張する側が当該場合において憲法が公序ではない、と挙証する責任を負うべきことになる」と述べられている。そして、この挙証責任の配分の問題に関して、「私人間効力一般としては、どちらと解すべきかを一律に決定することは困難であろう」として、三菱樹脂事件の例を取り上げ、前者の考えを採ったと考えられる最高裁判決(最高裁判所大法廷判決昭和 48年 12月 12日・民事判例集 27巻 11号 1536頁・判例時報 724号 18頁)が、「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、…場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存在するのである」と判示していることに関して、「原則的に私的自治を優越させた結果、挙証責任を従業員側に課した結果、企業側が勝訴している」と述べ、他方で、後者の考えを採ったと見られる東京高裁判決(東京高等裁判所判決昭和 43年 6月 12日・判例時報 523号 19頁)が、通常の会社においては労働者の思想・信条のいかんによって事業の遂行に支障をきたすとは考えられないのでこれによって雇用関係上差別をすることは憲法14条・労働基本法3条に違反するとしてうえで、「入社試験の際、応募者にその政治的思想、信条に関係のあることを申請させることは、公序良俗に反し許されない」と判示したことについて、「憲法14条が明確に例示している平等原則違反の問題であることを考えると、特に私的自治の問題として許容しうることを侵害者側が立証しない限り、自動的に90条違反が成立すると考えること

もできよう」(同書368頁)と述べている。そして、結論的には、「近時有力になりつつある14条列举事項特別意味説にしたがえば、性別など、そこに列举されているものは、その歴史的背景から、私人間においてもそれに抵触する行為に対しては公序良俗違反という推定が働き、それとは異なる主張をする側が、公序良俗該当性を挙証する責任がある、というべきことになろう」と述べられている。

注(25) 前掲注9・佐々木惣一「全訂 日本国憲法論」425-426頁等参照。

注(26) 前掲注13・伊藤正己「憲法[第3版]」249-250頁。また、前掲注16・佐藤幸治「憲法[第3版]」471頁では、「憲法は、平等思想の根元と過去の経験(過去の悲惨な差別、本人の努力によってはどうにもならない社会的汚名、等々)に鑑み、一定の事項(後段列举事項)についてはとくに「差別」を警戒し、その事項に関してはやむにやまれざる特別の事情が証明されない限り「差別」として禁止する趣旨(「差別」につき疑わしい範疇)と解すべきであろう」と述べられている。

注(27) 樋口陽一「憲法[改訂版]」創文社1998年204-205頁、樋口陽一ほか「注解法律学全集1 憲法I[前文・第1条~第20条]」青林書院1994年318頁参照。

注(28) 前掲注9・芦部信喜「憲法学Ⅲ 人権各論(1)」33頁ほか。

注(29) 前掲注13・辻村みよ子「憲法[第2版]」205頁参照。

注(30) 人種差別に関連するアメリカ合衆国の平等保護に関しては、松井茂記「アメリカ憲法入門[第3版]」1995年262-276頁参照。小説でも、例えばストウ夫人の「アンクル・トムの小屋」その他も深く考えさせられることは多い。

注(31) 棟居快行「憲法解釈演習-人権・統治機構-」信山社2004年7-8頁。

注(32) 前掲注5・近藤敦「入浴拒否と人種差別」112頁。

注(33) 長谷部恭男「憲法[第3版]」新世社2004年132頁。

注(34) 小畑郁「国際人権規約-日本国憲法の下での人権条約の適用」ジュリスト13221号(2006年10月15日号)10頁。

注(35) 前掲注34・小畑郁「国際人権規約-日本国憲法の下での人権条約の適用」14頁。そこでは、続けて、「もっとも裁判所は、憲法やこれらの条約についていわゆる間接適用説をとるから、問題の実質は、不法

行為の成立に人権条約がどのような影響を及ぼすか、ということに収斂されるといってもよい。しかし、ここでも、裁判所は、浴場経営者の営業の自由とのバランスを考慮に入れて「社会的に許容しうる限度を超えている」ものかどうかを判断するのである。そうすると、本件入浴拒否が「私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたるというべきである」という当の裁判所による折角の認定も効果を失っているというほかはない。なぜなら、裁判所の判断枠組みでは、人種差別ではあっても不法行為となるかどうかはまったく定かではないからである。人種差別撤廃条約は、私人間のものであっても人種差別を禁止し、終了させる義務(2条(d))を課している。条約の立場は、人種差別であれば、禁止・終了させられるべきであり、また、いかなる人種差別の結果としての損害に対しても、公正かつ適正な賠償または救済が裁判所により与えられなければならない(6条)、というものである。営業の自由といった考慮事項は、あるとすればすでに人種差別の定義のなかに織り込まれている。あえて「間接適用」し、さらに人種差別であっても、相手方の営業の自由を考慮に入れて社会的許容限度を超えているかどうかをみるという立場は、同条約の趣旨と大きく乖離しているというべきであろう」と述べられている。

注(36) 宮崎繁樹編「解説・国際人権規約」日本評論社1996年1-3頁(宮崎繁樹執筆)。なお、同書113-114頁(今井直執筆)では、自由権規約第2条と国内法との関係に関して、次のように肯定的に述べられている。すなわち、「日本では、条約は公布とともに国内的効力を生じ、少なくとも法律より上位の地位を占める。そして、直接適用可能(自動執行的)と判断された条約は個別事件における裁判規範となりうる。本条を自然に解釈するかぎり、国内裁判所での本規約の直接適用可能性を否定する趣旨の判例はみあたらないし、むしろそれを積極的に肯定する判断がなされる場合もある。例えば、1993年2月3日の外国人被告人の通訳費用負担事件東京高裁判決(法務省刑事局外国人関係事犯研究会編「外国人犯罪裁判例集」55頁(法曹会、1994年))、1994年10月28日の京都指紋捺捺拒否逮捕事件大阪高裁判決(判時1513号71頁)、1996年3月15日の受刑者と弁護士の接見制限事件徳島地裁判決などは本規約の直接適用可能性を明示的に認めた重要な先例である。特に徳島地裁は、規約が「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方式を採用している」ことを理由に、その直接適用可能性を認めた。今後はさらに、各条項の規定内容や、「尊重する」義務と「確保する」義務の違い、さらには社会権規約との関係をふまえたよりきめ細やかな判断が求められている」と。

注(37) 前掲注 33・長谷部恭男『憲法[第3版]』440頁参照。同様に、波田野里望・小川芳彦編『国際法講義[新版増補]』有斐閣 1998年 66-68頁(広部和也執筆)では、以下のように述べられている。すなわち、「いわゆる国際関係における国際法の優位(supremacy of international law)は、確立した原則であり、条約についてもあてはまる。しかし、そのことは、条約が当事国の国内においてつねに適用されることを意味しない。なぜなら、条約の効力そのものは、当事国を抽象的に拘束するにすぎず、その条約内容を国内で具体的にどう実施するかは各当事国に委ねられているからである。これは、条約の国内実施に関する国家の憲法体制と条約規定の性質・内容との両面から考察されるべき問題であり、国際法と国内法との問題である。条約の国内的効力は、実際には、条約規定を何らかの意味で国内的に実施しなければならない場合に問題となる。各国の憲法体制は、わが国のような受容体制とイギリスのような変型体制に分かれるが、前者では、条約が国際法的に発効すれば特別の手続を経ることなくそのまま国内的に効力を生じることになり、後者では、およそ国内的に実施しなければならない条約は国内法の形に変えて国内的に実施されることになる。もっとも、国内法の形に変える方法は様々であり、一つの条約を目的・内容に対応していくつかの国内法に分けて規定を作ったり、条約全体をそのまま国内法の中に取り込むなど、他の国内法との整合性を考慮して行われる。又、受容体制をとる場合でも、条約規定の性質・内容によって、そのまま実施できない場合がある。条約規定がセルフ・エグゼキューティング(self-executing)なものであれば、個人の権利義務関係が明確になっていてそのまま国内的に実施できるが、そうでない場合には(non-self-executing)、具体的に実施するための国内法を制定しなければならず、この場合は外観上は変型ということになる」と。

注(38) 前掲注 36・宮崎繁樹編『解説・国際人権規約』

日本評論社 1996年 256頁(升味佐江子執筆) 参照。

注(39) 裁判所による国際人権関係条約の適用に関して、藤田久一「国際化と憲法」ジュリスト 1192号(2001年1月1日・15日合併号) 55頁では、以下のように述べられている。すなわち、「最後に、日本の裁判機関における国際法とくに国際人権関係条約の適用問題から、国際法と憲法の補完的役割を見ておきたい。世界人権宣言が1948年国連総会決議で採択され、1966年国際人権規約が条約として成立し、以後多数の人権関係条約が締結され、日本も一定の条約(国際人権規約のほか、女子差別撤廃条約、人種差別撤廃条約、拷問禁止条約、児童の権利に関する条約など)の締結国となっている。これらの条約は、国会承認条約であり、憲法上も条約として国内的妥当(一般受容)と位置づけを与えられている。もっとも、とくに人権関係条約の場合、国内裁判所で必ずしも直接適用(自動執行)が認められるわけではなく、適切な国内立法を通じて適用されるものもある。ところで、日本の裁判所において、国際人権規約(自由権規約)の(国内)適用が認められてきた場合がある。一つは憲法に同種の規定がない場合に人権規約の規定を適用する場合であり、もう一つは憲法に同種・同内容の規定があるため憲法の適用と同じことになる場合である(例えば、憲法14条[差別禁止]に違反しない以上、自由権規約26条に違反していないという論法がとられることが多い)。前者の場合、人権規約違反ではないとの判決が出れば、それに対する上告は認められない。(民事訴訟法改正後、上告理由は憲法違反等に限定され、人権規約のような条約違反を理由とする上告は受理されないといわれる)後者の場合、憲法規定の解釈で済まされ、自由権規約人権委員会の見解や一般的意見による自由権規約の解釈はとられない」と。