

研究ノート

人権条約の国内適用における

私人の責任と公的機関の責任

——小樽温泉入浴拒否訴訟を素材として——

菊 地 洋

- 一 はじめに
- 二 小樽温泉入浴拒否訴訟の概要
- 三 私人間紛争からみた小樽温泉入浴拒否訴訟
- 四 公的機関に対する条約適用からみた小樽温泉入浴拒否訴訟
- 五 おわりに——私人間、公的機関に対する条約適用の違いについて

一 はじめに

最近、私人間における人種差別に関して、憲法の平等条項のみならず、国際人権規約や人種差別撤廃条約などの諸々の国際人権条約（以下、「人権条約」）を適用した解決を求める訴訟事案が増えている。これに対する司法の対

応は、①人権条約を憲法同様に私人間に間接適用したうえで、差別を人格権侵害と構成し高額な慰謝料を認める場合と、②私的団体という結社の自由（私的自治）に鑑みて、社会的許容の限度を超えない限り司法による積極的な介入を避けるケースとにわかれていた。一般的に、条約は締結されることにより対外的に履行責任を締約国が担うとするのが通説であるが、①のように私人間で人権条約を間接適用させ、高額な慰謝料を課すことで差別解消義務を私人に負わせたとしても、地方自治体を含む公的機関に対しては、条約の履行責任を政治的責務に過ぎないとする判決を下す事例がいくつかみられる。⁽¹⁾これは、結果的に条約の履行責任を締結の当事者である国家ではなく、民間（＝私人間）だけに課すことにもつながり、事実上私人間と公的機関で責任論を使い分けているともいえるだろう。

条約解釈における責任論の使い分けは、条約を裁判規範性はないが法規規範性があるとして読み込む手法に起因する。条約は批准することで国内法的効力を持つとされるが、当該条約の国内適用可能性を決定するには、主観的基準としての当事国の意思と客観的基準としての規範の明確性が必要とされている。これらが明確でない場合、条約の国内実施における国家の責任は政治的責務にとどまり、条約それ自体から裁判規範性を導くことは出来ないといえる。一方、憲法解釈においてもこれと類似した点を挙げる事ができる。この解釈手法は憲法の生存権解釈における抽象的権利説と類似する。抽象的権利説によれば、国民の「権利」が国の「義務」に対応することはひとめるが、その権利は抽象的にとどまるとされる。⁽²⁾つまり、直接裁判所に救済を求めようような具体的権利ではないが、法律により具体化されれば裁判的救済も可能だという見解が有力とされる。⁽³⁾この反対解釈として、国会による具体的立法がないかぎり、裁判所に対して不作為の違憲確認を提起するのは訴訟的に難しい多くの問題点があるという⁽⁴⁾ことが導き出される。その意味では、憲法における抽象的権利と条約上の権利のどちらも、裁判規範性として読み込むのは難しいという点で類似性があるといえよう。しかしながら、条約が憲法と異なる点は、憲法が国家権力を

制限して国民の権利・自由を守ることを目的とするのに対し、条約は国家間の合意という形式をとり、行政府の内閣が締結し立法府である国会が批准の承認を行うことで国内法的効力を発生させているという点にある。先述のように、条約の完全性は、締約国の主観的意思と条文の明確性によるとされる。このいずれかが欠ける場合、条約そのものは不完全であり自力執行性（self-executing、自動執行性とも訳される。本稿では、引用部分を除き、自力執行性とする）はないが、国会における国内準拠法の制定により完全性を付与され、裁判規範性を持つことになる。

一方、国内準拠法が存在せず、当該条約の国会における審議過程をみても締約国の主観性や条約の明確性に乏しく、完全性が付与されているとは言いがたい条約であっても、国会で承認され国内法的効力を持った場合、当該条約は国会が不完全であることを認めたくえて承認していると解釈でき、通常の立法と同様に当該条約は不明確なものではあってもそれなりに公的機関を拘束すると考えられる。このように解釈することで、通常立法と同様に公的機関に対して条約を執行する責任を問うことができ、条約を具体的に執行していない公的機関に対しては、国賠請求を通じて、条約で規定される作為が何であるのかについての具体的検証を含め、条約の執行機関としての責任を問うことが可能ではないかと考えられる⁽⁵⁾。

本稿で素材とする小樽温泉入浴拒否訴訟は、条約履行において私人間・公的機関の責任に差を生じさせた事案である。この訴訟では、私人間においては、公衆浴場の営業の自由（財産権）と人格権の侵害としての人種差別が争われた。一方、公的機関に対しては、人種差別撤廃条約から地方自治体に差別解消という作為義務が生じるか否かが争われた事案である。私人間、公的機関それぞれの局面において先例としてその判断が注目されるところであるが、後者の公的機関に対する争訟では、地方公共団体（小樽市）を相手にしているため、条約の執行機関としての責任と、条約に準拠した条例の制定機関としての責任が多少混同して議論されているように思われる。本稿ではそれを明確に区別したうえで、私人間・公的機関における条約適用の違いについて論じることとする。

*脚註で引用するインターネットアドレスは、すべて二〇〇五年六月三〇日現在のものである。

(1) 本件小樽温泉入浴拒否訴訟は、人種差別撤廃条約に規定される私人間の人種差別(「入浴拒否」)を小樽市が解消できていない事実に対して、国賠訴訟を通じて小樽市の責任を争ったものである。本件以外にも、条約の規定から行政(立法)の不作為について国賠訴訟を通じて違法性を争った事例が存在する。

① 女性再婚禁止期間規定の違法性を争った事例(広島地裁平成三年一月二十八日判決、判時一三七五号三〇頁)では、女子差別撤廃条約を締結したにも関わらず、民法七二三条(女性の再婚禁止規定)を改正または撤廃しないことは、憲法および条約違反として国賠一条の違法行為にあたるかが争点とされた。判決では、「国家議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているに関わらず国会があえて当該立法を行うというとき、簡易に想定し難いような例外的な場合でない限り、違法の評価を受けない」とした最高裁判例(昭和六〇年一月二一日判決)に従い、棄却した。

② 差別的入居拒否に対する行政の監督責任を争った事例(大阪地裁平成五年六月一八日判決、判時一四六八号一二二頁。この事例は、家主及び不動産業者らの入居拒否等が不法行為であるとして訴えた事例でもあり、本稿三において検討を行う。)では、「(条約は)直接個々の国民に対する具体的な作為義務を規定したものではない」としたうえで、入居差別は宅建業法上の「取引の公正」を害する行為とはいえず、知事が同法上の各種権限を行使することはできないとした。また、行政指導を行うか否かは、「自由裁量に委ねられているので、法的義務は認められず、政治的責任を生じることが格別として、違法の問題は生じる余地はないといわざるを得ない。」として、大阪府に対する請求を棄却した。

③ インド国籍の外国人が不動産仲介業者に電話照会した際に外国人を差別する屈辱的発言を受けたことに対して、当該仲介業者に対する慰謝料請求のみならず、宅建業法上の監督権限を有する県(埼玉県)に対しても当該監督権不行使を理由として慰謝料の支払を求めた事例(さいたま地裁平成一五年一月一四日判決、判例集未掲載、第一法規TKC【文献番号】二八〇八一七七)では、「そのような事態(「入居差別」)の発生に備えて、宅建業法七一条所定の権限を行使して…具体的に指示すべき義務があるとまでいうことはできない」から、「権限不行使が著しく不合理

であるということはできず、それにつき違法の評価を受けるものではないというべきである」として、県の違法性を認めず、請求を失当として棄却した。

(2) 樋口陽一『憲法(改訂版)』(創文社二〇〇四)二六七頁以下参照。

(3) 松井茂記『日本国憲法』(有斐閣一九九九)三三〇頁参照。

(4) 芦部信喜 高橋和之補訂『憲法(第三版)』(岩波書店二〇〇二)二四四頁、三五六頁参照。立法不作為の違憲確認訴訟が認められる条件として、①立法をなすべき内容が明白であること、②事前救済の必要性が顕著であること、③他に救済手段が存在しないこと、④相当の期間の経過などが要件としてあげられる。しかし、社会権の場合、広汎な立法裁量が認められるので、立法不作為の憲法訴訟が成立することは難しいとされる。

(5) 本件で争点となる人種差別撤廃条約のように、国会が国内準拠法を制定せずに国内法的効力を承認した場合、国会での承認という過程を経ている以上、通常立法の規定と同質の「準則」とすることが可能ではないかと筆者は考える。条約内容の作為義務を国家内部のどこが担うのか(「帰属性」)の問題は残るが、条約が国会で承認され国内法的効力を持つことは、立法同様に公的機関を拘束すると考えられる。条約の内容をどのように国内で実現しようと意図していたかについては、当該条約の承認における国会審議を個別に追う必要はあるが、国会の承認手続きを通常立法の制定と同様に看做すことによつて、条約の具体性を読み込ことができ、その内容実現に関しては裁量が存在していても、公的機関である地方公共団体も条約に拘束されると考えるものである。尚、本稿の視座とは異なるが、人権条約を客観法と見做し人権条約に各国家が拘束されるとする論稿として、建石真公子「国際人権保障と主権国家」公法研究六四号(有斐閣二〇〇二)一三八頁以下参照。

二 小樽温泉入浴拒否訴訟の概要

事実の概要

原告は、ドイツ国籍の大学助教授(X₁)、米国籍のコンピュータープログラマー(X₂)、二〇〇〇年九月に米国籍

から日本国籍に帰化した大学助教授 (X_3) であり、それぞれが日本人配偶者を有し、北海道内に生活基盤を置く者である。彼らは被告 Y_1 が経営する公衆浴場において、「外国人の方の入浴をお断りします。Japanese Only」という看板を掲げ外国人の入浴を一律拒否しているという事実を知っていた。一九九九年九月に X_1 と X_3 は入浴拒否を調査確認する意図を持ち、家族と当該公衆浴場を訪れたが、従業員から入浴を拒否される (第一入浴拒否)。 X_3 は二〇〇〇年一〇月にも当該公衆浴場を訪れ、運転免許証を提示し日本人であることを説明し入浴を希望するが、従業員から「外見上は日本人であることが分からない」として入浴を拒否される (第二入浴拒否)。 X_2 も同年一二月に当該公衆浴場において、外国人であることを理由に入浴を拒否された (第三入浴拒否)。そこで、原告らは、この入浴拒否が人種差別にあたり、憲法一四条一項、国際人権B規約二六条、人種差別撤廃条約五条(f)等に違反し、人格権や名誉を侵害されたとして、被告 Y_1 に対して民法上の不法行為に基づき二〇〇万円の損害賠償及び謝罪広告の掲載を求めた。

また、小樽市内では一九九三年秋から公衆浴場における外国人一律拒否が続いており、それを結果的に放置していた小樽市 (被告 Y_2) に対して、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で入浴拒否という人格権侵害を受けたとして、人種差別撤廃条約二条一項(d)等や民法および国家賠償法に基づき被告 Y_1 同様に二〇〇万円の損害賠償を求めた。

第一審 (札幌地裁 平成一四年一一月一日判決) (判時一八〇六号八四頁)⁽⁶⁾
 〈当事者の主張〉

原告 X ら

(1) 被告 Y_1 に対して

本件入浴拒否は、国内法関係では、憲法一四一条一項、公衆浴場法四条に違反して、不法行為を構成し、Y₁は、原告らに対し、民法七〇九条、七一〇条に基づく損害賠償責任を負う。また、国際法上、国際人権B規約二六条、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。

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、我が国の「公序」となり、これに反する行為は違法といえるから、Y₁は、原告らに対し、民法七〇九条、七一〇条に基づき、損害賠償責任を負う。

(2) 被告Y₂に対して

人種差別撤廃条約二条一項(d)は、国又は地方公共団体に対し、いかなる個人・集団又は団体による人種差別も終了させるために、立法を含むすべての適当な方法による措置をとるよう義務づけている。そして、同条約六条は、国又は地方公共団体が実効性のある措置をとらなかった場合、その不作為を理由として、損害賠償その他の救済措置をとりうると規定している。本件入浴拒否は、同条約五条(f)に該当するものであり、Y₂は同条約二条一項(d)に基づき、例えば罰則のある差別撤廃条例を制定するなどの外国人一律入浴拒否を終了させるためのあらゆる有効な措置をとるべきであったのに、これを怠ったため、原告らは、本件入浴拒否によって人格権の侵害を受けた。

中央の統治権の一部を分割されている地方公共団体の行為は、国際法上国家の行為とみなされ、地方公共団体は条約の国内実施の主体として、国と同様の責務を負うものと解すべきである。したがって、Y₂は同条約に基づき不作為による責任を負う。

同条約は、締約国に対し、特定の措置・方策をとることを義務づけてはいないが、同条約は、「いかなる個人・集団又は団体による人種差別を禁止し、終了させる」という結果回避を義務づけているのであるから、Y₂は、

同条約により結果回避義務（結果責任）を負うものというべきである。

被告Y₁（施設運営会社）

Y₁は営業の自由を享有する一私人であるから、本件入浴拒否の違法性の有無を考えるにあたっては、原告らが主張するところの侵害された利益とY₁が享有する営業の自由とを具体的に比較衡量し、Y₁の行為が社会的に許容される限度を超えていると認められる場合にはじめて違法であると判断されなければならない。

本件入浴拒否は、自己の営業を自ら防衛するという目的に基づいた必要性の高いやむを得ない措置であったのであり、そこに不当の問題は伴うものの、社会的に許容される限度を超えた違法性までは認められない。小樽市内に居住していない原告らにとつて、小樽市内の当該公衆浴場で入浴する必要性は全くなかった。原告らが侵害されたという利益の実体に照らして比較衡量をすれば、Y₁の本件入浴拒否が社会的に容認される限界を超えていたとまでは認め難い。

被告Y₂（小樽市）

条約条項が抽象的・一般的な原則あるいは政治的な義務にとどまり、権利義務関係を明確かつ具体的に特定していないときには、個別事件において裁判規範としての国内的効力は有しないものと解される。

人種差別撤廃条約の条項は、締約国の責務を定めているものであり、個々人に対し、具体的権利までも付与したものではない。これら責務の主体は締約国であつて、地方自治体がこの条約の条項により直接何らかの措置を義務づけられるものではない。

Y₂は、Y₁に対して度重なる協議、口頭による指導・要請又は文書による要望等様々な働きかけをなし、市民広報、ホームページに外国人一律入浴拒否問題を掲載して市民に対する啓蒙活動等、様々な活動をした。このような施策により、外国人の入浴を拒否していた他の二施設が外国人の受入れを始めるなど実効性を持ち、同条約二

条が求めている施策として十分その裁量の範囲に含まれるものであって、何らその不作為を理由として法的責任を問われることはない。Y₂が人種差別撤廃条例のような措置を講じなかったからといって、その不作為の責任を負うものではない。

〈判決〉

Y₁（施設運営会社）の不法行為を認め、Xらにそれぞれ一〇〇万円の損害賠償を認める。

Y₁（施設運営会社）に対する謝罪広告請求およびY₂（小樽市）に対する請求は棄却。

判決理由

(1) Y₁の法的責任

「憲法一四条一項、国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、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を解釈にあたつての基準の一つとなりうる。」

「本件入浴拒否は、…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区別、制限であると認められ、憲法一四条一項、国際人権B規約二六条、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。」

「当該施設は道知事の許可を受けて経営されている公衆浴場であり、…公共性を有するものといえ」、「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。「マナー違反を退場させるべき」ところを、「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り」、「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といえるから、違法であつて不法行為にあたる」。

「原告らは Y_1 の入浴拒否に抗議し、その事実を社会に認知してもらふという目的をもっていたとしても、…入浴拒否により不合理な差別を受けたことは否定できないから、本件入浴拒否の違法性がなくなるわけではない。」

(2) Y_2 の法的責任

「地方公共団体である被告 Y_2 は、差別撤廃条約等の条例の制定については、憲法、条約及び法律によつ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な場合を除いて、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責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。」

「人種差別撤廃条約六条は、主には裁判手続等による救済方法を確保するという手続的保障に関する規定であり」、「これによつて Y_2 が差別撤廃条例の制定を義務づけられることはない」。「 Y_2 が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」。

「人種差別を禁止し終了させるために、…どのような施策をとり、これをどのように実行するかは Y_2 の裁量に委ねられているというべき。 Y_2 は、(本件入浴拒否の問題解決に向けて)可能な諸施策を行い、それによる相応の効果(…入浴場の一律入浴拒否の中止)もあつた。したがつて違法というべき Y_2 の不作為は認められない。」

上記の判決内容に対して、原告 X_3 は Y_2 (小樽市)に人種差別撤廃条約に基づく差別解消義務を求めて控訴。また、 Y_1 (施設運営会社)は、当該公衆浴場が公衆浴場法施行条例⁽⁷⁾でいう「その他の浴場(…特殊浴場)」であるから、普通浴場と同様の「公共性」の名の下で営業の自由の制約を受けるのではなく、また六〇〇円の入浴料に対し一

〇〇万円の慰謝料が法外であるなどとして控訴した。

控訴審（札幌高裁 平成一六年九月一六日判決）（判例集未掲載）⁽⁸⁾

〈当事者の主張〉

X₂（控訴人・被控訴人・一審原告）

Y₂（小樽市）に対して

(1) 人種差別撤廃条約の国内法的効力と地方自治体の法的義務

条約上の義務は、国会が批准した国際条約には一般に法律に優越する国内法的効力が認められているもので、我が国の公的機関が憲法に準ずる規範として負っている義務であり、国家機関であろうと地方自治体であろうと区別はなく、条約の命ずるところを履行する義務を負っている。

「政治的責務」という用語を用いることによって、人種差別撤廃条約の法的規範性自体を否定するのは誤りである。人種差別撤廃条約は、憲法一四一条一項に比べ具体的な法規範であり、その文言の抽象性や財政出動の必要を理由に直接的な裁判規範性を否定されるべき理由もない。

「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」（同条約五条(f)）についての人種差別を禁止・撤廃し、平等な権利を保障するため、公的機関が、「すべての適当な方法（状況により必要とされるときは、立法も含む）」を遅滞なくとるべき法的義務は、一義的に明らかな義務である。

(2) 条約のもとで被控訴人（小樽市）が負う条例制定義務

普通地方公共団体である被控訴人（小樽市）が「人種差別を禁止し、終了させる」ためにY₁の人種差別行為に対し何らかの法的な義務を課す措置は、地方自治法上、「法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によら

ねばならない」とされている(同一四条二項)のであり、Y₁の人種差別行為を禁止し、終了させるためには、法的な義務を課す条例を制定する以外に、取りうる適当な方法が存在しないことが、「一義的に明らか」になっていた。

(3) 条例制定以外にとるべきであった措置

被控訴人(小樽市)がとるべき「適当な」措置は、入浴拒否が人種差別であり小樽市はこれを違法と考え、「禁止し、終了させる」決意を公に明らかにすることであり、現行法規を活用してY₁をはじめとする公衆浴場業者を入浴拒否の中止へと誘導することであった。そのような措置として、(ア)小樽市としての宣言、(イ)議会における決議、(ウ)公衆浴場の確保のための特別措置法に基づく措置、または(エ)公衆浴場法のもとでの営業停止措置などの措置をとることが、必要かつ適当だった。

Y₁ (被控訴人・控訴人・一審被告)

(1) 「公共性」の概念は極めて抽象的であり、国や地方公共団体の経営に係る施設、普通浴場、特殊浴場等の差異区別に関する検証もないまま、一般私人である控訴人の経営に係る施設が国や地方公共団体の経営に係る施設と全面的に同視されている。

(2) Y₁の施設は「特殊浴場」としての営業許可をうけたもの。(平成一三年改正後の公衆浴場法施行条例のもとでは「その他の施設」に該当)

(3) 「公衆浴場における公共性」とは、公衆衛生の向上増進を実現するための公共的性格の意味にとどまるのである。つまり、「浴場の利用客を選別してはならない」という意味の公共性」とは区別して認識されなければならない。

(4) 「普通浴場」の場合には利用客を選別してはならないという意味の公共性があるが、「その他の施設」にとどま

るY₁浴場について普通浴場と同視することは相当でない。

- (5) Y₁による一連の外国人入浴拒否の措置は、一般私人として社会的に許容される限度を超えるまでには至っていないと解すべき。

- (6) 許容を超えて違法であったとしても、入浴料六〇〇円の施設において一回又は二回の入浴拒否をしただけで一〇〇万円の慰謝料を支払わなければならない程相手の人格権を侵害したとは言えない。

Y₂ (被控訴人・一審被告)

- (1) Y₂のような地方公共機関が国の機関として、人種差別撤廃条約の法的効力が及ぶとしても、本条約は本件のような私人間の人種差別撤廃について、国または公の機関が何をなすべきか具体的な権利を付与したものではない。

- (2) 本条約に基づく立法措置がなされておらず、国内法上の義務あるいは制度が確立されていない我が国において、地方公共団体が人種差別の撤廃のためどのような施策を行うべきかは、地方における地域の実情等を検討して個別に判断しなければならず、広い裁量権を有する。

- (3) X₃は、更なる有効な手段として、強制力を有する条例の制定等の手段を講ずべき義務があるとするが、Xの指摘する以下の手段は有効適当な施策とは考えられず、仮にそのような措置が可能であったとしても、Yの行ってきた施策等の経過に照らし、違法な不作為があったとは到底認められない。

条例制定義務—地方議会がどのような条例を制定するかしないかは、議会が自主的に判断すべき問題である。

議会における決議、小樽市の宣言等—当該機関としての意思表示であり、その実施の判断は本来的に当該議会あるいは自治体の自律的・裁量的判断に委ねられている行為であって、条約によってこのような義務が課されるものではない。

公衆浴場の確保のための特別措置法に基づく措置義務—同法の立法趣旨は人種差別撤廃となんらの関係もなく、同法を適用して入浴差別を行う浴場に助成措置をなすことなど到底許されるものではない。

公衆浴場法による営業停止措置義務—人種差別による入浴拒否を同法三条一項の「風紀」に含意させることは、同法の趣旨を離れた拡大解釈である。

〈判決〉

一審の判決を支持。X₃、Y₁それぞれの控訴を棄却。

判決理由

Y₁の法的責任

(1) 「Y₁施設が公衆浴場法施行条例上の特殊浴場であり、…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。」

(2) 「公衆浴場という一般公衆の使用を目的とする場所において、家族の面前で、あるいは複数回にわたり、人種差別による人格権の侵害を受けたというべきであるから、その精神的苦痛に対する慰謝料としてはそれぞれ一〇〇万円が相当。」

Y₂の法的責任

(1) 「〔人種差別撤廃条約〕二条一項の前文及び(d)に定められた、そのために取るべき措置というのは、…一般的、抽象的なもので、…一義的に明確ではないから、同条約に基づく一審被告小樽市にとっての上記義務は政治的責務に止まるものと解される。」

- (2) 「一番被告小樽市において、人種差別を許容せず人種差別は違法であるという立場を明確にする宣言をし、あるいは、公衆浴場における入浴拒否を是正する旨の議会決議を求めるべきであったとする点は、…義務の発生根拠が明らかでないばかりでなく、これらの措置により本件入浴拒否を阻止し得たとも認め難い。」
- (3) 「外国人に対する一律入浴拒否を行っていない浴場に対する公衆浴場の確保のための特別措置法に基づく助成等の優遇措置については、…助成対象は…普通浴場に限られており、特殊浴場であるY₁施設はそもそも対象外。」
- (4) X₃は「人種差別が公衆浴場法三条一項の「風紀」を害する行為」であるとするが、「そこにおける風紀とは男女間における善良な風俗を観念したもの」であり、「人種差別に基づく入浴拒否の問題について何ら触れるところではなく」、X₃の主張するような公衆浴場法の処分を背景として是正を迫る作為義務がY₂（小樽市）に生ずる余地はない。

X₃は本控訴審判決を不服とし、差別解消に対する作為義務を求めて最高裁へ上告。

上告審（最高裁第一小法廷 平成一七年四月七日判決）（判例集未登載）⁽⁹⁾

「本件上告理由は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項（民法三二三条一項又は二項）に規定する事由に該当しない」。「本件申立ての理由によれば、本件は、民法三二八条一項により受理すべきものとは認められない」として上告を棄却。

以上のように、小樽温泉入浴拒否訴訟では、私人間においては条約の間接適用について、公的機関（行政・立法）においては条約から作為請求権を導くことができるかについてそれぞれ大きな争点を含んでいるので、本稿では私

人間・公的機関にわけて検討を加える。

(6) 本件第一審に関する雑誌掲載論文としては以下のものが挙げられる。近藤敦「入浴拒否と人種差別」法学セミナー五八五号一二頁、江島昌子「公衆浴場における外国人差別」判例セレクト二〇〇三「月刊法学教室」八二号別冊付録六頁、佐藤文夫「公衆浴場入浴拒否と人種差別」平成一四、一一、一一札幌地判平成一四年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊二二四六号)二六〇―二六二頁、伊東秀子「小樽入浴拒否事件(札幌地裁平成一四年一月一日判決)」国際人権一四号二二五―二二六頁、伊東秀子・笹谷幸弘・松本祥志「北海道における人種差別と人権―小樽外国人入浴拒否問題へ札幌学院大学現代法研究所主催シンポジウム」札幌学院大学現代法研究所年報二〇〇二。また、村上正直「人種差別撤廃条約と日本」(日本評論社二〇〇五)第七章「私人間の人種差別の規制義務と日本」の裁判例において本件第一審判決に対する言及がなされている(同書一九九―二〇三頁参照)。

(7) 北海道公衆浴場法施行条例(昭和二四年一月一日条例第三号)

〔第一六次改正〕(平成三年十二月二五条例第四〇号)において

第二条 この条例において、次の各号に掲げる用語の定義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

(1) 普通浴場 温湯又は温泉を使用し、男女各一浴室に同時に多数人を入浴させる施設(以下「入浴施設」という。)であつて、その利用の目的及び形態が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ものをいう。

(2) 福利厚生浴場 国、地方公共団体、社会事業団体その他の団体又は会社等が、特定人の福祉又は福利厚生を目的として設置する入浴施設をいう。

(3) 特殊浴場 普通浴場及び福利厚生浴場以外の公衆浴場をいう。

〔第一次改正〕(平成一三年一月一九日条例第六一号)において

第二条

(3) その他の浴場 普通浴場及び福利厚生浴場及福利厚生浴場以外の公衆浴場をいう。

(8) 控訴審判決については本件原告らが作成するHPに掲載されている。「小樽市・温泉『湯の花』を相手取り日本国憲

法及び人種差別撤廃条約違反訴訟の経緯のページ」の高裁判決文のページ (<http://www.debito.org/kousaikenkeisu.html>) を参照。

(9) 前掲(註8)のHPにおいて最高裁受理棄却原文のページ (<http://www.debito.org/oransupremecourt.html>) を参照。

三 私人間紛争からみた小樽温泉入浴拒否訴訟

(1) 私人間紛争と条約の適用について

憲法の私人間適用については、不法行為に関する民法条文の一般条項(九〇条)を憲法の趣旨を取り込んで解釈・適用することが通説である。三菱樹脂事件最高裁判決も同説をとる。⁽¹⁰⁾ また、純然たる事実行為に対しても、不法行為につき民法七〇九条の解釈において、違法性概念に人権規定の精神を積極的に読み込む考え方や、人権侵害を犯す主体が国家権力と類似するような存在の場合(「私人の行為が国家の活動の一部となると見なしている場合」)に「国家同視説」をとり憲法的規律を持ち込む考え方などがある。

一方、条約の私人間適用についてはまだ十分な議論がなされているわけではない。⁽¹¹⁾ 国家対個人との関係を規律した憲法が当初私人間を規律することが予定されていなかったのと同様に、条約は国家対国家の文脈で語られるべきものであり、私人を名宛人にしたものではないからである。一般に、国際人権とは、条約による人権保障にあたり各国家がその実施に関する第一義的な責任を委ねられているのであり、人権保障は締約国の国内問題であるから、個人の基本的人権を認めたものではないとする考え方がある。しかし、日本は締結した条約の国内的効力を承認しているため、援用される条約の規定が私人による侵害行為の除去を求めている場合、条約の私人間適用の可否が争われるのである。

従来、条約の適用に関しては、締約国とその国民という垂直的構造で考えられることが多いが、私人間という水平的構造でどのように適用されるのか検討は十分ではない。国際人権条約の私人間適用に関しては、憲法同様に国内の民法などを通じて間接適用を求めるものが一般的な解釈ではあるが、裁判においては原告が条約を援用した主張をするにもかかわらず、最近まで積極的な解釈は行われていなかった。

以下、私人間紛争で国際人権条約を援用した主張がなされた事例を比較考察する。

(2) 国際人権条約が援用された私人間紛争

① 東京地裁平成一四年一月二三日判決（判時一七七三号三四頁）⁽¹²⁾

誰を入会させるかという結社の自由に鑑みて、在日韓国籍の男性のゴルフ正会員登録を拒否することは、「私的な社団としてのゴルフクラブの結社の自由を制限してまでも平等の権利が侵害している場合とは到底いえない」として、入会を制限する決議を「公の秩序に反する事項を目的とする法律行為ではない」と判断した。すなわち、私的団体の入会に関して、事実行為として人種差別がなされていても、社会的に許容し得る限界を超えていないとした。

② 大阪地裁平成五年六月一八日判決（判時一四六八号一二二頁）

マンションの賃貸借において在日韓国人であることを理由に入居を拒否したことが人種差別であるとして、家主及び不動産仲介業者に損害賠償を求めるとともに、大阪府に対し、宅地建物取引業法等に基づく監督義務違反による損害賠償を求めたものである。貸主に対する差別的入居拒否を理由とする損害賠償請求について、憲法及び国際人権規約の私人間適用については認めていない。判決理由において「国際人権規約の各規定が国内効力を

有する法源として機能するのは、国ないし地方行政機関がその趣旨に沿った立法行政上の措置をとるべきことを要請する面にとどまり、私人相互間に直接作用するものではない」と言及するにとどまる。しかし、貸主と仲介契約を締結している不動産会社において入居申込みを行い、契約交渉が相当程度進行した時点で、貸主による韓国籍を理由とする一方的な入居拒否を、「原告が在日韓国人であることを主たる理由として、契約を拒否したものと認められ、右締結の拒否には何ら合理的な理由が存在しない」と判示し、契約準備段階における信義則違反と構成し損害賠償を認めた。

③ 静岡地裁浜松支部平成一一年一〇月一二日判決（判時一七一八号九二頁）

外国人の入店拒否が人種差別であるとしてその違法性を争った事件である。本件事実は以下の通りである。原告（在留ブラジル人女性）が被告の宝石店でショーケースを眺めていたところ、被告から出身地を尋ねられる。原告がブラジルと答えると、被告は「外国人お断り」及び「出店荒らしにご用心」と書かれたビラを示し原告を退店させようとした。原告がそれを拒んだため、被告は警察官を呼び、原告も知人の新聞記者などを呼ぶという騒然とした状態となる。被告は原告の求めに応じ謝罪文を書いたが、被告に謝罪の意図が無いので受入れを拒否し訴訟を提起するに至る。原告は、被告の一連の行為が人種差別行為であるとして民法七〇九条の不法行為にあたり、ビラを提示した行為は原告に対する名誉毀損あるいは侮辱であるとして慰謝料を請求した。

本件原告は人種差別撤廃条約に關して以下の点を主張した。

- (a) 同条約二条一項の「すべての適当な方法により」は直接私人間に適用できるように条約を解釈することも含まれる（条約批准後も何らかの立法措置がとられないのは、条約の私人間適用が予定されているからである）。また、同条約六条で裁判所への救済請求が定められているのは、条約が裁判規範になることを予定しているの

であり、二条一項(d)が直接私人間に条約が適用されることが前提とされなければならない。以上より、被告の行為は二条一項(d)に違反し、原告は六条および民法七〇九条により損害賠償を請求できる。

(b) 同条約が私人間の行為に直接適用されるものでないにしても、憲法同様に民法の一般的、抽象的条項の解釈の規準となる。公の秩序(民法九〇条)の内容や、民法七〇九条の不法行為の成立要件である権利侵害ないし違法性の有無も条約の趣旨に合致するように判断されなければならない。被告の行為は公の秩序に反し、あるいは原告の人種差別に関する平等権の侵害として違法なものであり、民法七〇九条により損害賠償を生じさせる。

これらの原告の主張に対し、判決は原告の請求を全部認容し、民法七〇九条に基づき損害賠償等一五〇万円の支払いを命じた。

同判決の判決理由では、憲法優位説に立ち条約の国内効力を認め、当該条約の国会承認審議における「条約実施のためには、新たな立法措置及び予算措置を必要としない」とする外務省の説明と、同条約が「個人や団体の差別行為について採るべき立法その他の措置を締約国に要求している」ことを指摘する。その上で、採るべき措置が採られていなかった場合には、「同条約六条に従い、これらの国または団体に對してその不作爲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」し、「何らか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對する不法行為に基づく損害賠償請求の場合には、右条約の実定が不法行為の要件の解釈規準として作用する」と判示する。

また、事実認定において、「一般に街頭で店舗を構えている以上、それはその構造上と機能から日本人である」と外国人であると問わず途を歩く顧客一般に開放されているもの」であり、「店舗を構える経営者には、顧客対象を限定したり、入店規制を行うとか、被紹介者に限るとか、完全な会員制にするとかの自由はない」と言及す

るように、外国人であることを理由に入店を拒否する合理性を認めていない。

この三つはいずれも私人間における人種差別について争った事例である。しかし、国際人権条約の解釈・適用については大きな差を生じさせている。

②の大阪入居拒否事件では、人種差別行為に合理性が無いとして契約準備段階における信義則違反として処理し、援用された「国際人権条約」規定の不法行為法の解釈・適用の次元における間接適用については考慮していない⁽¹³⁾。

①のゴルフ入会拒否事件では、ゴルフクラブを私的団体と見做し、憲法二二条一項で結社の自由が保障されていること、及び人種差別撤廃条約の下でも結社の自由の重要性を否定することは出来ない⁽¹⁴⁾と説示する。これは結社の自由という精神的自由に起因するものである場合、社会的な許容の限度を超えない限り、司法は積極的に介入できないことを示すものである⁽¹⁴⁾。

一方、③の浜松事件では人種差別撤廃条約の趣旨をより積極的に私人間に適用しようとしたものといえる。判決理由において、人種差別撤廃条約が「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」と述べ、何らの立法措置を必要としない外務省の見解を前提としたうえで、「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」と説示した。これにより、同条約が民法の不法行為の解釈基準として間接適用されることが意図されているといえる⁽¹⁵⁾。その一方で、被告の「不法行為」とは何か、言い換えれば何が「人種差別」にあたるのか、法の適用と事実認定の双方において明確ではない。判決理由において、当該条約が民法の不法行為規定の解釈基準となりうると言及しているが、事実認定においては「人種差別」という言葉自体を用いず、被告の行為を不法行為概念に読み込んでいる。これを法の適用の側面から見ると、同条約が不法行為の解釈基

準になるとしても、被告の差別行為と民法七〇九条の不法行為との結びつけがどのような基準によるものが不明確である。また、事実認定においても、被告の行為の何が「人種差別」であり違法なのかについて、(a)入店拒否そのものなのか、(b)入店拒否の「方法」(警察が作成したビラを見せるとか、警察官を呼ぶということ)なのか、曖昧なまま残っているといえる。また、営業の自由や施設管理権を根拠に顧客管理の裁量的判断(「誰を入店させ退店させるかの判断」)を被告は主張したが、街頭で店舗を構える経営者にはそのような自由はないとして被告の主張を全面的に否定した点について私的自治原則(そこには契約拒否の自由も含まれる)から問題が残る¹⁶⁾。このように浜松入店拒否事件では、一連の事実行為を不法行為と構成したうえで、条約を間接適用し人格権侵害として損害賠償を認めるという手法をとっていることから、本件小樽温泉入浴拒否訴訟の先例ではあるが、判決の理論構成上の説明などに曖昧さを残すものであるといえる。

(3) 本件小樽温泉入浴拒否訴訟の検討

以下、本件事案の私人間争訟に関する検討を行う。

① 条約の私人間適用について

本件第一審判決では、「条約は、国内法としての効力を有するとしても」「私人相互の間を直接規定するものではない」として直接適用を否定したものの、「民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の判断基準の一つになりうる」として、明確に条約の間接適用を認めた。これを踏まえたうえで、Yの入浴拒否が「憲法一四一条一項、国際人権B規約二六条、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」と説示する。このことは、私人間においても社会的「公序」として不合理な差別の禁止が含まれると同時に、「公序」の内容を形成するものとして国際人権条約の趣旨も加味されることを意味する。条約の国内適用に

関しては、前提として自力執行性を持つか否かの議論が必要とされるが、本件のように民法の解釈基準として条約を解釈する間接適用においては、条約の自力執行性の存否は重要性を持たず、「条約の自力執行性という高い敷居を回避しつつ、条約の私人間効力を高めうる」⁽¹⁷⁾とされる。しかし、間接適用が広く行なわれると、国内法の解釈・適用の指針・基準・補強という意味合いから、批准していない条約や拘束力のない国際的文書なども想定されうる可能性もあり、公序の内容の形成と国内法上の一般条項の解釈・適用に関して、個々の事例に応じて詳細な検討が必要だと思われる。⁽¹⁸⁾

② 「公序」・「公共性」について

民法九〇条の「公序」の解釈における憲法・条約の間接効力を論じる場合、人種差別の禁止といった平等取扱いの要請は「公序」の価値体系の一つとして解釈される。この場合には、憲法・条約が間接適用される具体的場面・当事者が公的性質を有していることは必要がない。⁽¹⁹⁾先述した浜松入店拒否事件の場合、私人間における純然たる事実行為に対する憲法・条約の私人間適用の問題として、衝突する当事者間の人権（差別されない権利）人格権と営業の自由という財産権）を相対化し比較衡量したものと解することができる。この浜松事件では、一連の事実行為の違法性の内容を決定する際の価値秩序として条約が援用されているにすぎないといえる。

本件小樽温泉入浴拒否訴訟第一審判決において、裁判所は差別行為が私人間における純然たる事実行為に基づくものとしての理論構成を行なっているわけではない。Y₁の施設は、「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共性を有する」ものであつて、「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」として、外国人の一律入浴拒否を合理性の欠くものと判示している。このことは、差別を純然たる私人間の事実行為として処理するのではなく、Y₁が道知事より営業許可をとること、およ

び公衆浴場が果たす役割の公共的意義を鑑みて、国家同視説に近い解釈を行なったといえる。すなわち、私人間の権利衝突（人格権と営業の自由）であるにも関わらず、営業許可をとることで国家が少なからず介入している点から、公衆浴場に対して国家に近い公共性を要求し、人種差別という人権侵害行為を行う合理性は存在しないという理論構成を行なったのである。この点は、先述した浜松事件と異なり、営業の自由が当初より制約を受けることになる事例といえる。

ここで「公共性」という概念について確認しておく。本件で求められる公衆浴場における公共性とは、「公衆衛生の向上増進を実現するための公共的性格」であって、ここに「利用客を選別してはならない」ということが法律・条例において明記されているわけではない。⁽²⁰⁾第一審では、「公衆浴場であるかぎり、希望する者は、利用が認められるべき」と言及するが、条約を間接適用する時点で人種差別の否定（＝人権保障）は「公序」の価値の一部として織り込まれるのであるから、「公共性」の内容の判断まで踏み込むことはなかったといえる。

この問題を露呈したのが控訴審における Y_1 による主張である。控訴審において Y_1 は条例上の特殊浴場ゆえに普通浴場と担われるべき公共性に違いがあり、自らには「利用客を選別してはならない」という公共性までは課されていないと、「公共性の差異」を主張した。控訴審判決では、「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」と言及し、担われる公共性の差異についての判断には踏み込まずに終わったが、これは極めて正当な解釈であるといえる。条約を公序として間接適用した時点で「人種差別の禁止」は価値秩序とされるわけであるから、人種差別の是非と担われる「公共性」のレベルの議論は直接関係がないことを示しているといえる。⁽²¹⁾

③ 私人間の権利調整手法について

本件では、入浴拒否という人種差別行為が不法行為であるか否かの判断基準として「私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はおそれがあり、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「社会的許容の限度」を用いている。これは先述のゴルフ入会拒否事件判決でも示されているが、同判決と本件との大きな違いとして、近藤敦は、本件第一審判決が「公衆浴場の公共性に関し、規制目的に対する手段の『合憲性』審査をかなり厳格に行う点に人種差別事例の今後において参考にすべき審査基準がみられる⁽²²⁾」と指摘する。しかし、規制に対する司法審査とは、先述のように公衆浴場を国家同視説の立場から公権力と見做し、公権力と私人における争訟として構成することから導きだされうる手法であり、私人間の争訟に用いられる間接適用の手法とは異なることに注意する必要がある。

では、簡単にゴルフ入会拒否事件と本件とを比較検討してみよう。両者とも原告は私人間における人種差別行為を平等権の侵害として構成する。そこで、「社会的許容の限度」という判断基準を用いると、思想・信条の発露である結社の自由の範疇（ゴルフ入会拒否事件）であつても、経済的自由の範疇（小樽温泉入浴拒否事件）であつても、相手方の平等権の侵害の態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えない限り、許容範囲内であるとして審査はそこで終了する。本件においては、許容限度を超えたと見做す判断において、Y₁が道知事から許可を受ける公共性を持つ施設であるがゆえに、その規制の手段（一律入浴拒否）が合理性基準を満たすものか否かの審査を厳格に行なったということがいえる。その点が先述したように国家同視説に準じた解釈をしたといえる所以である。浜松入店拒否事件のように完全な私人による営業店舗の場合、純然たる私人間の権利衝突なので、そこで国家同様の公共性を担うことを私人に求めるのは難しい。仮に「街頭で店舗を構えること」が「一般に開放されたもの」であり公開性（何人に対しても契約申込を受け付ける）を持つといえたとしても、公衆浴場が担う公共性（公衆衛生の向上増進）のように、国家と同視するほどの公共性であるとはいえない⁽²³⁾。そこで、私人間の

権利衝突ではそれぞれの権利を価値として相対化し比較衡量を行う（実際には侵害される権利の侵害手段の合理性について民法九〇条等を用いて審査する）方法がとられるといえよう。

浜松入店拒否事件および本件小樽温泉入浴拒否事件は、私人間の人権衝突として営業の自由という経済的自由と人格権についての比較検討がなされ、経済的自由が制約を受けたわけであるが、この手法自体にも問題を孕んでいる。通常、経済的自由は精神的自由と異なり「公共の福祉」によって制限されるものであることを想定しているが、その制約は内在的な場合を除き、憲法二九条二項の規定より法律による制限を受けると解釈される。しかし、浜松事件および本件では、法律による制約ではなく比較衡量の結果とはいえ営業の自由に対して人格権による制約という手法をとる。この場合の判断は裁判官による裁量の側面が大きくなるわけであり、Y₁（施設運営会社）からみると、自らの持つ営業の自由が法の予測可能性のないままに制約を受けることになる。確かに、人種差別がなされていることは問題であり是正される必要があるが、人種差別されたことによる人格権侵害が法律という手段を飛び越えてまで、財産権である営業の自由（この場合、外国人を拒否して日本人だけを対象に営業を行なう自由）を制約する理由となるのかについて新たな問題を提起することもできる。⁽²⁴⁾

小括

以上のように、本件小樽温泉入浴拒否事件の特徴は、①私的領域で生じた人種差別を「公序」として解決させる際に、「公序」を構成するものとして人権条約の趣旨を読み込み私人間に間接適用させたこと、②私人間の権利衝突における権利侵害行為（本件の人種差別による人格権侵害）に「社会的許容の限度」を用いると同時に、一律入浴拒否という手段に対し「合理性」審査を行うことで、私人間における人種差別に関する審査の客観的な手法を示したということが挙げられる。

(10) 昭和四八年二月二日最高裁大法廷判決民集二七卷一十一号一五三六頁、判時七二六号一八頁

(11) 条約の私人間適用について論じた論稿としては、以下のものが挙げられる。高橋和之「国際人権の理論と国内人権の理論」ジュリスト一二四四号六九頁以下、棟居快行「国際人権規約の私人間適用」国際人権一四号四七頁以下。高橋論文では、国内法と国際法は法体系が異なるものであり、国際法自体が締約国内部のあらゆる関係において国際人権を実現する責務を国家に負わすものであるから、国際人権の私人間効力論を立てること自体に否定的見解を述べている。それに対して、棟居論文は、国際法・国内法を断絶するものと見るのではなく、条約上の人権（特に自由権規約）を憲法の人権の価値規範に意味充填する手法での間接適用を肯定する見解を述べている。

(12) ゴルフクラブ入会拒否の事案は三つの裁判例がある。

① 東京地裁昭和五六年九月九日判決（判時一〇四三三七四頁）

② 東京地裁平成七年三月三日判決（判時一五三二一五三頁）

③ 東京地裁平成一三年五月三十一日判決（判時一七七三三六頁）、その控訴審である東京高裁平成一四年一月二三日判決（判時一七七三三四頁）、及びその上告審である最高裁第一小法廷平成一四年七月一八日判決（判例集未掲載、第一法規TKC【文献番号】二八〇八〇三五五）。

判決は、①は原告敗訴、②は原告勝訴、③は第一審の東京地裁、控訴審の東京高裁、および上告審の最高裁においていずれも原告敗訴。

①の事実は以下の通りである。帰化して二年九ヵ月を経た元在日韓国人（原告）がゴルフクラブへ入会申し込みをしたところ、「帰化後『相当年限』（内規では約五年半）を経ない日本国民は会員になることができない」とする当該ゴルフクラブの細則により入会を拒否される。そこで、原告は当該クラブの細則に合理性がなく、憲法一四条違反であり、公序良俗に反するなどを理由として提訴した。判決では、一般論として「（私的自治の領域では）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」と述べたうえで、「相当年限」を経っていない者として取り扱ったからといって、これを直ちに公序良俗に反する違法不当の措置ということではない」として原告主張を棄却した。

②の事実は以下の通りである。在日韓国人である原告（X）が代表取締役を務める会社とゴルフ場を経営する被告（Y）との間で法人契約を締結していたが、制約のないプレー権を有する登録者が誰であるかについて紛争が生じたため、前訴の裁判上の和解において、原告Xは「ブレインゲメンバー」（正規会員と異なり制約を受ける地位）であるこ

とを確認した。また同時に交わされた覚書きにより、所定の登録変更料を支払えば本来の登録者とブレイングメンバーの入れ替えが可能であるとされた。その後、登録者を原告(X)へ変更する申請をしたところ、日本国籍を有していないことを理由に拒否される。Xはこの拒否により精神的被害を被ったとして本件訴訟を提起。判決では、「ゴルフクラブは親睦を目的とする私的かつ任意の団体であるが、ゴルフが一般的なレジャーのひとつになっていることを背景に会員権が市場に流通していることなどから、一定の社会性をもった団体であることも否定できない」としたうえで、登録者の条件に日本国籍を課すことは「今日の社会通念の下では合理性を見い出がたく、…社会的に許容する限界を超えるものであり違法である」として、原告の請求を認容した。

③の事実は以下の通りである。A会社はゴルフ場の施設経営等を目的として設立された株式会社であり、その管理・運営をYクラブ(ほとんどがA会社の株主で構成される株主会員制ゴルフクラブ)に委任している。Yクラブは一九七八年二月の理事会で「外国人の入会は当分の間制限する」旨の決議をした。在日韓国人である原告(X)はA社の株式を購入し、YクラブにXへの会員権の名義書換を請求したところ、先述の理事会決議を理由に書換を拒否される。そこで、XはYクラブに対して会員権譲渡の承認、本件理事会決議の無効の確認、慰謝料の支払いを求める本件訴訟を提起した。第一審は理事会決議の無効の確認については却下し、その他はすべて棄却した。判決理由において、結社の自由に対して国家が介入できるのは、「社会的に許容し得る限界を超えるような極めて例外的な場合に限られる」と一般論を述べたうえで、(ア)「本件クラブは私的な社團であり、その会員資格を取得する意義は、Yクラブに参画し、Yクラブが管理・運営するゴルフ場の利用に便宜が得られるにすぎない」、(イ)「私的生活の場面でも、人は国籍によって帰属する国の歴史・政治・経済・文化・社会・宗教・民族等に関する考え方、利害状況等と全く無縁であるとはいえない」のであり、「(外国人の個性や差異が)在日韓国人であるからといって、当然にあてはまらないというものではない」、(ウ)「ゴルフクラブは私的かつ任意の団体」、(エ)「ゴルフを楽しむ機会が失われたとしても、生活基盤が損なわれたり、健康で文化的といえる最低限度の生活が困難となったりするような性質のものではない」、(オ)「Yクラブの会員権は市場性を有し、入会が認められなくても容易に投下資本を回収することが可能」、(カ)「外国人の入会を認めるゴルフクラブは多数存在し、Yクラブ以外の他のクラブを利用することが可能」、(キ)「Xは入会を拒否される可能性を知りながらA会社の株式を購入」、(ク)「Yクラブは既に相当の外国人会員を有する事実から、入会制限はYクラブが不当に外国人を排斥する目的とは認められない」、(ケ)「総合勘案してみても、国籍による制限が社会的に許容し得る限界を超えて平等

の権利が侵害されている場合とはいえない」と分析したうえで、結論として①「Yクラブの理事会決議は公の秩序に反する事項を目的とする法律行為であるといえず、民法九〇条により無効とされるものではない」、②「Yクラブが外国人の入会を当分の間制限しているので、Xの入会を認められない」旨の説明をすることは、不法行為にあたる違法性を有する行為ではない」と判示した。

控訴審では原審判決を支持しXの控訴を棄却した。Xが控訴審段階で加えた主張に関して「人種差別撤廃条約の下においても、結社の自由の重要性を否定することはできず、同条約の存在は、本件理事会決定及びこれに基づくYクラブによる外国人入会制限行為の違法性に関する判断を左右するものではない」と判示する。

上告審では、「上告理由は実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するもの」であり、「民訴法三二二条一項及び二項に規定する上告理由に該当しない」として棄却する。

上記三つのゴルフクラブ入会拒否訴訟を詳細に分析した論稿として、村上正直『人種差別撤廃条約と日本』（日本評論社二〇〇五）二〇三―二三三頁、また③の控訴審について分析した論稿として、山本敬三「ゴルフクラブへの外国人の入会を制限する旨の理事会決議は民法九〇条に違反しないから同決議に基づいて在日韓国人のゴルフクラブへの入会を拒否したことは違法ではないとされた事例」判時一七九四号一六七―一七八頁（判例論評五二五号五一―六頁）があげられる。

(13) 高田映「人種差別撤廃条約の私人間適用」ジュリスト一一七九号二九一頁

(14) 日本は、人種差別撤廃条約四條(a)(b)について、「日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において、これらの規定に基づく義務を履行する」旨の留保をしており、司法判断もそれに準じ、結社の自由と平等権の対立においても、社会的許容の範囲において前者を優先させることにしているともいえる。

(15) 浜松入店拒否事件において、「条約の実体規定が不法行為の要件の基準」となりうると判決で言及した点に關して、「原告の主張するように直接適用を求める趣旨(条約で禁止されている行為であれば損害賠償請求権が生じる)なのか、それとも、『解釈基準』というのが間接適用を意圖しての表現なのかについての言及はなく、不分明なところを残している」と指摘されている。高田・前掲論文(註13)二九二頁

(16) 例えば、高級レストランではいわゆる「服装コード」によって入店しようとする客を選別することが行われており、

これは社会である程度許容されている。浜松事件の判決理由を読む限りではこの事例も認めない可能性はある。これでは営業の自由を大幅に制限することになりかねない。外国人の入店拒否が否定されるのは、人種等で差別してはならないということが社会的公序として形成されるという点と、人種等は生まれながらの特性であって本人の意思によって変えることができないという点にある。一方、高級レストランでの服装による入店拒否は、高級な雰囲気客に提供するために入店に際して客に正装を求めるものであり、その人の属性を否定する行為とは異なる。

(17) 佐藤・前掲論文(註6) 二六一頁

(18) 高田・前掲論文(註13) 二九二頁

(19) 憲法の間接適用説をとる場合、差別を受けないこと(平等保障)が「公序」の価値体系の一部として公的性格を有しているものであり、人権が間接適用される具体的場面が公的性格を有している必要はないので、差別を行なう当事者の公的性格から「公序」を導くのは間接適用説からすると本来不要な努力であるとされる。棟居快行『憲法フィールドノート(第二版)』(日本評論社一九九八) 一八一—二〇頁参照。

(20) 公衆浴場法を文言通りに解釈した場合に「人種差別の禁止」を読み込めないのは本稿で記述した通りである。しかし、同法の立法目的が、当初は「国民の健康増進」という利用者(国民)に対するものであったが、現在では距離制限という消極的な警察規制を介して社会的・経済的弱者としての浴場経営者の保護に力点を移しているのはいまでもない(公衆浴場法事件最高裁大法廷判決など参照)。従って、今後の社会的要請によって、同法の立法目的である「国民の健康増進」の内容を広げて解釈する可能性は大いにあり、社会的弱者に対する入浴の提供と人種差別の禁止と意味充填する可能性が全くないとはいえない。

(21) 本件において人種差別の違法性を主張する方法として、①条約を直ちに民法九〇条及び七〇九条の不法行為を導くために間接的に読み込む手法と、②公衆浴場法を媒介にして条約を間接適用し民法九〇条及び七〇九条の不法行為を導く手法がある。本件第一審では両者の手法を用いて不法行為を導いたとみることができ。その際に、条約の間接適用により人種差別の違法性を導くにあたって「公共性」を論じたために、控訴審ではY(運営会社)から「公共性」のレベルという主張がなされることになる。控訴審判決は、公共性のレベルの議論を斥けたが、これは裁判所が人種差別自体禁止されるべき公序であるとして②ではなく①の手法をとったということがいえる。控訴審判決は①の手法を用いることにより、家族の前で入浴拒否されたことを人格権侵害として構成することを主眼としたとも解釈できる。

(22) 近藤・前掲論文(註6) 一一二頁

(23) 浜松入店拒否事件の判決理由において、「店舗を構える経営者には、顧客対象を限定したり、入店制限を行うとか、被紹介者に限るとか、完全な会員制にするとかの自由はない」と判示するが、被告の店舗が国家と同視するだけの公共性を持つとは言い難く、営業の自由の観点から、このような制限が社会的許容度を超すか否かの検討を加えるべきものであったといえる。

(24) これは、明文で定められた人権ではカヴァーしきれない「新しい価値」と憲法条文に「読み込み」を裁判所に求めるという側面では、いわゆる「新しい人権」を巡る問題状況と類似する。新しい人権においても、制定者が意図していなかった意味内容を憲法条文に読み込む、という解釈方法を裁判所が用いることは、まさに司法による憲法制定行為に他ならず、司法権の範囲を越権するのではないかという問題が生じる。棟居快行「憲法講義案Ⅰ〔理論演習Ⅰ〕」(第二版)(信山社一九九九)一一一〇頁参照

四 公的機関に対する条約適用からみた小樽温泉入浴拒否訴訟

(1) 議論の前提

前章では人権条約を私人間に適用する場合について論じた。その手法として条約を民法等の不法行為の解釈基準として間接適用することによって、条約の自力執行性については問題とせずに済ませることができた。しかし、公的機関に対しては条約の効力そのものが問題となる。これを順序を追って見ていくならば、まず、条約が国内法的効力を有するか否か、有するのであればいかなる手続きによって国内法的効力を付与されるのかが問題となる。次に、条約の内容が締約国の国内において実施されるには、その条約の国内法への編入の方法が問題とされる。そして、その条約が国法秩序のなかでどのような地位を有するのかが問題とされ、そのうえで締結された条約が地方公共団体にどのような効力を及ぼすのかという問題を論じる必要がある。

これを本件小樽温泉入浴拒否事件に当てはめてみる。原告Xは「締結し発効した条約は国家だけでなく地方公共団体をも拘束するのであるから、地方公共団体にも条約に基づく作為義務が生ずる」と主張する。しかし、問題とされた人種差別撤廃条約が締結・批准され国内法的効力を持つとしても、条約が国法体系のどの地位を占めるのかという問題と、具体化を明示したものであるか否か、つまり国法体系のなかで実効性を持つために国内立法を必要とするものか否かということを検討することが必要である。そのうえで、当該条約の内容の具体化に立法が必要ならば締約国には作為義務が生じ、立法を必要としないならばそのまま自力執行性を持つ条約ということになる。本件原告は条約の内容の具体化を地方公共団体に求めている。批准してから現在に至るまで、人種差別撤廃条約を締結・批准した国家が内容の具体化を行なっていないにも関わらず、締結・批准過程に参加できない地方公共団体が条約内容の具体化（＝差別解消のために人種差別撤廃条例を制定する）を行う義務が生じるのかという問題がさらに加わる。また、批准したという事実から通常の立法と見做すことができるならば、条約を執行する行政庁としての作為義務が問われることにもなる。

本稿では、条約の国内適用に関する問題点を簡単に論点整理したうえで、人権条約と地方公共団体の関係を考察していく。

(2) 条約の国内適用について

そもそも、条約とは国家間で締結されるものであり、締結相手の国家または国際社会に対して締約国が条約内容の実施を保障する義務を負ったものである。この義務主体の国家とは、締約国の内部のあらゆる機関（地方公共団体を含む）が条約内容の実現を対外的に約束したものとするのが国際法の通説とされる。その際、条約はその内容実現の仕方を各国に委ねているが、その内容が実現されていない場合（公的機関だけでなく私人間も含む）には国

家が対外的責任を負うことは言うまでもない。⁽²⁵⁾

条約が国内法的効力を持つといっても、国法体系における条約の位置づけが問題になる。憲法学では条約優位説・憲法優位説の二説が有力説であるが、「憲法九八条二項より条約の内容により適用上の優位を許容ないしは承認する構造を備えることで、憲法を含む国内法の国際法適合的解釈等を内容とする国際法調和性の原則を展開する可能性を認めている」というような柔軟な解釈が現実的といえる。国際法・条約の国内的序列に關していずれの説をとるにせよ、憲法九八条より条約を一般的受容方式で受け入れることで、国内法的効力を持つことに異論はない。それゆえ、条約が締約国の国法体系においてどのような効果を持つかは、国内における条約の直接適用可能性の問題とされる。これは国際法や条約が国内において実施法などの措置なしに直接適用されるか否かという問題であり、一般に条約自体の「自力執行性」の問題としてとらえられている。⁽²⁶⁾

条約が自力執行性を持つための基準として主観的要件と客観的要件があげられる。主観的要件とは、条約の作成・実施の過程の事情により、私人の権利義務を定め直接に国内裁判所で執行可能な内容のものにするという、締約国の意思が確認できること⁽²⁹⁾をいう。客観的要件として、岩沢雄司は第一に「明確性」を挙げる。その意味は、(1)条約が一般的抽象的なものではなく狭い意味で「明確」であること、(2)条約の規定が「完全」でなければならず、条約の執行に必要な機関や手続きが定めている必要があるとする。さらに「明確性」に加えて、当事国に「法的義務」を課していること、専ら国家間の関係を規律している条約ではないこと、憲法が特定の事項に關して条約の国内適用可能性を否定していないことなどを条件に挙げている。⁽³⁰⁾また、山本草二は、私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する法令にまつまでもなく国内的に執行可能な条約規定であると⁽³¹⁾する。これらの定義を要約するかたちで、小寺彰は、日本において条約が「自動執行性」を持つか否かの判断基準として、第一には、条約が国際法上当事国に国内的に直接適用することを義務づけたかどうか、第二には、国内法

上適用すべき基準を満たしているか否かであるという。さらに、第一の基準に関しては対象となる条約の解釈となるが、国内的な実施方法は各国に大幅に委ねることが多いため、この基準により条約が「自動執行性」を持つことはなく、第二の基準に照らすと、日本では、条項の「明確性」や「完全性」を条約の「自動執行性」の基準としていと分析する⁽³²⁾。以上から、条約が国内で適用されるためには、条約の国内的効力を前提としたうえで、当該条約規定が「明確」かつ「完全」なものであることが必要とされているのが一般的な解釈であるといえよう。

しかし、実際には、条約を国会で批准する場合に、当該条約の審議過程において、そのままのかたちで成立させるか、解釈留保をつけるか、または国内準拠法を制定するかの違いはあるにしても、主観的要件や客観的要件に関する議論が曖昧なままに条約が国内法化されている。そのため、条約を援用した訴訟事例においては、条約の内容が一般的原則にとどまる場合でも、「公序」を形成するひとつの要素として条約を意味充填して解釈すること（「間接適用」）ができるが、条約を施行する際に客観的要件を補足・具体化する国内実施法がない場合、条約から具体的権利内容や作為義務を読み込むことはできず、政治的責務にすぎないとするのが通例である⁽³³⁾。

(3) 国会による条約の承認と通常立法の制定行為との比較

国会による条約の承認について簡単に言及する。小林直樹によると、「条約が直接に自力執行力をもつ場合はもちろん、直接には国民に拘束力をもたないような場合でも、その有効な成立を議会の意思の参与（同意や承認）にかからしめることは、『立法国家』の必然的な要請⁽³⁴⁾」であり、議会による条約のコントロールとして考えられている。すなわち、行政権（内閣）による条約の締結に対する民主的統制として、国会による条約の承認がなされると一般的に解釈される。そこでは、あくまでも行政権に対する民主的コントロールとして条約承認手続きをみるにすぎない。日本の国会の承認意思の形式は、法律制定の形式ではなく、予算制定と同様の形式をとり、法律制定の場

合よりもいくらかでも簡素な議決方法を用いていることも、条約の承認を行政権の民主的コントロールとしてとらえる根拠となりうる。一方、今日では条約締結を内閣と国会の協働行為とする見解が通説とされている。これは、条約の承認を国民主権との関係でとらえると、立法以外のものが国民の権利義務関係を規律するのは問題を孕むのであり、立法の形式を経ることによって民主的コントロールを課したことになる。条約の承認に関して国会が承認という通常立法に準じた過程を経るということは、国民の代表により国民の意思を反映した立法制定がなされることと、国民の意思に基づくということでは類似する。そこで、条約の承認を単に行政権の民主的コントロールと見るのではなく、立法行為として見ることはできないだろうか。通常の立法行為のように、民主的に裏づけされた制定法が国民・公的機関を具体的に拘束するのであれば、同様の過程を経る条約も国民・公的機関を拘束するものともいえるのではないかと考えられる。それゆえ、本稿冒頭でも述べたように、不十分な完全性しか具備していない条約であっても、国会で承認され国内法的効力を付与されることで、通常立法と同等に公的機関を拘束すると考えられる。つまり、条約の承認に国会が関与することを単なる行政権の民主的コントロールとしてではなく、立法行為に準じた行為という位置づけを与えることで、たとえ抽象的な人権条約であっても、憲法における抽象的権利とは異なり、国家として実現しなければならぬ人権価値準則としてそれなりに公的機関を拘束すると解釈することが可能となるのではないか。さらに、場合によっては条約で保障された人権価値の実現のため、具体的な作為を条約の規定から読み込むことができるのではないかと考えるのである。

(4) 人種差別撤廃条約の位置づけ

本件事案では人種差別撤廃条約が援用されている。日本は一九九五年十二月一日に一四六番目の締約国として加入書を寄託し、翌九六年一月一四日に発効している。以下この条約について簡単に解説を加える。³⁵⁾

当該条約は前文と二五の条文からなる。本文は三部構造をとる。第一部「実体規定」は、人種差別の定義や、その撤廃のための国家の義務を定める（第一条～第七条）。第二部「実施措置」は、主に、締約国による条約の履行を確保するための国際的手続を規定する（第八条～第一六条）。第三部「最終条項」は、条約の批准や留保などに関する規定をおく（第一七条～第二五条）。

当該条約の批准において、同条約四条の人種的差別表現的言動の制約が、憲法一九条「思想・良心の自由」や二条「表現の自由」に抵触するのではないかとということが問題となり留保がなされたが、⁽³⁶⁾その他の条項に関しては国内法的効力を有している。同条約の批准に関して提出された外務省説明書によると、「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」⁽³⁷⁾とされており、条約の定める人種差別撤廃に関する具体的立法は未だなされていない。

この条約において、本件小樽温泉入浴拒否事件でも争点のひとつとされたのは、二条一項の解釈である。同条文は以下の通りである。

二条一項「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することなくとることを約束する（傍点引用者）」

条約における義務の実施方法の規定方式には、「方法の義務」を課すものと、「結果の義務」を課す方式がある。一般には、実施の方法を特定せず、その方法の選択について当事国に広い裁量を認める後者の場合が多いとされる。⁽³⁸⁾当該条約二条一項は「すべての適当な方法」という規定であることから、「結果の義務」を課す方式であることが確認できる。従って、この条約における義務を国内でどのように実施するかは、締約国の裁量に委ねられている。新たな立法が制定されなくても構わないが、その実施方法が適切性を得たものであるかが重要な問題となる。つまり、条約で課された義務の国内実施には様々な方法が考えられるが、当事国内における国内事情により実現すべき

価値設定をどうするのか、さらにそれをどのような手段で実現するのが重要になると思われる。その意味では、国内の現状と条約の理想との調整を図る公的機関の役割が重要なものといえる。ここでいう公的機関とは、条約の国内実施法を制定する立法府、条約の内容を実施する行政府（法執行機関としての地方自治体を含む）、そして法律の条約適合性を判断する裁判所⁽³⁹⁾のいずれもが該当する。

同条約に対する日本の義務の履行に関して政府は定期報告書⁽⁴⁰⁾を提出しているが、同条約二条に関する記述を要約すると以下になる。

・ 憲法一四条の平等原則の理念を踏まえ、公共機関では関係法令により差別禁止が規定され、また関係省庁の指導、啓発等を通じて差別の撤廃がなされている。(Para. 41)

・ 人権擁護施策推進法の制定により国としての人権擁護の責任を明確するとともに、必要な体系を整備し、人権擁護推進審議会が設置されている。(Para. 42)

・ 私法的法律関係においては、差別行為が不法行為・公序良俗違反（民法九〇条）として損害賠償責任が発生する場合や、刑罰法令も整備されている。(Para. 43)

このように、政府は人種差別に関して現行制度の枠において十分に対応でき、条約上の義務の履行を確保していることが述べられている。

以上から、当該条約は批准されたことで国内法的効力を持ち、完全性がなくとも執行性があるといえるが、規定された義務の実現に関しては、抽象的な義務の履行である「結果の義務」を課すことにより、解消手段に関する特定の作為義務がないものと解釈できる。これが意味することは、条約の発効により国内法的効力を持つことで、条約は公的機関に対して抽象的な人種差別解消義務を課していることはいえるが、個々人に対して具体的な権利（例：差別救済の権利）を直接に認めているわけではないということである。しかし、先述したように、条約を締結した

国家（高橋和之が表現する「分節される前の国家全体」）には、義務履行の対外的責任があるのであって、解消手段は裁量の範疇であるとしても、差別解消の義務は国家には存在していると解釈できる。その義務を公的機関がどのように担うのが次の問題となる。

(5) 条約の作為義務と地方公共団体

条約の締結によって「国家は、その内部のあらゆる関係において国際人権を実現することを対外的に約束している⁽⁴¹⁾」とされる。これは、国際法における義務とは、条約を締結した国家だけでなく、締結には関与していない地方公共団体も含意されるということを意味し、条約が発効した時点で地方公共団体も拘束されることになる。

しかし、この説明では以下の問題を孕んでいる。

「条約が国内法的効力を持つにも関わらず、条約を具体化する関連法が制定されずに主観的要件・客観的要件が明確でない場合、地方自治体は条約に基づき独自に施策をとれるのか。言い換えれば、地方自治は憲法上保障されているものの、実際のところは中央政府を頂点にした権限構造の枠組に地方自治体は縛られており、法律による授權がなければ法律行為を行えないという事実、また地方自治それ自体も制度的保障と解釈されている現状では、自治体が独自の政策を実施するにはおのずと限界がある。そのような状況において、国家が明確化していない条約の実施に関して、地方公共団体が条約を独自に解釈して条約内容の実現を行う義務（行政機関として条約の運用義務）があるのか。または人種差別撤廃条例を制定する義務（立法機関として準拠条例の制定義務）がある⁽⁴²⁾とまでいえるのか。」

これは、国家が条約を締結することによって、被告Ⅱ（小樽市）は当該条約の内容実現のための作為義務を負うのか否かに関わるが、大局的な見地に立つと、国家と地方公共団体をどのように捉えるのかという問題でもある。

上記の問題に対し、以下のような解釈がなされる。

日本における国と地方自治体の関係は、憲法において地方自治が制度として保障されている。立法においては、最近改正された地方自治法において、「地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として……」（一条の二①）、「住民に身近な行政はできる限り地方公共団体に委ね……」（一条の二②）と規定に見られるように、国の仕事とされていない限り自治体が処理できる概括授權方式をとる。従って、当該地域において人種差別が行われていた場合、住民の福祉の範疇として人権保障あるいは地域の平穩を維持するために、事実行為（行政指導）として差別解消のための施策をすることは認められているといえる。しかし、実際に行政行為を行うに際して法律による根拠が必要となる。これは「地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理するとされることを処理する」（二条二項）からも明らかである。そこで、同規定において、主観的基準・客観的基準の不明確な条約が含意されるのか、含意されたとしても本件のように差別撤廃条例の制定という作為までも要請できるのかという問いが立てられる。

本稿では条約の国内法的効力を認め、国際法の義務は地方公共団体も含意されたすべての国家機関が有すると解釈するので、地自法二条二項に条約を含むことは可能（「地方公共団体も条約に拘束される」と考える。従って、条約に対する国家意思が不明確だからという理由で、人種差別に対して地方公共団体が何も施策を打ち出さないでいることは条約に違反する。差別を解消するための施策に関しては自治体の裁量に委ねられており、例えば自治体職員や地域住民への人権条約の周知・啓発や研修などは、地味であるが重要な国内的実施措置のひとつであるとされる⁽⁴⁾。本件では、Y₂（小樽市）は入浴拒否の事実を知ってから、市民に対する広報誌やシンポジウムでの啓蒙活動や入浴拒否施設への説得などの事実行為により、二施設が入浴拒否を取りやめたという事実がある。従って、啓蒙等の事実行為によりそれなりの効果はあったものと考えられる。その点では、差別解消のため

の作為を γ は行ったのであるから、同条約から一義的に条例制定を導くのは難しいとされる。

しかし、本稿の冒頭でも述べたが、人権条約の国会における承認手続きを通常立法の制定と同様に看做すならば、条約も国内法と同様の効力を持つと考えられるので、通常立法の執行同様に条約の執行に関しても、地方公共団体を拘束することはいうまでもない。ここにいる地方公共団体とは行政機関・立法機関の両方の側面を含意する。本件では差別解消手段としての条例の制定義務という立法機関としての側面が突出しているようにも思われる。本件小樽温泉入浴拒否訴訟における原告の主張は、「 γ （小樽市）には条約により差別撤廃義務があるにも関わらず実効的な解消がなされていない」という点（Ⅱ「結果」の義務）にあり、条約に準拠する条例の制定を直接的に求めているのではない。従って、条約に基づく地方公共団体の作為義務は、行政・立法の二つの側面に分けて考える必要がある。（詳細は以下(6)本件小樽温泉入浴拒否事件の検討において言及する。）

(6) 本件小樽温泉入浴拒否事件の検討

以下、本件事案の小樽市に関する争訟（条約に基づく作為義務の有無）に関する検討を行う。

① 私人間の差別に対する行政の介入について

先述したように、条約に国内的効力を認めたとしても、それで直ちに私人間の人種差別の解消に行政が介入できるわけではない。条約において権利・義務内容が明確でない場合、行政による私人間への介入は困難とされる。⁽⁴³⁾ 本件第一審判決では、当該条約規定より、「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」と言及することで、地方自治体に対する法的責任を言及した点は画期的であるが、それは「政治的責務にとどま（る）」として、「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」と通説の見解を踏襲している。そして、差別解消のためにどのような施策をとるかは地方自治体の裁量とした上で、地方自

自治体の不作為を違法とする基準として、(a) 地方自治体からみて有効な施策を容易にとることができる場合、(b) 市民からみても地方自治体が当該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の二点を提示している。本件では、Y₂ (小樽市) は差別解消のために事実行為を裁量の範囲で行っているので不作為とはいえないが、現に差別を解消できていないことに関する法的責任が問えないことに関しては問題が残る。

さて、本件は条約に国内法的効力を認めつつも、当該条約は権利・義務の明確化がなされていないので直接適用はできないとしたものである。これは条約を法律より上位におき、法律の解釈基準となるという点では憲法と同等の効果を持つとすることで、諸々の人権規範同様、法的規範として曖昧な人権「価値」規範としてとらえることにより生じるものである。この場合、条約締結だけでは明確な権利・義務の具体化がなされていないので、人権として保障されるべき「価値」は認識していても、その実現は国家機関の裁量という余地を残してしまう⁽⁴⁴⁾。これに対して、条約を通常の立法と同等の位置づけに置き、規範として明確な「準則」と読み込んだ場合、解釈にどのような違いが生じるか検討したい。⁽⁴⁵⁾ 換言すれば以下の通りである。日本国憲法において、条約締結は行政府としての「内閣」、承認は立法府としての「国会」が行うと規定される⁽⁴⁶⁾。そこで、国会における条約の承認という行為に注目し、抽象的な人権条約でもそれなりに公的機関が拘束されているということを読み込もうとするのが本稿における視座である。つまり、国会における条約の承認によって国内法的効力をもった条約は、特定の内容の法規範の定立（実質的意味の立法）とみることができると同時に、（人種差別撤廃条約の場合その詳細な規定から）「準則」として私人間だけでなく公権力も拘束するものと考えることができるため、法律（ここでは条約）を具体的に執行しない行政機関に対して責任を追及することが可能になる。

では、本件小樽温泉入浴拒否訴訟にあてはめてみよう。条約と地方自治体の関係について、第一審では「政治的責務にとどま（る）」、控訴審では「一般的、抽象的なもので、…」義的に明確でないから、…政治的責務に止まる

ものと解される」とされている。しかし、先述のような解釈をとるならば、条約内容の具体的実現を政治的責務とする理論構成ではなく、条約の具体的執行に関する法的責任が行政機関としての国・地方自治体のどちらにも存在するといえる。従って、条約に規定されるような人種差別が存在するとすれば、国・地方公共団体を問わず当該差別事案を解消する義務があるといえる。当該条約では、差別解消義務として「すべての適当な方法」(二条一項)とされているために、具体的差別解消手段が不明確であり、事実行為としての行政指導から立法行為に準ずる差別撤廃条例の制定までのいくつかの選択肢から何を選択するかという裁量が自治体にあるといえる。しかし、行政機関に対して「結果の義務」として差別解消義務が課されているのであるから、具体的結果として差別解消がなされなかった場合、解消されなかったことに対して国賠請求を通じて法的責任を追及できるといえる。

本件原告の主張をみると、「小樽市は入浴拒否という人種差別を解消できていない」↓「その結果人種差別を被っている」↓「条約の実現するための実効的手段Ⅱ権利救済としての条例制定」という理論構成をとる。原告は最終的に実効的手段としての条例制定を主張するが、行政が実効的手段をとることと条例を制定することは分けて考えなければならない。これは、地方公共団体が、行政機関だけでなく立法機関としての側面も持つためである。先述したように、本稿では条約を国会で批准することを立法行為と同様にとらえる視点にたち、以下では行政の作為義務と立法機関としての条例制定の作為義務を区別してみていくことにする。

② 行政の作為義務

条約を国会で批准するという行為に注目し立法行為と同様に見做すことで、条約を通常の立法と同じ効果を持つとした場合、法律同様に条約も私人間・公的機関を問わず拘束するといえる。人種差別撤廃条約というならば、差別解消義務は私人間・公権力のどちらにも存在し、公的機関(国家・地方公共団体)においては法律(Ⅱ条約)を具体的に執行するという意味での法的義務は既に存在している。本件においては、自治体に差別解消義務が存在す

るか否かではなく、差別解消義務が存在することを前提にして、どのような手段を用いることで義務を実効的に履行できるのが争点になる。

ここで以下の点が問題になる。

(a) 実効性のある手段について

本件では、私人間における差別行為を解消するために、公権力はどのような手段を用いて介入できるかという点に問題がある。条約の条文上も「すべての適当な方法」(二条一項)とされているように、手段については一定の裁量が公権力側に与えられている⁽⁴⁷⁾。従って、差別行為が解消されるのであれば、条例制定をとりなくとも、要綱という形態であつても、事実行為としての行政指導であつても、行政が何か差別解消のための行為を為したというレベルにとどまることも考えられる。本稿では条約を立法と同様にみることで法の具体的執行機関としての行政の法的義務を考えるわけであるから、条約の具体的執行において、単に執行するだけでよいのか、それとも差別を解消するまで求められるのが問題となる。当該条約は締約国に対して「結果の責任」を課していることは先述した通りであるので、法の執行機関としての行政に対しては、差別解消という結果を求めていると解するのが妥当といえる。そこで、私人間の事実行為としての差別に対して実効性のある手段として、条例制定という手段が選択肢の一つとして挙げられることになる。このように行政がとりうる手段には裁量があるとしても、差別解消という結果には裁量はないというべきであるから、法(Ⅱ条約)の執行猶予期間として時間的裁量が認められるのが問題となる。本件においては、外国人の入浴拒否が発生(一九九三年)して本件提訴までの六年以上もⅧ(小樽市)が入浴差別を解消できずにいたという事実を踏まえると、六年は「相当の期間」経過している⁽⁴⁸⁾と見做すことができ、法(Ⅱ条約)の執行義務違反としての理論構成は可能だと思われる。

(b) 法の執行機関としての行政

法(条例)の執行機関として行政をとらえた場合、国・都道府県・市町村それぞれが執行機関として存在することから、それぞれに条約内容実現のため作為義務が生じる。本件は小樽市を訴訟相手として提起したので、小樽市の作為義務が争点とされたが、公衆浴場法における営業の許可権限は北海道知事にあることから、仮に知事を相手にして人種差別を助長する施設に営業許可を与えた知事の権限の違法性を問うこと、または、知事を相手に差別撤廃条例制定を求めることも理論上可能であったと思われる。しかし、法の執行機関であり法の定立機関ではない行政が、法の予定していない事項を憲法・条約により規定される人権価値から独自に解釈し、法を運用することが許されるのが問題となる。本件では、公衆浴場の監督権限のある小樽市、営業許可権限のある北海道が、公衆浴場法に憲法・条約で規定される人権価値を独自に読み込み、同法を執行することが妥当か否かということになる。これは、近代市民法が予定する法の予測可能性を脅かす行為であり、法の解釈において行政裁量を肥大化させる要因ともなりかねず、適切さを欠いているといわざるを得ない。⁽⁴⁸⁾

本稿で争点とされる人種差別撤廃条約も一般的・抽象的規範とされているが、個々の条項は一義的に明確な規定がなされているために、当該条約に拘束される行政機関は、条約の具体的執行義務に関して(執行手段に裁量は生じても)差別解消という結果を生じさせることでのゆらぎは生じないともいえよう。しかし、一般性・抽象度の高い条約に行政機関が拘束されている場合、国際法は国家と個人の関係を規定しているのではなく、国際社会と締約国との関係を規定していることに鑑み、国賠請求を通じて条約の執行機関としての行政の義務を明らかにすることが今後必要になると思われる。

③ 条例制定の作為義務

本件において、原告は差別解消の実効的手段として条例の制定を求めているが、条約から直ちに条例制定義務を

読み込めるものではない。条約とは国家对国家の関係で成立するものであり、締約国には条約内容（一義的明白か、不明確かによって違いはあるが）の実現が義務付けられることから、人権条約において結果的に個人の権利が保護・救済されることはある。しかし、条約は個人の基本的な人権を直接国内法規範として定立したものではないことに注意したい。この意味において、入浴拒否によって原告Xらの人権を侵害されたにも関わらず行政はXらの権利救済をしていないということを理由に、条約に基づく立法不作為（本件では条例制定の不作為）として条例制定義務を主張するのは難しいと考えられる。また、先述のように、行政の作為義務のなかで、条約を履行するための一つの実効的な手段として条例制定をいうことはできるが、実効的手段の選択には（条例制定を議会に働きかけるという手段をとるか否かを含めて）行政裁量があるので、条例制定の作為義務まで積極的に読み込むことはできない。しかし、地方公共団体がより自律的な存在であるとするならば、以下の点から条例制定が要請されうると考える。

- (a) 当該条約が国家機関に対し「結果の義務」としての差別解消義務を課していること。
- (b) 私人間の事実行為（本件では入浴拒否という人種差別）に行政が強制措置をとらなかつた介入を行うには明文の法規範による根拠が必要とされること。
- (c) 今後とも人権侵害が生じることが予想され、それを予防する必要があること。
- (d) 地方自治法一四条二項「…義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別な定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない」とされること。
- (e) 差別事例の先例である男女差別において、条約の国内準拠法となる男女雇用機会均等法等の整備により社会における男女平等処遇が推進したという事実。

以上、概観したように、被告Y₂（小樽市）に対して条約から直接的に条例制定という作為義務を請求するのは難しい。条例制定を求めるならば、自治体にも通常立法と同様の条約の履行義務があると理論構成して、「結果の義務」としての履行義務から差別解消の実効的手段として行政による強制的な介入が必要であり、その手段が条例制定であると主張することになる。しかし、実際に行政の強制介入が必要かどうかは、一義的に明確とはいえず、そこまで読み込むのは難しい。だが、条例制定の作為義務の有無に関わらず、自治体には結果責任としての差別解消義務が課せられているのであるから、差別解消ができていない場合には、立法（条約）の具体的執行義務違反としての責任が問われることは明らかである。

小括

条約を根拠に公権力に作為請求を求める場合、条約に国内法的効力があつたとしても、権利・義務が明確化されている場合を除き、条約そのものから公権力へ作為義務を結びつけることは、条約を憲法と類似した人権価値と見做す手法では難しいと思われる。しかし、条約上の義務は対外的に国家全体として負っているものであり、本件の差別解消義務も法的義務として地方公共団体も負っているといえる。差別に対して、解消のためにどのような方法を用いるかという手段に関する裁量は認められるが、それは差別解消のための活動をするかしないかという裁量ではない。差別解消行為を全く行わない場合には、不作為の違法を問うことができるが、本件のように小樽市が事実上、為としての行政指導を行っている場合、不作為として違法性を主張するには限界がある。従って、条約上の義務を法的義務として公的機関（Y₂小樽市）に義務づけるには、条約の国内法上の位置づけを見直し、憲法と同様の人権価値規範とするのではなく、国会が承認したということに注目し、国内準拠法がない完全性に欠ける条約であつても、抽象的規範として公的機関をそれなりに拘束する人権「価値」準則であるという点、および法の具体的執行義

務を条約の「結果の義務」から読み込むことが必要とされる。

- (25) ここで言われる国家とは、高橋和之によると「内部で公法関係とか私人間関係という分節を受ける前の、…全体としての国家として理解すべき」とし、「国家は、その内部のあらゆる関係において国際人権を実現することを対外的に約束している」という。高橋・前掲(註11) 七五頁
- (26) 齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社二〇〇二) 二六三頁参照
- (27) 一般的受容方式をとるにしても、それだけで内容的にもそのまま国内法として実施できるものではない。条約内容が国内法として具体的に適用されるためにはなんらかの国内措置をとるよう義務づける場合もあるが、その具体的な方式の決定は各国国内法に委ねられているとされる。山本草二『国際法(新版)』(有斐閣二〇〇二) 一〇五頁
- (28) 一般的受容方式によって国際法や条約に国内的効力を与えているという立場からすると、すべての国際法・締結した条約は国内的効果を得ることが、国内適用可能性の前提ととらえるべきであるとする。さもないと、国際法が国内で發揮しうる他の効果(国内法の解釈基準となるなど)が否定されかねないという。小寺彰、岩沢雄司、森田章夫『講義国際法』(有斐閣二〇〇四) 一〇六―一〇七頁(岩沢執筆)
- (29) 山本・前掲(註27) 一〇五頁
- (30) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』(有斐閣一九八五) 三二〇―三三二頁
- (31) 山本・前掲(註27) 一〇五頁
- (32) 小寺彰『条約の自動執行性』法学教室二五一号一二八頁
- (33) この一例として国際人権規約が挙げられるだろう。自由権に関して規定するB規約は、自動執行性をもつとされるが、社会権的要素の強いA規約は非自動執行的といわれる。通常、社会権を具体化するため国家に要求される作為義務は一義的でなく相当広範な裁量をもつといわれている。つまり、具体化するには立法が必要であり、裁判所は法律をまっとうその法律の解釈を通じてしか介入できないとされる。
- (34) 小林直樹『新版 憲法講義(下)』(東京大学出版会一九八三) 一七七頁
- (35) 人種差別撤廃条約を日本が批准した経緯等を論述したのとして、村上正直「人種差別撤廃条約への日本の加入とそ

の問題点」法学セミナー四九六号四—八頁がある。

- (36) 「(第四条の(a)及び(b)の) 規定に基づく義務を完全に履行することは、日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触するおそれがあるため、それらの権利と抵触しない程度において、これらの規定に基づく義務を履行する」(「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約に関する日本国政府の留保」平成七年(二月)二〇日 外告 六四七)

- (37) 外務省「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約の説明書」(平成七年一〇月) より引用

- (38) 畑博行・水上千之「国際人権法概説(第三版)」(有信堂高文社二〇〇二) 二六三頁

- (39) 従来、国際人権の国内実施にあたっては、憲法同様に公権力対個人という「垂直」関係での保障について、国内法で十分補われている。しかし、それは「…を侵してはならない」等の自由権の範疇であり、広範な裁量が認められる社会権の範疇事項、及び「私人」対「私人」という「水平」関係での保障実現が司法を通じて行なうということが今後重要になると思われる。その意味では、条約内容の実現としての司法の役割もまた重要であるといえる。

- (40) 人種差別撤廃条約第一回・第二回定期報告(仮訳)(平成一一年六月) については、外務省HPを参照。 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/99/index.html>

- (41) 高橋・前掲(註11) 七五頁

- (42) 畑・水上・前掲(註38) 二七〇頁

- (43) 前掲(註39) で述べたように、行政における人権条約の具体的保障が積極的に行なわれない場合でも、最終的には国内裁判所による司法的救済の可能性は残されている。しかし、私人間における争訟に関しては条約の間接適用を通じて権利の実現を図ることは可能だが、行政に対し不作為の違法性を争うことは、裁量が認められている場合、「明白性の原則」が障害となり違法性を導くのは困難ともいえる。先例として、女性再婚禁止期間規定を争った事例(広島地裁平成三年一月二八日判決、判時一三七五号三〇頁)などがあげられる。

- (44) この状況は「新しい人権」と同様であり、憲法の人権規定では言及できなかった人権としての「価値」を国際条約から読み込むことは出来るのであるが、当該価値をどのように実現するかは、一義的には国家に委ねられているといえる。

- (45) 従来、国内における国際法の位置づけとして「中二階」という表現がなされる。これは、憲法・条約・法律という関係において、憲法を二階、法律を一階と例えるならば、条約Ⅱ「中二階」とすることによって、「憲法より下」「法律よ

り上」という極めて曖昧な状況を示した表現である。しかし、条約を憲法に準じた人権価値の規範とする場合、その内容実現に立法・行政の裁量が生じ、国内においてその実効性が図れないのであるならば、むしろ法律の側に引き寄せて、明確な「準則」として国家に義務付けられたものと見るほうが適切ではないかと考える。

(46) 声部信喜によると、「…国会の承認は、国内法的かつ国際法的に、条約が有効に成立するための要件であると解される。その意味では、条約締結は内閣と国会の協働行為だと言いうことができる」とされる。声部・前掲(註4)二八四—二八五頁参照

(47) 本件小樽温泉入浴拒否訴訟では、条約の趣旨から行政にどのような作為義務が存在したのかを読み込むことは、行政裁量が障害となり立証するのが難しい。しかし、尼崎公害訴訟第一審判決(神戸地裁平成二二年一月三十一日判決判時一七二六号二〇頁)は、身体権の侵害に関して行政の作為義務(汚染物質の排出抑制措置)を抽象的に認める事例として注目される。

(48) 行政は、国・都道府県・市町村の三つに区分できるので、本件事案のように身近な人種差別事案に関して地元自治体に差別解消を求めることも可能であるが、条約の内容を明確にするための施行法整備を国に求めることも必要である。本件の原告X有道人は、最高裁の判決後、条約を批准して一〇年を経ても条約に関連する法整備をしていない国を不作為として国賠法により提訴する準備に入った(二〇〇六年二月下旬提訴予定)。詳細に関しては、有道人氏の <http://www.debito.org/kunibengodan.html> を参照。

五 おわりに—私人間、公的機関に対する条約適用の違いについて

本件小樽温泉入浴拒否訴訟において問題とされる事項は以下のように要約できる。国際法(条約)とは国家が国際社会に対して負う義務であるが、批准し憲法九八条を介して国内法的効力を持つだけでは、自力執行性を持つものを除いて、憲法と同等の人権価値規範としての位置づけとされてしまう。それゆえ、公的機関には対外的に権利実現の義務は課されているが、実際に国内においてどのように権利・義務の具体化(立法制定等)を図るかは裁量

の範囲となってしまう。一方、私人間においては、条約の内容を国内において社会的「公序」として位置づけることができるため、憲法同様に間接適用という手法を用いることで、条約そのものの自力執行性等の議論をすることなく、条約上に規定される人権価値を私人間で実現できることになる。条約を締結することで、国家が対外的な義務を負っているにも関わらず、その履行責任を国家機関ではなくむしろ私人間において厳格に負わせているという極めてバランスを欠いた論理的帰結となる。さらに、国家機関の履行責任に関しては具体的責任を司法で問うことが難しいのが現状である。これは条約を憲法同等の人権価値規範としての位置づけを与えていることから生じる問題であるといえよう。

そもそも、今日の福祉国家的な人権保障のありかたとしては、諸個人が平等な自由権行使が出来るように国家が最低限の役割を果たすというのが前提と解釈される。この前提に立つと、私人間に生じた人種差別に対しては、差別されないという価値基準が社会的「公序」に含まれるので、差別禁止が実現されるように司法が介入し社会的価値の実現を図ることは可能である（ここには国家の裁量は入らない）。一方、行政・立法においても、私人間に人種差別が存在しているということは、平等権の侵害として差別解消の義務が人権保障から要請されているといえるのであり、差別解消手段には裁量は生じて、この解消を政治的責務と解釈して差別に対して効果的な措置を何も採らずにいることは出来ない。憲法や国内の諸法規によって十分に保障されない人権価値があるのであれば、それを条約から読み込み補完することが公的機関に求められているといえる。その一例として、本件のように人種差別撤廃条約により個人が人種により差別されないことが社会的「公序」として、私人間・公的機関ともに実現しなければならぬ価値として拘束する必要があると考える。その意味で、侵害した当事者だけでなく、それを許していた（＝個人の自由権行使に対し最低限の役割を果たすことができていない）公的機関である小樽市を条約違反として国賠請求した原告Xらの請求は妥当な請求方法だと思われる。これに対し、裁判所は条例制定の作為義務を裁量

の範疇と判断したが、現実に差別が継続的になされているのであるから、これまでなされた行政措置は明らかに有効性を欠いているといえる。したがって、条例の制定義務の有無を問うのではなく、人種差別解消義務の履行に失敗しているという点、つまり条約の「結果の義務」から違法性の検討がなされるべきであつたと思われる。

付記

一、本稿は、条約の国会における批准を通常法律の制定と同様に解釈することで、条約を法律と同様に見做し、法の執行機関としての小樽市の責任を考察した。しかし、地方自治体を国家とは異なる自律した存在であるという点に着目し、当該条約から条例制定を理論構成することも可能である。その一つとして、本件控訴審の原告側意見書（棟居快行教授）で言及されている、「国会議員と地方議員の法的性格の違い」を挙げることができる。（当該意見書は（註8）HPに掲載 <http://www.debito.org/appealhearingtwo.html#munesue>）。

原告側意見書において「国会議員と地方議員の法的性格の違い」を指摘した箇所を引用する。

先の昭和六〇年最判は、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどま（る）」としていたが、この判示は国会議員に限って成立する理由を述べたものである。すなわち、憲法は四三条で国会議員を「全国民の代表」と位置づけ、五一条で個々のいわゆる免責特権を認めているところであるが、このような規定は地方議員については憲法上も法令上も設けられていない。

これらの規定は、国レベルの代表民主制にあつては、国会議員を個々の法的制約から解き放つて自由に活動することが保障されていることを意味している。ところが、地方議員は長とともに選挙で選ばれる存在であるが、長には公金支出について住民訴訟でその損害賠償責任が問われるなど、法的責任が強く認められている。議員についても、いわゆる財務会計行為に通常携わらないことで住民訴訟でその民事責任が問われないだけであつて、本

質的には長と同様に、政治活動に関しても法的責任に服する存在といふべきである。むしろ、地方議会の条例制定権は憲法九四条によって「法律の範囲内」に限定されている（「法律の範囲内で条例を制定することができる」）のであって、内容的に法律と齟齬をきたす条例は、内容が違法無効であることはもとより、その制定行為自体も内容と同様に違法と評価すべきであろう。

意見書の指摘にあるように、国会議員は全国民の代表として免責特権など諸々の制度によりその身分を保障されているのに対して、地方議会議員には免責特権等の制度上の身分保障がなされているわけではない。これは、国会における立法行為は国賠訴訟ができないが、条例制定行為を立法行為とは異なり、「法律の枠内」ということで行政行為のひとつとみなすことで、国賠訴訟が可能になると主張するものである。

これに対して、人民主権から住民自治をとらえなおすと、人民主権原理から国と地方自治体の立法行為に対する法的責任追及を認める立場からは、本来は命令委任によるリコール制が求められるが、何らかの事情で不可能な場合、国賠法に基づく民事責任追及が、国会・地方議会ともに認められるはずである（LS憲法研究会編『プロセス演習 憲法（第二版）』（信山社二〇〇五）第二章「政党と代表民主制」（「大津浩執筆」）四六三―四頁参照）

しかしながら、意見書はこの立場をとっていない。意見書の立場は通説的な国民主権をとっていると思われるが、地方自治体（議会）の行為を行政庁に準じた行為とみなすという立場からすれば、国会の立法行為の独自性を維持しつつ、地方議会の条例制定行為に対して法的責任追及を可能にすることができ、地方自治の本旨から自治体の自律性を積極的に求めようとする今日において、この立場がどこまで受け入れられるかには課題を残すものである。

二、行政事件訴訟法の改正により義務づけ訴訟（三七条の二ならびに三）が可能となった。本件にあてはめると、

人種差別撤廃条約二条一項等から、原告Xらは行政に対し差別解消義務として何らかの作為を行政に求める可能性が生じる。しかし、①Y₂（小樽市）は事実行為としての行政指導等を断続的に行っている、②差別解消のために如何なる手段をとるかには行政の裁量、③一義的に明確とはいえない国際法が作為義務の根拠法令となるのか、などの事項から、訴訟提起の可能性は広げたが、本案審理で棄却される可能性が高いといえる。それに対し、差別の解消が出来ていないことを根拠にして、条約の結果責任から国賠法一条一項における公権力の違法性を追求する手法のほうが、本案審理で具体的作為の内容を審理する可能性があり原告にとっては有益と考えられる。

三、前掲（註8）HPによると、原告X₃こと有道人氏は、国を相手に人種差別撤廃条約関連法が未整備であることを理由にした国賠訴訟の準備と同時に、国連の人種差別撤廃委員会に請願する準備にも入った。今まで国連へ提訴しなかったのは、人種差別撤廃条約一四条二項において「他の利用し得る国内的な救済措置を尽くしたものと」いう規定があるため、最高裁の判断を待っていたためであるという。しかし、日本は当該条約を含むいずれの人権条約の個人通報制度に基づき関係委員会の通報処理権限を認めておらず（村上正直『人種差別撤廃条約と日本』（日本評論社二〇〇五）一五〇—一五一頁参照）、実際には難しいと考えられる。

追記

本稿は、北海道大学法学研究科教授棟居快行先生、東海大学法科大学院教授大津浩先生から御教示を受けたものである。心よりお礼を申し上げます。

（きくち・ひろし）本学大学院法学研究科博士後期課程

