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の要請 : 日本の裁判例の検討から
Sub Title	Equal treatment in contract law : observations on Japanese cases
Author	茂木, 明奈(Mogi, Mina)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.96, (2013. 3) ,p.35- 69
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130315-0035

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の要請
――日本の裁判例の検討から――

茂木明奈

一　はじめに
二　日本の裁判例で平等処遇が要請される範囲
(一)　国および地方公共団体が主体となる契約
(二)　私人間の契約
(三)　私的な団体の会員契約
(四)　小括：契約の主体・性質と契約自由
三　日本の裁判例にあらわれる平等処遇の要請の内容
(一)　分析のための留意点
(二)　不当な別異処遇を受けた者の救済
(三)　小　括
四　EUの議論との接合可能性
五　おわりに
(一)　私人間の契約と「契約実現型」救済
(二)　平等処遇を受けようとする側の義務

一　はじめに

契約締結に向けた交渉、契約内容の定め、契約の履行、契約の解消といった契約に関わる諸場面で、いわゆる差別、すなわち国籍や性別等を理由とする不合理な別異処遇を受けた者は、日本の現行民法下では、公序良俗規定を用いて法律行為自体あるいは個別の契約条項の無効を導くか、人格権侵害による不法行為に基づく損害賠償等の救済を求めることとなる。すなわち、本稿がテーマとする問題に関する日本法上の救済は、いわゆる「契約（一部）解消型」の救済と、不平等処遇を受ける前の精神的状態の原状回復に向けた救済の二種類である。

雇用における差別の問題は、憲法の私人間適用論と相まって、日本においてもすでに立法・判例・学説・実務の全般にわたって法的解決が図られているところである。しかしながら、一般的な財や役務の提供に関わる契約につき、実効的かつ有用な法規はなく、上述以上の法的救済に関する議論も目立たない。確かに、障害に基づく差別に関しては、「障害者の権利に関する条約」批准のため、立法準備作業が行われており、[1]「公共的施設」（デパートなども含む）および「交通機関」[2]、「商品・役務・不動産」[3]「雇用」[4]などについて、契約における差別の禁止に関する具体的規定も視野に入れられている。[5]しかし、あくまで特別法として障害に基づく差別の解消という目的に特化しており、また契約法のあり方自体に関わりうる立法であることがより自覚されるべきであろう。

他方、ＥＵでは原則として「公に開かれた財および役務の提供」に関する契約につき「契約実現型」の救済が行われる。[6]平等な処遇を受けていた場合を想定し、そこでの仮定的状況を債務不履行に基づく救済により実現するのである。さらにＥＵでは、契約拒絶の場合の救済として契約締結請求ないし履行の強制すらも想定されている。しかし、このような救済は、別異処遇を行う側の私的自治を極度に制限するものである。確かに、ＥＵの状況をもとに考えた

とき、契約法における平等処遇は、別異処遇を受ける側の私的自治の保障と社会参加の保障という二つの視点から要請されるものと理解できる。[7] 他方で、契約自由が必要以上に制限されてはならない。どのような形で契約自由と平等処遇の相克を解決するかという問題はいまだ解明の途上にある。

こうしてみると、EUと日本の状況にはかなりの開きがあるため、一見すると議論の接合が困難であるように思われる。しかしながら、数は決して多くないものの、日本においても契約における差別に関する訴訟が蓄積されている。日本の裁判例では、立法作業の対象となっている障害以外にも複数の根拠に基づく平等処遇が問題となっており、契約自由の捉え方、別異処遇の正当化判断、問題解決の枠組みのそれぞれについて興味深い点が存在する。それらをEU法を通じた分析と対照させることで、立法や学説に乏しい日本においても議論の接合を行うことが可能となる。それゆえ本稿では雇用以外の一般的な財および役務の提供に関する契約に限ってではあるが、[8] 上述の各点において日本の裁判例を分析し、契約法における平等処遇の要請の問題全体を考えるための一助としたい。

二　日本の裁判例で平等処遇が要請される範囲

本章では、契約当事者あるいは契約当事者となろうとした者が他の者に対する関係で不平等な処遇を受けたことにつき、日本の裁判所で問題となった事案の概要とそれに対する判断を概観する。以下の具体的状況において問題とされる別異処遇には、契約やその履行の拒絶（締結の拒絶、契約の解除）および契約内容の不平等という二つの形態がある。また、何に基づく別異処遇に関する事案かという点（別異処遇の根拠）では、国籍や障害の有無だけでなく、団体の目的や個人の居住地を根拠とする別異処遇までもが含まれる。さらに、平等処遇を求める原告側の訴えの処理のされ方や帰結をみても、各事例の差異は多岐にわたる。しかし、契約の主体や内容が公的な契約から私的な色彩の濃

い契約まで幅広いことに着目して裁判例を俯瞰すると、日本の裁判所において契約における平等処遇が要請されている範囲が、すなわち、各状況下で契約自由がいかなるものと理解されているのかが明確になってくる。

(一)　国および地方公共団体が主体となる契約

1　水道供給契約

①甲府地判平成一三年一一月二七日判時一七六八号三八頁、②東京高判平成一四年一〇月二二日、③最判平成一八年七月一四日民集六〇巻六号二三六九頁は、水道供給契約に関する事案である。ここでは、町営水道の基本料金に住民と別荘所有者との間で大きな格差があることの是非が争われた。上告審である③は、住民と住民に準ずる地位にある者との間で、公の施設の性質やこれらの者と自治体との結びつきの程度に照らし合理的な理由なく異なる処遇をすることは「差別的取扱い」であるとした上で、住民と別荘所有者との大きな格差を生じさせるような料金改定をしたこと自体が、地方自治法二四四条三項に違反するとして、料金改定を無効と判断した。(9)

2　公の施設の利用契約(10)

④広島地判平成一四年三月二八日、⑤広島高判平成一五年九月一八日、⑥最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号四〇一頁では、公の施設の利用契約に関して、教職員団体主催の研究集会の会場として公立中学校体育館を利用することが不当に拒否されたといえるかが問題となり、最終的には利用不許可処分が「重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず」社会通念上著しく妥当性に欠けるとして裁量権の逸脱が認定され、有形・無形の損害四〇万円の賠償が命じられた。

3　公共工事の請負契約：契約相手方の選択方法としての競争入札の公正

⑦高松高判平成一二年九月二八日判時一七五一号八一頁（同旨・⑧津地判平成一四年七月二五日判タ一一四五号一三三頁）では、自治体の長が民間と行う契約の指名競争入札における指名から一定の業者を排除したことの不当性が争われた。高松高裁は、「公共工事の請負契約は、公益の実現を目的としているのであるから、あらかじめ定められた『一定のルール』の下に公正及び競争性を確保する必要がある」という観点から、「私人間の請負契約などと全く同様に契約担当者が契約自由の原則の下に指名すべき業者を恣意的に選択できるものではない」と判示した。入札制度は公共団体と私人・私企業との契約締結における公正性と競争性の確保を目的とするものであり、指名競争入札の参加者の条件を設定するにあたっても裁量範囲内の合理的な判断というためには一定の考慮すべき事情・考慮すべきでない事情がある、ということが示されている。

その後、⑨最判平成一八年一〇月二六日判時一九五三号一二二頁では、村が発注する公共工事の指名競争入札に長年指名を受けて継続的に参加していた建設業者を、特定年度以降「村外業者」であるという理由で全く指名せず入札に参加させなかった村の措置に違法があるかが問題となった。最高裁は、「工事現場等への距離が近く現場に関する知識等を有していることから契約の確実な履行が期待できること」「地元の経済の活性化にも寄与すること」などから地元企業の優先的処遇に一定の合理性は認められるものの、「村内業者と同様の条件を満たす村外業者もあり得るのであり、価格の有利性確保（競争性の低下防止）の観点を考慮すれば、［村外業者であるとの一点で業者を排除することにつき］常に合理性があり裁量権の範囲内であるということはできない」とした（「総体としての当該地域の住民（納税により公共工事の費用を負担する者、公共工事の経済効果により利益を受ける者など）の利益を損なうことのない限り合理的な裁量の範囲内にある」（横尾裁判官）、「当該地方公共団体の利益の増進につながる」場合には許容される（泉裁判官）との反対意見も付されている。差戻審は村の過失を否定した）。

4　支援金支給契約[11]：極めて高度の公益性を有する法人の諾否の自由

⑩神戸地判平成一三年四月二五日判例集不登載、⑪大阪高判平成一四年七月三日判時一八〇一号三八頁では、阪神・淡路大震災の被災者に対する自立支援金の支給を行う財団法人（阪神・淡路大震災復興基金）が、被災女性が婚姻により事後的に世帯主でなくなったことのみを理由として支援金を支給しなかったというケースにおいて、震災から三年半後を基準日とする世帯主被災要件が公序良俗に反するかが問題となった。

裁判所は、復興基金が民法上の財団法人ではあっても、法人および事業の目的が高い公共性・公益性を有し、実質的には地方公共団体に準ずる性質といっても過言ではないことから、「贈与契約の申込みの意思表示たる自立支援金の支給申請に対して、［復興基金］が承諾の意思表示をするか否かについて、私人として完全な自由を有しているということは到底できず、公平・平等な取扱いをすることが要求される」ため、要件を満たす申請を却下できないのはもちろんのこと、政策的・技術的要請による裁量権は「平等原則ないし公序良俗に違反しない範囲で認められるべきもの」であるから、「合理的理由のない差別となる支給要件を実施要綱の中に規定することは、許されない」とした。その上で、震災後世帯の変動があることは明らかであるにもかかわらず三年半後を基準としている世帯主支給要件は「世帯間差別に当たる」というべきであり、さらに、男性が世帯主となることが圧倒的に多いという社会的実体の下で、三年半後を基準とする世帯主支給要件は女性を男性よりも事実上不利益に扱う結果「男女間差別に当たる」として、当該要件を公序良俗違反により無効とした。のみならず、復興基金が「無効な要件を充足していないことを理由として、自立支援金贈与契約の承諾の意思表示をしないことは信義則上許されない」のであり、「申請がされた後で、それに対する応答をなし得る相当期間が経過した時期に、贈与契約の成立が信義則上擬制されると解するのが相当である」として、所定額の支援金および申請から二か月後以降の遅延損害金の賠償が命じられた。

(二) 私人間の契約

1 航空旅客運送契約：債務不履行の成否

航空運送契約において、留保解約権の行使によって、脳性まひにより言語障害と上下肢に障害がある原告の単独搭乗を拒否した（約款上の留保解約権を行使した）ことについて、契約の不履行あるいは不法行為に当たるかが問題となった事案がある。

第一審である⑫神戸地尼崎支判平成一九年八月九日は、原告が約款上の搭乗拒否対象者すなわち契約約款にいう「特別な援助」を必要とする者に当たり、さらに、被告が原告の状況を知ったのが出発の二時間前であり原告の状態を考慮した人的・物的対応が期待できなかったこと、外観のみで判断したわけではないことから、当該搭乗拒否には正当な理由があると判断し、債務不履行責任・不法行為責任双方による損害賠償責任を否定した。

控訴審である⑬大阪高判平成二〇年五月二九日判時二〇二四号二〇頁は、原告が結果的には契約約款にいう「特別な援助」を必要とする単独搭乗拒否対象者ではなかったとする点で第一審と異なるものの、出発二時間前では原告の状態を考慮した人的・物的対応が期待不可能なこと、外観のみによる判断でないことから最終的に損害賠償責任を否定した。

控訴審である⑫判決に対する無記名コメントによると、事前に連絡すれば単独搭乗の拒否に根拠がないとした部分の判断に控訴審判決の意義がある。[12] 評釈はさらに、乗客の協力「義務」としての事前の情報提供の意義を指摘している。[13] すなわち、本判決は、債務者が債務を履行するために必要な情報を債権者が得る必要があるとき、不遵守の場合に義務者に一定の不利益が生じるにとどまる不真正義務（Obliegenheit）が債権者側に課されており、その違反により債権者は債務者の債務不履行責任ないし不法行為責任を追及できなくなる、という法的構造を呈しているというので

ある。[14]

また、控訴審では、被告が「基本的には営利を目的とする民間の航空会社であり、障がいのある搭乗者を介助者の同行なしに安全に運送するには、そのための一定の人的物的体制を要することになることを踏まえつつも、他方、今日、航空機が一般的な公共の交通機関として果たしている役割に鑑みて」債務不履行責任に関する検討を行うべきと判示された。その上で、身体障害者の「積極的な社会参加、そのための移動の自由の確保及び旅客航空機の社会的役割を考慮しても」拒否が不合理だったとはいえないと判断されている。

2　鉄道旅客運送契約：差別的言動による契約上の付随義務違反の認定

⑭大阪地判平成一一年三月一一日判タ一〇五五号二一三頁の事案では、電動車いすを使用している身体障害者たる原告が鉄道事業者たる被告から侮辱的・差別的言動や危険行為を受けたことを理由に損害賠償を求めた。原告は、人格権侵害による不法行為の主張に加えて、被告が旅客運送契約の内容として負う「利用者が安全円滑に鉄道施設を利用できるよう配慮すべき義務」に違反したとの契約上の義務違反をも主張していた。

大阪地裁は、「はよ前へ行ってや。」と強い口調で言ったことと「邪魔な車いすやなあ、他のお客さんが迷惑やないか。」との被告従業員の発言が原告の名誉感情を害することから不法行為を構成し、かつ、旅客運送契約上の付随義務違反にも該当するとして、謝罪を考慮して慰謝料一〇万円の限度で請求を認容した。

3　住居賃貸借契約

⑮大阪地判平成五年六月一八日判時一四六八号一二二頁は、外国籍（韓国籍）を有する原告が入居できるかとの問いに対し、中国人も入居しているので問題はない旨被告仲介業者が回答して交渉が開始され、必要書類提出および必要経費送金の請求段階まで進行したものの、被告家主らが原告の入居を国籍に基づき拒絶したという事案[15]に対する判断である。

裁判所は、被告仲介業者を被告家主側の履行補助者として評価し、[16] 被告仲介業者と原告との交渉が相当程度進行し原告が契約成立を確実なものと期待するに至った以上、被告家主が合理的な理由なく締結拒絶することが信義則上許されず、原告が在日韓国人であることは合理的な理由でないとして、被告家主に対して原告の損害の賠償、すなわち、信頼利益の賠償としてすでに手配していた引越会社の違約金一万七〇〇〇円および精神的損害の賠償として二万円の賠償を命じた。憲法ないし国際人権規約違反の主張（被告家主および被告大阪府に対する損害賠償請求）は排斥されている。

本判決に対する評釈[17]は、裁判所が本件における契約締結上の過失を「誤信惹起型」ではなく「信頼裏切り型」と評価したものと理解した上で、裁判所が「家主が外国人に対して入居差別をしたこと自体を責任の根拠と考えている」一方でそれを「契約準備段階における信義則論に仮託して、入居差別の違法性を認めている」と分析する。さらに、外国人の入居差別自体が公序良俗に違反するという立場と、本件のように契約準備段階の信義則論を活用する立場とでは、外国人であることを隠して契約交渉を行った場合の責任の成否への影響という点で帰結が異なりうることを指摘する。

⑯京都地判平成一九年一〇月二日裁判所ウェブは、個人たる原告A（原告会社の従業員であり、代表の姉）を入居者として予定する被告仲介会社を介した賃貸人たる被告Bと原告会社との間の住居賃貸借契約締結直前に、提出された必要書類が住民票ではなく外国人登録証明書であったことを理由に、被告Bが契約締結を拒否したという事案の判断である。

京都地裁は、まず、被告会社は原告会社に賃貸借契約の成立に向けた強い信頼を与え、客観的に見て契約成立が合理的に期待される段階まで両者の準備が進んでいた状況において、合理的な理由がないにもかかわらず、十分な説明もなく契約締結を一方的に拒んだとして、信義則上、原告会社（契約当事者となるべきであった者）が被った損害を賠

償することを命じた。この論理はいわゆる契約締結上の過失に類するものと考えられる。さらに、契約当事者ではなく実際の入居者となるべきであった個人たる原告Aとの関係では、「居住利益」の賠償は否定しつつ、Aが日本国籍ではないことを理由に原告会社との賃貸借契約を拒んだことによる、不法行為に基づく精神的損害の損害賠償を命じた。

4　金銭消費貸借契約：永住資格の欠如に基づく住宅ローン契約の拒絶

⑰東京地判平成一四年八月二九日判時一〇八七号一〇九頁は、永住資格のない外国人が住宅ローン申込みをしたところこれに応じなかった銀行に対して不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。東京地裁は、人種差別撤廃条約[18]、国際人権規約B規約二六条、憲法一四条、民法七〇九条に基づく訴えにあって、間接適用説を前提とし、銀行の行為を不法行為に当たらないとした。すなわち、憲法二二条や二九条をも参照すれば、契約自由の下でいかなる者といかなる条件で契約を締結するか、契約を締結するか否かといったことにつき、法律その他の特別の制限がない限り、原則として自由に決定できるとし、その決定が憲法一四条に照らして「合理的理由を欠き、社会的に許容し得る範囲を超えて、原告の法的利益を侵害すると認められる場合には、民法上の不法行為に当たる」とした。合理的理由の存否の判断では、住宅ローンが相当長期にわたる性質上、国籍にかかわらず永続的な国内在住者でない者への貸付けは債権管理回収コストの面で多分に影響し、また銀行が大量の住宅ローンを扱うにおいて条件を定型化することは必要性が高いと認められること、事務取扱いを定めた規定が外国人を一律に排除せず日本人であっても海外勤務の場合等は原則的に融資をしない旨定めていることが着目されている。その結果、本件では「永住資格の有無は基準として客観的かつ明白で、その適用に恣意の作用する余地がなく、被告が私企業として住宅ローンにより十分な利益を上げ、採算をとる目的を達成する方法として合理性に欠けるものでない」ので、申込みの拒否には合理的理由があるものとされた。

控訴審である⑱東京高判平成一四年八月二九日金判一一五五号二〇頁[19]は、東京地裁の判断を支持し、さらに原告側の控訴審における主張に対応して、「コストを出来るだけ低く抑えることは必要なことであって、その手段として、住宅ローン対象者の基準を画一的に明確化し、永住資格を持たない外国人を融資対象者から除外することには合理性がある」「住宅金融公庫を除く他の複数の金融機関において、永住資格を住宅ローンの申込みの要件としていないとしても……判断を左右するものではない」とし、また上記取扱いが「永住資格を持たない外国人が一律に経済的信用性に問題があって、回収困難な者であるという認識に基づくものではない」と判断した。

5　店舗における売買・役務提供契約

⑲静岡地浜松支判平成一一年一〇月一二日判時一七一八号九二頁は、宝石店に来店したブラジル人に対し、経営者が「外国人入店お断り」という張り紙を示し、警察官を呼ぶなどして追い出そうとしたことが、人格権侵害の不法行為に当たるかが問題となった事案である。静岡地裁は、人種差別撤廃条約の国内的効力に言及した上で最終的には民法七〇九条および七一〇条を適用し、被告経営者の行為が原告ブラジル人の感情や名誉を害する不法行為となるとし、経営者に対し慰謝料一〇〇万円と弁護士費用五〇万円の賠償を命じた。ただし、解説や評釈等では判断の偏りが指摘されており、賠償額も高すぎるといわれる[20]。

⑳札幌地判平成一四年一一月一一日判時一八〇六号八四頁は、公衆浴場の経営会社が外国人および外国人に見える者の入浴を一律に拒否しており、これを知った原告ら（日本国籍ではあるが、外国籍に一見思われる外見を有する）が訪れてみたところ、入店を拒否されたという事案で、条約や憲法が私人間で直接適用されることはないことを前提とし、人種差別による不法行為の成立が肯定され慰謝料各一〇〇万円の支払いが命じられた。

札幌地裁は、何に基づく差別かという点について、入口に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国籍による区別のようにも見えるが、外見上国籍の区別ができない場合もあること、日本国籍の原告が拒否さ

れていることから、実質的には「皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づく区別、制限」であったと判示した。また、マナー遵守のためにはマナー不遵守者の退場や泥酔者の入店拒否という方法で足りることから、外国人一律の拒否は社会的に許容し得るものを超えて違法となるとした。

ここで、原告らが公衆浴場を訪れたのは、入浴拒否の事実をマスコミを通じて世間にアピールしまたは被告に抗議するためであったとしても、拒否されずに入浴することを望んでいたことに変わりはなく、入浴拒否によって不合理な差別を受けたことは否定できないから、違法性がなくなるわけではないと述べた点にも特徴がある。

控訴審である㉑札幌高判平成一六年九月一六日判例集不登載も「公衆浴場法施行条例上の特殊浴場であり、地域住民の日常生活においてその健康の保持及び保健衛生上必要不可欠のものとして使用される普通浴場とは異なること、また普通浴場のように、国や地方公共団体による入浴料金の制限やその反面としての助成等がないからといって、そうした普通浴場との差異のみによって、本件入浴拒否の違法性を否定することはできないものというべきである」として第一審を支持し、上告審も控訴審の判断を確定させた。

㉒名古屋地判平成二二年一月二八日判時二〇七五号六二頁は、プロ野球の観戦契約につき、特定の応援団およびその構成員とそれ以外との別異処遇の是非が問題となった事案である。原告らと暴力団との関係継続を疑った被告主催者は、原告らの応援団方式による応援を不許可とし、さらに原告らをチケットの販売拒否対象者に指定した。こうした観戦方法の指定の可否および販売拒否対象者指定につき名古屋地裁は、プロ野球の運営に関する事項（球場での観戦および応援団方式による応援）が、基本的には契約自由の原則を前提とした主催者の裁量により許否が決定され、これらが主催者の裁量的判断に優越する人格権ないし法律上保護された利益とはいえないとした。また、過去の事例と比較しても、応援団方式の応援不許可が平等原則に反するものとは認められないとした。

他方で、「被告一二球団及び被告主催者は、公共的な性格を有するプロ野球の主催者として、円滑な試合進行と観

客の安全かつ平穏な試合観戦の確保を目的として本件約款及び本件許可規程を定め、これらをホームページ等で公表しているのであるから、これらの定めに従ってプロ野球を運営すべきであり、プロ野球を支える全国のプロ野球ファンにおいても、そのように運営されることが合理的に期待されているというべきである」のであって、「販売拒否対象者の指定は、球場での観戦自体を制限するものであるから、応援団方式による応援のように、他の観客に迷惑をかけ球場における秩序を乱す危険性を内在する行為を制限する場面とは異なり、その制限についてはより慎重にすべきであり」、現実の問題行動が生じていない本件における約款の定めの外での販売許否対象者指定は「裁量権の範囲を逸脱するものとして、許されない」ものであり「権利濫用として違法であり、無効なもの」とした。さらに裁判所は、不法行為に基づき、精神的苦痛の慰謝料一人当たり一万円の賠償を被告主催者に対して命じた。[21]

しかし、㉒の控訴審である㉓名古屋高判平成二三年二月一七日判時二一一六号七五頁は、販売拒否対象者指定が入場の拒否を「事前に伝達したものに過ぎず、それ自体が直接的に法律効果の発生に向けられた行為ということはできない」とし、仮に無効を宣言しても観戦契約の「締結義務が課されるわけではなく、まして、観戦契約の成立が擬制されるわけでもない」として、販売拒否対象者指定の意思表示の無効確認請求に確認の利益自体がないものとした。さらに、販売拒否対象者指定が入場の拒否を「事前に伝達したものに過ぎず、現実に申込みのなされた観戦契約の締結を現に拒絶したものではない」し、本件では「指定の理由が性別や人種等による不当な差別に該当するとか、その他憲法の人権規定の精神に反したり、公序良俗に反するなど、我が国の法秩序上、許容し難いものとして違法と評価すべき事情は何ら認められない」とするのみならず、原告側が前科の有無に関する申告を偽ったことなども併せて、販売拒否対象者指定が不法行為を構成しないと判断した。

本稿執筆中である平成二四年一一月一五日現在、㉒㉓事件は上告審に係属中である。

㈢　私的な団体の会員契約[22]

1　株主会員制ゴルフクラブ

株主会員制ゴルフクラブでの外国人および帰化して相当年限を経ない者を入会不適格とする処遇が公序良俗に反しないとした事例（㉔東京地判昭和五六年九月九日判タ四六〇号一二〇頁）は、「ゴルフクラブのような私的団体への加入を認めるか否かは、私的自治の原則が最も妥当する領域の問題として、その自由な自主的裁量的判断によってこれを決すべき」であり、「その決定が、他面、個人の基本的な自由や平等に対する侵害となるような場合であったとしても、それがその態様、程度からして社会的に許容しうる限度を超えない限り、公序良俗違反とはならない」とし、「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ことなどのため、外国人を一律に入会不適格者と定めることも、ゴルフクラブの目的・性格からして、是認できないわけではない」として拒絶の違法性を否定した。

上記㉔と同様のいわゆる株主会員制ゴルフクラブに関する㉕東京地判平成一三年五月三一日判時一七七三号三六頁は、私的自治による複数人の権利間の対立調整を前提とした憲法一四条の間接適用を前提に、「社団ないし団体を結成する社および結成された社団ないし団体は、どのような目的の下にどのような構成員によって社団ないし団体を結成し、あるいはどのような者について新たな構成員として社団ないし団体への加入を認め、さらには、どのような条件でその加入を認めるかについては、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」ため、「新たな構成員の加入を拒否する行為を民法九〇条により無効とし、あるいは、民法七〇九条の不法行為にあたるとすることは、国家が、その権力によって私人間の関係に介入し、個別的な救済を行うことになるのであるから……極めて例外的な場合に限られる」とし、入会制限の違法性を否定し損害賠償請求と会員権の譲渡請

求を斥けた。ここで検討されている事項は、被告がゴルフを楽しむための単なる私的な社団であり、経営への参画権の他に得られる利益は低廉な価格で優先的に利用できる権利に過ぎないこと、主権国家が並存する現在の国際社会では国籍が法律関係の基準であり、また生活様式等の個性や差異がいわゆる在日韓国人であるからといって生じないわけではないこと、ゴルフを楽しむ機会が失われても生活の基盤が損なわれることはないこと、株式だけでも投下資本の回収が可能なこと、外国人の入会を認める他のゴルフクラブの存在、被告クラブの入会制限を知りつつあえて原告が入会しようとしたこと、と多岐にわたる。また、クラブにはすでに相当数の外国人会員が存在していること、また昭和五三年に決定された入会制限が外国籍会員のクラブにおけるマナー違反を原因としていることも考慮されている。

㉕の控訴審の㉖東京高判平成一四年一月二三日判時一七七三号三四頁もこの判断を引き継いでいる。無記名コメントは、団体の結社の自由と個人の平等権とが対立しその調整が問題となった事案で後者が優先されるのは極めて例外的な場合であるという枠組みを示した点が特徴であると指摘している。

2　通常のゴルフクラブ

対して、通常のゴルフ会員権に関する事例、すなわち会員が経営に直接関与しないという点で上記㉕㉖と異なる事例として、㉗東京地判平成七年三月二三日判タ八七四号二九八頁は、「娯楽施設……私的かつ任意の団体であるから、その内部関係については、私的自治の原則が広く適用される場面である」としつつも、「今日……一般的なレジャーの一つとなっていることを背景として、会員権が市場に流通し、会員募集等にも公的規制がなされていることなどからいえば、ゴルフクラブは、一定の社会性をもった団体である」ことから、「いかなる者を会員にするかという点について、完全に自由な裁量を有するとまでいうことはでき」ないとして、入会（登録変更）の拒絶につき結果として慰謝料三〇万円を認めた。この事例には前訴における和解契約（被告からの勧誘の経緯と一般ビジター料金との差額等および慰謝料の賠償）の解釈が関係しており、また、間接適用説的な判断中の「いわゆる在日韓国人である原告の生い立

ちと境遇に思いを至すとき、日本国籍を有しないことを理由に原告を登録者とする変更申請を承認しなかったことは、憲法一四条の規定の趣旨に照らし、社会的に許容し得る限界を超えるものとして、違法との評価を免れない」という判示には不明瞭さもあること、さらに、「原告の侵害された利益は、所詮ゴルフ場という娯楽施設の特典的利用権」との判示が賠償額の縮減に与えた影響の不明確性を措いても、私的団体の加入契約における平等処遇の要請に言及したという特徴を有する点で興味深い（この判決に対する無記名コメントにおいては、「言語、生活習慣等について日本人と大きく違いを有するものではない在日韓国人の地位も考慮した上で」合理性判断をしていることが注目されている）。

㈣　小括：契約の主体・性質と契約自由

本章において裁判例を概観したところ、以下のことがいえよう。

㈠で見たように、憲法ないし地方自治法の直接の名宛人である国や地方公共団体は、相手方選択・内容決定・諾否の自由をほとんど有しないものと扱われる。①～③および⑧⑨では、住民と別荘所有者、村内業者と村外業者のそれぞれを別異に処遇する合理的な理由がないことのみで、差別的処遇が認定されている。④～⑥および⑧⑨に顕著にあらわれているように、契約の相手方選択等の基準が設けられており、基準該当性の判断や付加的な基準設定につき裁量権を付与されている場合にあっても、その裁量は私人間の契約とは全く異なるレベルに狭められている。[23] のみならず、⑩⑪は地方公共団体に準ずる主体による制度上の契約において諾否の自由がない場合の存在を示している。すなわち、平等処遇の要請は格段に広い範囲にわたり、さらには諾否の自由にまで踏み込んでいるのである。

㈡の私人により公に開かれた財および役務の提供が行われる場合を見てみると、契約自由の原則を踏まえつつも、それが国籍等および障害に基づく別異処遇を受けない「法的利益」を侵害してはならないものとされている。旅客運送契約について、⑫は旅客運送業者が障害者の「積極的な社会参加、そのための移動の自由の確保及び……社会的役

割」を有することをも指摘しつつ、顧客の障害の態様に関して諸制約の中で十分な個別の検討を行ってはじめて別異処遇が正当化されることを示している。住居賃貸借契約につき⑮では原告の「住居基本権」の主張は採用されていないが、⑮⑯ともに住居賃貸借契約において入居者の国籍を理由に家主が契約締結を拒否することは合理的な理由ではないことから、契約拒否による損害（信頼利益および慰謝料）の賠償を命じている。⑰⑱は永住資格の有無による別異処遇が正当化された事案であるが、判決中において、一般に契約自由（営業の自由）が「合理的理由を欠き、社会的に許容し得る範囲を超えて……法的利益を侵害すると認められる場合には、民法上の不法行為」を生じさせると述べており、その「法的利益」がまさに私人間に間接適用される憲法一四条の保障する平等処遇を受ける利益であるという点で意義を有する。⑲や⑳㉑をも考え合わせると、国籍等に基づく別異処遇には合理的な理由がない（社会的に許容されない）との判断が定型化されているものといえよう。

さらに、契約の門戸を公に開いたことそれ自体からも、契約自由の制限が導かれる。プロ野球観戦契約に関する㉒は、プロ野球が「公共的な性格」を有すること、販売に関する約款等の「円滑な試合進行と観客の安全かつ平穏な試合観戦の確保」という目的、約款のホームページ等での「公表」を行ったことという三つを基礎として、約款等に則った運営義務が生じ、また潜在的顧客一般の合理的期待を保護すべきこととなったものと判断した。⑲は、店舗を構える業態で相手方選択の自由が制限されると述べている。

㈢のような「会員権」に関する契約は、公に開かれた契約といえるか否かの限界に当たる。㉔～㉗はともに、ゴルフクラブのような私的団体の構成員の決定や個別の契約内容の決定において、私的自治の原則が広く妥当することを出発点とし、㉔では「その決定が、他面、個人の基本的な自由や平等に対する侵害となるような場合であったとしても、それがその態様、程度からして社会的に許容しうる限度を超えない限り、公序良俗違反とはならない」、すなわち公に開かれた契約におけるほど合理的な決定でなくとも正当化しうると判示する。その上で、通常のゴルフクラブ

会員権について②は、これが市場に広く流通していることから、「一定の社会性をもった団体」が構成員の決定につき「完全に自由な裁量」を有するとまではいえないとする。他方で、株主会員制ゴルフクラブに関する㉔㉖は、団体の結社の自由と個人の平等権とでは基本的に前者が優先するとしている。昭和年間の裁判例ではあるものの㉔はさらに、外国人の実際的な異質性に言及し、円滑なプレーを楽しむというクラブの「目的・性格」に照らして外国人の一律拒否が是認できなくはないとも述べている。また、差別される側の要保護性が低いという文脈で、ゴルフの娯楽的性質が言及されている点も着目に値する。このように、公に開かれた契約、すなわち流通性の高い会員権にかかる契約とそうでないものの間で、別異処遇を行う側の自由と受ける側の平等処遇の要請の考量に際して判断の差異が生じていることが見てとれる。

以上に見るように、日本の裁判例においては、主体が公的なものである場合はもちろん、私人であっても公に開かれた財および役務を提供しようとする場合には、その契約目的に応じて、相手方となるべき者を平等に処遇することが要請されている。その要請は具体的には不法行為責任の追及や法律行為の（一部）無効という救済にあらわれるが、第三章でみるように、この平等処遇の要請は不法行為法の範疇での従来的理解にとどまらない。

三　日本の裁判例にあらわれる平等処遇の要請の内容

日本の裁判例では、国際人権規約や人種差別撤廃条約違反の直接的な利用は排除されている。このことは、日本における憲法や条約の間接適用説への準拠と密接な関連があろう[24]。住居賃貸借、住宅ローン、公衆浴場といった裁判例全般において、原告による当該主張は斥けられている。その例外は⑲の宝石店の事例であるが、無記名コメントでは「本判決は、人格権侵害の不法行為を認定するものであり、必ずしも、人種差別撤廃条約の国内的効力に言及しなけ

れば違法性が根拠づけられないものではない」[25]とされており、⑲判決のように条約に依拠する姿勢は珍しい。基本的に、日本の裁判例では憲法ないし条約を参照しつつも、民法上の不法行為責任の追及を通じた問題解決が図られているのである。

日本の裁判例における問題解決の枠組み、すなわち、当事者の主張および裁判所の判断においてとられている論理構成および具体的に認められる救済は、確かに基本的には不法行為構成とそれに対する損害賠償に基づく救済に拠っているものの、それだけでは説明のつかない現象を指摘することができる。契約拒絶の事案で契約締結上の過失の論理が用いられたり、公序良俗違反に基づく法律行為や条項の（一部）無効による事案の解決の結果が注目すべき特質を帯びたりしているのである。こういった例には、契約法における平等処遇の要請の萌芽ともいうべきものが見られる。

㈠　分析のための留意点

第二章で見たように、日本の裁判例で多く問題とされているのは国籍等に基づく別異処遇の是非であり、本章で契約における平等処遇の要請の萌芽を見てとるといっても国籍等に基づく平等処遇に関してのみ説得力を有することになろう。私的自治が広く妥当する私的団体の構成員決定に関する㉔～㉖では、結社の自由の優先や外国人の実際的な異質性を理由として不法行為の成立が否定されているが、公に開かれた財および役務の提供契約に関する他の裁判例は国籍等に基づく不平等処遇を受けないという利益を契約自由に優るものと判断している。

ここで国籍等と分類したのは、広く自らと異なる国籍であること（外国籍）、特定の国籍であること（⑮における原告の主張がそうであったが、裁判所は事実認定としてこれを否定している）、「皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身」（⑳における裁判所の認定）といった別異処遇の根拠である。これらは憲法一四条や人種差別撤廃条約に照らして、

基本的に合理的な別異処遇の根拠に当たらないものとされている。

①～③にいう居住地（⑧⑨のように、法人にあっては営業所の所在地）に基づく別異処遇の決定は、国籍等と結びついたものではなく、基準として客観的には中立性を有していたといえる。⑰の事例においても銀行が永住資格の有無を国籍等と直結させて融資の判断をしていたわけではないことが認定されかつ重視されている。このように、いくつかの事例で問題となった別異処遇の根拠は国籍等と直結しないことに留意する必要がある。

国籍等以外の別異処遇の根拠に関しては、本稿のような問題意識で検討するために十分な裁判例の蓄積がないことから、以下に若干の特徴を指摘するにとどめたい。

身体障害に基づく別異処遇は、旅客運送契約で問題化し、正当化に関する基準が示されている。⑫⑬に見たように、身体障害者の別異処遇は、別異処遇を行う者が可能な限り対象者に関する個別の検討を尽くすことにより正当化されている。すなわち、⑫⑬ではさらに、障害を有する顧客が正当な処遇を受けるためには、自身の障害の態様に関する情報提供を適切に行うことが求められることが指摘されている。対して、精神障害に基づく別異処遇が法的にどう扱われるかは裁判例以外に研究にも乏しい[26]。

⑭のように、契約関係にある者たちの間で一方が相手方の障害を根拠として侮辱を行うことは、不法行為に基づく精神的損害の賠償を導くのみならず、契約の履行方法が不適切である点で債務不履行をも構成する。

性別[27]や思想に基づく別異処遇は、本稿で対象としていない雇用契約に関して問題となることが多い。思想に基づく別異処遇に分類されるものでは④～⑥および⑩⑪があるが、これらは契約の自由が極めて制限される地方公共団体（およびそれに準ずる民法上の主体）に関する事例であるため、思想に基づく別異処遇の是非に関して一般的な枠組みを見出すことはできない。一定の団体への所属に基づく別異処遇の是非は㉒㉓において争いとなっているが、ここでは事実認定の問題のウエイトが大きいことに注意する必要がある。

こういったことに留意しつつ、日本の裁判例を与えられる救済の観点から眺めると、さらなる示唆を得ることができる。

(二) 不当な別異処遇を受けた者の救済

1 「債務不履行」

⑭において、障害に基づく侮辱的言動につき、旅客運送契約上の付随義務違反の認定がされている。上述のとおりこれは履行方法の不当性が債務不履行に基づく救済を導いているに過ぎず、そこでいう救済は不法行為に基づく損害賠償と何ら変わることがない。すなわち、⑯において契約成立の主張が事実認定のレベルで否定されるにとどまるように、日本の裁判例では基本的に、不当な別異処遇を受けることなく契約が成立していたであろう場合を想定しそれとの比較を行うというケースは見られないのである。

2 信義則上の損害賠償責任（契約成立の期待の侵害としての）

住居賃貸借の事例において、原告は契約の成立とそれに基づく債務の履行（引渡し、履行利益の賠償）を求めていた。これに対し、裁判所はその主張自体は認めないものの、信義則上の損害賠償責任、すなわち契約締結上の過失の理論に基づく責任を認めることで、単純な人格権侵害による損害賠償に比較して高額の損害賠償責任を導いている。⑯では慰謝料一〇〇万円、弁護士費用一〇万円といった比較的高額の損害賠償により、原告が当初主張していた居住利益の保護が間接的に図られているといえよう。⑮は、「家主が外国人に対して入居差別をしたこと自体を責任の根拠と考えている」一方でそれを「契約準備段階における信義則論に仮託して、入居差別の違法性を認めている」と分析することができるが[28]、これは⑯とも共通している。

しかしここで注意すべきは、契約締結上の過失が、一定程度交渉が深まった時点以降は契約成立に向けて進まねば

ならないという義務を導くものとして考えられている点に疑問の余地があることである。[29] また、外国人の入居差別自体が公序良俗に違反するという立場と、契約準備段階の信義則論を活用する立場とでは、⑮や⑯の事案で導かれる結論は変わらないものの、例えば外国人であることを隠して契約交渉を行った場合の責任の成否においては相違が生じてしまうであろうことが指摘されており、[30] この論理を用いた解決には多少の無理があるといわざるを得ない。

3　法律行為の（一部）無効

法律行為、契約条項の（一部）無効は、原則として差別的な内容の行為を無効とする「契約解消型」の救済であると考えられている。しかし、本稿の分析の結果、法律行為等の（一部）無効にはそれとは異なる評価を与える余地が見えてくる。すなわち、契約締結の拒絶ないし平等な内容での契約を行わないという行為自体が一定の法律行為ないし契約条項の設定によってなされている場合には、その法律行為ないし契約条項を無効とすることで、「契約実現型」救済あるいはそれに近い救済が可能となるのである。

契約関係にはあるものの契約内容の面で不平等処遇を受けている者は、不当な内容の契約条項の無効をいうことにより、他の者と平等な内容での契約を実現できることとなるか、少なくともその可能性が得られることとなる（「契約解消型」）。①～③のように、契約内容のうち不当な別異処遇に用いられる部分の無効を主張する場合などがこれに当たる。他方、当該裁判例でも指摘されているように、仮に別荘所有者の水道利用率が常住する住民や大規模事業者の水道利用率に比して相当の割合であった場合には、別荘所有者と住民の水道利用料金が必ずしも同一でなければならないことにはならない。

他方で、契約拒絶の事案においては、極めて公益性の高い主体および契約目的に関するものであったため契約の締結が擬制までされたという事情があった⑩⑪がまさに契約拒絶行為の無効による「契約実現型」に当てはまる。二㈡のような主体および目的の契約であっても、契約拒絶にかかる法律行為の無効は、実際上契約が締結される可能性を

高める意義を有するといえよう。すなわち、「販売拒否対象者指定」行為の無効確認請求に関するプロ野球観戦契約の事案（㉑）でなされたような、あらかじめする契約締結拒絶の一方的な意思表示は、それが無効とされることにより契約の締結という帰結が近づくことになる。[31] もっとも、㉑での焦点は平等原則の適用というよりはむしろ意思表示無効の確認の利益の有無に移ってしまっているため、上告審および同様の構成が主張される他の事案を注意深く見ていく必要がある。[32]

4　不法行為に基づく損害賠償（慰謝料）

慰謝料の算定が個別の事案によりまちまちであることに疑いの余地はないが、プロ野球観戦契約で精神的苦痛の慰謝料が一人当たり一万円程度とされた一方で、上述のとおり、高額な慰謝料支払いを認める事案が目立つ。入居拒否の事案である⑮⑯においては、比較的高額の損害賠償により、居住利益の保護が間接的に図られている。また、公衆浴場の事案では、人種差別による不法行為に基づき慰謝料各一〇〇万円の支払いが命じられている。私的結社の構成員とその契約条件の決定に関する事案ではあるが、公に向けられた提供にかなり近い枠組みで判断されたゴルフ会員権に関する㉗では、入会（登録変更）の拒絶の結果として慰謝料三〇万円の支払いが命じられている。

5　その他

上記に述べた以上の賠償や救済は、日本の裁判例においては見られない。プロ野球観戦契約に関する㉒㉓では販売拒否行為の差止請求もなされていたが、事案特殊の事情として、販売拒否事由以外に当日に判断される入場拒否事由が契約上定められていることから、一律に請求を認めるのは相当でないとされた。この事例のみから、契約拒否等の差別行為の差止請求が認められる余地の有無を断じることはできない。

財および役務の提供者が第三者による差別行為の防止義務を負うかというと、これは否定的に解されよう。⑯で被告仲介会社が、被告家主が国籍を理由に契約を拒むか否か確認する義務があったかにつき、裁判所は、「当事者（原

告会社と被告会社）が特約を設けた場合は格別、そうでない限り、仲介業者である被告会社は、そのような注意義務を負わないものと解するのが相当である。賃貸マンションの所有者が、もっぱら入居申込者の国籍を理由に賃貸借契約の締結を拒むことは、およそ許されないからである」とし、ある者が差別を行うことを前提として何らかの義務が生じることを否定している。

㈢　小　括

本稿における分析の結果、日本の裁判例から読み取れることとして以下のようなことが挙げられる。

まず、第二章でみたように、契約の主体の一方が国・地方公共団体かそれに準じて考えられる私法上の主体であるときは、憲法ないし地方自治法による平等処遇の直接の名宛人として、当該主体は相手方選択・内容決定・諾否の自由までをも制限されうる。

次に、私人および私法上の法人が契約主体となる場合である。まず、別異処遇の根拠に関してみると、憲法ないし条約等の間接適用により、国籍等に基づく別異処遇は原則として許されていない。永住資格を長期融資の一条件とする場合のように、別異処遇が中立的かつ明確な根拠で、合理性および必要性の認められる方法により行われている場合にのみ、別異処遇が正当化される。障害に基づく別異処遇も、可能な限り対象者の状況に関する個別的な検討を尽くした段階で正当化される。このように、契約に関係する場面において、少なくとも国籍等に基づく別異処遇は基本的に合理的な別異処遇の根拠に当たらず、契約自由によっては正当化できないものと広く解されている。

加えて、第三章を通じ救済の側面を見ると、日本の裁判例には、不法行為責任により平等処遇を実現しようとする原告らに対して、慰謝料の賠償を認める場合にあっては慰謝料として妥当な額を超えて、あるいは慰謝料の賠償以外に異なる枠組みを用いた損害賠償を認めることで、平等処遇の実現を図ろうとするものが複数見られる。そもそも、

契約に際して差別の問題が生じた場合に人格的利益の侵害による不法行為に基づく慰謝料の賠償が主たる救済とされてきたことの要因は、いわゆる差別の本質が人格権侵害にあること、二㈠に見たような枠組みの下具体的な財や役務の供給は公的な主体により生存に必要な最低限は実現されうること、といったことが挙げられよう。[33] 日本の裁判例が不法行為責任の枠組みの下で従来の枠に収まらない損害賠償を認めようとしている姿勢は、従来の理解の限界を示しているように思われる。すなわち、とりわけ契約拒絶の事案では不法行為による損害賠償という枠組みで契約実現の場合の利益を確保することが難しい。なぜなら、差別により契約を拒絶された場合であっても、平等処遇を受けられれば確実に契約が締結されていたとは限らないからである。裁判所は、不当な別異処遇を受けた者に対して妥当な救済を与えるにあたって困難に直面しているといえよう。

他方で、こうした困難に対して別の方向からのアプローチも可能であることが示される。すなわち、法律行為ないし契約条項の（一部）無効という救済を通じて契約上本来予定されるべき利益を実現することによって、別異処遇を行う側の契約自由が平等処遇の要請によりかなり制限される場面も出てくることが窺えるのである。上述のように、公的な主体に対する関係では契約締結請求あるいは契約締結の擬制を通じた利益の実現が可能となる一方、完全な契約自由ないし営業の自由を有する私人および私法上の法人に対する関係では、契約締結請求は予定されていない。しかしながら、差別的な法律行為ないし契約条項が（一部）無効となることにより、平等な内容での契約締結ないし契約履行が実現されるべきという高い可能性が事実上生じることで、契約実現型に近い救済が行われることとなる。この可能性は、約款などによりあらかじめ契約条件を公に示している場合には蓋然性ともいえることとなろう。

最後に、第二章に見たとおり、日本の裁判例においては、株主会員制ゴルフクラブにおけるような団体の結社の自由と個人の平等権との調整において、後者が優先されるのは極めて例外的な場合であるという枠組みが示されている。その一方で、私的団体の加入契約における平等処遇の要請に言及した裁判例もあり、それと公に開かれた財および役

務の提供に関する契約に関する裁判例を併せて見てみると、当該財および役務の一般への流通性如何、そして対象となる財および役務の必要性如何により、平等処遇の要請される範囲の限界ラインが流動的になり得ることが窺われる。

四　EUの議論との接合可能性

以上のように、契約に際して不当な別異処遇を受けた者に与えられる救済に関していえば、公的な主体が参与する契約だけでなく私人間の契約においても、少なくとも国籍等に基づく別異処遇に関して、公に開かれた財および役務の提供に関する範囲でこれが認められている。すなわち、現在の日本における不法行為責任追及を中心とする枠組みにおいて、人格権の侵害による慰謝料の賠償のみにとどまらない解決が指向されている。他方で、対象となる財および役務が必需のものでない場合には契約において別異処遇を行う側の自由がより優先される方向に力が働き、私的な団体への加入契約では差別が違法なものとはされない。こうしたおよその枠組みは、EUにおける契約法上の議論の状況と類似のものを見てとることができる。

まず、契約に関係する場面において、少なくとも国籍等に基づく別異処遇が契約自由によっては正当化できないものと広く解されていることは、EUにおける「人種および民族的出自」という分類およびその法的扱いと同様である。EUでは人種等以外の根拠につき別異処遇の正当化される範囲が広いものとなっているが、日本の裁判例においては正当化されにくい人種等に基づく差別の問題が顕在化しているものと理解できる。

また、①〜③、⑦〜⑨や⑰のような別異処遇は、基準として客観的には中立性を有していたが、裁判所により、原則として「合理的でない」とされる国籍等に基づく別異処遇との関連性が検討されている。換言すると、間接的差別、すなわち、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が、直接的差別と同列に検討されている

のである。このように、EUにおいて直接的差別と間接的差別が一様に扱われている[34]のと同じような処理が、自覚的ではないにせよ日本の裁判例においても見られる。

EUにおける立法やそのための提案においては、別異処遇の目的の適切性・適法性、手段の適切性・必要性が正当化判断の基準とされている[35]。こうした正当化基準は、人種や民族的出自に基づく別異処遇についてはかなり厳しく適用され、その他の根拠に基づく別異処遇については別異処遇を行う側の自由がより広く確保されるように適用される。これに対応して、日本の裁判例においては、国籍、障害等に基づき別異処遇がなされその是非が問われた場合に、当該別異処遇の中立性、明確性[36]、合理性および必要性[37]が正当化判断の基準として用いられている。

第二章で見たように、契約の場面でも平等処遇の要請が意識されていることが日本の裁判例にあらわれている。その平等処遇の要請は、第三章で見たように、少なくとも国籍等について、徐々にかつ断片的にではあるが、不法行為法の領域内での従来的処理にとどまらない新たな理論の形成を必要としている。これらに第四章での検討を加えると、日本の裁判例にみる平等処遇の要請はEUにおける契約法上の議論と同様の方向性を有しているように思われるのである。

五　おわりに

日本においては、障害に基づく差別の禁止に関する立法作業が独り進んでおり、そこでは財および役務の提供に関する契約関係における平等処遇が要請されているものの、裁判例においてそうした契約に関する国籍等に基づく平等処遇の要請が働いていることが、契約法を交えた視点から評価された痕跡は見られない。しかし、こうして日本の実情を見ると、少なくとも国籍等に基づく差別の禁止をも視野に含む、理論的に無理のない法的枠組みが必要とされる

といえる。そして日本の裁判例は、EUに見られるような契約法における平等処遇の理論との接合可能性を十分に有しているのである。[38] 立法作業の偏りの原因は、契約法における平等処遇の要請の理論の重要性が看過されていることにほかならないように思われる。契約法を通じて憲法上の基本権としての平等処遇を受ける権利が保障されるものと考えればなおさら、このような裁判例において不法行為法を通じて実現されている平等処遇の要請は契約法に敷衍されるべきと評価できるのではないだろうか。

障害に基づく差別の禁止に関する立法作業における視点の持ち方としても、EUの議論から示唆される重要な視点は踏まえられているものの、その内実および理論的なバックボーン、ひいては他の根拠に基づく差別禁止との関連を意識した検討が必要といえよう。とりわけ、契約法における平等処遇の理論の枠組みでこうした諸問題に応接する際には、平等処遇を受けることで当人の私的自治と社会参加が保障されるべきという視点が重要であるところ、[39] 障害だけでなく他の根拠も検討対象に含めて、そうした視点から私的自治と平等処遇の衝突に関する理論的検討をすることが必要となる。

最後に、本稿の検討を通じて、日本の裁判例がEUに見られない議論の展開可能性もはらんでいることが明らかとなることに言及する。第二章にとりあげた日本の裁判例は、第三章での分析結果に加え、EUに見られない議論の展開可能性に関する示唆をもたらすように思われる。中でも救済の設定の仕方、平等な内容での契約の実現を求める側の態様に着目すべきことの示唆は、今後契約における平等処遇の理論を考えるにあたって重要な意義を有するものと考えられる。

㈠　私人間の契約と「契約実現型」救済

EUにおける契約法における平等処遇に関する立法および（それに関する肯定的な）議論において、契約締結請求権

ないし履行の強制は救済として用いられ得るとの考え方が提示されているものの、その理論的根拠が不明確であるという問題が存在する。[40] これは、私人間での契約において契約締結強制ないし履行の強制を救済のリストに組み込むべきかという議論に対応して生じている問題である。[41] これに対して、契約締結上の過失の理論を持ち出すことによりそれに基づく金銭賠償を通じて契約上の利益を実現しようとする姿勢や、法律行為ないし契約条項の（一部）無効による「契約実現型」救済ないしそれに近い救済を行う枠組みを有する日本の裁判例においては、そのような問題は必ずしも二択問題としては生じないであろう。すなわち、私人間の契約において契約締結強制ないし履行の強制という救済が行われないものとしても、適切な金銭賠償や契約締結可能性の回復という救済が用意されることで足りるとも考えられるのである。少なくとも私的な主体同士での契約においては、ＥＵのように平等処遇の要請を平等な内容での契約の強制的実現に直結させて議論する必要は、必ずしもないということを、日本の裁判例は示唆しているようにも思われるのである。[42] 今後、「契約実現型」救済のあり方に関する検討は、より広い視野の下で行われていく必要があるのではないだろうか。

㈡　平等処遇を受けようとする側の義務

以上のような別異処遇を行う側の法的責任に関する議論とは別に、日本の裁判例には別異処遇をされる側の法的義務に関する議論の萌芽も見られるように思われる。すなわち、障害に基づく別異処遇に関する事案にあったように、平等処遇を受けようとする者は、違反するとその限度で相手方の行為が不当な処遇とは主張し得なくなる性質の義務（不真正義務）として、正当な処遇を受けるべく相手方に対し協力（自らに関する情報提供）する義務を有しうるということが示唆されているのである。こうした義務の存在は、ＥＵでの議論で明確に意識されていないものである。

（1）平成二四年三月一六日には「障がい者制度改革推進会議差別禁止部会」により「障害を理由とする差別の禁止に関する法制の制定に向けて――論点に関する中間的な整理――」が、平成二四年九月一四日には「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」がまとめられた。前者では、国籍に基づく差別に関する後掲の裁判例（静岡地判平成一一年一〇月一二日）を引きつつ「裁判例においても、差別は人格的尊厳の否定として損害賠償請求の理由となるが、具体的に差別を禁止する法律がなければ差別を効果的に救済したり改善を求める根拠がない」ことを指摘し、立法により障害者にとって争点の明確化および事後救済の容易化・迅速化というメリット、その相手方にとって行為規範の明確化すなわち法的結果の予測可能性というメリットが生じると期待されている。後者では、法制の必要性に関する根拠付けが十分ではないことが懸念されるが（同五頁参照）、「不均等待遇及び合理的配慮の不提供」を差別として禁止しようとしている。今後実務的関心も高まっていくものと思われる。野村茂樹「内閣府部会の『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての意見の概要――企業としての着眼点を中心に」ＮＢＬ九八七号六―八頁参照。

（2）前掲注（1）「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」二九頁以下。

（3）前掲注（1）「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」三八頁以下。

（4）前掲注（1）「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」五三頁以下。

（5）前掲注（1）「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」において、「情報・コミュニケーション」「医療」「教育」といった他の領域については、契約における差別の禁止という視点では検討されていないように思われる。

（6）（a）茂木明奈「契約法における平等処遇序論」本誌九一号一一五―一四六頁、（b）同「ドイツ法にみる契約法における平等処遇の要請」本誌九三号六九―九九頁。

（7）前掲注（6）。

（8）前掲注（6）にて行ったＥＵ法およびドイツ法を通じた検討においても、雇用以外の一般的な財および役務の提供に関する契約を対象としていたことによる。

（9）これに伴い、余剰の債務の不存在確認、不当利得の返還および給水の履行の請求が認められた。条例改正自体の無効性についても争われたが、条例改正が行政処分性を有しないことから、原告の訴えは抗告訴訟（行政事件訴訟法三条四項の無効等確認の訴え）としては不適法であるとして、この部分においては斥けられている。

(10) 私的な団体の会員契約について裁判例に挙がった事案であり、かつ本稿のテーマに合致するものは、以下のようにいずれもゴルフクラブに関するものとなっている。現在、ゴルフクラブの会員権としては、通常の預託金会員制のものが広く一般に流通し、現に流通を前提としていることを考えると、株主会員制ゴルフクラブの具体的事案としての意義は低下している可能性がある。しかし、株主会員制ゴルフクラブに関する裁判例はいずれも私的団体の会員契約について一般的な説示をしていることから、本稿は、契約自由の限界を探るという目的の下、通常のものとの比較において検討を行う。

(11) 支援金等の支給が本件のように民法上の法人により行われる場合、その法律構成は贈与契約であると解される。

(12) 判時二〇二四号二一頁。掲載判決文（二四頁）では「（オ）公共の交通機関を提供している航空会社であれば、身体に障がいのある乗客に対し、身体の状況を事前に告知すべきことを要求することはできないところではあるけれども、……［本件の事実関係の下では］時間的余裕を持って上記の諸事実が被控訴人に知らされていれば、控訴人が単独搭乗することについて必要とされる解除や緊急時の援助体制に関する検討をすることは十分可能」と述べた部分が該当する。

(13) 松井和彦・判評六〇五号二八頁。

(14) 田口文夫・専修法学論集一一一号二三七―二五二頁も同じくこの点を指摘するが、本件の Obliegenheit が本件における別異処遇の合理性判断と密接な関連を有していることに着目し、また、それが債権債務関係一般にわたる一種の協力義務として位置付けられるか、役務提供契約に特徴的な義務として位置付けられるか、といった各可能性を指摘する。

(15) 本件で原告は、契約がすでに成立していたとの主張として「契約の成立を信頼した原告に対し、契約締結義務を負い、契約の不成立を主張することはできない」と、そして、不法行為の主張として、「住居は、人間生活の基盤であり、衣食とともに、人間の生存にとって必要不可欠である」「住居基本権が憲法及び国際人権規約に根拠を置く権利であることに照らせば、右権利は、私人間においても公序として規範性を有するものと解すべきであり、借地借家関係における貸主及び宅地建物取引業者……は、これを侵害しないよう配慮すべき義務を負う……民族差別にわたる入居差別であるときは、……私人間において契約締結の自由が存しているとはいえ、なお公序に反する」などと主張した。対して被告は、契約成立の主張に対して「私的自治の認められる法制下において、応諾の義務が生じる余地はない」と、不法行為の主張に対しても「入居者の選択及び入居条件の決定は、建物所有者または建物の賃貸権限を有する者において、建物の管理・維持等の観点から自由になしうるところであり、契約の締結を強制される余地はない」などといった抗弁をしている。

(16) もともと原告の主張中で契約締結過程における信義則は契約成立の主張のためにのみ用いられていたところ、裁判所は

「原告は……契約の成立を根拠づけるものとして契約締結上の信義則の適用を主張しているところ……その主張する損害との関係で競合する主張として、不法行為に基づく損害賠償請求をなし、かつ、これを基礎付ける請求原因としての契約締結過程における信義則の適用も主張しているものと解される」として、多少無理をおして事案の解決を図ったといえよう。

(17) 河内宏・判評四五四号四一―四五頁。

(18) この事案でも、直接的な人種差別撤廃条約違反の主張は排斥されている。

(19) 解説として、石毛和夫・銀法六三〇号四五頁。

(20) 高田映・国際法三「人種差別撤廃条約の私人間適用」二九〇―二九二頁、阿部浩己「外国人の入店拒否と人種差別撤廃条約の私人間適用」ジュリ一一八八号九一―九三頁。

(21) 附帯してなされていた販売拒否行為の差止請求については、約款上販売拒否事由以外にも当日に個別に判断される入場拒否事由が定められていることから、一律に請求を認めるのは相当でないとした。

(22) 本項目で挙げた裁判例は公の施設の目的外利用に関するものであるが、目的内での利用にかかる契約につき、㉘最判平成七年三月七日民集四九巻三号六八七頁は、団体の性格そのものを理由とした使用拒否ではなく、使用による危険の発生の判断が主観的なものにとどまらないのであれば、不当な拒否ないし差別的取扱いには当たらないとしている。

同じく目的内利用に関して、他団体との不要な摩擦の危険、および、男女別室宿泊の趣旨から複数の同性愛者の同室宿泊を認めないという理由で、同性愛者の団体が東京都の青年の家の宿泊利用を拒否された事案がある。㉙東京高判平成九年九月一六日判タ九八六号二〇六頁（原審・㉚東京地判平成六年三月三〇日判時一五〇九号八〇頁）は、青年の家が、異性愛者を前提とする社会的習慣を機械的に適用した場合に同性愛者に生じる重大な不利益に十分配慮すべきであるのに、宿泊を一切拒否し「より制限的でない方法により、同性愛者の利用権との調整を図ろうと検討した形跡も窺えない……同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、実質的に不当な差別的取扱いをしたもの」であるとし、裁量権逸脱の違法を認定し、代替して利用した施設の宿泊費との差額の賠償を命じた。

(23) 随意契約可能な場合につき、最判昭和六二年三月二〇日民集四一巻二号一八九頁。

(24) この点、長谷川聡「女性差別撤廃条約による間接差別法理の展開における課題と可能性」法時八四巻五号六六―七〇頁、とりわけ六八頁や、棟居快行「人種差別と国家の差別撤廃義務」同七一―七五頁など、条約の具体的な裁判規範性に着目すべきとする近時の見解とその影響を見ていく必要がある。特に後者は、⑳の入浴拒否に関する事件に加えて㉛大阪地判平成

一九年一二月一八日判時二〇〇〇号七九頁（国籍に基づく賃貸住宅の入居拒否を受けた原告が大阪市を被告として立法不作為に基づく国家賠償（慰謝料）を請求した事案。家主との間では一〇〇万円の解決金により和解）をとりあげ、自治体の責任にも法的責任として明確化すべきと説く。

(25) 判時一七一八号九三頁。

(26) 問題を提起するものとして、日弁連に対し人権救済の申立てがされた案件に関する報告である田原俊輔「精神障害者は飛行機に乗れないの？」法セミ六二四号一一二頁。

(27) 性別に関しても以下と同様のことがいえようが、レディース・デーや入学における女性枠、鉄道における女性専用車両などの是非は社会的問題となりつつある。

(28) 前掲注（17）。

(29) 前掲注（17）四四頁以下も指摘している。

(30) 前掲注（17）。

(31) 確かに第一審・控訴審ともに販売拒否対象者指定の無効が契約締結の義務ないし擬制には直結しないとしているものの、控訴審に関する無記名コメントや評釈である後掲注（32）にもあるように、実際に販売拒否をされてから損害賠償を請求する機会だけでなく、その前の段階で指定の効力自体を争うことで、購入を申し込めば販売を拒絶されないで購入しうる立場の有無を確認することには上述のような意味があるものと考えられる。

(32) いわゆる暴排条項が普及しまた議論されているという現在の状況下で、取引拒否対象者指定の無効確認を求める訴えが相次ぐであろうことが予測され、㉒がそのような事態に対し道しるべを提供するものと評価される。小林学・判評六三六号二六―三一頁。

(33) 平等処遇の要請が契約法の範疇の問題でないとする考え方につき、前掲注（6）（a）一二三頁。

(34) 前掲注（6）（a）における注（46）を参照。

(35) 前掲注（6）（a）一二六―一二九頁、前掲注（6）（b）七二―七三頁。ＡＣＱＰにおいて目的の正当性とは、プライバシーや宗教・文化的アイデンティティ、経済的要因などといった、社会的に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を指す。ドイツのＡＧＧには、総則における正当化規定のほかに、宗教・障害・年齢・性的アイデンティティ・性別に基づく別異処遇が、危険や損害の予防、プライバシー、宗教の自由など

に資する場合には正当化される旨の規定が存する。

(36) 住宅ローンに関する⑰では、永住資格の有無が「基準として客観的かつ明白であり、その適用に恣意の作用する余地がない」ことが正当化判断において重要な要素とされる。別異処遇の明確性、すなわち、不当な別異処遇のために恣意的に用いられうる基準によらないことは、EUでの議論において正当化判断基準として明確に指摘されていない。

(37) ⑰では上記明確性に加え、私企業が十分な利益を上げ採算をとる目的を達成する方法として合理性に欠けるものではないことから、当該拒絶に合理的理由が認められた。⑳では、入浴客のマナー遵守という目的を達成するには不遵守者の退場や泥酔者の入店拒否という方法で足り、外国人一律の拒否は社会的に許容しえないとされている。また、プロ野球観戦契約において、販売拒否対象者指定（個人的な観戦自体の禁止）が不当である一方で、応援団方式による応援については禁止措置が正当であると判断されたのは、安全確保という理由に合理性および必要性が見出されたからである（「応援団方式による応援のように、他の観客に迷惑をかけ球場における秩序を乱す危険性を内在する行為を制限する場面とは異なり、その［観戦自体の］制限についてはより慎重にすべき」とする部分を参照）。

(38) EUにおいては人種・民族的出自、性別、宗教、障害、年齢、性的アイデンティティといった平等処遇の根拠が複数挙げられるところであるが、日本において宗教に基づく不当な別異処遇が公に開かれた財および役務に関する契約に際して行われているか、問題の顕在化の度合いにおいて日本はEUと異なる。ただし、法律の理論として検討すべきか否かという問題は、実際に問題とされているか否かと直結するものではないため、このような根拠に関する別異処遇も含めた検討をすべきことを本稿は是認している。

(39) 前掲注（6）（b）。

(40) 前掲注（6）（a）一三四頁以下。

(41) ドイツのAGGにおいては、草案段階での明示的表現が削除された経緯がある。

(42) 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―二二〇号所収は、生活保護や消費者保護の観点、取引対象の独占性・公益性からのみで締約強制を語ることができないことを指摘する点で本稿と共通するが、他方で契約自由の制限として締約強制が私法の理論上裏付けられるべきこととしており、本稿はこのような要請に応えることができるかという点につき疑問を呈することとなる。

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
明治学院大学法学部特別ＴＡ（副助手）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　法文化学会
専攻領域　民法
主要著作　「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――」『法学政治学論究』第九一号（二〇一一年）
「ドイツ法にみる契約法における平等処遇の要請」『法学政治学論究』第九三号（二〇一二年）