

# 外国人の人権

## －「外国人の入浴・入店お断り」訴訟－

堀 江 薫

### The protection of human rights of foreigners

Kaoru Horie

#### 1 はじめに

21世紀に入って、あらゆる領域で国際化ないしグローバル化が進展している。その一側面としての国境を越える人々の移動は、すべての人がみな地球人であることを実感させるものである<sup>(1)</sup>。しかし、対立と戦争の世紀でもあった20世紀の残滓は、簡単に払拭されるものではありえない。人間ないし民族相互の風習・生活等への無知・無理解が疑惑と不信をおこしひいては戦争につながったとの、1945年採択のユネスコ憲章前文<sup>(2)</sup>で述べられた趣旨の状況は、すでに相当程度改善されているとしても、現在でもなおまったく解消されたというわけではないのである。

以下においてとりあげる国内の近時の判例に示された事実も、そのことを例証するものである。第1の事例は、外国籍を有する者および日本に帰化した者が、株式会社が経営する公衆浴場での入浴を拒否された事件（以下事例①とも呼ぶ：いわゆる小樽公衆浴場外国人入浴拒否事件：札幌地方裁判所判決平成14年11月11日・平成13年（ワ）第206号損害賠償等請求事件・判例時報1806号84頁）であり、第2の事例は、宝石店でショーケース内に展示されている宝石を見ていた外国人女性が、「外国人の入店は固くお断りします」という趣旨の張り紙を示されたうえで、警察官まで呼ばれて

追い出そうとされた事件（以下事例②とも呼ぶ：いわゆる浜松宝石店外国人入店拒否事件：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）である。民族的出身や皮膚の色や国籍に基づいて不合理な差別がなされてはならないと考えるのが妥当であると思われるが、いまなお、世界各地で、外国人が、外国人であるというだけの理由で、予想もしないような不合理な差別的取り扱いを受ける事例がなくならないのである<sup>(3)</sup>。

本稿では、(ア)外国人が憲法の人権規定の適用を受けるか否かという論点に触れたうえで、(イ)人権の私人間効力に関する直接適用説ならびに間接適用説、すなわち、外国人の入浴・入店の拒否という、不合理な差別的取り扱いに関して、憲法第14条第1項が私人間にも直接適用されうなのか、それとも、そのような社会的に許容しうる限度を超える人権侵害については、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<sup>(4)</sup>等の趣旨が間接的に適用されるのか、との論点を中心に検討を行う。残された(ウ)憲法第14条第1項にいう差別禁止事由の意義や、国際条約の意義と国内受容などに関する論点は、大きな問題

であるので後日検討を行い、国際化にまだまだ十分には対応しきれていない憲法理論の課題の提示と、近時の学説にもうかがえる平等原則のいっそうの具体化の方向性を検討するものである。

## 2 検討する外国人差別の事例

後述するように、不合理な差別的取り扱いを受けた場合、外国人が一方当事者として何らかの契約関係にあるときには、契約の履行の有無をめぐって民法上の債務不履行や不法行為で対応したり、雇用関係などにおいては労働基準法第3条などによって対応したりすることも可能であろう。

しかし、本稿で取り上げる2つの事例は、ともに、入浴や入店を拒否された場合に該当し、いまだ契約関係には入っていないのであって、精神的苦痛を受けたことに対して、憲法や国際人権規約や差別撤廃条約などの規定する平等原則（ないし差別禁止原則）違背を根拠として損害賠償請求を行うことくらいしか対処法は見あたらず、しかも、通説・判例が依拠している憲法人権規定の私人間効力論の壁によって、差別禁止原則違背を直接根拠とすることも困難な事例なのである。

以下では、2つの事例の事実、原告側の主張、裁判所の判断内容等の概要を紹介する。ただし、事例①に関しては、憲法第14条違反を原告側が主張しているので、ある程度詳細に取り上げ、事例②に関しては、不法行為の根拠として、人種差別撤廃条約が根拠とされ、憲法上の規定が直接根拠とされているわけではないので、付随的に取り上げ必要な範囲で概要を述べるにとどめることにする。また、両判決全般について、一定範囲において、表記を改めたり、要約したりした部分がある。また、学説・判例ないし憲法学上の理論等の理解に必要な箇所には、〔〕内にゴシックで筆者注を加えている。

### 事例①：小樽公衆浴場外国人入浴許可事件

（札幌地方裁判所判決平成14年11月11日・平成13年（ワ）第206号損害賠償等請求事件・判例時報1806号84頁）<sup>〔5〕</sup>

#### （ア）事実の概要

小樽市内では、公衆浴場において、外国人船員らの入浴マナーが悪いことに対して他の利用者からの苦情が寄せられ、1993年後半頃から一部公衆浴場が外国人入浴一律拒否を行うに至っていた。被告・株式会社Aのグループ企業が経営していたサウナ風呂は、外国人船員のグループが来店して入浴マナーに反する迷惑行為を行うことが多かったため、入浴マナーを記載したパンフレットを作成して外国人利用者に配布したが、事態は改善されず、利用者が減少したため、経営困難となり、1998年8月末頃廃業した。一方、1998年9月に、被告・株式会社Aは、公衆浴場・スーパー銭湯Bを開業したが、開業の当初は外国人の利用を制限していなかったところ、小樽港から入国する外国人船員らが来店し、土足で店内に入場したり、浴室に酒を持ち込み、飲酒しながら大声で騒いだり、身体に石鹸をつけたまま浴槽に入ったり、浴槽に飛び込んだりするなどの迷惑をすることが多く、他の利用者からの苦情が寄せられるようになった。これらの経緯をふまえて、被告会社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、一律に外国人の利用を拒否することにした。1999年9月、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）、およびそれぞれの家族、ならびに他の外国人2家族は、入浴目的で公衆浴場Bを訪れたところ、従業員から、外国人船員らが入浴マナーを守らず他の利用者に迷惑をかけ、客が敬遠するようになったために、外国人入浴拒否の方針をとるようになったことの説明を受けた。これに対し、原告らは、自分たちが長年日本で生活を続け、日本人配偶者を持つ者もいることを述べて、入浴を認めるように説得したが、受け入れられなかった（第1入浴拒否）。公衆浴場Bは、1999年12月頃から、前記「JAPANESE ONLY」の看板に代えて、「諸事情により外国人の方のご入場はご遠慮いただいております。今後の対応については検討中でございます。」との看板を掲げるようになった。原告Dは、2000年に帰化した後、同年10月に友人らと公衆浴場Bを訪ね、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、入浴を拒否された（第2入浴拒否）。2000年12月、1989年頃から日本に在住する原告E（アメリカ国籍）は、公衆浴場Bを訪ね、入浴しようとしたが、入浴を拒否された（第3入浴拒否）。

なお、行政の対応を見ると、1998年10月、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公衆浴場Bに指導することを要請したことを受け、同月、小樽市の担当職員は、公衆浴場Bを訪問し、事情聴取したうえで、外国人に対する理解と協力を求める指導を行った。1999年には、公衆浴場Bでの入浴を拒否されたという外国人からの苦情が小樽市に数件寄せられ、担当職員が再度の事情聴取と指導を行ったが、外国人一律入浴拒否の中止は拒否された。同年10月、小樽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会が小樽市の主催で開催され、11月には、小樽市内公衆浴場等の外国人受け入れについての国際交流関連団体連絡会議が小樽市の主催で開催された。小樽市は、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、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。この頃までに、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。

#### （イ）原告側の主張（被告・株式会社Aに対する請求を中心として）

以上の経緯に基づき、原告C、D、Eは、被告・株式会社Aならびに被告・小樽市に対して、外国人であることを理由とする公衆浴場への入浴拒否が、法の下での平等を定める憲法第14条第1項、国際人権規約自由権規約第26条、および人種差別撤廃条約第5条（f）等の規定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、被告・株式会社Aに対し、民法上の不法行為に基づき、損害賠償および謝罪広告の掲載を求め、同時に、本件入浴拒否という人種差別が行われたのは、被告・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り、このような被告・小樽市の不作為は人種差別撤廃条約に反し違法であるとして、被告・小樽市に対し、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を求めたものである。

このうち、被告・株式会社Aの法的責任の有無に関する原告らの主張内容は以下の通りである（小樽市の法的責任の有無に関する原告らの主張は省略し裁判所の判断の中で触れる）。

##### （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〔筆者注：外国人の人権享有主体性に関する権利性質説の採用〕。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が問題となる〔筆者注：14条1項の解釈に関し「法の下での平等」の解釈について絶対的平等ではなく相対的平等が適切であると解する見解に立脚したうえで平等原則違反となるのは合理性のない差別に該当するか否かという基準を設定している〕。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【筆者注：本件事実へのあてはめ】。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【筆者注：結論＝憲法第14条第1項違反が存在したとの主張】。

#### (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21日に批准され、同年9月21日に発効した。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【筆者注：条約の国内法的効力の問題に関して直接適用可能性を認める見解を採用】。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【筆者注：条約違反の差別に該当するか否かの基準設定＝合法的な目的達成のための処遇の場合には条約違反には該当しない】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【筆者注：本件事実へのあてはめ】。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【筆者注：結論＝条約違反が存在したとの主張】。

#### (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入し、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【筆者注：人種差別撤廃条約の国内的効力】。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【筆者注：差別禁止に関する締約国の義務】。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【筆者注：条約上の差別是正に関する国家機関等の不作為を理由とする損害賠償】。

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【筆者注：国際人権法は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の見解ならびに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の見解の主張】。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【筆者注：結論＝人種差別撤廃条約第5条f項違反の主張】。

#### (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【筆者注：憲法違反を理由として被告は民法第709条・第710条不法行為に基づく損害賠償責任を負うとの主張】。

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【筆者注：上記各条約違反を理由として被告は不法行為に基づく損害賠償責任を負うとの主張】。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【筆者注：上記条約が私人間には直接適用が認められない場合でも上記国際条約の趣旨はわが国の「公序」なので損害賠償責任を問うことができ被告は損害賠償責任を負うとの主張】。

#### (ウ) 裁判所の判断

(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【筆者注：憲法人権規定の私人間効力に関する直接適用説採用の否定＝後の間接適用説採用の前提の提示】。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【筆者注：国際条約の私人間効力に関する直接適用説の否定＝後の間接適用説の前提の提示】。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【筆者注：私人間においても「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」という基準を満たすときには憲法の人権規定や国際条約の趣旨を私法の一般規定を通じて間接的に適用する＝私人間効力に関する間接適用説の採用；また、「法の下での平等」に関して、平等の意義を相対的平等と解する立場に立脚する場合、合理的な差別的取り扱いが許容されるが、不合理な差別的取扱いは違憲違法となるのであり、不合理な差別に該当するか否かの判定基準は、「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」であり、この要件を充足している場合には、不合理な差別が存在したと認定されることになることを提示＝人権規定の私人間効力に関する問題においては一般に対立する利益の比較衡量が必要となり、本件の場合には「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」に私的自治領域に法が介入して私人による他人の権利侵害を無効ないし違法とする】。

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みえるが、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、世系または民族の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[筆者注：本件事実へのあてはめ]、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[筆者注：結論＝人種差別の認定]。

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[筆者注：本件事実へのあてはめ＝被告による一律の外国人入浴拒否は明らかに合理性を欠くものと認定]。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[筆者注：結論＝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たといえるので違法であり不法行為にあたること認定]。

(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。又、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、これによって被告・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、被告・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〔筆者注：基準設定＝小樽市が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、被告・小樽市の不作為が違法となる〕。

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の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）〔筆者注：本件事実へのあてはめ＝小樽市は可能な施策を行い相応の効果がありそれ以外の有効な施策は想定しがたいと認定〕。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〔筆者注：結論＝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〔結論＝原告らは、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、被告・株式会社Aは原告らに対しそれぞれ慰謝料100万円を支払わなければならない〕。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〔結論＝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謝罪広告掲載請求は認められない]。

## 事例②：浜松宝石店外国人入店許可事件

(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)

### (ア) 事実の概要

1998年6月、Aテレビジョンネットワーク静岡支局の女性記者である原告X(ブラジル国籍)は、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、同店の経営者である被告Yから英語でどこの国から来たのかと尋ねられたので、ブラジルからであると答えた。被告Yは、当時フランスの会社とのトラブルを抱えていたうえに、6年前に先代経営者である父が2人組に襲われ宝石を奪われた経験を有しており、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、店からで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、新聞記者である夫や知人等を呼び、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、などの趣旨のことを述べた。そして、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。原告Xは、被告Zに謝罪を求めたが、被告Zは、はじめ「…ごめんなさい」との文を書いたが、それは、はやく原告らに店から出て行ってもらいたい趣旨であって、本心から謝罪したものではないとの旨を述べた。こうしたことを受けて、原告Xは、それなら裁判に訴えますと述べ、外国人入店差別は人種差別撤廃条約違反であるとして、被告Y・Zを相手方とする損害賠償請求(慰謝料100万円・弁護士費用50万円)を行った。

### (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のにもかかわらず、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である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、犯罪捜査に係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 訴訟上の問題点および憲法学上の論点

(1) ここで、上述の2つの民事訴訟における請求の内容等について簡単に示しておく。通常、判例を検討していくと、1つの民事事件でも、多様な法的論点を包含しており、類似の事件でも、同じような請求がなされるわけではないことが理解できるのである。

上記事例①では、原告側が、被告であるスーパー銭湯を経営する株式会社に対して求めた請求内容の主要なものは、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に反する外国人一律入浴拒否という人種差別的取り扱いをされたことにより人格権を侵害され精神的苦痛を受けたことに対する損害賠償（慰謝料および訴訟費用請求）、ならびに、某新聞朝刊への謝罪広告掲載である。また、原告側が被告である小樽市に対して求めた請求内容の主要なものは、小樽市は、人種差別撤廃条約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のに怠ったという不作為、あるいはそのような条例制定のほかにも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それを怠ったという不作為があったため

に、入浴拒否による人格権侵害を被ったのであり、これらの不作為は違法であるので損害賠償（慰謝料および訴訟費用請求）せよ、というものである。

他方、事例②では、原告は、被告らが人種差別撤廃条約に違反して外国人入店拒否という不法行為を行ったので慰謝料および弁護士費用を支払えという請求を行ったのである。

このように2つの訴訟では、請求内容が異なるところがある。通常、具体的な法的問題が発生し、原告が訴訟を提起したいと考えたとき、原告本人、もしくは法律の知識や訴訟遂行手続きに詳しい弁護士が訴訟代理人になって、訴訟を遂行することになると、原告側は具体的な事実を法にあてはめ原告の権利主張を特定して訴状の請求の趣旨・請求の原因欄に請求内容（原告が申し立てている権利を訴訟物と呼ぶこともある）を記載するが、どのような請求内容にするかは原告側が定めるのであり、民事訴訟法第246条にいうように、「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない」のである。例えば、外国籍女性Aが、勤務先のスナックで男性客から暴行を受けたためそれを避けようと店舗2階から飛び降りて腰椎骨折し、B病院に救急搬送されたうえ4日後に市立病院Cに転院させられたが、C病院の医師は、患者Aについて手術的治療が最善であると認識したものの、AがHIV（ヒト免疫不全ウイルス）感染者であることがわかったため、二次感染への不安などから院内の看護師等に動揺が広がることを危惧して手術的治療を回避し、D病院に転院させたために、Aが後遺障害を負ったと主張された（Aは訴訟提起後に帰国しエイズで死亡したのでその父母が訴訟承継した）事例（甲府地方裁判所判決平成17年7月26日・平成6年（ワ）第139号損害賠償請求事件）では、まず、原告側は後遺障害を負ったのは市立病院Cの医師らが手術的治療を回避したためであるとの理由で不法行為による損害賠償請求権に基づき休業補償や逸失利益ほかの支払いを求める主位的請求を行っており、相手方として不当に転院させた市立病院Cの設置者である市を被告としているが、原告側は、訴訟選択として、公務員の不法行為の場合に国

や地方公共団体を相手方として提起する国家賠償法に基づく訴訟ではなく、民法上の不法行為に基づく民事訴訟として提起した。また、不法行為の予備的請求（原告側の「仮に…不作為と本件患者の後遺障害との間に因果関係が認められないとしても、本件患者は、手術的治療という適切な治療を受ける期待権を侵害された」などの主張による不法行為に基づく慰謝料支払い請求）においても、原告側は、憲法第14条第1項に基づく病名を理由とする差別を根拠とせず、私法（民法第709条・第710条・第719条第1項・第715条）上の適切な治療を受ける期待権および人格権が侵害されたと主張したのである。さらに、B病院の医師が本人Aに無断でHIV検査したことに関しては、正当な理由もなく本人の意思に反してその人から情報を収集したものでありプライバシー権の侵害に該当すると考えられるが、原告側は、当該医師に対して法的責任を追及しなかった。また、最終的に、裁判所も、原告側および被告側の主張に即して判断し、主位的請求に関しては、「手術的治療を実施しなかったという不作為と本件患者の後遺障害との間の因果関係を認めるに足りる証拠はない」として棄却したうえで、手術的治療の回避と転院は「患者がHIV感染者であることのみを理由にした医学的根拠のない差別的取扱いであるといわざるを得ず、本件患者の人格権を違法に侵害し、著しい精神的苦痛を与えるものである」として、予備的請求の「手術的治療という適切な治療を受ける期待権及び人格権を侵害されたことによって被った精神的損害に対する慰謝料」を認容したのである。

したがって、某テレビ番組に見られるように、ある法的問題に関する訴訟において、どのような法的な道筋を立て、どうすれば勝訴できるかについて、複数の弁護士の見解が分かれることはしばしば起こることなのであり、同様の事件に関して裁判所の判決が分かれることも同様の事情を背景としているのである。これに関する近時の事例では、第2次世界大戦前の日本統治下における台湾および朝鮮に設置されたハンセン病療養所に入所していた原告らが、いわゆるハンセン病補償法（「ハンセン病療養所入所者等に対する補償金の支給等に関する法律」・平

成13年法律第63号）に基づいて、国（厚生労働大臣）に補償金の支給を請求したところ、国側が原告らの入所の事実が確認できないとして補償金を支給しない旨の決定をしたので、国を相手方として、当該不支給決定は違法であるとして、不支給決定の取り消しを求めた事案において、いわゆる台湾訴訟では、東京地方裁判所民事第38支部が当該不支給決定の取り消しを命じる原告勝訴の判決（東京地方裁判所判決平成17年10月25日・平成16年（行ウ）第524号ハンセン病補償金不支給決定取消請求事件）を言い渡したのに対して、いわゆる韓国訴訟では、東京地方裁判所民事第3部は請求を棄却し原告敗訴の判決（東京地方裁判所判決平成17年10月25日・平成16年（行ウ）第370号・平成16年（行ウ）第525号・平成17年（行ウ）第57号ハンセン病補償金不支給決定取消請求事件）を言い渡し、論議を呼んだのである。私見では前者の判断を妥当と考えているが、このようなところにも裁判の難しさをいし法解釈の難しさがうかがえるといえるのである。

本稿の事例に関してみれば、差別的取り扱いを受けたとする根拠法規に若干の違いがあり、事例①では、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の違反が主張されているが、事例②では、人種差別撤廃条約違反中心の請求となっている。また、事例①では市の法的責任も争われているのに対して、事例②では争われていない。このような違いは上述したことを理由とするものである。

また、憲法の規定が訴訟で根拠とされているときにはなかなか勝訴しにくい、と言われることもある。それは、一面では、憲法が他の法律に対して上位かつ最高の法規範であることにも由来するともいえるのである。すなわち、「特別法は一般法に優位する」という法格言があるが、例えば、家屋の賃貸借に関する問題では、まず、特別法としての借地借家法と、その上位にある一般法としての民法があり、通常は、特別法である借地借家法が一般法である民法に優先して適用され、借地借家法に規定のない部分に関して一般法である民法の規定が補充的に適用される。そして、民法にも規定がない場合に

はじめて、その上位にある憲法の財産権等の規定が解釈適用される可能性が出てくるのである。したがって、本稿の事例のような民事訴訟においては、問題解決のために根拠とされる法規範は、通常は、民法以下の法規範であって、憲法規定はごくまれにしか主張されず、憲法規定が根拠とされているときにはほかに容易に勝訴しうような法的根拠を見出しがたい状況の場合もあるということなのである。

事例①ならびに事例②の場合には、ともに勝訴となったが、外国人が差別的扱いを受けたとして訴訟になった事例では、民事訴訟や行政訴訟で勝訴したものは数少なく、敗訴になった事例が多い。近時の著名な例を挙げれば、保健婦として採用されていた外国籍の地方公務員が課長級の職の管理職選考試験を受験しようとしたところ日本国籍を有しないことを理由として受験が認められなかったため、労働基準法第3条・憲法第14条第1項・第22条第1項（「何人も、公共の福祉に反しない限り…職業選択の自由を有する」）等の違反があったとして国家賠償法第1条第1項に基づいて訴訟提起した事件では、東京高等裁判所（東京高等裁判所平成9年11月26日判決・平成8年（行コ）第62号管理職選考受験資格確認等請求事件・判例時報1639号30頁）は、「管理職であっても、専ら専門的・技術的な分野においてスタッフとしての職務に従事するにとどまるなど、公権力を行使することなく、また、公の意思の形成に参画する蓋然性が少なく、地方公共団体の行う統治作用に関わる程度の弱い管理職も存在する」のであり、「課長級の管理職の中にも、外国籍の職員に昇任を許しても差し支えないものも存在するというべきであるから、外国籍の職員から管理職選考の機会を奪うことは、外国籍の職員の管理職への昇任の途を閉ざすものであり、憲法第22条第1項、第14条第1項に違反する違法な措置である」として、当該公務員が被った精神的損害に対する慰謝料の支払いを命じたのに対して、最高裁判所（最高裁判所大法廷平成17年1月26日・平成10年（行ツ）第93号管理職選考受験資格確認等請求事件・民事判例集第59巻1号128頁）は、「管理職に昇任するための資格要件として当該職員

が日本の国籍を有する職員であることを定めたとしても、合理的な理由に基づいて日本の国籍を有する職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法3条にも、憲法14条1項にも違反するものではない」と判示して原判決を破棄し、慰謝料請求を棄却してしまったのである。私見では、「日本国籍を有しないことのみを理由として被上告人に管理職選考の受験の機会を与えなかったのは、国籍による労働者の違法な差別といわざるを得ない。また、このような差別が憲法14条に由来する労働基準法3条に違反するものであることからすれば、国家賠償法1条1項の過失の存在も肯定することができるので、被上告人の請求を認容した原判決は結論において正当であり、本件上告は棄却すべきものと考え」とする滝井繁男裁判官による反対意見が妥当であると考えられるものであるが、詳細な検討は別稿に譲る。

（2） また、憲法学上の論点に関しては、主に次のようになる<sup>6)</sup>。

まず、「はじめに」において指定した（ア）外国人も憲法の人権規定の適用を受けるか否かという論点に関しては、事例①および事例②の問題について、そもそも、外国人が人権を享有できないならば人権侵害はありえず裁判に訴えることもできない（ただし政策的に一定の権利行使を可能とすることはありうる）のであって、外国人であることを理由とする不合理な差別を受けたとする人格権侵害等に基づく賠償請求もできないことになるのである。

外国人の人権享有主体性に関しては、日本国憲法が第3章の表題を「国民の権利及び義務」としていることから、問題が生じる。すなわち、外国人は、日本国憲法が規定している人権を、日本人と同様にもてるのか、逆から見れば、外国人は憲法上の人権を享有できないのではないか、という問題を生じるのである。地球人がみな安全で豊かな生活を送れるようになるために人権が普遍化されてきているという理想を追い求める立場からすれば寂寥感を覚えるような議論かもしれないが、国際社会が依然として主要な行動主体として個別の主権国家を前提とし、国家がその独自の歴史や文化や政治社会

制度等に基づいて国内で人々に保障している人権の内容も国ごとに異なるものがあること、これまで多くの国の憲法は、例えば国民主権を前提に少なくとも国政レベルの参政権を当該国民のみに与えるものとしてきたが、他方ではその参政権を持ってない人々である外国人の存在も想定されていて、人権享有に関して自国民と外国人とがまったく同様であるというわけではないという理論上の問題も存在することなどを考慮すると、なお検討すべき議論なのである。さらに、外国人が、憲法上の人権を享有しようとの見解に立つ場合でも、どのような人権をどの程度までもてるのか、換言すればどのような人権が享有の制約を受けるのか、などが問題となってくるのである。

次に、外国人が人権を享有しようとした場合に、外国人と会社あるいは商店が何らかの契約関係にある場合、例えば、入浴している際に外国人であるから出て行ってくれと言われて退場を強制された場合には、私法の一般条項である民法第90条（いわゆる公序良俗規定：例えば人身売買契約のような契約においては当該契約ないし法律行為の違法性を理由として当該契約を無効とすることのできる根拠規定となるもの）の対象にもなりうるし、債務不履行の問題となって賠償請求などができる可能性もある。そして、このような場合には、一定の証拠を示すことができれば、ある程度は勝訴しやすいものと考えられる。

しかし、本稿の事例のように、まだ契約関係成立に至っていない場合には、何らかの根拠に基づいて入浴・入店契約の強制ができるか、あるいはそのような契約の強制ができないとしても差別を理由とする人格権侵害に基づく損害賠償・慰謝料請求ができるかなどが問題となるのである。

この点について検討すると、まず、法的には、入浴・入店拒否は事実行為であって法律行為ではないので、上記民法第90条（公序良俗規定）の対象にはならない。次に、民法第709条以下の不法行為規定が適用されるためには、不法行為の成立要件（故意または過失・権利侵害・損害発生・因果関係・責任能力・違法性阻却事由不存在など）の充足が必要となる<sup>(7)</sup>。本稿

の事例において不法行為が成立するといえるためには、権利侵害（または違法性と解する説もある）の要件に関して、根拠となる法令に反したことあるいは法的保護に値する利益が侵害されたことが必要となるが、外国人であることを理由とする不合理な入浴・入店拒否を禁止する規定は個別法には存在しない。ちなみに、公衆浴場法第5条第1項は、入浴者に対して、「浴そう内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼす虞のある行為」をしてはならないと定め、第2項で、営業者または浴場の管理者は当該行為者に対して行為を制止しなければならないと規定しているが、入浴を拒否できるのは、第4条にいうように、伝染性の疾病にかかっている者と認められる者に対してであって、反対解釈としてそうした者以外への入浴拒否は許されないようとも考えられる。しかし、もともと、事例①で判示されたように、公衆浴場法の立法目的等を考慮すると、「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」のである。したがって、外国人に対する入浴・入店拒否行為の違法性の判断においては、当該行為が、平等原則に反しているか、すなわち、憲法第14条第1項に違反しているか、が問題となるのである。

しかし、ここに立ちただかる大きな壁が、上記（イ）の憲法人権規定の私人間効力論なのである。憲法は、歴史的に国家が人々の人権を大規模に侵害するような立法行為や行政行為を行ったという反省に鑑みて、法の支配や権力分立制度の採用などによって人々の自由や権利の確保を行い、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」（憲法第19条）というような人権侵害をしてはならない相手方、すなわち規定の名宛人を、国家としている。また、私的領域に関しては、互いに自由・平等な個人がそれぞれの自由意思で自由に契約を行ってその生活関係を豊かにすることができることを基本とし、国家は私的領域への権力的介入を極力控えることが望ましいという近代市民法の理念にも

立脚して、人権規定は、私人間には直接適用されることはない、というのが学説の多数および判例の見解なのである。本稿で取り上げる事例に即して考えると、まず、人権規定の直接適用説に立てば、外国人差別が憲法第14条第1項に反することが立証されれば、憲法第14条第1項も私人間に適用があるので当該行為は違憲とされて、不法行為として認定され損害賠償請求は認められることになりうる。これに対して、通説・判例の間接適用説では、人権規定の趣旨や理念を私法の一般規定を通じて間接的に適用していこうとするのであるが、前述のように事例①および事例②においては当事者がまだ契約関係には入っていないことから民法90条・公序良俗規定は用いることはできない。また、民法第709条以下の不法行為規定が適用される前提としての権利侵害ないし違法性の有無の判断に関して、契約をするか否か、どのような契約内容にするかは、私人である当事者が決めることであって、会社や商店の側の契約の自由や営業の自由を広く認める立場からは、入浴・入店拒否を違法とはしにくいのである。

そこで、通説・判例のように私人間効力に関して間接適用説をとった場合に、本稿で取り上げる事例が憲法第14条第1項違反として違法性を有すると認定できるかどうかの判断について、論点(ウ)の憲法第14条第1項列举事由(国籍による差別は人種による差別なのか社会的身分による差別なのか付随的論点)の意義をどのように理解するかの問題が生じるのである。例えば、憲法第14条第1項に列举された差別禁止事由に関して、民主社会ではあってはならない差別禁止事由として特別に意味を持つと考ええる立場からは、ある差別的行為によって他人の自由や平等に扱われる権利が害され、かつ当該行為が社会的に許容しうる限度を超えていると評価できる場合には、憲法第14条の趣旨を、私的自治に関する一般的制限規定である民法第90条や不法行為に関する諸規定を通じて間接的に適用して、違法であって不法行為に該当すると判定できることになりうる。また、本稿の事例のような場合には、憲法だけではなく、国際人権規約自由権規約や人種差別撤廃条約等の趣旨も私人間の問題に間接適用することも考え

られるが、これは憲法規定の私人間効力の議論をさらに進めるものである。他方、憲法第14条第1項後段に関する別な考え方として、そこに列举されている事由は私人間にも当然に適用される差別禁止事項であり、事例①の原告側主張にあるような憲法第14条第1項後段は「憲法的公序」なのだとする見解も魅力的である。

いずれにしても、本稿で取り上げる事例は、外国人の入浴や入店を禁止する行為に対して不当であるとして損害賠償請求した、一見するときわめて単純に見えるような事例である。そして、日本人ならば何の問題もなく認められるはずの入浴・入店の権利ないし法的利益が、外国人ないし外見が外国人に見えるというだけの理由で一方的に制限され、かつ精神的にも非常に大きな苦痛を被るという差別的取り扱いが、現実には数多く存在するものと思われるが、それに対して、このような私人間の場合の差別的取り扱いを明文で直接的に禁止する実定法も見あたらず、事態の改善のために行政上の対応を求めても、行政機関側も法的根拠が見あたらない以上はせいぜい指導や勧告を行うことができるだけであろう。しかも、非常に大きな精神的苦痛を被っても泣き寝入りすることが圧倒的に多いと考えられるのであるが、こうした状況を少しでも改善するために、最後の手段として訴訟提起するとしても、この請求が認められるためには、訴訟上あるいは憲法理論上かなりの困難があるのである。したがって、国際化に伴う人的交流の活発化に鑑みれば、社会的経済的に不利な立場におかれている人々を救済することを重要な役割の一つとしている法律学・法理論において、従来さまざまな不利な扱いを受けてきた外国人の自由や権利を少しでも伸張させる試みを行うことはこれまで以上に必要性が大きいと考えられるのである。

#### 4 外国人の人権享有主体性

(1) 憲法学上、外国人も日本国民と同様に憲法上の人権を有するか、が論じられることがある。既述のように、日本国憲法の人権規定の章の表題が、「第3章 国民の権利及び義務」となっているからである。

まず、外国人とは誰を指すかについて、簡単

に検討しておく。

日本国民に関してみると、憲法第10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定しているのを受けて、国籍法が「日本国民たる要件」を定めている。人は、原則として、どこかの国に属し、その国民として国家を構成すると同時に、さまざまな権利を享受し、一方でその国の統治に服するのであるが、個人が、具体的に、どの国で教育を受け、参政権を行使し、刑法の対象となり、税金を払い、時には兵役義務を果たし、外国で何らかの被害にあった場合にどの国の保護を受けるか、などの問題に関係するのが国籍であり、国籍とは一般に「個人と国家とを法的に結びつけているきずな」<sup>(8)</sup>であると定義される。日本は、原則として血統主義を採用しており、出生による国籍の取得に関して同法第2条では、「子は次の場合には、日本国民とする」としたうえで、「1 出生の時に父又は母が日本国民であるとき。 2 出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であるとき。 3 日本で生まれた場合において、父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないとき」と規定している。従来は、父系優先主義を採用していたが、1979年に採択された女子差別撤廃条約（女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約）を日本が1985年に批准するのに伴って、父母両系主義を採用する一方、上記3号のように例外的に出生地主義を採用したのである。このほか、後天的に国籍が付与される場合として、日本国民でない者が自らの意思である国の国籍を離脱し日本国籍を取得する帰化（国籍法第4条から第9条）などがある。

これに対して、外国人の定義は、法律や公文書により若干の違いがあり、国籍法では、第4条で「日本国民でない者（以下『外国人』という。）」としており、いわゆる入管法（『出入国管理及び難民認定法』）第2条2号では「日本の国籍を有しない者をいう」と定められ、外国人登録法第2条第1項では「この法律において『外国人』とは、日本の国籍を有しない者のうち、出入国管理及び難民認定法（筆者注：括弧内省略）の規定による仮上陸の許可、寄港地上陸の許可、通過上陸の許可、乗員上陸の許可、

緊急上陸の許可及び遭難による上陸の許可を受けた者以外の者をいう」と定められ、また、『平成16年版警察白書』では、永住者（出入国管理及び難民認定法上の永住者・日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法上の特別永住者を含む）・日本人の配偶者等・永住者の配偶者等を定住者ないし定着居住者といい、日本にいる外国人から定着居住者、在日米軍関係者および在留資格不明者を除いた者を来日外国人としている。

なお、このように外国人の定義が異なることは、外国人に関連する考究課題について、課題ごとに、観光目的等の短期滞在の外国人と、留学・労働目的等の一定の長期間日本に滞在する意思を有する外国人と、日本による植民地支配下におかれた朝鮮および台湾の出身者で日本に定住した人々ならびにその子孫である在日韓国・朝鮮人や在日中国人等の特別永住者その他の外国人、などを分類し類型化して考察する必要があることを示している<sup>(9)</sup>が、外国人への差別の考察という本稿の目的に鑑み、外国人についての厳密な定義は行わず、単に日本に在留する日本国籍を有しない者（他国籍者と無国籍者）としておく。ここで、入国外国人の実態を見ると、第2次世界大戦後まもなくの間は、外国人として認識されていた人々とは、はじめから身体の不可侵や裁判権からの免除等の特権の一部ないし全部を有している外交官や外国軍人<sup>(10)</sup>、あるいは、決して多くはない数の一般観光客や、聖職者や、貿易商や技術者その他の人々であり、法務省入国管理局編『平成16年版 出入国管理』<sup>(11)</sup>によれば、1950年には約1万8千人にすぎなかったのである。約100万人に達したのは、1978年である。それに対し、その後の輸送手段の発達や国際化の急速な進展等を背景に、観光、留学、就労その他の目的で、2002年には約570万人が入国するに至っている。通常入国者の場合、入国の日から90日以内に居住地の市区町村で外国人登録を行う義務がある（外国人登録法第3条第1項）のであるが、上記の入国外国人のうち90%以上が、外国人登録を行うことなく出国する短期滞在者である。他方、上記資料によれば、外国人登録者数は、2002年には、約

185万人であり、そのうち、上記の日本のアジアにおける植民地支配および敗戦に関連して生じたいわゆる在日韓国・朝鮮人は60万人超である<sup>(12)</sup>。

(2) このように多数にのぼる日本在留外国人が、日本国憲法で規定されている人権をまったく享有しないというのは妥当な考え方とは思えないのであり、現在、外国人にも憲法上の人権規定の適用が権利の性質上可能な限りにおいて及ぶと解するのが学説の多数となっているのであるが、ここで、外国人の人権享有主体性に関する主な学説を整理しておく。

### ①消極説

憲法第3章が定める人権規定は「国民の権利及び義務」であることを重く見て、外国人は憲法上の人権享有主体ではないとするのが、消極説である。

この見解では、外国人の人権享有主体性に関して、例えば、「憲法第3章の定める個々の権利及び義務は…国民の権利及び義務である。故に、外国人は憲法第3章の条規による権利及び義務を有するものではない」<sup>(13-A)</sup>と主張される。すなわち、この説の根拠は、憲法第3章は表題を「国民の権利及び義務」としていること、および、日本国憲法は国民のみの人権を保障していること、である。ただし、この消極説は、「憲法が、或る事項について、国民に与えている地位は、外国人にもこれを与えることを、政治道義上妥当とする場合が少なくない」<sup>(13-B)</sup>とも述べており、一方で、外国人に人権保障を保障するか否かは立法政策の問題であるとし、他方で、たしかに憲法規定は適用されないが政治道義上外国人も国民と同様に扱うことが望ましいとする趣旨なのであって、外国人はまったく人権を有しないとする趣旨ではないこと、したがって消極説は人権規定適用否定説であって人権享有否定説ではないことに留意する必要がある。

しかし、消極説は憲法の文言を重視しただけで形式主義的であるばかりでなく、後述の積極説が根拠とする人権の前国家性や国際協調主義などを考慮すれば、消極説のとりよな、外国人に対して思想・信条の自由や信教の自由や拷問禁止その他の人権規定が適用されるかどうか

は立法政策による、という考え方自体が、国家主権を絶対のものとし在留外国人を管理する対象と見る考え方と結びつきやすいように考えられるのであり、妥当とは思えない。したがって、憲法制定当初は有力であった消極説は、現在ではあまり見あたらなくなっている<sup>(14)</sup>。なお、敗戦後の日本国憲法制定過程において、「外国人の人権保障を、憲法次元の保障からもっぱら法律の定め方の次元に降ろしてしまおうとする政府のポリシー」<sup>(15)</sup>があったために憲法第3章の表題を外国人を含めない形での「国民の権利及び義務」にしたのではないかとされていることに至っては、現在から見れば非常に大きな問題を含む政府対応であったと考えられるのである。

本稿で扱う事例と関連させて考えれば、この消極説に立った場合には、日本に在留する外国人の人権が侵害された場合でも違憲訴訟を提起できないもしくは非常に困難ということになってしまい、憲法第14条第1項のほかには適当な国内の根拠法が見あたらぬ差別禁止原則違背事件での救済がきわめて困難になることも考慮すると、消極説は妥当ではないと考えるものである。

### ②準用説

この見解は、基本的には、日本国憲法はもととまず日本国民の人権を保障する立場に立ったものであり、外国人には人権規定は適用されないとして、消極説と同じ考え方に立脚する一方、後述の積極説の理念を勘案して、日本国民と本質的に異なる立場に立つ外国人にも憲法の人権規定を一定範囲で準用して日本国民と等しく取り扱おうとするものである<sup>(16-A)</sup>。

この準用説に対しては、積極説からは、日本国民と外国人との間に本質的に差異があるとする準用説の出発点自体に疑問がある<sup>(17)</sup>との批判や、消極説と同じく人権規定の外国人への適用を原理的に否定しているのは問題である<sup>(18)</sup>との批判があり、これらの批判の正当性に鑑みれば、準用説は、消極説同様、妥当ではないと考えるものである。なお、準用説を支持する見解は、きわめて少ない。

本稿で扱う事例の場合、準用説に立つと、憲法の平等規定が準用されるならば救済の道が開

かれるが、全体としていかなる憲法規定がどのように準用されるのかという基準（提唱者は例えば「人間としての生存の基本的条件にかかわっているかどうか」<sup>(16-B)</sup>）で判断を行い関わっている場合には準用するという）が不明確であり、救済されるかどうかは基準の判定者しだいになるおそれがあると考えられ、妥当性に欠けるとと思われる。

### ③積極説

この見解は、まず、(ア)日本国憲法は、その第11条・第97条や世界人権宣言前文や国際人権規約（自由権規約・社会権規約）前文の趣旨に見られるように、そもそも、基本的人権は、神や君主や憲法によって与えられたものではなく、人間性ないし人間の尊厳に基づいて、すべての人がただ人間であるということのみによって当然に生まれながらに有する権利なのである、という人権の前国家的性格・前憲法的性格ないし人権の固有性の思想に立脚していること<sup>(19)</sup>、また、(イ)日本国憲法が、第98条第2項において、国際協調主義を採用して、「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」を規定し、国際人権規約（社会権規約第2条第2項・自由権規約第2条第1項）が定める内外人平等原則は確立された国際法規と考えられるようになっていくこと、人権の国際的保障が急速に進展していること<sup>(20)</sup>、などを根拠として、外国人の人権享有主体性を認め、憲法が保障する人権規定は原則として外国人にも適用されると解するものであり、現在では支配的となっている<sup>(21)</sup>。

歴史的に、国家がつくられ、その国の国籍をもつ国民が構成され、自動的にその国の国籍をもたない外国人が生じたとしても、その外国人が、人が人であるかぎり有するはずの人権をもたないというのは、妥当な考え方ではないであろう。人は自由・平等の生来の権利（自然権）を有しており、その自然権をよりよく確保するために、人々は、社会契約（憲法）を結んで、政府（統治機構）を形成し、権力者に立法や行政や司法に関する権力の行使を委任した、したがって政府の存在目的は人々の人権の確保にありそれが不十分な場合には抵抗することもできる、とする自然権論・社会契約論的理解からす

れば、社会契約を結んだ社会構成員とは、自らの自然権をよりよく確保するために社会契約を結んだ当事者であって、国籍をもつ日本人であるとか、ある地方公共団体に住民票がある日本人であるとかに限定する必要はないように思われる。このような理論的検討課題はおいたとしても、上述の、憲法の理念や、各種の人権関連条約の趣旨、あるいは国際社会における人権保障の進展等に鑑みれば、積極説が妥当であると考えられるものである。

ただし、外国人が、日本国憲法が保障する人権享有主体であるとはいっても、実際に日本国民とまったく同様に人権を持つことができるかというところではない、と一般には解されている。人権の中には、国家レベルの参政権や、国籍離脱の自由のように、性質上、日本国民のみを対象としていると解されるものがあり、積極説に立っても、「いかなる人権がどの程度保障されるかを具体的に（保障の及ぶ外国人の類型も異なることに注意して）明らかにする」<sup>(22)</sup>必要がある、とされているのである。

ここで、まず、どのような人権が外国人に認められるのかについての判定基準に関して、積極説の中にも2つの考え方が存在する。

ひとつは、文言（基準）説と呼ばれる考え方である。日本国憲法の人権規定には、「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない」（第18条前段）や、「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」（第20条第1項前段）のように、「何人も」などの用語を用いている規定、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」（第19条）、「学問の自由は、これを保障する」（第23条）のように人的対象を明示していない規定、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」（第15条第1項）、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」（第25条第1項）のように、「国民は」などの用語を用いている規定があるが、文言説は、このような憲法の文言を重視して、「国民は」等の文言が用いられている規定は日本国民にだけ適用され外国人には適用されず、「何人も」等の文言が用いられている規定は日本国民に限定されず外国人にも保障される、と解するものである<sup>(23)</sup>。



この文言説に対しては、「この説のいう文言基準とは、絶対的なものではなく、あくまで一応のものにとどまるという趣旨であるとはいえ、憲法典の文理に執着しすぎの感がある」<sup>(24)</sup>との批判や、第22条第2項の「何人も…国籍を離脱する自由を侵されない」との規定は、日本国憲法上の規定であるから国民に対して日本国籍離脱の自由を保障しているのであって、「何人も」の用語に従って日本国憲法が外国人にも国籍離脱の自由を保障していると解するのは背理ないし無意味であり妥当ではない<sup>(25)</sup>との批判や、「国民」が用いられている第12条についてその後段の自由や権利の濫用の禁止は外国人には及ばないことになったり、同じく第13条後段の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は包括的人権なのに外国人には適用がないことになったりするので妥当ではない<sup>(26)</sup>などの批判が提示されている。このように見ると、文言説は妥当ではない。学説も、文言説を支持する見解は、ほとんど見あたらない。

これに対して、通説・判例となっているのが、(権利)性質説であり、「権利の性質によって外国人に適用されるものと、そうでないものとを区別し、できるかぎり(その範囲・程度については争いがあるが)人権の保障を外国人にも及ぼすべきであるという説を言う」<sup>(27)</sup>。最高裁判所も、いわゆるマククリーン事件(最高裁判所大法廷判決昭和53年10月4日・民事判例集32巻7号1223頁)において、「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、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」であると判示しているのである<sup>(28)</sup>。

こうして、現在では、「外国人がそもそも人権享有主体たりうるかという問題に関する…議論は、こんにちではもはや意味を失っているといえる。…また、日本の判例上も、外国人の人権享有主体性それ自体を否定したものは存在しない」<sup>(29-A)</sup>と述べられているような状況に至っている。そして、通説は、権利の性質上外国人には保障されない権利として、参政権、社会権、入国の自由などをあげているが、一方で

は、近時、これらの権利を含めて、とくに定住外国人の人権保障は日本国民と同様なものに拡充する必要があるとする見解も多い。例えば、参政権に関しては、国政レベルの選挙権については、「国会議員の選挙権を有する者を日本国民に限っている公職選挙法9条1項の規定が憲法15条、14条の規定に違反するものでないことは、最高裁昭和50年行(ツ)第12号同53年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223頁の趣旨に徴して明らか」(最高裁判所第2小法廷判決平成5年2月26日・判例時報1452号37頁、判例タイムズ812号166頁)であると判示されて否定されたのに対して、「人権の問題を考える際に重要なのは、その人の国籍ではなく、生活の実態である」<sup>(29-B)</sup>との立場に立って、「少なくとも、日本以外に生活の本拠をもたない『定住外国人』に対しては、選挙権・被選挙権を保障することが要請されると考えるべきである」<sup>(29-C)</sup>との見解がある。地方レベルの選挙権について見れば、最高裁判所は、憲法の国民主権の原理における国民とは日本国民を意味するとし、「公務員を選定罷免する権利を保障した憲法15条1項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である」とし、「憲法93条2項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものである」として、従来同様の立場を表明したうえで、「我が国に在留する外国人のうちでも、永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に密接な関係を持つに至ったと認められるものについて…法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である」と判示して、適当な法律が制定されるならば永住者等の地方公共団体レベルの参政権を認めることができるとしたのである(最高裁平成7年2月28日第3小法廷判決・民事判例集49巻2号

639頁・判例時報1523号49頁)。さらに、外国人の参政権問題に関しては、以下のような注目すべき見解がある。すなわち、「参政権が主権の行使の意味をもつことを考えると、国民主権の下においては、参政権は国民にしか認められず、外国人に認めるのは憲法違反であるという見解も存在する。しかし、国民主権という『国民』は、国籍をもつ国民とは異なるレベルの『国家構成員』であり、かりに在日外国人がこの意味での国家構成員であるとすれば、主権者として当然に参政権をもつということになるはずであり、その参政権が国籍を有しないということを理由に奪われてもよいのかという問題となるであろう。また、かりに国民主権という国民が国籍保有者を指すとしても、外国人に参政権を認めることが国民主権の原理に反するとまで言えるのかは疑問である。たしかに、外国人は憲法上の権利として参政権をもつものではないとは言えるであろうが、主権者国民が外国人に参政権を与える決定を法律により行うことを憲法が禁止しているとまでは言えないであろう」<sup>(30)</sup> というものである。

ただし、外国人の政治活動の自由に関して、最高裁判所が、前記・マクリーン事件判決において、「政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが相当である」として制限的に解したことについては、『権利の性質上』の考慮をどう解するか場面では、個人の尊重(13条)と国際協調主義(前文、98条2項)を重視する一方で、国家=国民主権の伝統的枠組に必要以上にこだわらない立場をとるべきである」<sup>(31)</sup> と評されているように批判的な見解も多く、また、日本政府の入国管理体制に関しても、「いわゆる在留資格制度は外国人の自由権を一旦否定してからしかる後恩恵的に個々の自由に該当する活動を為しうるものとして入国を認めているものと解される。すなわち入管法による外国人の権利への強い制約は人権規定の外国人の不適用を前提しているようで、違憲の過度の制約がないかどうか検討される余地がある」との指摘<sup>(32)</sup> があるように、依然とし

て国家主権を重視し在留外国人を管理する対象と見る考え方を背景としているように見えるのであり、立法・行政面での外国人の人権の拡充には、なお多くの課題が指摘されているところである。

(3) 他方、本稿で取り上げる事例との関連でいえば、実際の訴訟においては、権利性質説に立つのが通例となっており、現在は、外国人の人権享有主体性に関する論点そのものがあまり言及されることもなくなっていることが指摘できる。

事例①においては、原告側の主張において、「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」と述べられ、権利性質説に立脚した主張が行われているが、被告側の主張、および判決理由においては、格別の言及はなされていない。

また、事例②においては、原告側の主張の中で、「わが国では、人種差別撤廃条約の批准前は、憲法第14条が人種差別を一般的かつ全面的に禁止する唯一の法であった。憲法第14条第1項は、『すべて国民は、法の下に平等であって、人種…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』と宣言している。しかし、この規定は、わが国に存在する外国人にも適用されると解されてきたものの…」などと述べられただけであり、被告側の主張および判決理由においては格別の言及はなされていない。

このようなことからすると、先に引用した、日本の判例上外国人の人権享有主体性それ自体を否定したものは存在しないとの指摘は正鵠を得ており、今後、訴訟において外国人の人権享有主体性が問われることはほとんどないであろうと考えられるのである。

## 5 人権の私人間効力

(1) しかし、以上述べてきたように、憲法の人権規定とりわけ平等権が在留外国人にも等しく適用されると解して、外国人の人権享有主体

性の問題をクリアーしても、本稿で扱う事例に見られるように、実際に生じる非常に多くの差別の事例に対して訴訟面でも救済の壁になる以下で検討する私人間効力の論点があることが、次に問題となるのである。

ちなみに、民法第3条は、外国人も「法令又は条約の規定により禁止される場合を除き、私権を享有する」と定めており、一定の範囲内で私法上の権利義務の主体となる資格(権利能力)を認められている。そうすると、本稿で扱う入浴・入店する権利も、外国人は、日本人と同様にもてるのが当たり前ではないか、同じ人間である以上不当な差別を受けない法的保護のもとにあるのではないか、というようにも考えられる。しかし、現実はそのようではない。

女性を例にとれば、このことは明かである。戦後は憲法上も民法上も男女平等になり、たしかに参政権その他の権利も同等にもてるようになった。しかし、対私人、とくに私企業との関係では、労働基準法や男女雇用機会均等法(「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に関する法律」：1997年改正)によってある程度改善されるまでは、結婚退職制や出産退職制や早期定年や昇進差別が、後述する私人間効力の項で検討するような私的自治の原則や使用者と労働者の契約の自由の建前のもとで、さまざまな差別的扱いが存在したのであり、女性の権利拡大のための多様な活動や訴訟は今なお続けられているのである。

外国人の場合には、建前上は、私的領域において、日本人と同様の権利を有するとされているながらも、法律等でもかなりの制限が認められ、入浴・入店の権利のように法律の明文での規定がない領域では、私人間での差別的取り扱いにより多く見られるのである。しかし、民法学上は、外国人に関する記述は少ない。以前には、「国際的な取引が発達した今日、諸国の立法例は、外国人についても権利能力を認めるのが常である。しかし、国家間の政治的対立から、内国人と全く同じ権利能力を認めるまでには至っていない。民法も同様で、日本の国籍を有しない外国人については、『法令又は条約に禁止アル場合ヲ除ク外』権利能力を認めるにとどまる…法令による制限は少なくない」<sup>(33)</sup>と述べられて

いたが、近時では、「人は全て権利能力を有するのだろうか。かつて、奴隷はサルや犬と同じ地位にあって、売買の対象であった。さらに外国人は、一定の場合に権利能力を制限されている(2条参照。日本の船舶・航空機の所有等の制約がある)。しかし、原則として人は全て平等の権利能力を有する、というのが現在の民法の大原則である。この原則は、歴史的には重要な意味があるが、今日では当然のことであろう」<sup>(34)</sup>、あるいは、「今日においては、すべての人間は権利義務の主体となりうるのが原則である(民3条1項参照。例外として、外国人に関する3条2項が残存しているが、その妥当性には問題がある)」<sup>(35)</sup>などと述べられているだけである。民法が関わる具体的な問題に関しては、外国人も、日本人と同様に扱われることが前提にあるのであろうが、人格権関連の民事事件などでは憲法学以上に民事法学が検討する課題が多いように思われるのである。

ここで、私的領域においても、労働関連の分野は、長い歴史の中で、かなりの程度で雇用者あるいはいわゆる資本家に対して弱い立場にある労働者の権利を強化してきたと思われるので、そこでの外国人の地位と女性の地位を簡単に比較検討することになると、まず、女性に関しては、男女雇用機会均等法(1997年改正)により、募集および採用(第5条)・配置や昇進等(第6条)・福利厚生(第7条)・定年や退職や解雇(第8条)の均等機会賦与が定められ、それらは義務規定となっている。とくに、募集および採用に関してみれば、第5条で、「事業主は、労働者の募集及び採用について、女性に対して男性と均等な機会を与えなければならない」と定めて、改正前の努力規定を改め、義務規定ないし禁止規定にしたことにより、女性であることを理由として採用差別があったことが立証されれば第5条違反として違法となり、損害賠償(慰謝料)請求できることになる(ただし法に罰則規定がないので違反しても刑罰の対象にはならず、裁判所は違法と認定しても不法行為に基づく損害賠償を認めるだけで採用の強制はできないと解されている)。これに対して、外国人の場合には、そのような法律はないので、外国人であることを理由として採用拒否されて

も、当然には違法とはならないのである<sup>(36)</sup>。  
 (2) このように、一般的に、労働者の募集時や、入浴施設での入浴申し込み時などの、契約以前の段階である契約の申し込みないし申し込みの誘引において、差別的取り扱いを受けても、それを禁止する特別な法律がない限り、違法とはならないと解されているのであるが、それはどうしてかといえ、以下のような最高裁判所判例が存在するからである。

すなわち、最高裁判所は、入社試験面接時に学生運動等の活動歴を秘匿ないし虚偽申告を行ったことを理由として会社から本採用拒否の告知を受けたため労働契約関係が存在するとして訴えた事件（いわゆる三菱樹脂事件：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）において、「憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような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あたり、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、法律その他による特別の制限がない限り、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することはできないのである。憲法14条の規定が私人のこのような行為を直接禁止するものでないことは前記のとおりであり、また、労働基準法3条は労働者の信条によって賃金その他の労働条件につき差別することを禁じているが、これは、雇い入れ後における労働条件についての制限であって、雇い入れそのものを制約する規定ではない。また、思想、信条を理由とする雇い入れの拒否を直ちに民法上の不法行為とすることができないことは明らかであり、その他これを公序良俗違反と解すべき根拠も見出すことはできない」と判示したのである。

この判決は、私的領域においては、男女雇用

機会均等法第5条のような規定がない限り、どのような人を雇い入れるかは事業者側の自由だ、逆に見れば、事業者側はある思想・信条を持つ人の雇い入れをその思想・信条を理由として拒否しても違憲違法にはならないのだ、とするものであり、いかにも不合理なように見える。思想の自由は憲法の中でも精神的自由権の中核をなす重要なものであって、それに基づく不合理な差別は私人間でも禁止されるべきである。公務員になろうとしたり、国公立の学校に入学したりする際に、そのような制限を設けたら、憲法違反となるのである。他方、公務員になろうとしあるいは企業に就職しようとする際に、その職場で一生懸命に働こうとしている以上、仕事に直接影響するようなことがない限り、どんな思想を有していても関係がないように思われる（この事件では実際には信用を重んじる当該企業が差し戻し審の途中で原告と和解し原告は会社に復帰したのである）。

(3) そうすると、私的領域には、憲法の人権規定は適用されないのか、逆に、憲法の人権規定を私人対私人の関係に直接適用すると不都合があるのか、が問題となってくるのである。

不都合のほうを先に考えてみると、理解しやすいであろう。例えば、国公立の大学は、教員採用する際に特定の宗教の信者であることを条件にしたり、特定の宗教教育を行ったりすれば、国家機関と宗教とを分離する政教分離原則によって憲法第20条違反となる。しかし、あるキリスト教系の大学が、教員採用の際にキリスト教に理解を有する者との条件をつけたり、建学の理念に従って宗教教育を自由に行ったりしても、違憲違法とはならない。もし、すべての憲法の人権規定が私的領域に直接適用されるとすれば、宗教団体が設立する私立学校が行っている宗教教育は違憲となり、大混乱が起きることが推測できるのである。

では、このように、私的領域においては、すべての憲法規定が直接適用されるわけではないのはなぜか。略述すると、以下のようになる。すなわち、まず、恣意的な立法や行政を行い不公正な裁判を行うことによって人々の権利や自由を大規模に侵害したのは専制君主をはじめとする国家権力であったことから、それを市民革

命によって打破して成立した近代市民国家においては、自由国家、小さな政府、あるいは夜警国家と呼ばれたように、国家権力が、社会秩序の維持や治安の確保に限定される一方、私的領域では、互いに自由・平等な個人（国家に関わりがない側面のみでみる場合に私人・私企業あるいはそれらを総称して私人という）がそれぞれの自由意思で私的な関係を形成することができるという私的自治の原則<sup>(37)</sup>が妥当するものとされ、国家の介入を受けずに市民が自由な活動を行う広範な経済的社会領域（この私的領域は市民社会と呼ばれることもある）がつくられた。そして、私的領域では、法令に反しない限り私人の自由を広範に認め、私人間で紛争が生じたときにはそこでの対処・解決のためのルールに委ねればよいとされた。他方、国家の役割は、市民の自由や権利を最大限確保することに主眼が置かれ、国家組織・作用を規律し対国民の関係で国家の統治権の発動に関わる公法（憲法は統治のための組織と作用を定め国家と国民との関係を規律するので刑法・刑事訴訟法・地方自治法などとともに公法に含まれる）と、国家には関わらない私的領域を規律する私法（私人相互間の関係を規律する民法や商法その他が含まれる）の二元化のもとで、「公法は、私法の背後においてやむをえない場合にのみ、これに干渉する、という消極的地位を認められるにとどまった」<sup>(38)</sup>のである。こうした事情を背景として、例えば、「検閲は、これをしてはならない」という憲法規定の名宛人は国家ということになっているように、憲法の人権規定は、原則として、国家権力との関係で保障されるものとされ、言い換えれば、国民の権利や自由が国家権力によって侵害されることを防ぐために憲法での人権保障が必要であると考えられたのである。

（４）ところが、資本主義の進展に伴って、企業その他の、巨大な組織と社会的経済的力をもつ私的団体が多数存在するようになっており、例えば、恣意的に解雇されたり、結婚退職を迫られたりすることに見られるように、企業と労働者との雇用契約である就業規則によって、組織構成員である労働者が、企業と対等の関係をもてないままに、権利を侵害されるようになった。また、近時では、マスメディアによる一般

市民のプライバシーの侵害や、企業活動等によって生じた公害による地域住民の被害の発生など、市民国家成立当初には予想もできない形で、私人による他の私人への大規模な人権侵害が生じるようになった。これらの紛争の過程で、法律が未整備の領域では、私人相互間の争いにおいて、弱い立場の人々を救済することは容易ではないこともわかった。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。

私人間効力についての考え方は、大別して、不適用説（無効力説）、間接適用説（間接効力説）、直接適用説（直接効力説）の3つに分かれており、近時は、こうした区分はあまり意味のないものであり私的な人権侵害を個別に検討すべきだとする見解や、国家は個人の基本権を他人による侵害から保護する義務を負うとする見解なども提唱されている。ただし、私人間効力に関する理論的問題には、人権の性質や国家の役割等に関する深刻な考え方の違いが存在するのであり、必要な限りで適宜触れることにするが、伝統的な人権論に立脚しつつ私人間の人権侵害の救済という現実の要請も満足するような矛盾のない理論的説明は今後もできないであろうというのが、私見である。

#### ①不適用説（無効力説）

以前提唱されていた不適用説は、伝統的な公法・私法二元論に基づいて、まず、基本的人権の保障は、憲法に特別の定めがない限り、対国家ないし対公権力のものであり、他方、憲法所定の人権規定は、国家の権力作用を規制するものであって民事事件とは関係がない、とする考え方<sup>(39)</sup>である。ただし、この立場は、私人間には自由権は適用されないとするものであり、憲法に特に定めがあるもの、すなわち、第15条第4項・秘密投票の保障や、第16条・請願権や、第18条・奴隷的拘束および苦役からの自由や、第27条第3項・児童酷使の禁止や、「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する」と労働基本権保障を定める第28条は、私人間への適用を認めている。

また、近時の有力な不適用説の論者は、私人間効力をめぐる議論全般がドイツの学説の影響

下にあることに批判的な立場に立って、フランス革命期の構想、すなわち、「すべての個人が誰に対しても主張しうる自然権を有するということ、国家の目的は、この自然権を守ることにあり、ゆえに国家は人権を尊重・保護する義務を引き受ける。この目的を実現するために、憲法が制定され国家が組織される。憲法は自然権を憲法上の権利として掲げ、その保護・尊重を命じる。したがって、『憲法上の権利』の名宛人は国家であり、特に立法権はこの『憲法上の権利』に拘束される(略)。そして、この法律に執行権・司法権が拘束されることにより、憲法上の権利の尊重が実現される。他方、私人間における自然権の衝突の調整、即ち自然権の保護は法律により行う。…私人間の権利調整は法律の専管領域であり、憲法の人権規定がそこに適用されることは想定されていなかったと考えられる。要するに、人権は、自然権として、私人間に効力をもつが、その調整は法律によってのみ行われるのである」とする「フランス・モデル」に立脚して、「私人間における人権保障は民法を中心とする私法によってなされる」、「問題は民法の一般条項の性格をどう解するかであるが、たとえば民法90条は立法者がみずから人権の調整を行った規定とは解しえない。むしろ裁判所に調整を委ねた規定と解すべきであろう」<sup>(40)</sup>と述べている。

たしかに、以前の不適用説にしても、近時の無効力説にしても、基本的に、人権の伝統的な理解に立脚し、理論的整合性から見ても首肯すべき点が多い。

しかし、この見解に対する批判としては、端的に、「裁判による救済が弱い。強きものが優先されることにより、私法関係における個人の自由が失われる恐れがある」<sup>(41)</sup>ということが指摘されている。現在では、巨大な社会経済的力を有する私的団体からの人権侵害だけではなく、本稿で扱っているような、法律もないところでの一般市民と呼ばれているような人々の間での人権侵害も多数起きているからこそ、直接適用説や間接適用説のように憲法規定の趣旨・理念をなんとか私的関係にも及ぼして被害者を救済しようとする考え方が生まれたこと、そもそも、人権の観念に関して、「第2次大戦後、

人権規定は自然権を実定化したもの、しかもそれに尽きるのではなく、社会生活上権利として保障するに値する、あるいは保障しなければならない実体を備えるに至った法的利益は、包括的基本権条項(例えば、日本国憲法13条の『幸福追求権』、ドイツ連邦共和国基本法2条1項の『人格の自由な発展を目的とする権利』)を通じて憲法上保障される具体的な人権に数えられる、という新しい人権観念が支配的になった…これは、人権規定が社会生活の基本的な価値秩序、したがって公法・私法を包括した全法秩序の基本原則、を定めたものであることを意味する」<sup>(42)</sup>との指摘があること、換言すれば憲法は人権保障を中核としているからこそ最高法規なのであると憲法自らがうたっている(第97条)趣旨に鑑みれば、不適用説は妥当とは思われないのである。さらに、民法学者からは、端的に、「憲法上の権利保障が、民法90条を媒介として私法上も効力を発揮する事例が見られる」<sup>(43)</sup>との指摘があるほか、公序良俗という社会的妥当性をめぐる問題に関する近時の傾向として、「第一に、公序良俗違反の領域が経済問題にシフトしていることに着目して、一方で、『契約の自由』に対抗する『契約正義』の原理が、他方で、消費者保護とか競争維持といった市場環境整備のための『経済的公序』が、それぞれ生成しつつあるという見解が解かれている。民法90条は、これらを確保・維持するために積極的に利用されるべきであるというのである(大村)。第二に、公序良俗違反を媒介とした憲法価値の実現を重視するという観点に立ち、個人の国家に対する権利保護請求権という概念を導入することによって、90条の発動を積極的に要請しかつ正当化する見解も解かれている(山本敬三)。いずれの見解ももはや、公序良俗を契約にとって外部的な制約として見るという態度をとっていない。契約をめぐる取引秩序は国家によって支えられており、国家をぬきにして契約を語ることはできないということが正面から意識されているのである。しかし、それは公序良俗こそが原則であるという一時期の考え方とは異なる。志向されているのは、自由を方向づけ・支援する公序であり、自由なき公序ではないからである」<sup>(44)</sup>との指摘が出て

いるのである。それによれば、伝統的な国家・私的領域（ないし市民社会）二分論や公法・私法二元論が、現在では以前のような形では維持しえないことが理解できるほか、さまざまな悪徳商法が次から次へとあらわれて消費者の利益が害されたり不正な取引行為が行われたりしている事態を改善するため、あるいは国際化や少子高齢化その他も背景に社会生活の多様な側面におけるいっそうの平等が要請されるに至っている現状では、社会的経済的に不利な状況におかれている人々を救済・支援するための私的領域への国家の介入は当然のことと考えられていることがうかがえるのであり、なによりも私的自治を重視する民法学が自由を守るためには国家の関与を必要とすると述べていることの意味は深い。個人対国家の関係で平等を至上の価値の一つとして掲げる憲法秩序とはうらはらに、現実の私的領域で私人対私人の関係で不平等がまかりとおり効果的な是正方法がない、ということになったなら、なんのために社会契約を結んだのかわからないということになろう。これらの観点からも不適用説を支持することはできない。

## ②直接適用説（直接効力説）

直接適用説は、上記の不適用説とは反対の立場をとるものである。ただし、この見解においては、文字通り、憲法の人権規定がすべて私人間にも適用されるとする純粋な直接適用説はほとんど見あたらず、自然法原理直接効力説、客観的法規範直接効力説、社会的第三者効力説などと呼ばれるような、ある種の人権規定について私人間に直接適用されることを認める限定的な直接適用説<sup>(45)</sup>が提唱されている。

直接適用説は、基本的に、人権は公法・私法を含む法的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するものであり、憲法観・人権観の視点では、「憲法を立憲主義的な公権力の制限の規範であるよりも、むしろ社会の基本的秩序を構成する規範であり、公私法を通ずる法秩序の全体の基礎にあるものと解する立場に立ち、実際上は、通常法でもって法的保護の及ばないような私人による憲法違反行為、とくに人権侵害行為に対して、憲法の精神を及ぼすことによって救済をは

かろうとするものであり、伝統的な自由主義的法治国の考え方を脱皮し、社会的法治国の原理を導入するものといえよう…直接適用説は、現代憲法の機能を重視するものであり、ある面で民衆の憲法への期待にこたえ、社会的要請に合致するものである」<sup>(46)</sup>と評されている。このように、直接適用説は、例えば、巨大な社会経済的力をもつ私的団体による構成員への人権侵害をなんとか救済できないか、という問題に直面して、人権観・国家観あるいは憲法観も修正して、現実に対応しようとして提唱された考え方であることも踏まえれば、高評価すべき点が多い。

しかし、この直接適用説に対しては、まず、私的自治原則が損なわれ、自由な私的領域がほとんどなくなってしまうおそれがあるとの批判がある。私的領域では、当事者が自由に契約内容を決めることによって、生活関係をより豊かにすることができる、というのが本来の姿であるが、例えば、具体的かつ明確な法律がない領域において、訴訟が起きた場合に、裁判所が、直接的に憲法規定に基づいて、契約を無効としたり、不法行為を成立させたりすると、予測不可能な事態となり、何を信じて行動してよいかわからなくなって、かえって自由には行動しにくくなるのである<sup>(47)</sup>。

このことは、本件事例①における「裁判所の判断（i）」の、「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」との判示にも見られるところである。

また、別な批判としては、「基本的人権が、本来、主として、『国家からの自由』という対国家的なものであったということは、現代においても、人権の本質的な指標であることである。私人による人権侵害の危険性が増大しているとはいえ、人権にとって最も恐るべき侵害者はお国家権力である。特に、価値観が多分化した現代国家においては、政権の座にある多数者の

恣意から少数者の権利・自由を擁護するため、人権の対国家権力性（防禦権としての性格）の本質的意味はその重要性を増したと言うこともできる」（<sup>48</sup>）との指摘があり、正当であると思われる。たしかに、私人間での人権侵害を防止し救済することは重要なことであるが、そのために個人の権利や自由に対する国家権力からの侵害の防止という性格を有する立憲主義に立脚する近代憲法の趣旨を軽視してはならないのである。

これらの批判に鑑みれば、直接適用説も妥当ではないということになる。

### ③間接適用説（間接効力説）

そこで、提唱されたのが、間接適用説であり、簡潔に示せば、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は、私法の一般条項を通じて人権規定の価値・精神を私人間に及ぼそうとする見解である。

この見解は、例えば、「おそらく、この問題についての扱いとしては、現行法体系の下では次のような考えが妥当だと思われる。（i）人権の尊厳を前提とした人権保障の原理は、社会のなかに広く実現されることが必要であり、（ii）しかも現に私人間に、放置しえない人権無視がかなりおこなわれている事実にかんがみるならば、法理上できうるかぎり私人間にも人権規定を適用するように計るべきである。しかし、（iii）人権規定の歴史的意味や私的自治の原則は、軽視されてはならないし、（iv）憲法の私人間への直接適用によって生じうるマイナスを考慮するならば、——明らかに直接適用を前提としていると考えられる条項を除いては、——民法90条の規定するような公序良俗に反する性格のものに限定して、人権規定の適用を認めてゆくという方式が妥当というべきであろう。…これは一種の折衷的な間接適用説である」（<sup>49</sup>）と説明される。同様に、「第3の立場はその（筆者注：不適用説と直接適用説の）中間に位置するもので、憲法の規定はその効力を直接に私人間に及ぼすものではないが、また無関係ではなく、私法上の一般条項や不確定概念を通じて、その解釈のうちに憲法規範がもち込まれ、このように間接的に適用をうけることにより、私人間にも効果を及ぼすと解するもので、間接

適用説といわれる。公法と私法を区別し、立憲主義の趣旨を生かしつつ、法秩序全体の価値判断の基準を憲法に求めて統合しようとする考え方である。とくにその媒介として重視されるのは、民法90条であり、そこにいう公の秩序に、憲法秩序とくに人権が不当に侵害をうけないことを含みうるとして、憲法に違反し、合理的理由なしに人権を侵す私人の行為が公序良俗違反として、民法を通じて無効とされることがありうるとするのである（この場合、私法上の価値秩序と直接の関係のない憲法規範は、そのままの内容で私法上の公序とされ、これに反する私法上の行為が直ちに無効とされるのではなく、憲法上の規律は私法上の価値秩序との相関関係において相対化され、その上で民法90条のもとで私法上の効力の存否が判断されると考えられる）」（<sup>50</sup>）とも述べられている。

前述の三菱樹脂事件・最大判昭和48年12月12日においても、「憲法の右各規定は、同法第3章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」として、直接適用説を否定したうえで、「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、これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、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するのである」として、間接適用説を採用したと一般に解されているのである（<sup>51</sup>）。

この間接適用説の問題点としては、まず、「私法の一般条項・概括条項の意味を人権価値を導入・充填して解釈する場合、導入の度合にかなり大きな振幅が認められる」（<sup>52</sup>）点が指摘されている。言い換えれば、人権価値を積極的に



導入するか否かについて裁判官に大きな裁量が認められてしまうという難点がある<sup>(53)</sup>こと、あるいはまた、例えば憲法上の人権規定の趣旨を民法第90条を媒介にして間接的に適用するとはいうが、「私人間の人権侵犯が『公序』に反するのは、まさにそれが憲法による人権保障に抵触するからであろう。…民法90条の規定は、人権侵犯に該当する法律行為を『無効』ならしめるための媒介項として、法律技術的に採用されるに止まる」<sup>(54)</sup>のであり、「日本の間接効力説は、憲法上の人権が、実は私人間においても何らかの効力をもつのだということを、こっそり前提にしている」<sup>(55)</sup>ことなどが指摘されている。

たしかに、このような批判は首肯できる点も有しているものであり、「間接適用説は、中庸を得た性格が幸いし、従来の基本権理解と私法の構造に革命ではなく、『改革的発展』(略)をもたらす説」<sup>(56)</sup>であるとも揶揄されるが、それでも、一方で、多様な私人間の人権侵害について憲法の趣旨・精神が無関係というのは妥当ではなく、他方で、私人間に憲法の人権規定が直接に適用されれば私的自治原則が損なわれてかえって不都合が生じることになってしまうことに鑑みれば、近代市民国家が重視した私的自治原則ならびに人権の対国家性を維持しながら<sup>(57)</sup>憲法の人権規定の趣旨ないし精神を私法の一般条項を通じて適用するという間接適用説が、理論的整合性と現実の要請とを勘案すれば「最も妥当」<sup>(58)</sup>であると考えられるのである。

#### ④その他の学説と最近の状況

従来、間接適用説の問題点として、「私的な人権侵害が純然たる事実行為に基づく場合…この種の人権侵害は、間接効力説によれば、憲法問題として処理することは困難と言うほかない」ことが指摘されており、「不法行為法の問題として扱えば、民法709条の解釈に際し人権価値による意味充填を行うことができるので、そのかぎりで間接効力説の趣旨を生かすこともできる」が、「不法行為の理論で扱える領域は限定されたものであろう」と言われていた<sup>(59)</sup>。

この問題に対応しようとしたのが、アメリカの判例理論に基づいたステイト・アクション

(state action) の理論であり、例えば、「アメリカでは、『人権』対『国家権力』という伝統的観念を前提にしたうえで、具体的な私的行為によってなされる人権侵害を国家権力(州権力)が『きわめて重要な程度にまでかかわりあった』場合に、国家権力による侵害と同視して憲法を適用する理論」<sup>(60)</sup>と説明されている。たしかに、公共の建造物の内部で営業している食堂で有色人種の人々が利用を拒否された場合などには、有効な救済手法であるといえよう。

しかし、「合衆国で私人の行為が国家行為を惹起したとされ、憲法が適用された典型的な事例を見ると、…日本では民法90条や709条等の解釈適用を通じた間接適用の手法を通じて同様の結論を導くことが可能と思われる。合衆国と異なり、最高裁判所が私法規定の最終的有権解釈機関でもある日本では、憲法の間接適用によってほとんどの問題は解決可能であろう」<sup>(61)</sup>との指摘も行われているように、とくにステイト・アクション理論は日本の裁判実務に影響を与えていないようである。

また、最近では、ドイツの近時の学説に立脚した国家保護義務論が提唱され、そこでは、「国家は個人の基本権を他人による侵害から保護する義務を負う…国家は、そうした基本権保護義務を負うからこそ、基本権を保護するために私法を定立し、解釈しなければならないことになる。このように考えるならば、憲法と私法は、前者が基本権の保障を要請し、後者がそのための保護制度を整備するという関係に立つことになる」<sup>(62)</sup>と説明され、私人間の人権の矛盾・衝突に際して立法の役割を強調するほか、私人による他者の人権の侵害を国家が放置した場合には政府の不作为が憲法違反になりうるとしている。

一見すると魅力的な見解であるが、「人権の中で防禦権としての自由権の意義が見失なわれるおそれがあること、また、国家の人権保護義務の範囲や程度が画定しがたいという問題点が指摘されている」<sup>(63)</sup>のであり、この見解を支持することはできない。

結局、私人間での人権問題に対応するための、理論的整合性と現実的妥当性を備えた無欠の理論は見出しがたいということになる。

そこで、「直接適用か間接適用かを二者択一で割り切ってはならない。また、特定の事件に実定法規を適用するうえで当事者の憲法上の権利を論じ、衡量しなければならない場合もある（たとえば、プライバシーの権利や名誉権の侵害を理由として一定の表現行為の差止め請求を行うケース）。このような場合は、私人間の紛争に人権規定が直接適用されるような形になっても、いわゆる直接適用説そのものではない」<sup>(64)</sup>とされたり、あるいは、「右の諸説は、論者の主張の実際に即してみると、その違いは一見する程大きくはない。…原理的に徹底した直接効力説でない限り、三説のいずれが正しいかといったカテゴリーカルな議論は必ずしも有意的ではないことが知られよう。基本的人権は歴史的には元来対公権力との関係で構想されたものであり、私人間の人権保護の第一次的任務は原則として国会にあることは前提としながらも、私人間に適用されることが措定されている——明示的または含意的に——人権規定が存することからもうかがわれるように、その前提に機械的にとらわれるべきではなく、場合によってはアメリカ的な私的統治説が妥当する可能性も含めて、基本的人権の侵害が問題となる私法的関係の性質や事情に即して、法律の解釈などを通じて調和のある合理的解決がはかられるべきものと解される。あるいは、こういういい方も許されるかもしれない。すなわち、歴史的にはともかく、基幹的人格の自律権を土台とする人権の本来の性質からすれば、それは対公権力・対私人を問わず妥当すべきものであるが、その妥当の仕方に違いがあるのであり、対私人関係にあっては人格的自律権の相互尊重と自律権の延長としての私的自治の原則が基本的な考慮要素とされなければならないのだ、と」<sup>(65)</sup>と述べられている。後者の見解は個別的検討説（折衷説）ともいわれ、「一般原則がないため、抽象論に終わりやすい」とも指摘されているが、「そもそもこういった学説を区分することの無意味性から、個別的検討説が生まれた。要は弱者の人権をいかに守るかであり、人権保障の過剰、ないし紛争解決には裁判所があることを考えれば、個別的検討説が現在では最適であると思われる」<sup>(66)</sup>とされている。

既述のように、私見は間接適用説に立脚するものであるが、そこでも、具体的な問題に際して、どのような人権がどのような私的行為との関係でどのような範囲で妥当するのかを検討する必要があるのである。

私人間効力に関しては、本稿の事例①では、裁判所は、「裁判所の判断（ii）」において以下のように述べている。すなわち、「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ただけの基準の一つとなりうる」と。これは、間接適用説を採用しているものと見ることができ、しかも、最後の文では、これまでの最高裁判所の判断から一歩進んで、憲法第14条第1項だけではなく、国際条約の趣旨・理念も勘案すると述べているのであって、高く評価できると考えるものである。

## 6 結びにかえて — 国際条約の趣旨・理念の適用可能性 —

最初に述べたように、本稿の事例①および事例②に関しては、平等の意義が残された検討課題であるが、憲法学上の大問題であるところである。なお、どちらの事例も、外国人の平等権享有に関しては、通説・判例は権利の性質上外国人にも憲法第14条の保障が及ぶと解しているものと考えられるのであり、その点の言及さえ見られない。この点は、評価できるものである。私人の差別的行為によって平等に扱われる権利が害され、当該行為が社会的に許容しうる限度を超えてい

ると評価できる場合には、憲法第14条の趣旨を、私的自治に関する一般的制限規定である不法行為に関する諸規定を通じて間接的に適用して、違法であったので不法行為に該当すると判定できることになりうるからである。

次に、私人間効力の問題から見れば、上で検討したように、事例①は、間接適用説をとっていると考えられるが、もしかりに、直接適用説の立場に立ったとするならば、憲法第14条第1項が本稿の事例にも直接適用できることになり、事例①の外国人差別は、国籍による差別なのか、それとも皮膚の色ないし外見による差別なのかが問題となろう。事実の概要からは、外見による差別と見られる箇所があり、そうすると憲法第14条第1項に皮膚の色による差別が含まれるとして、後段列举事由のうちの人種による差別に該当するののかも問題となる。国籍を、人種、あるいは社会的身分と解することも不可能ではないからである。これらは、どのように解するかによって、不合理な差別か否かを判定する基準の厳格度の相違につながることになるのである。

これに対して、間接適用説に立脚すると、上と同様に、憲法規定の意味ないし価値の充填の問題が生じるが、本稿の2つの事例は、法的根拠ないし解釈基準として、人種差別撤廃条約をあげており、それについて若干の検討を行っておかなければならなくなる。事例②が、その裁判所の判断において、基本的人権の位置づけや憲法と国際条約の優位性の論点を取りあげたうえで、「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」として、人種差別撤廃条約が裁判の基準として用いられることを認定し、事例①も、憲法第14条第1項とならんで「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」と判示しているからである。これまでは、このような裁判所の判断は例外的であった。国際条約の意義や国内受容のあり方も憲法学上の論点であるが、「日本の裁判所は、国際条約の直接適用可能性を認めることに消極的であり、本条（筆者注：国際人権規約自由権

規約第26条・法の下での平等を指す）自体は、裁判規範として十分に機能していない。国内法の整備とは別に、人権規約の裁判規範性の確立が今後の課題である」<sup>(67)</sup>と評されているのである。

さらに、本稿の2つの事例のような場合には、憲法だけではなく、国際人権規約自由権規約や人種差別撤廃条約等の趣旨も私人間の問題に間接適用することも考えられるが、これは憲法規定の私人間効力をいっそう強化するものである。また、憲法第14条第1項後段に関する別な考え方として、そこに列举されている事由は私人間にも当然に適用される差別禁止事項であると考え、事例①の原告側主張にあるように憲法第14条第1項後段は「憲法的公序」であり、差別禁止原則があてはまるのだとする考え方も、今後有意義であり、詳細な検討を行うに値する問題であるといえよう。

このように、本稿で取り上げた事例には、なお検討すべき課題が多々残されているが、ひとまず擱筆することにする。

注(1) 本稿は、県立新潟女子短期大学共同研究「新潟県在住外国人の暮らしの総合調査」(2002～2003年度:研究代表・黒田俊郎)に参加したことに触発されて今後外国人の人権の考察を本格的に行うための基礎とし、しかも学生も含む一般読者を想定して執筆したものである。したがって、本稿は、外国人の人権や人権の私人間効力や平等の意義内容等に関する憲法上の論点がある程度簡明に検討するものであり、新たな学説の提示等を意図しているわけではなく、従来の種々の憲法学上の課題の提示のほかに、国際人権規約や人種差別撤廃条約等の人種差別禁止の理念を憲法学でも現実の司法判断でもとりこむことが必要であるとの趣旨を展開することを主眼とするものである。なお、上記共同研究の報告書『県立新潟女子短期大学共同研究報告書(2002～2003年度) 新潟県在住外国人の暮らしをめぐる多角的検討』では、「序章：外国人と暮らしまち」(黒田俊郎執筆)、「新潟県における在日社会の現状と課題」(若月章執筆)、「中国帰国者家族のかかえる諸

問題：帰国前から新潟への定住後まで」(木佐木哲朗・後藤岩奈執筆)、「新潟県における外国人研修・技能実習の現状：制度の趣旨とその現実」(佐藤拓也執筆)、「刑事司法手続きにおける外国人の権利保障：その原則と運用—新潟県の実情に即して—」(堀江薫執筆)、「新潟県在住外国人のセキュリティ確保：建築・都市計画の観点から」(坂口淳執筆)、「日本語指導が必要な帰国子女および外国人児童生徒をめぐる諸問題：理論的研究ノート」(柳町裕子執筆)、「新潟からのブラジル移住：ブラジル新潟県人会からの声」(井上清子執筆)との表題の論稿が収められているが、いずれも、一般外国人、在日韓国・朝鮮人、日本国籍を持っているのに実際にはなかなか日本人とは扱われないといういわゆる中国残留孤児およびその家族などの厳しい現実が示されている。また、本学の韓国籍の教員に聞いたところによれば、1993年に韓国から来日シヤパート探しをした際に、外国人お断りと言われたり、外国人でもかまわないが部屋でのキムチ作りだけはしないことが条件であると言われたりしたという差別的体験をしたとのことであり、新潟県(総合政策部国際協力課)と(財団法人)新潟県国際交流協会が行った『新潟県在住外国人生活アンケート調査報告書(平成16年11月)』14頁においても、住まいを探すときに外国人であることを理由に断られた経験を有するとの解答が12.1%にのぼっていることが示されており、本稿で取り上げる事例と同様の事態が決してまれではないことを示しているのである。

注(2) ユネスコ憲章(国際連合教育科学文化機関憲章：1945年11月16日採択、1946年11月4日発効)前文は、以下のようである。これは、「人間の精神面での団結が永続的な平和には不可欠であることを確認する」(横田洋三編『国際組織法』有斐閣1999年266頁・内田孟男執筆)ものであるが、当時の世界の指導者たちの嘆きが込められているように思われる名文ではなからうか。

— この憲章の当事国政府は、その国民に代わって次のとおり宣言する。

戦争は人の心の中で生まれるものであるから、人の心の中に平和のとりでを築かな

ければならない。

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。

ここに終わりを告げた恐るべき大戦争は、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教義をひろめることによって可能にされた戦争であった。

文化の広い普及と正義・自由・平和のための人類の教育とは、人間の尊厳に欠くことのできないものであり、かつ、すべての国民が相互の援助及び相互の関心の精神をもって果たさなければならない神聖な義務である。政府の政治的及び経済的取極のみに基づく平和は、政界の諸人民の、一致した、しかも永続する誠実な支持を確保できる平和ではない。よって、平和は、失われないためには、人類の知的及び精神的連帯の上に築かなければならない。

これらの理由によって、この憲章の当事国は、すべての人に教育の充分で平等な機会が与えられ、客観的真理が拘束を受けずに探求され、かつ、思想と知識が自由に交換されるべきことを信じて、その国民の間における伝達の方法を進展させ及び増加させること並びに相互に理解し及び相互の生活を一層真実に一層完全に知るためにこの伝達の方法を用いることに一致し及び決意している。

その結果、当事国は、世界の諸人民の教育、科学及び文化上の関係を通じて、国際連合の設立の目的であり、かつ、その憲章が宣言している国際平和と人類の共通の福祉という目的を促進するために、ここに国際連合教育科学文化機関を創設する。 —

注(3) 2001年9月11日のアメリカ同時多発テロおよびその後のイラク戦争(これに関してはたとえば寺島実郎・小杉泰・藤原帰一編『イラク戦争[検証と展望]』岩波書店2003年など参照)以降、国際テロリスト犯罪等への

対処のために、世界はいつそう外国人ないし他民族の人々に対する寛容度を低下させているように思われるのであり、たとえば、ロンドンにおいて、2005年7月7日の同時爆弾テロおよび7月21日の同時爆破事件の後に、7月22日に地下鉄車両に駆け込んだブラジル人男性が、テロとは無関係であるにもかかわらず、テロ再発防止に躍起になっていた警察の捜査官によって射殺されるといういたましい事件も発生しているのである（この事件に関してはたとえば朝日新聞2005年7月25日付など参照）。また、フランスにおいても、2005年10月27日に移民の居住者が多い都市郊外部で警察官に追われていたとみられるアフリカ系移民の少年2人が変電所で感電死した事件がきっかけになり、治安を担当する内務大臣が暴徒は「社会のクズ」との趣旨の発言をしたこともあって、若者たちの暴動がフランス全土に拡大し、非常事態法が発動されて夜間外出禁止令が発付されるという事態にまで達したが、移民の2世、3世が、フランスで生まれ、教育を受けたにもかかわらず、フランス風でない名前や、皮膚の色などに基づく深刻な就職差別が存在するなどの状況が顕在化したとともに、従来の同化政策が岐路にあることを明らかにし、問題の根深さを示したと考えられる（神戸新聞2005年11月8日の社説その他参照）。こうした状況に鑑みれば、第2次世界大戦後から急速に進化したさまざまな側面での国際化に対応するために、例えば、一方では、イギリスのように種々の民族の文化の多様性を重視する政策をとる国もあり、他方では、フランスのように同化政策をとる国もあるが、そのようなさまざまな努力にもかかわらず、差別解消の側面からは非常に困難な課題があることが理解できるのである。

注（4） ここで本稿の論点に関連する諸法規の規定の一部をあげておく（条約は『国際条約集2004年版』有斐閣による）。

- ・憲法第14条第1項 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。
- ・労働基準法第3条 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。

- ・民法第1条ノ2 本法ハ個人ノ尊厳ト両性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釈スヘシ
- ・民法第2条 外国人ハ法令又ハ条約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私権ヲ享有ス
- ・民法第90条 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス
- ・民法第709条 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
- ・民法第710条 他人ノ身体、自由又ハ名誉ヲ害シタル場合ト財産権ヲ害シタル場合トヲ問ハス前条ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ対シテモ其賠償ヲ為スコトヲ要ス
- ・民法第723条 他人ノ名誉ヲ毀損シタル者ニ対シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名誉ヲ回復スルニ適當ナル処分ヲ命スルコトヲ得

[なお、2005年4月1日施行の「民法の一部を改正する法律」により、表現が従前のカタカナ文語体から現代語化されるとともに、上記第1条ノ2が第2条になったり、第709条のように追加修正されたり、各条文に見出しが付されたりするなどの改正が行われた。本稿で扱う内容に影響はないが、比較の意味で掲げておく。

民法第2条（解釈の基準） この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない。

## 第2章 人 第1節 権利能力

第3条 私権の享有は、出生に始まる。

2 外国人は、法令又は条約の規定により禁止される場合を除き、私権を享有する。

第90条（公序良俗） 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。

第709条（不法行為による損害賠償）

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、これによって生じた損害を賠償する責任を

負う。

第710条(財産以外の損害の賠償) 他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合又は他人の財産権を侵害した場合のいずれかであるかを問わず、前条の規定により損害賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしなければならない。

第723条(名誉毀損における原状回復)

他人の名誉を毀損した者に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は損害賠償とともに、名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる。]

・国際人権規約自由権規約[正式名称:市民的及び政治的権利に関する国際規約、1966年国際連合総会採択・1976年発効]第26条(法の前の平等)

すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、民族的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。

・人種差別撤廃条約[正式名称:あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約、1965年国際連合総会採択・1969年発効]第2条第1項(締約国の差別撤廃義務)

締約国は、人種差別を非難し、また、あらゆる形態の人種差別を撤廃する政策及びあらゆる人種間の理解を促進する政策をすべての適当な方法により遅滞なくとることを約束する。このため、

- (a) 各締約国は、個人、集団又は団体に対する人種差別の行為又は慣行に従事しないこと並びに国及び地方のすべての公の当局及び機関がこの義務に従って行動するよう確保することを約束する。
- (b) 各締約国は、いかなる個人又は団体による人種差別も後援せず、擁護せず又は支持しないことを約束する。

(c) 各締約国は、政府(国及び地方)の政策を再検討し及び人種差別を生じさせ又は永続化させる効果を有するいかなる法令も改正し、廃止し又は無効にするために効果的な措置をとる。

(d) 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ときは、立法を含む。)により、いかなる個人、集団又は団体による人種差別も禁止し、終了させる。

(e) 各締約国は、適当なときは、人種間の融和を目的とし、かつ、複数の人種で構成される団体及び運動を支援し並びに人種間の障壁を撤廃する他の方法を奨励すること並びに人種間の分断を強化するようないかなる動きも抑制することを約束する。

・人種差別撤廃条約第5条(無差別・法の前の平等)

第2条に定める基本的義務に従い、締約国は、特に次の権利の享有に当たり、あらゆる形態の人種差別を禁止し及び撤廃すること並びに人種、皮膚の色又は民族的若しくは種族的出身による差別なしに、すべての者が法律の前に平等であるという権利を保障することを約束する。

- (a) 裁判所その他のすべての裁判及び審判を行う機関の前での平等な取り扱いについての権利
- (b) 暴力又は傷害(公務員によって加えられるものであるか、いかなる個人、集団又は団体によって加えられるものであるかを問わない。)に対する身体の安全及び国家による保護についての権利
- (c) 政治的権利、特に普通かつ平等の選挙権に基づく選挙に投票及び立候補によって参加し、国政及びすべての段階における政治に参加し並びに公務に平等に携わる権利
- (d) 他の市民的権利、特に、
  - (i) 国境内における移動及び居住の自由についての権利
  - (ii) いずれの国(自国を含む。)からも離れ及び自国に戻る権利

- (iii) 国籍についての権利
  - (iv) 婚姻及び配偶者の選択についての権利
  - (v) 単独で及び他の者と共同して財産を所有する権利
  - (vi) 相続する権利
  - (vii) 思想、良心及び宗教の自由についての権利
  - (viii) 意見及び表現の自由についての権利
  - (ix) 平和的な集会及び結社の自由についての権利
  - (e) 経済的、社会的及び文化的権利、特に
    - (i) 労働、職業の自由な選択、公正かつ良好な労働条件、失業に対する保障、同一の労働についての同一報酬及び公正かつ良好な報酬についての権利
    - (ii) 労働組合を結成し及びこれに加入する権利
    - (iii) 住居についての権利
    - (iv) 公衆の健康、医療、社会保障及び社会的サービスについての権利
    - (v) 教育及び訓練についての権利
    - (vi) 文化的な活動への平等な参加についての権利
  - (f) 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
- ・人種差別撤廃条約第6条〔人種差別に対する救済〕

締約国は、自国の管轄の下にあるすべての者に対し、権限のある自国の裁判所及び他の国家機関を通じて、この条約に反して人権及び基本的自由を侵害するあらゆる人種差別の行為に対する効果的な保護及び救済措置を確保し、並びにその差別の結果として被ったあらゆる損害に対し、公正かつ適正な賠償又は救済を当該裁判所の求める権利を確保する。

注(5) 本件の判例評釈としては、例えば、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頁参照。

注(6) 論点の整理については、外国人がアパートの入居を拒否されたという事例に関して

平等原則の私人間効力の問題を論じている棟居快行『憲法解釈演習 — 人権・統治機構 —』信山社2004年3頁以下参照。なお、事例①では、原告側の主張の中に、新聞への謝罪広告掲載請求が含まれており、憲法上の論点として、裁判所が、民法第723条(「他人の名誉を毀損した者に対しては裁判所は被害者の請求に因り損害賠償に代へ又は損害賠償と共に名誉を回復するに適當なる処分を命ずることを得」)に基づいて、被害者の名誉を回復するのに適當な処分として、被告の意に反して被告に謝罪広告掲載を命じることが、思想・良心の自由や沈黙の自由や表現しない自由を含意する憲法第19条・第20条・第21条等に反するのではないか、という問題を生じうる。これに関して、最高裁判所(最高裁判所大法廷判決昭和31年7月4日・昭和28年(オ)第1241号謝罪広告請求事件・民事判例集10巻7号785頁・判例時報80号3頁)は、謝罪広告を強制しうる場合の程度問題として、「時にはこれを強制することが債務者の人格を無視し著しくその名誉を毀損し意思決定の自由乃至良心の自由を不当に制限することとなり、いわゆる強制執行に適さない場合に該当することもありうる」としたうえで、「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のものにあつては」謝罪広告を強制しても憲法第19条違反にはならないと判示した。しかし、本稿で扱う事例①においては、「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」とまでは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」として、そもそも、民法第723条に基づく謝罪広告掲載請求の根拠となる名誉毀損を認定しなかったため、謝罪広告請求は認められず、憲法問題も生じなかったことから、本稿では特に検討することはしない。

注(7) 不法行為の構造や内容に関しては、例えば、内田貴『民法Ⅱ 債権各論』東京大学出版会1997年307頁および311頁以下参照。

注(8) 波多野里望・小川芳彦編『国際法講義[新版増補]』有斐閣1998年231頁(村瀬信也執筆)。また、山田録一『国際私法[第3版]』有斐閣2004年99頁以下参照。国

籍に関する前述の記述も、同書による。国籍と人権に関する問題は、困難な論点を含むものが多い。例えば、婚姻届を出していない日本人の父Aと外国人の母Bとの間に日本で生まれた子Cがいて（母の本国Dは父母両系主義を採用しているのですでにCはD国の国籍を取得している）、出生後に父AによるCの認知がなされ、父Aからの生活費によって母B・子Cがともに暮らし、幼稚園行事にもAは対外的に父親としての役割を果たしているとの事情のもとで、子Cが今後も平穏に日本で日本人として生活し教育を受けられるようにと、母Bが地方法務局で、法務大臣宛にCの国籍取得届を提出したところ、地方法務局長から、国籍法第3条第1条（準正による国籍取得：「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの〔日本国民であった者を除く。〕」が、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父または母が現に日本国民であるとき、又はその死亡時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる」）に基づく届出は国籍取得の要件を備えているとは認められないとの通知を受けたことから、訴訟を提起した事件において、東京地方裁判所は、国籍法第3条第1項は、「父母が法律上の婚姻関係を成立させた子と、内縁関係にとどまる子との間に不合理な差別を生じさせている点において憲法14条1項に違反する」と判示した（東京地方裁判所平成17年4月13日判決：平成15年（行ウ）第110号退去強制令書発付処分取消等請求事件）事例があり、また、最高裁判所で扱った事例（最高裁判所第2小法廷判決平成14年11月22日・平成10年（オ）第2190号国籍確認等請求事件）でも、梶谷玄裁判官と滝井繁男裁判官が補足意見で国籍法第3条第1項を「憲法14条1項に反する疑いが極めて濃いと考える」と述べてはいるが、最高裁判所で当該規定を最終的に違憲とするものは出されていない。この問題も含めて、国籍と人権、とりわけ差別に関する問題の詳細な検討は別稿で行うことにし、本稿ではこれ以上触れない。なお、準正とは、民法第789条に基づき法律上の婚姻関係にない父母の間に生まれた子

〔＝非嫡出子〕が次の2つの場合に嫡出子の身分を取得する制度であり、第1は、非嫡出子が父から認知された後に父母が法律上の婚姻をした場合にその婚姻時点から嫡出子の身分を取得する場合〔婚姻による準正〕であり、第2は、認知されていない子が父母の婚姻後に認知されて嫡出子の身分を取得する場合〔認知による準正〕である。

注（9） 例えば、辻村みよ子『憲法』日本評論社2000年162頁では、「外国人の類型としては、（a）永住資格を有する永住外国人（一般永住者と特別永住者、およびその配偶者・子ども等）、（b）永住資格はもたないが一定期間の在留資格を有する定住外国人、（c）その他の登録外国人（a・bを除く90日以上在留者）、（d）（a・b・c以外の）一般外国人（90日未満の一時滞在者）、（e）難民、に区別できる。あるいは、より簡潔に、（i）永住外国人、（ii）（i以外の）定住ないし在留外国人、（iii）一般外国人、（iv）難民の4種類に分けることも妥当であろう。（一般には、aとbの両者、あるいはaのみを定住外国人と定義したうえで、定住外国人、一般外国人、難民の3種類に分けることも多いが、本書では、後にみるように、aを永住市民として捉える見解をとるため、aは他と区別して扱うことが妥当と考える）」と述べられている。また、佐藤潤一『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性「外国人法制」の憲法的統制に向けて』専修大学出版局2004年48頁以下では、外国人の参政権問題等に関して、定住外国人を、旧来外国人、一般外国人、新来外国人という3つの類型に区分したうえで詳細な考察を行っている。なお、当初は適正に日本に入国した後在留期間切れ等で不法滞在となった外国人や、密入国した外国人も、人権を享有することにつき、最高裁判所は、「原判決は不法入国者は国家的基本的人権の保護を要求する権利を有しないと判示しているが、その謬論たること所論の通りであり、いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべきである」と述べている（最高裁判所第二小法廷判決昭和25年12月28日・民事判例集4巻12号683頁：裁



判所のサイト中の最高裁判所判例検索ページ<  
http://courtdomino2.courts.go.jp/schanrei.nsf > から入手可能)。

注(10) 外交官の外交特権に関しては、前掲注8・波多野里望・小川芳彦編『国際法講義[新版増補]』111頁以下(松田幹夫執筆)、軍人・軍艦等の不可侵権・治外法権に関しては同121頁以下(同上)参照。

注(11) いわゆる『入管白書』で、<  
http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan37.pdf > からも入手可能である。

注(12) 在日韓国・朝鮮人が形成された過程、あるいは、在日問題全般に関しては、金英達『朝鮮人強制連行の歴史 金英達著作集Ⅱ』・『在日朝鮮人の歴史 金英達著作集Ⅲ』明石書店2003年、姜尚中『在日』講談社2004年、原尻英樹『「在日」としてのコリアン』講談社1998年、福岡安則『在日韓国・朝鮮人若い世代のアイデンティティ』中央公論新社1993年、朴一『「在日コリアン」ってなんでんねん?』講談社2005年、前掲注1・『県立新潟女子短期大学共同研究報告書(2002～2003年度) 新潟県在住外国人の暮らしをめぐる多角的検討』所収・若月章「新潟県における在日社会の現状と課題」など参照。畑博行・水上千之編『国際人権法概論[第3版]』有信堂2002年130頁(新井信之執筆)では、法定特別永住者に関して、「そもそも戦前は日本国民でありながら、日本の敗戦後は国籍選択権を行使することなく、外国人としての地位を強いられてきたのである。とくに、その子孫たちは、生まれついたときから日本国民となら変わらぬ市民生活を営んでいるにもかかわらず、わが国の国籍法が原則として血統主義を採用してきたことにより一世と同様に「外国人」として日本社会で生きていかななくてはならない人たちである。これらのいわゆる定住外国人については、生活実態は日本国民となら変わらないにもかかわらず、外国人としての法的処遇や事実上の差別的取り扱いがなされ、さまざまな弊害が生じている。この点こそが、わが国における外国人の人権論の大きな課題であり、われわれが認識を深めていかななくてはならないところである」と述べられている。

注(13) 佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』有斐閣1952年の、Aは470頁、Bは471頁。ほかに消極説に立脚しているものと解されているものとしては、小島和司『憲法概説』両所普及会987年158頁、覚道豊治『憲法』ミネルヴァ書房1973年201—202頁などがあるが、若干ニュアンスが異なるように見える。なお、松井茂記『日本国憲法[第2版]』有斐閣2002年では、憲法学の通説に対して、「憲法の目的は権利章典にあり、統治機構はそのための手段とみられるのである。ここでは、権利は、実体的なものとみられる。憲法は、価値の体系ないし序列を定めている。その最高価値は、『実定化された超実定法』であるところの『人間の尊厳』の価値である」とする「支配的な学説の理解は、とうてい支持しがたい」と批判したうえで、「憲法を、統治のプロセスを定めたもの」とみて「憲法は、国民が自己統治を行うプロセスを規定するとともに、個々の国民がその統治のプロセスに参加するための権利を保障したものとみるのである」という「プロセス的な憲法観」に立脚し(41頁)、「プロセスの基本的人権観にたち、憲法の保障する基本的人権は市民的权利であるという立場からは、憲法の保障する基本的人権が当然のように外国人にも保障されているとは言い難い」(313頁)としており、憲法や国家の役割や人権の意義等に関して通説とは異なる立場に立脚しての独自の消極説的見解をとっているものと解される。また、本文で述べるように、このような消極説に関して、外国人の人権享有否定説と呼ぶのは正確ではなく人権規定の適用否定説であるにとどまるとするのは、小林武『法曹への憲法ゼミナール—同時代を解く』法学書院2003年165頁。

注(14) 消極説に対する批判的見解として、例えば、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣1994年123頁参照。

注(15) 古川純『日本国憲法の基本原理』学陽書房1993年所収の「3 外国人の人権—戦後憲法改革との関連において—」では、いわゆるマッカーサー草案が第16条に「外国人ハ平等ニ法律ノ保護ヲ受クル権利ヲ有ス」と規定していたにもかかわらずその後削除された

日本国憲法の制定過程の歴史的検討を行ったうえで、56頁の「むすび」において、「連合国による対日戦後憲法改革の要求のポイントである基本的人権保障のなかには、戦前日本の経験に鑑み、また国際的視野から外国人の人権保障の問題が含まれていたと考えられるが、総司令部と日本政府側の交渉過程のなかで、憲法条文上の文言として第3章の『国民の権利』という表題、『国民』、『何人も』および権利主体を明示しない規定をそれぞれ認める形で、両者のある種の妥協が成り立ったかのようである。上に見た松村議員の正当な人権本質論に対する金森国務大臣の答弁は、外国人の人権保障を、憲法次元の保障からもっぱら法律の定め方の次元に降ろしてしまおうとする政府のポリシーを物語っている。そしてその背後には、当時進行しつつあった在日朝鮮人・中国人(一方で『解放国民』すなわち外国人、他方で『日本臣民』すなわち連合国の『敵国人』)に対する政府の外国人管理政策の動向があったのではなかろうか。日本政府側が『外国人』の文言によって把握(というよりターゲットに)したのは、当時の(そして今日に至ってもなお同じ)実情からいって在日朝鮮人・中国人であったと思われるからである」と述べられている。

注(16) 萩野芳夫『基本的人権の研究』法律文化社1980年、Aは61頁以下等参照、Bは63-64頁による。

注(17) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I [第3版]』有斐閣2001年208頁(中村睦男執筆)。

注(18) 前掲・注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』123頁。

注(19) 宮沢俊義『憲法Ⅱ [新版再版]』有斐閣1974年211頁では、「基本的人権が、決して憲法によってはじめてみとめられた権利ではなくて、憲法以前において、すなわち、『人間性』から論理必然的に派生するものだ」と述べられており、同頁に、「基本的人権は、かように、直接に『人間性』に由来するとされるものであるから、外国人ももとより基本的人権を享有する」と述べられている。なお、同78頁には、「人権はすべての人間に生来的に、一身専属的に附着するものであり、実定法で制限す

ることができない…。…今日多くの国では、人権を承認する根拠として、もはや特に神や、自然法をもち出す必要はなく、『人間性』とか、『人間の尊厳』とかによってそれを根拠づけることでじゅうぶんだと考えている」と述べられている。

注(20) 宮崎繁樹『外国人の人権』ジュリスト586号(1975年)46頁、戸波江二『憲法 [新版]』ぎょうせい1998年126頁など参照。

注(21) 積極説の主要なものをいくつかあげれば、小林直樹『新版 憲法講義 上』東京大学出版会1980年286頁、佐藤幸治『憲法 [第3版]』青林書院1995年417頁、伊藤正己『憲法 [第3版]』弘文堂1995年196頁、浦部法穂『全訂 憲法学教室』日本評論社2000年55頁以下などである。

注(22) 前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』124頁。

注(23) 依静夫『憲法』有信堂1966年42頁参照。

注(24) 坂本昌成『憲法理論Ⅱ』成文堂1993年194頁。

注(25) 同趣旨の見解として、前掲注13・松井茂記『日本国憲法 [第2版]』312頁や、前掲注21・佐藤幸治『憲法 [第3版]』420頁参照。

注(26) 同趣旨の見解として、石村修『基本論点 憲法』法学書院1988年28頁。

注(27) 前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』126頁。

注(28) 当該判決についての評釈としては、例えば、齋藤靖夫『外国人の政治活動の自由 — マクリーン事件』判例百選I 6-7頁参照。

注(29) 前掲注21・浦部法穂『全訂 憲法学教室』の、Aは55頁、Bは59頁、Cは507頁。

注(30) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』放送大学教育振興会2001年46-47頁。

注(31) 樋口陽一『憲法 [改訂版]』創文社1998年179頁。

注(32) 前掲注9・佐藤潤一『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性 「外国人法制」の憲法的統制に向けて』

48頁、また安念潤司「『外国人の人権』再考」・樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開上』（芦部信喜先生古稀祝賀）有斐閣1993年172頁参照。また、戸波江戸二『憲法〔新版〕』ぎょうせい1998年136頁は、「外国人に保障されない人権として、通説・判例は、①入国の自由、②参政権（公務就任権を含む）、③社会権、④参政権の機能をもった政治的表現の自由、をあげてきたが、これでは外国人の人権保障が著しく狭められることになる。また、判例は、外国人の入管行政での政府の裁量をきわめて広く認め、外国人の人権保障はあくまでも『在留制度の枠内』で認められるにすぎないとさえ説いている。このような通説・判例は、徹底的な見直しを必要としよう」と述べている。

注（33） 遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一編『新版 民法（1）』有斐閣1981年41頁（篠原弘志執筆）。

注（34） 内田貴『民法Ⅰ 第2版 補訂版 総則・物権総論』東京大学出版会2000年90頁。

注（35） 大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論（第2版）』有斐閣2005年180頁。

注（36） 労働関係の記述は、安枝英紳・西村健一郎『労働法〔第8版〕』有斐閣2004年、とくに外国人については46-47頁・79頁、女性については、53-66頁参照。

注（37） この説明は、前掲注34・内田貴『民法Ⅰ 第2版 補訂版 総則・物権総論』13-14頁等によるものである。なお、14頁では、私的自治に関して、「できるだけ国家の介入を避け、個々人が自由に法律関係を形成すべきだ」という市民社会の思想を、法的観点から、つまり、個人の権利義務の観点から表現すれば、市民社会において人が義務を負うのは、自らの意思でそれを望んだときだけで、ということになる。これが私的自治の原則と呼ばれる法原理であり（意思自治と呼ばれることもある）、民法の指導原理のひとつである」と述べられているが、127頁では、その前提となる人間像は、「平等な権利能力を持ち、自らの意思に基づいて、自由かつ合理的に行動できる、財産のある人」であったが、その「人間像は、現代社会においては変容」し、人格権の承認や社会的な弱

者を保護するための法制定などに見られるように、「独自の人格を持った、弱く、必ずしも合理的ではない、なまみの『人』の登場を物語っている」と述べている。

注（38） 伊藤正己・加藤一郎編『現代法学入門〔第3版補訂版〕』有斐閣1999年84頁（花見忠執筆）。

注（39） 前掲注13・佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』422頁。

注（40） 高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない — 人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号（2003年）、引用は、括弧順に、139頁、144頁、144頁、145頁。

注（41） 前掲注26・石村修『基本論点 憲法』22頁。

注（42） 前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』281頁。

注（43） 前掲注34・内田貴『民法Ⅰ 第2版 補訂版 総則・物権総論』279頁。

注（44） 前掲注35・大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論（第2版）』69-70頁。

注（45） これらの直接効力説の名称や内容に関しては、前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』284-285頁、ならびに後述の直接効力説に対する批判は、同285-293頁参照。なお、自然法原理直接効力説は田上稊治『憲法提要』有信堂1963年90頁、客観的法規範直接効力説は橋本公旦『憲法原論〔新版〕』有斐閣167頁以下、社会的第三者効力説は稲田陽一『憲法と私法の接点 — 基本権の第三者効力』成文堂1970年44頁・196-197頁等参照。

注（46） 前掲注21・伊藤正己『憲法〔第3版〕』30-31頁。

注（47） 男女差別に関してみれば、有力説は、憲法第14条第1項後段所定の性別による差別は民主的な社会では原則としてあってはならない差別禁止事由であって、裁判所が男女差別を内容とする立法の違憲審査を行う際には、立法目的が必要不可欠なものでありかつ立法目的達成手段が必要最小限度でなければならないとする厳格な審査基準を適用しなければならないと解しており、この立場に従えば、例えば、

女性の大学進学率が上昇した今では、女子のみに入学を認める国立大学の存在は違憲もしくは合憲性は相当に疑わしい、と解される（青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』尚学社1996年365頁以下・同旨のものとして芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）』有斐閣1998年42頁）ことになり、さらに、私人間効力に関する直接適用説に立脚すれば、私立女子大学の存在も違憲とされてしまうおそれが出てくるのである。

注（48） 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第3版〕』岩波書店2002年110頁。

注（49） 前掲注21・小林直樹『新版 憲法講義 上』307頁。

注（50） 前掲注21・伊藤正己『憲法〔第3版〕』30-31頁。

注（51） 同旨のものとして、長谷部恭男『憲法〔第3版〕』新世社2004年138頁、大沢秀介『憲法入門〔第3版〕』成文堂2003年82頁、前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』307頁、前掲注17・野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ〔第3版〕』235頁（中村睦男執筆）その他がある。反対に、前掲注13・松井茂記『日本国憲法〔第2版〕』321頁は、「憲法の保障する基本的人権は、あくまで政府に対して保障される権利である。従って、それは私人に対しては保障されない。最高裁判所も、三菱樹脂訴訟判決でこのことを明らかにしている」として、当該判決が不適用説を採用したものと解している。

注（52） 前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』311-312頁。

注（53） 実際に、私立大学の学生が学則細則としての生活要録に反して無届けで学内で法案反対署名活動を行ったり学外の政治団体に加入申し込みしたりしたことを理由に退学処分を受けたために訴訟提起した事件（いわゆる昭和女子大学事件：最高裁判所第3小法廷判決昭和49年7月19日・昭和42年（行ツ）第59号身分確認請求事件・民事判例集28巻5号790頁・判例時報749号3頁）において、最高裁判所は、既述の三菱樹脂事件最高裁判決を引用して「憲法19条、21条、23条等のいわゆる自由権の基本権の保障規定は、国又は

公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障することを目的とした規定であって、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係については当然に適用ないし類推適用されるものでない」と憲法規定の直接適用を否定したうえで、「同大学が学生の思想の穏健中正を標榜する保守的傾向の私立学校であることをも勘案すれば、右要録の規定は、政治的目的をもつ署名運動に学生が参加し又は政治的活動を目的とする学外の団体に学生が加入するのを放任しておくことは教育上好ましくないとする同大学の教育方針に基づき、このような学生の行動について届出制あるいは許可制をとることによってこれを規制しようとする趣旨を含むものと解されるのであって、かかる規制自体を不合理なものと断定することができない。…このような実社会の政治的社会的活動にあたる行為を理由として退学処分を行うことが、直ちに学生の学問の自由及び教育を受ける権利を侵害し公序良俗に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判決（略）の趣旨に徴して明らかであり、又、右退学処分が上告人らの思想、信条を理由とする差別的取扱でない」などと述べ、退学処分は懲戒権者の裁量権の範囲内にあると判示したのである。当該判決は、裁判所が私人間の人権侵害問題に関して消極的姿勢を示したものと解され、学説には批判的な見解が多い。また、前掲注32・戸波江戸二『憲法〔新版〕』163頁は、「判例のうちには、間接適用説を採用しつつも、『人権規定が私人間には直接適用されない』ことを強調し、実質的に不適用説と同様の結果を導き出していることが少なくない」として、当該判決を批判的に例示している。他方、定年年齢について女子が男子よりも5歳低く規定されている会社の就業規則の効力が問題となった事件（いわゆる日産自動車事件：最高裁判所第3小法廷判決昭和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35巻2号300頁・判例時報998号3頁）では、「就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別

を定めたものとして民法90条の規定により無効であると解するのが相当である（憲法14条1項、民法1条ノ2参照）」と判示して、私人間の問題に積極的に憲法上および私法上の差別禁止原則を認めたのである。

注（54） 今村成和『人権と裁判』北海道大学図書刊行会1973年70頁。

注（55） 前掲注40・高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない — 人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」142頁。

注（56） 小山剛「私人間における権利の保障」・ジュリスト増刊『憲法の争点 [第3版]』（1999年）56頁。

注（57） 内野正幸『[新版] 憲法解釈の論点』日本評論社1998年（第三刷補訂）31頁。

注（58） 前掲注21・伊藤正己『憲法 [第3版]』31頁。

注（59） これらの引用は、前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』300頁による。

注（60） 吉田善明『日本国憲法論 [第3版]』三省堂2003年302頁。このステイト・アクション理論は、前掲注14・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』314頁では国家同視説、前掲注51・長谷部恭男『憲法 [第3版]』143頁では国家行為の理論などと呼ばれている。なお、前掲注13・松井茂記『日本国憲法 [第2版]』325頁参照。

注（61） 前掲注51・長谷部恭男『憲法 [第3版]』144頁。

注（62） 山本敬三「憲法による司法制度の保障とその意義 — 制度的保障論を手がかりとして」ジュリスト1244号（2003年）138頁。また、山本敬三「基本権の保護と私法の役割」公法研究第65号（2003年）104頁以下、前掲注56・小山剛「私人間における権利の保障」・ジュリスト増刊『憲法の争点 [第3版]』56-57頁、小山剛「私的自治と人権」ジュリスト1244号（2003年）87頁以下など参照。

注（63） 前掲注51・大沢秀介『憲法入門 [第3版]』83頁。

注（64） 前掲注48・芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 [第3版]』110-112頁。

注（65） 前掲注21・佐藤幸治『憲法 [第3版]』438-438頁。

注（66） 前掲注26・石村修『基本論点 憲法』24-25頁。

注（67） 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）。