

論 説

基本権の私人間効力に関する「論証作法」を 踏まえたゴルフクラブによる元外国籍を 理由とする入会拒否事案の検討

愛 敬 浩 二

はじめに

- I 本意見書の課題と構成
- II 本判決のポイント
 - 1 本件事案のポイント
 - 2 本判決における私人間効力に関する判示
 - 3 本判決における本件事案の検討
- III 私人間効力問題を考える視点
 - 1 三菱樹脂判決の間接効力説とその問題点
 - 2 「法的三極関係」の構図の下での事案分析の必要性
 - 3 解釈基準としての民法2条の重要性
 - 4 私人間における基本権保障に関する「論証作法」
- IV 本判決の問題点
 - 1 本判決が採用する間接効力説の問題点——三菱樹脂判決との比較
 - 2 「閉鎖的かつ私的な団体」という評価の妥当性
 - 3 Xの基本権（侵害）の評価
- V ゴルフクラブの入会拒否に関する先例との比較検討
 - 1 ゴルフクラブの入会拒否に関する先例
 - 2 関連判例の分析を通じた本判決の評価
- VI 名古屋高裁判決のポイントと若干のコメント

はじめに

日本で生まれ育ち、現在も日本で生活しており、日本に帰化した原告（控訴人。以下、X という）が、「愛岐カントリークラブ」という名称のゴルフ場の運営等を行うゴルフクラブ（権利能力なき社団）である被告（被控訴人。以下、Y という）に対して入会の申込みをしたところ、元外国籍であることを理由として拒否されたので、慰謝料等の損害賠償を求めて出訴した。しかし、津地方裁判所四日市支部は極端に形式的な私人間効力論に基づき、個別事情を考慮せずに Y を「閉鎖的かつ私的な団体」と認定して、X の請求を斥けた⁽¹⁾。同判決を不服として X が控訴したので、関係者からの依頼を受けて私は、基本権の私人間効力が問題となる事案の分析と論証のあり方について名古屋高等裁判所に意見書を提出した⁽²⁾。本稿は、その意見書を研究論文として公表するものである。

このようなかたちで意見書を公表する理由を説明しておきたい。最近、これまで法学部や法科大学院の講義で話してきた私人間効力に関する私見を、研究論文のかたちで公表する機会を得た⁽³⁾（以下、「別稿」という）。私にとって意見書の執筆は、別稿で示した私見の当否を具体的な事案との関係で検証する機会となった（理由①）。また、紙幅の都合上、別稿では立

(1) 津地裁四日市支判2023・4・19令和4年(ワ)第138号慰謝料請求事件 (LEX/DB 25595244)。同判決を速報する、黄澈「「元外国籍」理由のゴルフクラブ入会拒否をめぐる訴訟 津地裁支部、違法性認めぬ判決」週刊金曜日1422号(2023年)6頁には私のコメントも掲載されている。同記事はネット上でも読むことができる（最終アクセス日2023年11月28日）。<https://www.kinyobi.co.jp/kinyobinews/2023/04/30/antenna-1250/>

(2) 意見書の執筆をお任せ頂き、判決文等の関係書類を提供して下さった李春熙弁護士と裴明玉弁護士にお礼を申し上げたい。また、本事件に関わる切っ掛けを与えて下さったジャーナリストの黄澈さんと中谷雄二弁護士のご厚情にも感謝したい。

(3) 愛敬浩二「基本権の私人間効力論」同編『講座立憲主義と憲法学 第2巻 人権 I』(信山社、2022年)所収。

ち入ることのできなかった論点について、意見書では一定の議論をすることもできた（理由②）。実をいうと、本稿執筆のそもそもの動機は、万が一、控訴審でも X が敗訴した場合、なるべく多くの憲法学者や民法学者の間に本事件への関心を喚起して、私見よりも有効な法律論の登場を期待することにあった。幸いにも、名古屋高裁が逆転勝訴判決を出し（X に対する77万円の損害賠償を Y に命じた⁽⁴⁾）、Y も上告を断念したので、本稿執筆の実践的な理由は失われたが、理由①と理由②との関係で意見書を公表する意味はあるものと考えて、本稿を執筆した次第である。

理由①との関連で、別稿に示した私見のポイントを列挙しておく。①私人間効力論のあり方は、各国の憲法審査の制度設計に依存する部分が多い。②日本の私人間効力論においては民法2条の存在を考慮に入れる必要がある。③少なくとも日本国憲法との関係では、「基本権の対国家性」は自明の前提ではない。④基本権保障との関係で侵害者の差異（公権力か私人か）を絶対視すべきではない。⑤民法学との連携の下での憲法学の課題は、具体的な訴訟を通じて基本権保障の実績を着実に挙げていくことで、日本社会における「個人の尊厳」に対する意識を一步でも前進させることにある⁽⁵⁾。

理由②についても簡単に説明しておきたい。別稿の実践的意図は、私人間効力の法的構成に関する理論的検討の必要性を認めるとしても、具体的事案における基本権保障の充実のための実務的憲法論の重要性を再確認すべきと主張することにあった。この問題意識との関係で重要な論点でありながら、紙幅の都合で検討を断念したのが、三菱樹脂事件最高裁判決（最

(4) 名古屋高判2023・10・27令和5年（ネ）第487号（LEX/DB25596228）。同判決は一定の注目を集めたのか、翌朝の朝日新聞や毎日新聞で報道された。黄澈「元外国籍理由のゴルフクラブ入会拒否めぐり訴訟の控訴審 名古屋高裁で原告が逆転勝訴」週刊金曜日1448号（2023年）8頁も参照。同記事はネット上でも読むことができる（最終アクセス日2023年11月28日）。<https://www.kinyobi.co.jp/kinyobinews/2023/11/10/antenna-1360/>

(5) 愛敬・前掲注（3）17-18, 25-26, 30-31頁。

大判1973・12・12民集27卷11号1536頁。以下、「三菱樹脂判決」と略す)の射程という問題である。私人間における基本権の対立が争点となった事案でも、最高裁は私人間効力の問題に立ち入らずに事案を解決することが少なくない⁽⁶⁾。一見したところ一貫性に欠ける判例動向を理論的に整序する努力もあるが、私は端的に、三菱樹脂判決の射程を限定し、多様な私人間効力問題の「個性」を考慮せずに同判決を安易に援用する態度を批判するべきと考えている。そう考える理由の第一は、日産自動車事件において最高裁は、三菱樹脂判決と同じく雇用関係の事案であり、会社側が上告理由で同判決に強く訴えたにもかかわらず、「所論引用の判例は事案を異にし、本件には適切でない」とのみ述べて、先例違反の主張を斥けているからである(最判1981・3・24民集35巻2号300頁。以下、「日産判決」と略す)。第二の理由は、雇用関係における人格権保障の進展を踏まえて、三菱樹脂判決の「先例」としての地位を疑うべきとの問題提起が、労働法学者から行われているからである⁽⁸⁾。

以下のⅠからⅤが意見書に当たるが、誤字を訂正し、表現を統一した。研究論文としては冗長な記述も散見されたので、趣旨を変更しない範囲で修正した。なお、「法的三極関係」に関する説明(Ⅲ・2)は研究論文には不要と解されるが、意見書の核心部分なので残すことにした。なお、名古屋高裁判決については、意見書との関係を中心にしてⅥで簡単に論評する。

(6) 私人間における信仰の自由・自己決定権の保障が争点となった輸血拒否事件(最判2000・2・29民集54巻2号582頁)、私人間におけるプライバシー権(自己情報コントロール権)の保障が争点となった早稲田大学講演会事件(最判2003・9・12民集57巻8号973頁)等。この問題に関する簡潔な解説として参照、赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社、2011年)365頁。

(7) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』(有斐閣、2011年)80-83頁、小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』(尚学社、2016年)141-145頁を参照。

(8) 萬井隆令『「判例」についての一試論』龍谷法学40巻1号(2007年)72頁以下、和田肇『人権保障と労働法』(日本評論社、2008年)2-33頁。

I 本意見書の課題と構成

本意見書の目的は、津地裁四日市支判2023・4・19（以下、「本判決」と略す）⁽⁹⁾における「基本権の私人間効力」に関する判示の問題点を明らかにし、学説・判例の理論水準に適合するかたちでの事案の解決を提案することにある。事案の概要は「はじめに」の冒頭で示した。なお、Yは、「本件入会拒否は、原告が元外国籍であることを唯一の理由とするものではない」（本判決7頁）と主張しているが、本判決は「本件入会拒否は専ら原告が元外国籍であることを理由とするものというべきである」（本判決13頁）と認定しているので、本意見書では、元外国籍のみを理由とする入会拒否の事案として考察を進める。

「憲法の人権規定は、私人間にも効力を有するか。効力を有するならば、それはいかにして、またどの程度まで有するのか」。憲法学が人権総論の重要論点として論じてきた「基本権の私人間効力」という問題の本質は、この問いにある。⁽¹⁰⁾ただし、本意見書は最高裁が採用している（と称する）間接効力説の枠組で本件事案を分析するので、学説対立の問題には立ち入らない。また、「私人間効力は学界で最も『燃える』テーマとなっており、⁽¹¹⁾現在では次々と論文が登場して百家争鳴の情勢です」と評されるように、私人間効力論は世紀転換期辺りから、憲法学界において活況を呈しているが、別稿でも指摘したとおり、そこで議論されているのは私人間効力を認めるための法的構成の優劣であり、具体的な事案における解釈論上の帰結が争われているわけではない。⁽¹²⁾よって、本意見書はこの論争に立ち入る必

(9) 判決情報については前掲注(1)を参照。なお、本判決からの引用は、判決正本の該当頁を「本判決〇頁」というかたちで示す。

(10) 宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来」長谷部恭男編『講座人権論の再定位3 人権の射程』（法律文化社、2010年）25頁。

(11) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）95頁。

(12) 愛敬・前掲注(3)10-13頁。なお、学説・判例における私人間効力論の展開

要性も認めない。

三菱樹脂判決が採用した間接効力説の「長所」である（はずの）個別の事情に即した丁寧な比較衡量の「作法」を示し、その「作法」に基づいて本件事案のあるべき解決方法を示すことが、本意見書の課題である。⁽¹³⁾ 本意見書の構成は次のとおりである。

Ⅱでは、本件事案の特徴、本判決における私人間効力問題に関する判示と本件事案の検討のポイントを確認する。Ⅲでは、現在の学説の理論水準と判例動向を踏まえて、私人間効力問題を考える視点を示す。具体的には、判例（三菱樹脂判決）の内容と射程を確認した上で、私人間効力が問題となる事案の分析・解決に有用な「法的三極関係」の構図を示す。また、民法の解釈基準を定める民法2条の重要性を指摘する。以上の検討を踏まえて、Ⅳでは本判決の問題点を具体的に検討する。そして、Ⅴでは、ゴルフクラブの入会拒否に関する事案との比較において本判決の問題点を確認する。具体的には、本判決の私人間効力論が、学説から厳しく批判されており、現在の判例動向にも背く東京地判2001・5・31判時1773号36頁（以下、「01年判決」と略す）に全面的に依拠していることの確認と、それゆえの問題性の指摘である。

を概観するには、木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社、2007年）3-66頁、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）174-235頁が有用である。

(13) 「はずの」を挿入したのは、三菱樹脂判決は判断枠組の提示の場面では個別事案に即した比較衡量の必要性を論じておきながら（後述の【引用2】判示③）、事案の具体的検討の場面では一方の当事者の基本権を無視しているからである（判示④・⑤）。ただし、最高裁がそのように「お座なりな比較衡量」で満足できたのは、事案の解決としては、問題となった本採用拒否を留保解約権の行使と解釈して会社側の雇用の自由を限定し、元学生の不利益にも配慮するかたちで原審に審理のやり直しを命じたからであると解される。ちなみに、この論点に関わる判示の部分では、最高裁は元学生の基本権に対して相応の配慮をしている。よって、三菱樹脂判決の「お座なりな比較衡量」を判例法理であるかのように一般化して利用することは、同判決の理解としては正しくない。

Ⅱ 本判決のポイント

本節では、①本件事案のポイントを示した上で、本判決における②私人間効力に関する判示と③本件事案の検討のポイントを整理する。

1 本件事案のポイント

(1) X側の個別事情

Xは1974年に日本で出生し、小学校から大学まで日本で教育を受け、日本の会社に就職し、現在は同社の代表取締役を務めている。また、2018年10月に日本に帰化している（本判決2頁）。よって、本件入会申込みの時点で、「生活様式や行動様式、習慣、慣習等が日本人と異なる」（次項で言及するYの「本件申合せ」を参照）可能性は著しく低いものと解される。なお、Xは元の国籍を公表せずにゴルフ仲間と親しく交流を続けていたことから、そのことは強く推認される（Xの「陳述書」甲第11号証4頁）。また、本判決を読むかぎり、YはXについて、生活様式等が日本人と異なることを何ら主張・立証していない。

(2) Y側の個別事情

Yが運営する「愛岐カントリークラブ」は50年以上の歴史があり、2012年「ぎふ清流国体」のゴルフ競技（女子）の会場になるなど、様々な選手権競技の会場になっている（1999年日本学生選手権、2016年日本ミッドシニア選手権、2018年中部インタークラブ選手権、2019年日本スポーツマスターズ選手会（女子の部）等）。会員数は2021年8月の時点で1580名である。2022年には全体の会員数の1割を超す規模（200口）の新規会員募集を行っている（甲第1号証）。同ゴルフクラブ・ホームページ上の「クラブの歴史」は過去に開催された各種競技会を列挙するとともに、自らの伝統と格式を誇つ⁽¹⁴⁾ている。

Y の規約は、「本クラブはゴルフを通じて会員の体位及び品格の向上を図り併せて内外人間の友誼と国際親善の増進を図るを以て目的とする」と定める一方（2条。下線は引用者のもの）、外国籍（元外国籍を含む。以下同じ）の者には会員資格を認めない旨の規定は規約・細則のいずれにも存在しない。外国籍の会員数に上限を設け、この枠に空きが出た場合にのみ新規の入会を認めるという理事会の申合せ（以下、「本件申合せ」と略す）があるが、本件申合せの内容は一般に公表されていない（本判決3-5頁）。本件申合せの存在理由としてYは、「外国籍の会員が多くなると一般的に生活様式や行動様式、習慣、慣習等が日本人と異なることから、クラブを設立した当初の雰囲気が変わってくるため」と説明している（本判決8頁）。

2 本判決における私人間効力に関する判示

本判決は、基本権の私人間効力の論点に関して、次のように判示している（読みやすさを考慮して適宜改行した。①等の記号は引用者が付したもの。**【引用1】**の①の内容を「判示①」という略語で指示する。判例からの引用については以下でも同様の方法で行う）。なお、本判決の私人間効力に関する判示部分は、Vで検討する01年判決の「請け売り」であると評価できる。同判決の私人間効力論は**【引用4】**として示しておいたので、必要に応じて本判決の判示と比較対照して頂きたい。

【引用1】本判決の私人間効力論（本判決12-13頁）

- ①憲法上の基本権保障規定の定める個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に関する関係においては侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるが、憲法14条1項の規定は、私人相互の関係を直接規律するものではない。国際人権規約B規約26条も同様に私人間の関係を直接規律するものではない。
- ②そして、私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけ

(14) <http://www.aigi-country.com/history/> (2023年8月6日最終アクセス)

るその対立の調整は、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容し得る限度を超える場合にのみ、法がこれに介入しその調整を図ることが許されるというべきである。

- ③したがって、団体を結成する者及び結成された団体は、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、特定の団体が、その団体に構成員として加入することを希望する者について、その者の現在又は過去の国籍によって、構成員となることを制限したとしても、そのことが直ちに公の秩序に反するものではなく、その行為を直ちに民法上の不法行為に当たる違法な行為であると評価することはできない。
- ④そして、私人である団体は、結社の自由が保障されており、それにもかかわらず、新たな構成員の加入を拒否する行為を民法709条の不法行為に当たるとすることは、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、
- ⑤このようなことが許される場合は、結社の自由を制限してまでも相手方の平等の権利を保護しなければならないほどに、相手方の平等の権利に対して重大な侵害がされ、その侵害の態様、程度が憲法の規定の趣旨に照らして社会的に許容し得る限界を超えると見えるような例外的な場合に限られるものと解するのが相当である。

3 本判決における本件事案の検討

本判決の基礎となった主要な事実と本判決の評価を整理しておく（本判決13-14頁。(A)の内容を「認定A」と略す）。

- (A)本件入会拒否は専らXが元外国籍であることを理由とするものというべきである。
- (B)Yの会員数は約1500名に及び、本件ゴルフ場では全国規模の大会も開催されていることが認められる。

- (C) Yにおいては、㊦会員となるために正会員2名の紹介を得て入会の申込みをした上で理事会の承認を得る必要があり、㊧Yの役員は基本的に無報酬の名誉職であることからすれば、㊨Yは会員同士の人的つながりが強く、会員による自主的な運営が行われている閉鎖的かつ私的な団体ということができる。
- (D) Xが会員となれない場合でも、会員の同伴又は紹介があれば本件ゴルフ場でプレーできる。また、Xは他のゴルフ場の会員でもあり、本件ゴルフ場でプレーしなければならない特別な理由もない。
- (E) ゴルフは一般的なスポーツであり、人間の幸福追求や人格形成に資する面があることは否定できないものの、社会生活を営むに当たって必要不可欠なものとはいえない。

要約すると、本判決は判示⑤の判断枠組に基づき、以下の理由からXの請求を斥けたことになる。会員数が1500名以上で、会員権が不特定多数を対象として市場で売買されているにもかかわらず、㊦入会時に理事会承認を必要とし、㊧無報酬の役員が運営しているので、㊨Yは「閉鎖的かつ私的な団体」である(認定C)。一方、Xは別のゴルフ場の会員であり、非会員としては本件ゴルフ場でもプレーできるし(認定D)、ゴルフをする自由は人格的生存に必要な基本権ではないので、法的に保護すべき理由に乏しい(認定E)。

ちなみに、認定CはYの主張の完全な「請け売り」であり、裁判所にYの主張の妥当性を吟味する姿勢は一切見られない(本判決8頁のYの主張と13-14頁の判示を比較せよ)。その理由は、判示③で団体の目的・規模等を一切問うことなく、結社の自由の名の下で団体一般に対して、構成員の選択に関するフリーハンドを与えてしまったからであると解される。本判決は結果として、「原告が元外国籍であることを理由としてその入会を制限することに合理的な理由があるかには疑念もある」(本判決14頁)としながらも、個別事情に基づく丁寧な比較衡量を行う必要性を認めていないため、「本件入会拒否が違法なものとは認められない」との結論へと至った。

以上のとおり、判示③が個別事情に配慮した比較衡量の必要性を事実上排除する役割を果たしており、それが本判決の帰趨を制していることを確認しておきたい。

Ⅲ 私人間効力問題を考える視点

本節では、現在の学説の理論水準を踏まえて、私人間効力問題に関する先例として一般に評価されている三菱樹脂判決を再検討した上で、私人間効力問題の妥当な解決を導くのに必要な分析方法と論証作法を提案することにした。

1 三菱樹脂判決の間接効力説とその問題点

私人間効力問題について三菱樹脂判決は間接効力説の立場をとったものとして一般に説明される⁽¹⁵⁾。該当部分を引用しておこう（①等の記号は同前。下線は引用者によるもの）。

【引用 2】三菱樹脂判決（民集27巻11号1543-45頁）

①憲法の右各規定は、同法第3章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。……①私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合のみ、法がこれに介入しその間の

(15) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）114頁、長谷部恭男『憲法 第8版』（信山社、2022年）131頁、辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』（信山社、2018年）72頁（工藤達朗執筆部分）、赤坂・前掲注（6）367頁等。

調整をはかるといふ建前がとられている。

- ②私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり、このような場合に私的自治の名の下に優位者の支配力を無制限に認めるときは、劣位者の自由や平等を著しく侵害または制限することとなるおそれがあることは否み難いが、そのためにこのような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない。
- ③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越するときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。
- ④憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等を保障すると同時に、他方、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである。
- ⑤企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない。

同判決は学説からは、「本判決で示された最高裁の見解は、試用期間の法的性質に関する部分を除けば、労働法学のみならず、憲法・民法学においても学説上の支持をほとんど受けていない」、⁽¹⁶⁾「間接効力説に本来の対立利益の衡量調整が示されておらず……本判決は無効力説に立つという理解も有力である」等の厳しい評価を受けている。⁽¹⁷⁾ただし、ここで確認したいのは、間接効力説をとれば、個別の事案について機械的に一定の結論が出るわけではないことである。

最高裁は民間企業的女子若年定年制が問題となった事件（日産判決）では、三菱樹脂判決と同様、間接効力説の判断枠組を用いながら（ただし、三菱樹脂判決を先例として引用していない）、三菱樹脂判決と異なり、私人間における基本権保障を主張する側の請求を認めている。札幌地裁は民営公衆浴場が外国人（元外国籍の日本国民を含む）の入浴を拒否した事件で、間接効力説の判断枠組を用いながら、原告らの請求を認容した（小樽市外国人入浴拒否事件。札幌地判2002・11・11判時1806号84頁。以下、「入浴拒否判決」と略す）。一方、私人間における基本権の対立が争点となった事案でも、最高裁は私人間効力の問題に立ち入ることなく、事案を解決する場合も多い。⁽¹⁸⁾以上のおおりに、三菱樹脂判決を「錦の御旗」のように掲げれば、基本権の私人間効力が問題となる事案を解決できるわけではない。この認識こそ、私人間効力問題を考える際の出発点になるべきである。

入浴拒否判決は控訴審でも認容され（札幌高判2004・9・16 LEX/DB25421353）、最高裁も「三行判決」で上告を斥けており（最判2005・4・7 LEX/DB25421354）、学説からの評価も高い。⁽¹⁹⁾よって、現在の私人間効力問

(16) 浜村彰「採用の自由、試用期間の法的性格」唐津博・和田肇編『労働法重要判例を読む』（日本評論社、2008年）25頁。

(17) 川岸令和「私法関係と人権」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣、2019年）23頁。野坂・前掲注（7）76-77頁も近年の学説動向を踏まえつつ、本判決の立場は無効力説であると評価する。

(18) 前掲注（6）を参照。

(19) 棟居快行『憲法フィールドノート（第3版）』（日本評論社、2006年）16頁は、「私人間での外国人の契約差別一般については画期的といってよい判決」と評して

題を考える上での重要判決として評価できる。また、同判決は、本件事案との関係でも参考になるので、その概要を説明しておく。アメリカ国籍を有するX1とアメリカ国籍を有していたが日本に帰化したX2が、私人であるYの経営する公衆浴場に入浴しようとしたところ、外国人であることを理由に入浴を拒否されたことについて、本件入浴拒否は、憲法14条1項、国際人権規約B規約26条、人種差別撤廃条約5条・6条等に反する違法な差別であるとして損害賠償等を請求した事件である。

札幌地裁は、間接効力説をとることを明らかにした上で、次のように判示した。本件公衆浴場は、「公衆浴場法による北海道知事の許可を受けて経営されている公衆浴場であり、公衆衛生の維持向上に資するものであって、公共性を有するものといえる。そして、その利用者は、相応の料金の負担により、家庭の浴室にはない快適さを伴った入浴をし、清潔さを維持することができるのであり、公衆浴場である限り、希望する者は、国籍、人種を問わず、その利用が認められるべきである」。他の利用者に迷惑をかける利用者に対しては、利用拒否が認められるのは当然であるが、X1等についてそのような恐れは全くうかがえなかった以上、「外国人一律入浴拒否の方法によってなされた本件入浴拒否は、不合理な差別であって、社会的に許容しうる限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為に当たる」（下線は引用者によるもの）。

2 「法的三極関係」の構図の下での事案分析の必要性

三菱樹脂判決の【引用2】判示③と入浴拒否判決の下線部にも示されているとおり、基本権の私人間効力が問題となる事案を解決する上で最も重要なのは、どのような場合に「社会的に許容しうる限度」を超えたと判断されるのかという点である。ただし、判例動向からは、何らかの確立した基準や一貫性のある判断方法を読み取りにくいことは、前項で確認した

いる。憲法学者による肯定的評価の例として参照、近藤敦「判批」法学セミナー585号(2003年)112頁、江島晶子「判批」判例セレクト2003(憲法4)6頁等。

とおりである。そこで、憲法学の現在の議論状況を参考にすることにしたい。

憲法学界では近年、ドイツの基本権保護義務論を援用して間接効力説を再構成する学説が有力になっている。間接効力説の法的構成のあり方に関する学説の対立は別にして、私人間効力問題を「法的三極関係」という構図の下で検討する方法は、現在の憲法学説において広く受け入れられているものと解される。以下では、基本権保護義務論を援用する論者の説明を借りて「法的三極関係」の構図について説明した上で、⁽²⁰⁾この構図は基本権保護義務論への賛否とは関係なく、事案の分析と解決に利用可能であることを確認する。

基本権保護義務論は、国家が個人の基本権を保護する作為義務を負うことを前提にして、仮に立法が最低限の保護の提供を怠っている場合には、裁判所が国家の機関として保護を与える責務を負うと説明する。たとえば、私人 A の基本権が私人 B の行為によって侵害されているとしよう。基本権保護義務論によれば、この問題は、国家と私人 A・B との法的三極関係として理解できる。そして、①国家は B の侵害から A の基本権法益（たとえば法の下での平等）を保護すべき作為義務を負う一方（過少保護の禁止）、② A の基本権保護を理由とする国家の介入に対して B も自らの基本権（たとえば営業の自由）を援用できるので、国家は B の基本権を過度に制約してはならないことになる（過剰介入の禁止）。

以上のとおり、基本権保護義務論は、私人間効力の問題を私人たる両当事者と国家の三極関係としてとらえ、立法府は立法を通じて、裁判所は私法の一般条項の解釈を通じて、双方の私人の基本権法益を調整すべきと考える点に特徴がある。この考え方を採用すると、私人間効力問題は次のように再構成できる。

国家機関の行為によって私人 A の基本権が侵害された場合、国家機関

(20) 小山剛「私人間における権利の保障」高橋和之・大石眞編『憲法の争点（第3版）』（有斐閣、1999年）54頁以下。

は基本権の主体ではないので、基本権を援用できない。そのため、公権力による基本権侵害の場合は私人間効力の問題は生じない。私人Aと私人Bはそれぞれ基本権の主体なので、私人間効力問題が生ずる。その際の事案解決のために必要な分析・論証のポイントは、①個別事情に即した各自の基本権の選定と、②各自の基本権主張の「強さ・弱さ」を決める個別事情の認定である。三菱樹脂判決をぼんやり読むと、対公権力との関係での基本権保障と私人間における基本権保障の問題を峻別しているかのように読めるが（【引用2】判示①）、法的三極関係の構図の下ではそのような「理論的問題」は棚に上げて、①と②の問題を丁寧に検討すればよいことになる⁽²¹⁾。

このような観点から、従来は「国家行為 state action」の問題として議論されてきた事柄も、②の問題として再構成できる。必要経費のほとんどを公的補助金に依存している民営の体育館Bが外国人Aの利用を拒否した場合、Bは純然たる私人の立場で基本権を援用することはできない。Bが純然たる私人と同様の基本権保障を求めるのであれば、公的補助金を辞退すればよい。よって、私人Aは私人Bの「公的性格」の有無・強弱をBの基本権主張を弱める理由として利用できる。

なお、日本の憲法学説はこれまで、主にアメリカとドイツの憲法判例と学説を参考にしつつ、私人間効力問題を議論してきた。ただし、日本国憲法の下で私人間効力問題を考える場合、長谷部恭男による次の指摘を前提にする必要がある。長文になるが重要な指摘なので、該当箇所を全文引用する。

(21) 判例動向からも、「対公権力と私人間の峻別論」を取るか否かという問題が、事案解決を導いているわけではないことがわかる。そもそも日本国憲法は私人間での適用を想定した条文を用意している憲法であり（15条4項、18条、28条等）、条文の文言上も経済的自由に対する広範な規制を容認する憲法なので（22条1項、29条2項）、そのような憲法の下で峻別論が当然に成立すると主張するためには、理論的に相当の準備が必要はなはずである。本節の3で強調するとおり、民法2条が存在するのだから尚更である。

私人間効力論が果たす役割には国によって違いがある。ドイツでは、憲法問題は憲法裁判所によって独占的に解決される一方、憲法裁判所が民事裁判をコントロールするには、私法の解釈・適用が憲法問題を提起すると主張する必要がある。民事法の大部分が州法の管轄であるアメリカ合衆国でも、連邦最高裁が民事事件の裁判官をコントロールするには、当該事件では「国家行為」、つまり州の行為（state action）の合憲性が問題になっていると主張する必要がある。state action の法理は元来は、合衆国憲法第14修正にもとづいて連邦議会が立法によって関与し得るのは、「州」による人種差別行為を是正するためであって、私人による人種差別行為は各州法が処理すべきであるという連邦と州との権限配分に関する法理であり（Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883))、だからこそ、憲法の制約を免れるために州政府が本来自身で果たすべき機能を私的機関に委譲しようとするときは、私人の行為を州の行為と見なして憲法の制約を及ぼす必要があった。アメリカ特有の文脈で生まれたこの法理が日本法に与え得る示唆は限定されている。

他方、日本では最高裁判所が私法の最終的有権解釈機関でもあるため、憲法上の争点の有無は、最高裁判所が下級裁判所の裁判をコントロールするにあたって、必要不可欠な論点ではない。日本の最高裁が、私人間効力の問題について明瞭な議論を展開してこなかった背景には、こうした国ごとの私人間効力論の役割の違いがあった可能性がある。もっとも、私法上の特定の論点がコントロールの対象であることを強調しようとするとき、最高裁は、当該論点が憲法の解釈・適用上の問題を生じさせると明言することもありうる⁽²²⁾であろう。

私人間効力問題について日本でも「国家行為」の理論を参考にできると考える立場も有力であるが、その当否は別にして、日本では、アメリカ連邦最高裁の判例のように「国家行為」の有無が事案解決の帰趨を決めるわけではなく、公権力との関わり合いの程度や公的機能の行使等の事情は、

(22) 長谷部・前掲注(15) 137-138頁。

(23) 芦部・前掲注(15) 118-119頁。ただし、芦部は最晩年にはこの見解を修正したとの指摘がある。宍戸・前掲注(11) 99頁。

裁判所が「過剰介入の禁止」に該当するか否かを判断する際の考慮要素とすれば足りる。すなわち、個々の事案における公的関与の方式・程度や私的団体が担う公的機能の性質を個別具体的に判断して、私的団体の側の基本権主張の強弱を認定し、相手方の私人の基本権主張と丁寧と比較衡量すればよいことになる。

以上のとおり、基本権保護義務論に基づく法的三極関係の構図は、私人間効力問題を考える上で有用であるが、木下智史も指摘するとおり、「裁判所の判決作用において、当事者双方の主張している利益を十分考慮することは、具体的紛争の第三者的裁定機関として当然の作用であり、基本権保護義務を承認しなければ導き出せないとは思われない。私人間の紛争において、裁判所が当事者の権利について、過剰介入と過少保護が禁止されるということは、結局は、裁判所に十分な利益衡量を行うべきことを要請しているにすぎない⁽²⁴⁾」。よって、私人間効力を認める法的構成をめぐる現在の学説の「燃える論争」に立ち入る必要がないことは、前述のとおりである。

3 解釈基準としての民法2条の重要性

日本法の特徴として、民法の解釈基準を定める民法2条が、「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」と明記していることに注意が必要である。日産判決が、「就業規則中女子の定年年齢を男子よりも低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法90条の規定により無効であると解するのが相当である(憲法14条1項、民法1条ノ2参照)」と判示したのは、民法2条(当時民法1条ノ2)の「両性の本質的平等」という文言を意識したものであると解される。労働法学者の林弘子によると、男女コース別制に関して、「憲法14条の趣旨には合致しないが、当時の公序良俗には違反

(24) 木下・前掲注(12)48頁。

しない」と判示した一連の判決（林はこのような考え方を「時代制約説」と呼ぶ）には、「いずれも民法1条ノ2をまったく援用しないという共通点」がある。結果として「憲法14条と民法90条が切断され、憲法上の基本権規定の私人間への適用を認めない無効力説と等しくなっている」と林は批判⁽²⁵⁾している。民法2条の存在を意識することの重要性を再確認させる指摘である。

民法2条は「個人の尊厳」も掲げている以上、私人の行為であっても、別の私人の「個人の尊厳」を冒す行為は憲法の該当条文及び民法2条によって違法となる。この問題との関係で興味深い民法解釈論が横山美夏によって示されている。横山は、民法570条の瑕疵担保責任に関し、売買の目的物である建物で自殺や他殺があった事実を「建物にまつわる嫌悪すべき歴史的背景」として瑕疵に当たるとする裁判例が存在すること（裁判所は近年、瑕疵の認められる範囲を拡大する傾向にさえあること）に対して、「不慮の死であれ自殺であれ、個人がそれぞれの人生を生き抜いた結果としての死につき、特定の態様の死に対する嫌悪を裁判所が正当とすることは、それぞれの生が等しく価値を有するとする、個人の尊重（憲法12条・13条）ないし個人の尊厳（民法2条・憲法24条）に反しないのかという疑問が生ずる」と述べる。そして、「民法2条は、個人の尊厳に反する社会通念が存在する場合に、契約の解釈にあたって、当事者が前提とする社会通念を考慮しないというかたちで、契約の解釈を規範的に調整する役割を果た⁽²⁶⁾うように思われる」と論ずる。

以上のとおり、「個人の尊厳」に反する私人の行為については、基本権の私人間効力の問題を論ずるまでもなく、民法2条を解釈基準とする民法⁽²⁷⁾解釈のレベルで解決できるのが、日本の法制度の特徴である。三菱樹脂判

(25) 林弘子「住友電工地裁判決鑑定意見書と残された課題」労働法律旬報1529号（2002年）28頁以下。

(26) 横山美夏「個人の尊厳と社会通念」法律時報85巻5号（2013年）11頁以下。

(27) 民法学者の中村哲也もこの点を強調する。同著『民法理論研究』（信山社、2016年）315-324頁。

決の間接効力説に関する判示を漫然と引用するだけで、民法2条が明文で定める「個人の尊厳」や「両性の本質的平等」の保護の要請をシリアスに受け止めない判決は、私人間効力問題に関する憲法学説の現在の理論水準のみならず、民法が明文で定める解釈基準をも無視していることになる。

4 私人間における基本権保障に関する「論証作法」

以上で概観した学説の理論水準を踏まえて、私人間効力問題に関する法的論証の「作法」を示すが、その前提として考慮すべき事柄について、若干の説明をしておきたい。

三菱樹脂判決は学説上、私人間効力問題の先例として扱われるわりには、私人間の基本権対立が争点となっている事案でも裁判所が同判決を引用しないことはしばしば指摘される⁽²⁸⁾。そのため、三菱樹脂判決の「先例としての意義は、本来私人間には妥当しない憲法の私人間への及ぼし方を示したというよりも、対公権力の関係と私人相互とで憲法の妥当性の違いを示した⁽²⁹⁾」点にあると理解すべきとの議論がある。三菱樹脂判決の評価としては基本的に妥当であると解するが、具体的な事案を検討する際、「対公権力の関係と私人相互とで憲法の妥当性の違い」を無反省に一般論として受け入れるのは誤りであることを強調しておきたい。日本法には民法2条が存在するので、私人間における基本権対立は、「憲法の妥当性」のみによって解決される問題ではないからである。前述した横山の問題提起は、この点を明快に示している。

そこで、「対公権力の関係と私人相互とで憲法の妥当性の違い」を一応前提としつつも、それを絶対視すべきではないとする学説の議論を瞥見しておこう。奥平康弘はかつて、私人間効力問題は「仮象問題」であると断じたが、その際、私人による侵害と公権力による侵害との間に差異はあるとしても、「通説が考えるほどには、私人による侵害は複雑多岐にわたり、

(28) 前掲注(6)と(7)および対応する本文を参照。

(29) 佐藤幸治『日本国憲法論(第2版)』(成文堂、2020年)189頁。

とうてい憲法規範では応対できるものではない、といったものではないし、「基本権規定適用からくる解釈問題のむずかしさという点で言えば、公権力に対する場合だってむずかしさはついてまわる」との疑問を提起し⁽³⁰⁾た。

長谷部恭男も、私的自治があるのでモラルティに関わる問題でも私人同士が自由に決定できる領域は認めざるをえないが、「それにしても社会的な許容性の限度はある」と述べ、基本権の保障について、対公権力の場合と私人間の場合とで、「裁判所にすべき役割に根本的な違いがあるわけではない」と論じている⁽³¹⁾。外国に目を向けると、イギリス憲法との関係で憲法上の権利の可能性を探究するカイ・メラーが最近、奥平の疑問と同様の議論をしていることが注目される。メラーは次のように論ずる。憲法上の権利を個人の自律に基礎付けるならば、主要な関心事は、潜在的侵害者のアイデンティティー（国家か私人か）ではなく、憲法上の権利の主体が自らの生をどの程度までコントロールできるのかという問題になる。国家と私人で侵害方法は異なるのだろうが、侵害の効果は同じである。いずれにしても、自らの生に対する個人の自律的決定に対する一定の制約なのだか⁽³²⁾ら。

三菱樹脂判決の【引用2】判示①をぼんやり読むと、私人が法の下での平等や思想・良心の自由が侵害されたと主張して訴訟を提起した場合、㊦侵害者が公権力であれば、事案に即した比較衡量を行わずとも妥当な結論が容易に導き出せるが、㊧侵害者が私人であれば、慎重な比較衡量を必要とするとの峻別論にも読めるが、奥平・長谷部・メラーの指摘を待つまで

(30) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）85-86頁。

(31) 松本和彦ほか「座談会・日本国憲法研究第12回・私人間効力」ジュリスト1424号（2011年）75頁。

(32) Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2012) p. 35. なお、1998年人権法の制定以降、それ以前は私人間効力問題を論じてこなかったイギリスの憲法判例・憲法学説が「水平的効果」の名の下で私人間効力問題を「それなりに熱く」議論していることについては、愛敬・前掲注（3）16頁を参照。

もなく、そのような理解は馬鹿げている。公権力による侵害の場合でも、個別事案に即した比較衡量が必要とされることは、『憲法判例百選』に収録された判決をいくつか読めば、直ちに理解できる事柄である。三菱樹脂判決が判示①で㉗と㉘を峻別するかのような議論をしたのは、公務員については採用段階においても信条差別を許さない明文規定（国家公務員法27条、地方公務員法13条）が存在したからであり、この判示部分を無反省に一般化するべきではない。この点を最近の最高裁判決を参考にして説明したい。

戸籍上は男性だが女性として暮らすトランスジェンダーの経済産業省の職員が女性トイレの使用を不当に制限されたのは違法であるとして提起した訴訟において、最高裁第三小法廷は全員一致で、この制限に問題はないとした人事院の判定を違法と判断した。その際、最高裁は当該職員の個別事情や経産省側の具体的対応を評価した上で、「本件判定部分に係る人事院の判断は、本件における具体的な事情を踏まえることなく他の職員に対する配慮を過度に重視し、上告人の不利益を不当に軽視するものであって、関係者の公平並びに上告人を含む職員の能率の発揮及び増進の見地から判断しなかったものとして、著しく妥当性を欠いたものといわざるを得ない」と判示した（最判2023・7・11 LEX/DB25572932 以下、「トイレ使用判決」と略す）。

本判決はあくまでも公務員関係のものであって、民間企業の場合は被用者の個別事情や会社側の具体的対応を一切考慮せず、「私人間に基本権の保障は原則及ばない」という一般論で被用者の請求を斥けられるのだろうか。新聞報道によると、LGBT理解増進法に慎重な保守系自民党議員らでつくる「全ての女性の安心・安全と女性スポーツの公平等を守る議員連盟」が本判決はあくまでも「事案判決」であり、一般論に拡大させてはならないと主張する声明を⁽³³⁾発したとのことだが、同議連が私人間効力論に訴えない事実からみても、形式的な私人間効力論によって本判決の射程を限

(33) 朝日新聞2023年7月20日朝刊。

定する議論の説得力は乏しいことがわかる。以上のとおり、三菱樹脂判決を前提にした従来の私人間効力論をぼんやりと学習していると、奥平・長谷部・メラーの議論に違和感を持つのもかもしれないが、彼らの議論はここで概説した当然のことを指摘しているに過ぎない。繰り返しになるが、民法2条が民法の解釈基準として存在する日本法の下では、尚更である。

これまでの考察を踏まえて、本件事案を法的三極関係として構成するならば、問題は次のように構成されるはずである。①Xに対する入会拒否は、裁判所が私法の一般条項を介して救済を与えるべき、重大な基本権侵害か否か、②裁判所がXを救済する判決をした場合、Yの基本権を過度に制約しないか。以上の2点を事案に即して比較衡量した上で、①の利益のほうが優越する場合、本件入会拒否は、「社会的に許容しうる限度」を超えるものとして違法と判断されることになる。若干敷衍すると、①については、私人間効力問題とは別に、民法2条との関係で本件入会拒否が「個人の尊厳」に反するか否かが検討されなければならない。②については、Yが援用できる基本権を個別事情に即して確定し、その基本権主張の強弱を個別事情に即して評価する必要がある。いずれにしても、私人間効力問題を抽象的に論じるだけで、個別事情を精査せず、対立利益の比較衡量を丁寧に行わない判決は、法的議論としては杜撰であると評価すべきであろう。

IV 本判決の問題点

以上の検討を踏まえて、本節では、本判決の問題点を検討する。

1 本判決が採用する間接効力説の問題点——三菱樹脂判決との比較

私人間効力に関する本判決の判示は、VIで紹介する01年判決の「請け売り」であるが、三菱樹脂判決の間接効力説を黙示的に前提にしているもの

と解される⁽³⁴⁾。しかし、本判決は三菱樹脂判決と比べても、Xの基本権に対する配慮を欠いた判断枠組を採用している。

三菱樹脂判決は【引用2】判示③にあるとおり、間接効力説の枠組の下、特段の立法措置がない場合でも、民法の諸規定の「適切な運用」によって、私人間における基本権保障が確保できるというものである。すなわち、三菱樹脂判決は私人間にも基本権の保障が及ぶことを間接効力説の枠組で一応認めた上で、事案に即して当事者の基本権の比較衡量を行い、一方の行為が「社会的許容性の限度」を超える場合、違法と判断するという論理展開になっている。一方、本判決は01年判決と同様、三菱樹脂判決の【引用2】判示①のみを引用しているため、【引用1】判示②からは「基本的な自由や平等の利益を保護し」(【引用2】判示③の下線部)という文言が落ちており、Xの基本権に対する配慮が一切示されていない。そして、「社会的許容性の限度」を超えなければ、私人間効力問題を論ずるまでもないという論理構造になっている。

三菱樹脂判決は、雇用契約成立後は信条差別を許さない法制度(労基法3条)を前提にしつつ、「企業における雇傭関係が、単なる物理的労働力の提供の関係を越えて、一種の継続的な人間関係として相互信頼を要請するところが少なくなく、わが国におけるようにいわゆる終身雇傭制が行なわれている社会では一層そうであることにかんがみるときは、企業活動としての合理性を欠くものということとはできない」というように、日本の雇用関係・雇用慣行の特性を考慮して企業側の雇用の自由を正当化している。三菱樹脂判決は労基法3条や日本の雇用慣行等の個別事情と無関係に「野放図の自由」としての雇用の自由を認めたわけではない⁽³⁵⁾。一方、本判決は、結社の目的・規模等を一切問うことなく、結社は構成員の選定に関

(34) 01年判決は三菱樹脂判決を明示的に引用している。後述の【引用4】判示②を参照。一方、本判決の【引用1】判示②は01年判決の判示②と同様であるにもかかわらず、三菱樹脂判決への言及をなぜか落としている。

(35) 「野放図の自由」という表現は、後掲注(39)で引用した野村晃の指摘を意識したものである。

してほぼ完全な自由（＝野放図な自由）が保障され、国家権力が個別的救済を行うことは結社の自由の侵害に当たるとの立場を採用している（【引用1】判示③・④）。以上のとおり、本判決の採用する間接効力説は、三菱樹脂判決のそれと比べても、団体と個人間の基本権の調整について、前者にとって不当に有利で後者にとって著しく不利な判断枠組を採用していると評価できる。

2 「閉鎖的かつ私的な団体」という評価の妥当性

三菱樹脂判決が学説から厳しく批判され、実質的な無効力説であると評価されるのは、【引用2】判示③で間接効力説の判断枠組を示しておきながら、判示④の下線部以降は、企業側の経済的自由の保障の重要性のみを論じ、学生側の思想・信条の自由や法の下の平等の保障の必要性について一切触れないからである。本判決は、本件事案の検討において（認定C～E）、①被告が「閉鎖的かつ私的な団体」である一方、原告側の事情については、②被告ゴルフ場でプレーする法的利益は認められず、③ゴルフをする自由は人格的生存に不可欠な基本権ではないと判示しているので、三菱樹脂判決と異なり、事案の検討の場面で当事者の基本権の調整を一応しており、前項で批判した判断枠組における「人権軽視」も治癒されるとの弁明は可能であろうか。私は受け入れる余地はないと考える。

第一に、本判決は個々の結社の目的・規模を問わず、㊦新会員に関する理事会の承認と㊧無報酬の理事による自主的運営があれば、「閉鎖的かつ私的な団体」に当たると判断しているものと解されるが（認定C）、団体の規模が1万人（あるいは10万人）を超えても、㊦と㊧の要件さえ充足すれば、「閉鎖的かつ私的な団体」であると強弁するつもりなのだろうか。もしそう考えないのであれば、㊦と㊧の要件のみでは、「閉鎖的かつ私的な団体」か否かを決定できないことになる。そこで、私人間効力問題に関する常識的な前提に立ち戻って、団体側の「差別する自由」が容認される理由を確認しておきたい。

私立大学の旅行サークルの構成員のうち女子学生A～Eの5名が韓国旅行を計画したとして、同じサークルの構成員である男子学生Fが同行を求めたところ性別を理由として拒否された。A等の拒否は性別による差別(憲法14条1項)として違法になるのか。そんな馬鹿なことを考える憲法学者は存在しない(はずである)。では、伝統と格式があり地域の財界人の多くが会員であるゴルフクラブが性別を理由として女性実業家Gの入会を拒否した場合も、旅行サークルの事案と同様に考えるべきか。そのように考える憲法学者や法律家がいいたとしたら、現代社会における法の下の平等に関する理解不足を非難されて当然であろう。⁽³⁶⁾しかし、驚くべきことに、本判決はそのように考えているようだ。

第二に、本判決は当事者が援用できる基本権の内容を然るべく検討していない。たとえば、特定の政治的主張を行う政治団体や出版社、あるいは、特定の信仰に基づく宗教団体や出版社であれば、団体の規模にかかわらず、自らの政治的主張や信仰を受け入れない者を排除することも認められるであろう。前者は政治的結社の自由(憲法21条)、後者は宗教的結社の自由(憲法20条)を援用することができるからである。一方、ゴルフクラブが一般的に援用できるのは、経済的自由(営業の自由・契約の自由)であろう。「現代においては、経済的自由はむしろ社会的に拘束を負ったものとして、法律による規制を広汎に受ける人権と理解されている」⁽³⁷⁾というのが学説の一般的理解であり、最高裁も精神的自由と異なり、経済自由に対しては広範な法的規制が認められると判示している。⁽³⁸⁾よって、具体的な法律による個別的規制がないからといって、経済的自由から当然に、企業等の団体側の無制約な自由を帰結できるわけではない。⁽³⁹⁾

(36) 新聞報道によれば、2021年の東京オリンピックの際、ゴルフ競技の会場となった霞ヶ関カンツリー倶楽部に対して、国際オリンピック委員会はオリンピック憲章に抵触するとして女性を正会員に認めない規則の改善を求め、規則は変更された。朝日新聞2022年5月14日朝刊。

(37) 芦部・前掲注(15)233頁。

(38) 最大判1972・11・22刑集26巻9号586頁(小売市場判決)等。

民法学者の山本敬三は、「外国人であることを理由とした差別は、外国人という人格の一属性を理由とした不利益の賦課である以上」、民法の問題として人格権侵害が問われる事案であり、「かりにゴルフ場を私的な社交団体と位置づけたとしても」、「各人が親密な交際を楽しむことは自由だとしても、それによって他人の人格権を侵害することまでただちに正当化されるわけではない」と論じている。⁽⁴⁰⁾ Yとしては、我がクラブは単なる「私的な社交団体」とは峻別される「閉鎖的かつ私的な団体」だと強弁する必要があるそうである。

しかし、前述のとおり、Yの実態を踏まえると、このような主張は馬鹿々々しいというほかあるまい。もちろん、前述の旅行サークルの例のように「親密圏」としての性格を有する団体については、憲法13条の幸福追求権に依拠して「親密な関係」の阻害要因となりうる者の入会・参加を拒否することも許されようが、会員数が1500名を超え、会員資格は不特定多数を対象として広く募集・売買されているゴルフクラブを「親密圏」と評価するのは非常識であり、端的に言葉の誤用というべきであろう。よって、Yが援用できる基本権は経済的自由のみであると解されるので、Xの個別的事情を斟酌せずに本件申合せを一律に適用することの妥当性が、Yの経済的自由に基づく具体的な基本権主張（元外国籍の者を含む外国人を一律に排除すべき営業上の理由等）との関係で問われることになる。

(39) たとえば、企業には雇用の自由があるからといって、一般の商事会社が採用面接の際、学生に対して異性関係の詳細や性行為の頻度等について質問することが許されるとは思えない。労働法学者・野村晃も指摘するとおり、「確かに、使用者は労働者を雇用するに当たって、原則として自由に決定することができるが、それは採否決定にかかわる裁量が野放しであることを意味するものではない」。同著「労働者の思想信条と言論の自由」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法 第6巻 労働者の人格と平等』(有斐閣、2000年) 134頁。

(40) 山本敬三「判批」判例評論525号(2002年) 11-13頁(判例時報1794号173-175頁)。

3 Xの基本権(侵害)の評価

本判決は、「ゴルフをする自由」をX側の基本権として認定し、ゴルフをする自由は人格的生存に不可欠な基本権ではないと判断している(認定E)。しかし、Xが侵害された基本権に関する本判決の認定は誤っている。本件事案で問題となっているのは、国籍及び元の国籍のみを理由とする入会拒否(差別的取扱い)が、憲法14条1項及び民法2条に違反するか否かである。「ゴルフというスポーツを楽しむ」という観点からXに生じた権利侵害を理解するのであれば、認定Dにあるとおり、Xは別のゴルフ場の会員であり、Yにおいても非会員の資格でプレーできるのだから、権利侵害の程度は低いといえるのかもしれない。しかし、このような説明に納得する者は、社会常識の欠如を嗤われて然るべきではないか。たとえば、アメリカの公民権運動の時代の座り込み運動の「闘いの場」となったのは、黒人の入店を拒否する民間のレストランやカフェ等であった⁽⁴¹⁾。認定Dの議論でXの請求を斥けられると考える者は、①「黒人は別のレストランやカフェでサービスを受けられるから、権利侵害の程度は低い」と信じていることができるくらいアメリカの人種差別の歴史について無知であるか、②戦前・戦後の日本社会において在日コリアンの人々が様々な差別を受けてきたことに関してまったく無関心であるかのいずれかである⁽⁴²⁾。

たとえば、ある地域で特別な伝統・格式を持つレストラン・ホテル・ゴルフ場等の施設が、当該地域の「セレブ celebrity」が好んで利用する場

(41) 座り込み(sit-in)運動についてはその歴史的背景を含めて、以下の文献を参照。本田創造『アメリカ黒人の歴史 新版』(岩波新書、1991年)187-229頁、上杉忍『アメリカ黒人の歴史』(中央公論社、2013年)123-138頁、ジェームズ・M・バーダマン(森本豊富訳)『アメリカ黒人史』(ちくま新書、2020年)220-235頁。

(42) 在日コリアンに対する法的・社会的差別の実態については、以下の文献を参照。大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』(東信堂、2004年)、田中宏『在日外国人 第3版』(岩波新書、2013年)、水野直樹・文京洙『在日朝鮮人 歴史と現在』(岩波新書、2015年)、樋口直人『日本型排外主義』(名古屋大学出版会、2014年)。

所である場合、同様の経済的・社会的条件にありながら人種・性別・国籍等を理由として当該施設の利用を拒否されたら、その者の受ける屈辱感⁽⁴³⁾は深刻なものであり、人格権侵害として何らかの法的保護を受けて当然ではないのか。Yは自ら伝統・格式を謳っており、2012年「ぎふ清流国体」のゴルフ競技（女子）の会場になるなど様々な選手権競技の会場になっている。よって、本件事案の個別事情を踏まえると、憲法14条の保障内容である「不合理な差別からの自由」というXの基本権に対する侵害は極めて重大であると解されるし、民法2条が解釈基準として掲げる「個人の尊厳」も無視されていると評価せざるをえない。

本件入会拒否が、「国籍による差別」ではなく、「元国籍による差別」であることにも留意が必要である。最高裁大法廷は国籍法違憲判決において、「自らの意思や努力によっては変えることのできない……事柄」を理由とする区別については「慎重に検討することが必要である」として、法令違憲の判決を出した（最大判2008・6・4民集62巻6号1367頁）。前述した奥平・長谷部・メラーの議論にあるとおり、公権力が私人かという侵害主体の差異に一定の意味があるとしても、それを絶対視すべきでないとするれば、国籍法違憲判決の前記判示は、本件事案とも深く関連するはずである。

現在の国籍は帰化によって変更できるが、元の国籍を変更する方法は存在しない⁽⁴³⁾。よって、国籍法違憲判決の前記判示に従うならば、本件入会拒否は、「自らの意思や努力によっては変えることのできない……事柄」を理由とする別異処遇なので、憲法14条1項に違反する不合理な差別であ

(43) 本文の議論は、「在日コリアンの人々が日本国民と同様の権利保障・法的処遇を受けなければ、帰化をすればよい」との主張につながる恐れもあるが、このような主張は、戦前・戦後の在日コリアンに対して日本政府と日本社会が行ってきた差別の実態を無視した説得力のない議論だと私は評価している。愛敬浩二「外国人の選挙権と『国民国家』」法学セミナー570号（2002年）21頁以下を参照。ただし、ここでの目的は、日本国籍を取得した者まで差別する私的団体とそれを容認する裁判官が現在も存在することへの驚き（怒り？嘆き？）を表明し、そのような立場は最高裁大法廷判決との関係でも正当化できないことを論証することにある。

り、民法2条の定める「個人の尊厳」に反しているので、Yが個別事情の下でそのような別異処遇をすべき特段の事情を主張・立証しないかぎり、Xの請求は認められることになる。ちなみに、民法学者の山本も、外国人差別は「相手方を個人として尊重することを拒否する」行為であり、人格権侵害に当たると論じた上で、「少なくとも、人格権侵害をもたらすような事由を理由とした差別的取扱いについては、それを正当化するより積極的な理由を要求すべき」と述べているので、元の国籍による差別についてはさらに積極的な理由が要求されるものと解される。

実は本判決でさえ、「原告が元外国籍であることを理由としてその入会を制限することに合理的な理由があるかには疑念もある」と述べている(本判決14頁)。よって、Yが第一審では議論の対象とならなかった「特段の事情」を出張・立証しないかぎり、Xの請求を斥けるのは著しく困難であるというべきであろう。仮にYが何らかの「特段の事情」を主張・立証した場合でも、X側の損害が重大である以上、Y側の事情は損害賠償額の算定の際に考慮すれば足りる。要するに、X側の不利益と比較衡量してそれを否定するに足る「特段の事情」を、Y側は主張・立証する必要がある。

この問題に関して棟居快行は、憲法14条1項後段列举事由に基づく差別については「対国家と対私人を区別する必要に乏しい」と述べた上で、女性差別や外国人差別については、「偏見そのままの『理由づけ』以外の、女性や外国人で具体的にどういふ不都合不利益が生じるのかを立証する必要に迫られることになる。在日韓国人であれば、他の日本人メンバーと言語や慣習でトラブルを生じる恐れはない。被告側は『立証』のしようがないだろう」と断じている⁽⁴⁵⁾。私も同感である。ともあれ、本件事案において

(44) 山本・前掲注(40)174-175頁。

(45) 棟居・前掲注(19)18頁。もちろん、外国人排斥を目的とする政治結社や女性蔑視を信仰の核心とする宗教団体であれば、話は別である。そんな秘密結社のようなゴルフクラブは存在しないという「常識」の枠内で、棟居は議論をしている(14-15頁)。

Y が主張・立証すべき「特段の事情」のハードルは相当に高いものと解される。

V ゴルフクラブの入会拒否に関する先例との比較検討

1 ゴルフクラブの入会拒否に関する先例

(1) 95年判決（東京地判1995・3・23判時1531号53頁）

本件は、在日コリアンの X が、自己が代表者を務める会社とゴルフ場を経営する Y との間のゴルフクラブ法人会員契約に関し、裁判上の和解で、X がプレーイング・メンバーたる地位を有することを確認したが、その後、X を登録者に変更するように申請したところ、Y は X の外国籍を理由として変更を認めなかったため、精神的損害を被ったとして損害賠償請求をした事案である。

同判決は、三菱樹脂判決の【引用2】判示①・③の要約を示して間接効力説の枠組で判断することを示した上で、「本件ゴルフクラブの会員及び法人会員の登録者の資格条件として日本国籍者であることを課すことについては、①ゴルフクラブの前記特質を前提にしても、②今日の社会通念の下では合理的理由を見出し難く、③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14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」と判示して、X の請求を認めた。

判示①に関連する判示を引用しておく。「④ゴルフクラブは、娯楽施設としてのゴルフ場の利用を通じて、会員の余暇活動の充実や会員相互の親睦を目的とする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いえる。⑤しかし、他方、今日ゴルフが特定の愛好家の間でのみ嗜まれる特殊な遊技

であることを離れ、多くの国民が愛好する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みれば、ゴルフクラブは、一定の社会性をもった団体であることもまた否定できない。⑥そうすると、ゴルフクラブは、自らの運営について相当広範な裁量権を有するものではあるが、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ず、その裁量には一定の限界が存すると解すべきであり、その裁量を逸脱した場合には違法との評価を免れないというべきである」。

判示①は判示④に言及しているものと解されるが、本判決の結論を導いたのは、間接効力説の下での個別事情に即した丁寧な比較衡量である。判示⑥は丁寧に比較衡量を行うという裁判所の態度表明であり、判示②③⑤のように時代の変化やX側の事情にも然るべく配慮をした判決になっている。なお、95年判決は原告勝訴を受けて和解に至っている。

(2) 01年判決（東京地判2001・5・31判時1773号36頁）

本件は、ゴルフ場を経営する株主会員制のゴルフクラブYの会員権に関して、第三者から譲り受けてYの会員権を取得したとして会員権の名義書換をXが請求したところ、Yは「外国人の入会は当分の間制限する」理事会決議を理由として名義書換を拒否したため、会員権譲渡の承認や損害賠償等を求めた事件である。本判決の私人間効力が01年判決の「請け売り」であることを確認するため、【引用4】として該当部分を引用する。下線部は本判決の判示【引用1】から落ちた部分である。いちいち照合はしないが、【引用1】と【引用4】の対応箇所を比較すれば、本判決が先例として依拠したのは三菱樹脂判決ではなく、01年判決であることは一目瞭然である。⁽⁴⁶⁾

(46) 特に判示②以降の類似性は顕著であり、判示⑤に至っては下線部の「極めて」が本判決から抜けていることを別にすれば、完全に同じである。後述するとおり、

【引用 4】01年判決の私人間効力論

- ①憲法14条1項の規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。憲法上の基本権保障規定の定める個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に関する関係においてこそ、侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるけれども、
- ②私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容し得る限度を超える場合にのみ、法がこれに介入しその調整をはかるという建前がとられている。したがって、憲法14条1項の規定は、私人である社団ないし団体のこのような行為を直接禁止するものではない（最高裁判所昭和48年12月12日大法院判決、民集27巻11号1536頁参照）。
- ③したがって、社団ないし団体を結成する者及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のであって、特定の社団ないし団体が、その社団ないし団体に構成員として加入することを希望する者について、その者の国籍によって、構成員となることを制限することを理事会等の機関において決議したとしても、その決議が、直ちに公の秩序に反し、民法90条により無効となるというものでもないし、また、その決議に従って社団ないし団体への加入を国籍を理由に制限したとしても、その行為を直ちに民法上の不法行為に当たる違法な行為であると評価することはできない。

本判決は01年判決と比べても、Yの「野放図な自由」に対して寛容なので、「極めて」を落としたことに実質的な理由があるとは考えられず、単なる書き落としであろう。

- ④前記のとおり、私人である社団ないし団体は、結社の自由が保障されており、それにもかかわらず、新たな構成員の加入を拒否する行為を民法90条により無効とし、あるいは、民法709条の不法行為に当たるとすることは、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、
- ⑤このようなことが許される場合は、結社の自由を制限してまでも相手方の平等の権利を保護しなければならないほどに、相手方の平等の権利に対して重大な侵害がされ、その侵害の態様、程度が憲法の規定の趣旨に照らして社会的に許容し得る限界を超えといえるような極めて例外的な場合に限られるものと解するのが相当である。

同判決は判示⑤の判断枠組に基づき、(A) ゴルフは趣味の一種であって、これを楽しむ機会を奪われたとしても、ただちに衣食住のような生活の基盤を失われたり、健康で文化的な最低限度の生活が困難となるわけではないこと、(B) 名門クラブの会員権は市場性を有するので、容易に投下資本を回収できること、(C) 外国人の入会を認めるクラブは多数存在するので、他のクラブの利用が可能であること、(D) 本件クラブが外国人の入会制限をしていることを知りながら、あえてその会員権を取得したこと等を理由にして、本件入会拒否は不法行為に該当するほどの違法性はないと判示した。なお、01年判決を不服とする原告が控訴をしたところ、東京高裁はこれを棄却し(東京高判2002・1・23 LEX/DB28070606)、これを不服としてさらに上告したが、最高裁も「三行判決」でこれを棄却した(最判2002・7・18 LEX/DB28080355)。

(3) 14年判決(静岡地裁浜松支判2014・9・8判時2243号63頁)

本件は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づき男性から女性への性別変更の審判を受けたXが、自らが経営する法人名義でゴルフ場を経営するゴルフクラブYの会員権を取得し、会員登録を求めたところ、Xの性別変更を理由として入会を拒否されたため、慰謝料

等の損害賠償を請求した事件である。同判決は以下の理由で、Xの請求を認容した。

同判決は、間接効力説の枠組を採用しつつも、「私人の行為が看過し得ない程度に他人の権利を侵害している場合、すなわち、社会通念上、相手方の権利を保護しなければならないほどに重大な権利侵害がされており、その侵害の態様、程度が上記規定等の趣旨に照らして社会的に許容しうる限界を超える場合には、不法行為上も違法になると解するのが相当である。そして、憲法14条1項や国際人権B規約26条は、上記不法行為上の違法性を検討するに当たっての基準の1つとなるものと解される」と判示し、事案に即した丁寧な比較衡量をする態度を示した。その上で、「私的かつ閉鎖的な団体」であるとのYの主張に対して裁判所は、(A)入会資格は日本国籍を有することのみであり、他のクラブに見られる年齢や性別に関する限定やゴルフの技量による限定といった入会要件は存在しないこと、(B)入会に必要な株式はゴルフ会員権市場において広く一般に取引されていること、(C)「会員・準会員の登録促進」を挙げ、積極的な新規会員募集の態度を示していたこと、(D)これまで本件を除き、入会申込みを拒絶したことがないと推認されることを理由として、Yが「閉鎖的な団体であるとは到底認め難い」と論断した。

その上で、Xに対するYの入会拒否について、「記者として本件ゴルフ場を正会員料金で利用し、あるいは競技会等に参加するなどといった経済的利益の実現を妨げるのと同時に、医学的疾患である性同一性障害を自認した上で、ホルモン治療や性別適合手術という医学的にも承認された方法によって、①自らの意思によっては如何ともし難い疾患によって生じた生物学的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、②性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたというXの人格の根幹部分をまさに否定したものにはほかならない」（①等の記号と下線は引用者によるもの）と判示し、Xの請求を認めた。

Yは控訴したが、東京高裁は本判決と同様の理由でこれを斥けた（東京

高判2015・7・1 LEX/DB25540642)。Yが上告しなかったため、本判決の判断は確定している。⁽⁴⁷⁾なお、14年判決の判示①は、Vの3で論じた「自らの意思や努力によっては変えることのできない……事柄」を理由とする別異処遇に対しては、私人間においても厳しく審査するという裁判所の態度を示したものと評価できる。判示②は本件事案のXが受けた人格権侵害の程度を評価する際に参考となろう。また、判示BとCは、本件ゴルフクラブが「閉鎖的かつ私的な団体」に該当するか否かを判定する際の参考になる。

2 関連判例の分析を通じた本判決の評価

前項でも確認したとおり、本判決の私人間効力論は01年判決の「請け売り」であるが、ゴルフクラブのケースについて、最高裁の判断が示されたのは01年判決のみなので、本件事案も同判決に従って判断すればよいということにはならない。私人間効力論の再検討をリードしてきたと学界で評価されている憲法学者（棟居快行）と民法学者（山本敬三）のいずれも、95年判決を肯定的に評価し、01年判決を厳しく批判している。⁽⁴⁸⁾棟居に至っては、01年判決を「残念な判例」と評している。⁽⁴⁹⁾私人間効力論のエキスパートの評価に従う場合、本判決はすこぶる脆弱な基盤の上に立っていることになろう。

法務省民事局付検事（当時）も95年判決を肯定的に評価し、次のように結論している。「ゴルフ会員の資格要件については、年齢、国籍、性別等によるさまざまな制限が課されている場合が多いが、バブル期における会

(47) 星野豊「判批」ジュリスト1502号（2017年）122頁。

(48) 棟居・前掲注（19）、山本・前掲注（40）。両者の学説に対する評価については、木下・前掲注（12）33-39頁、君塚・前掲注（12）197-200、222-227頁、小山剛「基本権の私人間効力・再論」ドイツ憲法判例研究会編『講座・憲法の既判力 第3巻 憲法の既判力と市民法』（信山社、2020年）、松原光宏「私人間における権利の保障」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法 第2版』（弘文堂、2013年）等を参照。

(49) 棟居・前掲注（19）14頁。

員権の著しい増加、昨今のゴルフの一般化による公衆のスポーツ化を考慮すると、今後は、国籍要件だけでなく、年齢、性別による制限も見直しをはかられるものと考えられる⁽⁵⁰⁾。憲法学者・民法学者・実務家の評価を前提にすれば、95年判決こそ先例とすべきことになろう。また、最高裁も判旨を受け入れた入浴拒否判決、私人間でも原則として同様と解される最高裁のトイレ使用判決、そして、ゴルフクラブに関する14年判決を前提にすると、01年判決に従って判断することは判例動向の観点からも正当化されないと解する。以上のとおり、本判決の依って立つ基盤は学説・判例との関係ですこぶる脆弱である。

百歩譲って01年判決に従って判断するとしても、本件事案ではXの請求が認められるべきである。01年判決は外国籍による差別の事案であるが、本件事案は元外国籍による差別なので、「自らの意思や努力によっては変えることのできない……事柄」を理由とする差別に該当する点も、両事案を区別すべき重要なポイントである⁽⁵¹⁾。しかし、01年判決の事案と本件事案の間にはずっと深刻な、決定的というべき差異がある。前述のとおり、Yは規約で「内外人間の友誼と国際親善の増進を図る」ことを目的として掲げる一方、外国籍（元外国籍を含む）の者には会員資格を認めない旨の規定は規約・細則のいずれにも存在せず、理事会申合せの内容は外部に公表されていない。一方、01年判決のゴルフクラブは規約上、「ゴルフを通じて体位の向上と道義の涵養に努め、かつ会員相互の親睦を図ること」を目的としており、Yのように「内外人間の友誼と国際親善の増進を図る」ことは目的にしていないものと解される。また、外国人の入会制限については、日付・内容が明確な理事会決議が存在し、原告が入会制限を知っていたにもかかわらず、あえて入会申込みをした事実を、裁判所は

(50) 佐藤哲治「判批」法律のひろば1995年9月号41頁以下。

(51) ちなみに、01年判決のゴルフクラブは日本に帰化した者の入会を認めている。同判決の「第4 当裁判所の判断」「1 裁判所の認定した事実」の「(4) 外国人の入会制限」を参照。

不利な事情として評価している(判示D)。

01年判決の判示Dについて棟居は、「テレビの法律相談番組で素人が口にしそうな本音のポイント」だと揶揄しつつ、このような考え方自体、「殊更に差別的な入会審査などを通じて外部への差別的なメッセージの発信とも見なしうる点において、人権の内在的制約を逸脱しているように思われる」と論評している⁽⁵²⁾。山本も、判示Dは、差別する側が差別の意思をあらかじめ明示した場合、差別される側が差別を回避すべきとの論理を内包しており、この論理を貫けば、「差別する者と差別される者の棲み分けを奨励し、差別を固定化することになりかねない」から、判示Dの事実を原告の不利益な要因として考慮することは許されないと述べている⁽⁵³⁾。

私もこれらの論評に同感であるが、前述したとおり、百歩譲って01年判決に従って判断するとしても、Yは団体の目的として「内外人間の友誼と国際親善の増進を図る」という「麗しき国際協調主義」を掲げる一方、団体の目的との矛盾を論難されかねない理事会申合せは外部から秘匿している⁽⁵⁴⁾というのだから、Yの側に同情すべき事情は何一つ思いつかない。もしXの請求を認めないとしたら、裁判所はYの「虚名」の流布に加担したことになる。裁判所は自らの職責と名誉を損なわない判決を出すべきである。そして、そのような判決こそ、現在の学説の理論水準と近年の判

(52) 棟居・前掲注(19)15頁。

(53) 山本・前掲注(40)173頁。

(54) Xは「陳述書」(甲第11号証)において、元外国籍を理由とする入会拒否について「全くの青天の霹靂」と述べている(2頁)。また、Xは本件入会拒否があるまでは、元韓国籍であることを知人に伝えていなかったが、本件入会拒否の事情を説明するため、元韓国籍であることを伝えざるをえなくなった。Xは「本件入会拒否で、精神的にズタズタになりました」と述べている(4頁)。Yが「麗しき国際協調主義」を団体の目的に掲げず、理事会申合せの内容を外部に公表していれば、Xが自らの判断で公開していなかった個人情報の開示を余儀なくされることもなかったのではないかと。Xが受けた人格権侵害については、私人間における基本権の適用の有無などという「高尚な議論」はせずとも、損害賠償が認められて当然であるように思われる。正直な感想を述べると、本判決がもっともらしく私人間効力問題を議論していることに、私は強い違和感と不快感を抱いている。

例動向に適合的であることは、縷々論じたとおりである。

VI 名古屋高裁判決のポイントと若干のコメント

本節では、名古屋高裁判決（名古屋高判2023・10・27令和5年（ネ）第487号（LEX/DB25596228）。以下、「高裁判決」と略す。判決正本の該当頁をカッコ内に示す）のポイントを確認した上で、意見書との関係を中心にコメントする。なお、Xは第一審での憲法14条1項違反と国際人権規約B規約26条違反の主張に加えて、控訴審では人種差別撤廃条約違反を主張したため（以下、これらの規定を「憲法14条等」と略す）、高裁判決は各所で人種差別撤廃条約違反に関わる補正をしている。ただし、Iでも述べたとおり、私の意見書の課題は、「間接効力説の『長所』である（はずの）個別の事情に即した丁寧な比較衡量の『作法』を示し、その『作法』に基づいて本件事案のあるべき解決方法を示す」ことにあるので、国際人権条約に関わる補正については、必要な範囲で言及する。

① Yの現会員数（1500名）に加えて、Yが約1年の間に正会員200口の新規募集を行ったこと、募集パンフレットには本件申合せに関する記載がなかったことを認定（5頁）。

② **【引用1】** 判示③を全面的に訂正し、人種差別撤廃条約の関連規定の詳細と締約国としての国内法上の義務を確認した上で、本件入会拒否が不法行為に当たるか否かについては、憲法14条等の「趣旨を踏まえて、私的自治の原則や被控訴人の結社の自由と抵触しないように適切な調整をしながら、社会的に許容し得る限度を超える違法なものといえるか否かを判断するのが相当である」とした（5-6頁）。

③ Yが「閉鎖的で私的な団体としての側面を有する」ことは認めつつも、会員数が約1500名に及ぶこと、新たに200口の新規会員を募集していること、本件ゴルフ場では全国規模の大会が開催されていること、ゴルフが一般的なレジャーの一つとなり、ゴルフクラブが親睦の場になっている

ことを「顕著な事実」とした上で、「ゴルフクラブは、一定の社会性をもった団体である」と認定した。

④結社の自由や私的自治の原則によってYは「自らの運営について相当広範な裁量権を有する」としながらも、会員選定について「完全に自由な裁量権を有するとまでいうことはできず、その裁量権には一定の限界が存在すると解すべきであり、その裁量権を逸脱した場合には社会的に許容し得る限度を超えるものとして、違法と評価されると解される」と判示した(6-7頁)。

⑤本件申合せは、㊦Yが規約で掲げる団体の目的(内外人間の友誼と国際親善の増進を図ること)との整合性や、㊧「今日の社会通念の下で合理性を見出し得るのか」について疑問があるとした上で、㊨「少なくとも日本で生まれ育ち、日本で長年社会生活を営んでいる上、日本国籍も取得している被控訴人との関係」では、本件入会拒否に合理的な理由は認められないと判示した(7頁)。

⑥Xの被った不利益として、「ゴルフをする自由」に関わる不利益だけではなく、「長年在日韓国人として様々な偏見や差別的取扱いを受けながら日本において生活し、家族を持ち、会社を経営するなど社会的活動を行い、平成30年10月に帰化したという生い立ちと境遇等」を踏まえると、本件入会拒否はXの「人格権ないし人格的価値に対する侵害としての側面も有する」と判示した(7頁)。

⑦「民法は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として解釈しなければならない(同法2条)から、本件入会拒否が、憲法14条1項、国際人権規約B規約26条に反するだけでなく、人種差別撤廃条約1条1項の『人種差別』に当たるといわざるを得ないことは、私人間における不法行為法上の違法性の有無において考慮されるべきもの」である(8頁)。

⑧Xの被侵害法益は「会員として本件ゴルフ場でプレーするという法的利益だけでなく、人格権ないし人格的価値である」のに対し、Xの入会によるYの不利益の程度が比較的小さいことからすれば、現在も外国

籍の者の入会を認めないゴルフクラブが多数存在することを踏まえても、本件入会拒否は Y の「構成員選択に当たっての裁量権を逸脱した社会的に許容し得る程度を超えた違法なものといわざるを得ない」（8頁）。

⑨慰謝料の算定において、㉗ X が「自らの意思によってはいかんともし難い民族的出身によって合理的な理由のない差別を受けたこと」と、④本件入会拒否によって、X が知人に対し、「これまで伝えていなかった元韓国籍であることを伝えざるを得ない状況になったこと」を重要な考慮事項として挙げた（9頁）。

高裁判決を読んだ際の第一印象は、私が裁判官であれば、同様の判決を書いたであろうというものである。特に共感したのは、㉗の民法2条の存在を重視した私人間効力の判断枠組みと、⑧と⑨の在日コリアンの境遇を踏まえた X の人格権に対する侵害の認定である。特に⑨の④は、私も重視していた問題なので（脚注（54）を参照）、慰謝料算定の際に考慮されたことを喜びたい。また、Y の基本権主張の「強弱」を判定する前提として、Y の現会員数のみならず、新規会員募集の状況や全国規模の大会の開催を考慮に入れて、「一定の社会性をもった団体」と認定した点も高く評価できる（③）。特に嬉しかったのは、本件入会拒否は Y の規約上の団体の目的と整合しないとの指摘である（⑤の㉗）。意見書で「もし X の請求を認めないとしたら、裁判所は Y の『虚名』の流布に加担したことになる」という強い表現を用いたのは（V の末尾を参照）、私の憲法感覚に照らして、この問題は重要論点の一つだったからである。この論点を捨ててくれた名古屋高裁の3人の裁判官に敬意を表したい。

高裁判決には、私の期待を上回った部分もある。私の意見書では、01年判決を前提にしても本件入会拒否は違法であると主張するため、元外国籍による差別の論点が違法性を導き出す上での重要なポイントになっていた。一方、高裁判決は、元外国籍のみならず外国籍の者との関係でも本件申合せは不合理であるとした上で（⑤の㉗と④）、元外国籍の場合はとりわけ不合理であるとの論理展開になっている（同㉗）。すなわち、元外国籍

による差別の論点は、本件入会拒否の違法性を導き出す上では決定的な役割を果たしておらず、慰謝料算定の場面で効果を発揮している(⑨の⑦)。したがって、高裁判決は01年判決の判断枠組みを明快に斥け、95年判決と同様の考え方を採用したものと評価できる。ゴルフクラブの法的性格に関する高裁判決の判示③と95年判決の判示⑤の類似性も注目されるが、会員選定に関するゴルフクラブの裁量権の限界に関する高裁判決の判示④は、95年判決の判示⑥の「引用」と評しうるものである。象徴的な言い方が許されるならば、高裁判決は01年判決が止めた時計の針を、95年判決まで遡って再び動かし始めたものと評価できる。30年近く前の判決に戻ったことを喜んでいる場合ではないが、95年判決と同様の水準の判決を期待するのは楽観主義であると自戒しつつ、私はこの意見書を執筆したことを書き留めておく。

「はじめに」で述べた本稿執筆の理由①と理由②に立ち戻ると、別稿で示した私見は、少なくとも本件事案との関係ではそれなりの有効性を持ったと評価することが許されよう。また、高裁判決は三菱樹脂判決を援用することなく(別な言い方をすれば、私人間効力問題に拘泥することなく)、民法2条を踏まえた不法行為法上の違法性の有無の問題として事件を処理している。私が意見書の中で三菱樹脂判決の射程を限定しようとしたのは、裁判所が具体的な事案を解決する際、抽象的・観念的なレベルの私人間効力論はいったん棚に上げて、多様な私人間効力問題の「個性」に即した丁寧な比較衡量をすべきと提案するためであった。よって、理由②との関係でも、高裁判決の判断方法は高く評価できる。ともあれ、高裁判決が私人間効力問題における事案に即した丁寧な比較衡量のあり方を示した判決として、憲法学者や民法学者から注目されることを期待したい。