慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	契約法における平等処遇序論 : EUの状況から考える契約自由と差別禁止・平等処遇
Sub Title	Equal treatment in contract law: some considerations on non-discrimination/equal treatment in relation to freedom of contract, in light of circumstances in EU
Author	茂木, 明奈(Mogi, Mina)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2011
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.91, (2011. 12) ,p.115- 146
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20111215-0115

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

契約法における平等処遇序論
――EUの状況から考える契約自由と差別禁止・平等処遇――

茂木明奈

一　問題状況
二　EUにおける、契約法上の差別禁止・平等処遇に関わる諸規定の成立と評価
(一)　成立以前
(二)　契約法における規定の端緒――EC設立条約一三条をめぐって
(三)　契約法における価値の拡大と差別禁止
(四)　消極論
(五)　小括
三　これまでに提示されている具体的な諸規定
(一)　契約に関わるEU法レベルの差別禁止
(二)　CFR草案における差別禁止
(三)　小括
四　問題と検討
(一)　契約法における差別禁止・平等処遇の規定是非と適用範囲
(二)　適用対象者
(三)　禁止される差別の根拠
(四)　「締結請求権」に見る理論上の問題とその検討
(五)　立証責任の転換
五　結び

一　問題状況

私人間の契約において国籍や性別等に基づく差別が行われた場合、日本では、差別的な契約内容の無効・一部無効や、不法行為上の救済である金銭賠償による人格権侵害の回復によって個別の問題解決が図られている。(1)

翻ってＥＵでは、差別禁止（non-discrimination）規定が民法典中それも契約法に盛り込まれようとしている。ここでは、公に開かれて提供される取引における差別に対するサンクションとして、債務不履行に関する規定が用いられる。基本的には損害賠償を、しかし果ては履行請求までをも通じて行われる、差別がなかった場合の状態の回復は、契約の場面で差別を受けた者に与えられうる最大の救済である。しかし、この救済は差別する側の契約自由と衝突する。このため、雇用の領域を越えた一般的な差別禁止規定がそもそも契約法にとって必要なのか、必要だとしてどの程度なのかに関して議論がある。

禁じられる差別とは、要請される平等処遇とは何か。契約法中に差別禁止規定をおくことは単に政策的な配慮に過ぎないのか、それとも、平等処遇（equal treatment）が契約自由と並びうる契約法の一つの柱を成すのか。またいずれにせよ、契約自由と差別禁止・平等処遇の抵触がいかに克服されるのかという契約法の根本的な問題を明らかにしなければならない。本稿は、ＥＵにおける契約法に関わる差別禁止規定の経緯およびそれに関する議論をみて契約法の根本問題の解明の糸口とし、そこから問題点を抽出するとともに、現在欠いている決定的な理論的説明のために以降契約自由との関係を意識して平等処遇を研究する必要性を明らかにする。

二　EUにおける、契約法上の差別禁止・平等処遇に関わる諸規定の成立と評価

EUレベルの立法は、根拠となる条約と、それにより立法権限を付与された各機関による規則・指令・意見等の発令という具体的行為とのコンビネーションから成る。このうち規則は直接適用が前提とされる立法手段である。これに対して指令は一定の期限を切った国内法化（置換）作業を要求するものであるが、規定が十分に具体的で特別の留保も付されていない場合には、国内法化の期限徒過後に直接・間接に適用されうるという特性を有する。[2] 国内立法の裁量の余地を残しながらも、具体的法規としての効力を域内の各人に迅速かつ強力に及ぼす手段であることから、指令はEUにおいて差別禁止を契約法に押し広げる主な役割を担ってきた。

㈠　成立以前

EUで差別禁止が契約法との関わりにおいて採り上げられるのは、およそ一九九〇年以降のことである。EEC設立時に既に、差別禁止規定自体はいくつか存在したが、具体的な規定は社会政策目的に過ぎず、理念として唱えられた一般的な差別禁止が契約法との関係で自由を脅かすものと指摘されることはなかった。

1　設立条約

EECおよびECの設立条約における差別禁止規定は、域内の人・物品・役務の国境移動を直接的に促進する内容に限られていた。設立時以来の条文としては、国籍に基づく差別を禁止するEC設立条約一二条、労働者の移動の自由を保障する同三九条、男女間の賃金平等処遇を定める同一四一条が挙げられる（現行EU機能条約ではそれぞれ一八条、

四五条、一五七条）。一二条による差別禁止は、共同体加盟国の国籍のみが対象であるが[3]、直接効力を有する共同体法上の一般原則とされている[4]。一四一条[5]は多くの指令の根拠となり、労働関係における男女差別禁止法制は社会運動の趨勢とともに拡充されてきた[6]。

2　設立条約以外による布石――理念としての差別禁止

具体的な共同体法に直接繋がらないものの、他の諸条約も、共同体立法の背景を構成する。欧州人権条約（一九五〇年署名、一九五三年発効）は既に一四条[7]で、当該条約に規定される諸権利の享受が性別、人種、肌の色、言語、宗教、政治的その他の意見、出身国籍あるいは社会的出自、マイノリティとの結合、財産、出生その他の地位等に基づく差別なく保障されることを定め、一三条で効果的な救済を受ける権利も保障する。一四条は第一二プロトコル（二〇〇〇年署名、二〇〇五年発効）により「当該条約に規定される（諸権利）」という制限をはずれ、また公的機関による一切の差別禁止も盛り込んだ一般的差別禁止の条文となった[8]。他に人種差別撤廃条約、国際人権規約、女子差別撤廃条約なども、重要な理論的背景を成す。

(二)　契約法における規定の端緒――EC設立条約一三条をめぐって

1　政治的な出発点

契約法に関わる差別禁止立法の端緒となったのは、生活のあらゆる場面といってよい広範囲における人種差別撤廃を求める、主に一九九〇年代の動きであった。

まず、欧州議会の調査委員会による報告書[9]は、設立条約の目的的解釈や関連規定の効果的活用、さらには法改正や新たな立法の必要性を提唱した。一般的差別禁止に関する共同体法上の権限規定は当時存在せず、当時のEC設立条約二三五条（改正後三〇八条、現行EU機能条約三五二条一項、法の欠缺における行動指針に関する規定）も、理事会の全会

一致という条件に阻まれて十分な活用がされなかった。

議会によるイニシアチブの背後には、NGOのロビー活動があった[10]。これに大きく寄与したThe Starting Line[11]による人種差別廃絶に関する理事会指令私的草案[12]は、憲法以外の差別禁止規定を有する加盟国と有しない加盟国とのばらつき解消の必要性を主張し、これを移動の自由という共同体の経済的目的の一つとも人種差別撤廃条約の理念とも結びつけたのである[13]。

The Starting Lineは、指令が目的を迅速かつ強力にこれを実現する手段であること、その一方で、各国の事情に応じて調整しあるいは逆に国際基準よりも踏み込んだ内容の立法を試みるための裁量を与えていること、さらに、国内法化の要請に伴う各国内での議論の呼び水となることに着眼した[14]。このことは、その後EUにおける契約法に関わる差別禁止が指令の形をとることに繋がった。

The Starting Lineによる私的草案は、「人種、肌の色、家柄、国籍、出身国・出身民族」に基づく、「職業活動、社会保障、健康福祉の利益、教育、職業案内・職業訓練、住宅、財・設備・役務の提供、社会的・文化的・宗教的・公共的な生活への参加」における直接差別・間接差別を禁止する法的手段の導入と、これに反する人種差別に対するサンクションを求めた。契約を射程に含む人種差別禁止規定が企図されたのである。さらに、立証責任の転換の規定と、差別の教唆が不法行為を構成する旨の確認規定も置かれており、ここに後の指令や立法草案の規定ぶりの原型を看て取れる。

2　EC設立条約一三条

こうした動きを受けて、欧州議会は立て続けに決議を行い[15]、欧州委員会も差別禁止立法の重要性を宣言した[16]。その後アムステルダム条約（一九九七年、一九九九年発効）において、当時のEC設立条約一三条（現行EU機能条約一九条）が規定されるに至った[17]。本条文が扱うこととなったのは人種差別に限られない。本条文により、性別、人種また

は民族的出自、宗教または信条、障害、年齢、性的指向等[18]に基づく差別に対処するための具体的権限が理事会に与えられた。一二条や一四一条が作成された当時の共同体が経済的事情・単一域内市場の促進を目的としていたのに対し、一三条の規定当時には金融、環境、外交をも含めた統合形態であるＥＵの枠組みが既に形成されていた。ＥＣ設立条約一三条はヨーロッパ全体に共通の価値の実現ツールとしての意義も有していたと言えよう[19]。このことは、共通の価値を二条に掲げ、統治主体以外をも名宛人とする差別禁止を一八条および一九条に置くＥＵ機能条約によりますます明確である。

ＥＣ設立条約一三条においても、理事会の全会一致での行動が必要であること、一二条と異なり私人に直接効力を及ぼさない文言であること、域内に限っての規定であることから、それ自体では意義が薄いという見方もあった[20]。しかし実際には、前記のＮＧＯの圧力は継続し、次項に見るようにインパクトある指令が作成されている。

3　指　令

まずは、ＥＣ設立条約一三条の規定の動機となった人種民族平等処遇指令（2000/43/EC）[21]と、雇用・職業に関する枠組み指令（2000/78/EC）[22]が作成された[23]。この人種民族平等処遇指令は労働関係も対象としたが、三条において、雇用および周辺領域である職業教育・社会給付に加え「住居を含む公に開かれた財および役務へのアクセスおよび供給」をも適用領域としたことが、その後の諸指令に繋がる重要なステップであった。この「公に利用可能な財および役務へのアクセスおよび供給」における差別に対処するためにこそ、雇用関係以外のあらゆる契約を射程に収める法規定が新たに必要とされた。すなわち、そのような場面において、人格権侵害に対する不法行為法上の救済だけでなく、差別がなければ実現されていたであろう財・役務提供契約上の地位の回復という救済がされるべきこととなったのである。

性別平等処遇枠組み指令（2004/113/EC）[24]も、同様の表現で「公に開かれた財および役務提供へのアクセスおよび

供給」に関する性別に基づく差別を禁止した[25]。さらに現在も、設立条約一三条に基づくさらなる私法の調和が必要であるとして、欧州委員会は、宗教・信条、障害、年齢、性的指向に基づく雇用以外の領域における差別に関して指令を準備している[26]。その二〇〇八年の提案以来、作業は滞っているようである。とはいえ、EC設立条約一三条に依拠した差別禁止立法は、禁止される差別の根拠を拡大しながら、契約の場面に大きな影響を及ぼすに至っている。

さらに、欧州基本権憲章（二〇〇〇年公布、二〇〇九年発効）により、禁止される差別の根拠の拡大傾向が強まっている。憲章二一条は、性別、人種、肌の色、民族的・社会的出自、遺伝子特性、言語、宗教・信条、政治的その他の意見・マイノリティのメンバーシップ・財産・生まれ・障害・年齢・性的指向による差別を禁止する。同憲章二三条は、男女で雇用・職業・教育に関する処遇が異なってはならないと規定する。

4　国内法化

人種民族平等処遇指令や性別平等処遇枠組み指令は既に国内法化の期限を過ぎており、置換された国内法も運用されている[27]。各国内法は多様な問題状況と議論を踏まえ内容を異にするため、そうした個別の法の規定内容と運用上の成果・問題の分析検討は、本稿の意図する研究に大きく資するであろう。この点は次稿以降の課題とする。

㈢　契約法における価値の拡大と差別禁止

前述の事実の面からは、EUにおける契約法分野にかかわる差別禁止規定の導入、すなわち、契約において相手方を他者と別異処遇する自由の縮小は、政治的偶然による無思慮な結果とも言える。契約法における平等処遇要求の根本的説明がEU自身によりなされたわけではない。しかし他面、契約法上の諸原理の新たな位置付けに関する議論が展開される中、契約法における差別禁止・平等処遇の正当性は裏付け可能である。

EUは私法とりわけ契約法の統合を試みている。欧州私法の統一に関する欧州委員会によるアクション・プラン[28]の

公表以降、EU法自体に関するCFR（Common Frame of Reference＝「共通参照枠組み」）の策定作業が進められている[29]。アクション・プランでは、契約自由が主導的原則でありその制限は十分な理由のあるときにのみ許容されると認識されていた。しかし、学識者グループによる二〇〇四年の「社会正義マニフェスト」[30]において、消費者保護の理論の確立を背景に、契約自由の優越性に関する疑問が表出した。そこでは、「契約自由あるいは私的自治はもはや……最優先の地位にはなく」[31]、契約法は単なる市場構築の手段にとどまらない「市場秩序の社会正義を規律する基本的諸ルールを決定する」スキームであると主張された。CFRプロジェクトに伴い契約自由以外の新しい価値に関する議論はまさに深化の途上にある。二〇〇〇年代に入って契約法の捉え方は転換し、正義の名におけるパターナリスティックな介入が契約法の世界にも必要と考えられている。例えば、差別禁止を弱者保護の一環に位置付けることや、平等処遇を受ける権利として独立に考えることが可能である。以下に理論的可能性がいくつか挙げられる。

第一に、現代の契約法においては弱者保護が要請されており、差別を受ける者も消費者、中小事業者、労働者、賃借人などと同じ文脈で、契約法上何らかの手当てを受けると考えることが可能である[32]。福祉の観点から差別が禁止されるとすれば、社会的格差が存在する限り、今日の指令による規制拡大は正当化される[33]。

第二に、ACQP[34]は、差別禁止の目的が人間の尊厳の保護にあるとし、契約において禁止される差別を行わない義務を、信義則を具体化した義務であると説明している[35]。とくに契約締結前の段階で差別が行われた場合、信義則に違背したことを理由として差別した側に契約が締結されていた場合と同じ状況を創出する責任を負わせることとなる。この考え方では、信義則は従前考えられてきたよりも強いインパクトを持つものとなろう。

第三に、DCFR[36]も同じく差別禁止の目的を人間の尊厳の保護と理解するが、ACQPと異なり、契約当事者が差別されない権利を有するものとする。DCFRは、自由、安全、正義、効率性を四原則とする。このうち、差別される者の尊厳と契約自由を保護するために相手方の契約自由は一定の制限を受けるのだと説明している[37]。さらに、差別

を受けないこと自体が保護されるべき権利であるだけでなく、個人の社会への参加権でもあるとすることもできる。[38]

(四) 消極論

前記のように、差別禁止は契約法の新たな要素でありうる。しかし、現に差別禁止規定は契約自由を制限するため、契約法における一般的な差別禁止規定の必要性につき未だに根本的な疑義が存在する。契約自由がなぜ制限されるのかにつき説得的な理論が確立されない限り、以下の考え方による限定的な差別禁止でも十分と言いうる。

1 人格の保護

そもそも、「差別禁止」という構成自体に対する疑義、すなわち、禁止の対象が「差別」自体ではなくそれに伴う「人格的侵害」に絞られるとの指摘も存在する。[39] 本来的にあらゆる契約は根拠をさまざまにした別異処遇であるから、禁止された差別の根拠との結合が軽蔑などのように他人の人格を侵害する場合のみを規律すればよい、とするのである。この考え方によれば、契約法で差別禁止を規定するとしても、契約の場面で不法行為法上サンクションされる行為があった場合の確認的規律で足りる。

2 社会維持

契約法における差別禁止を社会維持に必要な程度に限定する考え方もいくつか存在する。まず、差別禁止を生存権の保障の手段と考えると、住宅、保険、必需品に関する契約において平等処遇を定めれば足りる。[40] また、競争法における市場寡占企業による不平等処遇禁止と同質のものと考えれば、社会維持に必要な分だけの平等処遇のみが正当化されることとなる。そうすると、広範・悉皆的な平等処遇は不要となるばかりでなく権利濫用的で不当な責任追及の氾濫に対する危惧からしてむしろ否定されうる。その結果、大量取引や労働・住宅市場の分野などの「本質的・死活的生活領域……以外の分野では、契約法における平等処遇原則は、正当化されない異物」[41]となる。さらに、むしろ、

公に開かれた財および役務ほど、提供者側の差別する自由がより保護されてよいとの見解もある。[42] 独占・寡占状態にない当事者にまで契約における差別禁止法理の射程が及ぶことには取引活動萎縮の懸念があり、法的救済は市場の失敗を補う目的でのみ正当であるとすることもできる。[43]

3　経済的評価

最後に、前記二点と併せて検討されるべきと思われる点がもう一点存在する。それは、差別禁止規定の経済的評価である。[44]「公に開かれた……提供」という範囲を規定することで、取引活動が萎縮する可能性が指摘されている。無用な衝突を避けるため、顧客としたくない相手の人格権を侵害しないよう、はじめから「会員制店舗」（前記・結社の自由参照）として営業する者が増え、却って公正な財の分配が行われない恐れがあると言うのである。開かれた市場から離脱する者が増え市場が縮小すると、市場参加の機会もまた減少するという悪循環が起き、[45] これは、EUにとって一貫した目的でもある健全な域内市場の創出にも適わない結果を生じさせうる。

(五)　小　括

政治的圧力に端を発したEUの契約法における差別禁止規定は、政策的規定に過ぎないものではないとの説明が可能である。しかし、契約自由との関係が不明確である限り、こうした規定は消極論に堪えるものではない。果たして、契約に関わる平等処遇の要請はどのような範囲と内容で具体化されるのであろうか。

思うに、まず契約自由と差別禁止・平等処遇との関係を明らかにすること、その上で一般的な規定が必要とされてもさらに残る立法コスト面の制約を検討することの二つを併せてはじめて、契約法において差別禁止のありようが決定される。このことは、以下に採り上げる実際の諸規定の内容の多様性や、それが抱える問題をみていくことで明らかとなる。さしあたり以下に、指令とCFR草案の規定を概観する。

三　これまでに提示されている具体的な諸規定

㈠　契約に関わるEU法レベルの差別禁止

前記二㈡に述べた諸指令は、EUの立法の方向性と大枠を形作った。

指令はまず平等処遇の原則を置く（例：性別平等処遇枠組み指令（以下、性別）四条一項、人種民族平等処遇指令（以下、「人種民族」）二条一項）。

次に、差別の定義を置き、それに直接・間接の差別的処遇およびハラスメントを含める（例：性別二条・四条三項、人種民族二条二項・三項）。直接的差別とは、ある者が忌避されるメルクマールを根拠として、ある比較可能な状況において他者が受けている、受けた、あるいは受けるであろうよりも不利な処遇を受ける場合を言う。間接的差別とは、一見中立的だが差別的な効果を有する基準が設けられている状態を指す。直接的差別の禁止の潜脱防止のため、間接的差別を含めた一律的な禁止が前提とされることで、後述の正当化判断においては、「差別の正当化」というよりはむしろ「差別的効果のある諸基準の正当化」がされるか否かが問題となる[46]。こうした定義は1997/80/EC以降多数の指令において維持されている[47]。

性別平等処遇枠組み指令の三条一項は「……公に開かれた財および役務を提供するあらゆる者であって、私的な・家族生活の領域およびその文脈で起こる取引を除くもの」を対象とする[48]。妊娠に基づく差別も禁止される[49]。

第三者による差別の教唆の禁止も条文化されているが、不法行為規定を便宜上併せて規定しているに過ぎない（例：性別四条四項、人種民族二条四項）。

また、差別禁止の例外として正当化の要件に関する規定が置かれている（例：性別四条五項・六条、人種民族四条・五条）。この点については、人種民族平等処遇指令では職業上の要請及びポジティブ・アクションを除いて差別的処遇の正当化の余地を全く残していないのに対し、性別平等処遇指令は一般に適正目的および相当必要性ある手段による正当化の可能性を認めているなどの相違が見られる。

救済に関して人種民族平等処遇枠組み指令一五条は、損害賠償を含む全ての制裁が効果的・比例的・諫止的であることを要求し、金銭賠償以外の救済・サンクションの可能性を呈示する。他方で性別平等処遇枠組み指令八条二項は、諫止的で損害に対し比例的な方法による効果的な損害賠償を要求するにとどまる。

さらに、立証責任の転換が規定されていることが特徴的である（例：性別九条、人種民族八条）。差別の存在を推測させる事実が挙げられた場合には、差別をしたとされた側の当事者がそれを否定する証明責任を負うこととなる。

最後に、こうした法律関係に直接的に関わる諸規定の後には、組織の設置、アクセス等についての諸規定が続く。こうした規定が指令に盛り込まれているのは、差別の現在的な禁止だけでなく将来的な除去をも目的としているためである。契約法上の差別禁止の実行のために特別な紛争処理機関や紛争処理制度が契約法上必要となるわけではない。指令に含まれる差別除去のための諸規定（組織、アクセス等）は政策目的の規定であり、指令の国内法化された法律にも引き継がれている場合があるものの、それも契約法の一般的な規定の部分に取り込まれた場合ではない(50)。

㈡　ＣＦＲ草案における差別禁止

他方で、二㈢に述べたＣＦＲの草案においても、規定が試みられている。

1　ACQP

3：101は、「差別が人々の間の法的関係から一掃されるべきである」という観念を公式化して表明する一般原

則として起草された。目下禁止される差別の根拠は人種、出身民族、性別という三つの限定列挙であるが[51]、条文の改正を見込んだ記述となっている。また、他の根拠による差別についても、不法行為法上のサンクションは除外されない。もっとも後述するが、3：201および3：202で実際の救済が設定されている範囲は、やはり指令の傾向と同様に、公に開かれた財・役務の提供に限られる[52]。

3：102は「差別」の定義規定である。間接的差別が多くの場合直接的差別の潜脱に過ぎないという認識のもと、直接的差別・間接的差別の一律禁止がなされている。二項は、ハラスメント[53]を締結プロセスおよび履行プロセスにおける差別の一態様として規定する。ハラスメントにおいては、差別を受ける者は差別を受けていない他者と契約内容上は同様に扱われているが、困難でネガティブな状況に置かれることなしに取引できないという点で実際上差別的処遇を受けていると考えるのである[54]。差別教唆を差別とみなす旨規定する三項は純粋な不法行為規定であるが、差別禁止システム全体をこの章で俯瞰するために置かれている。

3：103は禁止される差別の例外を述べる規定である。人種民族平等処遇指令のようにごく限られた正当化しか予定されない方法を絶対的禁止と呼ぶならば、ACQPは性別平等処遇枠組み指令のような相対的禁止型であると言えよう。相対的禁止における潜脱行為防止のために、裁判所が正当化の判断を厳密に行うことが予定されている。ACQPにおいて、正当化規定は別異処遇の評価に柔軟性をもたらし「契約の自由の合理的な利用を可能にする」ものと位置付けられる。本条にいう目的の正当性とは、当該目的が社会において保護されており、諦められるべきでない価値であってかつ差別禁止諸法の主要な目的を侵害しない価値であることを指すと考えられている。例えば、「プライバシー、品行方正さ、宗教・文化的アイデンティティ、例外的には保険契約などの場合の経済的諸要因」などである。「差別禁止諸法の主要な目的を侵害しない」程度については、比例原則（適合性、必要性、比例性）に照らして判断することとされている[55]。また、アファーマティブ・アクション（reverse discrimination / affirmative action）を許容す

る余地を与える規定でもある。

3：201は差別禁止特殊の救済の根拠規定であり、続く3：202は救済の内容について説明を加える。諫止的効果は主に、差別された側に生じた非金銭的損害の賠償責任によるよう意図されているようであり、これが差別の一般予防を促進することも期待されている。特筆すべきは、これが損害賠償に限らないオープンな救済リスト（Open catalogue of remedies）を念頭においていることである。すなわち、損害賠償以外にも契約修正請求権、解除権、契約締結請求権にも道を開いているのである。もっとも、契約締結請求権を認めるに際しては「最上の注意」を必要とする。具体的に認められる救済については判例に委ねられるため、裁判官の力が過大となり法的安定性に危険が及ぶ可能性に配慮し、「恣意的に適用されてはならないし、されえない……賠償が第一義的であることに加え、比例性の要求があるため、十分な安全性がこのシステムにはある」とコメントされる(56)。

証明責任を転換する3：203は指令以来の制度であるが、「差別したと訴えられた者の意思その他の思想に対するコントロールを許す制度に近いと考えられる」として起草者たちも問題性を認めている(57)。

2　DCFR

DCFRは、はじめから「公に開かれた財、その他の資産や役務へのアクセスを提供しあるいはそれらを提供することを目的とする契約その他の法律行為」やそれに関連する義務の「不履行に対する救済の追求及び保全」「義務を終了させる権利の行使」に限定した形で、平等処遇を受ける権利に関する原則を置く（Ⅱ―2：101、Ⅲ―1：105）。この限定的な、原則と言えるか確かでない原則は、救済と直結している（Ⅱ―2：104）。DCFRはACQPと比較すると理念の面で慎重であると評価できる。

禁止される差別の根拠は、性別、出身民族、出身人種に限定される。ただし、附則にあるように、ACQPと同様将来的な増設が想定されていることに注意が必要である。

次に、差別の定義規定が置かれる（Ⅱ―2：102）。一項は直接的・間接的差別の定義であり、二項はハラスメントも差別に含めるとする。三項は教唆も差別とする不法行為規定である。直接的差別と間接的差別の区別が維持されており、さらに便宜上ハラスメントと差別の教唆も併せて定義したという点で、ACQPの延長と言える。

先の限定的な原則に対する例外は、不平等処遇がその適法な「目的を達するために使われる手段が適切で必要である場合」に認められる。（Ⅱ―2：103）。本条については、適法な目的達成のための手段の適切性・必要性という狭義の・本来の意味での正当化要件が示されるのに加えて、アファーマティブ・アクション（positive discrimination）に対する一定の考慮が働きうることも解釈・運用上想定されている。[58]

救済（Ⅱ―2：104）に関してはACQP同様、不法行為責任の追及を害さず債務不履行に対する救済が利用可能である旨、救済が比例的・諫止的であるべき旨が規定される。DCFRアウトライン版においては、Ⅲ―1：105の債務不履行に対する救済規定に明記される①（実際に契約締結されていた場合の）履行の強制、②履行の停止、③解除、④代金減額、⑤損害賠償という閉じた（closed）救済と解釈される文言によっていた。これに対し、履行の強制（①）の中に締結強制を織り込む解釈の成立可能性も指摘されており、[59] DCFR完全版ではこの議論を踏まえて、後者の解釈をⅢ―3：302との関連およびコメントで認めるに至った。[60] 締結強制を行うにはやはり「最上の注意」を要するが、同種の契約で同様の差別が広く行われている場合[61]や当該契約が締結されなければ差別を受けた者にとって非常な困難が生じる場合[62]には認められると考えられている。

ただしあくまでも、損害賠償が第一義的救済である。[63] この点、損害賠償請求権者の範囲には問題が残る。差別された者の属性を帯びた集団の全員に損害賠償請求権の可能性を見出すのは無論行き過ぎであるが、DCFRは、救済が「効果的・比例的・諫止的」であるべきことを理由として、契約の相手方以外に少なくとも潜在的な契約相手方までが請求権者でありうるとする。例えば、Aにレストランでの食事に招待されたBがウェイターCに民族を理由とした

差別を単独で受けた場合、契約関係にあるAはもちろん、契約関係にないBにも損害賠償請求が可能となるという例が設定されている。[64]

最後に立証責任の転換（Ⅱ―2：105）がACQPと同様に規定される。

㈢　小括

ヨーロッパにおいて定着してきた契約法上の差別禁止規定を全体としてみると、規定方法・内容における一定の枠が出来上がりつつあることがわかる。すなわち、①一般的な直接的・間接的差別禁止原則、②挙げられる一定の根拠に基づく差別に対する救済、③公に開かれた財および役務の提供に関する契約という適用範囲、④債務不履行に対する救済、⑤①の例外としての適切性・必要性による正当化、⑥立証責任の転換、という大枠である。この枠組みは指令やCFR草案を通じ伝統になりつつある。

しかし細かくみていけば規定・解釈が定まったわけではなく、何より、ACQPおよびDCFRをもっても、契約自由と平等処遇・差別禁止の関係は理論上明らかでないため、規定の是非・範囲・救済のあり方に関する態度決定は未だできない。ここまでで浮かび上がった諸問題を以下に検討し、今後の議論の手がかりとする。

四　問題と検討

㈠　契約法における差別禁止・平等処遇の規定是非と適用範囲

差別の一律的な禁止を冒頭に置く構成は、範囲面でも根拠面でも大量に例外の設定を必要とする点で問題との指摘

がある。[65] CFR草案のうち、ACQPは信義則の具体化として平等処遇原則を冒頭に掲げ、指令のように原則と具体的救済を切り離している。しかしその一方で、DCFRでは、平等処遇の要請は「公に開かれた財および役務の提供」という実効的なコアの部分にはじめから限定される。その意味でDCFRは運用面で簡明に資するものと評価できるが、それ以上に、「公に開かれた財および役務の提供」よりも適用領域が拡張される予定がないことをよく示している。「公に開かれた」提供に適用領域が限られるかを考えるに際しては、まず、差別禁止・平等処遇と、諸基本権および基本的諸自由（性別平等処遇指令（検討理由一六）、民族平等処遇指令（検討理由四）参照）、結社の自由（民族平等処遇指令（検討理由四）参照）、私的領域および家族生活の保護（性別平等処遇指令（検討理由一六）、民族平等処遇指令（検討理由四）参照）といった「対立」あるいは「抵触」すると思われる自由[66]との関係性を明らかにすることが求められる。

第一に、差別禁止・平等処遇の要請と契約自由の関係が、契約法上の差別禁止規定の適用領域画定の大きな要素である。[67] 契約自由に差別する自由が内在的に含まれるのか、[68] 一定の根拠に基づく差別をしない義務・差別を受けない権利があるのか。平等処遇された状態の回復を契約法上規定するには、後者の裏付けが必要である。

第二に、結社の自由についてはまた別個に検討されなければならない。「公に開かれた財および役務の提供」に当たらない純粋な個人的結合の自由が徹底されるのはよいとしても、ある程度大きな結社の内部での取引[69]や結社における事務的な雇用関係[70]までもが結社の自由を理由として契約法上の差別禁止の適用除外とされるのであろうか。

第三に、家族生活の保護も差別禁止の領域を画定する重要な要素と思われる。ACQPやDCFRはその性質上家族法上の関係を適用対象とはしていないので具体的な問題は生じていないが、例えば婚姻契約締結時の差別における損害賠償として婚姻がなされた場合と同様の状態の回復を想定すると、これが大問題であることが直感的にはわかろう。家族生活の領域や小規模な営業形態を私的領域の概念に含めてとりあえず立法化したものもあり、以後の動向も

注目される(71)。

ところで、新たに準備されている指令（European Commission, COM(2008)426）においては、個人に対する差別禁止は「公に開かれた提供」よりも狭い適用領域である「専門職業的あるいは商業的活動」のみに妥当することとされる。これが以前の指令における適用領域の見直しをも含意するのか、それとも指令案が対象とする差別根拠特有の考慮が働いたものなのかは、明らかではない。しかし、家族生活などが適用対象外とされるのは、それが「身分」に関わることが理由なのか、継続的で密接な関係であることが理由なのかといったことも含め、「公に開かれた提供」という適用範囲の妥当性を、差別禁止・平等処遇と自由との関係の観点から明確化しなければならない。

さらに、平等処遇がなぜ要請されるのかに関しては様々な説明が可能であるが、規定消極論に応えうるか検証が必要である。とくに契約自由に対する平等処遇の要請の介入は、人格保護や社会維持に必要な範囲にとどめるべきとの考え方がある。加えて、差別禁止・平等処遇の要請が契約法における立法に反映されることが経済的な観点から是認できるか検討する余地もある。検証のためにはまさに、差別禁止・平等処遇と契約自由を筆頭に前記の諸自由との関係性を明らかにしなければならないであろう。

(二)　適用対象者

確かにEUの立法において、規定の名宛人が公に開かれた提供における財・役務の提供者であるという点は一致しているのであるが、ACQPやDCFRにおいても財・役務の提供者に対する差別が意図的に適用対象から外されている点について積極的な説明がなされておらず、その妥当性は今後検証されなければならない。差別禁止規定が福祉に根拠付けられるのではなく平等処遇の義務または権利に根拠付けられるというのであれば、提供者を保護の対象から外すことが妥当とは言えない。この点を考えるにも、差別禁止・平等処遇がなぜ要請されるのかを明らかにするこ

とが必要と言えよう。

さらに、ＤＣＦＲは、差別する側の当事者には一定の第三者との関係でも義務が課されるものとし、誰が契約法上差別に対する救済を受けることになるのかという、指令では触れられなかった問題に一つの回答を与える。ＡＣＱＰのコメントは、差別され契約を拒絶されるのを知りつつも契約締結を試みなければ救済されないと考えるのは狭すぎ、かといって差別されうる全ての者を救済対象とするのは広すぎると述べる[72]。救済を受けるためには「ある程度の近接性」が必要と言うが、これも曖昧な基準であることを免れない。この点に関しては、契約における第三者に関する研究において見ていくこととなろう。

㈢　禁止される差別の根拠

指令とＣＦＲ草案のいずれも人種・出身民族・性別を禁止される差別の根拠のコアとしており、またＣＦＲ草案における根拠増設の想定、そして指令や国内法化された現実の立法[73]における根拠の拡大傾向については前述のとおりである。しかし、新たな指令の青写真（European Commission, COM(2008)426）が提示された後にＤＣＦＲ完全版が発行されているにも拘わらず、根拠の拡大可能性については、それが存在することのみが述べられており、記述にほとんど変化はない。例示列挙型、あるいは、ＤＣＦＲのような拡張を想定した列挙型の採用については、差別の根拠が類推適用あるいは世情に流された改正によって容易に変化・拡大される危険性も指摘されている[74]。

また、新たな指令自体に対しても疑義がはさまれている。宗教・信条、障害、年齢、性的指向についての労働以外の領域に関する指令の準備作業が難航する一方で、障害に関してのみであれば指令が作られる可能性がある[75]が、禁止される差別の根拠に関してヨーロッパレベルでのコンセンサスが形成されていない。こうした状況の分析も含め、根拠の制限・拡大につき十分な検討が必要である。この点はまさに、契約法において何に基づく差別禁止・平等処遇が

必須であるのかにかかっていると言えよう。

拡大が是とされるにせよ、実際上人種に基づく差別よりも性別に基づく別異処遇の方が相当性と必要性の観点から正当化の余地が広いこと、さらに、年齢などは社会的な蔑視の対象でないことから、正当化の問題と関連させた根拠ごとの細分的検討が必要であるように思われる[76]。ここで重要なのは、人種・出身民族などほとんど正当化の余地がないと考えられる根拠と、年齢など正当化の余地が広い根拠を同列に語るか否かが、契約法上の差別禁止・平等処遇の意味合いを大きく左右するということである。すなわち、契約法の適用対象者としての最低限の前提たる平等を保障するものなのか、それを越えて現代の契約当事者たちに契約自由をより制限する一定の美徳や善を要求するものなのか[77]が変わってくるのである。

㈣　「締結請求権」に見る理論上の問題とその検討

繰り返し述べているとおり、契約法において差別禁止・平等処遇がなぜ、いかなる根拠に関して、どの程度要請されるかが理解されない限り、規定のあり方も定まらない。このことは、契約における差別に対する救済規定に関しても同様に当てはまる。

救済・サンクションの内容画定においては、賠償額・賠償範囲の問題と、賠償手段の問題の二つが指摘できる。範囲の画定にあたっては、いわゆる懲罰的賠償が許されるか否かが、諫止性の問題と繋がって生じる。手段については、人種民族平等処遇指令やＡＣＱＰ・ＤＣＦＲのように損害賠償以外の可能性も含めて検討されてよいのか、あるいは、性別平等処遇枠組み指令のように金銭賠償の枠内での検討が妥当なのか、かなりの差異があるため、慎重な考慮が必要である。

ＡＣＱＰの救済方法として挙げられ、ＤＣＦＲでは「履行の強制」に包含される締結強制の可能性の措定は、矛盾

をはらんでいる。履行の強制は通常、締結された契約における義務履行の強制として考えられる。しかしこれらの立法案のコメントが締結強制という言葉を用いる際には、明らかに、当時者間で実際に契約が締結されなかったことを前提とする。どのような理論立てで議論を進めうるのであろうか。

締結行為こそ行わなかったが、契約を締結されたものとみなすとして、はじめてＡＣＱＰやＤＣＦＲにいう締結強制の帰結が導かれる。逆に言えば、当事者双方の意思表示によらずして契約関係が生じるという、契約自由が大原則という考え方とはおよそ相容れない非常に大胆な考え方を取らなければならないであろう。そしてこのような考え方は、契約法における差別禁止規定が単に不法行為の延長にある人格権侵害に対する救済のためにあるとの仮定からは導き難いように映る。

履行に代わる損害賠償の根拠、とりわけ可能とされる「締約強制」の根拠が判然としないという点で、欧州の公的・私的な立法作業は救済に関する理論的姿勢のかなり不明確なものであり、それにつき無自覚なまま現実の立法が進行していることは重大な問題である。もっとも、拡大損害避止義務（ＤＣＦＲのⅢ―３：７０１を参照）と併せて考えると、差別されなければ存したであろう契約状態の回復が差別を行った当事者の手に全面的によらざるを得ない場合というのは、さほど多くない可能性がある。しかし、実際問題とは別に、このような救済の要求が理論的に裏付けられれば、契約自由の範囲を捉えなおさせる新たな原則が加わることとなり、民法の世界にとって一大変革を意味する。今後の指令や立法案においてはこの問題が正面から扱われる必要があろう(78)。

さらに、契約法上の差別禁止規定の濫用的な利用が問題となりうるが、一般条項の問題として切り離すのではなく、救済に関する規定と併せた検討が必要と考えられる。

㈤　立証責任の転換

立証責任の転換は指令以来の伝統ともなっているようである。しかしこれは被害者の保護を促進し容易にするためであり、本来的な効果とは言い難い。いまやほとんどの立法（案）に規定があるが、実際には、このように釈明する責任を負わされること自体が自由の制限に当たるとの反対意見も唱えられている(79)。

五　結び

EUの立法は、主に、欧州域内の民族問題や移民問題の解決を求める圧力への応答であった。しかし、そうした政治的背景とは別に、私法とりわけ契約法において差別禁止・平等処遇の原則が内包されている可能性があることから、それがいかようかを明らかにする必要がある。

本来、契約は各人の自由のうちにある。他者に対する殊更な害意に基づく自己の法的地位の形成であっても、正当化される場合もされない場合も存在する。非合理的な判断を禁じる根拠はどこにもない。さらに、別異処遇の禁止を突き詰めれば、契約締結はすべからく先着順になってしまう。差別禁止・平等処遇が契約法において必要とされるにしても、必ず「限界」が存在するのである。

契約法における差別禁止は、まさに議論の途上にある。一律禁止か個別禁止か、どこまでが適用領域か、損害賠償以外の救済が考えられるのか、差別の正当化の基準をいかに設定すべきか、それらはなぜかといった諸問題が具体的に挙がっている。

本稿の検討から、差別禁止・平等処遇が契約法の柱であるのか、契約自由こそ契約法の原則でありこれへの制限は

最小限とするのか、という問題に全てが繋がっていることが示唆される。EUの状況をみることで、契約自由と差別禁止・平等処遇との間に、差別禁止が不法行為の領域にとどまっていたときにはなかった緊張関係が見えてきたのである。付言すればこの点、契約自由と差別禁止・平等処遇は本当に相容れないものなのかという点も疑わなければならない。DCFRが個人の尊厳の保護だけでなく差別される側の契約自由の保護にも契約法上の差別禁止の根拠を見出していることに鑑みると、両者が相反するものではない可能性もある。しかしいずれにせよ、契約自由との関係で契約法上平等処遇がなぜ・どこまで要請され、何に基づく差別が禁止され、どのような法的結果が得られるのかを明らかにすべきである。

今後、ヨーロッパにおける法制の拡大において何が配慮されるかも見ていくべきであるが、同時に、EUの指令や理念を実際に受け入れ、根拠を拡大していく各加盟国における活発な議論状況を見ていくことが肝要である。

（1）一般契約法に絞らない差別禁止概論としては、森戸英幸・水町勇一郎『差別禁止法の新展開――ダイヴァーシティの実現を目指して』日本評論社（二〇〇八年）が詳しく内容多彩である。雇用契約に関しては、櫻庭涼子『年齢差別禁止の法理』信山社（二〇〇八年）、富永晃一「比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理（一）―（六・完）」法学協会雑誌一二七巻四号（二〇一〇年）四九五―五七五頁、五号六三四―七一六頁、六号八〇三―八七八頁、七号九三六―一〇〇七頁、八号一〇八三―一一五〇頁、一一号一七七一―一八六一頁、福岡英明「欧州連合（EU）の雇用における男女平等に関する法制の発展（一）（二）」比較法雑誌三〇巻三号（一九九六年）一一一―一四二頁・四号（一九九七年）三五―六五頁など多くある。谷江陽介「締約強制論の現代的展開（一）―（五・完）」名古屋大学法政論集二一四号（二〇〇六年）一二七―一六四頁、二一五号二五五―二九五頁、二一八号（二〇〇七年）一八一―二〇六頁、二一九号二三九―二七九頁、二二〇号一一七―一五九頁では、締約強制論との関連において、ドイツの契約法上の平等処遇原則につき述べられている。同・（三）一九六―一九七頁、（四）二六六―二六七頁。

（2）　指令の性格については、庄司克宏『EU法基礎編』岩波書店（二〇〇三年）一二七―一二頁、一三三―一四七頁。

（3）　後出の人種民族平等処遇指令（2000/43/EC）も、加盟国以外（第三国）の国籍を有する者については、その国籍に基づく別異処遇および、入国および滞在、取引および職業へのアクセスに関しては適用除外としたままである（同指令の検討理由一三・三条二項を参照）。

（4）　Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) Contract II General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, 2009, p.159.

（5）　欧州経済共同体条約一一九条制定当時既に男女の賃金平等を達成していたフランスが、経済的観点から他国にも同様の措置を要求したことで挿入された条文である。庄司克宏『欧州連合――統治の論理とゆくえ』岩波書店（二〇〇七年）一〇九頁参照。

（6）　Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ 1975 L 45, p.19; Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ 1976 L 39, p.40, etc.

（7）　(a) Janneke Gerards, The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights, in: Jan Niesen, Isabelle Chopin (eds.), The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp.1–60 は七頁以下で一四条を、単独では訴訟における具体的な権利救済に結びつきにくい「飾り」と指摘し、本条に関する欧州人権裁判所の判断枠組みにおいても列挙される根拠により異なる扱いがされていると分析する。

(b) Oddný Mjöll Arnardóttir, Multidimensional Equality from within: Themes from the European Convention on Human Rights, in: Dagmar Schiek, Victoria Chege (eds.), European Union Non-Discrimination Law, Routledge, 2009, pp.53–72 は、本条が多面的な平等の実現に寄与しうるいっぽう、他方でより根拠ごとに事情に即した具体化が必要であるいっぽうを示唆する。

（8）　いの経緯については、Jeroen Schokkenbroek, A New European Standard Against Discrimination: Negotiating Protocol No.12 to the European Convention on Human Rights, ibid. 7 (a), pp.61–79.

（9）　European Parliament, Committee of Inquiry into the Rise of Fascism and Racism in Europe, Report on the Findings of the Inquiry, 1985 (Evrigenis Report); European Parliament, Committee of Inquiry into Racism and Xenophobia, Report on the

Findings of the Inquiry, 1991 (Ford Report).

(10) Dagmar Schiek, From EU non-discrimination law towards equality law for Europe, supra note 7 (b), pp.3–27, p.19 (R7).

(11) このグループは一部加盟国の専門家・活動家・退職公務員などからなり、差別の蔓延に対する共同体の立法措置が欠けているとの意識から、差別禁止立法に関する調査活動および立法提案そのものを行った。設立、活動、意義などの詳細につき Jan Niessen, The Starting Line and the Promotion of EU Anti-Discrimination Legislation: The Role of Policy Oriented Research, Journal of International Migration and Integration vol.1 no.4, 2000, pp.493–503。

(12) Ann Dummett, The Starting Line: a proposal for a draft Council Directive concerning the elimination of racial discrimination, New Community Vol.20 (3), 1994, pp.530–538.

(13) Jan Niessen and Isabelle Chopin, The Starting Line and the Racial Equality Directive, supra note 7 (a), pp.95–110, pp.98–99.

(14) ibid., pp.99–100.

(15) (既に一九九〇年にも Council Resolution on the fight against racism and xenophobia が出されていたが) European Parliament, Resolution on Racism and Xenophobia, 2 December 1993; European Parliament, Resolution on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism, 27 October 1994; European Parliament, Resolution on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism, 26 October 1995; European Parliament, Resolution on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism, 27 April 1995.

(16) European Commission, White Paper on Social Policy COM (94) 333; Commission Report of May 1995 on the Operation of the Treaty on European Union to make Europe the business of every citizen; European Commission, Communication on Racism, Xenophobia and Anti-Semitism. Commission Communication COM (95) 653 final.

(17) 欧州域内における差別禁止に限られる点で、The Starting Line の思惑よりは縮小した内容となった。

(18) 包括的な差別禁止を定めた初めての条文である。また、Amardóttir, supra note 7 (b), pp.53–90 とりわけ六五頁および Dagmar Schiek, Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 12, pp.427–466 は、具体的立法における個別追加型の差別禁止が差別の根拠に基づくヒエラルキーの形成に繋がると批判し、包括的な差別禁止の立法が必要であると主張している。

(19) 一三条制定以前の指令による差別禁止規制が「雇用政策的側面」を多く有していたのに対し、一三条制定以降は「人権保

障的側面」が存在すると指摘するものとして、川田知子「EC指令における差別禁止事由の特徴と相違」亜細亜法学四四巻二号（二〇一〇年）五九―八一頁、櫻庭・前掲注（1）二〇七頁。

（20） Lisa Waddington, Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-Discrimination, Industrial Law Journal 28 no.2, 1999, pp.133–151; Leo Flynn, The implications of article 13 EC Treaty-After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?, Common Market Law Review 36, 1999, pp.1127–1152.

（21） Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ 2000 L 180 22.

（22） Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 2000 L 303 16.

（23） 立法提案の下積みがあったため、一三条の発効から前記指令まで時間を要さなかった。実際、一九九八年頃には既に、2000/43/EC 指令が出されることが濃厚であったとされる（Niessen and Chopin, supra note 13, pp.105–107）。本条文によっては他に、二〇〇〇年に欧州委員会によって人種あるいは出身民族による差別のない平等処遇の原則の使用のためのガイドラインが、また、二〇〇四年には欧州委員会によるいわゆるGreen Paper（European Commission, Equality and Non-Discrimination in an Enlarged European Union, Green Paper, COM（2004）379 final）が公表されている。人種関連の立法が推進されたことについては、増大する移民数を制限したい一方で、移民にも有利な措置を講じなければ差別主義との批判を免れないとの加盟国の判断があったと指摘されている。Erica Howard, The EU race directive: developing the protection against racial discrimination within the EU, Routledge, 2010, p.3.

（24） Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ 2004 L 373 37.

（25） 前出の民族平等処遇指令と異なり、住居提供役務を適用範囲に明示的に含めていないが、民族平等処遇指令が役務提供のうちの一例を挙げていたと考えてよいであろう。

（26） European Commission, “Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation”, COM（2008）426. これについて、Lisa Waddington, Future Prospects for EU Equality Law: Lessons to be Learnt from the Proposed Equal Treatment Directive, European Law Re-

view, 36 vol.1, 2011, pp.163–184 は、国籍、出身民族、性別に関する指令のような規定を一律に他の根拠にも広げることに各国が懸念を抱いている旨、また、障害のみに関する指令であればスムーズに進みそうである旨を指摘する。他に、Ann-Sophie Vandenberghe, Non-discrimination on the grounds of age and disability in private contracting for goods and services: Economic analysis of the European 2008 Proposal for a new Directive, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 19, 2011, S.231–450。

(27) 各国の状況を概観するものとして、Per Johansson, Comparing National and Community Anti-Discrimination Law, supra note 7 (a), pp.155–209。ドイツ法としてAllgemeines Gleichbehandlungsgesetz（AGG）があるが、ヨードゥアルト・ピッカー「債務法改正、差別禁止（平等化）法と私的自治――ドイツにおける民法の変遷」（中田邦博訳）龍谷法学三九巻三号（二〇〇六年）二六一―二八三頁に見られるようにやはり自由と平等の緊張関係が問題となっている。

(28) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council-A more coherent European contract law-An action plan, COM（2003）68 final.

(29) CFRプロジェクトは、EUの資金提供を受けた数グループ（CoPECL = Common Principles of European Contract Law）がたたき台を作る形で進められている。私法の調和について、北居功「欧州契約法」庄司克宏『EU法実務篇』岩波書店（二〇〇八年）。現行EU法のリステイトメントとして諸指令とおよそのコンセンサスをまとめたAcquis Principles（後述のACQP）を公刊したAcquis Group（= Research Group on the Existing EC Private Law）は、CFRプロジェクトにおいても、SGECC（= Study Group on a European Civil Code）と共に中心的な成果を出している（後述のDCFR）。

(30) Study Group on Social Justice in Eurepean Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto [Manifesto], European Law Journal Vol. 10 No. 6, 2004, pp.653–674.

(31) ibid., p.655.

(32) Martin W. Hesselink, CFR & Social Justice, Sellier, 2008, pp.29–42.

(33) 社会福祉の観点から、Thomas Wilhelmsson, Varieties of Welfarism in European Contract Law, European Law Journal, Vol. 10 No. 6, 2004, pp.712–733 は、EUとして財産状況に基づく差別も禁止すべきであるとする。

(34) supra note 4.

(35) ibid., pp.160–161. また、Nuno Manuel Pinto Oliveira and Benedita MacCrorie, Anti-discrimination Rules in European Con-

tract Law, in: Stefan Grundmann (ed.), Constitutional Values and European Contract Law, Kluwer Law International, 2008, pp.111–122は、特別法規がなくともイデオロギーや宗教・性的指向に基づく差別は信義誠実の一般原則によって禁止されているとするが、その論拠は、公共との永続的関係においては合理的につまり信義誠実に従って行為する義務が課されているというものである。

(36) Christian von Bar and Eric Clive (eds.), Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR) / prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Sellier, 2009.

(37) ibid., p.41.

(38) Jorg Neuner, Protection against Discrimination in European Contract Law, European Review of Contract Law vol.1, 2006, pp.35–50; Hugh Collins, Discrimination, Equality and Social Inclusion, Modern Law Review 16, pp.16–43.

(39) ティルマン・レブゲン（屋敷二郎訳）「私法の弔鐘が聞こえる：EU差別禁止規則をめぐって」一橋法学八巻三号（二〇〇九年）五―二九頁、とりわけ七―一〇頁。九頁には、新聞広告で娘のピアノ教師を募集したが応募者が常習の小児性愛者である場合には、「軽蔑ではなく、自分の子供の保護のため」に「人格的尊厳を侵害することなく、この性的指向を採用拒否の根拠にすることができ」るとの例が挙げられている。

(40) Maria R. Marella, Human Dignity in a Different Light: European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State, supra note 35, pp.123–147. とりわけ一四一頁以下。

(41) ダグマー・ケスター＝ヴァルチェン（釜谷真史・角松生史・訳）「平等取扱と契約自由」法政研究七二巻四号（二〇〇六）二一九―二四五頁、とりわけ二四〇頁。

(42) Pinkel, Restricting Freedom of Contract through Non-Discrimination Provisions? A Comparison of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the German "General Equality Law", German Law Journal vol.10 no.11, pp.1417–1438, p.1425.

(43) Ann-Sophie Vandenberghe, Non-Discrimination in the Common Principles of European Contract Law, in: Economic Analysis of the DCFR, pp.45–63; Mathias E. Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law, Juridica International vol.11, 2006, pp.34–44.

(44) Ann-Sophie Vandenberghe, Non-Discrimination in the Common Principles of European Contract Law, in: Economic Analysis of the DCFR, Sellier, 2010, pp.45–63; Storme, ibid.; Horst Eidenmüller, Party Autonomy in the DCFR, European Review of Contract Law vol.5 no.2, 2009, pp.109–148, p.122.

(45) この点を指摘するものとして、前掲注（39）レプゲン二五頁および Storme, ibid。

(46) 正当な目標のために「中立的な諸基準」が必要かつ相当である場合にこうした基準は正当化されたとして扱われる。例えば、ジェットコースターの身長制限が一七〇㎝とされ、特定の人種の優遇・冷遇を意味しかねない場合、本来的には小児の事故防止が構造上必要であることに鑑みて一一〇㎝の身長制限で足りるならば、実際に差別的意図があっての基準設定か否かは問わず、一七〇㎝という基準は正当化されないことになる。

(47) Johansson, supra note 27, p.178. とりわけ、他の差別と異なり直接的差別も頻繁に正当化される場合が想定されている年齢差別の特性を考慮する際にも、区別が必要とされる。Lisa Waddington, Mark Bell, More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives, Common Market Law Review 38, 2001, pp.587–611, p.599.

(48) ただし、三項で教育・メディア・広告を適用除外とする。教育を適用領域に収めている民族平等処遇指令との相違が正当化しうるか否かという問題につき、Karl Riesenhuber, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote-Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung, in: Karl Riesenhuber und Yuko Nishitani (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? : Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, De Gruyter Recht, 2007, S.19–61, S.35。

(49) 四条一項 a。労働関係に関しては、前掲注（1）富永を参照。Riesenhuber, ibid., S.38 は、母親に偏った保護が問題であるとする。

(50) supra note 27, AGG を参照。

(51) 禁止される差別の根拠に「国籍」が含まれていないことは格別の意味を有さない、すなわち、EC設立条約一二条が直接適用されうるという理解による。

(52) 財・役務の提供者に対する差別は本救済規定の適用範囲外と解される。supra note 4, p.173.

(53) セクシュアル・ハラスメントを特別に分類していることにつきこれといった説明は見られないが、指令からのある種の伝統であろう。

(54) 飲食店で人種差別主義の音楽を流すことや、バス旅行において、乗客の事前の同意なしにポルノ映画を流すといった例が

挙げられている。supra note 4, p.166.

(55) supra note 4, p.168.

(56) ibid., p.174.

(57) ibid., p.179.

(58) supra note 36, p.185.

(59) Frederyk Zoll, Remedies for Discrimination, ERA Forum, vol.9 no.1, 2008, pp.87–93, pp.88–89.

(60) supra note 36, p.190.

(61) ibid.

(62) ibid.

(63) ibid.

(64) supra note 36, p.189.

(65) 前掲注（39）レプゲン一〇頁。

(66) Riesenhuber, supra note 48, S.39. 他に、習俗規範に適った感情の保護（性別平等処遇指令（検討理由一六）参照）、性的暴力の犠牲者の保護（性別平等処遇指令（検討理由一六）参照）、平等処遇の促進（性別平等処遇指令（検討理由一六）、民族平等処遇指令（検討理由一七）参照）、スポーツの職業の組織化（性別平等処遇指令（検討理由一六）参照）を挙げる。

(67) 性別平等処遇枠組み指令の検討理由一四は、「あらゆる個々人は、契約相手方選択の自由を含む契約自由を享受する」と述べる。契約の自由との緊張関係は一大テーマであると言ってよい。例として、Storme, supra note 43; supra note 36, Princ.1, p.37,41; Franz Christian Ebert and Tobias Pinkel, Restricting Freedom of Contract through non-Discrimination Provisions?: A Comparison of the Draft Common Frame of Reference [DCFR] and the German “General Equality Law”, German Law Journal vol.10 no.11, 2009, pp.1417–1438, p.1422. 邦語文献として、前掲注（41）ダグマー・ケスター＝ヴァルチェン二二九―二四五頁。

(68) 選択が「ある人を有利に扱い、別の人を不利に扱うこと」を意味する以上、選択の自由は「『好ましい』差別」を必要とする。前掲注（39）レプゲン二七頁。

(69) この点、ポルトガルのDecree-law 594/74（Decree-law 71/77による修正後）では明文で、私的な結社が構成員に限定し

た財および役務の提供を行う権利を認めている。

(70) 例えば、ドイツのハンブルク労働裁判所の事案（ArbG Hamburg Urt v 04.12.2007-20 Ca 105/07）（ドイツにある福音教会の祭祀補助の仕事の施設における配置に際して、ムスリムの女性が宗教に基づく不利益処遇を受けたとして損害賠償を請求した）のような状況が考えられる。もっとも、この事案においては教会が欧州社会基金およびドイツ共和国連邦から出資を受けていたことを理由として教会は敗訴している。

(71) AGG一九条三項・四項・五項では、それぞれ、住居の貸与における経済的・社会的・文化的環境への配慮が許され、家族法・相続法上の債務関係が適用除外とされ、また、「当事者若しくは身内の者の間の特別な近親関係又は信頼関係が成立している民法上の債務関係には、適用しない。賃貸関係の場合には、特に、当事者若しくはその身内の者が同一の土地にある住居を使用する場合が該当しうる。……住居の貸与は、貸与される住宅の合計が五〇戸を超えない限り、通例［規制の対象外となる――筆者注］」（訳文は齋藤純子・外国の立法二三〇号（二〇〇六）一〇八頁による）とされる。とりわけ三項の内容や五項の数字を挙げた規制が実際どのような影響を及ぼすのかは興味深い。Riesenhuber, supra note 48, S.39は、「……もちろん、ある申込みが「個人を問題とせずに」されているか否かの決定は、主観的にではなく客観的になされなければならない。しかし、多かれ少なかれ個人の信頼関係を必要とする契約関係において、要求される信頼関係がとりわけ緊密な場合に顧慮されるべき個人の一定の選択権が存在すると思われる。その極端なものが家族関係の構成それ自体である」と述べる。

(72) Supra note 4, p.173.

(73) たとえば、AGG一九条。

(74) 前掲注（39）レプゲン一三頁。

(75) European Commission, supra note 26, COM（2008）426. これにつき、Waddington, supra note 26; Vandenberghe, supra note 26.

(76) この点も、㈠と併せて検討されるべきである。さらに、Neuner, supra note 38は、人種性別障害等自己の力では変えられない属性に関する差別よりも宗教や性的指向等変化可能性の残る属性に関する差別はよりゆるやかな規制の対象となるか、下位の立法で規制すべきとの見解を展開するが、客観的な変化可能性と主観的な変化可能性は異なるためこのような見方は難しいであろう。対して、Pinto and MacCorie, Anti-discrimination Rules in European Contract Law, supra note 40, pp.111–

122, pp.119–121 は、変化可能性により規制のあり方を区別する理由はないとするが、それぞれの根拠の特性を考慮することが不要とは言えない。

(77) Eduard Picker, Antidiskriminierungsgesetz-Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, Juristen Zeitung 57, 2002, S.880–882 は、ドイツの国内法である一般平等処遇法（AGG）は市場における市民ではなく「善い人」を想定しており、平等主義のもとに自由を犠牲にすると述べる。

(78) 前掲注（1）谷江は、従前日本では生活保護や消費者保護の観点から締約強制が論じられてきたこと、また、取引対象の独占性・公益性といった公法的な面からのみでは締約強制を裏付けられず、契約自由の制限としての締約強制が私法の理論から説明される必要性を明らかにしている。

(79) 前掲注（39）レプゲン一二―一四頁。

茂木　明奈（もぎ　みな）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
専攻領域　民法
所属学会　法文化学会