

裁判例における差別的取扱いからの保護

——人的属性を理由とする契約締結、団体加入の拒否に対して——

桑 岡 和 久

目 次

- 第1章 はじめに
- 第2章 従前の裁判例と学説
 - 第1節 裁判例と学説による分析
 - I 団体加入に関する裁判例
 - II 契約締結に関する裁判例
 - 第2節 大村教授、吉田教授の見解とその意義
- 第3章 その後の裁判例
 - 第1節 2012年までの裁判例
 - 第2節 その後の裁判例
 - 第3節 裁判例における対応の現状
 - I 2つの裁判例における「期待」
 - II 責任の根拠
 - III 合理的期待の射程
- 第4章 おわりに

第1章 はじめに

1 検討課題

2016年4月1日、障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（以下、障害者差別解消法とする）が施行された。障害者差別解消法8

論 説

条1項は、「事業者は、その事業を行うに当たり、障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない。」と規定する。例えば、事業者が事業を行うに際して障害を理由として契約の締結を拒否するならば、同項の禁じる不当な差別的取扱いにあたりうる。締結拒否が不当な差別的取扱いに該当する場合、如何なる私法上の効果が生じるのだろうか。これを定める規定は障害者差別解消法には存在しない。障害者差別解消法では私法上の効果を定めることは見送られ、民法などの一般規定を通じた個別の司法判断に委ねられることになった。⁽¹⁾

障害を理由とする差別禁止法制のあり方は、2011年11月に障がい者制度改革推進会議（2012年7月からは障害者政策委員会）のもとに設置された差別禁止部会において審議されてきた。そこでは商品、役務、不動産の取引にも差別禁止が及ぶものとして、私人間での不平等な取扱いについて審議されていた。⁽²⁾この審議にあたっては、外国人であることを理由とする団体への入会拒否、契約締結の拒否が問題となった裁判例が参照されていた。結論は分かっていたものの、これらの裁判例によって不法行為に基づく損害賠償が認められ得ることが示されていた。⁽³⁾このこと

(1) 法案審議（第183回国会・衆議院内閣委員会〔平成25年5月29日〕会議録第15号 [https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua/000218320130529015.htm]) において、障害者差別解消法案8条1項は私法上の効力を有するののかという質問に対して、山崎史郎内閣府政策統括官（政府参考人）が「本法案におきましては、私法的効力に關します損害賠償請求権、契約の無効等の規定は置いてございません。したがいまして、私法上の効力に關しましては、民法等の一般規定に従いまして、個々の事案に応じて判断されるということになります。」と答弁している。

(2) 第14回障がい者制度改革推進会議差別禁止部会（平成24年2月24日）議事録PDF版1頁以下を参照。

(3) 第14回障がい者制度改革推進会議差別禁止部会（平成24年2月24日）の参考資料3（日常生活〔商品、役務、不動産〕に関する参考文献〔判例〕）において、

裁判例における差別的取扱いからの保護

に差別禁止部会でも異論はなかったものの、私法上の効果は不法行為責任に限られない。しかし、こうした効果は、不平等な取扱いを被った側を救済する一方で、不平等な取扱いをする側の私的自治、契約自由を制限することになる。そのため、この制限が如何にして正当化されるのが問題となる。ところが、この問題に関しては、裁判例はもちろん、学説においても共通理解が形成されているわけではない。結果的に、差別禁止部会では、如何なる要件の下でどのような私法上の効果が認められるかについては、裁判所の個別的な判断に委ねられることとなった⁽⁴⁾。その後⁽⁵⁾に成立した障害者差別解消法においても、同法8条1項の差別的取扱禁止につき私法上の効果が定められることはなく、民法などの一般規定を通じた個別の司法判断に委ねられることになったのである。

これは障害という人的属性を理由とする差別的取扱いだけの問題ではない。外国人であること（日本国籍を有しないこと）など他の人的属性を理由として契約の締結あるいは団体への加入が拒否された場合にも、その私法上の効果は裁判所が民法の一般法理に基づき解釈によって個別

次の4つの裁判例が挙げられていた。札幌地判平成14年11月11日（判例時報1806号84頁）、静岡地浜松支判平成11年10月12日（判例時報1718号92頁）、東京地判平成7年3月23日（判例時報1531号53頁）、東京高判平成14年1月23日（判例時報1773号34頁）である。これらの裁判例については第2章第1節を参照。

- (4) 障害者政策委員会差別禁止部会「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見（平成24年9月14日）」PDF版84頁では、差別禁止違反に対する私法上の効果として、民法709条のほか、民法90条、差止め請求や妨害排除請求の可能性を挙げつつ、民法の解釈に委ねざるを得ないとされていた。この他、差別禁止部会の審議では、私法上の効果として締結強制にも言及されていた（第14回障がい者制度改革推進会議差別禁止部会（平成24年2月24日）議事録PDF版27頁以下）。
- (5) 前掲注（1）を参照。私法上の効果に関する障害者差別解消法の立法の経緯については、桑岡和久「差別禁止法と民法——ドイツの一般平等取扱法（AGG）をめぐる議論を検討素材として——」民商法雑誌159巻3号（2023年）340頁以下も参照。

に判断せざるを得ない。

差別禁止部会の審議以降も、外国人であることなどを理由とする不平等な取扱いが問題となった裁判例は存在している。差別禁止部会の審議からおよそ10年が経過した現在、この問題は裁判例においてどのように対処されているのであろうか。本稿では、司法判断の現状を明らかにすることにしたい。これは、個々の事案において裁判所が判断する場合だけでなく、より一般的に障害者差別解消法の改正など立法による対応を検討するにあたっても不可欠の前提作業である。

障害などの人的属性を理由とする私人間の差別的取扱いについて、筆者は別稿⁽⁶⁾においてドイツ法を素材として比較法による検討をおこなったが、そこでは日本の裁判例の分析をおこなうことができなかった。本稿はこの点を補うものでもある。

2 検討の手順

以下の手順で検討する。差別禁止部会でも参照されていた裁判例については、2010年から2012年に同部会の審議が行われていた頃、大村敦志⁽⁷⁾、吉田克己⁽⁸⁾教授により検討がおこなわれていた⁽⁹⁾。そこでは、裁判例

(6) 桑岡・前掲注(5)

(7) 大村敦志『学術としての民法学Ⅱ・新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、2009年〔初出2007年〕、以下『新しい日本の民法学へ』として引用する)485頁以下、同『他者とともに生きる——民法から見た外国人法——』(東京大学出版会、2008年、以下『他者とともに生きる』として引用する)113頁以下、同『不法行為判例に学ぶ——社会と法の接点——』(有斐閣、2011年〔初出2010年〕、以下『不法行為判例に学ぶ』として引用する)195頁以下

(8) 吉田克己「私人による差別の撤廃と民法学——外国人差別問題と女性差別問題——」国際人権20号38頁以下(2009年、以下「私人による差別の撤廃と民法学」として引用する)、同『市場・人格と民法学』(北海道大学出版会、2012年、以下『市場・人格と民法学』として引用する)67頁以下

(9) 大村教授、吉田教授の後に、裁判例を検討するものとして、茂木明奈「契約

に示された対処法の意義と限界が明らかにされ、その限界を克服する主張が展開されていた。以下では、まず、これらの学説とその検討対象とされた裁判例をとりあげる（第2章）。これを踏まえて、その後に登場した裁判例を分析し、司法判断の現状を明らかにする（第3章）。最後に残された課題を示すこととする（第4章）。なお、本稿では、契約の締結および団体への加入が拒否された裁判例を対象とし、拒絶者と被拒絶者との関係に絞って裁判例の紹介、検討をおこなう。

第2章 従前の裁判例と学説

本章では、差別禁止部会の審議以前の裁判例を紹介し、学説によりどのように分析されているかを確認した上で（第1節）、大村教授、吉田教授の主張をみていくこととする（第2節）。

第1節 裁判例と学説による分析

本節では、私的団体であるゴルフクラブの入会拒否が問題となった裁判例（Ⅰ）と契約締結に関する裁判例（Ⅱ）をとりあげる。

I 団体加入に関する裁判例

ゴルフクラブへの入会が外国人であることなどを理由として拒否された事例のうち、以下では結論の異なる2つの裁判例、①東京地判昭和56年9月9日（判例時報1043号74頁）と②東京地判平成7年3月23日（判

法における平等処遇の要請——日本の裁判例の検討から——」法学政治学論究96号35頁（2013年）、池原毅和『日本の障害差別禁止法制——条約から条例まで——』（信山社、2020年）192頁以下がある。

(10) 契約は締結されたのだが、その内容が不平等であるというケースは本稿では検討対象としていない。

例時報1531号53頁)を紹介し(1)、他の裁判例については学説による分析(2)の中で言及する。

1 裁判例

①東京地判昭和56年9月9日(判例時報1043号74頁)

【事案の概要】

Xは、朝鮮国籍の両親の間に出生した、いわゆる在日朝鮮人であり、日本で生まれ育ち、後に帰化して日本国籍を取得している。YはAゴルフクラブ(以下、本件ゴルフクラブとする)を経営する企業である。本件ゴルフクラブは株主会員によって構成される株主会員制ゴルフクラブである。

Xは、本件ゴルフクラブの会員になることを目的として、Yの発行した株式を取得し、帰化後2年半が経過した時点で、Yに本件ゴルフクラブへの入会を申し込んだ。本件ゴルフクラブの細則(以下、本件細則とする)では、外国人であること、または帰化後相当年数を経過していないことにより、入会が制限されていた。このことを理由として、Yは、Xの本件ゴルフクラブへの入会を拒否した。Xが、Yに対して、入会を制限する本件細則は憲法14条の趣旨に違反し公序良俗に反するものとして無効であることの確認および入会拒否による損害賠償を請求した。

【判旨】

「憲法14条…は、私人相互間の法律関係に直接適用されるものではなく、その規定の趣旨は、各個別的な実体私法の各条項を通じて実現されるべきものである」。

「およそある者が、本件〔ゴルフ〕クラブのような私的団体への加入を希望する場合、右団体としてその者の加入を認めるか否かは、私的自治の原則が最も妥当する領域の問題として、その自由な自主的裁量的判断によってこれを決すべきものと解するのを相当とする。そして、その(甲南法学'23) 64-1・2-6(6)

決定が、他面、個人の基本的な自由や平等に対する侵害となるような場合であったとしても、それがその態様、程度からして社会的に許容しうる限度を超えない限り、公序良俗違反とはならないものと解さなければならぬ…」。

「…本件ゴルフクラブそのものは、Yの株主を会員とするゴルフ愛好家の会員相互間の親睦と信頼関係を基礎にした閉鎖的な私的社交団体としての性格を極めて濃厚に帯有するものであると認めることができる…。してみると、本件ゴルフクラブにおいては、右の目的のために必然的ともいえる団体の閉鎖的性格と会員の質的均一性を、入会に際しての理事会の承認及び細則における一定の欠格事由の規定を厳格に適用することによって担保することとしているものとみられるが、外国人は、一般的に、生活様式、行動様式、風俗習慣、思考方法、情緒等人間の精神活動の面において日本人と異質なものを有していることが多いほか、特に言語上の障碍のために日本人との意思の疎通をはかることが難しく、お互いに信頼関係を形成するのが困難であることが少なくないため、外国人を一律に入会不適格者と定めることも、本件ゴルフクラブの目的・性格からして、種々の議論が予想されることは兎も角、決して是認できないわけではない。…外国人及び帰化して相当年限を経っていない者を一律に入会不適格者とする本件細則の規定をもって、私的自治の原則を逸脱した不合理な規定であるとすることはできず、右規定をもって公序良俗に違反するものといえないことも明らかである。なお、このような一律的な規定を定めると、個別具体的な場合においては、時として、日本人と言語、情緒等精神活動の面で十分意思の疎通をはかり得る者をも会から排除することとなり、そのために硬直に過ぎて妥当性を欠く結果を招く場合もなくはないと考えられるが、しかし、それにしてもなお、本件ゴルフクラブの私的な閉鎖的社交団体性からすれば、右規約の定め自体をもって、社会的に許容される限界をこえる定めをしているものとは断

じ難い。」

②東京地判平成7年3月23日（判例時報1531号53頁）

【事案の概要】

Xは日本で生まれ育った大韓民国の国籍を有する在日韓国人であり、A社の代表取締役である。YはBゴルフクラブ（以下、本件ゴルフクラブとする）を経営する会社である。XはYの社員から、日本国籍を有しない者は原則として本件ゴルフクラブの会員になることはできないが、Xをプレーイングメンバーとすることで実質的に会員と同じ扱いを受けられることができると説明を受け、Xが代表者であるAとYとの間で、Cを登録者とする本件ゴルフクラブの法人会員契約が締結された。その後、Xが会員と同じ料金でプレーできなかったことから訴訟となり、AとYとの間で、Xのプレーイングメンバーとしての地位を確認する、裁判上の和解が成立した。

上記和解の成立後、AがYに対して本件ゴルフクラブの登録者をCからXに変更するよう申請し、Xも自身への登録者変更をYに要求した。本件ゴルフクラブでは日本国籍を有しない者は原則として会員及び法人会員の登録者となることはできない取扱いをしていたことから、Yは、Xが日本国籍を有しないことを理由として変更を拒否した。変更拒否により精神的損害を被ったとしてXがYに対して損害賠償を請求した。

【判旨】

「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ことができる。しかし、他方〔で〕、…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（甲南法学'23）64-1-2-8（8）

ない。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。」

憲法14条は私人間の法律関係には直接適用されない。「私人間における権利の調整は、原則として私的自治にゆだねられるが、個人の基本的な自由や平等が侵害され、その侵害の態様、程度が右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きは、民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等によって適切な調整が図られるべきである。

…本件ゴルフクラブの…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、ゴルフクラブの前記特質を前提にしても、今日の社会通念の下では合理的理由を見出し難く、いわゆる在日韓国人であるX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X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いうべきである。」

「確かに…Xは、変更の承認により登録者たる地位を取得するとどまるが、右地位は、不法行為の被侵害利益としての価値を有するものと解するに妨げなく、Xは、右利益を侵害されたことにより、精神的損害を被ったといえる」として、Yに慰謝料の支払いが命じられた。

2 学説による分析

①東京地判昭和56年9月9日、②東京地判平成7年3月23日では、いずれにおいても、憲法14条は私人間の法律関係に直接適用されることはなく、その規定の趣旨が民法の公序良俗違反、不法行為の成否において考慮されるという間接適用説が採用されている。これはゴルフクラブの

論 説

入会拒否に関する①②判決だけでなく、後にとりあげる契約締結に関する裁判例である③⑤判決にも明示されており、間接適用説に立つことは裁判例において共通している。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾その上で、拒否する側にも私的自治が認められることから、①②判決は、公序良俗違反ないし不法行為の成否につき、社会的に許容しうる限界を超えるか否か（違法かどうか）という判断において、拒否する側の自由と拒否される側の利益を衡量する。

こうした一般的な判断枠組みは①②判決に共通するものの、違法か否かの結論は異なっている。両事案におけるゴルフクラブの性格の違いが結論を左右していると指摘されている。①判決のゴルフクラブは株主会員制のゴルフクラブであり、閉鎖性の強い団体であったのに対して、②判決のゴルフクラブはそうではない。前者では後者よりも団体の私的自治が尊重されるため、閉鎖性の強い団体であることが違法性を否定する判断（①判決）を、そうでない団体であることが違法性を肯定する判断（②判決）を支えていると考えられている。

このことを裏付ける裁判例とみられるのが、①②判決の後に登場した東京地判平成13年5月31日（判例時報1773号36頁）とその控訴審判決である東京高判平成14年1月23日（判例時報1773号34頁）である。これらの判決においても、外国人であることを理由としてゴルフクラブが入会を拒否したことが問題となった。いずれの判決も入会拒否を違法でない判断したのだが、この事案におけるゴルフクラブは株主会員制であった。これらの判決も含めて、ゴルフクラブの性格が入会拒否の違法性判断（社会的に許容しうる限度を超えるかどうかの判断）を分けていると

(11) 大村・前掲注（7）『新しい日本の民法学へ』492頁、同・前掲注（7）『不法行為判例に学ぶ』202頁以下、吉田・前掲注（8）「私人による差別の撤廃と民法学」39頁、同・前掲注（8）『市場・人格と民法学』78頁

(12) ④判決の紹介（本節Ⅱ、14頁）には挙げていないが、同判決でも、人種差別撤廃条約に関しては、その規定が不法行為の要件を解釈する基準となるとされている。

みられている。⁽¹³⁾

II 契約締結に関する裁判例

ここでは契約締結に関する3件の裁判例をとりあげる。外国人であることを理由として、③居住用賃貸借契約の締結が拒否された事案（大阪地判平成5年6月18日判例時報1468号122頁）、④宝石店への入店が拒否された事案（静岡地浜松支判平成11年10月12日判例時報1718号92頁）、⑤公衆浴場への入浴が拒否された事案（札幌地判平成14年11月11日判例時報1806号84頁）に関する判決である。なお、これらの裁判例はどれも不法行為の成立を認めているが、外国人であることを理由として締結を拒否した場合には常に不法行為が成立するわけではなく、否定した裁判例も存在することを確認しておく。⁽¹⁴⁾

1 裁判例

③大阪地判平成5年6月18日（判例時報1468号122頁）

【事案の概要】

Y（賃貸人）は賃貸用マンション（甲）の入居者を仲介業者Aを介し

(13) 大村・前掲注(7)『新しい日本の民法学へ』489頁、同・前掲注(7)『他者とともに生きる』119頁、同『不法行為判例に学ぶ』204頁、吉田・前掲注(8)「私人による差別的撤廃と民法学」40頁、同・前掲注(8)『市場・人格と民法学』80頁

(14) 東京地判平成13年11月12日（判例時報1789号96頁）は、外国人であるXが住宅ローンの融資をY金融機関に申し込んだところ、Xに永住資格がないことを理由として拒否された事案において、次の理由により申込みの拒否は違法でないとして不法行為の成立を否定した。住宅ローンは弁済期間が長期にわたるものであり、債務完済前に貸付対象者が本邦を退去せざるを得なくなれば、債権管理・回収に要する費用などが多大とならざるを得ず、また金融機関が採算をとるには大量の住宅ローンを扱う必要があり融資条件を定型化する必要性が高い。そのための方法として永住資格を基準とすることは合理的であって、永住資格のないことを理由とする住宅ローン申込みの拒否は不法行為にはあたらない。

論 説

て募集した。Xは協定永住資格を有する在日韓国人である。Xが甲の一室（以下、本件物件とする）に関心を持ち、Aの職員Bの案内で甲を見学した。その際、Xは自身は外国人であるが入居が可能であるか確認したところ、Bは甲には中国人も入居しており入居できると答え、入居申込案内を交付した。同案内では申込条件として、原則として日本国籍であること、かつ住民票の提出を要するとされていた。これにつき、Xが住民票はとれないが外国人登録済証で代替できるか尋ねたところ、Bは「いいです」と回答した。その後、Aの媒介によって本件物件のXY間の賃貸借契約の締結に向けた交渉が進展し、契約条件がすべて決まり、手付金に充当されるべき金員の授受もなされ、その後は契約書の作成と物件の引渡し、保証金等の支払が残るだけとなった。この段階で、Xが韓国籍であることを主たる理由としてYが契約締結を拒んだ。XがYに対して賃借権を有することの確認、本件建物の引渡し、および不法行為による損害賠償を求めて訴えを提起した。

【判旨】

憲法及び国際人権規約の人権を保障する規定は、私人相互の法律関係に直接適用されるものではなく、その規定の趣旨は私法の各条項を通じて実現されるべきものである。

「信義誠実の原則は…契約成立後はもちろん、契約締結に至る準備段階においても妥当するものと解すべきであり、当事者間において契約締結の準備が進展し、相手方において契約の成立が確実なものと期待するに至った場合には、その一方の当事者としては相手方の右期待を侵害しないように誠実に契約の成立に努めるべき信義則上の義務があるというべきである。したがって、契約締結の中止を正当視すべき特段の事情のない限り、右締結を一方的に無条件で中止することは許されず、あえて中止することによって損害を被らせた場合には、相手方に対する違法行為として、その損害についての賠償の責を負うべきものと解するのが相（甲南法学'23）64-1-2-12（12）

当である。」

「たしかに、Yは、Xと直接契約締結交渉を行ったものではなく、仲介業者Aを介してなされたXの入居申込に対して、契約締結を拒絶したに過ぎないところである。しかしながら、Yは、仲介業者Aと仲介契約を締結し、仲介業者を利用して、広く契約の相手方を募るといふ利益を得ているところであるから、他方で仲介業者の言動を信頼して行動した者に対する関係では仲介業者をY側の履行補助者に準ずる者として評価するのが相当である。そうすると、YがAを用いて賃貸借契約の申込の誘因行為を開始し…AとXとの間で、契約交渉が相当程度進行し、Xが契約の成立を確実なものとして期待するに至った以上、Yが、合理的な理由なく契約締結を拒絶することは許されないと解するのが相当である。」

「Yは、Xが在日韓国人であることを主たる理由として、契約の締結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しないものというべきである。したがって、Yは…信義則上の義務に違反したものと認められ、Xが本件賃貸借契約の締結を期待したことによって被った損害につき、これを賠償すべき義務がある…。」

契約締結上の信義則違反による損害賠償としてXが引越しのために結んでいた運送契約を解除したことにより運送業者に支払った違約金、国籍を理由とする締結拒否により期待していた契約が成立しなかったことによる精神的苦痛に対する慰謝料の支払いがYに命じられた。

なお、XのYに対する賃借権を有することの確認、本件建物の引渡請求については、「契約交渉者をめぐる信義則は、…信義則上の義務に違反した場合の損害賠償責任の根拠となりうるものではあるが、…契約自由の原則が存する以上、契約成立の擬制や契約上の義務の発生根拠とはなりえない」として退けられている。

④静岡地浜松支判平成11年10月12日（判例時報1718号92頁）

【事案の概要】

浜松市で宝石店を営むYの店舗にXが入店したところ、Xがブラジル人であると知った時点で、YがXに対して「出店荒らしにご用心！」と記した紙を近づけたり、「外国人入店お断り」と記したビラを示したり、警察官を呼ぶといった行為によって入店を拒否した。XがYに対して民法709条、710条に基づき慰謝料を請求した。

【判旨】

「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というべきであり、「商品を倉庫に備え置き、通信販売等の方法により、品物を紹介するとかいう形態を採れば格別、Yのような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。」

「Yは…〔Xが〕ブラジル人であるということから、外国人入店お断りというビラを見せるとか、警察官を呼ぶとか、不穏当な方法によりXを店から追い出そうとしたことによりXの人格的名誉を傷つけたものといわざるを得ず…Xの名誉を著しく傷つけたものとして民法709条、710条に基づき、Xに対して、その精神的苦痛を慰謝すべき責任がある…」。

⑤札幌地判平成14年11月11日（判例時報1806号84頁）

【事案の概要】

この事案には、事件当時、小樽市においてロシア人船員の入浴マナーの悪さが問題になっていたという背景があった。Yは公衆浴場経営者であり、Yが小樽市内で経営していた浴場（以下、本件公衆浴場とする）でも、ロシア人船員らが土足で店内に入店する、浴室で飲酒しながら大声で騒ぐ、身体に石鹸をつけたまま浴槽に入る、浴槽に飛び込むなどの（甲南法学'23）64-1・2-14（14）

迷惑行為が多く、他の利用者から苦情が寄せられていた。これまでは外国人の利用を制限していなかったのだが、経営難に陥る危険が高いと判断して、Yは「外国人の方の入場をお断りします。JAPANESE ONLY」の看板を掲げ、一律に外国人の入浴を拒否することにした。

日本在住者であるX₁（アメリカ国籍から後に日本国籍を取得）、X₂（ドイツ国籍）は、家族らとともに、本件公衆浴場を訪れたが、Yにより入浴を拒否された。その際、Y側からロシア人船員らの入浴マナーの悪さのため外国人の入浴を拒否していると説明を受けたことから、X₁らは自分たちはロシア人船員ではなく、日本人女性と結婚し、長年日本で生活を続けている旨述べて、入浴を認めるよう説得したが、受け入れられなかった。その後もX₁らは本件公衆浴場を訪ね、Y側に外国人一律入浴拒否を改めるよう申し入れたが受け入れられなかった。X₁は、日本国籍を取得した後も本件公衆浴場を訪れ、日本人であることを説明して入浴を求めたが、外見上日本人であることがわからないとして入浴を拒否された。X₁らがYに対して、これらのYによる入浴拒否（以下、本件入浴拒否とする）は、憲法14条1項、国際人権B規約26条、人種差別撤廃条約の規定などに反して違法であり、人格権や名誉を侵害されたとして不法行為に基づく損害賠償及び謝罪広告の掲載を請求した。

【判旨】

「私人相互の関係については…憲法14条1項、国際人権B規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり、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により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法14条1項、国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、前記

論 説

のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる。

…本件入浴拒否は…外見が外国人にみえるという、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14条1項、国際人権B規約26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…。

ところで、Yには…財産権の保障に基づく営業の自由が認められている。しかし、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。もっとも、公衆浴場といえども、他の利用者に迷惑をかける利用者に対しては、利用を拒否し、退場を求めることが許されるのは当然である。したがって、Yは、入浴マナーに従わない者に対しては、入浴マナーを指導し、それでも入浴マナーを守らない場合は、…マナー違反者を退場させるべきであ[る]。たしかに、これらの方法の実行が容易でない場合があることは否定できないが、公衆浴場の公共性に照らすと…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る。…したがって、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あたる。」

「X₁らは、本件入浴拒否によって…本件公衆浴場に入浴できないという不利益を受けたにとどまらず、外国人にみえることを理由に人種差別されることによって人格権を侵害され、精神的苦痛を受けたものといえる」ことからYに対し慰謝料の支払いが命じられた。他方、本件入浴(甲南法学'23) 64-1-2-16(16)

拒否により社会的名誉が毀損されたとまではいえないとして謝罪広告の掲載請求は退けられた。

2 学説による分析

以上に紹介した裁判例はいずれも不法行為責任を認めているのだが、その理由づけは③判決と④⑤判決で大きく異なる。

(1) ③大阪地判平成5年6月18日

③大阪地判平成5年6月18日では、次のような理由づけによって不法行為責任が導かれている。賃貸借契約の交渉が相当程度進展し、被拒絶者(X)が契約の成立を確実なものとして期待するに至った以上、賃貸人(Y)は合理的な理由なく締結を拒否することは許されない。外国人であることを理由に締結を拒否したことに、合理的理由はない。これは信義則上の義務に反するものであり、契約締結を期待したことによって被った損害につき賠償義務を負う。⁽¹⁵⁾

以上の判決理由に示されているように、これは、契約成立が確実だと期待する段階に至ったにもかかわらず正当な理由なく交渉を一方的に打ち切る場合に、契約締結過程における信義則違反に基づき一般的に認められる責任、いわゆる交渉破棄責任を、外国人であることを理由として締結を拒否した③判決の事案においても認めたものである。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

(15) 住居賃貸借の締結拒否に関して、③判決と同じ論理によって、不法行為責任を肯定した裁判例として、京都地判平成19年10月2日(LEX/DB 文献番号28132351)がある。賃貸人と入居希望者との間で、敷金、礼金、最初の2か月分の賃料、共益費・管理費、火災保険料、仲介手数料などが支払われ、契約書を完成させて契約を締結する段階に至って、入居希望者が日本国籍を有しないことを理由として締結を拒否した事案である。同判決は、契約成立が合理的に期待される段階まで進んでいたにもかかわらず、合理的な理由なく、締結を拒否したものであり、信義則上、損害賠償責任を負うとした。

(16) 池田清治『契約交渉の破棄とその責任』(有斐閣、1997年)30頁以下は、③大阪地判平成5年6月18日(判例時報1468号122頁)を、交渉の進捗度や相手方

論 説

上述の交渉破棄責任は一般的な法理であり、外国人などの属性を理由とする締結拒否が問題となる場面にも妥当するものの、吉田教授により、差別的締結拒否への対処法としては限界があることが指摘されている。

「契約成立を信頼することが前提となり、そのような信頼を惹起した者の責任が問題となる。そうであれば、家主が最初から外国人に対する賃貸を拒否する姿勢を明らかにしている」ならば、交渉過程に進むことはなく、その過程において締結への信頼が形成されることはないのであって、責任を追及するのは難しい。例えば、③判決の事案において被拒絶者が外国人でも入居可能を確認した際に、仮に賃貸人側が外国人の方は入居できませんと答え、交渉過程に進むことはなかった、という場合がそうである。③判決と異なり、外国人の属性を理由とする差別的な締結拒否は「契約交渉の初発の段階で生じることが多」く、多くの場合、この一般法理によっては責任が基礎づけられないことになる。⁽¹⁸⁾

(2) ④静岡地浜松支判平成11年10月12日、⑤札幌地判平成14年11月11日

④静岡地浜松支判平成11年10月12日、⑤札幌地判平成14年11月11日の事案では、③判決と異なり、交渉に入ること自体が拒絶されている。そのため、拒否者が被拒絶者に対して締結は確実であるとの信頼を形成しておきながら正当な理由なく拒否したことをもって、違法だとすること

の言動に基づき締結は確実であると信頼したにも関わらず、正当な理由なく締結を拒否したこと（誠実交渉義務違反）により責任が肯定される一例（信頼裏切型の一例）と位置づけている。

(17) 大村・前掲注(7)『新しい日本の民法学へ』494頁、吉田・前掲注(8)『市場・人格と民法学』73頁

(18) 吉田・前掲注(8)『市場・人格と民法学』73頁。すでに、河内宏「判批（大阪地判平成5年6月18日）」判例時報1579号（判例評論454号）199頁（1996年）が、この限界を指摘していた。

はできない。それでは、④⑤判決では、如何にして不法行為法上違法という評価が基礎づけられているのだろうか。

④静岡地浜松支判平成11年10月12日では「人格的名誉を傷つけた」こと、⑤札幌地判平成14年11月11日では「人格権を侵害され〔た〕」ことに基づき慰謝料が認められている。ここに示されているように、④⑤判決において保護法益として考えられているのは、社会的な評価としての名誉、あるいは個人的な情報としてのプライバシーと異なるものであり、それは名誉感情に近い人格的利益だと考えられている⁽¹⁹⁾。こうした人格的利益が不法行為法の保護法益となることは否定されないとしても、身体と異なり、その支配領域が明確ではなく、絶対権として保護される法益とはいえない。そのため、この種の法益侵害に関しては、受忍限度論に示されるように、侵害する側の行為態様などを考慮して違法だと評価される場合に不法行為法により保護される。外国人を理由とする締結拒否を人格的利益の侵害として違法だと評価するにあたっては、拒絶者側の行為態様なども考慮して判断されるとみられている⁽²¹⁾。

④静岡地浜松支判平成11年10月12日では、入店を拒絶した側には、来訪者がブラジル人だと知っただけで「出店荒らしにご用心!」、「外国人入店お断り」と記したビラを示したり、警察官を呼ぶなど、犯罪者として扱うような行為態様がある。こうした拒絶者側の行為態様の悪性は、上述した判断枠組みの中で違法性を肯定する方向で考慮される。他方、④判決と比肩できるような行為態様の悪性は、⑤札幌地判平成14年11月11日において入浴を拒否した側に見出せない。どの程度の事情があれば

(19) 大村・前掲注(7)『新しい日本の民法学へ』495頁。次章でとりあげる⑦大阪地判平成29年8月25日に関して、上北・後掲注(35)53頁も侵害された人格的利益を名誉感情だとしている。

(20) 窪田充見『不法行為法〔第2版〕』(有斐閣、2018年)114頁以下を参照。

(21) 大村・前掲注(7)『新しい日本の民法学へ』492頁以下、上北・後掲注(35)53頁を参照。

違法と評価されるかの判断は微妙であるが、⑤判決の事案に関して、拒否者の行為態様だけを取り出すならば、不法行為とはいいいくという評価もあり得ることが大村教授により指摘されている。⁽²²⁾

こうした観点から注目されるのが、⑤札幌地判平成14年11月11日が、「公衆浴場法による…知事の許可を受けて経営されている公衆浴場…であって公共性を有する」ことから、「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、これを入浴拒否の違法評価を基礎づける要因としている点である。行為態様を考慮して違法と評価するのが困難であるとしても、公衆浴場は公衆浴場法により知事の許可を要する施設であり、国籍、人種を問わず利用が認められるべき公共性を有する。このことによって、⑤判決の事案でも、違法という評価が基礎づけられると解される。もっとも、公衆浴場法により知事の許可が必要とされている点に公共性の根拠を求めると、これに相当するものが見出せないケースで、行為態様の悪性も認められない場合には、締結拒否は違法でないと考えられることになる。⁽²³⁾

第2節 大村教授、吉田教授の見解とその意義

前節でみたように裁判例の対処法には、学説から指摘されているように限界がある。この限界を克服すべきものとみて、大村教授、吉田教授は限界を乗り越える主張を展開している。以下では、両教授の見解を紹介し（1、2）、その意味を明らかにしたい（3）。

(22) 大村・前掲注（7）『新しい日本の民法学へ』494頁。④静岡地浜松支判平成11年10月12日についていえば、仮に入店を拒否した宝石店経営者に邪険に取り扱うといった事情がなければ、不法行為責任を認め得るかどうかは、なお検討を要することになる（同・前掲注（7）『他者とともに生きる』117頁）。

(23) 吉田・前掲注（8）『市場・人格と民法学』71頁

1 大村教授の見解

大村教授は、⑤札幌地判平成14年11月11日において違法評価をもたらした要因を公衆浴場の公共性に見出す。もっとも公衆浴場法による許可の必要性は決定的な要因ではない。「『公衆浴場』は…『人々に広く開かれている』という意味で『公衆＝公開（性）』を持つ。「公衆＝公開（性）」から、「公共（性）」が導かれ、これにより私的自治が制限される。これは他の裁判例にも見出すことが可能である。④静岡地浜松支判平成11年10月12日も店舗の「公衆＝公開（性）」を指摘している。ゴルフクラブへの入会拒絶に関する②東京地判平成7年3月23日でも、当該ゴルフクラブが、閉鎖的でなく「公的」であり、「開放的」な団体であるという性質が不法行為責任の成立判断に影響していると見ることができる。賃貸借に関する③大阪地判平成5年6月18日でも、「仲介業者を利用して、広く契約の相手方を募るという利益を得ている」以上、合理的理由のない契約拒絶は許されないとしており、ここでも「広く…募る」⁽²⁴⁾ところにポイントがある。

大村教授は、以上の裁判例から示唆を得て、次のように一般化した主張をおこなう。私人には契約の自由、結社の自由が認められているものの、「相手方選択の自由は無制限には認められない。『公衆』に向けて、すなわち『公開』の形で相手方を求める以上は…不合理な理由による差別的取扱いは、相手方の人格を傷つける行為とされる。…誰もが参加できる『公共空間』においては、人は合理的な基準でのみ排除・選別の対象となりうる。…恣意的な排除・選別をしたいのであれば、『公衆』⁽²⁵⁾に向けて、『公開』の形で行為することは避けなければならない」。

今日では「公衆＝公開（性）」を帯びていると評価される行為は増えており、人的要素が重要となる行為は少なくなっている。かつては選択

(24) 大村・前掲注(7)『不法行為判例に学ぶ』203頁以下

(25) 大村・前掲注(7)『不法行為判例に学ぶ』204頁以下

の恣意性が問題とされることはなかった行為も、今日では場合によっては、「公衆」に対して「公開」の形でなされた行為として扱われる。それゆえ、今日では、相手方選択の自由ではなく、平等取扱いこそが原則だと考えることができる⁽²⁶⁾。

平等取扱いは契約解釈によって契約上の義務として導くことが可能な場合もある。しかし、大村教授は、契約解釈から導くのではなく、平等取扱原則を公序として措定することを提案する。公共性・公開性を具備する場合には、ことからの性質上、相手方の平等取扱いが要請されると考えるべきであり、一般的なアクセスを避ける方策がとられたり、交渉拒絶に正当な理由がない限り、相手方の平等な取扱いが要請される⁽²⁷⁾。

2 吉田教授の見解

吉田教授は、財やサービスが提供される市場の性格の違いが、裁判例における違法性判断の結論を左右する重要な要因となっているとみている。すなわち、財・サービスの提供に関して顧客の人的要素を考慮しない「開かれた市場」と、人的要素を考慮する制限的な市場という差異である。こうした市場の性格の違いに応じて、差別的拒否が違法かどうかの判断が異なっている。

④静岡地浜松支判平成11年10月12日の宝石店の入店拒否、⑤札幌地判平成14年11月11日の公衆浴場への入浴拒否は、前者の「開かれた市場」に該当するケースである。ここでは、店舗、商品へのアクセスは原則として万人に開かれている、あるいは規範的に開かれているべきである。ここに「公開性」が認められる。この市場にはこの意味で「公共性」がある。「開かれた」市場では、顧客選別の自由が制限され、自由を根拠

(26) 大村・前掲注(7)『不法行為判例に学ぶ』205頁以下

(27) 大村・前掲注(7)『新しい日本の民法学へ』495頁、同・前掲注(7)『他者とともに生きる』122頁

とする差別は正当性を失う。ここでは、外国人を一律に排除する扱いが正当性を持つことはあり得ない。

これに対して、③大阪地判平成5年6月18日で問題となった住宅の賃貸借契約は信頼関係に基づく契約だと言われてきた。ここでは、賃借人は誰でもよいわけではなく、人的属性が重要だと考えられてきた。そうすると賃貸住宅市場は制限的な市場と位置づけられることになり、賃借人は賃借人の選別が基本的に可能⁽²⁸⁾ということになる。しかし、吉田教授は、このような考え方を排除して、賃貸住宅市場を開かれているべき市場として構成することで、この領域においても差別を克服する方向性を打ち出す⁽²⁹⁾。

3 両見解の意義——私的自治、契約自由の制限

裁判例に見られた対処法には限界があり、外国人などの人的属性を理由とする差別的な入会、締結の拒否に十分に対処することができない。こうした問題意識からは、差別的取扱いに、より対応可能な法理の探求が課題となる。同時に、これは民法の原則である相手方選択の自由を制限することにもなる。大村教授、吉田教授の考え方によって、私的自治、契約自由はどのように制限されるのだろうか。

大村教授の見解においては、公衆に向けて公開の形で相手方を求めた場合には、公開性・公共性が求められ、公序として平等取扱原則が妥当し、相手方選択の自由が制限される。吉田教授においては、規範的に開かれているべき市場（公共性のある市場）では顧客選別の自由が制限さ

(28) 吉田・前掲注(8)『市場・人格と民法学』79頁以下は、前掲注(14)に紹介した東京地判平成13年11月12日(判例時報1789号96頁)を、そこで問題となった住宅ローン市場は人的要素が考慮される制限的な市場であることから差別的拒否が違法でないと判断された一例だと位置づけている。

(29) 吉田・前掲注(8)『市場・人格と民法学』80頁以下、同・前掲注(8)「私人による差別の撤廃と民法学」39頁以下

れる。

公衆に向けて公開の形で相手方を求めるか、そうしないか、あるいは、開かれているべき市場で相手方を求めるか、そうしないか、という限りでは、私人の選択は可能である。しかし、前者を選択した場合、つまり、公衆に向けて公開の形で相手方を求めたり、開かれているべき市場で相手方を求めた場合には、この者は相手方選択において自由ではない。この場合には、合理的（正当）な理由がない限り、外国人などの人的属性を理由とする締結拒否は許されない。例えば、日本人に限ると表明することによって一律に外国人を排除する扱いをすることが、私的自治、契約自由の行使⁽³⁰⁾であるとして民法上承認されることはないのである。もっとも、公共空間ないし開かれているべき市場において、合理的（正当な）理由もなく、差別的な入会や締結の拒否が行われた場合の効果については、いずれの見解においても立ち入った検討は行われていない。

第3章 その後の裁判例

第1節 2012年までの裁判例

判例集、判例誌に登載されておらず、大村教授、吉田教授によって取り上げられていないものの、両教授による検討が行われていた頃までに（2012年までに）、両見解に沿うとみられる裁判例が存在している。1つは、東京地判平成16年9月16日（LEX/DB 文献番号28100935）である。原告が過去に二度ほど入店した店舗で飲食していたところ、店舗側が中国人であることを理由に退店を求め、その後に原告が同店舗を訪れた際

(30) 大村教授の見解については、桑岡和久「契約自由の原則と平等取扱い（1）（2・完）——差別禁止立法を契機とするドイツ法の議論を検討素材として——」民商法雑誌147巻1号11頁以下、147巻2号200頁以下（2012年）に分析したところを参照。

にも外国人であることを理由に入店を拒否した事案である。同判決は、「こうした行為は、原告の出自を理由に一般公衆の来集を目的とした飲食施設である本件店舗の利用について、正当な理由に基づかない差別的取扱いをしたものであって、違法というべきであ」として不法行為の成立を認め、「他の客のいる状況の下で故なく退店を求められ、また、同様の理由で入店を拒否されたものであって、その受けた屈辱感は大きく、精神的苦痛を受けた」として慰謝料の支払いを命じている。もう1件は、東京地判平成24年11月2日（LEX/DB 文献番号25497472）である。原告がこれまで利用してきたインターネットカフェにおいて、原告が精神障害者であることを知った際に、このことを理由に店舗側が入店を拒否した事案である。同判決は、「原告が精神障害者であると認定されて精神障害者保険福祉手帳の交付を受けたことを理由として本件入店拒否に及んだのであるから、本件入店拒否は、公序良俗に反する違法な差別行為であり、不法行為を構成する」として、本件入店拒否によって被った精神的苦痛に対する慰謝料請求を認容した。

これらの裁判例では、前章第1節で紹介した④静岡地浜松支判平成11年10月12日（宝石店入店拒否）に比肩する行為態様の悪性が拒否者側に認定されているわけではない。しかし、上述した2つの裁判例において入店が拒否された飲食店、インターネットカフェは、宝石店（④判決）ほどに危険な客の入店を制限する必要性は考えにくく、公衆に向けて公開の形で相手方を求めていると考えられるケースであり、人的要素の考慮が相手方選択において重要とならない開かれた市場だと考えられる。つまり、2つの裁判例は、大村教授、吉田教授の見解からは、外国人であることや障害者であることを理由とする締結拒否は合理的な理由がない限り制限される場面だと考え得る事案である。もっとも、⁽³¹⁾ どちらの裁

(31) 池原・前掲注(9)193頁以下も、本節の2つの裁判例（東京地判平成16年9月16日、東京地判平成24年11月2日）を、公開性・公共性に基づき差別的な入

判例も理由づけが簡潔で、何ゆえに違法な差別的行為であって不法行為責任を構成するかについて詳述していない。

第2節 その後の裁判例

本節では、大村、吉田両教授の見解（2012年）以後に現れた裁判例を2件紹介する。1つは、性同一性障害を理由とするゴルフクラブへの入会拒否が問題となった東京高判平成27年7月1日（LEX/DB 文献番号25540642）であり、もう1つは加盟店契約締結の前提となる資料送付が外国人であることを理由に拒否された事案に関する大阪地判平成29年8月25日（判例時報2368号23頁）である。

⑥東京高判平成27年7月1日（LEX/DB 文献番号25540642）

【事案の概要】

Xは、性同一性障害と診断され、性別適合手術を受けた後、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性別の取扱いを女性に変更する旨の審判（同法3条1項）を受け、戸籍の性別表記を女性に変更した。Yゴルフクラブは、Aゴルフ場の運営などをおこなう団体である。Yに入会するために必要な株式は、インターネット等を通じたゴルフ会員権市場において一般に売買されている。複数のゴルフ会員権販売業者がホームページにおいて表示しているところによれば、Yでは日本国籍を有する者であること以外に入会要件は設定されていない。

Xは自身が代表取締役を務める会社Bの役員を通じて、Yゴルフクラブに入会手を問合せた。Yは、株主会員制を採用しており、入会に必要な株式をゴルフ会員権販売業者から購入する必要があること、入会には2名の紹介者が必要であり、面接が行われることなどを教示した。Bは、Yの教示に従って、入会に必要な株式を購入し、Yに対し、Xを記

店拒否を違法とするものだとしている。

裁判例における差別的取扱いからの保護

名者（法人会員の場合に実質的な会員と扱われる個人のこと）とする入会の申込をおこなった。Yは、性同一性障害を理由として、Xに対し入会を拒否（以下、本件入会拒否とする）した。XがYに対して、本件入会拒否は性同一性障害を理由とする不合理な差別であり、憲法14条1項の趣旨を包含する公序良俗に反して違法であり、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

原審（静岡地浜松支判平成26年9月8日判例時報2243号67頁）は、本件入会拒否は、憲法14条1項、国際人権B規約26条の趣旨に照らして、社会的に許容しうる限度を超えて、不法行為法上違法であるとして、XのYに対する損害賠償請求を認容した。Yが控訴。

【判旨】

憲法及び国際人権規約は私人相互の関係に直接適用されるものではなく、「私人間における権利や利害の調整は、原則として私的自治に委ねられるが、私人の行為により個人の基本的な自由や平等に関する具体的な侵害又はそのおそれがあり、その態様、程度が憲法の規定等の趣旨に照らして社会的に許容し得る限度を超えるときは、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って、当該行為を無効としたり、当該行為が不法行為に当たるものと解したりして救済を図るのが相当であ〔る〕…したがって、本件入会拒否…が、社会的に許容し得る限度を超えるときは、不法行為を構成するものというべきである。」

社会的に許容しうる限度を超えるかどうかについて、本判決は、Yゴルフクラブの特質と入会を認めた場合のYの不利益、そして本件入会拒否によるXの不利益を衡量して、次のように判断した。

Yの入会資格は日本国籍を有することのみであり、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。Yの定めに従って株式を取得して入会の申込みをした者が、入会を拒否されたことはほとんどない。Yは閉鎖性を有する団体ではない。また、入会を認め

論 説

た場合にYが被る不利益も抽象的な危惧に過ぎない。

他方、本件入会拒否によりXの被った不利益は、Yの法人会員の記名者たる地位を獲得できないことにより、非会員よりも安価な料金をプレーできないことなどであり、直接的には経済的利益にとどまる。しかし、Yは、「㉗入会の要件として、日本国籍を有する者であることを除けば…何らの入会要件を設けておらず、㉘実際に、Yの定めに従って…入会の申込みをした者が、Yから入会を拒否されたことは…極めてまれであり、㉙Xも…Yに対して入会手続を問合せ…教示に従って入会に必要な各書類をYに提出するなどする過程において、Y…から入会を認めないことがあることをうかがわせるような対応は受けていなかったことに照らすと、Xは、Yの定めに従って入会申込みの手続を行えば入会申込みを拒否されることはないであろうとの期待ないし信頼を抱いていたものと認められ、そのような期待ないし信頼を寄せるべき事情があったとすることができる。そうすると、性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由としてXがY…からYへの入会を拒否されたことは、XのY…に対する上記の期待ないし信頼を裏切られ、本来被るべき理由のない不利益を被ることになったものといえることができる。」

Yは閉鎖性を有する団体ではなく、被る不利益も抽象的な危惧に過ぎない。他方、Xの被った不利益は、「性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由として、Yの定めに従って入会申込みの手続を行えば入会申込みを拒否されることはないであろうとの期待ないし信頼を裏切られ、いわれのない不利益を被ったこと、このような理由による本件入会拒否…によって、Xは、自らの意思によってはいかんともしい難い疾病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、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ことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたことも否定できない」。本件入会拒否は社会的に許容し得る限
(甲南法学'23) 64-1-2-28 (28)

度を超えて違法であるとして、Yに対して慰謝料の支払いが命じられた。

⑦大阪地判平成29年8月25日（判例時報2368号23頁）

【事案の概要】

Yは、自らが参加資格を有する会員制の中古車販売業者専用のネットオークションに参加できる加盟店を募集し、経営指導等を行う会社である。Yは自らのウェブサイトにおいて無料で資料請求できる旨告知しており、Yとの加盟店契約（以下、本件加盟店契約とする）を希望する者はまず当該資料を請求する必要がある。同ウェブサイトには資料請求フォームが設けられており、その末尾に資料請求後の審査基準により加盟店契約に至らない場合があることにつき注意喚起がされていた。同ウェブサイトには、加盟店にはYとの信頼関係を構築することなどが求められるとし、加盟店選定審査の重要な要件となるとされていた。なお、Yの加盟店契約締結の審査基準によれば、外国人で永住権のない者は原則として加盟できないとされていた。

Xは、トルコ国籍を有する者であり、永住者として日本の在留資格を取得している。Xは、Yとの加盟店契約の締結に向けて、Yのウェブサイト上の入力フォームに氏名などを入力して送信し、資料を請求した。これに対して、Yは「当社ではご加盟頂く際の審査基準として日本国籍の保有者の方を対象としておりますので外国人の方には資料の送付を見合わせて頂いております。」とメールで返信し、Xが日本国籍を有しないこと、つまり外国人であることを理由としてXの資料請求を拒否した（以下、本件資料送付拒否とする）。XがYに対して、本件資料送付拒否は憲法14条1項、人種差別撤廃に関する国際条約に違反するものであり、人格権侵害であるとして不法行為に基づく損害賠償を請求した。

【判旨】

本件資料送付拒否は、それが憲法14条1項の趣旨に照らして合理的理

論 説

由を欠き、社会的に許容し得る範囲を超えてXの法的利益を侵害する場合には、不法行為にあたる。

「Yは、自己の経済活動を実現するために、本件加盟店契約に向けた集客ないし契約希望者に対する情報提供を目的として、本件資料請求サービスを用いており、広く一般公衆に向けて、自ら資料を無料送付する旨宣伝しているのであるから、請求者としては、請求をしさえすれば、基本的には誰であっても資料送付を受けられるとの合理的期待を抱いているものと認められ、かかる請求者から適式な資料請求があれば、これを受けたYとしては、特段の事情のない限り、誠実にこれに応じるのが取引通念上の信義にも適うものと認められる。

そして、Yにおいて、契約締結の自由ないし営業の自由が認められるとしても、Yは、自らの顧客獲得へ向けた情報提供ないし集客のために本件資料請求サービスを設けることにより、一般公衆に対し、請求しさえすれば誰であっても資料送付を受けられるとの合理的期待を抱くような状況を作り出しているといえるから、そのような一般公衆から資料請求があった場合には、当該請求者の特定の属性のみを理由に、何ら合理的な根拠に基づくことなく資料の送付を拒否することは、不合理な差別的取扱いというべきであり、かかる資料の送付拒否は、憲法14条1項の趣旨に照らし、当該請求者との関係で、当該請求者の合理的期待を裏切り、また人格権を不当に侵害するものとして、不法行為を構成する」。

Yが「本件資料請求を拒否したのは、Xが日本国籍を保有していないこと、つまり外国人であることのみを理由とするものであったと認められる」。「本件加盟店契約を締結する上で、加盟店希望者が日本国籍を有しないことが直ちに支障となるとは認められない。しかも、Y自身の本件加盟店契約締結時の審査基準自体、日本国籍を有しない外国人を一律に審査の対象から排除していたわけではなく、日本の永住権を有しない外国人について契約対象者とならない場合がある旨を定めているに過ぎ
(甲南法学'23) 64-1-2-30 (30)

裁判例における差別的取扱いからの保護

ない。そうすると、本件加盟店契約を締結する上で、Xが外国人であることを理由に一律に契約締結を拒否することについては、何ら合理的な根拠は存しないというべきであり、その前段階の本件資料請求の場面においても、Xが外国人であることのみを理由として資料の送付を拒絶をすることには、何ら合理的な根拠はないというべきである。したがって、Yによる本件資料送付拒否は、何ら合理的な根拠に基づくことなく、Xが外国人であるという特定の属性のみを理由にされたものであって…日本人と外国人とを合理的な根拠なく差別的に取り扱ったものにほかならないから、当該行為は、Xの資料送付を受けられるという合理的期待を裏切るものであるとともに、その人格権を不当に侵害するものとして、不法行為に当たるといふべきである。」

Xは合理的期待を裏切られただけでなく、本件メールに表れた差別的言辞によって、その人格を傷つけられ、精神的苦痛を被ったとして、Yに慰謝料の支払いが命じられた。なお、慰謝料額の算定において、本件資料送付拒否がなかったとしても、Yとの間で本件加盟店契約の締結に至ったかは不確定であったことが考慮されている。

第3節 裁判例における対応の現状

本節では、前節で紹介した2つの裁判例（⑥⑦判決）を、第2章でみた裁判例や学説に照らして分析し、外国人などの人的属性による差別的取扱いに対して裁判例がどのように対応しているのか、その現状を明らかにすることとしたい。

I 2つの裁判例における「期待」

不法行為責任を肯定するにあたり、⑥東京高判平成27年7月1日では「入会申込みを拒否されることはないであろうとの期待ないし信頼」（以下、「期待ないし信頼」を「期待」とする）が、⑦大阪地判平成29

年8月25日では「誰であっても資料送付を受けられるとの合理的期待」が、それぞれ性同一性障害、外国人であることを理由とする拒否によって裏切られたことに根拠が求められている。一見すると、契約の成立は確実であるという期待を裏切ったことにより不法行為責任を肯定した、③大阪地判平成5年6月18日に類似している。③判決と比較して、⑥判決、⑦判決にいう（合理的）期待の特徴を確認する。

1 ⑥東京高判平成27年7月1日

⑥東京高判平成27年7月1日は、拒否した側と拒否された側の不利益などを考慮して、ゴルフクラブへの入会拒否を違法と評価している。

拒否者に関しては、入会に必要な株式が一般に取引されていることなどから、ゴルフクラブの団体としての閉鎖性を否定し、これを違法性を否定しない（肯定する）方向で考慮している。ゴルフクラブが閉鎖的団体であるか否かが入会拒否の違法性判断を分ける要因となることは、従前の裁判例（①②判決など）に関して学説により指摘されていたことである（第2章第1節I2）。

⑥東京高判平成27年7月1日が、従前の裁判例（①②判決など）と異なるのは、被拒絶者の期待が裏切られたことによる不利益を違法性を肯定する方向で考慮する点である⁽³²⁾。すなわち、ゴルフクラブの定めに従って入会申込みをすれば拒否されることはないであろうとの期待を認めたくえで、性同一性障害を理由とする入会拒否は、この期待を裏切るものであって、これにより被るべき理由のない不利益を被ったことである。

この期待を、⑥東京高判平成27年7月1日は3つの事情から導いてい

(32) 違法であるという判断を支える被拒絶者の不利益として、⑥東京高判平成27年7月1日では、期待ないし信頼の裏切による不利益に加えて、性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由とする入会拒否によって、人格の根幹にかかわる精神的苦痛を被ったことが挙げられている。

る。㉗ゴルフクラブが日本国籍を有すること以外に入会要件を設けていないこと、㉘ゴルフクラブの定めに従って入会申込みをした者が実際に入会を拒否されたことは極めて稀であること、㉙ゴルフクラブから入会が認められないことがあることをうかがわせるような対応を受けていなかったことである。

このうち㉙は、被拒絶者からの入会の問合せにはじまる過程におけるゴルフクラブの対応であり、当事者間の交渉過程におけるやり取りである。しかし、㉙の事情は、それだけでは、③大阪地判平成5年6月18日に準じるほどに、入会が拒否されることはないという期待をゴルフクラブが自らの交渉過程での言動によって形成した、とはいえないものである。③判決では、自身は外国人であるが入居可能であるかを被拒絶者が確認した際に拒否者たる賃貸人側が入居できると答えただけでなく、当事者間で賃貸借契約に向けて交渉が相当程度進展し、契約条件などがすべて決まり手付金も授受され契約書の作成などが残るだけとなった事案において、契約の成立が確実だという期待が認められている。これに対して、⑥判決における㉙の事情は、それ自体としては、入会が認められない可能性をうかがわせる対応をゴルフクラブ側がしていなかったという消極的なものととどまる。入会が拒否される可能性を伝えなかったという不作為だけで、ゴルフクラブの定めに従って申込をすれば入会が拒否されることはないという期待を積極的に認めるのは困難だと考えられる。

そのため⑥判決では㉗と㉘の事情も併せて考慮されていると考えられる。もっとも、㉗日本国籍保有者であること以外に入会要件をゴルフクラブが設けていなかったという事情も、それだけでは、ゴルフクラブの定めに従って申込みをすれば入会を拒否されることはないという期待を基礎づけるものとはいえない。これはゴルフクラブが設定した入会条件に過ぎないし、たとえそれが入会希望者に認識されていたり、認識可能

となっているとしても、⁽³³⁾それだけでは、日本国籍を有していなければ入会ができないという認識を形成するといえるにとどまり、その反対に、日本国籍以外に入会要件はなく、ゴルフクラブの定めに従って申込みをすれば入会が拒否されることはない、という期待を積極的に基礎づけることにはならない。④の事情も同様である。ゴルフクラブの定めに従って入会申込みをした者が実際に拒否されたことは極めて稀であるという事情は、ゴルフクラブの入会審査の運用実績を示すものであり、それだけで、相手方の入会への期待が形成されるわけではない。

㊦は㊥と④の存在を前提として行われたゴルフクラブの被拒絶者に対する行為態様である。㊥ゴルフクラブは入会要件としては日本国籍保有者であることしか設定しておらず、④実際、ゴルフクラブが入会を拒否したことはほとんどない。こうした状況を前提として、㊦被拒絶者による入会の問合わせにはじまる経過において入会が認められない可能性をゴルフクラブ側が示唆しなかったことをもって、㊥判決は、ゴルフクラブの定めに従って申込みをすれば入会を拒否されることはないという被拒絶者の期待を認めている、——この判断の当否は措くとして——と考えられる。

2 ㊥大阪地判平成29年8月25日

㊥大阪地判平成29年8月25日は、㊥判決と異なり、拒絶者が自ら公衆に向けておこなった表明だけで資料送付を拒否されることはないという合理的期待を認めている。この事案では、資料を請求した時点で送付が拒否されており、契約締結に向けた交渉に入ること自体が拒否されてい

(33) 日本国籍を有すること以外に入会要件は設けられていなかったという㊥の事情は、複数のゴルフ会員権販売業者のホームページで公表されている。もっとも、これにより被拒絶者がこのことを認識していた（認識可能であった）ということ、㊥判決は認定しているわけではない。

裁判例における差別的取扱いからの保護

る。⑥判決や③判決と異なり、⑦判決の合理的期待は、締結過程における拒絶者の言動に依拠することができないものである。

⑦大阪地判平成29年8月25日という合理的期待は、被拒絶者が資料請求フォームに入力する以前の拒絶者の次の事情によって、相手方に対して一般的に認められるものである。拒絶者が「本件加盟店契約に向けた集客ないし契約希望者に対する情報提供を目的として、本件資料請求サービスを用いており、広く一般公衆に向けて、自ら資料を無料送付する旨宣伝している」という事情から、同判決は「基本的には誰であっても資料送付を受けられるとの合理的期待」を導いている。ここでの合理的期待は、当事者間の交渉過程において契約締結に向けた個別具体的な接触がなくとも、拒絶者が広く一般公衆に向けておこなった言動から、その受け手である相手方に対して一般的に認め得るものである。この点で、⑦判決の合理的期待は、⑥判決や③判決のように、交渉過程における当事者双方の具体的な言動に基づき、当該の相手方に対して個別に認められる期待と異なる。⑦判決の合理的期待は、従来の裁判例にはみられなかったものである。

II 責任の根拠

⑥東京高判平成27年7月1日の期待と⑦大阪地判平成29年8月25日の合理的期待は、上述したように質的に異なるのだが、不法行為の成立を導く論理は同じである。⑥⑦判決は、入会、資料送付が拒否されることはないという（合理的）期待を認めた上で、性同一性障害であること（⑥判決）、外国人であること（⑦判決）を理由として拒否することは、この期待を合理的な理由なく裏切るものであるとして、不法行為責任を肯定する。このとき拒絶者の責任は何によって基礎づけられるのだろうか。

⑦大阪地判平成29年8月25日の合理的期待は、「広く一般公衆に向け

論 説

て、自ら資料を無料送付する旨宣伝している」という自らの行為によって拒否者が作り出したものである。このような期待を自ら形成しておきながら、不合理に送付を拒否することは、相手方の期待を裏切るものであって、不法行為を構成する。こうした裁判所の論理からは、送付拒否が自らの先行行為（相手方に期待を形成する行為）に矛盾するものであり、信義則上許されない（禁反言）ことが責任の根拠だと考えるのが素直である⁽³⁴⁾。本章第1節に挙げた、飲食店、インターネットカフェでの入店拒否の事例も、同じように考えることができる。これらは基本的に人的要素を考慮しない取引であり、広く公衆に向けて相手方を募っていることから、サービスを受けられるとの期待を拒否者が相手方に対して形成している。それにもかかわらず、外国人であること、障害を有することを理由として拒否することは、自己の先行行為に矛盾して当該期待を裏切るものだと考えることが可能である。

以上の考え方と違って、⑦大阪地判平成29年8月25日に関しては、ここでの合理的期待は、公共性・公開性に基づくものであることを指摘する見解がある。「自社のウェブサイトを通じて広く資料請求者を募つた」、あるいは「資料請求サービスを…一般公衆に向けて」おこなったという事情は、「本サービスが希望する者には一般的に開放された、『公開性』を有するものであることを意味し」、入浴拒否に関する⑤札幌地判平成14年11月11日にも見出される、「開放性・公共性といった要素に」基づくもの⁽³⁵⁾とする見方である。これは、第2章第2節1でみた、大村教授の見解、つまり、「公衆＝公開（性）」、「公共性」に基づく平等

(34) 不平等取扱いを信義則に反する自己矛盾であるとして差別的取扱禁止を正当化する考え方は、ドイツ民法学においても有力な考え方である。ドイツ法に関しては、桑岡・前掲注(5)353頁以下で、否定説として紹介した学説を参照（桑岡・前掲注(30)民商法雑誌147巻1号29頁以下、2号166頁以下も参照）。

(35) 上北正人「判批（大阪地判平成29年8月25日）」私法判例リマークス59号53頁（2019年）

取扱原則、不合理な差別的取扱いは許されないという考え方に沿った見方である。

2つの考え方は両立する場合もある。しかし、大村教授の構想する平等取扱原則は、公共性・公開性を根拠として公序として措定されるものであって、先行行為矛盾（禁反言）に依拠するものではない。確かに、この考え方においても、公衆に向けて公開の形で相手方を求めるか、そうしないか（一般にはアクセスできない方策を講じること）を私人が選択することは可能である。後者を選択した場合には相手方選択の自由は留保される。他方、前者を選択した者が、これに反して入会・締結を拒否するならば、自らの先行する決定に反することになる。ここに信義則違反を見出すことは可能である。しかし、平等取扱原則が公序とされる意義は、第2章第2節3に示したように、次の点にある。前者を選択した場合、つまり公衆に向けて公開の形で相手方を求めた場合には、平等取扱原則が公序として妥当する。ここでは、相手方を予め限定すること、例えば日本国籍を有する者に限るなどと予め示すことによって先行行為矛盾を回避して平等取扱原則を免れることはできない⁽³⁶⁾。このような回避措置を講じることが私的自治、契約自由の行使として私法上承認されることはない。公衆に向けて公開の形で相手方を求めたのであれば、平等取扱原則により、正当な理由がない限り、外国人などの属性を理由とする差別的取扱いは禁じられるのである。

それでは、⑦大阪地判平成29年8月25日という合理的期待はどうか。同判決は広く資料請求者を募ったという事情に基づき合理的期待を認めており、大村教授のいう「『公衆』に向けて、『公開』の形で行為」したことが考慮されている。しかし、⑦判決は、ここから直接に平等取扱原則を導くことはしておらず、あくまでも合理的期待の形成を基礎づける事情として考慮する。拒絶者は「一般公衆に対し、請求しさえ

(36) 桑岡・前掲注(30)民商法雑誌147巻2号200頁以下(2012年)も参照。

すれば誰でも資料送付を受けられるとの合理的期待を抱くような状況を作り出している」。それにもかかわらず、外国人であるという「特定の属性のみを理由に」資料の送付を拒否することは「合理的期待を裏切」るものであり、「不法行為を構成する」。こうした⑦判決の理論構成は、大村教授の公共性・公開性に基づく平等取扱原則と同じものとはいえない。むしろ、「期待の形成とその裏切り」という構成を採用する以上、例えば日本国籍者を有することといった条件付きで広く相手方を募っている場合に、日本国籍を有しなくとも拒否されることはない⁽³⁷⁾と期待することが合理的であるとはいえない。例えば、⑥東京高判平成27年7月1日はゴルフクラブが日本国籍を有すること以外に入会要件を設けていなかったという事情を考慮しているが、仮に、この事情が公衆に向けて公開されていたのであれば、日本国籍を有しないことを理由として入会を拒否されることはない⁽³⁸⁾という期待は認められないことになる。

(37) 城内明「判批（大阪地判平成29年8月25日）」速報判例解説24号（新・判例解説 Watch）72頁（2019年）、茂木明奈「判批（大阪地判平成29年8月25日）」白鷗法学26巻2号326頁（2019年）は、こうした難点があることを指摘する。

(38) 本稿の検討対象である契約締結、団体加入の差別的拒否とは異なり、契約自体は成立しているケースであるが、私立医科大学、私立大学医学部の入試において合否判定基準が性別、浪人年数により区別されていたことが問題となった裁判例の理論構成においても、不平等な取扱いを認識している場合には救済が困難となる。例えば、東京地判令和4年5月19日（LEX/DB 文献番号25572282）の事案では、私立大学医学部が入学試験において女性受験者に不利な基準により合否判定をおこなっていた。同判決は、この合否判定基準を不合理な差別的取扱いとしつつも、この基準を募集要項などにより事前に公表せず、受験生が容易に認識することができないまま受験させたことが、信義則上の情報提供義務に反し、当該大学医学部を受験するか否かについての意思決定の自由を侵害することから、不法行為にあたりと判断した。この論理においても、差別的な合否判定基準が事前に公表され、受験生に（容易に）認識可能とされていれば、意思決定の自由は侵害されない、ということになる。この問題については、茂木明奈「質貸借問題と医学部入試問題からみる差別——民法は差別問題にどう立ち向かうのか——」

Ⅲ 合理的期待の射程

⑦大阪地判平成29年8月25日は、③⑥判決と異なり、交渉過程における当事者間での具体的なやり取りがなくとも、広く一般公衆に向けて無料で資料送付する旨宣伝したという、当事者間での接触以前の拒絶者側の行為から合理的期待を導いている。とはいえ、⑦判決の合理的期待が対象としているのは、誰でも資料送付サービスを受けられることであって、誰でも加盟店契約を締結できることではない。確かに、⑦判決は日本国籍を有しないことを理由として加盟店契約の締結を拒否することは合理的でないとしてはいるものの、合理的期待は、加盟店契約の締結ではなく、資料送付サービスについて認定されているにとどまる。加盟店契約は、その締結判断において人的要素が考慮される契約であり、誰でもあっても締結されると期待できる契約ではないからである。そのため、⑦判決は、契約締結における不合理な差別的取扱いを合理的期待に基づき禁止した裁判例と位置づけることはできない。

第4章 おわりに

本稿では、契約締結、団体加入に際して、外国人であることなどの人的属性を理由として差別的に拒否された場合に、裁判例がどのように対応しているのかを考察してきた。大村教授は、従前の裁判例を分析して、「公衆＝公開（性）」が違法評価をもたらす要因であると指摘していた（第2章第1節1）。この要因は近時の⑦判決にも見出される。⑦判決では、公衆に向けて公開の形で相手方を求めたことが不法行為責任を認める上で決定的な意味を有している。もっとも、第3章第3節Ⅱで検討したように、⑦判決は、これによって合理的期待を拒否者が形成してお

法学セミナー818号33頁以下（2023年）、小野寺倫子「判批（東京地判令和4年5月19日）」速報判例解説32号（新・判例解説 Watch）86頁（2023年）も参照。

論 説

きながら、不合理な差別的拒否により、この期待を裏切ったという理論構成によって対処するものである。これは、第2章第2節でみた大村教授、吉田教授の見解と同じものとはいえない。見方を変えれば、学説の主張は、現在のところ裁判例において採用されているとはいえないことになる。現状の対処法で個々の事案の解決に不足はないということなのか、その理由は明らかではないが、裁判所に受け入れられるに足る基礎づけが学説上いまだ十分になされていないということかもしれない。後者だとすれば、それは学説の課題である。裁判例にも示されていたように、不平等に取扱う側にも私的自治、契約自由がある。私的自治、契約自由は民法の基本原則であり、その制限を十分に正当化し得る差別禁止法理を構築する必要がある。⁽³⁹⁾

効果の面では、裁判例において被拒絶者に認められていたのは、もっぱら不法行為に基づく損害賠償であった。その反面で、他の効果について踏み込んだ裁判例は見られない。裁判において当事者は不法行為責任を追及するのが通常であるためであって、このことはその他の効果が裁判例において否定されていることを意味しない。他の私法上の効果とし

(39) こうした問題意識に基づきドイツ法の検討をおこなったのが、桑岡・前掲注(5)、同・前掲注(30)である。ドイツでは、人種などの人的属性による差別的取扱いの禁止を、先行行為矛盾に依拠するのではなく、これとは異なる考えによって基礎づけようとする見解が有力に主張されている。差別的な取扱いは、被差別的取扱者を社会から排除する、あるいはこの者に対して他者とのコミュニケーションの可能性を閉ざすものであり、契約を締結する可能性自体を奪うことになる。このような差別的取扱いを禁じることは民法の原則である契約自由が機能するための前提条件として必要であることから、民法に整合するものとして正当化しようとする見解である。この立場については、桑岡・前掲注(5)367頁以下、同・前掲注(30)民商法雑誌147巻2号173頁以下において肯定説としてとりあげた学説を参照。

裁判例における差別的取扱いからの保護

では、例えば、差別的な締結拒否が社会的に許容できる限度を超えて違法であるならば、差止請求権も効果として検討に値すると考えられそうである。⁽⁴⁰⁾ こうした効果について、その必要性も含めて検討することが残された課題である。⁽⁴¹⁾

(40) 前掲注(4)を参照。

(41) こうした問題意識から侵害排除請求権、締結請求権といった効果につき比較法(ドイツ法)により検討をおこなったのが、桑岡・前掲注(5)である。