OUKA
Osaka University Knowledge Archive

Title	憲法解釈の応用局面（一）
Author(s)	棟居, 快行
Citation	阪大法学. 2011, 61(1), p. 239-267
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54948
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

Osaka University

研究ノート

憲法解釈の応用局面（一）

棟居快行

一　はじめに（本号二三九頁以下）
二　出版を業とする会社の取締役の第三者に対する責任と表現の自由の関係について（本号二四〇頁以下）
三　土地区画整理事業における「照応原則」と財産権保障（本号二四六頁以下）
四　人種差別撤廃条約の国内法的効力と自治体の作為義務（本号二五四頁以下）

一　はじめに

憲法学も実定法学の一員として、解釈論を学の中心とすることを疑うものはいないであろう。しかしながら、他方で、現実の訴訟を担当する弁護士諸氏からの問い合わせに、即答しうるような議論の蓄積があることは、むしろ稀である。多くは言葉を濁しながら、「通説だとこうなるはずであり、少数説からはこうも言えるのではないか……。」といった苦しい回答に終始することになる。それでも、憲法が最上位規範として、実定法律の解釈を方向づ

（阪大法学）61（1-239）239〔2011.5〕

け、場合により違憲判決により法律の効力を排除しうるからには、あらゆる事案において、一義的ではなくても議論の材料くらいは憲法解釈学が提供しえなくてはならないであろう。筆者はこのような背伸びの混じった確信から、これまで若干の機会に一方当事者（ほぼ原告側である）からの依頼に応じて、裁判所に「意見書」を提出してきた。それらのうちの多くは、何らかの機会を捉えて論文の体裁に仕上げ直し、活字としてきたが、若干はその機会を失したまま、筆者のパソコンの隅に眠っている。以下では、そのうち数本の原稿を、ここに記録として公表させていただきたく思う。いずれも過去の事件にかかるものであり、学問の最前線に寄与しうるものではないが、憲法解釈を現実の事案に合わせて応用局面で実行することは、典型事例のみを想定した（あるいはそもそも事例を意識しない）「憲法解釈」とは相当に異なる作業であることを示す実例としての役割は、果たしうると考える。なお、以下、確定済みのものと現在進行中のものとがあるが、本誌での公表はあくまで研究ノート（すなわち特定事件をきっかけとする場合であっても、あくまで一般性のある研究の観点からの思考メモ）としてであり、判例評釈類似の目的を持つものではないので、原則として事件や固有名詞に触れることはしない。

二　出版を業とする会社の取締役の第三者に対する責任と表現の自由の関係について

以下は、相撲関係者である著名人X等が、週刊誌Aの記事を名誉毀損として、発行会社であるY_1ならびに代表取締役Y_2を相手取り、慰謝料ならびに謝罪広告の掲載を求めた事件（一審東京地判平成二一年二月四日判時二〇三三号三頁。請求一部認容。Y_2に対しても改正前商法二六六条の三第一項による責任を肯定。控訴）の二審東京高裁に、二〇〇九年八月末に提出した意見書の一部である。

1　会社の取締役の第三者に対する責任

旧商法二六六条の三第一項の意義について述べた最高裁昭和四四年一一月二六日大法廷判決（民集二三巻一一号二一五〇頁）によれば、同条項が定める取締役の第三者に対する損害賠償責任は、取締役が会社との関係で負う善管注意義務ならびに忠実義務から当然に導かれるものではないが、株式会社の経済社会における重要性、ならびにその活動が取締役の職務執行によって行われることから、第三者保護の立場から法が特に定めたものである。

曰く、「法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによって第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである。」

注記すれば、同大法廷判決多数意見は、同条項の性質を不法行為責任とする三名の裁判官による反対意見（松田裁判官反対意見＝田中裁判官同調、岩田裁判官反対意見）を退けつつ、前記条項の法的性質を、商法が特に第三者保護のために設けた損害賠償責任であるとするものである。すなわち、そこで言われる「悪意または重過失」とは、取締役の会社に対する任務懈怠におけるそれであり、あくまで会社内部での義務違反に際しての要件であって、第三者に対する不法行為責任の要件としてのそれではない。また、「取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間」の相当因果関係は、（イ）「会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合」（いわゆる間接損害の場合）と、（ロ）「直接第三者が損害を被った場合」（いわゆる直接損害の場合）とを、ともに含むことと

なる（二つの反対意見はいずれも異なる観点から、この点を厳しく攻撃する）。

2　出版社の取締役の第三者に対する責任

以上の命題は、出版を業とする会社（以下、「出版社」という。）の取締役の第三者に対する責任についても、全く同様に成立するはずである（旧商法を前提とするが、以下も現在形で表現する。）。すなわち、出版社の取締役もまた、①悪意重過失により会社に対する前記義務に違反し、②当該任務懈怠と第三者の損害の間に相当因果関係が認められる場合には、③間接損害と直接損害とを区別することなく、④第三者保護の観点から法が特に定めた損害賠償責任を、直接に第三者に対して負う。

従って、雑誌等の出版物が名誉毀損等により第三者に損害を与えた場合には、執筆者本人はもとより、編集により最終的に当該出版物を世間に送り出した編集者・編集人、ならびにこれらの者の行為につき使用者責任を負う会社とならんで、取締役が当該損害に結びつく悪意重過失の任務懈怠を犯していた場合には、同人も商法上の特別の損害賠償責任を負う。

このような帰結は、先の大法廷判決が、当該責任を商法上の特別の責任として、不法行為責任とは区別して捉えたこととからも、当然に要請されると思われる。商法の当該条項は、悪意重過失という狭い要件を掲げる一方で、悪意重過失にかかる内部的な任務懈怠と相当因果関係で結ばれた損害であれば、個々の行為の具体的寄与等の点で不法行為責任を（どこまで）問いうるかには関係なく、当該損害全額につき当然に損害賠償責任を認める点において、第三者の立証責任を大幅に緩和するという実際上の意味を有している。このような責任をあえて法が定めたのは、前記大法廷判決に従えば、会社の経済社会における重要性、ならびに取締役の職務行為が会社そのものの行為

であること、のゆえに他ならない。

出版社も、その経済社会において占める重要性や、取締役の職務行為の会社との一体性という点では、他の営利会社と何ら異なるところはないはずである。

3　取締役の第三者に対する責任と表現の自由・編集権

ところが、取締役の第三者に対する損害賠償責任につき、それが出版社という表現主体にとっては、自由な表現を損なうことにつながるとの理由で、一般の営利会社の場合より狭い範囲でのみ認められ、あるいはそもそも認められるべきでない、とする主張がありうる。同様の主張を、大規模出版社内部の通常の形態であるところの、経営と編集が分離された体制に即して、次のように言い換える見解も、雑誌記事に対する名誉毀損訴訟において、しばしば見受けられるところである。すなわち、取締役の任務懈怠を理由とする損害賠償責任の可能性は、会社内部で取締役が経営の枠を超えて日常的に表現内容ないし編集内容に介入し、「編集権の独立」が侵される事態につながるから、憲法二一条の保障する表現の自由の趣旨からも許されない、などの主張である。

4　「編集権独立論」の昭和四四年最高裁判決との不整合

しかしながら、このような主張は、出版社の表現の自由の価値を重視する観点に立つとしても、なお擁護しがたいものと考える。理由は以下のとおりである。

まず第一に、このような見解（以下便宜上、これらをまとめて「編集権独立論」という。）は、前記の昭和四四年最高裁大法廷判決の多数意見の見解とは矛盾し、むしろ反対意見の側に立つものである。なぜなら、このような

編集権独立論は、畢竟、取締役の第三者に対する損害賠償責任を、執筆者本人や編集者、ならびに使用者としての会社が負う不法行為責任と並ぶ、それ自体としても不法行為責任と捉えているように思われるからである。それらの者の間の内部的な負担割合につき、法が定めた取締役の損害賠償責任の要件では取締役の責任割合が大きくなりすぎる結果として、編集権への介入が招かれてしまうことを、同論は危惧するもののようである。

しかしながら、右判決の多数意見は、不法行為責任とは異質な、第三者保護のための特別の責任として、旧商法二六六条の三第一項の責任を捉えるのであるから、この責任が判決で手厚く認められるからといって、第三者保護に資する効果を法が期待したために他ならず、他の不法行為者との共同性が認められたことを意味するわけではないのである。

5 「コンプライアンス」と編集権等との無矛盾性

第二に、出版社が営利会社として利益を得るのは、主として雑誌等の商品の販売を通じてであり、その反面として、製造者・販売者としての法的責任を出版社も負い、商品が内容的に消費者や第三者に有害である場合には、出版社であれ債務不履行ないし不法行為の責任を問われるのは当然の事柄である。このような観点からのいわゆるコンプライアンスは、会社の社会的責任や、取締役の株主に対する責任からも、言うまでもなく近時では自明視されている。

編集権独立論は、コンプライアンスの名において編集権が侵害され、表現の自由が脅かされることを恐れるのであろう。しかしながら、コンプライアンスは不適切な記事等が出版された後で、損害賠償や謝罪広告の掲載を求める訴訟で会社側が敗訴するとすれば失われる会社の利益や信用を、事前に予防的に保全しようとするものに他なら

ないのだから、コンプライアンスのゆえに編集権や表現の自由が損なわれるというのは、本末転倒である。

雑誌記事による名誉毀損等の訴訟で、原告側に対してはさすがに編集権独立論で請求を退けようとは誰しも考えないが、それは、不適切な記事に対しては（その認定が問題となるのだが）、損害賠償や謝罪広告が命じられること自体は、表現側としても甘受せざるを得ないからである。すなわち、敗訴判決が予想されるような記事の掲載を社内のコンプライアンスで事前に抑制することは、当該出版社の執筆者や編集人らの表現者としての価値を守ることに貢献することはあっても、それらの者の表現の自由を損なうなどとは言い難いのである。

6 「コンプライアンスのゆきすぎ」が一般には杞憂であること

もとより、以上はあくまで、裁判で予想される敗訴判決を事前に回避するための、必要最小限の事前抑制の機能のみを、コンプライアンスが果たす場合の話である。ゆきすぎたコンプライアンスに対しては、なるほど編集権や表現の自由の不当な抑圧を問題とすべきであろう。

しかしながら、ここで想起されるべきは、出版社はあくまで営利会社であるから、なるべく多くの営利をあげようと努めるのであるし、しかも一定規模以上の会社ともなれば、築きあげた信用を守ることが長期的視点で見た場合の最大利潤に資することを理解しているはずである、ということである。

取締役が、任務懈怠を問われないようにという動機づけもあり、社内のコンプライアンス等の体制づくりに積極的に関与しだすとしても、経営のプロである取締役としては、自分の損害賠償責任を恐れるあまり不必要な抑制を編集側に加えるということは想定しがたく、むしろ会社としての信用を維持し、その結果として長期的に自由な表現を継続しうるような、妥当なバランスを見出すことが期待できるのである。

もちろん、このようなバランスどりに失敗し、ゆきすぎたコンプライアンスということもありえないではない。しかしながら、経営と編集の分離という建前がとられているはずの（さもなくば経営効率が悪くなるであろう）、一定規模以上の出版社においては、まさに経営側と編集側の日々の対話と相互批判のなかで、均衡点を見出してゆくべきなのである。

その失敗を恐れるあまり、とにかく表現をしてみたうえで、表現対象に精神的苦痛と訴訟の負担を強いつつ、表現ないし編集の限界点の発見を国家機関の一つに他ならない司法の手に委ねるという態度は、傷つきやすい人権としての表現の自由を最大限駆使する巨大な表現主体としては、鈍感かつ不用意にすぎるというべきである。

三　土地区画整理事業における「照応原則」と財産権保障

以下は、神戸市長田地区の阪神淡路大震災後の駅前再開発にからんで、パチンコ店が神戸市から無償での臨時営業を認められていた線路ガード下からの退去を求める民事訴訟を市に提起され、それを争う民事訴訟の二審段階で、二〇〇七年一二月に大阪高裁に提出した意見書の一部である。

1　本意見書の目的

本意見書は、土地区画整理法（以下、「法」と略記）八九条一項が規定する、従前地と換地との均衡を要求するところの「照応原則」を、財産権保障（憲法二九条参照）の法律レベルでの具体的な反映として、位置づけようとするものである。

2　土地区画整理事業の特質

いわゆる土地区画整理事業は、現状の土地利用の有り様を土地所有者等の権利者間の「権利変換」等の手法を通じて変更し、もって法一条が述べるように、「健全な市街地の造成を図り、もって公共の福祉の増進に資すること」を実現しようとするものである。

もとより区画整理という手法は、事業期間中の仮換地指定に伴う従前地の利用規制（九九条一項参照）、工事完了時における換地処分（法一〇三条一項、同一〇四条一項参照）などが定めるとおり、土地所有権等の私権に対する強度の規制を含む。しかしながら、このような規制手段により、不動産をめぐって複雑に絡み合った権利関係を整序し、土地の本来有する公共性を発揮させ、公益を増進することが可能となる。

しかも、同事業の手法であるところの権利変換方式は、土地収用のような権利の剥奪という極めて重大な効果を伴う手法と比較すると、事業後も私権の効用が維持されうるのであるから、私権保障（財産権保障）という観点からは、より好ましいともいいうる。

また、事業を施行する側から見ても、この手法は土地収用に比べて明らかな利点を有している。すなわち同手法の場合には、損失補償のような金銭補償を原則とすることなく、工事期間中の仮換地、ならびに工事完了後の換地の指定を基本的には無償で行い（ただし換地に不均衡がある場合等には、権利者間で清算金の徴収と交付により調整する。法九四条、一一〇条一項参照。）、事業そのものも保留地の処分によって費用を捻出しうる（法九六条一項参照）など、事業の施行に伴う金銭的負担が比較的安価で済ませられる制度となっている。

3　照応原則の意義

法八九条一項は、「換地計画において換地を定める場合においては、換地及び従前の宅地の位置、地積、土質、水利、利用状況、環境等が照応するように定めなければならない。」とし、いわゆる「照応原則」を定めている。

また、法九四条は、「換地……の目的となるべき宅地もしくはその部分を定め、又は定めない場合において、不均衡が生ずると認められるときは、従前の宅地及び換地……の位置、地積、土質、水利、利用状況、環境等を総合的に考慮して、金銭により清算するものとし、換地計画においてその額を定めなければならない。（略）」として、換地と従前地（「従前の宅地」）の不均衡を金銭により清算すべきこと、およびその金額を換地計画において決定しておくべきことを定めている。

右の法八九条一項と九四条とは、（八九条一項）従前地と換地とが、位置・地積・利用状況等を総合的に判断した場合に「照応」しているべきであり、また、（九四条）両者に「不均衡」が生じる場合には、換地計画で予め予定された金銭による清算によるべきであることを定めるものである。すなわち、換地が従前地と均衡（「照応」）すべきものであるが、そうでない場合には金銭による清算がなされるべきであるということである。

以上の仕組みが、法の目的とする「健全な市街地の造成を図り、もって公共の福祉の増進に資すること」（一条）の実現の要請と、財産権保障（憲法二九条一項参照）の要請との調和と両立を目指すものであることは疑いない。

しかしながら、照応原則に基づく換地と清算金という、法が用意した二つの方法の関係としては、土地区画整理事業においては前者が原則である、という点を強調しておきたいと考える。

4　尼崎市における組合施行の事案

右の最後の点、すなわち、清算よりも照応原則が本則である、という点につき、兵庫県尼崎市における、いわゆる組合施行（法三条二項、一四条以下参照）の区画整理事業において、土地区画整理組合の設立認可処分の効力が争われた無効確認請求事件において、神戸地方裁判所平成一〇年七月一五日判決（平成六年（行ウ）第一九号）も、次のように述べるところである。

「換地に伴う減歩についても、土地区画整理法八九条が換地前の土地と換地後の土地とが通常人からみて大体同一条件にあること（いわゆる照応の原則）を要求することによって、最終的には換地により著しい不利益を負うことがないことが保障されている。これらの点を考え合わせると、右制約［同意なくして組合員とされる地権者の財産権が減歩等で受けることとなる制約＝棟居注］は公共の福祉に適合する合理的なものということができ、土地区画整理法一八条は何ら憲法二九条に違反するものではないというべきである。」

右判示は、換地処分の前後において「照応原則」が維持されることを前提として、区画整理事業による減歩等、財産権に及ぼされる変動につき、財産権の公共の福祉による制約（憲法二九条二項参照）の範囲内であるとするものである。

このように、「照応原則」は清算金制度と相俟って、土地区画整理事業につき憲法上の財産権保障を貫徹するものといいうるが、とりわけ土地区画整理事業においては、照応原則が本則とされるべきものであるように思われる。理由は次節で述べるとおりである。

5　法における照応原則と清算金との関係

もとより、照応原則を満たさない不均衡が権利者の間に残る場合には、最終的には法は金銭による清算という調整方法を予定している（九四条）。しかしながら、清算金の制度があるからといって、従前地と換地との間の均衡が換地計画の段階からおよそ考慮されないとすれば、照応した換地を得た権利者と、清算金を得て施行地区から移転せざるをえない権利者との間には、看過しえない不均衡が残るのみならず、土地区画整理事業の形態をとりながら、一部の権利者にとっては公用収用がなされたに等しい結果となる。

法が権利変換という手法を、収用という劇薬的手法の代わりに予定するのは、土地収用法と同様の公益増進効果を、権利者の協力を得ながら比較的安価に達成しようとするからに他ならない。にもかかわらず、土地区画事業を通じて、実質的に一部の権利者に対する公用収用がなされるとすれば、法がわざわざ土地収用法とは別個の手続きを定めた意味が失われる。

のみならず、憲法上の財産権保障の規定の体裁においても、土地区画整理事業と公用収用とは、その制度の本質の相違が反映されているように思われる。すなわち、憲法二九条三項は、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」として、公用収用の場合の正当な損失補償を定めるが、そこで予定されている「公用収用」には、土地区画整理法が定める換地処分は含まれないと考えられる。

なぜなら、そもそも土地区画整理事業の本質は権利変換であって、私権の態様に変更が加えられることはあるものの、にもかかわらず私権は形を変えながら維持されるべきものである。このような土地区画整理事業の本質に照らせば、換地処分は憲法二九条三項の公用収用ではなく、むしろ同二項の、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」の規定に基づくところの、公共の福祉による私有財産権の制約と理解すべきもの

であろう。

6　憲法二九条二項の「公共の福祉」と土地区画整理のあり方

以上のように、土地区画整理が公用収用とは異なり、公共の福祉による財産権の制約の一種と位置づけられるとすれば、憲法二九条は一項で「財産権は、これを侵してはならない。」とするところであるから、財産権の制約としての土地区画整理の有り様にも、一定の枠がかけられるべきこととなる。

すなわち、「公共の福祉」も無限定ではありえないのであって、財産権保障そのものの本質を損なうような重大な制約は、憲法二九条二項の「公共の福祉」のうちには含まれないというべきである。

以上のように、土地区画整理事業を憲法二九条二項の「公共の福祉」によって説明するとすれば、冒頭に述べた「照応原則」は、土地区画整理事業の施行地区内の土地所有権等の私権が、事業の過程および工事完了後を通じて、財産権保障の本質を損なうような制約に服すべきでないことを、法として宣言したものと解されよう。

事業に伴うしかるべき制約に対しては、「公共の福祉」による制約としてそれに服すべきものであるが、照応原則を満たさないような過大な不均衡は、それが事後的な清算の対象になるからといって、等閑視されるべきものではない。清算のみに依存した土地区画整理事業は、ひっきょう公用収用と異ならないこととなるが、そもそも憲法上も、土地収用は二九条三項に、これに対して土地区画整理は同二項に位置づけられるのであって、両者は本質的に異なるのである。

すなわち、具体的な土地区画整理事業が、法の適用行為として、憲法二九条二項に反すること（適用違憲）とならないためには、そこでなされた換地処分が、従前地における私権の財産価値を大きく下回るものではないような

換地を用意するものである必要があろう。

このように筆者は、土地区画整理事業において、その具体的な換地処分の内容いかんでは、当該事業における換地処分が、照応原則違反となるのみならず、憲法上の財産権保障に反し、適用違憲となると考える。事業の前後ならびに期間内において、財産権の利用状況等に照らしてみた場合の使用価値ならびに交換価値に、それ自体として大きな差異を生じさせ、あるいは当該権利者と他の権利者との間で深刻な不均衡が発生する場合には、当該事業における当該権利者に対する換地処分は、私有財産制度の本質を侵害し、憲法二九条二項の「公共の福祉」による制約としてはもはや説明しえないゆえに、違憲違法であり無効というべきである。

7 「公共の福祉」と事業による「公益」の区別

もとより「公共の福祉」の範囲は相当に広く、また、都市の景観や町並みも「公共の福祉」に該当しうる。しかしながら、そうであるからといって、土地区画整理事業によって実現される「公益」がそのまま「公共の福祉」と同一視されるべきではない。

仮にこのような同一視をするとすれば、公益増進の名の下に、一部の権利者の犠牲のうえに多数の私益が増大することになる。このような私益相互間の一方的な利益の移転は、土地区画整理事業によって正当化されうるものではない。

むしろ、憲法二九条二項の「公共の福祉」は、同一項の財産権保障と敵対的にでなく、その逆に、整合的調和的に理解されるべきものである。

この点につき、森林の共有分割請求を制限していた森林法旧一八六条を違憲とした最高裁大法廷判決（昭和六二

年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁）は、以下のように説いている。

すなわち憲法二九条は、「私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至ったため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる、としているのである。（略）憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合することを要する……。」

同最高裁大法廷判決は、森林法の当該規定を、二九条二項にいう公共の福祉に合致しないことをもって、違憲としたのであった。

これを前述したところの、照応原則違反の換地処分の場合に当てはめると、それはもはや憲法二九条二項の「公共の福祉」に適合しないがゆえに、違憲違法とされ無効とされるべきであるとの結論が得られよう。

8　結語

本意見書では、土地区画整理事業における私権への制約は、憲法二九条二項の「公共の福祉」による制約として説明することが可能であるが、その反面として、法にいう照応原則を満たさないような、従前地を大きく下回る価値しか有さないような換地を指定する換地処分は、二九条一項二項に違反し違憲違法であり無効となる、との主張を展開した。

法にいう照応原則は、土地区画整理事業の本質であるところの「権利変換」という思想から直接に導かれるものである。したがって、法が別に規定するところの清算金のみに依存した土地区画整理事業がなされるとすれば、そ

れは土地区画整理と公用収用との境目をなくし、憲法二九条の条文の構成からも許されない混交を侵すものと言わざるを得ない。

なお、換地が従前地と照応しているかは、法が八九条一項でいうように、「位置、地積、土質、水利、利用状況、環境等が照応する」か否かにかかっている。土地ないし権利そのものの一般的な価額ではなく、「利用状況」から見ても従前地と照応していることが、明文でうたわれている点も注目されるところである。

したがって、換地が法令上の規制等によって、従前地と同様の営業を営みえない地域に存在するとすれば、このような換地を指定する換地処分が照応原則を満たさないことは、明らかというべきである。

四　人種差別撤廃条約の国内法的効力と自治体の作為義務

以下は、入居差別を受けたのは、自治体が宅建業法上の権限を行使することによる適切な介入を怠ったためであるとして、人種差別撤廃条約違反等を理由として、在留外国人（インド国籍）の原告が埼玉県を相手どって提起した損害賠償請求事件（一審さいたま地判平成一五年一月一四日公式判例集未登載。請求一部認容）の二審東京高裁に対し、二〇〇三年七月に提出した意見書である。なお、以下は拙稿「第三者効力論の新展開」坂元茂樹ほか編・講座国際人権法1　国際人権法と憲法（二〇〇六年、信山社）二六九頁以下に収録した、いわゆる小樽温泉事件（小樽市に対する国賠請求事件）意見書（札幌高裁に二〇〇四年四月に提出）と部分的に重なるところがある。

1　人種差別撤廃条約の関連諸規定

わが国も締約国である、いわゆる人種差別撤廃条約（「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」。以下、「本条約」と仮称する）二条一項は、次のように規定している。

「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)　（略）」

さらに同条約六条は、次のように規定する。

「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に求める権利

を確保する。」

2　問題の所在

(1) 条約の概要

本条約は、締約国政府（地方自治体を含む）自身による人種差別行為を禁ずるとともに（二条一項(a)(c)）、締約国内における私人間の人種差別行為を禁止するために、締約国政府（地方自治体を含む）が適当な措置を講じるべきことを定めている（同条同項(d)）。さらに本条約は、あらゆる人種差別の結果に対して、締約国（地方自治体を含む）が効果的な保護・救済措置を講じ、さらに損害に対する裁判的救済を確保すべきことをも定めている（六条）。

(2) 本条約の国内法的効力をめぐる諸論点

国際人権規約や本条約のように、差別等の国内問題についての国際条約については、いわゆる「条約の国内法的効力」という難問が存在する。さらに本条約のように、国・自治体と私人との関係のみならず、私人相互間の関係についても、国・自治体に「適当な方法」を講じて禁止する（二条一項(d)）という作為義務を課している場合には、当該条約の国内法的効力の問題は、一段と複雑になる。問題点を列挙すれば、次のとおりであろう。

第一に、当該作為義務は条約上は形式的には国際法上の義務であるから、ただちに国内法上の作為義務としての効力を発生するわけではない（国内法的効力論）。

第二に、仮に当該作為義務を国内法上の義務と見なしうるとしても、「適当な方法」の具体的な有り様については、国・自治体に裁量の余地が認められる（裁量論）。

（3）本件との関係で上記諸論点を考察すべきこと

以上はいずれも難解な論点であり、一般論を本格的に論じるのは至難というべきである。しかしながら、そうであるからといって、本条約の国内事件への適用を図ることを躊躇すべきではない。一般論に最終的な解答を与えずとも、個別のケースごとに見れば、一般的問題をクリアーしうる場合もありうる。こと本件の事案については、下記に個別に検討するように、原告側の自治体に対する請求を頭から封じる必然性はない、と考える。

3　国内法的効力論

（1）国内法的効力（裁判規範性）を認めることの一般的困難

あらゆる国際条約がそうであるように、本条約も直接には締約国を国際法上義務付けるものであって、当然に国内の差別事象に際しての裁判規範となるものではない。前者（国際法的義務）と後者（国内裁判規範性）との間には論理的には大きな溝がある。

（2）条約遵守義務と国内法的効力

なお、条約の国内法的効力につき、憲法九八条二項が条約の誠実な遵守をうたっていることが、国内法的効力を肯定するために援用されることが多い。しかし、同条一項では、憲法が国内法の体系の頂点に立つものであること（最高法規性）を確認しながら、下位の法令として法律・命令等を挙げるのみであって、条約への言及はない。

したがって、日本国憲法が条約遵守義務をうたうからといって、そのことから直ちに一般的に条約の国内法的効力が帰結されうるかについては、憲法条文の体裁からは即断できないともいえよう。むしろ、日本国憲法が九八条

一項で国内法体系を挙げ、二項ではそれとは区別して条約を挙げてその「遵守」を求めていることが示唆的であろう。

すなわち、条約がただちに国内法律などとして端的に国内法的効力を持つものではないが、国内法の体系に、国内法の解釈基準としていわば間接的に組み込まれる、と解する立場（後述する人権の間接適用とまぎらわしいが、「条約の間接適用」などといわれる）が妥当である。

要するに、条約の国内法的効力の有無およびその程度は、結局のところ当該条約そのもの具体的内容によって個別に決まると考えるべきであろう。国内法的効力が認められるからといって、一律にその程度、方法までが特定されるわけではなく、条約の内容に即した個別的考察が不可欠である。

（3）本条約の国内法的効力の存在

それでは、本条約は、その内容に照らして見た場合、国内法的効力を有するか、また有するとしてどのような効力であるか。

本条約はその性質上、国内法上の差別事象のみをその対象としている。すなわち、国・地方自治体と私人（日本国の管轄下にあるすべての者で在留外国人を含む一一六条参照）、及び私人相互の間における人種差別という、国内法上の事象を防止し、あるいは救済することが、わが国の国際法的義務とされているのである。従って、同条約の国際法的義務を遵守するためには、わが国（地方自治体を含む）は、国内法上の差別事象を同条約の趣旨に合致するように防止・救済する他はない。

この、国・地方自治体が負う防止・救済等の作為義務は、国内法上の法的義務である。当該作為義務が法的義務

のレベルに達しない、単なる努力義務にとどまるものとすれば、わが国が本条約によって負わされた国際法上の義務もまた、単なる努力義務のレベルにとどまってしまうことになる。それゆえ、国・地方自治体は、国際法上のみならず国内法上もまた、差別防止・救済のための作為義務を負うと解される。本条約は、その国際法的効力のゆえに、論理必然的に国内法的効力をも持つことになるのである。

かくして、本条約の国際法的効力に見合うだけの、何らかの国内法的効力が肯定されるべきであることになる。

（4）本条約の国内法的効力の内容

では、国内法的効力として、具体的にはどのようなものが本条約から導かれるか。

まず差別事象の両当事者である私人間で、慰謝料請求などの民事訴訟が提起された場合には（本件では一審で確定しているが）、この私人間の紛争に適用される民法七〇九条などの一般条項や人格権概念の解釈基準として、本条約の差別禁止の理念が読み込まれる。このような働きも、一種の国内法的効力である。そして、このような効力は、後述するところであるが、憲法の人権規定が私人間の紛争に適用される際の、いわゆる間接適用に近似している。

しかし、本条約の国内法的効力はこのような私人間紛争への間接的影響にとどまるものではない。

本条約の構造からすれば、国・自治体の差別防止等のための作為義務が条約に規定され、当該義務の存在から、私人間の民事紛争に際しての解釈基準が引きだされる。すなわち、(A)国・自治体の作為義務が条約の第一次的な内容であって、そこから(B)私人間紛争での解釈基準が第二次的に引きだされる。このことは、(B)を認めるのであれば、論理的に(A)を認めざるを得ない、ということを意味している。本条約を解釈基準として用いることによって、私人間で損害賠償を認容するとすれば、その論理的前提として、国・自治体の条約上の作為義務違反（違法な不作為）

があったことが含意されているのである。

すなわち、本条約の場合、国・自治体の作為義務違反を認めずに、私人間紛争にだけ条約の精神を注入して慰謝料等を認容することは、背理というべきなのである。

この点、本件一審判決は、本条約に言及することなく人格権侵害を認めている。なるほど、本件では肌の色について執拗な質問をした、という特異な経過が認められることから、契約拒否行為そのものでなく、当該質問を独立に人格権侵害と捉えることも可能であろう。しかしながら、これでは人種を理由とする契約拒否が穏当な表現でなされた場合には、私人間では何らの救済も図られないこととなる。本条約はまさに、穏当な表現によるものであっても人種差別行為そのものを禁止すべきものとし、またそのために国・自治体が積極的作為義務を果たすことを要求しているのである。

(5) 保護義務

人権の私人間効力論に関連して、私人間での人権侵害行為を防止し、あるいはその被害を救済するために国・自治体が負う作為義務を「保護義務」と呼ぶことが、最近の憲法学では一般化している。もとより、憲法の人権規定が原則としては国・自治体と私人との関係に向けられたものであるところ、私人間の関係に平等原則などの人権保障を適用することの可否、その方法については、いわゆる「私人間効力」の問題としてこれまで論じられてきた。このような伝統的な問題の立て方に対して、近時は、国・自治体が私人間の人権がらみの紛争に介入義務を負うか、負うとしてどの範囲でか、という保護義務論の観点からの問題の再構築がすすめられている（ただし、芦部信喜・高橋和之補訂・憲法第三版一一一頁（二〇〇二年、岩波書店。最新の第五版（二〇一一年）では一一六頁）のよう

に、人権の直接適用に結びつきやすいことを理由として、保護義務論に否定的な見解も有力である）。

本件では、本条約の私人間での差別事象への法的な効力の有無、その内容（本件差別事象に際して自治体には作為義務違反があったか）が問題となっているのであるから、憲法の人権規定の私人間効力の問題ではないにせよ、同様に、国・自治体の「保護義務」を語ることが許されよう。

それでは、わが国・自治体が同条約により課されることとなった、国内法上の防止・救済義務（保護義務）の内容は、具体的にはどのようなものであるか。

（イ）一つには、私人間の差別事象による民事紛争に際して、本条約が解釈基準として間接的に用いられる、という形式による保護義務の実現である。しかし、これは作為義務の履行主体が実際には国家機関の一つである裁判所に限定されることとなり、すでに述べたような条約のスタンス――すなわち全国家機関（ならびに自治体）を総動員しての保護・救済施策の実施――に反することとなる。したがって、本条約が主として念頭に置く作為義務の実現手法は、この裁判上の間接適用というやり方ではない。

（ロ）いま一つには、立法ならびに行政措置による人種差別の廃絶である。行政機関が既存の法律上の権限を最大限に活用して、保護・救済措置を行うこともこれに含まれる。こちらが、いうまでもなく、本条約の本命視する実施手法である。

（6）人権の「間接適用説」の意味

民事紛争に際して本条約が「間接適用」される場合には、「人格権」などの解釈基準として取り込まれるということであるから、本条約と矛盾しうる憲法上の別の価値（たとえば契約自由）といったものが本条約上の差別禁止と

いう価値（もとよりこれも憲法上の価値でもあるが）と比較考量され、全体として価値の体系的見地からバランスをとられることになる。これは、憲法上の人権の私人間効力論の「間接適用説」と同じ状況である。そこで、以下に参考として同説を取り上げてみる。

「間接適用」の具体的な中身は、同説を採用したいわゆる三菱樹脂事件の最高裁大法廷判決（昭和四八年一二月一二日民集二七巻一一号一五三六頁）の一節に次のように整理されている。

「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一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存在するのである。」

同最判は、私人間関係における人権価値の保護・救済は、（イ）特別の立法措置によるほかに、（ロ）私人間の裁判において、民法九〇条、七〇九条といった一般条項への、私的自治原則と人権価値のバランスのとれた意味充填（解釈基準としての人権価値）を裁判所が行う、という二つの方法によって達成されるべきである、と述べているのである。

このように、三菱樹脂事件の最高裁判決は、裁判所による私人間への人権の間接適用とならんで、立法府による保護・救済をも、人権の私人間での実現の手法として挙げているところである。これは、国・自治体による私人間の人権侵害事象への介入を、人権保障から導き出そうとするもので、保護義務論の粗い草分けと見ることもできると考える（なお、本意見書では、保護義務論の是非を論じることはしない。単に、国・自治体の作為義務の言い換

えとして、保護義務の語を用いることがあるにとどまる）。

しかるに、憲法上の人権規定の私人間適用は、通常は私人相互間の民事訴訟で争点となるにとどまり、国・自治体の介入義務（保護義務）違反という作為義務違反を問題として国・自治体が被告とされた事案を、筆者は寡聞にして知らない。

すなわち、憲法上の人権を私人間で保護・救済するに際しては、実際には国・自治体の立法その他の施策の不存在を問題とすることなく、端的に加害者側私人を相手取る民事訴訟が想定されてきたのである。その背景としては、「人権の私人間適用」という問題の立て方が、そもそも保護義務をつくさなかった国・自治体の不作為責任からわれわれの目をそらさせてきたこと、保護義務という用語自体が新しいものであり、人権保障については国・自治体はそもそも潜在的な侵害者であって保護者ではない、という定型的な物の見方があるのではないか、と考える。

（7）小括

要するに、人権の私人間適用を考えるに際しても、国・自治体の作為義務（保護義務）違反という観点は実は必要なのである。

同様に、条約の私人間紛争への間接適用が問題となる本件のような事案においても、そのことによって国・自治体の保護義務違反という事態が忘却されるべきではない。

すなわち、本件被告県側は、宅建業法上の監督権限を適切に行使して、賃貸借に際しての人種差別行為という定型的な事象を実効的に防止すべきであったし、それは可能でもあった。それを怠ったのは、人種差別撤廃条約による保護義務という考慮すべき事項を考慮しかなった懈怠か、あるいは業者の営業の自由という価値を過度に尊重し、

憲法ならびに本条約から読み取れる価値の体系に即したバランス取りに失敗したためにほかならない。

わが国では、憲法の人権規定の間接適用という考え方が判例上も確立していることもあってか、差別事象をもっぱら私人間の紛争と捉える嫌いがある。しかしながら、本条約はそのような観点への修正を迫るものといいうる。すなわち、私人間で不法行為が成立するのは、まずもって国・自治体が作為義務を果たさなかったからにほかならない。私人間での差別事象等の人権侵害事件では、加害者私人のみならず、国・自治体も不法行為責任（国家賠償責任）を基本的に負うと考えるべきである（拙著・憲法学再論（二〇〇一年、信山社）二五五頁以下）。

4　裁量論

(1)　裁量論の限界

本条約が国・自治体に差別の防止・救済についての積極的作為義務を課しているとしても、それは具体的には、国・自治体による実現手段等の政策的選択をまってはじめて実現されうるものである。このような手段の選択のうえでの裁量が、国・自治体に留保されていると解されることから、本件のように国・自治体の不作為を違法とする私人からの請求はなかなか認められがたいようにも見える。

しかしながら、国・自治体が実現すべき目的は人種差別事象の廃絶であって、それ自体はきわめて一義性の高いものといいうる。このように目的が明確である場合には、そのための手段に幅があるといっても、その幅を逸脱していれば裁量権の範囲外であり、違法との評価を下しうることになる。すなわち、国・自治体はいかなる手段で差別の廃絶を実現するか、という点での裁量権を有するにとどまり、およそ何もしない、という選択肢を有しているわけではないのである。

もとより、さまざまの手段を検討中であるとか、よもやと思われるような差別事象が発生した（本件で被告県側は主観的にはこのような印象を抱いているようである）といった、作為義務の具体的履行に至らなかったことにそれなりの理由がある場合には、結果として不作為にとどまったとしても、違法な不作為とまでは言い難い。最高裁も、いわゆる定数配分違憲訴訟において、事態の急激な変化に対する「合理的期間」という一種の猶予期間を一般論として認めている（最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三頁）。

しかしながら、本件では、被告県は、「外国人と貸主の不動産賃貸借マニュアル」なるものを作成・配付した以外には、特段の指示等を行っていなかった様子であるが、このような事情であるとすれば、積極的に差別事象を廃絶してゆくという条約上の義務の点で、いわば一義的に不作為を選択したに等しいのではないかと危惧されるところである。

とりわけ、賃貸借におけるいわゆる同和差別については、積極的な廃絶の態度を示しながら、外国人差別についてはそれより明らかに消極的な指導しか行わなかったということであれば、県は本条約による作為義務を十分認識していなかったと言わざるを得ない。本条約が締約国に課した義務は、まさに憲法以下のわが国法令が同和差別に課した義務に勝るとも劣るものではなく、また、本条約自身が「人種差別」を「人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって……」（一条一項）とするところからすれば、同和差別も本条約の定義する「人種差別」（「世系」）に含まれると解する余地もあるのである。

そうであれば、被告県は、同和差別の禁止を厳しく指導したのと同等の指導を、宅建業法上の監督権限を適切に行使して、一審被告私人ら賃貸住宅の仲介業者に対しても行うべきであった。

（2）私人間紛争の裁判的救済と条約上の義務

なお、先に見たように、本条約第六条は、「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に求める権利を確保する」義務を締約国に課している。ところで、わが国では私人間の差別事象に際しては、国・自治体の不作為の責任が問われることは稀で、もっぱら加害者私人を相手どって慰謝料請求等がなされている。そして、条約に言及するしないにかかわらず、本件一審のように、被害に対して一定の裁判的救済もなされている。

そこで、次のような条約の解釈がなされる可能性が生じる。すなわち、国は裁判制度、実定法、訴訟法を制度として整備し、国民に裁判的救済の途をひらいている。この点において、すでに本条約六条の義務は履行されているのであって、被告県として特段の措置を講じていないとしても、そのことは条約違反を意味しない、と。

しかしながら、以上のような条約解釈は誤りであると考えられる。なぜなら、本条約二条一項(d)は、先にも引用したように、「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。」とし、また六条は、上記の引用部分の前に、「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……」と述べているのである。すなわち、条約は、私人間の差別事象に対して立法（条例を含む）、行政（地方自治行政を含む）、司法を総動員して保護・救済措置を講じることを、締約国に義務づけているのであって、司法だけにその任を果たさせるという対応は、本条約の趣旨に沿うものではない。

本件一審のように私人間での人種差別に対して司法的救済が行われたとしても、それはより簡便で一般性を有す

る行政措置（本件では被告県による宅建業法上の権限行使）による救済がなされなかったという瑕疵を治癒するものではないのである。

5　結語

いわゆる人権条約を裁判上どのように取り込んでゆくかは、まだ定説をみない難問である。本意見書では、人種差別撤廃条約をめぐる御庁係属の事件を素材として、大略次の諸点を述べた。

（1）私人間の民事紛争への間接適用とは別に、自治体には具体的作為義務（保護義務）が条約上発生しており、むしろ私人間への条約の間接適用は、国・自治体が保護義務を課せられていることの結果として可能となる。

（2）したがって、私人間の紛争で人格権侵害等が認められ、その背景に本条約の存在があるのであれば、その前提として自治体の不作為の違法性が当然に認められるはずである。

（3）裁量論は不作為そのものには及ばない。