

博士学位請求論文

人種・民族差別の禁止と国際人権基準

—多文化共生社会における差別禁止原則の意義—

中央大学大学院法学研究科国際企業関係法専攻博士課程後期課程

佐々木 亮

目 次

序論

1. 本研究の背景と問題設定.....	1
2. 本研究の目的と分析方法.....	3
3. 本研究の構成	10

第1章 多文化共生社会における差別禁止・平等原則の変容

はじめに.....	12
1. 近代人権思想が想定する人間像と現実世界における人権享有主体の齟齬	13
2. 差別禁止・平等原則の前史としての国際法上の少数者保護.....	17
2.1. 国家間安全保障の課題としての少数者保護.....	18
2.2. 民族自決原則と種族的少数者の保護	20
3. 国際人権保障の成立と差別禁止・平等原則の確立	23
3.1. 少数者保護から人権保障上の差別の禁止へ.....	23
3.2. 少数者を包摂した差別禁止原則とその問題点.....	24
4. 多文化共生社会に関する議論の状況と問題点.....	28
5. 法原則としての差別禁止・平等原則の枠組み.....	33
5.1. 差別禁止原則の解釈の特徴	33
5.2. 差別形態の区分と「扱いの差異」の正当化理由の不明確性	34
5.3. 差別事由の分類と階層化	36
小括	39

第2章 ヨーロッパの地域的人権保障制度の特徴と司法対話による立憲的法秩序の形成

はじめに.....	40
1. ヨーロッパにおける人権保障の構造.....	41
1.1. EU法と国内法の関係	42
1.2. ヨーロッパ人権条約と国内法の関係	47
1.3. EU法とヨーロッパ人権条約の関係	49

2. ヨーロッパの基本権保障制度の理論的把握	55
2.1. 多層的な法秩序の整合的把握	55
2.2. 多層的な法秩序における価値の共有と「司法対話」による人権保障の促進	57
2.3. 国際人権規範の解釈における司法対話の役割	60
小括	62

第3章 EUの基本権保護制度における人種・民族差別の禁止の展開と多文化共生

はじめに	63
1. EU法の一般原則としての差別禁止原則の意義	64
2. 経済統合促進の要素としての差別禁止原則の展開	65
2.1. 国籍差別の禁止と市場統合・労働者の自由移動	66
2.2. 男女均等待遇の原則と差別禁止法理の発展	68
3. 差別禁止原則と基本権保護の接近	70
3.1. 国籍差別の禁止からEU市民権へ	71
3.2. 男女均等待遇原則と基本権保護の接近	74
4. 差別形態の区分と間接差別法理の展開	77
4.1. 国籍差別と差別形態の区分	77
4.2. 性差別と差別形態の区分	80
4.3. 間接差別における証明責任の転換	83
4.4. 証明責任の転換と指令による規定	86
5. EU法の一般原則としての差別禁止原則の確立	87
5.1. EU法の一般原則としての差別禁止の展開と多様性の尊重	87
5.2. 差別禁止指令の採択と包括的な差別禁止原則の確立	89
5.2.1. 差別禁止に関する指令と証明責任の転換	90
5.2.2. 差別事由の階層化と反人種主義の主流化	92
5.3. 差別禁止指令の実施に伴う国内法の平準化	95
5.4. EU法の一般原則としての差別禁止原則の確立と基本権保護への収斂	97
小括	98

第4章 ヨーロッパ人権条約における人種・民族差別の禁止の展開と多文化共生

はじめに.....	100
1. ヨーロッパ人権条約制度と裁判所による条約解釈の特徴.....	101
2. ヨーロッパ人権条約上の差別禁止原則と裁判所の解釈手順.....	103
2.1. ヨーロッパ人権条約上の差別禁止原則の特徴.....	104
2.2. ヨーロッパ人権裁判所による差別禁止原則の解釈手順.....	105
2.3. 差別禁止原則の裁判における適用.....	107
3. 人種・民族差別に関する判例法の展開と差別事由の階層化.....	109
3.1. 疑わしい事由と差別事由の階層化.....	110
3.2. 差別事由の階層化と人種・民族差別の規制.....	115
4. 差別禁止原則に関する裁判所の解釈と間接差別に対する救済の困難性.....	116
5. 間接差別に関する判例の転換と社会的文脈の考慮.....	120
5.1. 間接差別事案における証明責任の転換と統計の証拠能力.....	120
5.2. 証明責任の転換と正当化根拠の厳格化.....	122
5.3. 人種・民族差別に基づく間接差別と社会的文脈の考慮.....	124
6. 司法対話による人種・民族差別に関する解釈理論の発展と評価の余地の縮減.....	126
6.1. 評価の余地理論と締約国間の「共通基盤」.....	127
6.2. 差別の禁止に関する「共通基盤」の形成と評価の余地の縮減.....	128
6.3. EU との司法対話による人種・民族平等法理の発展.....	130
小括.....	132

第5章 国連の人権保障制度における人種・民族差別の禁止の展開と多文化共生

はじめに.....	133
1. 国際的人権保障制度の確立と「国際非差別法」の形成.....	134
1.1. 国際人権法の基本原則としての差別禁止.....	134
1.2. 性差別の撤廃とジェンダー平等へ.....	136
1.3. 人種差別の禁止とその射程の拡大.....	138
2. 条約履行監視委員会の条約解釈における差別形態の区分と差別事由の階層化.....	139
3. 人種・民族差別の規制と国際社会の総意.....	146
小括.....	149

第6章 人権条約による「多様性の尊重」の実現と日本におけるその国内適用	
はじめに.....	151
1. 日本法における人権条約の位置付けと裁判所における適用.....	151
2. 日本の裁判所における国際人権法の適用と差別の禁止.....	154
3. 人権条約と国内法の司法対話を通じた「多様性の尊重」の実現可能性.....	159
小括.....	162
終章：差別禁止原則の展開と実質的平等の確保による多文化共生の実現.....	163
参考文献・判例一覧.....	169

序 論

1. 本研究の背景と問題設定
2. 本研究の目的と分析方法
3. 本研究の構成

1. 本研究の背景と問題設定

本研究は、多文化共生社会¹における差別禁止・平等原則の意義を考察することを目的とする。差別の禁止や平等の確保は、国際人権法の基本原則として、世界的・地域的人権条約の多くに規定されている。国際人権法 (international human rights law: droit international des droits de l'homme, droit international des droits des personnes) は、第二次世界大戦後に急速に発展した国際法の一分野であり、国家間条約や慣習国際法等を法源とする点で、伝統的国際法の性格を残しつつも、国家間の利害関係の調整を越えて、個人の権利を保護することを直接の目的とする点で、伝統的国際法とは異なる性格を有している²。国際人権法の特徴

¹ 「多文化共生」とは、日本における外国籍住民の増加を背景として、彼（女）らの社会的包摂を目指す理念として提唱されたものである。この理念は、外国籍住民を地域社会の生活者・住民として認識し、地域社会の構成員として、国籍や民族の違いを越えて社会参画を促す総合的な支援の仕組みを構築することが求めるものである。多文化共生のための施策を推進することは、国際人権規約や人種差別撤廃条約等における外国人の人権尊重の趣旨にも合致する。詳しくは以下を参照：総務省「多文化共生の推進に関する研究会報告書：地域における多文化共生の推進に向けて」2006、<http://www.soumu.go.jp/kokusai/pdf/sonota_b5.pdf> (最終アクセス：2018年12月14日)、4-5頁；近藤敦「持続可能な多文化共生社会に向けた移民統合政策」『世界』915号(2018)、77-85頁。

² T. Buergenthal, 'Human Rights' in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, March 2007, <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e810?prd=EPIL>> accessed 14 December 2018; 阿部浩己『国際法の人権化』信山社、2014、第I部第1章「国際法の人権化」。第二次世界大戦以前には、個人の処遇は各国家の国内管轄事項とされていたのに対して、第二次世界大戦後に創設された国際連合 (United Nations: Nations unies: 联合国、以下、「国連」と略記) は、人権の保護をその活動の目的の1つに設定した。以後、人権保障は、国際社会全体の共通関心事項となり、多数の人権宣言・条約が採択されてきた。今日では、国連を中心とする世界レベルの人権保障制度に加えて、ヨーロッパ評議会 (Council of Europe: Conseil de l'Europe)、米州機構 (Organization of American States: Organización de los Estados Americanos: Organisation des États Américains)、アフリカ連合 (African Union: Union africaine)、東南アジア諸国連合 (Association of Southeast Asian Nations: ASEAN) によって、各地域レベルでの人権保障制度が構築されている。国際人権法の体系を日本語で概説した書籍には、例えば以下のものがある：阿部浩己、藤本俊明、今井直『テキストブック国際人権法』第3版、日本評論社、2009；申惠丰『国際人権法：国際基準のダイナミズムと国内法との協調』第2版、信山社、2016；芹田健太郎『国際人権法』信山社、2018；芹田健太郎、薬師寺公夫、坂元茂樹『ブリッジブック国際人権法』第2版、信山社、2017；

の1つとして、国家による人権条約違反の被害者は、当該国の管轄下にある個人であり、伝統的な相互主義による履行確保が期待できたため、人権条約の解釈を個別国家に完全には委ねずに、条約ごとに履行監視委員会を設置し、各国内の人権保障の状況を監視していることが挙げられる³。本研究は、人権条約の履行監視機関の見解・判例を分析しながら、多文化共生が進む現代社会において、同原則にいかなる影響が生じているのかを明らかにしようとするものである。

本研究の主題である差別の禁止・平等は、国際人権法上の原則であると同時に、近代人権思想の中核的理念として、日本を含む多数の諸国の憲法上の基本原則をなしている⁴。その起源は、思想としてはロック (John Locke) の「統治二論 (Two Treatises of Government)」(1690年) やルソー (Jean-Jacques Rousseau) の「社会契約論 (Du contrat social ou principes du droit politique)」(1762年) 等、法的には、米国の「独立宣言 (Declaration of Independence)」(1776年) やフランスの「人及び市民の権利に関する宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)」(1789年) 等に遡ることができる⁵。近代人権思想は、被抑圧者を非人間的な扱いから解放する力となったが、その反面で、近代初期における人権保障の現実には、非ヨーロッパ系の民族や非キリスト教徒、女性や子ども、無産階級の人々を排除した不平等なものであった。現代に至るまでの歴史を通して、人権の享有主体から実質的に排除されていた人々による不平等の是正を目指す運動によって、「全ての人間は自由かつ平等である」という理念を現実のものにするための闘いが展開されてきた。また、近代人権思想そ

山下潔『国際人権法：人間の尊厳の確保と法』日本評論社、2014；横田洋三（編）『国際人権入門』第2版、法律文化社、2013；渡部茂己『国際人権法』国際書院、2009；芹田健太郎ほか（編）『国際人権法と憲法』講座国際人権法1、信山社、2006；同『国際人権規範の形成と展開』講座国際人権法2、信山社、2006；『国際人権法の国内的实施』講座国際人権法3、信山社、2006；『国際人権法の国際的实施』講座国際人権法4、信山社、2006。

³ 人権条約の履行監視委員会は、政府の代表ではなく、個人資格で任命される独立の専門家によって構成され、条約締約国による条約の履行状況を監視している。同委員会が採択する文書には、主に次のものがある。すなわち、締約国の政府から定期的に提出される報告書を審査し、それに対するコメントとして出される「総括所見(最終見解; concluding observation)」、条約上の権利を侵害されたと主張する個人からの個別の通報を審査したうえで出される「見解 (view)」、条約の解釈に関する委員会の一般的な立場を表明する「一般的意見 (general comment)」である。これらは、形式的には法的拘束力を有するものではないが、個別の条約締約国から独立した立場から示された解釈であることから、有権的 (authoritative) 解釈として、法的拘束力はないが尊重すべきものとして理解されるとともに、履行監視委員会にも、準司法的 (quasi-judicial) 性格が認められている。詳しくは以下を参照：岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」『世界法年報』29号 (2010)、60-64頁

⁴ 申、前掲書(注2)、342頁；D. Moeckli, 'Equality and Non-Discrimination' in: D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2010, pp.191-194.

⁵ 詳しくは、本論文第1章1節を参照。

のものが、「自立した自由な個人」とそのような諸個人の総意によって成立する社会契約という擬制を出発点としている⁶。現代の世界では、全ての人間が平等に基本的人権を享受することは、憲法や国際人権法の基本原則として、一応の合意が形成されるに至っている。しかし、人や物の越境移動と移動先での長期的な居住が珍しくなくなった結果、異なる背景を持つ人々が同じ社会で共存することが現実的な課題として認識されるようになり、近代人権思想が前提とする抽象的・画一的な人間像と多様性に富む現実の人間との齟齬が、改めて問題になっている。すなわち、民主的な社会では、法規範は多数派の意思を反映して定立されるため、多数派と少数派の構成員が流動的で、常に入れ替わることが保障されていない限り、少数者集団に属する者は、自らの意思を法の定立に反映させることができない。多様な出自や文化的背景を持つ人々の社会的包摂を図るためには、全ての人に対して、平等に基本的人権が保障されなければならない、そのためには、多文化共生社会を構成する諸個人の差異を考慮に入れた差別禁止・平等原則の解釈が探求されなければならない⁷。

2. 本研究の目的と分析方法

以上の問題意識のうえで、本研究では、国際人権法の基本としての差別禁止原則によって禁止されている「差別」の意味を再検討することを目指す。同原則が、国家に対して要請する内容は、あらゆる扱いの差異を排除し、全ての個人を画一的に扱うことではなく、不合理な扱いの差異を排除することである。現実には全ての個人は何らかの点で異なるものであって、あらゆる個人の間には、常に何らかの点で差異が存在する。そのため、法原則としての差別の禁止の解釈では、個人間の原初的差異を考慮し、合理的だと認められる扱いの差異については許容し、合理的根拠を欠く扱いの差異を「差別」と位置付けて撤廃し、実質的平等を確保することが要請される。言い換えれば、同原則は、合理的根拠を欠く扱いの差異を「差別」として禁止しており、許容される扱いの差異と許容されない扱いの差異（差別）の違いは、ひとえに「合理的根拠」の有無にかかっている⁸。そして、この

⁶ 阿部浩己『国際法の暴力を超えて』岩波書店、2010、第II部第4章「要塞の中の多民族共生/多文化主義：なぜ『過去』を眼差さなければならないのか」；寺谷広司「排除された人々と国際法：世界化する民主主義に対し、人権には何が可能か」中川淳司、寺谷広司（編）『大沼保昭先生記念論文集 国際法学の地平：歴史・理論・実証』東進堂、2008、343頁。

⁷ 詳しくは、本論文第1章3.2を参照。

⁸ 差別や平等は、他者との比較において相対的に観念される。そのため、法に反する差別の有

「合理的根拠」の内容の不明確さは、憲法、国際人権法の学説によって、共通して指摘されているところである⁹。さらに、現代の多文化共生社会では、異なる出自や文化的背景を持つ人々が共存し、同一の社会の中で生活する個々人の間の差異は、一層増大している。その結果、許容される扱いの差異と禁止される差別とを区分する要素である「合理的根拠」の内容は、一層不明確になっている¹⁰。

人権保障のあり方に目を向ければ、現代の人権保障は、憲法を最高法規とする国内法のみに基づき、国内裁判所によって、一国内で完結的に実現されるものではない。むしろ、人権条約が国内裁判所において適用され、憲法上の人権保障が人権条約による補完を受けて成り立っている。また、異なる法秩序に属する国際・国内裁判所が、相互に他の存在を意識し、互いの判例を参照し、影響し合いながら法形成を図る現象の存在が指摘されており、多くの学説がこれを「裁判官対話」ないし「司法対話」(judicial dialogue)と呼んでいる¹¹。司法対話は、異なる法秩序に属する裁判所間で、相互に判例を参照しながら法の解釈・適用を行うことによって、単独での判断とは異なる内容となり、類似した法的争点に対する判断が収斂していく可能性を含んでいる。ただし、司法対話によって、あらゆる争点についての判断が常に収斂するとは限らず、各法秩序が規律する地域の状況に応じた判断の違いは許容される¹²。「司法対話」は、ヨーロッパで見られる法現象を説明する中で提唱された概念であるが、類似した法現象が、他の地域において全く見られないわけではない¹³。ヨーロッパでは、国内憲法や国連の諸人権条約¹⁴のように、他の地域にも存在する法

無の判断では、比較可能な第三者を措定し、権利侵害を主張する者に対する取扱いが、措定された第三者に対する取扱いよりも劣るか否かが問われることになる。詳細は、本論文第1章5節に譲るが、違法な差別の有無の審査は、概ね、「扱いの差異の特定」と「当該差異の正当化」という2段階に整理され、後者の段階では、差異を設けることが「合理的根拠」に基づいているか否かが争点となる：小山剛『「憲法上の権利」の作法』尚学社、2009、108-109頁。

⁹ 小山、上掲書、109頁；新井誠「立法裁量と法の下での平等」『法律時報』83巻5号（2011）、41-46頁；大藤紀子「平等・差別禁止原則について」『獨協法学』77号（2008）164頁；木村草太『平等なき平等条項論：憲法14条1項とequal protection条項』東京大学出版会、2008、197頁；野中俊彦（編）『憲法I』第5版、有斐閣、2012、283頁；A. Seibert-Fohr, *The Rise of Equality in International Law and its Pitfalls: Learning from Comparative Constitutional Law*, 35 *Brooklyn Journal of International Law* 1 (2010) p.4.

¹⁰ 詳しくは、本論文第1章5.2を参照。

¹¹ 以下、本論文では「司法対話」という語を用いる。その理由は、狭義の裁判所のみならず、先述の人権条約履行監視委員会のような準司法的機能を有する機関も、この「対話」に参加しているという立場を本研究は取るためである。なお、司法対話に関する議論の状況について詳しくは、第2章2節を参照。

¹² 須網隆夫「『裁判官対話』とは何か：概念の概括的検討」『法律時報』89巻2号（2017）、60頁。

¹³ 須網隆夫「ヨーロッパにおける憲法多元主義：非階層的な法秩序像の誕生と発展」『法律時

制度に加えて、ヨーロッパ連合 (European Union: Union européenne, 以下「EU」¹⁵) の基本

報』85巻11号(2013)、51-53頁；最上俊樹「国際立憲主義批判と批判的国際立憲主義」『世界法年報』33号(2014)3頁。詳しくは、本論文第2章2.3を参照。

¹⁴ 国連で採択された主要な人権条約として、以下のものがある：あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 UNTS 195、以下、人種差別撤廃条約、1965年12月21日署名、1969年1月4日発効、日本は1995年12月15日に批准、1996年1月14日発効、2018年12月現在、締約国数は179)、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 UNTS 3、以下、社会権規約、1966年12月16日署名、1976年1月3日発効、日本は1976年6月21日に批准、1979年9月21日、2018年12月現在、締約国数は169)、市民的及び政治的権利に関する国際規約 (International Covenant on Civil and Political Rights; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 UNTS 171、以下、自由権規約、1966年12月16日署名、1976年3月23日発効、日本は1976年6月21日に批准、同年9月21日発効、2018年12月現在、締約国数は172)、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約 (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1249 UNTS 13、以下、女性差別撤廃条約、1979年12月18日署名、1981年9月3日発効、日本は1985年6月25日に批准、同年7月25日発効、2018年12月現在、締約国数は189)、拷問及びその他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1465 UNTS 85、拷問等禁止条約、1984年12月10日署名、1987年6月26日発効、日本は1999年6月29日に批准、同年7月29日発効、2018年12月現在、締約国数は165)、児童の権利に関する条約 (Convention on the Rights of the Child; Convention relative aux droits de l'enfant, 1577 UNTS 3、子どもの権利条約、1989年11月20日署名、1990年9月2日発効、日本は1994年4月22日に批准、同年5月22日発効、2018年12月現在、締約国数は196)、全ての移住労働者及びその家族の権利保護に関する条約 (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 2220 UNTS 3、以下、移住労働者権利条約、1990年12月18日署名、2003年7月1日発効、日本は未批准、2018年12月現在、締約国数は54)、障害者の権利に関する条約 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Convention relative aux droits des personnes handicapées, 2515 UNTS 3、以下、障害者の権利条約、2006年12月13日署名、2008年5月3日発効、日本は2014年1月20日に批准、同年2月19日に発効、2018年12月現在、締約国数は177)。本研究は、主として人種差別撤廃条約及び自由権規約に注目する。

¹⁵ EUの起源は、1952年に設立されたヨーロッパ石炭鉄鋼共同体 (European Coal and Steel Community: ECSC)、1957年に設立されたヨーロッパ経済共同体 (European Economic Community: EEC) 及びヨーロッパ原子力共同体 (European Atomic Energy Community: Euratom) に遡る。その後、ヨーロッパ諸共同体の単一の理事会および委員会を設立する条約(合併条約、1965年4月8日署名、1967年7月1日発効; Treaty establishing a Single Council and a Single Commission of the European Communities (Merger Treaty), OJ 152) によって、ヨーロッパ諸共同体 (European Communities) となり、上記の3共同体の組織が統合された。その後、ヨーロッパ連合条約 (通称マーストリヒト条約、1992年2月27日署名、1993年11月1日発効; Treaty on European Union (Maastricht text), OJ C 191, 29.7.1992, p.1) によって、EEC条約がヨーロッパ共同体 (European Community: EC) 条約に改正され、EECもECに改組されるとともに、それまでのヨーロッパ諸共同体 (European Communities) を第1の柱、共通外交安全保障政策を第2の柱、司法・内務協力を第3の柱とするヨーロッパ連合 (European Union: EU) が創設された。この時には、European Communities) は引き続き存続し、EUに法人格は付与されなかった。続いて、マーストリヒト条約及びEC条約は、ア

権保護制度や地域的人権条約として人権及び基本的自由の保護のための条約（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 通称、ヨーロッパ人権条約¹⁶⁾）によっても、

ムステルダム条約(1997年10月3日署名、1999年5月1日発効、Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, OJ C 340, 10.11.1997, p. 115) によって改正された。僅か2年後には、ニース条約(2001年2月26日署名、2003年2月1日、Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts OJ C 80, 10.3.2001, p.1) により、中東欧諸国の加盟に備えた機構改革を目的として、EU条約及びEC条約は更に改正された。同時期には、EU域内にいる個人の政治的、社会的、経済的権利を明記するEU基本権憲章(Charter of Fundamental Rights of the European Union)の起草が進められ、2000年12月7日に公布されたものの、法的拘束力の付与は見送られた。2004年10月29日には、ヨーロッパ憲法条約(Treaty Establishing a Constitution for Europe)が署名された。同条約は全構成国による批准を発効の要件としていたが、フランス及びオランダでは、国民投票によって批准が否決されたため、発効には至らなかった。現行の制度に至る改正は、ヨーロッパ連合条約およびヨーロッパ共同体設立条約を修正するリスボン条約(2007年12月13日署名、2009年12月1日発効、Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 306, 17.12.2007, p.1) によって行われた。それまでのEU条約は新EU条約(Consolidated Version of the Treaty on European Union, 2010 OJ C 83/01)に、EC条約はEU運営条約(Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2008 OJ C 115/47)となった。これは、単に名称を変更するのみならず、条約の内容にも変更が加えられるものであった。同時に、EU基本権憲章には、これらの条約と同等の法的価値が付与された(Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010 OJ C 83/02)。このときにEUが法人格を有することになるとともに、ECは消滅し、EUに継承された。

本論文では、特に区別する必要のある場合を除き、現在のヨーロッパ連合(EU)の前身に当たる機関も含めて、EUと称する。また、断りなくEU条約と言う場合には、リスボン条約以後のものを指している。なお、EU法に関する主要な概説書として、以下のものがある：岡村堯『新ヨーロッパ法：リスボン条約体制下の法構造』三省堂、2010；同『ヨーロッパ市民法』三省堂、2012；庄司克宏『新EU法：基礎篇』岩波書店、2013；同『新EU法：政策篇』岩波書店、2014；中西優美子『EU法』新世社、2012；マティアス・ヘルデーゲン(中村匡志訳)『EU法』ミネルヴァ書房、2013；中村民雄、須網隆夫(編著)『EU法基本判例集』第2版、日本評論社、2010；C. Barnard & S. Peers (eds), *European Union Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2017；P. Graig & G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2011；M. Horspool, M. Humphreys & M. Wells-Greco, *European Union Law*, 9th edn, Oxford University Press, 2016；M. Dony, *Droit de l’Union européenne*, 6^{ème} éd., Edition de l’Université de Bruxelles, 2015。

¹⁶⁾ ETS 005. フランスのストラスブールに本部を置くヨーロッパ評議会(Council of Europe; Conseil de l’Europe)の下で、世界人権宣言に掲げられた権利のうち、自由権的権利の地域的保障を目指して、ヨーロッパ評議会が採択した条約である。1950年11月4日に署名され、1953年9月3日に発効した。本体条約の発効後にも、追加議定書によって、保護の対象とする権利を増やしている。本条約の特徴は、条約上の権利を侵害され、国内の司法制度によって救済されなかった個人が、ヨーロッパ人権裁判所(European Court of Human Rights European Court of Human Rights: Cour européenne des droits de l’homme)に申立ができる点にある。1998年11月1日に発効した第11議定書(Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, ETS 155)によって、国家が条約に加入する際には、裁判所の管轄権を自動的に受諾するように制度が改正され、申立数が著しく増大した。2018年1月から11月までの間に、40,650件の申立がなされ、39,189の判決・決定が下された(European Court of Human Rights, ‘Statistics’)

個人の基本的権利の保護が図られている。特に、EUの司法機関であるEU司法裁判所(Court of Justice of the European Union; CJEU, 通称としてヨーロッパ司法裁判所(European Court of Justice)とも呼ばれる;以下 ECJ と略記¹⁷⁾)とヨーロッパ人権条約の履行監視機関であるヨーロッパ人権裁判所との間では、法令や判例の相互参照が明示的に行われてきた。特に、創設からEU基本権憲章が採択されるまでの間、基本条約の中に基本権規定を持っていなかった旧ECの時代に、ECJがヨーロッパ人権条約を参照し、基本権保護を旧EC法の基本原則として確立させてきたことが知られている¹⁸⁾。これに対して、本研究が主題とする差別禁止・平等の分野では、ヨーロッパ人権裁判所がEU法を参照し、判例変更に至った例がある¹⁹⁾。このとき、条約違反となる差別の存在を認めるに至る理由が、それ以前の判例よりも緻密なものになっている。

法秩序間の境界を越えた司法対話とそれを通じた法解釈の緻密化は、ECJとヨーロッパ人権裁判所の間では、比較的観察しやすい形で出現しているが、他の法秩序間においても、類似した法現象が全く見られないわけではない。例えば、日本の国内裁判所は、日本法だ

<<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c>> accessed 20 December 2018)。2018年12月現在、ヨーロッパ人権条約には、EUの28カ国を含んで、ベラルーシを除くヨーロッパ諸国、コーカサス諸国やトルコといった47カ国が締約国となっている。日本はヨーロッパ人権条約の締約国ではないが、米国、カナダ、メキシコ、バチカンとともに、ヨーロッパ評議会のオブザーバーの地位を有している。2018年12月現在の締約国は以下の通り：フランス、イタリア、英国、ベルギー、オランダ、スウェーデン、デンマーク、アイルランド、ルクセンブルク、ギリシャ、ドイツ、オーストリア、ブルガリア、クロアチア、キプロス、チェコ、エストニア、フィンランド、ラトビア、ハンガリー、リトアニア、マルタ、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、スロバキア、スロベニア、スペイン（以上、EU構成国）、ノルウェー、アイスランド、トルコ、スイス、リヒテンシュタイン、サンマリノ、アンドラ、モルドバ、アルバニア、ウクライナ、マケドニア、ロシア、ジョージア（グルジア）、アルメニア、アゼルバイジャン、ボスニア・ヘルツェゴビナ、セルビア、モナコ、モンテネグロ。

ヨーロッパ人権条約制度に関する主要な概説書には以下のものがある：戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008；F. スュードル（建石真公子訳）『ヨーロッパ人権条約』有信堂高文社、1997；E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010；D. Harris et al, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th edn, Oxford University Press, 2018；R. Rainey, E. Wicks & C. Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 7th edn, Oxford University Press, 2017.

¹⁷⁾ 2009年のリスボン条約の発効以前には、ヨーロッパ諸共同体司法裁判所(Court of Justice of the European Communities; CJEC)と称した。また、ECJという通称は、旧CJECの時代から現在まで使用されている。本論文では、特に両者を区別する必要がある場合を除いて、時期を問わずにECJと略記する。

¹⁸⁾ 詳しくは、本論文第2章1.3を参照。

¹⁹⁾ リーディングケースとなったのは、D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決（2007年）である：ECtHR, D.H. and Others v the Czech Republic [GC], application no. 57325/00, judgment of 13 November 2007.

けでなく、国連の人権条約を適用したり、人権条約や履行監視委員会の見解を参照し、それに適合的な国内法の解釈を採用したりすることによって、国連の人権条約履行監視委員会との間で、「司法対話」を行っているといえる²⁰。上述のように、異なる法秩序に属する国際・国内裁判所が、相互に判例を参照し、影響し合いながら法形成を図る現象は、「司法対話」と呼ばれており、これを主題とする理論研究には、一定の蓄積がある。本研究は、EU 法、ヨーロッパ人権条約及び国連の人権条約における差別の禁止・平等に関わる法規則に対象を限って、具体的な法の解釈適用の場面において、「司法対話」という現象がどのように出現するのかを考察するものである。

本研究は、ECJ、ヨーロッパ人権裁判所、国連の人権条約履行監視機関の判例・見解を分析し、そこから一般的な解釈理論を導出する作業を通して、差別の判断要素としての「合理的根拠」の意味内容を明らかにするという手法をとる²¹。特に、禁止されている差別の有無を判断するための要素となる「合理的根拠」の内容を各機関がどのように解釈しているのかという点に注目し、検討対象となる判例・見解を次の3つの視点から扱う。

第1に、ECJ、ヨーロッパ人権裁判所、国連の人権条約履行監視委員会のそれぞれが、差別の有無の判断要素である「合理的根拠」の内容をどのように解釈しているのかを検討する。特に、直接差別と間接差別という差別形態の区分、及び、各形態に応じた証明責任の配分をどのように解しているのかという点に注目する。先に述べた通り、民主的な社会では、法規範は、多数派の意思を反映して定立されるため、必ずしも差別的性格を有するとはいえない法規範が、少数者にとって、結果的に抑圧的に作用する場合がある。このことは、被抑圧的な立場に置かれやすい少数者の事情を考慮に入れた実質的平等の実現を求める多文化共生社会の要請に反する。本研究では、差別禁止・平等原則の解釈適用に際して、証明責任の配分が、各機関によってどのように解釈されているのかを検討する。

²⁰ 詳しくは、第6章3節を参照。

²¹ 個別の事件における司法機関の法解釈の検討を通して、国際法規則の内容を明確にする手法は、シュヴァルツェンベルガー (Georg Schwarzenberger) によって、国際法学における帰納的アプローチ (inductive approach) として整理されている。詳しくは以下を参照：G. Schwarzenberger & E. D. Brown, *A Manual of International Law*, 6th edn, Professional Books, 1976, pp.17-18; 佐藤由須計「紹介：Georg Schwarzenberger: A manual of International Law」『国際法外交雑誌』50巻2号(1951)、39-43頁；北村泰三「シュヴァルツェンバーガーによる国際法の動態把握：The Dynamics of International Law の紹介を中心として」『法学新報』87巻5・6号(1980)、101-102頁)。また、コルテン (Olivier Corten) は、明らかにしようとする対象やアプローチの違いに基づいて、国際法学の諸研究を法技術 (technique juridique)、法理論 (théorie du droit)、法哲学 (philosophie du droit)、法社会学 (sociologie du droit) の4つに分類する (O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p.29-30)。本研究はこの分類で言う「法技術」に属する。

第2に、「合理的根拠」の解釈と関連付けて、差別事由の特性と条約違反審査の厳格度の対応関係を検討する。裁判において違法な差別の存在が争われる場合に、種族的出自や人種、皮膚の色、性別等、特定の事由に基づく扱いの差異については、違法な差別であるという疑いをもって、「合理的根拠」の内容を厳格に解釈する例が²²、ECJ、ヨーロッパ人権裁判所、国連に共通して見られる。

第3に、上述の差別形態の区分と証明責任の関係、及び、差別事由の分類と審査の厳格度との関係について、EU法、ヨーロッパ人権条約及び国連の人権条約のそれぞれについて、類似性のある解釈が見られることに注目したうえで、それらの整合的な把握を試みる。そのために、司法対話の概念を念頭に置き、各裁判所・条約履行監視機関による条約解釈において、他の法秩序に属する裁判所・履行監視機関の判例・見解が、どのように参照され、いかなる影響を生じさせているかという点を考察する。特に、差別禁止・平等は、世界的・地域的人権条約や多数諸国の憲法に共通して見られる原則であり、その解釈にも一定の共通性が見られる。本研究は、司法対話の理論を手掛かりとして、多文化共生社会における差別禁止・平等原則の解釈の変容を捉えようとするものである。

本研究が検討対象とするEU、ヨーロッパ人権条約、国連の人権条約のうち、前二者には、日本は加盟していない。しかし、いずれの法制度も、差別禁止・平等原則を擁していることを前提として、司法対話を通して同原則の内容が明確にされているEU法やヨーロッパ人権条約を参照することは、今後多文化共生の実現が強く求められる日本の人権保障にも、示唆を与えるものであろう²³。他方で、国連の人権条約の多くを日本は既に批准しており、条約が要請する内容を国内平面で実現する義務を負っている。司法対話の概念に依拠して人権条約と国内法との関係を把握することによって、国内平面で実現されるべき差別禁止・平等原則の内容を明確にすることは、日本における国際人権法の効果的な適用と個人の権利の実現にも資することになるだろう。

なお、人種や種族的出自に基づく差別の問題を論じるうえでは、人種的憎悪や人種差別を正当化、助長する宣伝や扇動、または行為（いわゆるヘイトスピーチ、ヘイトクライム）も重要な論点である。ただし、国際人権法上は刑事罰を含めた法律による規制の問題と位置付けられており²⁴、実体的権利の保障のあり方を問題とする差別禁止・平等原則とは、

²² 詳しくは、本論文第1章5.3を参照。

²³ 司法対話が、必ずしもヨーロッパに固有の法現象とはいえないという理解に関して、本論文第2章2.3を参照。

²⁴ 例えば、人種差別撤廃条約4条a、自由権規約20条2項。

権利の構成が異なるため、本研究の主題としては取り上げていない。

3. 本研究の構成

以下に本論文の構成を示す。

第1章では、先行研究を整理しながら、多文化共生社会の進展を背景として、差別禁止・平等原則が、いかなる問題に直面しているのかを考察する。まず、現代社会における人や物の国際移動の増加に伴って、近代人権思想が前提とする擬制された人間像と現実の人間像との乖離が大きくなっていることに触れ、このことから提起される人権保障の問題点を整理する(1節)。続いて、「少数者の保護」を軸として、現代の人権保障が成立するまでの歴史的背景を検討したうえで(2節)、国連の下で発展した国際人権法における差別禁止・平等原則の特徴を検討する(3節)。さらに、法哲学や政治哲学の分野における多文化共生に関する研究動向を参照しながら、現代の人権保障における差別禁止・平等原則が抱える問題を明らかにする(4節)。これを踏まえながら、法原則としての差別禁止・平等原則の解釈論上の問題点を整理する(5節)。

第2章では、基本的人権の保護のあり方に注目しながら、EU法と構成国の国内法、ヨーロッパ人権条約と締約国の国内法、EU法とヨーロッパ人権条約のそれぞれの関係を考察し、これらの法秩序の間での「司法対話」の特徴を考察する(1節)。続いて、「立憲的多元主義」の理論を参照しながら、ヨーロッパ地域における「多層的」な基本権保護制度の構造の把握を試みる。さらに、ヨーロッパの地域的法秩序に起源を持つ立憲的多元主義理論の他地域への一般化可能性を考察しながら、司法対話が人権保障の促進にとって、いかなる意義を有しているのかを検討する(2節)。

第3章では、「EUの諸価値」の1つとしての差別禁止原則の意義を確認する(1節)。マーストリヒト条約(1992年署名、1993年発効)以前の旧EEC・EC法を対象として、経済統合や共同市場の創出という目的の下に確立した原則としての国籍差別及び性差別禁止に関する原則の内容を検討する(2節)。続いて、マーストリヒト条約の発効以後のEU法に視点を移して、基本権保護がEU法上の基本原則として承認されたのに伴って、差別禁止原則がどのように変容したのかを検討する(3節)。さらに、アムステルダム条約による制度改正(1997年署名、1999年発効)以後の先決裁定と指令を検討対象として、包括的な差

別禁止原則の下で、直接差別と間接差別という形態の区分やそれに応じた立証責任の配分に関する解釈理論を検討する（4節）。最後に、EU法上の一般原則としての差別禁止原則が、基本権保護に近い性格を帯びることによって、EU法上の差別禁止原則がどのように変容し、それが構成国の国内法にいかなる影響を与えたのかを検討する（5節）。

第4章では、ヨーロッパ人権条約制度と裁判所による条約解釈の特徴を確認した後（1節）、実際の判例を分析しながら、ヨーロッパ人権裁判所が条約上の差別禁止原則を解釈・適用する際の手順とその特徴を考察する（2節）。続いて、学説において指摘されている「差別事由の階層化」の概念を手掛かりとして、人種や種族的出自に基づく差別に関する判例の動向を検討する（3節）。さらに、判例の分析を通して、かつてはヨーロッパ人権裁判所が、間接差別について条約違反を認定することに消極的であったことを示し、続いて、統計の証拠能力と証明責任の配分に注目しながら、間接差別に関する人権裁判所の判例の変化を考察する（4節・5節）。最後に、間接差別に関する判例の変化を引き起こした要因として、評価の余地理論を媒介としたヨーロッパ人権裁判所と締約国との間の司法対話、及び、EU法からの影響があったことを明らかにする（6節）。

第5章では、戦後に国連の下で発展した国際人権保障制度の下での差別禁止・平等原則の発展過程を概観する。特に、「国際非差別法」の形成の推進力となった性差別の撤廃と人種差別の撤廃に関する国際規範の形成過程を中心に考察を加える（1節）。続いて、人権条約の履行監視委員会の判例法を分析し²⁵、国連の人権保障制度においても、差別形態の区分とそれに応じた証明責任の配分、及び、条約違反審査の現角度の違いに基づく差別事由の階層化が生じていることを明らかにする（2節）。さらに、人種や種族的出自による差別の禁止に関して、国際社会の一般的合意の存在が推定され、そのような場合には、各国家の条約解釈の裁量は狭く解されることを明らかにする（3節）。

第6章では、人権条約上の差別禁止・平等原則の日本国内における適用のあり方と問題点を検討する。特に、人種や種族的出自に基づく差別に関して、人権条約の適用が問題となった日本の国内判例を検討し、人権条約の履行監視委員会の実行に照らし合わせることによって見える日本の裁判所における人権条約の適用の問題点を明らかにする（1節及び2節）。さらに、国連の人権条約履行監視委員会と国内裁判所との間の「司法対話」を通して、差別禁止・平等原則の解釈を精緻化させ、多文化共生社会における実質的に平等な人権保障を実現する可能性について考察する（3節）。

²⁵ 人権条約履行監視委員会の機能とその判例法の性格については、注3を参照。

第 1 章

多文化共生社会における差別禁止・平等原則の変容

はじめに

1. 近代人権思想が想定する人間像と現実世界における人権享有主体の齟齬
2. 差別禁止・平等原則の前史としての国際法上の少数者保護
3. 国際人権保障の成立と差別禁止・平等原則の確立
4. 多文化共生社会に関する議論の状況と問題点
5. 法原則としての差別禁止・平等原則の枠組み

小括

はじめに

本章では、多文化共生社会の進展を背景として、差別禁止・平等原則が、いかなる問題に直面しているのかを考察する。差別の禁止は、国際人権法の思想的基盤である近代人権思想の中核をなす。近代人権思想は、理念のうえでは、「人間であることのみ」を根拠として、全ての人間に自由と基本的権利を平等に保障することを目指している。しかし、現実には、17世紀の近代初期において実際に人権を享有したのは、白人、キリスト教徒、有産階級の成人男性に限られていた。近代から現代に至るまでの人権の発展の歴史は、全ての人間が平等に扱われるという近代的理念を実質化する過程であったと言って良い。また、近代人権思想は、自由で平等な個人間の社会契約に基づいて成立する市民社会を前提として成立しており、市民社会の構成員である個人が、何らかの同質性を有することを暗黙のうちに想定している。

現代のグローバル化の動きは、人権保障に対して、差別の撤廃や不平等の是正という課題を改めて突きつけている。21世紀最初の10年間は、米国に対するテロとその後の戦争で幕を開け、西欧諸国や米国とイスラームの対立が全世界に大きな影響を与えた。また、東アジアにおいては、日本や韓国、北朝鮮、中国、ロシアの間で歴史認識や領土等をめぐって対立が深刻化した。このような状況は、国家間の関係を悪化させ、国際関係に深刻な影響を及ぼしているだけでなく、各国の内部においては、外国籍住民や民族的・宗教的少

数者と呼ばれる人々に対する根拠のない憎悪や差別を増大させている。多文化共生社会の理念は、構成員の同質性を前提とする社会観を批判的に捉え、異なる出自や文化を持つ人々が、平等な関係を維持しながら共存することを目指すものである。多文化共生社会における差別の禁止や平等の確保の問題は、諸個人の多様性を前提として、実質的平等を目指す点で、近代市民社会由来の差別禁止・平等原則を実質化する過程の上にある問題だといえる。このような問題意識のうえで、本章では、先行研究を整理しながら、国際人権法の基礎である近代人権思想が前提とする人間像の問題点を考察し、多文化共生社会における人権保障の課題を明らかにする。

まず、現代社会における人や物の国際移動の増加に伴って、近代人権思想が前提とする擬制された人間像と現実の人間像との乖離が大きくなっていることに触れ、このことから提起される人権保障の問題点を整理する（1節）。続いて、「少数者の保護」を軸として、現代の人権保障が成立するまでの歴史的背景を検討したうえで（2節）、国際連合（United Nations; Nations unies; 联合国、以下、国連）の下で発展した国際人権法における差別禁止・平等原則の特徴を検討する（3節）。さらに、法哲学や政治哲学の分野における多文化共生に関する研究動向を参照しながら、現代の人権保障における差別禁止・平等原則が抱える問題を明らかにする（4節）。これを踏まえながら、法原則としての差別禁止・平等原則の解釈論上の問題点を整理する（5節）。

1. 近代人権思想が想定する人間像と現実世界における人権享有主体の齟齬

差別禁止原則は、近代人権思想の最も基本的な指導原理の1つであり、現代の人権保障においても基本原則であり続けている。近代人権思想の起源を遡れば¹、思想的には、ロッ

¹ 人権理念の思想的淵源は、古代ギリシャにも遡ることができる。ソフォクレス（Σοφοκλής）の悲劇「アンティゴネー（Ἀντιγόνη）」には、王であっても、人間の人間としての扱い方を定めた「神の法」に反することはできず、女は男に、弱者は強者に従わなければならないという当時の社会通念さえも、「神の法」によって覆されるとする描写がある（ソポクレス（呉茂一訳）『アンティゴネー』岩波書店、1961年；笹沼弘志「人権批判の系譜」愛敬浩二（編）『人権の主体』講座人権論の再定位、法律文化社、2010、28頁）。また、近代法秩序においては、「人間意思によって左右されてはならない個人の尊厳という価値を、その倫理的前提とし、[中略]個人の自己決定という形式と、個人の尊厳の不可変更性という実質価値内容の、緊張にみちた複合が、人権と呼ばれるものだった」（樋口陽一『人権』三省堂、1996、57-58頁）。

ク (John Locke) やルソー (Jean-Jacque Rousseau) のような啓蒙思想家によって提唱された天賦人権論²、法的には、16～17 世紀の西欧や北米における市民革命の象徴的文書である米国の「独立宣言 (Declaration of Independence)」(1776 年) やフランスの「人および市民の権利に関する宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)」(1789 年) に遡ることができる。近代人権思想は、人間であることのみを理由として、全ての人間が、自由かつ平等であることを自明の真理とみなすことを前提とする。しかし、「人権 (rights of man; droits de l'homme)」という語が端的に示すように、自由と並ぶ中核的理念としての平等の主体は、白人、キリスト教徒、有産階級出身の成人男性に限られており、いわば、女性や無産階級出身者、支配階級から見た「異教徒」や「異人種」を除外した「差別的・選択的平等」であった。フランス語の homme は、「人」一般を意味すると同時に、femme (女性) の対義語としての男性や enfant (子ども) の対義語としての成人という意味も持っている。現実にも、近代初期においては、女性や子どもは、成人男性と同等の権利を享受していなかった。また、人権の享有主体としての一般的・抽象的意味での「人」という観念の中では、具体的な存在としての人間が持つ原初的な差異は、捨象されていた。

近代市民社会は、自由で自立し、かつ平等な関係にある諸個人が、人民 (people) としての憲法制定権力 (pouvoir constituant; constituting power) を行使し、社会契約 (contrat social) に基づく統治機構 (pouvoir constitué; constituted power) を構成して、統治が行われるという擬制のうえに成り立っている³。フランスの「人及び市民の権利に関する宣言」が端的に

² ロックは、人間が自然法の範囲内で自由に行動している限り、服従関係は存在しないという前提に立つ (J. Locke, *Two Treatises of the Government*, 1690, Rod Hay for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought, available at <<http://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>> accessed 11 November 2018, pp.162-164)。また、ルソーの「人間不平等起源論 (Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes)」は、自然状態 (état de nature) において人間の不平等はほとんど感じられないものであったにもかかわらず (ルソー (中山元訳) 『人間不平等起源論』光文社、2008、119-120 頁)、土地が耕作されるようになり所有権 (droit de propriété) が導入された結果として、不平等が固定化されたという前提に立つ (143-150 頁)。そのうえで、国家の本質を構成するものは為政者ではなく法であり、為政者の地位も権利も基本法を土台とし、人民はその権利において、自然の自由な状態に戻ることを説く (171 頁)。『社会契約論』も、人間本性は孤立した状態であるが、生存のために協力を志向するという前提に立っている (J. J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, MetaLibri disponible à <http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/RousseauJJ_ContratSocial_p.pdf> le 11 novembre 2018, p.2-3)。これらに先行するものとして、ホブズ (Thomas Hobbes) の「リヴァイアサン (Leviathan)」は、自然状態を「万人の万人に対する闘争 (war of all against all)」と定義する点で大きく異なるものの、ほとんど差異のない人間像を出発点とする点では、共通の前提に立つといえる (T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, Project Gutenberg, available at <<https://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm>> accessed 11 November 2018)。

³ 参照：E. J. シェイエス (大岩誠訳) 『第三階級とは何か』岩波書店、1950。

示すように、人の権利（人権; *droits de l'homme; Menschenrechte*）と市民の権利（*droits de citoyen; Staatsbürgerrechte*）とは、本来区別されるべき概念であるが、実質的には政治主体としての市民でなければ、人権を享受できなかった⁴。すなわち、市民革命における解放とは、全ての人間の人間としての解放ではなく、一部の人間の「国家市民（公民）としての政治的解放（*die staatsbürgerliche, politische Emanzipation*）」であった。そこでは、政治的共同体（*demos*）の構成員としての「市民（*bourgeois; Staatsbürger*）」のみが、「本来の人間（*eigentlicher Mensch*）」とみなされ、市民であること（*Staatsbürgertum*）が、人権の維持手段（*bloßer Mittler*）だった⁵。社会実態としても、白人キリスト教徒から見た異民族・異教徒としてのユダヤ人やロマ⁶に対する根深い差別があり、市民に含まれた有産階級と他の無産労働者階級間の社会経済的不平等が増大した⁷。さらに、西欧や北米以外の地域では、市民革命によって、全ての人間の自由と平等という理念を謳った西欧・北米の諸国が、その圧倒的な経済力・軍事力を背景として、アジア・アフリカ諸国に対する植民地支配を

⁴ この点に関連して、フランス革命期には、女権論者は過激派とみなされており、「人及び市民の権利に関する宣言」の権利主体に女性が含まれていないことを批判して、「女性及び女性市民の権利宣言（*Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*）」を発表したオランブ・ド・グージュ（*Olympe de Gouges*）が革命の名の下に処刑されたことも指摘しておかなければならない：オリヴィエ・ブラン（辻村みよ子、太原孝英、高瀬智子訳）『オランブ・ドゥ・グージュ：フランス革命と女性の権利宣言』信山社、2010。

⁵ カール・マルクス「ユダヤ人問題に寄せて」中山元（訳）『ユダヤ人問題に寄せて/ヘーゲル法哲学批判序説』光文社、2014、54-57、68-69頁；堀尾輝久『現代教育の思想と構造』岩波書店、1992、54-56頁。

⁶ ロマ（*Roma*）は、かつてはジプシー（*Gypsy*）、ジタン（*Gitan*）、ツイゴイナー（*Zigeuner*）、シンティ（*Sinti; Sinté*）等と呼ばれた民族集団であり、ヨーロッパ各地で根深い差別にさらされている。国連やヨーロッパ評議会が採択した民族的少数者の保護に関する文書の中には、特にこの民族を対象としたものがある；*e.g.*, CERD, *General Recommendation 27 on Discrimination against Roma*, (2000) UN Doc., A/55/18, annex V; Council of Europe, *Recommendation No. R (2000) 4 of the Committee of Ministers to member States on the Education of Roma/Gypsy Children in Europe*, 3 February 2000. ロマに関する包括的な研究として次を参照：小川悟『ジプシー：シンティ・ロマの抑圧の軌跡』関西大学出版部、2001；J. P. Liègeois, *The Roma in Europe*, Council of Europe Publishing, 2007.

⁷ エドモンド・バーク『フランス革命の省察』（1790年）に対する返答として書かれたトマス・ペイン『人間の権利（*The Rights of 'Man'*）』（1791年、強調は筆者による）によれば、「全ての者は平等に創られている（*All men are created equal*）」という近代市民革命の理想は、理念においては奴隷を解放し、人間としての権利を与えたのみならず、専制君主個人ではなく専制的な統治の諸原理そのものを廃した点で、貴族をも人間へと高めた（トマス・ペイン（西川正身訳）『人間の権利』岩波書店、1971、33-34頁）。しかし、現実には、異民族や異教徒、女性や子どもを排除した一部の人間の間での平等だったのであり、無産階級の人々も事実上の「第四階級」として除外されていた。これに関連して以下も参照：樋口陽一『憲法という作為：「人」と「市民」の連関と緊張』岩波書店、2009、107-117頁；フィリップ・アリエス（杉山光信、杉山恵美子訳）『「子供」の誕生：アンシャン・レジーム期の子供と家族生活』みすず書房、1981；エドモンド・バーク（半沢孝麿）『フランス革命の省察』新装版、みすず書房、1997；ブラン、前掲書（注4）。

確立するとともに、特にアフリカ系の人々を奴隷として、売買・所有の対象とした。例えば、米国においては、1862年の奴隷解放宣言（Emancipation Proclamation）によって、法的には奴隷制が禁止されたものの、南部を中心とする多くの州で、アフリカ系住民が選挙で投票できなかったり、公共施設において、白人と分離されていたりする等、差別的な状況が1970年代まで続いた⁸。また、女性にも選挙権を認める完全な普通選挙制が実施され、雇用や昇進、国籍法における男性中心的実行が廃止されたのは、多くの国において20世紀半ば以降のことである⁹。さらに、性的指向・性自認（sexual orientation and gender identity: SOGI）に基づく差別の撤廃と多様なあり方の尊重を求める運動は、1990年代以降に広く認識されるようになった。近代市民革命に続く19～20世紀にかけてのマルクス主義の台頭や有色人種への差別撤廃を求める公民権運動、フェミニズムの高揚と女性解放運動、そして20世紀末から今日まで続く差別撤廃の運動は、いわば、「全ての人間」に対する平等な基本的権利の保障を実質化する過程である。このような「権利のための闘争」は、平和的に行われたものばかりでなく、時には流血を伴いながら、人権の一部としての社会権、労働者の権利、女性に対する差別の撤廃や子どもの権利が、各国の国内法や国際条約の規定へと結実してきた¹⁰。

現代の世界では、多数の諸国の憲法上も、国際人権上も、人種や性別、宗教、財産等に関わりなく、各人が平等に基本的人権を享受することは、最も基本的な原則の1つに位置付けられている。国連の目的を定める同憲章（Charter of the United Nations; Charte des Nations unies; 联合国宪章；以下、国連憲章）1条3項は、「人種、性、言語又は宗教による差別なくすべての者のために人権及び基本的自由を尊重するように助長奨励することについて、国際協力を達成すること¹¹」を国連の目的の1つに掲げており、国際的人権保障の最も基本的な文書とされる世界人権宣言（Universal Declaration of Human Rights;

⁸ アメリカにおける人種差別の歴史と構造に関する包括的な研究として、例えば、以下のものがある：上杉忍『公民権運動への道：アメリカ南部農村における黒人のたたかい』岩波書店、1998；松岡泰『アメリカ政治とマイノリティ：公民権運動以降の黒人問題の変容』ミネルヴァ書房、2006。

⁹ 参政権獲得をはじめ、女性の社会的平等を求める運動の歴史に関する包括的な研究として、例えば、以下のものがある：大嶽秀夫『フェミニストたちの政治史：参政権、リブ、平等法』東京大学出版会、2017；栗原涼子『日米女性参政権運動史』信山社、2001。また、家族内における力関係の変化と関連付けながら、女性の社会進出を推進した要素を検討するものとして次を参照：佐々木孝弘「財産管理権獲得をめぐる女性の闘い：1868年ノースカロライナ州憲法の制定とその意義」『アメリカ史研究』34号（2011）36頁以下。

¹⁰ 樋口、前掲書（注7）、111頁。

¹¹ 強調は筆者による。

Déclaration universelle des droits de l'homme¹²⁾ の1条も、すべての人間が、「尊厳及び権利において平等である」と述べる¹³⁾。日本国憲法14条1項も、「法の下に平等」や「人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」旨を定めるほか、24条1項は婚姻に関して「夫婦が同等の権利」を有するとし、男女間の平等を規定している。このような差別禁止原則の展開について、申恵丰は、差別を受けないことや平等な取り扱いを受けることが、それ自体として人権である点を重視し、「『人権』という概念そのものがもつ普遍性 (universality) と分ち難く結びついた基幹的な原則として、[国際人権法の体系の] 中核に位置づけられてきた」と評する¹⁴⁾。

差別の禁止や平等の確保が、現代の人権保障上の基本原則として確立していること自体は、概ね疑いの余地がないといえるものの、そのことは、同原則の意味内容が、完全に明確にされていることを意味しない。「差別」や「平等」は、原理的に他者との比較において観念されるものである。何らかの権利を前提として、仮にそれが全ての人に対して保障されていたとしても、個人によって保障の程度が著しく異なる場合、そのような扱いが合理的根拠に基づいていることが証明されない限り差別とみなされ、人権条約や憲法に違反するという帰結が導かれる。このとき、差別禁止・平等原則が国家に対して要請する内容は、個人間の差異を考慮に入れたうえで、合理的根拠に基づかない扱いの差異を排除することである。ゆえに、差別禁止・平等原則から要請される内容を明確にすることは、違法な差別の存在を判断する際の要素となる「合理的根拠」の内容を明らかにすることだといえる¹⁵⁾。

2. 差別禁止・平等原則の前史としての国際法上の少数者保護

市民革命後のヨーロッパや北米で生まれた近代人権思想は、まず、西欧諸国や米国の憲法によって実定法化された。その後、欧米列強によるアジア・アフリカ諸国による植民地

¹²⁾ UNGA, Resolution 217 (III) adopted on 10 December 1948, UN Doc., A/RES/217 (III) A.

¹³⁾ 世界人権宣言は、国連総会決議として採択されており、形式的には法的拘束力を有するものではない。しかし、その後の国連や実行を根拠として、宣言の内容が慣習法化しているとみる見解も有力である。そのような立場をとるものとして参照：横田洋三「日本国憲法と世界人権宣言」『法学新報』116巻3・4号(2009)805-842頁。

¹⁴⁾ 申恵丰『国際人権法：国際基準のダイナミズムと国内法の協調』第2版、信山社、2016年、342頁、強調は原文のまま。

¹⁵⁾ 小山剛『「憲法上の権利」の作法』尚学社、2009、105-111頁；内野正幸『人権の精神と差別・貧困：憲法にてらして考える』明石書店、2012、138-141頁。

化という帝国主義的側面と、各地の被抑圧階級による権利獲得闘争という市民運動的側面を伴いながら、18世紀以降、次第に非欧米諸国にも近代人権思想を反映した憲法が作られるようになった。

伝統的に「国家間の法」であった国際法の規律が、人権保障の分野にも及ぶようになり、個人の権利の保護を目的とする法分野（国際人権法）が確立したのは、第二次世界大戦後のことである¹⁶。しかし、第二次世界大戦以前にも、他国に居住する自国民の保護を目的とした慣習国際法上の外交的保護制度、及び、1931年から1938年にかけて設置されていたナンセン国際難民事務所（Nansen International Office For Refugees）や1933年の難民条約¹⁷のように、個人を対象とする国際法規則は存在した。それらは、国家間の利益調整の結果、反射的利益として個人が保護されるという性格が強いものであり、個人の権利を前提とする点では異なるものの、国際的な枠組によって、個人を抑圧から保護しようとする点では、現在の人権保障に通じる面を持っている。特に、古くから国際法上の課題として認識されていた少数者保護の問題は、その属性を理由として不利益を被ることから個人を保護する点では、潜在的に現代国際人権法における差別禁止・平等原則へとつながる面を有している。

本節では、第二次世界大戦以前の国際法における少数者保護制度の展開と、それが現代国際人権法上の差別禁止原則にどのように結び付いているのかを検討する。

2.1. 国家間安全保障の課題としての少数者保護

古くは西欧キリスト教世界において、主権国家間の権利義務を規定するものであった国際公法において¹⁸、少数者保護は、早くから問題となった分野である。キリスト教の分裂

¹⁶ 人権の保障が国際法上の原則として承認された後も、アジア・アフリカ諸国に対する西欧諸国の植民地支配は継続し、植民地の独立が大きく進むのは、1960年代まで待たなければならなかったことを指摘しておかなければならない。ただし、第二次世界大戦以前にも、戦間期の学説では、個人を主体とする国際法理論が提唱されている（e.g., G. Scelle, « Règles général du droit de la paix », *Recueil des cours*, tome 46, Académie de droit international de la Haye, 1933, p. 657-663）。また、ダンツィヒ裁判所の管轄権事件における常設国際司法裁判所勧告的意見では、国家間条約に個人の権利義務に関する規定を置くことが可能であることが示唆された（PCIJ, *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Advisory Opinion)*, 1928 P.C.I.J. (ser. B) No. 15）。部分的にはあれ、個人の権利を認める国際法実行であったと評価し得るものの、必ずしも近代市民社会的価値に支えられたものではない。

¹⁷ *Convention Relating to the International Status of Refugees* (adopted 28 October 1933, entered into force on 13 June 1935) 159 LNTS 3663.

¹⁸ 国際法のヨーロッパ中心的性格を批判的に論じるものとして、例えば以下を参照：大沼保

を契機とする宗教改革後の西欧において、信仰の違いに起因して、宗教的少数者となった者の地位や権利の保護を名目とする干渉を防ぐため、国家間条約によって宗教的少数者を保護し、宗教的少数者を抱える国と、当該少数者と同一の宗派が多数派である国との間で、相互に「信仰の自由」を保障した¹⁹。例えば、ハンガリー王ロドルフ (Rodolphe) とトランシルヴァニアのエティエンヌ・ボチスコイ (Etienne Bocskoy) の間で、1606年に締結されたウィーン条約は、ドイツにおける新教徒が信仰の自由を享受し、信教と旧教は平等であることを宣言し、神聖ローマ皇帝フェルディナント3世をはじめ、諸国がこれを遵守すべきことを定めている²⁰。三十年戦争 (1618-1648年) 後の1648年に締結されたウェストファリア条約にも宗教に関する規定が見られる。同条約の構成文書の1つである「神聖ローマ帝国皇帝とスウェーデン女王を主たる当事者とするオスナブリュック講和条約」5条は、神聖ローマ帝国貴族が「宗教決定権」を有すること (cujus region, ejus religio 原則) を確認し、カトリック派とルター派が平等に扱われることを承認している²¹。宗教改革後の宗教的少数者の保護とは、封建領主による信教の選択ゆえに宗教的少数者となった人々の保護を名目とする外国の干渉を防ぐことを目的として、宗派間の平等と不干渉を国家間条約の規律対象としたものであった。

19世紀初頭のナポレオン戦争 (1803-1815年) 後には、戦後処理の中で、民族的少数者の保護を定める条約が見られるようになった²²。例えば、1815年のウィーン会議最終議定書は、締約国内にあるポーランド人の民族性維持の保障を求めている、また、クリミア戦争 (1853-1856年) 後のパリ条約 (1856年) では、ギリシャの独立を承認する条件として、イスラーム教徒に信仰の自由を認めることが定められている。露土戦争 (1877-1878年) の講和条約であるサン・ステファノ条約を修正したベルリン条約 (1878年) では、バルカン諸国の独立とともに、東欧に居住する少数者の保護が規定されている。当時の国際法の

昭「国際社会における法と政治：国際法学の「実定法主義」と国際政治学の「現実主義」の呪縛を超えて」国際法学会 (編) 『国際社会の法と政治』三省堂、2001。

¹⁹ 金東勲『国際人権法とマイノリティの地位』東信堂、2003、48頁；田畑茂二郎『人権と国際法』日本評論新社、1954、33頁。

²⁰ 田畑、上掲書、33頁。

²¹ 明石欽司『ウェストファリア条約：その実像と神話』慶應義塾大学出版会、2009、272-273頁。なお、いわゆる「ウェストファリア条約」は、「神聖ローマ帝国皇帝とスウェーデン女王を主たる当事者とするオスナブリュック講和条約 (Instrumentum Pacis Osnabrugense)」と「神聖ローマ帝国皇帝とフランス国王を主たる当事者とするミュンスター講和条約 (Instrumentum Pacis Monasterinse)」の2つから成る。両者を法的に一体のものとするか、別個のものとするか見解が分かれるが、ここではその点には立ち入らず、ウェストファリア条約がこの2つの文書から成っていることを指摘するにとどめる (同49-75頁)。

²² 金、前掲書 (注19)、49-50頁。

原則に照らせば、一国内に居住する個人の処遇は、領域国の国内管轄事項であったにもかかわらず、こうした問題が国家間条約の規律対象となったのは、少数者の利益を保護すること自体というよりも、むしろ、少数者集団から発せられる独立の気運を抑圧し、大国間の国際秩序を維持することが目的であった。すなわち、戦後処理に伴う国境の変動の結果、一国内で少数者となった集団の中で、ナショナリズムが高揚し、独立の要求へとつながることへの危惧が、国内に民族的少数者を抱えていた大国にとって共通の問題となり、戦後処理に際して、大国の意向が反映されたものであった²³。

2.2. 民族自決原則と種族的少数者の保護

20世紀に入って、第一次世界大戦を経験したヨーロッパでは、ネイションによって特徴付けられる国家（nation State: *État nation*、日本語ではしばしば「国民国家」と訳される²⁴）を単位とする国際関係が構築され、少数者保護も新たな局面を迎えた。1918年、オーストリア・ハンガリー帝国、ロシア帝国、オスマン・トルコ帝国等の「大帝国」が解体し、特にオーストリア・ハンガリー帝国の版図に含まれていた地域に、ポーランドやチェコスロヴァキア、セルビア、クロアチアなどの国家が新たに成立した。

1918年1月8日、当時の米国大統領ウィルソン（Thomas Woodrow Wilson）は、連邦議会において、「14カ条の提案（Fourteen Points）」を発表した。それは、民族自決の原則に基づくイタリア国境の再調整（9条）、オーストリア・ハンガリー人民に自治の機会を与える（10条）、トルコにおける少数民族の保護（12条）、ポーランドの独立（13条）等、民族的少数者の保護に関する内容を含んでいた。そして、大国にも小国にも政治的独立と相互保障を与えることを目的とする諸「ネイション」間の全般的な連盟（a general association of nations for the purpose of affording mutual guarantees of political independence and territorial

²³ 上掲書、49-50頁。

²⁴ この文脈において、ネイションとは、近代国家の国民の一体性の根拠となる特徴を意味し、それは多くの場合、民族的出自と結び付いている。しかし、民族的出自の共通性を裏付ける要素としての共通の言語や文化は、概して人為的に創られたものであり、その点で、国民国家とは想像上の共同体（imagined community）である。このことを説明するものとして、以下を参照：ベネディクト・アンダーソン（白石隆、白石さや訳）『定本 想像の共同体：ナショナリズムの起源と流行』書籍工房早山、2007、特に第7章「公定ナショナリズムと帝国主義」及び第8章「最後の波」；また、「ネイション」と「エスニシティ」の多義性を説明するものとして、以下を参照：塩川伸明『民族とネイション：ナショナリズムという難問』岩波書店、2008、13-20頁。

integrity to great and small states alike) の結成に関する提案を含んでいた。

これに続いて、ウィルソンは、1919年1月10日、国際連盟規約 (Covenant of the League of Nations; Pacte de la Société des Nations) の起草会議においても、「ネーション」を単位とする国際秩序構想を示した²⁵。そこには、次の記述が含まれている：

「すべての新国家に対し、[中略] その管轄内にあるすべての人種的または民族的少数者 (racial or national minorities) に、その人民の人種的または民族的多数者 (racial or national majority) とまったく同一の取り扱いと安全を法的にも事実的にも認めることを要求する²⁶。」

また、この会議においては、ウィルソンの案をさらに進めた提案が、日本によってなされている。それは、各国家にいる外国人 (aliens in their territories) の待遇に関して、人種または国籍 (race or nationality) に基づく差別 (discrimination) ないし 区別 (distinction) を行わないという規定を国際連盟規約に挿入するというものである²⁷。ウィルソンは、漸進的・プログラム規定的な意味を持たせたものであれば、国際連盟規約に挿入可能であるとの考えを示し、日本もこれに同意した。しかし、米国とともに起草会議の主導し、かつ、白豪主義を掲げるオーストラリアを自治領として擁していた英国が強く反対した。日本は修正案を提出したり、即時実施を意図するものではないことを説明したりしたものの、最終的には、日本案が国際連盟規約に盛り込まれることはなかった²⁸。最終的に採択された国際連盟規約には、少数者に関する条項は置かれず、少数者保護の問題は、戦後の講話条約の中に、少数者保護に関連する規定を置いたり、新独立国や戦後に領土を拡大した国と

²⁵ 窪誠『マイノリティの国際法：レスプブリカの身体からマイノリティへ』信山社、2006、259-260頁。

²⁶ 上掲書、264頁より引用。

²⁷ 大沼保昭「遥かなる人種平等の理想：国際連盟規約への人種平等条項提案と日本の国際法観」大沼保昭(編)『高野雄一先生古稀記念論文集：国際法、国際連合と日本』弘文堂、1987、447-455頁。

日本は、甲案と乙案という2つの案を提案した。

甲案：The equality of nations being a basic principle of the League of Nations, the H. C. P. agree that concerning the treatment and right to be accorded to aliens in their territories, they will not *discriminate*, either in law or in fact, against any person or persons on account of his or their race or nationality.

乙案：The equality of nations being a basic principle of the League of Nations, the H. C. P. agree that concerning the treatment and right to be accorded to aliens in their territories, they will accord them as far as it lies in their legitimate powers, equal treatment and rights, in law and in fact, without making any *distinction* on account of their race or nationality. (両案ともに強調は本論文の筆者による)

²⁸ 上掲書、449-450頁。

の間で、少数者保護条約を締結したりすることによって処理された²⁹。国際連盟規約は、起草会議に参加した諸国の利害の妥協の産物ではあるものの、少数者問題がヨーロッパの平和と安全を阻害する要因であり、国際的に対処すべき問題として認識されていたことがうかがえる³⁰。

「民族自決」の根拠とするウィルソンの提案は、ネイションの同一性によって特徴付けられる国家を基本単位とする国際秩序を志向し、そのような国際秩序の実現のためには住民交換や強制移住等の手段もとるものであった。「国際連盟 (League of Nations: Société des Nations)」という名称にも、ネイションを単位とする国際秩序が含意されている通り、国際連盟の構成単位は「ネイション」からなる国家 (国民国家) であり、国家を持つに至らない民族的少数者集団は、連盟の構成員から排除された³¹。

国際連盟規約に続いて締結された少数者保護条約は、「種族的 (ethnic) もしくは人種的、宗教的または言語的少数者に属する者」を保護の対象としている。各条約の起草過程では、当時の米国代表団の法律顧問であったミラー (David Hunter Miller) の提案に基づいて、「ナショナル (national)」という語は、注意深く「種族的 (ethnic)」という語に置き換えられるか、または、削除されている。その背景には、独自の国家を持つに至らなかった少数者集団に対して、「ネイション」というラベルを付与しないことによって、当該集団の内部で発露されるナショナリズムと独立国家の形成という機運を抑圧するためであった³²。国民国家 (*nation state*) を持つことが叶わなかった民族集団は、種族 (ethnic) 集団として性格付けられ、その構成員は、国民国家体制の隙間において、種族的少数者 (ethnic minority) として生存していくことになった。

²⁹ この点については以下が詳しい：S. Sierpowski, 'Minorities and the League of Nations' in: P. Smith (ed.), *Ethnic Groups in International Relations*, New York University Press, 1993, pp.17-31; 篠原初枝「国際連盟と少数民族問題：なぜ、誰が、誰を、誰から、どのようにして、保護するのか」『アジア太平洋研究』24号 (2015) 75-77頁。

³⁰ 喜多義人「国際社会における少数者保護制度の展開」『法学研究年報』31号 (日本大学大学院法学研究科、2002) 216-217頁。また、国際連盟期の制度を現在のヨーロッパ評議会の少数者保護制度を比較しながら再評価するものとして、舟木和久「欧州における欧州評議会少数者保護枠組条約成立前史の方法論的再評価」『立命館法学』363・364号 (2015年) 715-749頁。国際連盟によるこの時期の少数者保護については以下が詳しい：田畑茂二郎「所謂少数民族の国際法主体性に就て (一)・(二)・(三・完)」『法学論叢』38巻3号 (1935) 421-467頁；4号、745-770頁；6号、1121-1142頁。

³¹ 窪、前掲書 (注25)、263頁。ただし、大英帝国内のカナダ、オーストラリア、ニュージーランド、南アフリカ連合等、自治領や植民地が構成員となるような例外は存在した。

³² 上掲書、268-269頁。

3. 国際人権保障の成立と差別禁止・平等原則の確立

第二次世界大戦の終結後に創設された国連は、「人種、性、言語又は宗教による差別なくすべての者のために人権及び基本的自由を尊重するよう助長奨励すること」（国連憲章 1 条 3 項）をその目的の 1 つとした。国連の下では、国際連盟下で設けられたような少数者保護制度は創設されず、国連憲章にも規定されていない。この背景には、国際連盟下で、少数者保護に関する一般的な制度の創設に失敗した経験を受けて、人権の普遍的尊重という国連の目的の下、少数者に属する者を含む全ての者に差別なく人権を保障すれば、結果的に少数者保護も実現されるという認識があった。国際連盟時代に試みられた少数者保護制度は、国連体制の下で、人権保障上の差別禁止の問題へと変化した。以下では、第二次世界大戦以前の少数者保護が、国連の人権保障制度の下で、種族的出自や人種に基づく差別の禁止の問題へと変化した経緯を概観する。

3.1. 少数者保護から人権保障上の差別の禁止へ

第二次世界大戦中に行われた大量殺害や戦争犯罪、非人道的な無差別攻撃等を背景として、第二次大戦後の国際秩序の下では、人権保障が新たに国際法の主要な規律分野となり、従来から国際法上の課題であった少数者保護は、人権保障上の差別の禁止や平等の確保の問題へと吸収されることになった。第二次世界大戦中の 1944 年 8 月から 10 月にかけて行われたダンバートン・オークス会議で作成された「一般国際機構の設立のための提案（Proposal for the Establishment of a General International Organization）」の中に少数者に関する記述はなく、これを基礎として国連憲章の起草に当たったサンフランシスコ会議でも、少数者に関する発言は限られていた³³。国連憲章にも、少数者保護について直接定める規定は置かれていない。「人種、性、言語又は宗教による差別なく（without distinction as to race, sex, language, or religion）すべての者のために人権及び基本的自由を尊重するよう助長奨励すること」（1 条 3 項）という国連憲章に掲げられた目的は、全ての者に差別なく基本的人権を保障することによって、結果的に少数者の保護も実現されるという思想を前提とした

³³ ダンバートン・オークス、サンフランシスコ会議における議論の内容やその成果については、次のものが詳しい：藤田久一『国連法』東京大学出版会、1998、75-81 頁。

ものである³⁴。

現代の国際人権保障の基本文書である世界人権宣言も、国連憲章と同様の思想に基づいている。同宣言の前文は、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認する」という理念を掲げ、2条は、宣言に掲げられた自由と権利が、「人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治上その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、門地その他の地位又はこれに類するいかなる事由による差別をも受けることなく（without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status）」享有されるべきことを規定している。世界人権宣言には、少数者の保護に直接言及した規定は置かれておらず、起草過程でも、全ての人間が当然に持つ普遍的権利を掲げる以上、少数者に属する人間の権利も当然に内包するとして、少数者の保護に関する規定は置かないという認識が共有されていた³⁵。また、世界人権宣言と同一文書である総会決議 217 の C「少数者の運命 (Fate of Minorities, Sort des Minorités)」には、宣言の普遍的性格に鑑みて、少数者問題に関する特段の条項を設けないことが明記されている³⁶。

3.2. 少数者を包摂した差別禁止原則とその問題点

国連憲章や世界人権宣言が採用した方式は、個人の属性や出自にかかわらず、全ての者に人権を平等に保障するという点では人権保障の理念に適ってはいるものの、少数者に属する者に対して、多数派への同化を強要することにつながるという批判を招くことにもなった³⁷。

こうした批判を受けて、少数者に属する者に対する保護を効果的に実施するため、国連は、経済社会理事会内に置かれた人権委員会（Human Rights Commission）の下に、差別防止・少数者保護小委員会（Sub-Commission on the Prevention on Discrimination and the

³⁴ 金、前掲書（注 19）、61 頁。

³⁵ 上掲書、229 頁；J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Draft, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999, pp.102-105. また、大竹秀樹「少数者の国際的保護について：第 27 条の起草過程を中心として（2・完）」『同志社法学』33 巻 5 号（1984）、169-198 頁を参照。

³⁶ UNGA, *supra* note 13, C, para.4.

³⁷ 喜多、前掲論文（注 30）、223-224 頁。

Protection of Minorities, 以下、少数者保護小委員会) を設置して³⁸、1950年から少数者問題を継続して検討した³⁹。同委員会は、1954年から起草が開始された国際人権規約の中に、少数者保護に関連する規定を置くことを提案した⁴⁰。これを反映して、市民的、政治的権利に関する国際規約(自由権規約)には、「種族的、宗教的又は言語的少数者 (ethnic, religious or linguistic minorities; minorités ethniques, religieuses ou linguistiques) に属する者」を特に対象として、「自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利を否定されない」ことが明示された。同条の起草過程では、「少数者に属する者」ではなく、「少数者」を主体とする案も出されていた。しかし、ラテンアメリカ諸国を中心として、移民を多く抱える国家から、特定の集団に特別の地位を認めることにつながる恐れがあるとする反対意見が提起されたことから、集団としての少数者ではなく、それに属する個人の権利であることを明確にした文言となった⁴¹。なお、自由権規約の履行監視機関である人権委員会 (Human Rights Committee) は、第1選択議定書を批准した国においては、自由権規約27条の違反によって権利を侵害された場合には、個人通報手続が利用可能であるという点から、同条が個人の権利を定めたものであることを示唆している⁴²。

国連における一連の議論においては、「少数者」とは、ある国や社会の中で、単に数的に少数派である者を意味するのではなく、被抑圧的な地位に置かれている者が対象となっている。ゆえに、かつての南アフリカにおけるアパルトヘイトのように、数的に少数の者が、多数の者を支配している場合には、その支配層を少数者とは呼ばない。「少数者」と呼ばれる集団やそれに属する個人が置かれた現実的な状況は、多種多様であり、一義的な定義を定めることは困難であるものの、その定義を定めないことは、それを狭く解し、自国

³⁸ 1999年に人権促進保護小委員会 (Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights)、2006年に人権理事会 (Human Rights Council) の創設に伴い、同理事会の諮問委員会 (Advisory Committee) へと順に改組された。

³⁹ UNGA, supra note 13, C, para.5.

⁴⁰ 金、前掲書 (注19)、62頁。

⁴¹ N. Lerner, 'The Evolution of Minority Rights in International Law' in: C. Brölmann, R. Lefeber & M. Zieck (eds), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p.89. この点につき、ソーン (Louis B. Sohn) やトムシャト (Christian Tomuschat) も、特定の集団に国際法人格を与えることを回避し、個人の権利について定めたものであることを強調する見解をとる: L. B. Sohn, 'The Rights of Minorities' in: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, 1981, p.274; C. Tomuschat, 'Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights' in: R. Bernhardt und W. K. Geck (hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte*, Springer-Verlag, 1983, S.954.

⁴² CCPR, General Comment No. 23, 'Article 27 (Rights of Minorities)' adopted on 8 April 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, para.3.

内には少数者が存在しないという見解をとり、少数者に対する抑圧が温存する余地を国家に与える恐れがある⁴³。この点に関して、少数者保護小委員会の特別報告者であったカポトルティ（Francesco Capotorti）が1978年に提出した報告書では、自由権規約27条を前提としたうえで、次のような定義が提唱されている：

「国家のその他の人口よりも数的に劣位にあり、非支配的（non-dominant）な地位にあり、国民である（being nationals of the State）その構成員が、その他の人口とは異なる種族的、宗教的、又は言語的特徴を有し、自らの文化、伝統、宗教や言語を保存するため、仮に黙示的であっても、連帯感を持つ集団」⁴⁴

1985年に特別報告者デシェンヌ（Jules Deschênes）が提出した報告書は、カポトルティのものと類似した定義が示しつつ、集団そのものではなく、集団を構成する個人に焦点を当てた定義を採用している：

「国家の中で数的に少数であり、その国家の非支配的な地位にあり、人口の多数派とは異なる種族的、宗教的、言語的特徴を有し、相互に連帯感を持ち、それが黙示的であるにしても、存続し続けるという集団的意思によって動機付けられ、事実上も法上も多数者との平等を達成することを目的としている市民」⁴⁵

その後、1992年に国連総会は、「族的又は種族的、宗教的および言語的少数者に属する者の権利に関する宣言（Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic,

⁴³ 自由権規約27条の「存在する（exist; exite）」という文言について、自由権規約人権委員会は、少数者に属する個人が、当該国の国民、市民、または永住者である必要がなく、移住労働者や短期滞在者も含まれるという意味であるとの解釈を示すと同時に、少数者の存在に関する判断は、締約国の主観によるのではなく、客観的基準による必要があると述べている（*ibid.*, para.2）。また、国連人権高等弁務官事務所（United Nations Office of High Commissioner of Human Rights: UNOHCHR）の見解によれば、「少数者」を規定する際には、種族的出自や言語、宗教のような客観的基準に加えて、少数者集団に属しているという個人のアイデンティティという主観的基準が考慮されなければならない。少数者の定義をめぐる議論に関しては、次も参照：UNOHCHR, *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*, United Nations, 2010, available at <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf> accessed 1 January 2019, pp.2-6; ‘Minorities under International Law’ <<https://www.ohchr.org/en/issues/minorities/pages/internationallaw.aspx>> accessed 1 January 2019.

⁴⁴ F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, United Nations Publication, 1991, para.568.

⁴⁵ J. Deschênes, ‘Proposal Concerning a Definition of the Term “Minority”’, UN Doc., E/CN.4/Sub.2/1985/1 (1985) para.30.

Religious and Linguistic Minorities, 以下、少数者の権利宣言)」を採択し、国家は、少数者の存在とその国民的又は種族的、文化的、宗教的及び言語的独自性を保護し、その独自性を促進すべきであると宣言した⁴⁶。これらの文書の中にも、少数者の定義に関する規定は置かれておらず、今日に至るまで、国連では、統一的な定義は定められていない⁴⁷。それでも、カポトルティ及びデシェンヌの報告書から次のことが言える。すなわち、少数者として規定される集団とは、宗教、言語、種族的出自等によって特徴付けられるもののうち、数的に少数であり、被抑圧的な地位にあるものを意味する。人権保障の観点から、少数者に属する人々に対する差別の撤廃と平等の確保を考える場合、彼（女）らに対して、形式的に多数者と同一の権利を保障するのみでは不十分であり、彼（女）らが被抑圧的な立場に置かれているという事情を考慮に入れた人権保障のあり方を探求する必要がある。人権保障上の差別禁止・平等原則の解釈と関連付けて言うならば、異なる出自の者が共存する機会が増加した現代の多文化共生社会を前提とした同原則の解釈を探求し、実質的に平等な人権保障を実現し、少数者に属する人々の社会的包摂にも寄与するということになる⁴⁸。

⁴⁶ UNGA, Resolution 47/135 of 18 December 1992, UN Doc., A/RES/47/135. なお、この決議の採択から 25 年後の 2017 年、国連総会は、少数者に属する者を標的としたヘイト・クライム、ヘイト・スピーチの増加等の課題に対して、彼（女）らの完全、効果的かつ平等な (full, effective and equal participation) 参加によって、各国家は、少数者の権利宣言を最大限に実施するための措置を模索・策定・実施しなければならないとする内容を含んだ決議を採択した (UNGA, Resolution 72/184 of 19 December 2017, UN Doc., A/RES/72/184)。

⁴⁷ See, M. N. Shaw, 'The Definition of Minorities in International Law' in: Y. Dinstein (ed.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp.12-13.

⁴⁸ 少数者あるいは少数者に属する個人に対する差別の問題について、アイデ (Asbjørn Eide) は、次の 3 つの視点を提示する。第 1 に、少数者の問題を人権保障の枠内で捉え、少数者に属する者を含む全ての個人に平等に人権を保障するという視点である。第 2 に、人権保障とは別に、文化的多様性の促進のために、少数者保護自体を目的とする法制度の必要性を説明する視点である。第 3 は、伝統的な国家間関係における平和の維持の点から、少数者保護の必要性を説明する視点である。現実の少数者に対する差別の問題は複雑であり、その本質的な対処には、法の枠組にとどまらない複合的なアプローチが必要であるが、これは本論文の範囲を越える。本論文では、アイデの提唱する第 1 の視点に対象を絞り、人権保障の観点から、少数者の社会的包摂に寄与する差別禁止・平等原則のあり方を探求する：A. Eide, 'The Rights of "Old" versus "New" Minorities' in: 2 (1) *European Yearbook of Minority Issues* 365 (2002) pp.366-367; 中坂恵美子「欧州におけるニュー・マイノリティの保護」『国際法外交雑誌』114 巻 4 号 (2016)、1-25 頁。浦山は、憲法学と法哲学を対照させ、この問題が憲法学上の人権論には収まりきらないことを指摘する：浦山聖子「多文化主義と人権：法哲学と憲法学を見る」『憲法問題』23 号 (2012)、83 頁以下。

4. 多文化共生社会に関する議論の状況と問題点

前節では、国連が成立した後に発展した国際人権法の中で、それ以前から国際法上の課題であった少数者の保護が、どのように変容したのかを論じた。人権保障とは、人間としての普遍性を根拠として、全ての者に対して平等に自由や権利が実現されることを目指すものである。現代世界では、人、物、金、情報、サービスが国境を越えて移動することが、これまでに人類が経験したことがないほど、高速かつ容易になった結果として、異なる背景を持つ人々が同じ社会で共存することが珍しくなくなり、かつ、その必要性が高まっている⁴⁹。それに伴って、「想像上の共同体」としての国民国家が暗黙裡に前提とする民族的単一性に対する反証となるような現実が顕在化している⁵⁰。

以上のような背景を人権保障の枠組で捉えれば、人種や種族的出自、言語、宗教、文化的背景等を理由として、被抑圧的な地位に置かれる少数者と多数者との差異を考慮に入れたうえで、差別禁止・平等原則の解釈を追究するということになる。このことは、「人」ないし「個人」概念によって捨象されていた個々人の差異に注目する点で、全ての人間は自由かつ平等であるという近代的人権観に対する問題提起を含んでいる。理論上、民主的な社会において定立された法規範は、多数派の意思を反映している。そのため、正統に定立されたとしても、少数者に属する者が置かれた現実の状況が十分に反映されにくい⁵¹。差別の禁止や平等の確保とは、少数者に属する者に対して、多数派社会への同化を求めるの

⁴⁹ 日本のように、(事実は別として)単一民族的な国民意識が濃厚であった社会においても、現に外国籍住民が増加するとともに、その出身地域も多様化しており、異なる種族的出自や文化的背景を有する人々が共存する必要性が高まっている。例えば、以下を参照：法務省「平成29年末現在における在留外国人数について(確定値)」<

http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri04_00073.html> 最終アクセス：2018年12月15日。また、日本における少数者に対する抑圧に関して、鋭い疑問を提起するものとして、例えば以下を参照：阿部岳『沖縄 国家の暴力：現場記者が見た「高江165日」の真実』朝日新聞出版、2017；小熊英二『「日本人」の境界—沖縄・アイヌ・台湾・朝鮮 植民地支配から復帰運動まで』新曜社、1998。

⁵⁰ R. スタヴェンハーゲン。(加藤一夫、木下淑恵、柳下み咲訳)『エスニック問題と国際社会：紛争・開発・人権』御茶ノ水書房、1995、88-96頁；阿部浩己「グローバル化する国境管理」『世界法年報』37号(2018)、特に52-54頁。

⁵¹ 寺谷広司は、ルソーが措定する社会契約が、その大部分において、擬制された概念に依拠していることを強調し、「民主主義が定義通りに適用されるなら、治者とは多数者を意味し、多数者と少数者の対立が問題となる」として、近代市民社会が原理的に、少数者に対する排除の力学を持つことを指摘する(「排除された人々と国際法：世界化する民主主義に対し、人権には何が可能か」中川淳司、寺谷広司(編)『大沼保昭先生記念論文集 国際法学の地平：歴史・理論・実証』東進堂、2008、343頁。

ではなく、多数者と少数者に属する人々の差異を尊重したうえで、実質的平等な人権保障を実現することを意味する。

人権はそれ自体として、多様な文化の尊重を含む概念であり、人権の普遍化は画一化とは異なる⁵²。国連教育科学文化機関（United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation; Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture, 以下、ユネスコ）が採択した「文化的表現の多様性の保護及び促進に関する条約（Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions; Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles）⁵³」は、世界人権宣言に謳われ、国際法によって保障された人権及び基本的自由を侵害したり、その範囲を限定したりするために文化多様性を援用することはできないとして（2条1項）、国際人権法と文化多様性を互恵的（inter-beneficial）に捉えている⁵⁴。また、人権条約に掲げられた権利の中にも、表現の自由や集会結社の自由、信教の自由、文化的生活に参加する権利のように、多様な価値観の承認につながるものが少なくない。これらを前提にすれば、多元主義（pluralism）を承認し、人の多様性を尊重することによってこそ、人権は適切に保護されるといえる⁵⁵。これに関連して、阿部浩己は、伝統的に個人を国家のみに帰属することによって理論構築がなされてきた国際法にあっても、集団としての少数者や先住民族、地域が帰属先となつて、個人が複数のアイデンティティを持ち、様々な文化の影響を受け得ることが認められるようになっていると指摘する。一部の少数者集団を過激な行動に走らせてしまう原因は、個人のアイデンティティが多元化することにあるのではなく、文化の多元性を抑圧し、少数者に属する人々を社会的に排除しようとする圧力にこそあるとして、「少数者が社会を豊かにする」と述べる⁵⁶。石山文彦は、少数者を抑圧から解放し、かつ、政治的・社会的統

⁵² 北村泰三「国際法・国際人権法における文化多様性」北村泰三、西海真樹（編著）『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017、19-20頁。

⁵³ 2440 UNTS 311, 2005年10月20日にユネスコで採択、2007年3月18日に発効、日本は未批准である。2018年12月現在、145の国とEUが加盟している。

⁵⁴ S. Walker & S. C. Poe, 'Does Cultural Diversity Affect Countries' Respect for Human Rights' in: 24 (1) *Human Rights Quarterly* 237 (2002); 稲木徹「文化的権利の保障と文化多様性」北村・西海（編著）、前掲書（注52）、57-60頁。

⁵⁵ Y. Donders, 'Human Rights and Cultural Diversity: Too Hot to Hundle?' in: 30 (4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 377 (2012); 北村、前掲論文（注52）、19-23頁。

⁵⁶ 阿部浩己「多文化主義と越境する人間たち」『法学セミナー』693号（2012）、2-5頁。

なお、国家と個人との間に多層的な権力関係が存在した中世的秩序を打破しようとする近代人権思想のイデオロギーもまた、個人を国家にのみ帰属させようとするものであったことを指摘しておかなければならない。このことを最も極端な形で制度化しようとしたのは、フランス革命期にジャコバン派に属したダントン（Georges Jacques Danton）の義務教育論

合を目指すことを「多文化主義 (multiculturalism)」と位置付け、その意義を強調する⁵⁷。人権と多文化主義の関係を考察する研究として⁵⁸、キムリッカ (Will Kymlicka) は、主としてカナダの事情を念頭に置きつつ、伝統的なリベラリズムが、国家の法や社会制度の文化的非中立性やそこから生じる少数者への文化的不利益を十分に論じてこなかったことを批判する⁵⁹。キムリッカに近い立場をとる石山は、自らが帰属する文化の存続が諸個人にとって善き生の必須条件であり、同時に、人権も諸個人にとって善き生の必要条件であると主張する。そして、ここに多文化主義を尊重する必要性の根拠を求め、多文化主義を「国民国家と究極的に結び付く文化的平準化圧力に対抗する理念」と位置付けて、「自ら帰属する文化の存続が諸個人にとって善き生の必須条件であり、同時に、人権も諸個人にとって善き生の必要条件である」として、両者の調和的な把握を試みている⁶⁰。

多文化主義を支える理念としての平等を重視する論者として、アイゼンバーグ (Avigail Eisenberg) とスピナー-ハレフ (Jeff Spinner-Halev) は、人権の直接的な主体は個人である点を強調する立場から、「文化多様性が十分に保障されるためには、一国内に多様な文化共同体が存在しているだけでは不十分であり、共同体間の平等が達成されていなければならない」と述べる⁶¹。テイラー (Charles M. Taylor) は、アイデンティティの承認が人間の一般的ニーズであるとして、その要求は、「差別への糾弾と二級市民であることの拒否」に満ちており、その根底には、「普遍的な平等の原則」があると主張する⁶²。少数者のアイデ

であろう。それによれば、「子どもたちは、両親に属する前に共和国に属」し、そこから、公的な義務教育の基礎が導かれる (桑原武夫『フランス革命の研究』、岩波書店、1959、82頁)。

⁵⁷ 石山文彦「多文化主義の規範的理論」『法哲学年報』1996年号、50-51頁。人権保障上の原則として差別禁止の枠組とは別に、少数者が集住する地域に対して相対的に高度な自治を認めたり、議会に代表を送るための優先枠を設けたりすること (効果的参加権) によって、少数者の社会的包摂を図ろうとする実行も見られる。これを歴史的・包括的に論じるものとして参照：櫻井利江「欧州における民族的少数者保護規準の発展：効果的参加権・自治・集団としての権利をめぐって」『同志社法学』59巻2号 (2007)。

⁵⁸ 文化の多様性や多文化主義の関係をめぐる議論に関連するものとして参照：石山文彦「多文化主義の理論的課題」Chuo Online, <<http://www.yomiuri.co.jp/adv/chuo/research/20131017.html>> (最終アクセス：2016年8月10日)

⁵⁹ W. キムリッカ (角田猛之、石山文彦、山崎康仕監訳)『多文化時代の市民権：マイノリティの権利と自由主義』(晃洋書房、1998年) 161頁以下 (平野敏彦訳)；浦山聖子「多文化主義と人権：法哲学と憲法学を見る」『憲法問題』23号 (2012)、80-81頁。

⁶⁰ 石山、前掲論文 (注57)、49頁。

⁶¹ A. Eisenberg & J. Spinner-Halev, *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, 2005, p.90.

⁶² チャールズ・テイラー「承認をめぐる政治」チャールズ・テイラー他 (佐々木毅、辻康夫、向山恭一訳)『マルチカルチュラルリズム』岩波書店、1996、55頁。ただし、集団的アイデン

ンティティと維持と平等の要求との間に、「差異のジレンマ (dilemma of difference)」が存在することを提唱するミノウ (Martha Minow) は、ジレンマの解消のためには少数者に対する抑圧や差別が解消されなければならないと主張する⁶³。小久見祥恵は、ミノウが議論の出発点とする規範を「基底的平等」として説明する⁶⁴。実定法の解釈に接近した議論として、北村泰三は、信教の自由に関するヨーロッパ人権裁判所の判例を分析し、イスラーム教的価値観に基づいて信仰を表明する自由と世俗主義を根拠として、これを規制する締約国の措置が対立した場合に、裁判所は、締約国に広い裁量を認める傾向があることを指摘する。そして、このような判例の傾向は、根拠を十分に明らかにすることなく条約違反はないと判示するものであり、文化的多様性を制約する締約国の措置が、人権裁判所によって追認される結果を生んでいると指摘する⁶⁵。

以上で取り上げた論者の多くは、石山文彦の整理によれば、第1に個人の自律を可能にする基盤としての文化の重要性、第2に集団的アイデンティティの適切な承認の重要性、第3に望ましい政治的統合を可能にするための文化の共有または包容の可能性の3点を基本前提として、それらに肯定的に言及し、根底に平等の概念を置く⁶⁶。近代主義的な立場をとる樋口陽一も、古典的人権観と多文化主義とを両立的に捉え、多文化主義と関連付けて理解される平等の要求とは、「古典的リベラリズムが念頭に置く『普遍的』人間像からこぼれ落ちる生身の人間の属性に意義を見出し、それを無視しようとする近代思想に対する批判、あるいは文化の多元性を前提とする新たな権利主張」の理論だとする⁶⁷。教育思想史を研究する堀尾輝久は、人間形成を貫く基本原理としての個人の尊重や人権を重視する立場から、人間としての普遍性の上に、個々人の違いをも尊重する、「個に開かれた普遍」に立脚した平等観念が求められていると述べる⁶⁸。差別禁止・平等原則と少数者の社会的

ティティの承認を強調するテイラーに対しては、当該集団の典型的アイデンティティに関する「脚本」にその構成員を縛りつけ、却って、個人の選択の自由を制約することにつながるとの批判がある (石山文彦「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察 (二) : ウィル・キムリッカを中心として」『国家学会雑誌』113巻7・8号 (2000)、624-625頁)。

⁶³ M. Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, 1990, p.20.

⁶⁴ 小久見祥恵「差異と平等：マーサ・ミノウの理論を手がかりに」『同志社法学』56巻1号 (2004)、111-112頁。

⁶⁵ 北村泰三「ヨーロッパ人権裁判所の判例にみる人権と多文化主義の相克」『世界法年報』29号 (2010)、特に111-114頁。

⁶⁶ 石山、前掲論文 (注62)、618頁以下；同、前掲論文 (注57)、44頁。

⁶⁷ 樋口、前掲書 (注7)、20頁。

⁶⁸ 堀尾輝久『未来をつくる君たちへ：“地球時代”をどう生きるか』清流出版、2011、67-73頁。

包摂に関する日本の状況に関して、村上正直は、アイヌや在日韓国・朝鮮人、定住外国籍住民や被差別部落問題等、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（以下、人種差別撤廃条約）1条で定義された「人種差別（racial discrimination）」が存在するにもかかわらず、国際人権法や憲法の研究関心として、十分に省みられてこなかったことを指摘し、同条約と日本の関係に関する包括的な研究を示している⁶⁹。しかし、その主たる対象は、私的領域における人種差別及び人種主義的表現の規制であり、公的機関による差別は、十分に取り上げられていない。今日の多文化共生の要請に鑑みれば、国や地方公共団体等の公的機関の行為が、それ自体として差別的意図に基づくものでない正当な目的を追求するものである場合でも、少数者に属する個人に対して、不利な結果を生じさせる場合があることも考慮しなければならない⁷⁰。また、公的機関には、自ら差別的扱いをしないという消極的義務に加えて、現に存在する人種差別を防止し、終了させ、さらに、自らの行為が人種差別という帰結に至ることを防ぐという高度な積極的義務が課せられている。この点で、差別禁止・平等原則の解釈を再考することは、私的領域だけでなく、公的領域における差別も考慮したうえでなされる必要がある。

差異の尊重と実質的平等の確保の両立を目指す発想を法学説、特に実定法上の差別禁止・平等原則の解釈に投影するならば、法に反する「差別」の有無を判断する要素である扱いの差異の「合理的根拠」の解釈の中に、少数者が置かれた被抑圧的事情を読み込み、実質的に平等な人権保障と、権利侵害に対する救済を目指すことになる⁷¹。差別の禁止や平等の確保は、法域ごとに具体的な規定内容は異なるものの、多数の国の憲法や世界的・地域的人権条約の基本原則として、その解釈には一定の共通性が見られる⁷²。同時に、個人間の扱い差異の根拠が「合理的」であるか否かを判断するための基準が不明確であることも、法域を越えて共通して指摘されている。

⁶⁹ 村上正直『人種差別撤廃条約と日本』日本評論社、2005。

⁷⁰ 総務省「多文化共生の推進に関する研究会報告書：地域における多文化共生の推進に向けて」2006、<http://www.soumu.go.jp/kokusai/pdf/sonota_b5.pdf>（最終アクセス：2018年12月14日）、4-5頁

⁷¹ コアン-ジョナタン（Gérard Cohen-Jonathan）は、平等は、「人間同士が異なるがゆえに意味がある」と指摘する：G. Cohen-Jonathan, « Universalité et singularité des droits de l'homme », 53 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1 (2003) p.12.

⁷² この点は、司法対話（judicial dialogue）と関連付けて、第2章で詳しく扱う。

5. 法原則としての差別禁止・平等原則の枠組み

本節では、法原則としての差別禁止・平等の解釈に関する学説を整理し、多文化共生社会における同原則の解釈論上の問題点を明らかにする。まず、差別禁止や平等の確保という原則が、原理的に持つ不明確性を指摘する。続いて、差別の有無を判断する際の要素である「合理的根拠」の不明確性を指摘し、さらに、裁判所による同原則の解釈の特徴を考察する。

5.1. 差別禁止原則の解釈の特徴

法原則としての差別の禁止、あるいは、法の下での平等は、日本を含む多数の諸国の憲法、国連や地域レベルの人権条約の全てに含まれている。包括的な内容を持つ人権条約としては、自由権規約2条1項、同26条、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）2条2項、人権と基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約）14条、同第12議定書1条⁷³、EU運営条約18・19条、EU基本権憲章20～23条、米州人権条約24条、人および人民の権利に関するアフリカ憲章（バンジュール憲章）2・3条、差別の撤廃を目的とした条約では、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（女性差別撤廃条約）や人種差別撤廃条約、ユネスコの教育差別撤廃条約（Convention against Discrimination in Education; Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement⁷⁴）等が存在する⁷⁵。

平等とは、「他者との比較において成立する相関的な権利」であるため、その適用を問題とする場合には、他の実体的権利の場合とは異なって、権利を主張する個人と国家という二者のみの関係ではなく、比較可能な第三者を措定し、権利侵害を主張する者に対する取扱いが、措定された第三者に対する取扱いよりも劣ることを主張しなければならない。差

⁷³ ETS 177, 2000年11月4日に採択、2005年4月1日に発効した。

⁷⁴ 429 UNTS 93, 1960年12月14日に採択、1962年5月22日に発効、日本は未批准である。2018年12月現在、締約国数は104である。

⁷⁵ 差別禁止・平等原則は、様々な条約で保障されているにとどまらず、国際慣習法を形成していることも指摘されている：See, D. Moeckli, 'Equality and Non-Discrimination' in: D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2010, p.194; T. K. Reuter, 'Dealing with Claims of Ethnic Minorities in International Law' in: 24 *Connecticut Journal of International Law* 201 (2008).

別や平等が、他者との比較において相対的に観念されるものであることの帰結として、救済内容に裁判所が立ち入るうえで、他の実体的権利にはない難しさがある。違法性の有無の審査は、概ね、「扱いの差異の特定」と「当該差異の正当化」という2段階に整理され、後者の段階では、差異を設けることが「合理的根拠」に基づいているか否かが判断要素となる⁷⁶。その判断では、個人間を比較した場合の扱いの差異・区別のあり方が、合理的根拠に基づく（＝差別禁止・平等の原則に反しない）のか、合理的根拠を欠く（＝違法な差別となる）のかという点が問われ、この合理的根拠の有無は、問題となっている社会的背景や個別事情に照らして判断される。

異なる出自や属性を有する人々が同じ社会で共存することが珍しくなくなった今日の世界では、同一の扱いの結果、各個人にとって生じる効果の差異が大きくなっている。その結果として、こうした合法的扱いの差異と違法な差別とを区分する「合理的根拠」があまりに漠然としたままでは、差別の禁止という原則を無限に相対化させ、立法府に対して、法令が憲法や人権条約に反することを回避するために、必要な差別を設けるような法律の制定さえ回避しようとするインセンティブを与える恐れがある⁷⁷。そのような「差異を顧慮しない中立的な一連の諸原則なるものは、実際には、1つの支配的な文化の反映」であって⁷⁸、結果的には、社会的に周縁化された人々に対して、十分に権利が保障されないという帰結につながる。

このような差異を考慮することによる差別の回避や平等の確保は、それ自体としては差別的とはいえない法令の適用や行政上の措置が、特定の集団に属する人々にとって、結果的に不利であるような場合（間接差別）に特に問題となる。次節では、直接差別と間接差別の違いを中心に、差別形態の分類を確認したうえで、法令や措置の内容そのものが差別的である場合（直接差別）と比較しながら、間接差別に特有の「合理的根拠」の有無の審査の難しさを検討する。

⁷⁶ 小山、前掲書（注15）、108-109頁。

⁷⁷ 新井誠「立法裁量と法の下での平等」『法律時報』83巻5号（2011）、41-46頁；A. Seibert-Fohr, *The Rise of Equality in International Law and its Pitfalls: Learning from Comparative Constitutional Law*, 35 *Brooklyn Journal of International Law* 1 (2010) p.4.

⁷⁸ テイラー、前掲書（注62）、60-61頁。

5.2. 差別形態の区分と「扱いの差異」の正当化理由の不明確性

差別の禁止や平等の確保という要請の中で、最も古典的なものは、「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように扱う」ことを説くアリストテレス（*Ἀριστοτέλης*）の命題であろう⁷⁹。この命題を国家の価値中立性という近代リベラリズムの原理と調和的に解釈すれば、扱いの結果ではなく、扱いの過程に注目する形式的平等（*formal equality*）の要請が導かれる。これは、結果の如何を問うことなく、同様の状況にある者が同様に扱われていれば、平等が実現されているとみなす。しかし、現実の社会において、完全に同一の個人が複数人存在することはなく、収入に応じた課税、あるいは、年齢に応じた段階の公教育の提供等、国家政策のあらゆる場面で、個人の差異に応じた異なる扱いは行われている。このような扱いの差異が、正当化されるか否かを判断するための基準は、形式的平等の原理自体からは導出できない。アリストテレスの命題を現実社会に適用するためには、諸個人が「等しからざるもの」であることを前提として、必要に応じて「等しからざるように扱う」実質的平等（*substantial equality*）が要請される⁸⁰。

このような平等の要請を禁止されるべき差別的扱いの観点から見れば、第一義的には、憲法や条約に書かれた事由に基づいて、類似した状況にある者のうち、特定の者を不利に扱う直接差別（*direct discrimination*）の禁止が導かれる。かつての南アフリカにおけるアパルトヘイトや米国におけるジム・クロウ（*Jim Crow*）法のように、特定の人種集団を公民権や公共施設の利用から排除したり、特定の職業に男性または女性にしか、特定の職業に就くことを認めなかったりするものが、これに該当する。また、米国連邦最高裁判所のブラウン対教育委員会事件（1954年）で判示されたように、各人種に対して、それぞれ利用可能な公共施設が用意されていたとしても、正当な理由なく分離（*segregation*）することは、直接差別とみなされる⁸¹。

これに対して、多文化共生社会における差別禁止原則の解釈との関係で特に問題となるのが、外見上は差別的性格を持たない法令や行政上の措置が、特定の者にとって著しく不

⁷⁹ アリストテレス（朴一功訳）『ニコマコス倫理学』京都大学学術出版会、2002年。

⁸⁰ Moeckli, *supra* note 75, pp.191-192.

⁸¹ Supreme Court of the United States, *Oliver Brown et al v Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954). この判決が、差別をめぐるヨーロッパ人権裁判所の条約解釈に与えた影響を考察するものとして、以下を参照：B. Hepple, 'The European Legacy of *Brown v. Board of Education*' in: *Illinois Law Review* 605 (2006); 拙稿「マイノリティに対する教育機会の保障と文化的多様性：ヨーロッパ人権裁判所の判例に見られる差異の承認」『比較法研究』78号（2016）、206-211頁。

利な影響をもたらす間接差別（indirect discrimination）である。間接差別による権利侵害を司法手続の中で争う場合、直接差別にはない困難が生じる。すなわち、権利侵害を主張する個人は、国家側に必ずしも差別的意図があったとはいえ、かつ、問題となっている締約国の国内法や行政上の措置が、それ自体として必ずしも差別的だとはいえないことを前提として、特定の個人にとって差別的な帰結が生じたことを証明しなければならない⁸²。特に、民主的に定立された法令やそれに基づく行政上の措置は、正当な目的を追求していると推定されるため、権利侵害を訴える個人は、正当な目的を追求し、かつ、当然には差別的とはいえない国内法令や行政上の措置に起因する権利の制約が、他者との比較において著しく不合理な結果に結び付いていることを主張しなければならない。このような理由から、直接差別の場合と比較して、間接差別は救済が困難であることが指摘されている⁸³。本稿第3章から5章にかけて詳しく検討するように、近年のECJやヨーロッパ人権裁判所、国連の条約履行監視委員会の実行では、差別の存在を完全に証明することを個人に求めるのではなく、国家に対して、差別の不存在の証明を求めること（証明責任の転換）によって、人権を侵害された個人の救済可能性を担保しようとする傾向が見られる。

5.3. 差別事由の分類と階層化

差別禁止原則を捉える際の判断要素としての「合理的根拠」が持つ不明確性をさらに不明確にしているのは、個別の事案において問題となる差別事由によって、要求される「合理的根拠」の厳格度が異なることであろう。例えば、日本の憲法学説では、日本国憲法14条1項後段に列挙された事由による区別については、原則として、不合理性を推定する解釈が有力になっている⁸⁴。ヨーロッパ人権条約やEU法を対象とする研究では⁸⁵、ゲラーズ

⁸² Moeckli, supra note 75, pp.199-200.

⁸³ See, D. Schiek, 'From Non-Discrimination Law towards Multidimensional Equality Law for Europe' in: D. Schiek & V. Chege (eds), *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspective on Multidimensional Equality Law*, Routledge-Cavandish, 2008, p.10; 長谷川珠子「アメリカは何をしてきたか」森戸英幸、水町勇一郎（編著）『差別禁止法の新展開：ダイヴァーシティの実現を目指して』日本評論社、2008、58-60頁。

⁸⁴ 例えば、野中俊彦（編）『憲法I』第5版、有斐閣、2012、283頁；大藤紀子「平等・差別禁止原則について」『獨協法学』77号（2008）、159-160頁。なお、大藤によると、憲法14条1項後段の列挙事由による差別につき、学説は厳格な合理性の審査を要求するのに対して、最高裁判所は、合理性の有無を判断するに当たり、差別的扱いを正当化する根拠を示さないまま、広範に立法府の裁量を容認する傾向がある（164頁）。アメリカ合衆国憲法と日本国憲法を比較しながら、差別禁止原則の解釈を論ずる木村草太は、日本国憲法14条1項に関して、前段と後段を分離して解釈し、前段は立法目的への適合性の要請を、後段は差別抑制の

(Janneke Gerards) やエデル (Frédéric Edel) は、ヨーロッパ人権裁判所の判例を評価の余地 (margin of appreciation) の点から検討し⁸⁶、人種、種族的出自、出生、性別、性的指向、国籍による扱いの差異については評価の余地が縮減され、扱いの差異の正当化には、厳格な根拠が要求されるのに対して、経済的および社会的事由については、反対に評価の余地は拡大され、差異の正当化の基準は、緩やかに解される傾向を明らかにしている⁸⁷。アーナルドゥティル (Oddný Mjöll Arnardóttir) も、エデルと同様の分析を行い、特に、人種や種族的出自に基づく扱いの差異がある場合、他の事由の場合以上に厳格な正当化根拠が要求されることを明らかにしている⁸⁸。EU法を分析対象とするハワード (Erica Howard) は、差別事由によって、差別の有無に関する裁判所の審査の厳格度が異なることに注目して、これを「差別事由の階層性 (hierarchy of discrimination grounds)」と呼ぶ⁸⁹。また、シエク (Dagmar Schiek) は、旧ヨーロッパ共同体 (European Communities; EC) 条約 13 条 (現: EU 運営条約 19 条) 1 項に列挙された差別事由を 3 つの範疇に区分する⁹⁰。シエクの分類の第 1 は、生得的事由のみに基づく区分である。人種や (生物学的性 (sex) ではなく) ジェンダーがこれに該当し、この区分に基づく扱いの差異は、原則として正当化できない。第 2 は、生物学的理由と何らかの関係を持つ区分、例えば、(生物学的意味での) 性や年齢である。この区分による扱いの差異も、多くの場合に正当化できないが、女性のみが妊娠・出産を経験する等、生物学的差異が社会生活に影響を及ぼす場面では、例外的に扱いの差異が正当化される可能性が残されている。第 3 は、政治的意見や言語、財産等、生活様式の見方やアイデンティティに関わる区分である。これは生得的なものではなく、社会生活への影響に応じて、個人の意思によって変化する可能性があるため、合理的に正当化できる

要請を規定しているという見解を示したうえで、「合理的根拠」という要請の内容が不明確であり、「差別」とは何かということが十分に問われていないことを指摘する (木村草太『平等なき平等条項論: 憲法 14 条 1 項と equal protection 条項』東京大学出版会、2008、197 頁)。

⁸⁵ 両者は別個の法体系であるが、裁判所間の「司法対話」を背景として、法の解釈に類似性が見られる。詳しくは、第 2 章で扱う。

⁸⁶ 「評価の余地」理論に関する詳しい検討は、第 4 章で行う。

⁸⁷ J. Gerards, 'The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights' in: 13 (1) *Human Rights Law Review* 99 (2013) p.102; F. Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2010, pp. 118ff.

⁸⁸ O. M. Arnardóttir, 'The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights' in: 14 (4) *Human Rights Law Review* 647 (2014).

⁸⁹ E. Howard, 'The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law' in: 13 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 445 (2006) pp.446ff.

⁹⁰ D. Schiek, 'A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/EC Changing Directive 76/207/EEC in Context' in: 8 (2) *European Law Journal* 290 (2002).

可能性がより広く残されている。しかし、これらの事由に基づく扱いの差異を設けることが無条件に許容されるわけではなく、あくまで、合理的に正当化可能な範囲に限られる⁹¹。ベル（Mark Bell）とワディントン（Lisa Waddington）も同様の立場をとり、人種や種族的出自のように、個人の能力やサービスの利用可能性に影響を与えないものと、教育や雇用における言語や社会保障の享受の場面での国籍のように、特定の状況下で社会生活上の影響を生じさせるものとの、差別事由を分類する。そのうえで、前者の区分に属する事由に基づく扱いの差異に対しては、後者よりも厳格な正当化根拠が要求されると指摘する⁹²。

これらと同様の解釈は、国連の人権条約の解釈論においても支持されている。芹田健太郎は、事由の如何にかかわらず、国際人権法上の原則として差別的扱いは禁止されているという前提に立ち、自由権規約2条1項や26条、社会権規約2条2項に列挙された事由は、扱いの差異の事由となり得る人間の属性のうち、歴史的・経験的にみて、特に不合理で客観性に欠けると考えられるものを例示したものだと解する⁹³。また、バイェフスキー（Anne F. Bayefsky）は、人種や皮膚の色、種族的出自、性別のように、その事由による差別の撤廃を目的とする条約が存在するものについては、差異の正当化は厳格に解されるべきだと主張する⁹⁴。ロイター（Tina Kempin Reuter）も同様の立場をとり、人種や種族的出自に基づく差別の禁止は、国際人権法にとどまらず、慣習国際法であるという見解をとる⁹⁵。

「差別事由の階層化」を唱えるこれらの先行研究に共通して見られる点として、個人の意味によって変更不可能な事由、及び、社会生活に影響を及ぼす可能性が低い事由⁹⁶に基づく扱いの差異については、正当化理由は厳格に解される。人種や種族的出自、皮膚の色という差別事由は、これらの両者の特徴を有する点で、扱いの差異の正当化には、特に厳格な理由を必要とする。人権保障の基本原則としての差別の禁止に立ち戻って考えるならば、本人による決定・変更が不可能な事情が、社会生活において決定的な要素として作用

⁹¹ Ibid, pp. 309-310.

⁹² M. Bell & L. Waddington, 'Reflecting on Inequalities in European Equality Law' in: 28 (3) *European Law Review* 349 (2003) p.359.

⁹³ 芹田健太郎『国際人権法』信山社、2018、230頁。

⁹⁴ A. F. Bayefsky, 'The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law', in: 11 (1-2) *Human Rights Law Journal* 1 (1990) pp.19-20; see also, Seibert-Fohr, *supra* note 73, pp.31-33.

⁹⁵ Reuter, *supra* note 75, pp.211-212.

⁹⁶ 例えば、生物学的性と人種・種族的出自は、いずれも、個人の意味によって変更不可能な事由である点は共通している。しかし、女性のみが妊娠・出産を経験する点で、社会生活の中で、前者に基づく扱いの差異を設けることが必要な場面があり得るのに対して、前者に基づく扱いの差異を敢えて設けることが必要な場面は想定されない：see, e.g., Bell & Waddington, *supra* note 92, p.359; Schiek, *supra* note 90, pp.309-310.

することは、全ての人間が平等に、自由かつ幸福追求の権利を享受すべきであるという近代的人権保障の根本的理念に反することになる⁹⁷。

小括

本章では、多文化共生社会を背景として、異なる出自や文化的背景を有する人々の共存の必要性が強調されていることが、近代市民社会に起源を持つ古典的な人権思想やそれに立脚する人権保障制度に対して、いかなる問題を提起しているのかを検討した。差別の禁止や平等の確保は、近代市民社会の指導原理の1つであり、現在でも人権保障の基本原則として、日本を含む多数の諸国の憲法や世界的・地域的人権条約に取り入れられている。しかし、現代の多文化共生社会は、近代人権思想が前提とする「自由かつ自立した個人」という抽象的な人間像と多様性に富んだ現実の人間との齟齬を浮き彫りにし、このことが人権保障のあり方の再考を迫っている。

これらの背景に鑑みて、法原則としての差別禁止の解釈を捉えるならば、個人間の差異を考慮に入れた実質的平等の実現を可能にする解釈論が模索されることになろう。民主的に定立された法は、理論上、社会の多数派の意思を強く反映するため、それ自体として差別的性格を持たない法令が、結果として少数者に対する抑圧を生む場合がある。人権条約上の権利が差別なく実現するために、履行監視機関には、権利侵害を主張する個人が実際に置かれた状況を考慮に入れた審査が求められる。こうした事情に対応して、各地域の人権裁判所や国連の条約履行監視機関に共通して、特定の差別事由に対する審査の厳格化や間接差別に関する解釈論の発展が見られる。ただし、その具体的な解釈手法や国内法に対する関与の深度は、機関によって異なっており、その詳細を明らかにするためには、具体的な法文書の分析に基づいた実証的な手法が必要である。次章以下では、EU法、ヨーロッパ人権条約、及び、国連の人権条約を対象として、各機関の判例・見解を分析しながら、差別禁止原則の解釈の展開を検討する。

⁹⁷ 安部圭介「差別はなぜ禁じられなければならないのか」森戸・永町、前掲書（注 83）、23頁。

第2章

ヨーロッパの地域的人権保障制度の特徴と司法対話による立憲的法秩序の形成

はじめに

1. ヨーロッパにおける人権保障の構造
2. ヨーロッパの基本権保障制度の理論的把握

小括

はじめに

本章では、ヨーロッパ連合（European Union: EU¹）法とヨーロッパ人権条約という2つの法秩序を対象として、特に個人の基本的権利の保障との関係で、両者の間に見られる司法対話の構造を検討する。本論文では、EU とヨーロッパ人権条約及び国連の人権条約を主たる対象として、ヨーロッパ司法裁判所（European Court of Justice）、ヨーロッパ人権裁判所、及び、国連の人権条約履行監視委員会²との間で生じている「裁判官対話」あるいは「司法対話」（judicial dialogue; 以下、司法対話と訳す）に注目し、差別禁止・平等原則の内容を考察する。本章では、これらの中でも、司法対話が観察しやすい形で生じている ECJ とヨーロッパ人権裁判所に対象を限定する。そのうえで、ECJ とヨーロッパ人権裁判所、ECJ と EU 構成国の国内裁判所、ヨーロッパ人権裁判所とヨーロッパ人権条約締約国の国内裁判所という3つの関係に分けて、それぞれ、司法対話がどのように行われ、差別禁止・平等原則の内容の精緻化につながっているのかを考察する。

まず、基本的人権の保護のあり方に注目しながら、EU 法と構成国の国内法、ヨーロッパ人権条約と締約国の国内法、EU 法とヨーロッパ人権条約のそれぞれの関係を考察し、これらの法秩序の間での「司法対話」の特徴を考察する（1 節）。続いて、「立憲的多元主義」の理論を参照しながら、ヨーロッパ地域における「多層的」な基本権保護制度の構造

¹ 本論文では、特に区別する必要のある場合を除き、現在のヨーロッパ連合（EU）の前身に当たる機関も含めて、EU と称している。同様に、EU 司法裁判所（CJEU）及びその前身に相当する EC 司法裁判所（CJEC）についても、原則として、時期を問わず、通称である ECJ という呼称を用いている。EU の概要については、序論の注 14 を参照。

² 国連の人権条約の履行監視制度と委員会の機能については、序論の注 3 を参照。

の把握を試みる。さらに、ヨーロッパの地域的法秩序に起源を持つ立憲的多元主義理論の他地域への一般化可能性を考察しながら、司法対話が人権保障の促進にとって、いかなる意義を有しているのかを検討する（2節）。

1. ヨーロッパにおける人権保障の構造

EUの構成国は、いずれも、ヨーロッパ人権条約にも加盟している³。EUでは、個人の基本権の保護が、EU法上の一般原則として確立するとともに、現在では、法的拘束力を有する基本権法典としてのEU基本権憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）を有している。ヨーロッパ人権条約は、それ自体として人権保障を目的とする条約である。すなわち、他の地域にも見られる国内憲法と国連の人権条約に加えて、EU法とヨーロッパ人権条約によっても、個人の基本的権利が保障されている⁴。基本的人権の保護に関して、ECJと国内裁判所、ヨーロッパ人権条約と国内裁判所、ECJとヨーロッパ人権裁判所の間では、それぞれ司法対話が見られるが、その具体的な様相は異なっている。以下では、この3つの関係に分けて、司法対話のあり方を考察する⁵。

³ 詳しくは、序論の注16を参照。

⁴ 人権（human rights; droits de l'homme; Menschenrechte）は、17-18世紀の英国及びフランスの啓蒙思想に起源を有し、実定法制度の内容や人種、種族的出自、宗教等の個人の属性等にかかわらず、全ての人間が享受する普遍的・不可譲の権利として理解される。これに対して、基本権（fundamental rights; droits fondamentaux; Grundrechte）は、19世紀ドイツの法哲学や公法学に起源を有し、実定法によって定められた個人にとって最も重要な権利の総体を意味する。また、憲法や人権条約によって明文化され、政治権力によって侵害された場合には、特別の司法的保護の対象になるものとして理解される（P. Y. モンジャル（兼頭ゆみ子訳）『EUにおける基本権保護システム：基本権に関する統一的なヨーロッパ法秩序の漸進的実現』『比較法雑誌』46巻3号（2012）、162頁）。人権と基本権は、本来異なる概念として区別されるべきである。しかし、現在のヨーロッパでは、人権の内容も憲法や人権条約によって実定法化されており、人権と基本権の内容に大きな差が見られないことから、本章では、両者を区別せずに扱っている。

⁵ EU法及びヨーロッパ人権条約と、英国、フランス、イタリア、ドイツ、ポーランドの憲法との関係については以下が詳しい：中村民雄、山元一（編）『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』信山社、2012、43-173頁。

1.1. EU 法と国内法の関係

EU 法と構成国の国内法との関係は、通常の数国間条約と加盟国の国内法との間の関係とは異なる。EU 法は国際法の一部であるのか、それとも、国際法とは異なる独自の (*sui generis*) 法領域なのかという点は、それ自体として論争の対象である⁶。EU 法の法源は、大きく分けて、EU の基本条約や EU が第三国あるいは他の国際機構との間で締結した条約からなる第一次法、第一次法によって付与された権限に基づいて EU の機関が採択する第二次法⁷、判例、構成国に共通の一般原則、慣習国際法からなる⁸。EU の基本条約は、形式のうえでは数国間条約であり、他の EU 法源も、基本条約から派生したものである点で、EU 法は国際法としての性格を有している。しかし、構成国から独立した機関である閣僚理事会 (Council of the European Union; Conseil de l'Union européenne) の決定と各構成国の国民の直接選挙によって議員が選出されるヨーロッパ議会 (European Parliament; Parlement européen) の承認に基づく派生法の定立、加盟国による EU 法の執行に対する監督、EU 法を直接の根拠とする個人の権利・義務の存在等、実質的に通常国際法とは異なる特徴を備えていることは確かである。

EU 法と国内法の関係に見られる大きな特徴は、各構成国の裁判所が国内で EU 法を適用し、国内法を EU 法に適合的に解釈するとともに、個人が EU 法を援用できることが、構成国の法的義務として定められていることであろう。これは、構成国の誠実協力 (*sincere cooperation: coopération loyale*) 義務と呼ばれ、構成国に EU 法を実施する義務を課する根拠となっている。EU 条約 4 条 3 項により、EU の構成国は、「[EU 条約および EU 運営条約]

⁶ A. T. Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009, p.34; 須網隆夫「EU 法と国際法：多元的な法秩序観と EU 法秩序の性質」福田耕治 (編)『多元化する EU ガバナンス』早稲田大学出版部、2011、7-37 頁。EU 法が国際法の一部をなすという立場をとるものとして、以下を参照：濱本正太郎「EU 法と国際法：国際法学の観点から」平野仁彦、亀本洋、川濱昇 (編)『現代法の変容』有斐閣、2013、209-240 頁。EU 法と国内法との関係を概説したものとして、例えば以下を参照：庄司克宏『新 EU 法：基礎篇』岩波書店、2013、219 頁以下；中西優美子『EU 法』新世社、2012、226 頁以下；M. ヘルデーゲン (中村匡志訳)『EU 法』ミネルヴァ書房、2013、165 頁以下。

⁷ EU 運営条約 288 条 1 項には、EU の派生法として、「規則 (regulation)」、「指令 (directive)」、「決定 (decision)」、「勧告 (recommendation)」および「意見 (opinion)」が列挙されている。「規則」とは、全ての構成国において、特段の経路を経ることなく国内法秩序の一部となり、一般的に適用可能なものをいう (EU 運営条約 288 条で定義)。「指令」は、全ての構成国に対して、達成すべき結果についての義務を課すが、その形式・手段については、構成国に委ねられているものをいう。「決定」は、特定の構成国または私人を対象として義務を課するものをいう。勧告および意見は、派生法のうち、法的拘束力をもたないものをいう

⁸ 参照：中西、前掲書 (注 6)、26-32 頁。

から生じる義務または連合の機関の行為から生じる義務の履行を確保するために、一般的なまたは個別的なあらゆる適当な措置をとる」作為義務、及び、「連合の任務の達成を促進するものとし、連合の目的の達成を危険にさらすいかなる措置もとってはならない」不作為義務を課せられている。また、EU 運営条約 291 条 1 項は、「構成国は、拘束力ある [EU] の法行為を実施するために必要なあらゆる国内法上の措置を採択する」と規定し、EU 法が各構成国の国内機関によって執行されることを明らかにしている⁹。構成国の国内機関が、EU 法の執行機関としての性格を有することの帰結として、各構成国は、国内法が EU 法に抵触するのを回避することが求められる¹⁰。

ECJ と構成国の国内裁判所間の司法対話を特徴付ける制度のうち、一般的な国際法には見られないものとして、EU 運営条約 267 条を根拠とする先決裁定 (preliminary ruling; renvoi préjudiciel) が挙げられる。EU の司法は分権的な構造をなしており、EU 法上の問題を第一義的に処理するのは、構成国の国内裁判所であり、また、国内裁判所の判決は、ECJ への上訴に服するものではない。しかし、国内裁判所には、EU 法の解釈に関する判断を単独で行うことが認められておらず、国内裁判所が EU 法上の問題を扱う際には、一度審理を中断し、ECJ に判断を求める。特に、各国の制度における最終審では、EU 法上の問題を先決裁定に付託することは義務的である。先決裁定は、各構成国の国内裁判において EU 法が適用される際に、EU 法の解釈に関わる部分を ECJ が扱うことによって、EU 法の解釈の一貫性を保ちつつ、具体的な事例への適用は、国内裁判所に委ねる制度である¹¹。

EU 法が構成国の国内法に対して及ぼす効果に注目するならば、通常の国際法には見られない EU 法の特徴として、「優越性 (supremacy)」、「直接効果 (direct effect)」という 2 つを挙げることができよう。

⁹ 庄司、前掲書 (注 6)、102-105 頁；中西、前掲書 (注 6)、234-238 頁。なお、欧州委員会をはじめ、EU の団体、事務所および庁 (bodies, offices and agencies) による「直接執行」がなされる分野もあるが、ここでは立ち入らない。

¹⁰ ECJ, Cases 397 to 403/01, *Bernhard Pfeiffer and Others v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV* (2004) ECR I-8835, para.114. See, M. Bobek, 'The Effects of EU Law in the National Legal Systems' in: C. Barnard & S. Peers (eds), *European Union Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2017, pp.156-157.

¹¹ T. Ahmed & I. de J. Bulter, 'The European Union and Human Rights: An International Law Perspective', 17 (4) *European Journal of International Law* 771 (2006) p.775; M. Arden, *Human Rights and European Law: Building New Legal Orders*, Oxford University Press, 2015, p.76; M. Dougan, 'Minimum Harmonization and the Internal Market' in: 37 *Common Market Law Review* 853 (2000); M. Dony, *Droit de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Edition de l'Université de Bruxelles, 2015, p.424-425.

これらのうち、「優越性の原則」とは、憲法を含む構成国の国内法に対して、EU法が絶対的に優位することを意味する。この原則によって、構成国の立法機関は、EU法に適合しない立法を行うことが禁止され、そのような法が存在するならば、それを修正する義務を負う。また、司法機関は、EU法と国内法との間に抵触がある場合に、両者の制定の前後を問わず、EU法に抵触する国内法の適用を排除する義務を負う。この優越性の原則は、基本条約には明示されていないものの¹²、判例の蓄積を通して確立されてきた¹³。リーディングケースとして参照されるコスタ対エネル事件（1964年）では、国内の法律に対するEU法の優位が確認された。本件当時、イタリアでは、国内法により電力事業が国有化された。民間電力会社が国営の電力公社（Ente nazionale energia elettrica: ENEL）に譲渡された際に、当該電力会社の株主であったコスタ（Flaminio Costa）氏が、ENELから電気料金を請求されたことに対して異議を申し立てた。コスタ氏の主張は、電力事業の国有化を定めた法律は、新たな独占事業の創設を禁じるEEC条約37条2項（EC条約31条2項を経て、現：EU運営条約37条2項）、及び、ヨーロッパ委員会への事前通知を定めた同102条（EC条約97条を経て、現：EU運営条約117条）等に違反するというものである¹⁴。イタリアの裁判所からの先決裁定付託を受け、ECJは、国内法の違いに応じて（当時の）EEC法の執行力が国ごとに異なってはならず、仮にそのようなことがあれば、EEC条約の目的の達成が危険に晒されるとともに、同条約7条（EC条約12条を経て、現：EU運営条約18条）で禁止された国籍差別が生じるとして、EEC条約上の規定が常に国内法に優位すると示した¹⁵。

その後の国際商社事件（1970年）では、国内憲法に対するEU法の優位が確立された¹⁶。旧EECの共通農業政策の下で採択された穀物共通市場組織に関する理事会規則120/67¹⁷及

¹² 未発効に終わったヨーロッパ憲法条約には、EU法の優位に関する明文規定が置かれていたが、リスボン条約では削除された。なお、法的拘束力を有するものではないが、同原則は、リスボン条約に附属する「優位に関する宣言」の中で言及されている。

¹³ See, CJEC, Case 6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.* (1964) ECR 585; Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970) ECR 1125; Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze v Simmenthal SpA* (1978) ECR 629, paras 17-18, 21-24; Case C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (2003) ECR I-8055, para.48.

¹⁴ CJEC, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, *ibid.*, pp.589-592.

¹⁵ *Ibid.*, pp.593-594.

¹⁶ CJEC, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, *supra* note 9, para.3.

¹⁷ Regulation No 120/67/EEC of the Council of 13 June 1967 on the Common Organisation of the Market in Cereals, OJ 2269/67.

び輸出入許可に関する欧州委員会規則 473/67¹⁸は、EU 域外との穀物の輸出入を行う業者に対して、事前に保証金を納めたうえで許可を得るよう義務付けていた。また、所定の期間内に申請通りに輸出入を行えば、保証金は返還されるが、それが行われなかった場合には、保証金が没収されることを定めていた。原告の国際商社 (*Internationale Handelsgesellschaft*) は、保証金の没収は、財産権の侵害に当たり、旧西ドイツ基本法に反するとの訴えをフランクフルト行政裁判所に提起した。旧西ドイツの裁判所は、本件以前から、EU 法の絶対的優位が、ドイツ基本法に適合しないとの見解を持っていたこともあり¹⁹、法的不安定を解消するために、基本法に反すると原告が主張した各規則の有効性について、ECJ に先決裁定を求めた。ECJ は、EC (当時) が定めた措置の有効性が、構成国の国内法規範に照らして判断されることは、EC 法の統一性及び効果を妨げる悪影響をもたらすため、その有効性は EC 法のみで判断されなければならないと、国内憲法に反するとの主張による影響を受けないとした。ただし、基本権の保護に関して、EC 法に固有の類似の保障 (*analogous guarantee inherent in Community law*) が無視されていないか否かが検討されなければならないとして、基本権保護は、ECJ によって保護される法の一般原則の不可分の一部 (*an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice*) をなすと判示した²⁰。

もう1つの特徴である直接効果とは、EU 法が、EU 諸機関や構成国だけでなく、構成国国民の権利義務を直接創設し、個人が国内裁判所において、EU 法を根拠として自己の権利を主張することを可能にする効果である²¹。これは、一般的な国際条約における直接適用可能性 (*direct applicability; applicabilité directe*) と混同されやすいが、両者は異なる概念である。通常、条約が国内適用される場合、国内手続に基づく国内法体系への編入ないし受容を経て、国内的な適用可能性を付与される。これに対して、直接効果は、構成国の裁判所が認めるべき個人の権利を、国内法上の手続を経ることなく、EU 法の側から創設する点にその特徴がある²²。直接効果は、経済・商業分野を中心とする共同市場の設立とい

¹⁸ Règlement n° 473/67/CEE de la Commission, du 21 août 1967, relatif aux certificats d'importation et d'exportation pour les céréales, les produits transformés à base de céréales, le riz, les brisures et les produits transformés à base de riz, OJ 204/16.

¹⁹ 詳しくは、本節 1.3 を参照。

²⁰ CJEC, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, supra note 16, para.4.

²¹ M. Dony, supra note 10, p.269.

²² 直接効果と個人の権利との関係につき、以下を参照：北村泰三「EC 法基本権規定の水平的直接効力 (一)・(二)」『熊本法学』77号 (1993年9月、1頁以下)・78号 (1993年12月、73頁以下)。北村は、これらの論考が公表された時点での日本の学説において、「直接効力」

う旧 EEC 以来の目的と強く結び付いて形成されてきた概念であり、人権保障を基盤とするものではない。しかし、個人が EU 法を直接の根拠としながら自己の権利を主張することを可能にする点で、潜在的には人権保障と結び付く可能性を有しており、実際に判例の蓄積を通して、個人の基本的権利との連関を強めていった²³。

ファン・ヘント・エン・ロース事件（1963 年）で、ECJ は、構成国間の輸出入に対する関税の引き上げを禁じた旧 EEC 条約 12 条（EC 条約 25 条を経て、現：EU 運営条約 30 条：ただし、条文の一部が変更されている）が直接効果を有し、国内裁判所が保護すべき個人の権利を創設していると解した²⁴。同事件の原告は、ドイツから尿素ホルムアルデヒドを輸入しようとしたオランダ企業であり、これに 8%の関税が課せられたことについて、構成国間の輸出入に対する関税の引き上げを禁じた旧 EEC 条約 12 条に違反するとの訴えをオランダの国内裁判所に提起した。オランダの裁判所は、同条が構成国内において直接適用され、私人がこれを根拠として、国内裁判所が保護しなければならない権利を主張できるかという点について、ECJ に先決裁定を求めた²⁵。ECJ は、先決裁定の目的は EU 法の統一的な解釈を確保することであり、そのためには、個人が国内裁判所において、EU 法を援用可能でなければならないとした²⁶。結論として、EEC 条約 12 条は直接効果を有し、国内裁判所が保護すべき個人の権利を創設するものと解さねばならないと判示した²⁷。

また、イヴォンヌ・ファン・デュイン事件（1974 年）では、指令が直接効果を有することが判事された²⁸。同事件は、新興宗教のサイエントロジー教会で働くために英国に入学しようとしたオランダ人のファン・デュイン氏が、公共政策上の理由から入国を拒否され

と「直接適用可能性」が同一視されていることを批判的に捉え、両者が異なる概念であること、及び、それらを区別することの意義を論じている（「EC 法基本権規定の水平的直接効力（一）」8 頁・注 11、24-31 頁）。現在では、両者を区別する理解が一般的になっている：庄司、前掲書（注 6）、246-248 頁；中西、前掲書（注 6）、136-137 頁；‘Direct Applicability and Direct Effect’, European Studies Hub, University of Portsmouth, <<http://hum.port.ac.uk/europeanstudieshub/learning/module-3-governance-in-a-multi-level-europe/direct-effect-and-direct-applicability/>> accessed 20 December 2015. 直接適用可能性と直接効果を峻別する先駆的な研究として参照：J. A. Winter, ‘Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law’ in: 9 (4) *Common Market Law Review* 425 (1972). 直接効果に関する概論的な説明として以下を参照：庄司克宏「欧州司法裁判所と EC 法の直接効果：理論的再検討」『法律時報』74 卷 4 号（2002）。

²³ 北村、上掲「EC 法基本権規定の水平的直接効力（一）」、24 頁。

²⁴ CJEC, Case 26/62, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) ECR 1, p.11.

²⁵ *Ibid.*, p.7.

²⁶ *Ibid.*, p.13.

²⁷ *Ibid.*, p.16.

²⁸ CJEC, Case 41/74, *Yvonne van Duyn v Home Office* (1974) ECR 1337.

たため、労働者の自由移動を定める EEC 条約 48 条（EU 条約 39 条を経て、現：EU 運営条約 45 条）、及び、外国人の移動・居住に関する特別措置の調和に関する指令 64/221²⁹に反すると主張したものである。ECJ は、EEC 条約 48 条の直接効果を肯定し、指令 64/221 の 3 条 1 項「公共政策または公共の安全を理由にとられる措置は、専ら当該個人の私的行為（exclusively on the personal conduct of the individual concerned）に基づかなければならない」との規定は、外国人の入国審査を管轄する国内当局の裁量的権限を限定するものだと解した³⁰。この判決によれば、指令 64/221 は、個人に有利な条約の基本原則（fundamental principle of the Treaty in favour of individuals）から逸脱する条項を解釈する際に、当該個人の私的行為と無関係の要素を考慮しないよう構成国に義務付けている。同指令 3 条 1 項は、国内裁判所において個人が援用することが可能なものであり、かつ、国内裁判所によって保護されなければならない権利を付与している³¹。

1.2. ヨーロッパ人権条約と国内法の関係

ヨーロッパ人権条約は、EU 法とは異なり、一般的な多数国間条約に分類される。一般に、人権条約の第一義的な実施主体は各締約国であり、人権条約ないしその履行監視機関の役割は、憲法を中心とする国内法によって実施される人権保障を補完することである³²。このような役割ゆえに、締約国の条約解釈権や実施に関する裁量を尊重するという要請が働く。これは、人権条約の補完性原則（principle of subsidiarity）と呼ばれ³³、ヨーロッパ人権条約と締約国の国内法との関係も、同原則によって特徴付けられる。

EU 法においては、国内裁判所が認めるべき個人の権利が、国内法上の手続を経ることなく、EU 法の側から創設されるのと対照的に、ヨーロッパ人権条約は、各締約国の国内法平面での手続を経て国内的効力を付与される。ただし、これは必ずしも条約の一般的受容を義務付けるものではない。例えば、一般的受容方式を採用するフランスやドイツでは、

²⁹ Council Directive 64/221/EEC of 25 February 1964 the co-ordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health, OJ L 56/850.

³⁰ CJEC, *Yvonne van Duyn v Home Office*, supra note 26, para.13.

³¹ Ibid., para.15.

³² ヨーロッパ人権条約の概要については、序論の注 16 を参照。

³³ 国際刑事裁判所（International Criminal Court; ICC）ローマ規程上も補完性原則（complementarity）という語が使用されており、両者は異なる概念であるにもかかわらず、訳語が同一であるために、日本で混乱を生じさせているという指摘がある；北村泰三「国際人権法における『補完性原則』の意義：序論的考察」『国際人権』25号（2014）、18-19頁。

ヨーロッパ人権条約の批准に伴って、同条約に国内法としての効力が付与された³⁴。これに対して、編入方式を採用し、条約の国内的効力を一般的には認めない英国では、1953年9月3日の効力発生以後も、ヨーロッパ人権条約が国内的効力を持たない状態が続いていた。この状態は、2000年10月2日の1998年人権法（Human Rights Act 1998）に伴って、ヨーロッパ人権条約が国内法に編入されることによって解消された³⁵。ヨーロッパ人権条約の第一義的な解釈権は、各締約国が有しており、ヨーロッパ人権裁判所は、条約上の権利を侵害された個人が、各国の国内裁判所において救済されない場合にのみ管轄権を持つ。ヨーロッパ人権条約上の権利を侵害された個人は、まず、国内手続を通して救済を求める手段を尽くした後でなければ、人権裁判所に提訴することができない。また、同条約35条1項は、「国内的な救済手段が尽くされた後で、かつ、最終的な決定がなされた日から6ヵ月の期間内」という権利侵害を受けたとする個人申立の受理可能性（admissibility; recevabilité）の基準を定めている³⁶。ヨーロッパ人権条約41条は、裁判所の主な役割として、人権条約上の権利を侵害された個人の申立を審理し、締約国による条約違反の有無を判断し、条約違反が認められれば、被害者に公正な満足（just satisfaction: satisfaction équitable）を与える決定をすることを定めている。具体的には、被害者が被った精神的・物質的損害および手続費用について、金銭賠償を命じる。ヨーロッパ人権裁判所によって条約違反が認定され、その判決が確定した場合に、判決の執行は原則として被申立国が自ら行い（46条1項）、同時に、ヨーロッパ評議会の閣僚委員会（Committee of Ministers; Comité des ministres）による監視が行われる（同2項）。閣僚委員会は、被申立国が判決の執行のためにとった措置を審査し、必要に応じて懸念の表明や勧告を行うための中間決議を採択する。判決によって命じられた全ての措置がとられたことが確認できれば、その旨を述べる最終決議を採択する³⁷。レグ（Andrew Legg）によれば、ヨーロッパ人権裁判所は、EU司法裁判所のように全締約国が従うべき統一的な解釈を示す「基準統一（standard-unifying）」的な役割というよりも、各国家が異なる方法によって条約上の権利を実現することを許容し、人権をめぐる主権国家間の論争の場（forum）を提供する「多様性許容

³⁴ 建石真公子「ヨーロッパ人権条約とフランス」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008、38-46頁；門田孝「ヨーロッパ人権条約とドイツ」同47-51頁。

³⁵ 江島晶子「ヨーロッパ人権条約とイギリス」戸波ほか（編）、上掲書、33-37頁；

³⁶ 詳しくは次を参照：小畑郁「ヨーロッパ人権裁判所の組織と手続」戸波ほか（編）、上掲書、10-11頁。

³⁷ Council of Europe, 'The Supervision Process', <<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>> accessed 11 January 2018.

(diversity-permitting)」的な役割を担っている³⁸。ヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所との間には、EU 法で見られるような「制度化された司法対話」は存在しない。しかし、ヨーロッパ人権裁判所によって、条約違反を認める判決が出された場合、同様の法制度を持つ他の締約国の個人が人権裁判所に提訴すれば、同様に条約違反という判決が出される可能性が高いため、国内裁判所はヨーロッパ人権裁判所の判決を参照しようとする³⁹。また、ヨーロッパ人権裁判所は、人権条約を解釈する際に、条約の統一的な解釈の確保と各締約国の解釈権限の双方を尊重しなければならない、そのような要請に対応して、「評価の余地 (margin of appreciation: marge d'appréciation)」理論を発展させてきた⁴⁰。この理論に基づいて、ヨーロッパ人権裁判所は、条約解釈上の争点について、締約国の国内法に共通性が見られれば、条約の統一的な解釈を重視して締約国の裁量を狭く解し、そのような共通性が見られなければ、締約国の裁量を広く解する。このような理由から、ヨーロッパ人権裁判所も各締約国の国内法を参照しており⁴¹、ヨーロッパ人権裁判所と条約締約国の裁判所の間では、いわば「事実上の司法対話」が生じている。

1.3. EU 法とヨーロッパ人権条約の関係

ヨーロッパ人権条約の母体であるヨーロッパ評議会と EU とは、設立根拠が異なり、ヨーロッパ人権条約と EU 法も別個の法体系であって、両者の間に直接的な階層関係はない。ただし、EU の 28 構成国は、全てのヨーロッパ人権条約の締約国である等、事実上は相互に強く影響し合っている。特に、1957 年の旧 EEC の創設以来、基本権章典を持たなかった EU が、基本権の保護を EU 法上の一般原則として確立する過程で、ECJ は積極的にヨーロッパ人権条約を参照してきた。

先述の通り、旧 EEC は、経済統合や共同市場の創出を目的として設立された機関であり、基本権保護は同機構の設立時の目的に含まれていなかった。しかし、前項までで検討したように、憲法を含む国内法に対する EU 法の優位が確立するにつれて、基本権規定を持た

³⁸ A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p.38.

³⁹ Ibid., pp.38-40.

⁴⁰ 評価の余地理論に関する包括的な研究については、本論文第 4 章の注 11 を参照。また、この理論について詳しくは、第 4 章 6 節で扱う。

⁴¹ J. Polakiewicz, 'The Status of the Convention in National Law' in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (eds), *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001, pp.36-37.

ない EU 法が、構成国の憲法に優位する結果、構成国が EU 法を執行する際に違憲審査ができないことが問題視されるようになった⁴²。これに対して、ECJ は当初、あくまで EU 法の優位を重視する立場をとり、EU 法上の基本権保護に関する実質的な判断を回避した⁴³。例えば、ストーク事件（1959 年）⁴⁴、第一次ノルド・ガイトリング事件（1960 年）⁴⁵において、EU 法の執行によって、国内憲法上の基本権が侵害されることが問題となっていたが、ECJ はいずれの事件においても、憲法を含む国内法の解釈適用は、自らの任務ではないとして、共同体法のみを適用した⁴⁶。

後にコスタ対エネル事件（1964 年）によって、EC 法の国内法に対する優位が確立したのに伴って⁴⁷、構成国の国内憲法に対する EC 法の優位を維持するためにも、EC 法における基本権保護の仕組みを整備することが急務となった。ヨーロッパにおける経済統合を円滑に進めるためには、EU 法の優位を確立することが不可欠であったものの、EU 法上の基本権保護の原則が未確立のままでは、構成国による反発が懸念されたためである⁴⁸。ワイラー（Joseph. H. H. Weiler）によると、構成国による反発とは、「構成国が受け継いできた法的遺産にとっての本質的な権利、すなわち人権を共同体法によって侵害されないように、何らかの形で保護すること」を要請するものであった⁴⁹。

EU 法の中に基本権章典が存在しない中で、基本権保護を実現するために、ECJ は構成国が共有してきた憲法的伝統および加盟している国際条約にその根拠を求めた。旧 EC 法における基本権保護の転機とされるシュタウダー事件（1969 年）では、社会保障受給者で、通常価格でバターを購入できない者が、氏名が記載された割引券を提示してバターを購入できるとする旧西ドイツの制度について、氏名の提示を要することが、ドイツ基本法上の

⁴² 庄司、前掲書（注 6）、317 頁；申惠丰「欧州統合と人権：域内における人権保護」村田良平（編）『EU：21 世紀の政治課題』勁草書房、1999、112 頁以下。

⁴³ 庄司、前掲書（注 6）、317-318 頁；G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, pp.649-650.

⁴⁴ CJEC, Case 1/58, *Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community* (1959) ECR 17.

⁴⁵ CJEC, Cases 36-38 and 40/59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH and I. Nold KG v High Authority of the European Coal and Steel Community* (1960) ECR 423.

⁴⁶ E. Spaventa, 'Fundamental Rights in the European Union' in: Barnard & Peers (eds), supra note 9, pp.229-230.

⁴⁷ CJEC, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, supra note 13; 詳しくは本章 1.1 を参照。

⁴⁸ P. Pescatore, 'The Protection of Human Rights in the European Communities' in: 9(1) *Common Market Law Review* 73 (1972) p.75.

⁴⁹ J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1994, p.24; 山本直『EU 人権政策』成文堂、2011、5 頁。

権利の侵害に当たるか否かが争われた。ECJは、基本的人権が共同体法の一般原則の中に定められており、ECJによって保護されるもの（*fundamental human rights enshrined in the general principles of the Community law and protected by the Court*）であると判示した⁵⁰。翌年の国際商社事件では、国内法に対するEU法の優位を前提として、その適用にあたっては、国内憲法に類似する保障が、EU法上も無視されていないか審査されるべきであり、基本権の保護が構成国に共通する憲法的伝統（*constitutional traditions common to the Member States*）に由来するとした⁵¹。ノルト事件（1974年）では、構成国の憲法的伝統と並んで、多様な国際条約、特にヨーロッパ人権条約（*various international treaties, including in particular the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*）が参考になり得るとして⁵²、ヨーロッパ人権条約がEUにおける人権法源となる可能性を示唆した。これに続いて、ヨーロッパ人権条約の条文を具体的に参照する判例も見られるようになった。ルティリ事件（1975年）では、ECJは構成国に共通する憲法的伝統とともに、労働者の移動の自由との関連で、ヨーロッパ人権条約第4議定書2条に言及している⁵³。また、ハウアー事件（1979年）では、財産権について第1議定書1条に言及している⁵⁴。

1970年代を通して、「構成国の憲法的伝統」への言及やヨーロッパ人権条約をはじめとする諸条約の参照によって、ECJは、基本権保護をEU法上の基本原則に位置付ける判例を確立した。EEC設立後、初めての大規模な基本条約改正となる単一欧州議定書（*Single European Act: Acte unique européen*, 1986年に署名、翌年に発効⁵⁵）の前文は、「構成国の憲法および法令、ヨーロッパ人権条約ならびにヨーロッパ社会権憲章で認められた基本的権利を基礎として、民主主義を促進するために協働する」ことを宣言している。これに続くヨーロッパ連合条約（*Treaty of the European Union: マーストリヒト条約*, 1992年署名、1993年発効⁵⁶）のF条2項（アムステルダム条約による改正で6条2項、現：6条3項）は、ヨーロッパ人権条約により保障され、かつ、構成国に共通の憲法的伝統に由来する基本的権利が、「共同体法の一般原則（*general principles of Community law*）」であることを明示した。

⁵⁰ CJEC, Case 29/69, *Erich Stauder v City of Ulm, Sozialamt* (1969) ECR 419, para.7.

⁵¹ CJEC, Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970) ECR 1125.

⁵² CJEC, Case 4/73, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* (1974) ECR 491, para. 12.

⁵³ CJEC, Case 36/75, *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur* (1975) ECR 1219, para.32.

⁵⁴ CJEC, Case 44/79, *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz* (1979) ECR 3727, para.18.

⁵⁵ Single European Act, 29 June 1987, OJ L 169/2.

⁵⁶ Treaty on European Union (Maastricht text), OJ C 191, 29.7.1992, p.1.

その後、2000年には、基本権章典であるEU基本権憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）が公布されたものの、この時点では、法的拘束力の付与は見送られた⁵⁷。リスボン条約（2007年12月13日署名、2009年12月1日発効⁵⁸）による制度改正に伴って、新たな基本条約である新EU条約⁵⁹及びEU運営条約⁶⁰と同等の法的価値が、EU基本権憲章に付与され⁶¹、EU法における基本権保障の問題は、成文法によって解消されるに至った。

EU法上の基本権保護の問題は、EU基本権憲章によって解決されたものの、EU法とヨーロッパ人権条約の間には、なお問題が残されている。EUの全構成国がヨーロッパ人権条約の締約国であるものの、EU自体は同条約に加盟していない。また、EUの構成国は、その都度の同意によることなく、EU法を執行する義務を負っている。そのため、EUの行為に対して、ヨーロッパ人権裁判所の審査が及ぶか否かという問題が残されている⁶²。これに関して、ヨーロッパ人権裁判所のマシューズ事件大法廷判決（1999年）では、英国が、ヨーロッパ議会の選挙権の適用対象から海外領土のジブラルタルを除外していたことが、第1議定書3条の自由選挙に対する権利の侵害に当たると判示された⁶³。本件の申立人は、ジブラルタルに居住する英国籍住民であり、ジブラルタルの選挙管理官に選挙人としての登録を申請したところ、ジブラルタルがヨーロッパ議会の選挙権から除外されていることを理由に、認められなかった。本件におけるヨーロッパ議会の選挙権からのジブラルタルの除外は、1976年のEC直接選挙議定書第2附属書（Annex II of the EC Act on Direct Elections of 1976）に基づくものであり、同文書は、EC（当時）の全構成国によって合意され、基本条約と同等の地位を有しているため、ECJの管轄権には服さない⁶⁴。しかし、ヨーロッパ人権裁判所は、英国がECに権限を委譲した後にも、ヨーロッパ人権条約の締約国としての責任が尊属するとした⁶⁵。そのため、英国はジブラルタルにおいて、ヨーロッパ人権条

⁵⁷ ただし、法的効力を付与される以前の段階でも、基本権憲章について、EU法上も基本権保護が要請されていることを推定させる解釈基準としての役割を認めた法務官意見がある：CJEC, Case C-305/05, *Ordre des barreaux francophones and germanophone and Others*, Opinion of Advocate General P. Maduro delivered on 14 December 2006, ECR I-5305, para.48.

⁵⁸ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 306, 17.12.2007, p.1

⁵⁹ Consolidated Version of the Treaty on European Union, 2010 OJ C 83/01

⁶⁰ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2008 OJ C 115/47

⁶¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010 OJ C 83/02

⁶² 詳しくは以下を参照：庄司、前掲書（注6）、321頁以下。

⁶³ ECtHR, *Matthews v the United Kingdom* [GC], application no. 24833/94, judgment of 18 February 1999.

⁶⁴ *Ibid.*, para.7.

⁶⁵ *Ibid.*, para.32.

約第1議定書3条により保障される権利を確保する責任を負っているにもかかわらず⁶⁶、それがなされなかったとして、同条の違反を認定した。これに対して、ボスフォラス対アイルランド事件大法廷判決（2005年）では、EU法による基本権保護は、人権条約制度と「同等（equivalent）」であるとみなすことができるとした⁶⁷。本件は、旧ユーゴスラヴィアに対する制裁措置を定めた国連安全保障理事会決議820⁶⁸を実施するため、EC構成国に旧ユーゴスラヴィアの航空機の没収を義務付けたEC理事会規則990/93⁶⁹に基づく措置とヨーロッパ人権条約との関係が問題となった。本件の申立人は、トルコの航空会社であり、旧ユーゴスラヴィア国営の航空会社から航空機のリース契約を締結していた。この契約に基づいて借り受けていた航空機の整備をアイルランドの企業に委託したところ、アイルランド政府によって機体を没収された。申立人が没収の違法性を争ったアイルランド国内の裁判手続の中で、同国の最高裁判所は、EC規則990/93が、旧ユーゴスラヴィアからリースされた航空機にも適用されるか否かという点について、ECJに先決裁定を求めた。先決裁定において、ECJは、同規則がリースされた機体にも及ぶと判示した⁷⁰。アイルランド国内での手続の後、申立人は、航空機の没収が、ヨーロッパ人権条約第1議定書1条の財産権の侵害に当たるとして申立てを行った。ヨーロッパ人権裁判所の大法廷は、ヨーロッパ人権条約と少なくとも同等とみなすことが可能な方法で、基本権が保護されていると考えられる限り、EC構成国としての義務に基づく国家の行為は正当化されるとした⁷¹。また、ECJが判例法によって、基本権の保護をEC法の一般原則として発展させ、その過程でヨーロッパ人権条約と人権裁判所の判例法を重視してきたことを指摘した⁷²。

ECJとEC（当時）構成国の国内裁判所によって構成される司法制度は、ヨーロッパ人権条約制度による保護と「同等」であるとみなすことができ、EC構成国としての義務に基づくアイルランドの行為は、ヨーロッパ人権条約上の要件から逸脱していないという推定が

⁶⁶ Ibid., para.35.

⁶⁷ ECtHR, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland* [GC], application no. 45036/98, judgment of 30 June 2005, para.165 (hereinafter, *Bosphorus case* [GC]); 庄司克弘「欧州人権裁判所の『同等の保護』理論とEU法：Bosphorus v. Ireland事件判決の意義」『慶応法学』6号（2006）、285-302頁。

⁶⁸ UNSC, Resolution 820 adopted on 17 April 1993, UN Doc., S/RES/820.

⁶⁹ Council Regulation (EEC) No 990/93 of 26 April 1993 concerning trade between the European Economic Community and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), OJ L102.

⁷⁰ CJEC, Case C-84/95, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy and Communications and others* (1996) ECR I-3953.

⁷¹ ECtHR, *Bosphorus case* [GC], para.155.

⁷² Ibid., para.159.

生じるとした⁷³。結論として、申立人の権利が明白に欠如した（manifestly deficient）とはいえず、第1議定書1条の違反はないと判示した⁷⁴。

ボスフォラス対アイルランド事件において、ヨーロッパ人権裁判所は、EU法上の基本権保護の原則が、ヨーロッパ人権条約と同程度には確立していることを認めたといえる⁷⁵。基本権保護を接点とするEUとヨーロッパ人権条約の接近は、リスボン条約の発効以後、さらに強まると見込まれた⁷⁶。現行のEU条約6条2項は、EUがヨーロッパ人権条約に加入することを義務付けている。ヨーロッパ人権条約の側では、第14議定書により⁷⁷、条約本体の59条2項が改正され、国家ではないEUも加入できる体制が整えられている。加入が実現すれば、個々の構成国だけでなく、EU自体もヨーロッパ人権条約を遵守する義務を負い、ヨーロッパ人権裁判所の監督に服することになる⁷⁸。2010年には、ヨーロッパ評議会の人権運営委員会（Steering Committee for Human Rights; Comité directeur pour les droits de l'homme : CDDH）内に、ヨーロッパ評議会加盟国のうち、EU構成国から7名、非構成国から7名の計14名から成る非公式作業部会（CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: CDDHUE）が設置された⁷⁹。また、EUのヨーロッパ委員会（European Commission）とヨーロッパ評議会との交渉の成果として、2013年6月10日には、加入協定案が公表された⁸⁰。しかし、ECJ

⁷³ Ibid., para.165.

⁷⁴ Ibid., para.166.

⁷⁵ ただし、判決の理由付けに対しては、ECにおける基本権保護の現状や司法制度の構造一般に言及するのみで、個別の状況における保護についての具体的検討がなされていないとの批判が提起されている：須網隆夫「EC法・EC司法裁判所との関係（1）：旧ユーゴ連邦に対する制裁決議を実施するEC規則に基づくユーゴ航空機の没収：ボスボラス判決」戸波ほか（編）、前掲書（注34）、64頁。

⁷⁶ ECJは、1994年の時点で、既にEC（当時）のヨーロッパ人権条約への可能性に関する判断を示している。ただし、この時点では、加入には基本条約の改正が必要であるとされた：CJEC, Opinion 2/94, *Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1996) ECR I-1759, paras 34-36.

⁷⁷ CETS 194, 2004年5月13日に署名、2010年6月1日に発効した。

⁷⁸ F. X. Priollaud et D. Siritzky, *Le Traité de Lisbonne : Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens*, La Documentation Française, 2008, p.45-46.

⁷⁹ CDDHUEは、2011年に最終報告書を提出した：Final version of the draft legal instruments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDHUE (2011) 16.

⁸⁰ Council of Europe, Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, 10 June 2013, available at <https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf> accessed 1 January 2019.

は、意見 2/13 (2014 年) において、同協定案は、EU 条約 6 条 2 項と両立しないと判断し⁸¹、その後、EU のヨーロッパ人権条約への加入交渉は停滞している⁸²。

2. ヨーロッパの基本権保障制度の理論的把握

前節では、個人の基本的権利の保護に注目しながら、EU 法、ヨーロッパ人権条約および両者の加盟国の国内法との関係を論じ、基本権保護を接点として、EU 法とヨーロッパ人権裁判所が、相互に判例等を参照していることを明らかにした。本節では、立憲的多元主義 (constitutional pluralism) の理論に依拠しながら、「多層的な (multi-layered)」人権保障システムの中に見られる司法対話の特徴の把握を試みる。

2.1. 多層的な法秩序の整合的把握

ヨーロッパ地域の人権保障制度は、各国家の国内憲法、EU 法上の基本権保障、ヨーロッパ人権条約という少なくとも 3 つの法制度が相互に密接な関係を保ちながら成立しており、「多層的 (multi-layered)」であると形容される。ペレス (Aida Torres Pérez) やファブリニ (Federico Fabbrini) の類型化によると、「ヨーロッパの人権構造 (European human rights architecture)」は、互いに重なり合い、絡み合う 3 層の規範・制度 — 1) 国家レベルの基本権保障制度、2) 超国家的レベルとしての EU の基本権保障制度、3) 国際レベルとしてのヨーロッパ人権条約の制度 — の存在によって特徴付けられる⁸³。また、各層が自己完結的に存在するのではなく、相互に影響し合いながら、ある層における規範や制度の発達が、他

⁸¹ CJEU, Opinion 2/13, *Draft international agreement — Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms — Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties* (2014) ECLI:EU:C:2014:2454

⁸² この点に関連して以下を参照：中西優美子「欧州人権条約加入に関する EU 司法裁判所の判断」『一橋法学』14 卷 3 号 (2015)、297-325 頁；European Parliament, 'What Next after Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?', 2016, available at <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU\(2016\)556975_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU(2016)556975_EN.pdf)> accessed 1 January 2019.

⁸³ A. T. Pérez, *supra* note 6, p.27; F. Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2014, pp.4, 6ff. See also, M. Varju, *European Union Human Rights Law: The Dynamics of Interpretation and Context*, Edward Elgar Publishing, 2014, pp.196-214 (Chapter 7 'The multi-layered character of EU human rights law'); W. Weiss, 'Human rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon' in: 7 (1) *European Constitutional Law Review* 64 (2011).

の層における発達を促進するという面を持っている。すなわち、形式のうえでは階層関係を持たない法秩序が、相互に補完し合う関係が維持されている⁸⁴。このような法秩序の構造を説明するための理論として提唱されたのが、立憲的多元主義 (constitutional pluralism) である。この理論を主張する論者は多数おり、その内容も細部においては論者ごとに異なるが、須網隆夫の整理によれば、以下のような4つの共通点を指摘することができる。すなわち、1) 垂直的階層関係を前提とした最終的な法的権威の欠如、2) EU法と構成国の国内法間の非階層的關係、3) 抵触を回避するための法秩序の境界を越えた努力、4) 法秩序の境界を越えた一貫性の保持である⁸⁵。

まず、1) 垂直的階層関係を前提とした最終的な法的権威の欠如、2) EU法と構成国の国内法間の非階層的關係に関しては、マクコーミック (Neil MacCormick) が提唱する「複眼的な法の見方」に端を発している⁸⁶。特にEU法と構成国の国内法の関係について、一方が他方に従属するのではなく、両者がそれぞれの自律性を維持しながら、相互に作用し合う関係に注目した見方であり、「自律的に機能する諸機関を各々に備える複数の憲法体系が、各々に自らの規律領域において他の体系を承認しつつ、階層的な関係を形成することなく併存しているという法秩序像を提示する」ものである⁸⁷。より具体的には、EUという地理的範囲を「一元的に規律できる、単一かつ最終的な法的権威が存在せず、EUと加盟国のどちらにも正統性があること」を論の出発点とする⁸⁸。例えば、ペータース (Anne Peters) は、司法対話が行われる法秩序間には、規範の衝突を決定する単一の権威が存在しないが故に、裁判所間の相互配慮が必要になると指摘する⁸⁹。立憲的多元主義の理論は、EU法においては基本条約が、構成国内においては憲法が、それぞれの法秩序における最高規範で

⁸⁴ G. Martinico & O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal System: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar, 2012, p.7; see also, M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, 2006.

⁸⁵ 須網隆夫「グローバル立憲主義とヨーロッパ法秩序の多元性：EUの憲法多元主義からグローバル立憲主義へ」『国際法外交雑誌』113巻3号(2014)、42-43頁。

⁸⁶ N. MacCormick, 'Beyond the Sovereign State' in: 56 (1) *Modern Law Review* 1 (1993), p.8; 近藤圭介「憲法多元主義：ヨーロッパ法秩序をめぐる議論の構図」濱本正太郎、興津征雄(編)『ヨーロッパという秩序』勁草書房、2013年、20頁

⁸⁷ N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, p.104; 近藤、上掲論文、11頁。

⁸⁸ 須網隆夫「ヨーロッパにおける憲法多元主義：非階層的な法秩序像の誕生と発展」『法律時報』85巻11号、2013年10月、44-46頁。

⁸⁹ A. Peters, 'Dual Democracy', J. Klabbers, A. Peters & G. Ulfstein (eds), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, pp.336-338; 須網、前掲論文(注85)、48頁。

あることを前提に、両者を階層関係ではなく、水平的に並存しているものとして捉える点にその特徴がある。

立憲的多元主義の別の特徴として、複数の法秩序が、単に水平的に並存しているだけでなく、それらの間に、3) 抵触を回避するための法秩序の境界を越えた努力と、4) 一貫性の保持がなされていることを重視する。すなわち、「国民国家」のような文化的同質性や統一的な政府を前提としない地理的空間において、「立憲的 (constitutional)」な統合を志向する⁹⁰。国内基準と国際基準のうち、いずれか一方が他方に合わせるという単線構造ではなく、国内機関と国際機関が共通の目的の下に、それぞれの役割・機能に応じて、複線的に、反復的な多層構造をなしていると捉える⁹¹。司法機関が、他の法域の法文書や裁判所の司法判断を参照することを通して、両者が共有する目的が具体的に実現されていく法規範の「相互醸成」のプロセスとしての「司法対話」が強調される⁹²。次節では、「司法対話」に注目し、なぜ、司法対話が法規範の精緻化に資するのかを検討する。

2.2. 多層的な法秩序における価値の共有と「司法対話」による人権保障の促進

「司法対話 (judicial dialogue)」あるいは「裁判官対話」とは、制度的には別個の法秩序に属し、階層関係にない裁判所間で、相互に先例を参照しながら法の解釈・適用を行う現象を指す。このとき、単独での判断とは異なる内容となり、類似した法的争点に対する判断が収斂していく可能性を含んでいるが、あらゆる争点についての判断が常に収斂するとは限らず、各法秩序が規律する地域の状況に応じた判断の違いは許容される⁹³。古くは、アレクシー (Robert Alexy) が、法が対話を通して、正統性 (legitimacy) を獲得すること

⁹⁰ N. MacCormick, 'Beyond the Sovereign State' in: 56 *Modern Law Review* 1 (1993); N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', 65 *Modern Law Review* 317 (2002). なお、ヨーロッパ人権裁判所の判例の中には、人権条約が「ヨーロッパ公序の憲法的文書 (constitutional instrument of European public order; instrument constitutionnel de l'ordre public européen)」としての性格を有すると述べるものがある: ECtHR, *Loizidou v Turkey [Preliminary Objections, GC]* application no. 15318/89, judgment of 23 March 1995, para.75; 小畑郁「欧州評議会・欧州人権条約からみたヨーロッパ憲法秩序」中村、山元 (編)、前掲書 (注5)、24-29頁。

⁹¹ 江島晶子「憲法の未来像における国際人権条約のポジション: 多層レベルでの『対話』の促進」『法律時報』81巻10号 (2009)、104-110頁。

⁹² Fabbrini, *supra* note 83, p.22.

⁹³ 須網隆夫「『裁判官対話』とは何か: 概念の概括的検討」『法律時報』89巻2号 (2017)、60頁; 伊藤洋一「国際人権保障をめぐる裁判官の対話: 司法的ネットワークの現状と課題」『国際人権』25号 (2014)、34頁。

が、民主主義の理論の前提であると指摘している⁹⁴。スローター (Anne-Marie Slaughter) は、「裁判所は、世界中で互いに話し合っている」として、国際司法機関や準司法的性格を有する国際人権機関、及び、国内裁判所間の相互作用を「司法対話 (judicial dialogue)」と呼んでいる⁹⁵。また、ペトコヴァ (Bilyana Petkova) は、EU 司法裁判所とヨーロッパ人権裁判所は、いずれも準憲法裁判所としての役割を持ち、それぞれの管轄地域での対話点を創出することによって、各々の正統性を確保しようとする⁹⁶。

先述の立憲的多元主義も、EU 法、ヨーロッパ人権条約及び国内法との非階層的関係とそれらの法秩序の境界を越えた相互作用に注目する点で、司法対話と強く結び付いた理論だといえる。立憲的多元主義は、元はヨーロッパ地域を覆う法秩序を説明するために生み出された理論であった。しかし、司法対話の意義を強調する論者の中には、立憲的多元主義を記述理論としてではなく、望ましい法秩序のあり方を示す規範理論として捉える者も見られる⁹⁷。そのような論者のうち、ホルバースタム (Daniel Halberstam) は、複数の立憲的制度が、水平的に並存し、影響し合う構造を「ヘテラルキー (heterarchy)」と呼び、それこそが多元的法秩序の特徴であると指摘する⁹⁸。ペレスは、立憲的多元主義をヨーロッパ統合の過程の一時的な段階としてではなく、価値あるものとして歓迎する立場をとる。ペレスによると、近代市民革命によって生まれた立憲主義は、公権力を相互に抑制し合う別個の制度に割り当てることによって制限し、国家行為による侵害から個人の権利を保護する仕組みを確立するための理論を提供したものの、一国内の制度を越えて、他の国家との関係における国家権力の制限については、明確に扱っていない。これに対して、立憲的多元主義は、国家秩序と超国家的秩序の抑制と均衡 (check and balance) という相互的な仕

⁹⁴ R. Alexy, *A Theory of Legal Argument: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, 1989, p.6

⁹⁵ A. M. Slaughter, 'A Typology of Transjudicial Communication' in: 29 *University of Richmond Law Review* 99 (1994) p.99.

⁹⁶ B. Petkova, 'Three Levels of Dialogue in Precedent Formation at the CJEU and ECtHR', K. Dzehtsiarou et al (eds), *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlap and Contradictions of the EU and the ECHR*, Routledge, 2014, pp.73-74. See also, N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', *Modern Law Review* (2002) 65; J. Komarek & M. Abvelj (eds), *Constitutional Pluralism in Europe and Beyond*, Hart Publishing, 2012.

⁹⁷ この点に関する概説として、以下を参照：須網、前掲論文 (注 88)、47 頁。国境を越えた立憲主義という構想自体は、1950 年代から既に見られた。20 世紀前半の戦争の経験を通して、ヨーロッパの政治的エリートの間には、「国家を越える (beyond the state)」規範と制度が、ヨーロッパ大陸の自由と平和を確保するために必要であるとの認識が生じていた (ibid., p.13; S. Gradbaum, 'Human Rights and International Constitution' in: J. Dunoff & J. Trachtman (eds), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2013, p.233)。

⁹⁸ D. Halberstam, 'Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States', J. Dunoff & J. Trachtman (eds), *ibid.*, pp.326, 337.

組みによって、国家主権の危険な部分を克服する可能性を有しているとする⁹⁹。ペータースマン（Ernst-Ulrich Petersmann）は、第二次世界大戦後のヨーロッパの統合は、戦争の防止や基本的人権の保護、労働力の国境を越えた平和的配分のように、国民国家の憲法によっては実現できなかったヨーロッパ史の弱点を、国家の枠組みを越えた権力分立制度や多元的レベルのガバナンスの導入によって、克服を試みる国際憲法枠組のモデル事例だと評価する¹⁰⁰。マデューロ（Miguel Poiares Maduro）も、基本権保護を行う立憲的枠組みや権威に多元性があることについて、ポスト・ウェストファリアのあり方として積極的に擁護する¹⁰¹。これらの論者に共通しているのは、司法対話をなす複数の法秩序が、何らかの価値を共有したうえで、その解釈をめぐって対話を繰り広げることによって、それらが対抗し合うのではなく、むしろ補強し合うと捉えている点にあるといえる。

さらに、司法対話の意義を重視する論者の多くが、司法対話と人権保障を結び付けて論じ、複数の法秩序間の対話が、個人の基本的権利の保護に寄与している点を評価する¹⁰²。ファブリニは、国内憲法、EUの基本権保護制度、および、国際レベルとしてのヨーロッパ人権条約から成るヨーロッパ人権構造（European human rights architecture）においては、国家主権の絶対的優位性という観念は排除され、複数の法的枠組が相互に絡み合い、重なり合うことによって、人権保障がより豊かに行われるようになるとする¹⁰³。特に、ヨーロッパでは、前節で検討したように、EU法、ヨーロッパ人権条約、国内法間の「司法対話」を促すような制度が構築されており、複数の法秩序に属する裁判所間で共通の法文化を育みながら、螺旋状に法形成が進展している¹⁰⁴。その具体的なあり方については、本論文第3章以下で考察する。

⁹⁹ Pérez, supra note 5, pp.67-68. See, Weiler, supra note 49, p.341.

¹⁰⁰ E. Petersmann, 'Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration' in: 13 *European Journal of International Law* 621 (2002) p.649; 薬師寺公夫「国際人権法の現代的意義：「世界法」としての人権法の可能性？」『世界法年報』29号（2010）、9頁。

¹⁰¹ M. P. Maduro, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action' in: N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003, p.501.

¹⁰² See, M. Goldoni, 'Constitutional Pluralism and the Question of the European Common Good' in: 18(3) *European Law Review* 385 (2012), p.387; S. Douglass-Scott, 'A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Aquis' in: 43 *Common Market Law Review* 629 (2006), pp.664-665.

¹⁰³ Fabbrini, supra note 83, p.20. この点に関して、クリシュ（Nico Krisch）も、主権主義的アプローチでは、ヨーロッパの基本権保護レジームの重層的な構造を十分に説明できないと指摘する（N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010, p.17）。

¹⁰⁴ ジャン＝ポール・コスタ（建石真公子訳）「国際裁判所と国内裁判所の対話：ヨーロッパ人権裁判所の場合」『国際人権』25号（2014）、3-12頁。

2.3. 国際人権規範の解釈における司法対話の役割

本章では、ヨーロッパにおける人権保障を担う法秩序として、ヨーロッパ人権条約、EU法、国内法の関係に注目しながら、それらの間で生じている「司法対話」が、法解釈の精緻化と人権保障の促進とどのように関わっているのかを検討してきた。以下では、複数の法秩序間の「司法対話」による法解釈の精緻化という発想が、ヨーロッパ以外の地域における人権保障に対して、いかなる意義を持ち得るのかを検討する。

立憲的多元主義の理論は、ヨーロッパの地域的法秩序の特質を前提として構築された理論であり、強い地域的特殊性を有している¹⁰⁵。ファブリニは、ヨーロッパにおける多元的法秩序を望ましいあり方と捉えつつも、立憲的多元主義の理論はヨーロッパの法制度の独自の (*sui gentis*) 性格、つまり、それに対応するものが世界の他の地域には存在しないことを前提としているという立場をとる¹⁰⁶。また、ペータースは、民主主義、人権、法の支配の3つを立憲的価値 (*constitutional values*) と位置付け、特に人権は普遍的に受容されているという立場をとりつつも、その解釈は多様であり、具体的な実施面では大きな困難があることを指摘する¹⁰⁷。また、最上俊樹は、ホルバースタムの議論について、ヨーロッパの法秩序像を「ヒエラルキー」志向とは別種の秩序構築の潮流と捉え、「ヘテラルキー」と呼んで肯定的に評価しつつも、それ自体として欧州中心主義ではないにしても、「素材が欧州に偏っていることは紛れもない事実である」と指摘する¹⁰⁸。

立憲的多元主義の理論が、ヨーロッパに出現した法秩序を説明するための理論として構築されている以上、一定の相対化が必要であることを認めながらも、立憲的多元主義がヨーロッパを越えて、国際社会一般にも通用する可能性を認める論者は少なくない。今日、ある国の国内法は、それ自体として完結し、外部から完全に切り離されて存在するものではなく、国際法秩序との関係を持ちながら機能している¹⁰⁹。ヨーロッパにおける多層的人権保障は、制度化された司法対話によって、そのような法秩序間の関係が可視化されてい

¹⁰⁵ 須網、前掲論文、注93、51-53頁。

¹⁰⁶ Fabbrini, *supra* note 83, p.23.

¹⁰⁷ A. Peters, 'Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structure' in: 19 (3) *Leiden Journal of International Law* 579 (2006), p.601

¹⁰⁸ 最上俊樹「国際立憲主義批判と批判的国際立憲主義」『世界法年報』33号(2014)3頁。

¹⁰⁹ この点について、メリーは次のように指摘する：「国家法は、他の規範秩序を構成し、かつ、他の規範秩序によって構成される」(S. E. Merry, 'Legal Pluralism', 22 (5) *Law & Society Review* 869 (1988))

る。しかし、他の地域においても、人権条約上の国家の義務の性格と履行確保制度の性格上¹¹⁰、各国家は、国内における人権条約の適用と条約の履行監視委員会との司法対話を受け入れなければならない。ヨーロッパのような多層的な人権保障制度が存在しない地域に位置する国家も、人権条約の締約国である限り、これは避けられない。憲法上の人権規定と人権条約が、いずれも人権保障を目的し、共に国内平面で適用されるべきものであることに鑑みれば、両者の区別を相対化し、個人の権利の保護にとってより効果的な解釈を目指すことは、いずれの目的にも適うことであろう¹¹¹。先述のように、ヨーロッパで見られる司法対話は、ECJとヨーロッパ人権裁判所、国内裁判所が、基本権保護ないし人権保障の確保という方向性を共有し、その解釈や方法をめぐって、「対話」を展開するものであった¹¹²。3つの法秩序間の相互作用（interaction）を通して、共有された理念や価値を実現するような解釈へと向かい、最適な人権保障のあり方も模索する仕組みといえる¹¹³。類似性・関連性のある人権問題について、他国や国際人権機関の判断と対照させることは、人権の制約を容認する判断を下す際には、裁判所により説得力のある説明を求め、参照側と被参照側双方の判断の合理性を向上させ、結果として、法解釈の正統性の相互強化につながるといえよう¹¹⁴。

¹¹⁰ 本論文序論の注2・3を参照。

¹¹¹ 山元一は、憲法と国際人権法が、基本的に共通の視座に立つという立場から、「国内裁判所が人権問題を解決するために依拠する法的規準＝法源は、国境を越えたトランスナショナルな存在を包含し、そのことによって国内法秩序において、憲法と国際人権規範や外国人権判例が重層化することになる」と述べ、それを「トランスナショナル人権法源論」と呼ぶ（「憲法解釈における国際人権規範の役割：国際人権法を通して見た日本の人権法解釈論の方法論的反省と展望」『国際人権』22号（2011）、37頁）。これに関連して以下も参照：同「グローバル化世界における公法学の再構築：国際人権法が憲法に提起する問いかけ」『法律時報』84巻5号（2012）、9頁以下。また、江島晶子は、比例性原則を例に、人権規範の解釈に関して、共通性を析出し、「人権保障システムとしてのグローバル・モデル」を構築する可能性を指摘する：江島晶子「多層的人権保障システムにおけるグローバル・モデルとしての比例原則の可能性」長谷部恭男他編『高橋和之先生古稀記念：現代立憲主義の諸相』（下）有斐閣、2013年、88頁。

¹¹² 小畑郁『ヨーロッパ地域人権法の地域秩序化：その国際法過程の批判的考察』信山社、2014、32頁。

¹¹³ 大藤紀子「差異における国際人権：EUの人権保障」国際人権法学会編『国際人権』23号（2012）、4頁；M. Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty' in: 11 (3) *European Law Journal* 262 (2005), pp.286-287; 'The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State' in: J. Dunoff & J. Trachtman (eds), supra note 96, pp.279ff.

¹¹⁴ 山元「憲法解釈における国際人権規範の役割」前掲（注111）、39頁；寺谷広司「国際法における『裁判官対話』：その理論的背景」『法律時報』89巻2号（2017）、69頁

小括

本章では、EU法と構成国の国内法、ヨーロッパ人権条約と締約国の国内法、EU法とヨーロッパ人権条約のそれぞれの関係を考察し、これらの法秩序の間での「司法対話」の特徴を考察した。EU法と構成国の国内法との間では、先決裁定手続によって、ECJと国内裁判所の司法対話が制度化され、EU法の解釈の統一が図られるとともに、EU法の優位や直接効果によって、EU法の内容が各構成国の国内法に必然的に反映される仕組みが構築されていることを明らかにした。これに対して、ヨーロッパ人権条約と締約国の国内法の関係は、一般的な国際条約の性格を強く残しており、条約の補完的性格を前提に、各締約国が条約の第一義的な解釈権を有し、ヨーロッパ人権裁判所は、条約上の権利を侵害された個人が、各国の国内裁判所において救済されない場合にのみ管轄権を持つ。ヨーロッパ人権条約とEU法の間には、直接的な階層関係はないものの、事実上は相互に強く影響し合っている。本章では特に、ECJがヨーロッパ人権条約を参照することによって、EU法上の基本権保護の原則が確立してきた過程を考察し、これを「立憲的多元主義」の理論に依拠しながら説明した。同理論は、EUと構成国、及びヨーロッパ人権条約との関係を説明するための記述理論として構想されたにもかかわらず、後に、規範理論としても提唱されるようになった。立憲的多元主義の論者の多くが、ヨーロッパ地域の人権保障制度の特徴として、複数の法秩序が一定の価値を共有しながら、対話することによって正統性を確保しようとしている点を指摘する。立憲的多元主義の理論において重視される司法対話は、法秩序間の相互作用を通して、共有された理念や価値を実現するような解釈へと向かい、最適な人権保障のあり方も模索する仕組みであるといえる。これによって、人権の制約を容認する判断を下す際には、裁判所により説得力のある説明を求め、参照側と被参照側双方の判断の合理性を向上させ、結果として、法解釈の正統性の相互強化につながる。

次章以下では、差別禁止・平等原則に関わる実際の判例を分析しながら、EU法、ヨーロッパ人権条約及び国連の人権条約との間で、どのように司法対話がなされているのかを具体的に考察する。

第3章

EUの基本権保護制度における人種・民族差別の禁止の展開と多文化共生

はじめに

1. EU法の一般原則としての差別禁止原則の意義
2. 経済統合促進の要素としての差別禁止原則の展開
3. 差別禁止原則と基本権保護の接近
4. 差別形態の区分と間接差別法理の展開
5. EU法の一般原則としての差別禁止原則の確立

小括

はじめに

本章では、ヨーロッパ連合（European Union: EU）法上の差別禁止とヨーロッパ司法裁判所（European Court of Justice）によるその解釈の展開を考察する¹。現在のEUの前身に当たる旧ヨーロッパ経済共同体（European Economic Community: EEC）の時代から今日まで、差別禁止原則そのものは、一貫して基本条約に明示されている。しかし、その規律対象は時代を経るにしたがって拡大し、内容も大きく変化してきた。

第2章で論じた通り、先決裁定（preliminary ruling）手続により、EU構成国の裁判所は、EU法上の問題を独自に判断することはできず、一度審理を中断してECJの判断を求めなければならない。この点で、EU構成国の裁判所とECJの間には、いわば「制度化された司法対話」が成立している²。また、構成国はEUの指令の内容を国内で実施する義務を負っている。見方を変えれば、EUの指令には、共通した内容を持つ国内法を構成国に創

¹ 本研究では、特に区別する必要のある場合を除き、現在のヨーロッパ連合（EU）の前身に当たる機関も含めて、EUと称している。同様に、EU司法裁判所（CJEU）及びその前身に相当するEC司法裁判所（CJEC）についても、原則として、時期を問わず、通称であるECJという呼称を用いている。EUの概要については、序論の注14を参照。

² ECJのレナーツ（Koen Lenaerts）所長は、2017年の年次報告書の中で、ECJと構成国の国内裁判所との「先決裁定対話（preliminary ruling dialogue）」を通じて、ヨーロッパにおける裁判所間ネットワークを構築する意義について述べている（CJEU, *Annual Report 2017: Judicial Activity*, 2018, p.9）。また、2016年中にECJが下した全判決は739件であり、そのうち72%に当たる533件が先決裁定手続によるものであった（*ibid.*, p.12, 103）。

り出す機能を有していると言える。本章では、差別の禁止に関連する先決裁定と指令を主に参照しながら、旧 EEC の時代から現代に至るまでの EU 法における差別禁止原則の発展過程をたどり、現代 EU 法における差別禁止原則の特徴と構成国の国内法への影響を明らかにする。

まず、「EU の諸価値」の 1 つとしての差別禁止原則の意義を確認する（1 節）。マーストリヒト条約（1992 年署名、1993 年発効）以前の旧 EEC・EC 法を対象として、経済統合や共同市場の創出という目的の下に確立した原則としての国籍差別及び性差別禁止に関する原則の内容を検討する（2 節）。続いて、マーストリヒト条約の発効以後の EU 法に視点を移して、基本権保護が EU 法上の基本原則として承認されたのに伴って、差別禁止原則がどのように変容したのかを検討する（3 節）。さらに、アムステルダム条約による制度改正（1997 年署名、1999 年発効）以後の先決裁定と指令を検討対象として、包括的な差別禁止原則の下で、直接差別と間接差別という形態の区分やそれに応じた立証責任の配分に関する解釈理論を検討する（4 節）。最後に、EU 法上の一般原則としての差別禁止原則が、基本権保護に近い性格を帯びることによって、EU 法上の差別禁止原則がどのように変容し、それが構成国の国内法にいかなる影響を与えたのかを検討する（5 節）。

1. EU 法の一般原則としての差別禁止原則の意義

現在の EU 法の下で、差別の禁止は、「EU の諸価値」の 1 つに位置付けられている。EU 条約（Treaty of the European Union）2 条は、「人間の尊厳、自由、民主主義、平等及び法の支配の尊重、並びに少数者に属する人々の権利を含む人権の尊重」が、EU の基礎をなす諸価値であり、かつ、これらの諸価値は、「多元主義、非差別、寛容、正義、連帯及び男女の平等が広く受け入れられた社会を持つ加盟国に共通」のものであると定める。同条約 3 条は、これらの諸価値を促進することが、EU の目的と 1 つであると定め、EU のあらゆる政策がこれらの諸価値を基礎とすべきことを明らかにしている³。また、差別の禁止は、EU

³ EU の諸価値に関して、包括的に論じたものとして以下を参照；庄司克宏『新 EU 法 基礎篇』岩波書店、2013 年、199 頁以下；中西優美子『EU 法』新世社、2012 年、36 頁以下；M. ヘルデーゲン（中村匡志訳）『EU 法』ミネルヴァ書房、44 頁以下。また、EU 法の一般原則と差別禁止の関係については、特に次のものが詳しい：M. Horspool, M. Humphreys & M. Wells-Greco, *European Union Law*, 9th edn, Oxford University Press, 2016, pp.502ff.

法上の一般原則をなす。EU法上の一般原則とは、EU法の欠点を補い、EU法及びEU法の範囲内にある国内法の解釈の際に参照されるものであり、一般原則に反するEU法規則は、「条約又はその適用に関する法規の違反」を構成し、取消訴訟により無効とされ、EU法の範囲内にある国内法規則がEU法の一般原則に反する場合には、国内裁判所における適用から排除される⁴。それに反するEU法や国内法を適用排除し得る点で、EU法の一般原則は、「憲法的地位」を有する⁵。

旧EECの時代に基本条約の中に規定された差別禁止原則は、経済統合や共同市場の創出という旧EECの目的と結び付いて、域内を移動する労働者について、国籍と性別に基づく差別を禁止するものであった。これらの差別の禁止に関わる原則は、ヨーロッパ統合の深化にともなって、越境移動する労働者からその家族へと人的適用対象を広げ、同時に、雇用における差別から教育や社会保障一般へと事項的对象も拡大していった。国籍差別の禁止については、マーストリヒト条約（1992年署名、1993年発効）によるEU市民権の導入以後は、広くEU市民の基本権へと変化した。性差別の禁止については、アムステルダム条約（1997年署名、1999年発効）以後、当時のEC条約13条（現：EU運営条約19条）1項の中に、新たに人種、種族的出身、宗教若しくは信条、障害、年齢、性的指向に基づく差別を禁止する規則が置かれた際に、これに統合され、次第に人間一般に適用される個人の基本権へと発展していった。このような過程を経て、EU法上の差別禁止原則は、次第に経済統合の促進という旧EEC創設以来の存立基盤を離れて、個人の基本権としての性格を強めていった⁶。

2. 経済統合促進の要素としての差別禁止原則の展開

国籍と差別に基づく差別の禁止は、旧EEC時代から、基本条約の中に明示されてきた。ただし、旧EECから旧ECの時代にかけての差別禁止原則は、機構の設立目的である経済統合や共同市場の創出と結び付いて、域内を移動する労働者を差別から保護し、自由移動

⁴ EU運営条約263条2項。

⁵ K. Lenaerts & J. A. Gutiérrez-Fons, 'The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law' in: 47 (6) *Common Market Law Review* 1629 (2010), pp.1629-1630.

⁶ G. More, 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?' in: P. Craig & G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, pp.546-548.

を促進するためのものであり、人間一般に保障される基本的人権とは異なるものであった⁷。以下では、国籍と性別という2つの事由による差別の禁止に関わる規定が、旧 EEC 条約に置かれた経緯とその後の変化を検討する。

2.1. 国籍差別の禁止と市場統合・労働者の自由移動

旧 EEC の時代から今日まで、国籍差別の禁止は EU 法上の一般原則の1つである。例えば、国籍に基づく差別を一般的に禁止する規定（EEC 条約 6 条、EC 条約 12 条を経て、現：EU 運営条約 18 条）のほか、雇用、報酬、労働条件における国籍差別の禁止に関する規定（48 条、EC 条約 39 条を経て、現：EU 運営条約 45 条）2 項がある。EU 法上の国籍差別の禁止は、労働者の域内自由移動や開業及び設立の自由（EEC 条約 52 条；EC 条約 43 条を経て、現：EU 運営条約 49 条）、役務提供の自由（EEC 条約 59 条；EC 条約 49 条を経て、現：EU 運営条約 56 条）等と結び付き、他の構成国に移動して経済活動に従事する者を対象として、域内の移動の自由、移動先国での定住及び当該国民と平等の待遇を保障する原則として出発した⁸。すなわち、労働者が国境を越えて移動し、就労する自由を実効的なものとするため、域内において、国籍の違いから生じる差別を撤廃することを目指すものであった⁹。国籍差別の禁止が、労働者の自由移動と強く結び付いた原則であったため、経済活動に従事しない者や国籍国に居住する労働者は、同原則によって保護される対象には含まれていなかった。ただし、国境を越えて移動する労働者の家族は、一定の範囲で保護の対象に含まれた。これは、移住労働者への随伴を根拠とする派生的権利であって、家族に独自の権利が保障されていたわけではない¹⁰。そのことを示す例として、ECJ のモーソン・ジャンジャン事件（1982 年）がある。同事件の原告はオランダ国籍を有し、オランダ国内

⁷ 安江則子『欧州公共圏：EU デモクラシーの制度デザイン』慶應義塾大学出版会、2008、126 頁；岡村堯『ヨーロッパ市民法』三省堂、2012、174 頁。なお、EU の前身機関が設立された当時から、人権保障はヨーロッパ評議会によって担われることが予定されていた。詳しくは、次を参照：山本直『EU 人権政策』成文堂、2011、130-133 頁。

⁸ C. Barnard, 'Free Movement of Natural Persons and Citizenship of the Union' in: C. Barnard & S. Peers (eds), *European Union Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2017, pp.369-370.

⁹ 安江則子『ヨーロッパ市民権の誕生：マーストリヒト条約からの出発』丸善出版、1992 年、91 頁。

¹⁰ なお、ここで言う「家族」とは、労働者本人の配偶者と 21 歳未満の卑属、本人または配偶者の尊属及び卑属で、扶養されている者を意味した。See, Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community (1968) OJ L257/2, Article 10 (1); Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services, OJ L172/14, Article 1 (1).

で働く労働者であった。外国籍の扶養親族を国外からオランダに呼び寄せようとしたところ、政府が当該親族の長期在留を認めなかった点について、ECJは、域内における移動の自由の権利を行使していない者は、EC法（当時）の適用範囲と結び付く要素がないため、EC法上の権利は享受しないとして、オランダ政府の措置はEC法に反しないと判示した¹¹。

その後、雇用における国籍差別を禁止するEU上の原則が及ぶ範囲は、第二次法や判例の蓄積によって¹²、労働条件から日常生活に関わる社会福祉一般へ、労働者自身から労働者の家族へと拡大していった。これは、労働条件における平等が保障されていたとしても、国籍国外で就労する労働者は、滞在国の国籍を持たないことに起因して、社会生活上の困難に直面することが多いためである。例えば、域内における労働者の移動の自由に関するEEC規則1612/68は¹³、EEC条約と同様に報酬や解雇、復職、再雇用等の雇用条件における国籍に基づく異なる扱いを禁止するのみならず（7条1項）、社会生活や税制の優遇における同等の扱い（同2項）、家族と同居する権利（10条）、労働者の子どもの教育や職業訓練における国籍者と同等の扱い（12条）等を定めている。国籍差別の禁止の適用が社会福祉にも拡張されることを明示した先決裁定の例としては、ウグリオラ事件（1969年）がある。同事件では、西ドイツにおいて兵役義務を完了した者に認められる社会福祉の給付に関して、自国で兵役に就くために帰国した者が、同等の給付を受けられない点が問題となった。西ドイツ労働裁判所から先決裁定の付託を受けたECJは、EEC条約48条（当時）は、共同市場にとって不可欠な労働者の自由移動を確保するため、国籍に基づくあらゆる差別の撤廃を要請しており、同条3項に明示された理由（公の秩序、安全、公衆衛生）に基づく制限を除き、間接的に国籍者のみを優遇する差別を間接的にもたらすことは許されず、兵役義務を完了した者のみに社会福祉の給付を認める措置は、EEC条約と両立しないとした。そして、社会福祉の給付について、構成国は自国民と同等の権利を他構成国出身の労働者にも保障しなければならないと判示した¹⁴。また、クリスティーニ事件（1975年）

¹¹ CJEC, Cases 35/82 and 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands and Head of the Plaatselijke Politie within the meaning of the Vreemdelingenwet; Sweradjie Jhanjan v State of the Netherlands* (1982) ECR 3723, paras 15-17.

¹² 第二次法とは、基本条約に基づいてEUの諸機関が採択するものであり、主要なものとして、構成国国内でそれ自体として一般的に適用可能な規則（regulation、EU運営条約288条2項）、達成すべき結果について構成国を拘束するが、その方法・手段を構成国に委ねる指令（directive、同条3項）、特定の名宛人のみを拘束する決定（decision、同4項）がある。

¹³ Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on Freedom of Movement for Workers within the Community, OJ L 257/02.

¹⁴ CJEC, C-15/69, *Württembergische Milchverwertung Südmilch AG v Salvatore Ugliola (Ugliola case, 1969)* ECR 363, pp.368-369.

で ECJ は、4 人の子どもを持ち、夫と死別したイタリア人女性に対して、鉄道運賃の多人数家族割引証の発行をフランス国鉄が拒否したことが、先述の EEC 規則 1612/68 の 7 条 2 項と両立しないと判示した¹⁵。この判決は、域内を移動する労働者の家族に対する社会的福利に関して、労働と直接関連しない分野にも、国籍差別の禁止が及ぶことを明らかにしたと解される¹⁶。

国籍差別禁止の原則は、労働者の自由な越境移動と移動先での就労を促進するための原則として始まり、旧 EC 時代を通じて、人的対象を労働者自身から家族へ、事項的对象を雇用・労働条件から社会福祉一般へと広げていった。後にこの原則は、「EU 市民権」へと変化していくことになる。この点は、本章第 3 節で扱う。

2.2. 男女均等待遇の原則と差別禁止法理の発展

性別に基づく差別は、国籍に基づく差別と並んで、旧 EEC の時代から禁止されていたものである。これは、EEC 条約 119 条（EC 条約 141 条を経て、現：EU 運営条約 157 条）に規定された報酬に関する男女労働者間の平等待遇を出発点とする。その目的は、国籍差別と同様に、旧 EEC の目的とする共同市場の創設や労働者の自由移動の確保といった経済政策的性格が強いものであった。すなわち、この原則を保障している国の企業が、報酬における男女間の差別を容認している国の企業との間で、競争上の不利益を押し付けられることを回避し、経済統合を実効的に促進するという意味合いがあった。EEC 条約の起草時の状況では、男女間の同一報酬の原則の実現度合には、構成国間においても相当の相違があり、職業生活における男女の平等取扱いを無条件に保障することは、自明のものとはみなされていなかった¹⁷。この原則は、次第に適用範囲を広げながら、性別に基づく差別一般を禁止するものへと発展し、さらに、個人間の差別を禁止するという点で、基本権保護に通じる性格を有していた。特に、1970 年代を通じて、旧 EEC 条約 119 条（EC 条約 141 条を経て、現：EU 運営条約 157 条）の男女間の同一労働同一賃金の原則が、経済統合の一要素から、より広く雇用や社会保障における男女間の平等待遇としての性格を強めていっ

¹⁵ CJEC, Case 32/75, *Anita Cristini v Société nationale des chemins de fer français* (1975) ECR 1085, p.1092.

¹⁶ 安江、前掲書（注 7）、132 頁。

¹⁷ 西原博史『平等取扱の権利』成文堂、2003、24-25 頁。

た¹⁸。

その端緒となるものは、第一次デフレンヌ事件（1971年）における法務官意見の中に見ることができる。同事件は、ベルギーのサベナ（Sabena）航空の客室乗務員（air hostess）であった女性が、ベルギー労働審判所（Conseil de prud’hommes）において、女性の航空乗務員の定年を40歳とする就業規則の違法性を主張したことに端を発する¹⁹。法務官意見によれば、国際労働機関（International Labour Organisation; ILO）の100号条約（同一価値労働についての男女労働者に対する同一報酬条約）に言及しながら、EEC条約119条は、男女労働者間の同一報酬を促進するという社会的目的に加えて、低賃金の女性労働者を使用することによる不当な安売り（social dumping）を防ぎ、ひいては、公正な競争を確保する制度の上に成立する共同市場という共同体の基本的目的の達成に寄与するという経済的目的も追求するものである。さらに、同条は構成国の国内法令の平準化や協力を要請するだけでなく、構成国に対して義務も創設している²⁰。

第一次デフレンヌ事件の法務官意見で示された解釈は、第二次デフレンヌ事件（1976年）へと反映された。同事件では、女性の客室乗務員が、同一の職務に就く男性と同等の給与を受給していないことの違法性をベルギーの国内裁判所で争い、同国の労働裁判所（Tribunal du travail）がECJに先決裁定を求めたものである²¹。本件では、EEC条約119条が男女間の同一報酬の原則を構成国の国内法の中に直接導入するものであるかどうか、国内法規定とかがわりなく、その遵守を確保するために労働者が国内裁判所において訴訟提起できるものであるか、また、EEC機関によってとられた措置によって、EEC条約119条は構成国の国内法の中で適用可能となっているかという点が争点となった²²。本件法務官意見は、第一次デフレンヌ事件法務官意見とほぼ同様の立場に立ち、ベルギー政府やEC委員会の見解と正面から対立した。判決は、概ね法務官意見に沿ったものとなった²³。そ

¹⁸ See, M. Bell, ‘The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening’, in: P. Craig & G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2011, pp.614-615.

¹⁹ CJEC, Case 80/70, *Gabrielle Defrenne v Belgian State (Defrenne I, 1971)* ECR 445, pp.446-447.

²⁰ CJEC, Case 80/70, *Gabrielle Defrenne v Belgian State (Defrenne I, 1971)* Opinion of Mr Advocate-General Dutheillet de Lamothe delivered on 22 September 1971, ECR 453, pp.455-456. See also, D. Hoskyns, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*, Verso, 1996, p.49.

²¹ CJEC, Case 43/75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II, 1976)* ECR 455.

²² Ibid., p.457.

²³ この点につき、以下を参照：北村泰三「EC法基本権規定の水平的直接効力（二・完）：EC法の私人間適用問題に関する一考察」『熊本法学』78号（1993）、80-81頁；西原、前掲書（注16）、28-30頁。

れによれば、EEC条約119条が定める男女間の同一労働同一賃金の原則は、同原則を導入している国の企業が、女性労働者の賃金が男性と比較して低いことを許容している国の企業との競争において不利益を被ることを防ぐという共同体の経済的目的だけでなく、社会的目的をも追求するものである²⁴。社会的目的とは、EEC条約前文に示されている通り、単なる経済共同体にとどまらず、共通の行動によって、社会的進歩を確保し、諸人民の生活及び労働条件の絶え間ない改善を目指すことである²⁵。この二重の目的によって、同一賃金の原則は、「共同体の基礎 (foundations of the Community)」の一部をなしている²⁶。

この時期には、判例法上の展開と並行して第二次法も相次いで採択され、男女間の均等待遇の原則は、賃金以外の分野にも広げられた。例えば、男女同一賃金原則の適用に関する構成国国内法の近接に関する指令75/117/EEC²⁷、雇用・職業訓練・昇進へのアクセス及び労働条件についての男女平等取扱原則の実施に関する指令76/207/EEC²⁸、さらに、社会保障分野における男女平等取扱原則の漸進的实施に関する指令79/7/EEC²⁹等がある。

本節で見た通り、1970年代の判例法及び第二次法の展開を通して、旧EEC条約に始まる男女間の均等待遇の原則は、規律対象を拡大しながら、次第に基本権保護としての性格を強めていった。次節では、マーストリヒト条約発効後に時代を進めて、EU法上の差別禁止原則と基本権保護の関係を検討する。

3. 差別禁止原則と基本権保護の接近

本節では、マーストリヒト条約（1992年署名、1993年発効）前後に注目し、EU法上の差別禁止原則と基本権保護の関係を検討する。この時期には、国籍差別の禁止に関わる原則は、EU市民権へと変化を遂げたのに対して、性別に基づく差別の禁止は、基本権保護へと接近していった。以下では、国籍差別と性差別のそれぞれについて、どのように変容

²⁴ CJEC, *Defrenne II*, supra note 21, p.472, para.9.

²⁵ Ibid., para.10.

²⁶ Ibid., paras 11-12.

²⁷ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L45.

²⁸ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (1976) OJ L39.

²⁹ Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, OJ L6.

したのかを検討する。

3.1. 国籍差別の禁止から EU 市民権へ

マーストリヒト条約による制度改正によって、ヨーロッパ連合（EU）が発足し、「EU 市民権（citizenship of the European Union: citoyenneté de l'Union européenne）」の概念が新たに導入された。これに伴って、EU のいずれかの構成国の国籍者は、域内において EU 市民としての地位を有するようになった。EU 市民権は、広く EU 市民の社会的権利の保障という側面を帯びると同時に、一般的な差別禁止の原則とは区別される概念へと変化していった³⁰。同概念が導入される以前の国籍差別禁止の原則との大きな違いとして、経済活動に従事しているか否かを問わず、域内において、国籍による差別を受けないことが保障されることが挙げられる。このことを明確にしたのが、マルティネツ・サラ事件（1998 年）である。この事件の原告であるマルティネツ・サラ（Martínez Sala）氏は、スペイン国籍者であり、1968 年以降はドイツに居住し、間に無職の期間を挟みながら就労していたが、1989 年以降は就労せず、社会的扶助を受けていた³¹。雇用されていない期間には、在留許可の延長を申請し、許可されていた。在留資格を有していなかった 1993 年、サラ氏が育児手当の給付を申請したところ、ドイツ国籍も在留資格を持たないことを理由として、当該申請は棄却された³²。国内訴訟を手続の間、バイエルン州社会裁判所（Bayerisches Landessozialgericht）が先決裁定を付託した。付託事項の 1 つとして、サラ氏のようなドイツに居住するスペイン国籍者は、EEC 規則 1612/68³³の 7 条 2 項、及び、規則 1408/71³⁴の 1 条と併せ読んだ 2 条で言う労働者（worker）に当たるかが問われた³⁵。本件では、育児手当の給付において、自国籍者と他構成国の国籍者の間で、異なる扱いをすることは、EC 条約 6 条が禁止する差別を構成すると判示され、経済活動に従事していない者であっても、EU 法上の国籍差別禁止の原則によって保護されることが示された³⁶。

また、グジェルチク事件判決（2001 年）では、ベルギーにおいて生活保護給付を申請し

³⁰ 安江、前掲書（注 7）、127 頁；Bell, *supra* note 18, pp.613-614.

³¹ CJEC, Case 85/96, *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* (1998) ECR I-2701, paras 13-14.

³² *Ibid.*, paras 15-16.

³³ Regulation (EEC) No 1612/68, *supra* note 12.

³⁴ Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, OJ L149.

³⁵ CJEC, *Martínez Sala* case, *supra* note 30, para. 9 (1).

³⁶ *Ibid.*, paras 54-55; see, R. C. A.White, 'Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union', in: 54 *International and Comparative Law Quarterly* 885 (2005) p.896.

たところ、外国籍であることを理由に拒否されたフランス人大学生が、当時の EC 条約 6 条（アムステルダム条約の発効後は 12 条、現：EU 運営条約 18 条）、8 条（アムステルダム条約の発効後は 17 条を経て、現：EU 運営条約 20 条）及び 8a 条（18 条を経て、現：EU 運営条約 21 条）の違反を争った。ECJ は、EU 市民権を構成国国民の「基本的地位 (fundamental status)」と位置付け、同一の状況にある者は、その国籍に関わりなく、法律上同一の扱いを受ける権利を有するとして³⁷、滞在国の国民と平等に、社会保障の給付を請求できると判示した³⁸。

さらに、ロットマン事件（2010 年）では、EU 市民であることの利益を享受する際に、EU 域内を越境移動していることは、必ずしも必要ではないことが明らかにされた。同事件の原告は、オーストリア生まれのオーストリア国籍者であった³⁹。1995 年にドイツのミュンヘンに転居する直前、オーストリア国内において、銀行口座を開設する際に、職歴を偽ったとして重詐欺 (serious fraud) の疑いがかけられており（本人は否認していた）、逮捕状が発効されていた⁴⁰。1998 年、原告はドイツ国内において、帰化申請を行った。この時に犯罪の疑いがかけられていることを申告しなかったものの、1999 年 1 月 25 日付けで帰化が認められた⁴¹。同年 9 月、オーストリア検察局は、ミュンヘン市に対して、原告の逮捕状が発効されている旨を通知した⁴²。2000 年になって、ミュンヘンを擁するバイエルン州が、原告が虚偽の申告によってドイツ国籍を取得したことを理由に、原告の帰化を遡及的に取り消す決定をしたところ、原告が異議申立手続を開始した。なお、手続の間は、帰化の取消しは確定的なものとならない⁴³。2005 年 10 月、バイエルン州行政裁判所 (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof) は、仮に原告が無国籍になるとしても⁴⁴、ドイツ法上、原告の帰化を取り消す処分に違法性はないと判断した⁴⁵。これを受けて、原告は連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgericht) に上訴した⁴⁶。同裁判所は、原告の生来の国籍国として、

³⁷ CJEC, Case 184/99, *Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (2001) ECR I-6229, para.31.

³⁸ *Ibid.*, paras 44-45.

³⁹ CJEC, Case C-135/08, *Janko Rottmann v Freistaat Bayern (Rottmann case, 2010)* ECR I-1449, para.22.

⁴⁰ *Ibid.*, para.23.

⁴¹ *Ibid.*, para.25.

⁴² *Ibid.*, para.27.

⁴³ *Ibid.*, para.28.

⁴⁴ オーストリアの国籍法 (Staatsbürgerschaftsgesetz) 27 条 1 項は、自らの意思で外国籍を取得した者は、本人がオーストリア国籍を保持し続ける意思を明示的に表示しない限り、オーストリア国籍を喪失すると定めている (*ibid.*, para.9)。

⁴⁵ *Ibid.*, para.29.

⁴⁶ *Ibid.*, para.30.

EU への誠実な協力義務のほか、国連が採択した無国籍者削減条約（Convention on the Reduction of Statelessness; Convention de New York sur la réduction des cas d'apatridie⁴⁷）、及び、ヨーロッパ評議会が採択したヨーロッパ国籍条約（European Convention on Nationality; Convention européenne sur la nationalité⁴⁸）を参照し、個人が他国籍を取得した後にオーストリア国籍を保持する権利を与えられないゆえに、無国籍になるような事態を防ぐように、オーストリアは自国の国内法を解釈適用するべきだという判断を示し、次の点について、先決裁定を求めた⁴⁹。すなわち、1点は、原告籍を回復しない限り無国籍になるという結果につながる場合に、意図的な虚偽を理由として、帰化を取消すことは、EU 市民権に関する法規則に違反するかという問題である。もう1点は、仮に帰化の取消しが EU 法に違反する場合、構成国は、EU 市民権の喪失につながるような帰化の取消しを慎まなければならないか、あるいは、原国籍国はそのような結果を避けるように法を解釈適用しなければならないか、という点である⁵⁰。

付託された点の1つは、原告籍を回復しない限り無国籍になるという結果につながる場合に、意図的な虚偽を理由として、帰化を取り消すことは、EC条約17条（当時、現：EU運営条約20条）が付与するEU市民権に関する法規則に違反するか、仮に違反する場合、構成国は、EU市民権の喪失という結果に至るような帰化の取消しを慎まなければならないかという点である。ECJによると、国籍の取得や喪失に関する条件は、共同体法に相当の注意を払いつつ、各構成国が決定すべきものであるもの⁵¹、EU市民である者が生来の国籍を喪失した後に、構成国による帰化の取消しの決定によって、EU市民としての地位と権利を失うような状況は、EU法によって規律される事項である⁵²。さらに、確立したEU判例法によると、EU市民権は、構成国国民の基本的地位であり⁵³、国籍の喪失に起因して、個人がEU市民としての地位を失う恐れがある場合には、EU法に基づく審査が及ぶ⁵⁴。帰化を申請した際の虚偽を理由とする取消処分に対しても、EU法上の比例原則による制約が及び、国内裁判所は、原告が嫌疑をかけられている犯罪の重さ、原告の家族の状況、

⁴⁷ 989 UNTS 175, 1961年8月30日に署名、1975年12月13日に発効、日本は未批准、2018年12月現在、締約国数は73である。

⁴⁸ ETS 166; 1997年11月6日に署名、2000年3月1日に発効した。2018年12月現在、ヨーロッパ評議会加盟国のうち29カ国が署名し、21カ国について効力が発生している。

⁴⁹ CJEC, *Rottmann case*, supra note 39, para.34.

⁵⁰ Ibid., para.35.

⁵¹ Ibid., para.39.

⁵² Ibid., para.42.

⁵³ Ibid., para.43; see, *Grzelczyk case*, supra note 37, para.31.

⁵⁴ Ibid., para.46.

原国籍の回復可能性等を考慮して判断をしなければならない⁵⁵。先決裁定に付託されたもう1つの争点について、ECJは次のように判断した。国家が国籍の得失に関する権限を行使する際に、EU法に相当の注意を払う義務は、ドイツとオーストリアの双方に課せられている⁵⁶。しかし、先決裁定の時点では、ドイツによる帰化の取消しが確定しておらず、原告の国籍に関するオーストリアの決定がなされていないため、判断できない⁵⁷。

ロットマン事件判決は、国籍の付与が、国内管轄事項であるという国際法上の原則を前提としながら、それがEU市民権の喪失にもつながる場合には、EU法の規律が及ぶことを明らかにした。EUの構成国の決定によって個人の国籍が剥奪され、それに伴ってEU市民としての地位と権利も同時に失われる恐れがある場合には、EU法による規律が及ぶ。本判決は、ドイツによる帰化の取消しが、確定的なものにはなっていないという手続的理由によって、原告のドイツ国籍の喪失に関する判断を回避した。しかし、帰化によって国籍国となったドイツに居住していた原告のEU市民としての地位と権利が、EU法によって保護される可能性を示したという評価は可能であろう。また、原告が帰化によって国籍を取得したドイツに滞在していたという点では、越境移動の有無を問うことなく、EU市民としての保護を受けられる可能性を示したとも言えよう⁵⁸。このことは、EU法上の国籍差別を禁止する原則が、越境移動する労働者の保護という目的を越えて、EU市民の基本的権利へと展開したことを示唆している。

3.2. 男女均等待遇原則と基本権保護の接近

旧EC法は各構成国の国内法、及び、ヨーロッパ人権条約をはじめとする諸条約の影響を受けながら、基本権保護を共同体法の一般原則として位置付けてきた。これは、国籍及び性別に基づく差別を規制する法規則が大きな発展を見せた1970年代には、概ね確立していたと言って良い⁵⁹。既に述べた通り、旧EEC時代から続く国籍及び性差別禁止の原則は、構成国の国民のみを対象として、経済統合や労働者の自由移動を促進するという目的から派生したものであり、構成国以外の国民にも開放されるものではない。しかし、個人間の

⁵⁵ Ibid., paras 53-57.

⁵⁶ Ibid., para.62.

⁵⁷ Ibid., para.63.

⁵⁸ 中村民雄「判例にみるEU市民権の現在：移動市民の権利から居住市民の権利へ？」『日本EU学会年報』32号（2012）、147-148頁。

⁵⁹ 詳しくは、本研究第2章1.3を参照。

差別を禁止するという点で、潜在的には基本権保護につながる要素を有している⁶⁰。

旧 EEC 条約 119 条（現：EU 運営条約 157 条）を根拠とする男女間の同一労働同一賃金の原則は、国籍差別の禁止と同様、経済統合という目的から派生した原則であった。これに基本権保護としての性格を与えた要素は、直接効果（direct effect）であった⁶¹。先述の第二次デフレンヌ事件は、男女間の均等待遇と直接効果に関して、重要な指摘を含んでいる。同事件の争点の1つとして、旧 EEC 条約 119 条が、構成国の国内法の規定とはかかわりなく、その遵守を確保するための訴訟を国内裁判所において提起する権利を付与しているか否かが争われた⁶²。この点に関して、法務官意見は、同条規定について、文言を厳格に解するのではなく、目的論的解釈を採用した。すなわち、同条が、国内法令から生じる差別だけでなく、集团的合意ないし個別の雇用契約から生じる差別の撤廃をも目的としていると解した⁶³。また、政府や委員会の主張は、判例法によって発展した共同体法秩序の原則を誤解しているとしたうえで、EEC 条約 119 条が、公設雇用者（public employer）に対してのみ直接適用可能だと解することは、公的部門と民間部門との間に、新たな受け入れ難い差別を生むとした⁶⁴。さらに、共同体法規定が国家のみに向けられている場合でも、国内裁判所が保護すべき個人の権利を創設する必要があることを認めた⁶⁵。判決は、概ね法務官意見に沿ったものとなり、EEC 条約 119 条は直接には構成国に義務を課しているが、利害関係を有する個人に権利を付与することを妨げるものではないとした⁶⁶。この判決は、男女間の同一労働同一賃金の原則を定める旧 EEC 条約 119 条が、構成国と私人だけでなく、私人間関係にも適用され、私企業に対抗可能な個人の権利を創設することを明らかにした。国家は、公法関係のみならず私法関係における基本権内容の実現も義務付けられており⁶⁷、西原博史によれば、第二次デフレンヌ判決は、そのような義務に対応する個人の権利を EEC 条約 119 条から導出した点で、EU 法上の男女間の同一労働同一賃金の原則と基本権保護

⁶⁰ 西原、前掲書（注 17）、16-17 頁；R. Henru, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003, p. 45-50.

⁶¹ EU 法上の直接効果の性格について、本研究第 2 章 1.1 を参照。

⁶² CJEC, *Defrenne II*, supra note 21, p.459.

⁶³ CJEC, *Defrenne II*, Opinion of Mr Advocate General Trabucchi delivered on 10 March 1976, ECR 483, pp.488-489.

⁶⁴ *Ibid.*, p.488.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, p.415, para.31.

⁶⁷ ドイツ公法学の議論に依拠しながら、私法関係における国家の基本権保護義務を論じるものとして、次を参照：小山剛『基本権の内容形成：立法による憲法価値の実現』尚学社、2004；M. Cornils, *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Mohr Siebeck, 2005.

を接近させたものと評価できる⁶⁸。

さらに、P v S 事件（1996年）では、EU法上の性差別禁止の原則が、性転換者に対する差別にも適用されることが明らかにされた⁶⁹。この事件の原告は、英国のコーンウォール州議会（Cornwall County Council）によって設置される教育機関に勤務する男性であり、雇用機関に対して性転換の意思があることを事前に伝え、身体的性を女性に転換する手術を受けた⁷⁰。手術とほぼ同時期に、解雇の通知を受けたため、性別に基づく差別の被害を受けたとして、労働審判所（Industrial Tribunal）に訴えたところ、雇用者である州議会からは整理解雇であるとの説明がなされた⁷¹。労働審判所は、原告が性転換を行う以前から女性であったとしても、同様に解雇されていたと考えられる点で、正当な理由のない男女間の扱いの差異を禁止する英国の1975年性差別法（Sex Discrimination Act 1975）を適用すべき事案ではないが、整理解雇であるとの説明がなされ、職業へのアクセスに関して男女間の平等取扱いを定める指令76/207が適用されるべき事案であるかは不明確であるとして、先決裁定に付託した⁷²。ECJは、デフレンヌ第二次判決等の先例に言及しながら、性別に基づいて差別されないことは基本的人権の1つであることを確認したうえで、指令76/207の目的及び保護しようとする権利の性格に鑑みて、また、性転換を理由とする差別は本質的には人の性別に関連する差別であるとして、同指令は性転換を理由とする差別にも適用されると判示した⁷³。この事件の法務官意見では、指令76/207の適用範囲を画定する前提として、医学や自然科学でも指示されているように、男女の二分法ではなく、幅のある連続体（continuum）へと性別を捉え直さなければならないとの指摘がされている。伝統的な意味での男性と女性に対する差別のみを性別に基づく差別として扱い、性自認（sexual identity）を理由に不利な扱いを受けた者の保護を拒むことは正しくない⁷⁴。また、男性との比較において差別されている女性、あるいは、女性との比較において差別されている男性のみが法による保護の対象として考慮され、伝統的な男女区分の外側に置かれた者の保護が拒まれることは、時代遅れである⁷⁵。これまで、性差別の被害者の多くが女性であったのは、その身体的特徴のためではなく、その役割や社会が抱えてきたイメージの

⁶⁸ 西原、前掲書（注17）、30-31頁。

⁶⁹ CJEC, Case 13/94, *P. v S and Cornwall County Council* (1996) ECR I-2159.

⁷⁰ *Ibid.*, para.3.

⁷¹ *Ibid.*, paras 4-5.

⁷² *Ibid.*, para.7.

⁷³ *Ibid.*, paras 19-21.

⁷⁴ CJEC, Case 13/94, *P. v S. and Cornwall County Council*, Opinion of Advocate General Tesaro delivered on 14 December 1995, ECR I-2145, para.17.

⁷⁵ *Ibid.*

ためである。同様に、性転換者に対する不利な扱いも、雇用の分野における能力とは無関係な否定的イメージや道徳的判断と結び付いたものである⁷⁶。指令 76/207 は、本質的には労働者間の平等な扱いを確保することを通して、基本条約に書かれた経済目標を達成することを意図したものであり、手術によって性別を変更した者も保護の対象に含まれる⁷⁷。さらに、本件で争われている問題は、近代法の伝統や先進諸国（advanced countries）の憲法を貫く普遍的な基本的価値に関わるものであり、単に女性ないし男性であるという理由で、または、性別を変更したからという理由で、人が解雇されることを法が許容するという考えは受け入れられない⁷⁸。

4. 差別形態の区分と間接差別法理の展開

1960年代から1980年代にかけて、EU法上の差別禁止原則は、重要な展開を見せた。その展開の1つは、直接差別と間接差別の区分が導入され、各差別形態に応じた解釈理論が確立したことである。直接差別と間接差別の区分は、基本条約に明示されているものではなく、雇用分野における差別に関する判例の蓄積によって確立した。この区分の確立は、同時期にEU法の基本原則として確立した基本権保護とも関連性を持ち、差別が疑われる事案において、裁判所が原告である個人に有利な結論を導くような解釈理論の確立へと繋がっていった。以下では、差別形態の区分、各形態に応じた証明責任に関する判例の展開を中心に、間接差別に関するEU法の展開を検討する。

4.1. 国籍差別と差別形態の区分

間接差別に関する解釈は、まず、国籍に基づく差別との関連で問題となった。先述のウグリオラ事件（1969年）では、兵役義務を完了した者に社会保障を給付する措置が、間接的に自国民を優遇する点で、違法な差別を構成するとして、国籍以外の事由に基づく扱いの差異が、結果として国籍に基づく差別を生じさせる場合には、EU法に違反することが

⁷⁶ Ibid., para.20.

⁷⁷ Ibid., para.23.

⁷⁸ Ibid., para.24.

明らかにされた⁷⁹。ソティウ事件（1974年）では、家族と離れて赴任する労働者に支給される遠隔地手当（separation allowance; *taux de séparation*）について、国外に住居を有する労働者に対して支払われる額を、自国内に住居を有する労働者よりも少額に設定していたドイツ企業の規則が、EEC条約48条（現：EU運営条約45条）2項や規則1612/68⁸⁰の7条1項及び4項に反しないかが争点となった。法務官意見では、居住地に基づいて遠隔地手当の額に区別を設ける規則が、他構成国の国籍者たる労働者に対して、事実上の不利な差別につながっている（*in fact result in unfavourable discrimination against workers who are nationals of other Member States*）として、問題となっている企業の規則が、差別をもたらしているか、それとも客観的に正当化されるかを判断するのは、国内裁判所であるとした⁸¹。判決は、労働者の出身地や居住地という基準が、その現実の効果の点で（*as regards their practical effect*）、国籍に基づく差別と等しいものになり、EEC条約や規則に反する可能性があることを指摘したが、本件はそのような事案ではないとした⁸²。判決によれば、本件に適用されるべき法規則は、国籍を理由とする明白な明らかな差別（*overt discrimination*）だけでなく、他の基準による区別に起因して、事実上差別的な結果が生じるような隠れた形態の差別（*covert forms of discrimination*）をも禁止している。このような解釈は、共同体の基本原則が効果的に作用することを確保するために必要であり、EEC規則1612/68の本文第5段にも、労働者の平等な取扱いは、「事実上も法上も（*in fact and in law*）」確保されなければならないという文言で述べられている⁸³。

ルックデシエル事件判決（1977年）では、差別の禁止がEC法の一般原則であることが明確にされた⁸⁴。本件は、競合関係にある農産物に対する税制の違いについて、差別の有無を争う点で、個人間の差別が問われた事件とは異なる。しかし、異なる扱いを受けている二者が置かれていた状況について、それが客観的に正当化されるかを問う点で、間接差別に関する判断手順が示された判決としての意義を有する⁸⁵。この事件は、ライ麦パンの

⁷⁹ CJEC, *Ugliola case*, supra note 14.

⁸⁰ Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, OJ L 257.

⁸¹ CJEC, Case 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Opinion of Mr Advocate-General Mayras delivered on 5 December 1973, ECR 167, p.174.

⁸² CJEC, Case 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* (1974) ECR 153, pp.164-165, paras 11-12.

⁸³ *Ibid.*, p.164, para.11; see, Regulation (EEC) No 1612/68, supra note 13, 5th recital of the preamble.

⁸⁴ CJEC, Joined cases 117/76 & 16/77, *Ruckdeschel v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen* (1977) ECR 1753.

⁸⁵ G. More, 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?' in: P.

原材料となるケルメール（Quellmehl; トウモロコシ、小麦や砕け米を原料とする）と、ほぼ同様の原材料から作られる非ゼラチン化デンプン（pre-gelatinized starch）に対して認められていた税金の還付が、前者についてのみ廃止されたことが、旧 EC 条約 40 条（アムステルダム条約発効後は 38 条、現：EU 運営条約 40 条）3 項に反するとして、ケルメールの製造業者が西ドイツの租税裁判所（Finanzgericht）に訴えを提起し、同裁判所が ECJ に先決裁定を求めたものである⁸⁶。ECJ は、共同体法の基本原則としての平等原則は、「類似の状況にある者は、当該差異が客観的に正当化されることなしに、異なって扱われてはならない（similar situations shall not be treated differently unless differentiation is objectively justified）」と述べ、差別の有無の判断にあたって、「扱いの差異が客観的に正当化されるか」という基準を用いることを明らかにした⁸⁷。

個人間の国籍に基づく差別に関連して、間接差別の定義が確立された判例として、オプリン事件（1996 年）が挙げられる。これは、英国において社会保障の一部として給付される葬儀費用（funeral payment）の範囲が争点となったものである⁸⁸。国内法上の規定では、英国内で行われる葬儀（funeral）に対して、その費用が給付されるものとされており、「葬儀」には、埋葬と火葬が含まれる。また、葬儀が行われる場所と死者またはその家族の自宅が離れている場合には、柩の運搬費用の一部が給付される⁸⁹。本件の原告はアイルランド国籍で、移住労働者として英国に居住していた。原告の子が、英国内で死亡したため、同国内で葬儀を行い、遺体をアイルランドにある墓地に埋葬した⁹⁰。葬儀費用の給付を申請したところ、遺体がアイルランドで埋葬された点で、葬儀が英国内で行われたとはいえないとして却下されたため、異議を申し立てた⁹¹。その主張の要点は、葬儀費用の受給要件は、国外からの移住労働者にとって、充足することが実質的に難しい点で、間接差別的であるというものである⁹²。本件法務官意見は、英国法が定める容疑費用の給付要件が、多国籍者にとって不利に働く危険性を有していることを認めた。移住労働者の多くは出身国との結び付きを維持しており、家族が死亡した際には、出身国に埋葬することが多いこ

Craig & G. de Búrca (eds), supra note 6, pp.533-534.

⁸⁶ Ibid., p.1757, paras 3-4.

⁸⁷ CJEC, *Ruckdeschel* case, supra note 84, p.1769, para.7.

⁸⁸ CJEC, Case C-237/94, *John O'Flynn v Adjudication Officer* (1996) ECR I-2617.

⁸⁹ Ibid., para.5.

⁹⁰ Ibid., para.6.

⁹¹ Ibid., para.7.

⁹² Ibid., para.10.

とが明らかであるとして、当該要件が差別的であるとした⁹³。判決も法務官意見に沿った判断を示し、国内法上の規定が、自国出身の労働者よりも移住労働者に対して、より大きな影響を与えると可能性があり、結果として移住労働者を不利な立場に置く可能性がある場合には、当該規定は間接差別的であるとみなされるとした⁹⁴。さらに、移住労働者の方が、より影響を受ける可能性があれば十分であり、実際に移住労働者の方が高い確率で影響を受けることが証明される必要はないとした。移住労働者が域内を移動する自由は、制限されてはならない基本的なものであり、かつ、それを行使するという選択は純粹に主観的なものであるため、国内法規定が差別的か否かを判断する際に、労働者が域内を移動するという選択をした理由は考慮に入れないとした⁹⁵。

オフリン事件判決は、国籍に基づく間接差別の定義を明確にした。すなわち、国籍差別においては、「一見して中立的な措置が、本質的に (intrinsicly)、移住労働者に対してより影響を与える可能性がある (liable)」場合に、間接差別が一応のところ (*prima facie*) 証明される。これは、次項で検討する性別に基づく差別の場合よりも、広い定義である。国籍差別について、性別よりも広い定義が用いられたのは、国籍差別の禁止が、労働者の自由移動の確保と市場統合という旧 EEC 以来の目的と直接結び付き、その目的にとって絶対的に不可欠な原則であるためである⁹⁶。次項では、性別に基づく間接差別に関する判例の展開を検討する。

4.2. 性差別と差別形態の区分

直接差別と間接差別を区分する解釈は、性差別の分野でも確立した⁹⁷。ジェンキンス事件 (1981 年) では、英国の衣料品メーカーであるキングスゲート (Kingsgate) 社の工場におけるパートタイム労働者の賃金が問題となった。同社工場のパートタイム労働者の賃金は、フルタイム労働者と同じ時間働いた場合に、10%低くなるように設定されていた。これ自体は労働者の属性や勤務成果とは無関係であり、労働者の常習的欠勤を防ぎ、生産設

⁹³ CJEC, Case C-237/94, *John O'Flynn v Adjudication Officer*, Opinion of Advocate General Lenz delivered on 21 March 1996, ECR I-2619, para.15.

⁹⁴ CJEC, *O'Flynn* case, supra note 88, para.20.

⁹⁵ Ibid., para.21.

⁹⁶ C. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2014, p.135.

⁹⁷ 参照：安江、前掲書（注7）、166頁。

備を最大限に稼働させ、生産性を上げることを目的とするものであった⁹⁸。原告は、この工場にパートタイムで勤務する女性であり、同じ仕事をする男性のフルタイム労働者と比較して、低い賃金しか支払われていないことが、不当な偏見に基づいており、1970年同一賃金法（Equal Pay Act 1970）に反するとの訴えを英国の労働審判所に提起した⁹⁹。国内手続の中で、企業側は、原告に支払われていた賃金が、同じ仕事をする男性労働者と比較して低いことは認識していたが、性別とは別の実質的な相違（a material difference）によるものであると反論した¹⁰⁰。雇用上訴裁判所（Employment Appeal Tribunal）により、旧 EEC 条約 119 条（現：EU 運営条約 157 条）と指令 75/117 の 1 条に基づく同一労働同一賃金の原則は、週当たりの労働時間や可能な限り長時間の勤務を推奨する企業の方針とは無関係に、同一基準に基づいて賃金を支払うよう要請しているかという点について、先決裁定が付託された¹⁰¹。判決は、EEC 条約 119 条や指令 75/117 によって禁止されているのは、専ら労働者の性別に基づく差別であって、パートタイムとフルタイムの労働者の間で、時間当たりの給与の額が異なることは、直接には禁止されていないとした¹⁰²。しかし、フルタイム労働者と同等の賃金を要求するために必要な最低労働時間以上の勤務をする女性の比率が、男性の場合と比較して著しく低い場合には、そのような賃金設定は、性別とは無関係な他の要素によるものとは認められず、EEC 条約 119 条に反するとした¹⁰³。ただし、個別事案の中で、性別に基づく差別の有無を判断することは、国内裁判所の役割であるとしたうえで¹⁰⁴、本件で問題となっているような給与体系によって、全体または大部分が女性からなるパートタイム労働者の給与が実際に引き下げられていない限りは、EEC 条約 119 条が禁止する差別には当たらないと判断した¹⁰⁵。ジェンキンス事件判決は、差別の有無に関する判断を国内裁判所に委ねたものの、雇用契約上の勤務時間に基づく給与基準の差異のように、性別と無関係な扱いの差異が、結果的に性別に基づく差別を生じさせる可能性を示したといえる。

ビルカ百貨店事件（1986年）では、性差別の文脈で「間接差別（indirect discrimination）」

⁹⁸ CJEC, Case 96/80, *J. P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* (1981) ECR 913, p.913, para. 1

⁹⁹ *Ibid.*, p.914, para.2.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p.914, para.3.

¹⁰² *Ibid.*, p.925, para.10.

¹⁰³ *Ibid.*, pp.925-926, para.13.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.926, para.14.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.926, para.15.

の内容が定式化された¹⁰⁶。旧西ドイツのビルカ百貨店では、企業年金の支給対象について、パートタイム労働者については、過去20年間のうち計15年以上の勤務歴がある者に限っていた¹⁰⁷。原告は1961年から1972年までフルタイムで、その後、1976年までパートタイムで勤務していた女性であった。退職時に企業年金の受給を申請したところ、所定の勤続年数を満たしていないとして認められなかった¹⁰⁸。国内手続において原告は、男性労働者と比較して、女性労働者は、家族や子どもの世話をするために、パートタイムでの勤務を選択する傾向があることを考慮すると、ビルカ百貨店の企業年金の受給要件は、男女間の賃金の均等取扱いを要請するEEC条約119条に違反すると主張した¹⁰⁹。これに対して、ビルカ百貨店は、企業年金の受給要件は、労働者がフルタイムで勤務するよう促すための経済的理由によるもので正当化されると反論した。その根拠として、1980年時点で、労働者の72%が女性であるのに対して、企業年金の81.3%は女性に対して支払われていることを挙げた¹¹⁰。西ドイツ連邦労働裁判所は、「男性と比較して、不均衡に多数の女性が影響を受けるにもかかわらず、主として女性を雇用する百貨店が、企業年金の受益者からパートタイム労働者を排除すること」を間接差別と定義し、EEC条約119条に反しないか、仮に反する場合には、そのような受給要件の設定を余儀なくさせるような商業的利益が、百貨店業界には存在しないにもかかわらず、可能な限りフルタイムでの勤務を推奨するという目的は正当化され得るか、家族との関係で、企業年金の受給要件を満たすのが難しい労働者が特に直面する困難が考慮されているか、という点について先決裁定を付託した¹¹¹。判決は、問題となっている受給要件が、性別によるいかなる差別とも無関係な客観的正当化要素（objectively justified factors）に基づいていることが示されない限り、EEC条約119条に違反するとしつつ¹¹²、フルタイムでの勤務を推奨するという企業の方針が、経済的理由により正当化されるか否か、当該目的を実現するためにとられた手段は、目的に照らして適切かつ必要であるか否かを判断するのは、国内裁判所であるとした¹¹³。さらに、EEC条約119条が規律する範囲は、男女間の賃金における差別であって、就業や雇用条件に関す

¹⁰⁶ CJEC, Case 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz* (1986) ECR 1607.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.1621, para.4.

¹⁰⁸ *Ibid.*, para.5.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p.1622, para.6.

¹¹⁰ *Ibid.*, para.7.

¹¹¹ *Ibid.*, pp.1622-1623, para.8.

¹¹² *Ibid.*, p.1627, para.34.

¹¹³ *Ibid.*, pp.1628-1629, paras 36-37.

他の問題は範囲外であり、考慮する必要がないとした¹¹⁴。

ジェンキンス事件及びビルカ百貨店事件を通して、性別に基づく間接差別の定義が確立された。すなわち、男女間で扱いの差異を設ける措置に起因する現実的効果から判断して、一方の性に属する者に、著しく不均衡に不利な効果が生じ、かつ、それが性別とは無関係な要素によって正当化されない場合には、差別の存在が疑われる。性別に基づく間接差別については、国籍に基づく場合と比較して、緩やかな定式化がなされた。すなわち、個人間の扱いの差異が原因となって、実際に（in reality）特定の国籍の者にとって、著しく不利な効果が生じている場合には、国籍に基づく間接差別が一応のところ証明される（be prima facie established）。これに対して、個人間の扱いの差異が原因となって、実際に特定の性別の者にとって、著しく不利な効果が生じている場合には、性別に基づく間接差別が疑われる（be inferred）。定義の違いゆえに、性別に基づく扱いの差異は、国籍の場合と比較して、正当化される余地が大きい。トブラー（Christa Tobler）やニコライディス（Charilaos Nikolaidis）が指摘するように、性別に基づく扱いの差異が正当化される可能性が過度に増大すれば、性差別の禁止に関する原則の内実が失われることが懸念される¹¹⁵。そのような事態を回避するため、性別に基づく間接差別が問われる事案では、差別による権利侵害を受けたと主張する労働者が負う立証責任を、扱いの差異を設定する雇用者側に転換し、労働者の権利の救済可能性を担保する解釈が発展していくことになる。

4.3. 間接差別における証明責任の転換

前項では、国籍に基づく間接差別と性別に基づく間接差別の定義の違いを指摘した。その違いゆえに、性別に基づく扱いの差異は、国籍と比較して、正当化される余地が大きい。言い換えれば、性別に基づく間接差別を証明するためには、より高度な立証が求められる。自国籍者と他構成国国籍者の間に結果的に扱いの差異が生じる場合には、原則として差別であるとしてEU法違反を構成するのに対して、特定の性別の者に対する不利な影響が、統計的に示されなければならない。

ダンフォス事件（1989年）では、性別に基づく間接差別の文脈で、同一労働に対する男

¹¹⁴ Ibid., pp.1629-1630, paras 41-43.

¹¹⁵ C. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of Indirect Discrimination under EC Law*, Intersentia, 2005, p.282; Nikolaidis, supra note 96, pp.134-135; see, e.g., CJEC, *Jenkins case*, supra note 98, p.926, para.16; *O'Flynn case*, supra note 88, para.20.

女の賃金に格差があることを原告が統計的に明らかにした場合には、立証責任が企業側に転換されることが判示された¹¹⁶。同事件では、デンマーク国内の労働組合が、経営者団体を相手取り、給与体系上の慣行が性差別を含み、指令 75/117 を実施するデンマーク国内法に違反するとの訴えを起こした¹¹⁷。同事件の被告である経営者団体は、同一の俸給基準が適用される者に支払う基本給は同額としつつ、各労働者の移動可能性や熟練度、勤続年数に基づいて一定額を上乗せして、給与額を決定していた¹¹⁸。デンマーク国内の雇用仲裁委員会（Industrial Arbitration Board）における手続で、原告は、研究部門と受付・発送部門のそれぞれにおいて、女性の平均給与が男性の平均給与と比較して低いことを示した¹¹⁹。しかし、差別の存在を証明できていないとして棄却されたため、新たな訴えを提起し、1982年から1986年の間、157名の労働者の賃金について、男性の平均額が女性の平均額を6.85%上回っていることを示した¹²⁰。この男女間の平均賃金の差異がある状況を受けて、指令 75/117 の解釈が先決裁定に付託された。その主な内容は、男女の労働者が、同一価値労働を行っていることが明らかにされた場合、賃金の差異と性別の関係の有無を証明する責任は雇用者と労働者のいずれにあるのか、移動可能性等の各個人に属する理由によって、結果として男性労働者に対して、同一価値労働を行う女性労働者よりも高い賃金を支払うことは、指令 75/117 に反しないか、同一価値労働を行う男女労働者のうち一方に対して、基本給に上乗せした支払いをすることは同指令に反しないか、労働者や労働組合は、同一の性質ないし価値を有する労働に従事する多数の労働者のうち、女性の平均賃金が男性のそれよりも低いことを示すことによって、指令 75/117 の違反が存在することを証明したといえるか、という点である¹²¹。

本件法務官意見の中で、立証責任の配分に関する検討がなされた¹²²。間接差別の事案では、男性と女性の労働者双方に同様に適用されている基準が、いずれか一方を不利な状況に置く結果につながっていることが問題となる。このことについて、性別とは無関係な経

¹¹⁶ CJEC, Case 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss* (1989) ECR 3220.

¹¹⁷ Ibid., para.2.

¹¹⁸ Ibid., para.3

¹¹⁹ Ibid., para.4.

¹²⁰ Ibid., para.4

¹²¹ Ibid., para.5

¹²² CJEC, Case 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 31 May 1989, ECR 3209.

済的根拠を示すことによって、差別の疑いを晴らすことが可能なのは、雇用者側である¹²³。労働者側は、特定の男女労働者間の賃金の差異を示せば十分であり、当該差異が性別とは無関係な理由によって、客観的に正当化しなければならないのは、雇用者である¹²⁴。判決は、賃金のうち、基本給を除いた部分について、その算定基準に男女労働者間で違いがある場合に、労働者がその基準を特定し、どのように適用されているのかを知ることは不可能であるとして、その額が差別的でないことを証明するのは、雇用者の側であることを確認した¹²⁵。また、指令75/117の6条に基づき、構成国は、男女間の同一賃金の原則が適用され、かつ、それが遵守されるための実効的な手段が利用可能であることを確保しなければならないことを指摘した¹²⁶。

間接差別の被害者にとって、差別の立証が困難であることは、エンダビー事件（1993年）でも確認された¹²⁷。同事件の原告は、英国のフレンチエイ保健局（Frenchay Health Authority）に勤務する言語聴覚士の女性であり、同保健局及び厚生大臣（Secretary of State for Health）を相手取って、性差別を受けているとの訴えを英国の労働審判所に提起していた¹²⁸。その主張によれば、原告が属する職種は、大部分が女性によって占められているにもかかわらず、男性が多く属する類似の（comparable）職種と比較して、給与が低かった。原告が示した例によれば、言語聴覚士である原告の年俸が10,106ポンドだったところ、主任臨床心理士の年俸は12,527ポンド、主任薬剤師の年俸は14,106ポンドと、2,000～4,000ポンドの差があった¹²⁹。労働審判所は、原告が問題視した職種間の平均給与の差異は、各職務の特性に基づいて決定されており差別的ではないとして、原告の請求を棄却した¹³⁰。原告が雇用上訴裁判所に上訴したところ、同裁判所は、EEC条約119条（現：EU運営条約157条）が定める男女間の同一労働同一報酬原則の解釈をめぐって、先決裁定を求めた。付託された論点の1つは、EEC条約119条上の同一労働同一報酬の原則は、雇用者に対して、職種間の賃金の差異を客観的に正当化することまで求めているか否かという点であった¹³¹。本件判決によると、通常は、何らかの事実を主張する者が、その根拠となる証拠を示すこと

¹²³ Ibid., para.30.

¹²⁴ Ibid., para.33

¹²⁵ CJEC, Case 109/88, *Danfoss case*, supra note 116, paras 10-11.

¹²⁶ Ibid., para.14.

¹²⁷ CJEC, Case 127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* (1993) ECR I-5535.

¹²⁸ Ibid, paras 2-3.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid., para.4.

¹³¹ Ibid., paras 4-5.

が原則であるのに対して、差別を受けたと主張する労働者から、同一労働同一賃金の原則を適用するための効果的な手段が奪われることを回避する必要がある場合には、立証責任が雇用者側に転換される¹³²。本件では、言語聴覚士の職がほぼ女性によって占められているのに対して、薬剤師の大部分は男性であり、かつ、前者の給与が著しく低い。2つの職種が同一価値の労働であり、当該状況が統計的に示される限り、性差別の存在が一応のところ (*prima facie*) 推定され¹³³、このような場合には、給与の差異を正当化する客観的な理由を示す責任は、雇用者の側に転換される¹³⁴。

ジェンキンス事件からエンダビー事件に至る各先決裁定によって、次のことが明らかになった。すなわち、差別によって自身の権利を侵害されたと考える労働者個人が、差別の存在に関する一応の推定 (*prima facie case of discrimination*) を示した場合には、立証責任が雇用者側に転換される。そのため、問題となっている扱いの差異が正当化されることを雇用者側が証明しない限り、EU法に違反する。このことは、EU法に反する差別の有無が、扱いの差異を設ける雇用者側の差別的意図という主観的要素を排して、性差別的な結果に専ら依拠して判断されること明らかにしている¹³⁵。

4.4. 証明責任の転換と指令による規定

エンダビー事件と時期を重ねて、ECの政策執行機関であるヨーロッパ共同体委員会 (Commission of the European Communities) は、直接差別と間接差別の区分と証明責任の配分に関する規定を含んだ男女間の同一報酬・同一待遇に関する指令の起草を進めていた¹³⁶。1997年に採択された指令 97/80/EC (以下、「証明責任指令」) は¹³⁷、その2条1項で、平等取扱 (*equal treatment*) とは、「直接的にも間接的にも、性別に基づくいかなる差別も存在しないこと (*there shall be no discrimination whatsoever based on sex, either directly or indirectly*)」を意味するとし、同2項では、間接差別とは、「外見上は中立的な規定、基準、

¹³² Ibid., paras 13-14.

¹³³ Ibid., para.16.

¹³⁴ Ibid., para.18.

¹³⁵ 黒岩容子「間接性差別禁止法理の形成と『平等』・『差別』概念の発展：EU法における展開を素材として」浅倉むつ子、西原博史 (編著)『平等権と社会的排除：人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』成文堂、2017、46頁。

¹³⁶ J. L. Luxton, 'Equality and Sex Discrimination in the European Union: Is Shifting the Burden of Proof the Answer?' in: 17 *Dickson Journal of International Law* 357 (1998) pp.374-375.

¹³⁷ Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14.

または扱いが、一方の性に属する者に対して、実質的に高い割合で不利益を与える場合で、当該規定、基準、または扱いが、適切、必要で、性別とは無関係な客観的要素によって正当化されない場合（an apparently neutral provision, criterion or practice disadvantages a substantially higher proportion of the members of one sex unless that provision, criterion or practice is appropriate and necessary and can be justified by objective factors unrelated to sex）」であると定義している。

本節で検討した通り、判例の蓄積によって確立してきた性差別の分野における間接差別の法理は、指令によって定式化されるに至った。性差別の分野で確立した差別形態の区分と証明責任の配分に関する解釈論は、アムステルダム条約（1997年に採択、1999年に発効）以降、性別以外の事由による差別にも及んでいくことになる。

5. EU法の一般原則としての差別禁止原則の確立

旧 EEC の発足から半世紀にわたって、国籍と性別という 2 つの事由に基づく差別のみを規制してきた EU 法は、1990 年代に大きな転機を迎えた。この時期の EU では、社会政策立法が積極的に進められるとともに、差別の禁止や差別との闘いが機構の主要な課題に位置付けられた。アムステルダム条約（1997年に署名、1999年に発効）による制度改正以降も、差別に対する積極的な対処は、引き続き EU の主要な課題とされ、EU 法上の差別禁止原則は、新たな展開を迎えた。本節では、基本権保護としての性格を有することによって、EU 法上の差別禁止原則がどのように変容し、それが構成国の国内法にいかなる影響を与えたのかを検討する。

5.1. EU法の一般原則としての差別禁止の展開と多様性の尊重

マーストリヒト条約によって、ヨーロッパ共同体、司法・内務協力、共通安全保障・外交政策の「3つの柱」を束ねる機構として、ヨーロッパ連合（European Union; EU）が発足した。この時期に、ヨーロッパ共同体委員会が採択した社会政策に関するグリーンペーパー

一を契機として¹³⁸、EU レベルで本格的に差別の問題に取り組む必要性が認識されるようになった。同ペーパーは、特定の人々が経済的・社会的機会を奪われている「社会的排除」が、収入の格差といった経済的要因だけでなく、社会生活全般に関わる構造的要因によっても引き起こされ、社会の分断、人種差別的イデオロギー（racist ideology）、人種の嫌悪（xenophobia）につながっていることを指摘している¹³⁹。そして、社会的連帯と統合を図ることは、福祉国家政策の中核をなす重要な意義を有し、構成国の政策や行動の将来にわたる発展にもつながると述べている¹⁴⁰。

アムステルダム条約（1997年署名、1999年発効）による制度改正を経て、国籍と性別以外の事由による差別も、EU法によって規律されるに至った。旧EC条約13条（現：EU運営条約19条）1項は、EC理事会に対して、「全会一致により、性別、人種若しくは種族的出身、宗教若しくは信条、障害、年齢、又は性的指向に基づく差別と闘うために、適切な行動をとる」ことを求めている。この規定は、単にEU法が規律する差別事由を増加させたのみならず、雇用や賃金等の労働関係分野を超えて、包括的に差別に対処することを要請するものである¹⁴¹。さらに、2000年に法的拘束力を持たない文書として公布されたEU基本権憲章は¹⁴²、全54条の条項のうち、20～26条を法の前の平等や差別の禁止に関わる規定に当て、起草当時の国際人権法の発展を反映し、年齢や障害、性的指向に基づく差別の禁止（21条1項、26条）、高齢者の権利（25条）といった新しい権利も明示されている。

2000年代に入っても、人の多様性に着目し、社会参加への障壁を減らす新たな試みが展開した¹⁴³。2000年にEU理事会（Council of the European Union）が宣言した「リスボン戦略」には、2010年までのEUの目標として、持続的な経済成長、完全な雇用（full employment）、労働の質と生産性の向上、社会的結束の強化が明示された¹⁴⁴。特に「完全な雇用」は、失

¹³⁸ Commission of the European Communities, *Green Paper European Social Policy: Options for the Union* (1993) COM (93) 551.

¹³⁹ Ibid., pp.20-21.

¹⁴⁰ Ibid., p.43.

¹⁴¹ R. Allen QC, 'Article 13 EC, Evolution and Current Context' in: H. Meenan (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, 2007, p.58.

¹⁴² リスボン条約（2007年12月13日署名、2009年12月1日発効）によって、EUの基本条約と同等の法的拘束力を付与された。

¹⁴³ 引馬知子「EU社会政策の多次的展開と均等待遇保障：人々の多様性を尊重し活かす社会の創造に向けて」福田耕治編著『EU・欧州統合研究：リスボン条約以後の欧州ガバナンス』成文堂、2009、226-228頁。

¹⁴⁴ European Parliament, 'Briefing note for the meeting of the EMPL Committee 5 October 2009 regarding the exchange of views on the Lisbon Strategy and the EU cooperation in the field of social inclusion' available at:

業者の雇用の促進のみならず、障害者、女性等の社会的に不利な立場にある人々も含めて、労働市場への参加と社会統合を目指すものとされた¹⁴⁵。また、ヨーロッパ議会が2000年に採択した「社会政策アジェンダ」及び2005年に採択した「新社会政策アジェンダ」は、「完全な雇用」の文脈で、アムステルダム条約以後のEC条約13条に掲げられる差別事由全てを含む指令を提案することによって差別と闘うための行動を起こし、EUの政策の全領域において、非差別と機会均等の政策を主流化（mainstream）することや機会の均等及び包摂（inclusion）を優先課題とすることを謳っている¹⁴⁶。2007年には、ヨーロッパ連合条約および欧州共同体設立条約を修正するリスボン条約（リスボン条約）が署名され、2009年に発効した。これに伴って、EUの基本条約は、ヨーロッパ連合条約（EU条約）とヨーロッパ連合運営条約（EU運営条約）に整理されるとともに、EU基本権憲章には、それらと同等の地位を有するものとされ、法的拘束力が付与された。また、2010年以降のEUを視野に入れて、2008年に採択された「更新社会アジェンダ」では、子ども・若者への対策、雇用の改善、人の移動、長寿かつ健康的な生活、貧困と社会的排除の撲滅、差別の撲滅、グローバルな領域における機会やアクセス及び連帯の確保等が、EUの社会政策上の優先課題として示された¹⁴⁷。このアジェンダは、機会の創出、アクセスの提供、及び、連帯の提示を目標として位置付け、各個人は社会において等しい価値を有することを踏まえ、明白な差別及び間接差別（overt and indirect discrimination）を抑制し、人種主義や人種的嫌悪と闘うことを明示している¹⁴⁸。

5.2. 差別禁止指令の採択と包括的な差別禁止原則の確立

本章4.3及び4.4で検討した通り、アムステルダム条約の発効以前の1990年代から、EUでは、性差別の分野において、差別形態（直接差別と間接差別）の区分、差別を訴える個

<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/empl/dv/lisbonstrategybn_/lisbonstrategybn_en.pdf> pp.1-2, accessed 10 April 2018.

¹⁴⁵ 引馬、前掲書（注143）、228-229頁。

¹⁴⁶ European Parliament, ‘Social Policy Agenda’ A5-0291/2000, para.15 (1); Commission of the European Communities, ‘Communication from the Commission. The Social Agenda COM (2005) 33 final’, available at:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10127&from=EN>> (Not published in the Official Journal) accessed 10 April 2018.

¹⁴⁷ Commission of the European Communities, ‘Renewed Social Agenda: Opportunities, Access and Solidarity in 21st Century Europe’ COM (2008) 412, pp.7-15.

¹⁴⁸ Ibid., pp.6-7.

人に課せられる証明責任を軽減する法理が確立していた。アムステルダム条約による制度改正後は、国籍と性別以外の事由による差別にも、EU法の規制が及ぶようになった。改正後のEC条約12条（現：EU運営条約18条）は、国籍に基づく差別を禁止し、13条（現：EU運営条約19条）1項は、性別に加えて、人種若しくは種族的出自、宗教若しくは信条、障害、年齢、又は性的指向に基づく差別を規制するための措置について規定している。これを受けて、人種及び種族的出自に基づく差別の禁止に関わる指令2000/43/EC（以下、「人種平等指令¹⁴⁹」）、及び、宗教若しくは信条、障害、年齢、又は性的指向に基づく雇用・職業分野における差別禁止の枠組を定める指令2000/78/EC（以下、「平等枠組指令¹⁵⁰」）が新たに採択された。以下では、アムステルダム条約以後のEU法上の差別禁止原則の展開について検討する。

5.2.1. 差別禁止に関する指令と証明責任の転換

性別に基づく差別における証明責任の配分は、先述の証明責任指令4条1項で¹⁵¹、次のように規定されている：

「構成国は、その国内法制度に応じて、平等原則が適用されなかったことによって不当な扱いを受けたと思料する個人が、裁判所または他の権限ある機関において、直接または間接差別の存在を推定させるような事実を示した場合には、平等原則への違反が存在しないことを証明するのは被告側であることを確保するための必要な措置をとるものとする」

直接差別が争点ではあったものの、後述するフェリン事件（2008年）法務官意見は、証明責任の転換の法理は、性別以外にも、種族的出自や人種に基づく差別の場合にも妥当することを指摘した。人種平等指令8条1項は¹⁵²、証明責任に関して、次のように規定してい

¹⁴⁹ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons irrespective of Racial or Ethnic Origin, OJ L 180/22.

¹⁵⁰ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, OJ L 303/16. なお、性別に基づく差別は、EC条約13条1項に基づいて新たに採択された指令の規律対象には含まれていない。性別に基づく差別は、1997年の指令97/80/EC（証明責任指令）によって規制されている：Council Directive 97/80/EC, *supra* note 137.

¹⁵¹ Council Directive 97/80/EC, *ibid.*

¹⁵² Council Directive 2000/43/EC, *supra* note 148.

る：

「構成国は、その国内法制度に応じて、平等取扱いの原則が適用されなかったために、自身が不当な扱いを受けたと思料する者が、裁判所または他の権限ある機関において、直接または間接差別の存在を推定させるような事実を示した場合には、平等取扱いの原則に対する違反が存在しないことを証明する責任を被告が負うことを確保するために必要な措置をとるものとする」

指令 97/80/EC（証明責任指令）によって、性別に基づく差別については証明責任の転換の法理が確立しているとともに、人種平等指令 8 条 1 項は、同指令 4 条 1 項を反映したものと指摘する。そのうえで、そのうえで、性別に基づく差別において妥当する解釈論は、種族的出自に基づく差別の場合にも妥当すると判断した¹⁵³。

また、枠組指令及び人種平等指令では、証明責任指令と比較して、差別による権利侵害を主張する申立人に課せられる立証責任が軽減されている。このことは、各指令における間接差別の定義を比較することによって導くことができる。証明責任指令 2 条 2 項は、次のように規定する：

「一見して中立的な規定、基準、または実行が、**実質的に高い比率 (substantially higher proportion)** で一方の性に属する者を不利に扱う場合に、当該規定、基準、または実行が、性別とは無関係な客観的要素によって正当化されない限り、間接差別が存在する¹⁵⁴」

これに対して、人種平等指令 2 条 2 項 b や枠組指令 2 条 2 項 b に示された間接差別の定義は、「実質的に高い比率」という文言を含んでいない。このことは、性別に基づく間接差別の存在を主張する個人は、自身が属する性別の者が、他の性別に属する者と比較して不利な扱いを受けていることを統計的に証明しなければならないのに対して、他の事由に基づく間接差別を主張する者には、統計に基づく証明が必ずしも要求されないことを意味する¹⁵⁵。特に、全ての EU 構成国が統計データを作成している性別とは異なり、人種や種族的

¹⁵³ CJEC, Case 54/7, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 12 March 2008, ECR I-5187, paras 21-22.

¹⁵⁴ 強調は筆者による。

¹⁵⁵ A. Tyson, 'The Negotiation of the European Community Directives on Racial Discrimination' in: 3 *European Journal of Migration and Law* 199 (2001) pp.202-203.

出自に関する統計を作成していない国もあり、また、これをプライバシーの1つとして位置付けている国もある¹⁵⁶。

差別による権利侵害を主張する個人に課せられる証明責任の重さが、事由ごとに異なることは、言い換えれば、差別事由によってEU法による規制の度合いが異なることを意味する。この点は次節で扱う。

5.2.2. 差別事由の階層化と反人種主義の主流化

アムステルダム条約の発効と改正後のEC条約13条（現：EU運営条約19条）に基づく指令の採択以後、扱いの差異が正当化されるために要求される「合理的根拠」の厳格度が¹⁵⁷、差別事由ごとに異なることになった。例えば、人種や種族的出自に基づいて、扱いの差異を設けることは、原則として正当化できないのに対して、雇用時の年齢制限や定年退職を設けることが多くの国で合法であるように、年齢に基づく扱いの差異は、正当化される可能性が相対的に高くなる。このような法現象は、学説では「差別事由の階層化 (hierarchy of discrimination grounds)」と呼ばれている¹⁵⁸。差別事由の階層化は、基本条約や指令に明示されたものではない。しかし、「人種平等指令」と「枠組指令」を比較することによって、次の3つの理由から、人種及び種族的出自に基づく扱いの差異を正当化するためには、他の事由に基づくものよりも厳格な「正当化根拠」が要求されるという結論を導くことができる¹⁵⁹。

第1に、宗教または信条、障害、年齢、性的指向の各事由による差別を禁止する「枠組指令」とは別個に、「人種平等指令」が採択された点である。両指令の起草過程では、EC条約13条に列挙された差別事由ごとに、個別に指令を採択する可能性も模索されたものの、同条に従って全会一致による合意形成をすることが困難であった¹⁶⁰。しかし、指令が起草

¹⁵⁶ E. Howard, *The EU Directive: Developing the Protection against Racial Discrimination within the EU*, Routledge, 2010, p.144.

¹⁵⁷ この文脈での「合理的根拠」の意味については、本研究第1章5節を参照。

¹⁵⁸ E. Howard, 'The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law' in: 13 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 445 (2006) pp.446ff. 詳しくは、本研究第1章5.3を参照。

¹⁵⁹ 拙稿「ヨーロッパ人権条約における多様性の尊重と人種・民族差別の規制：差別事由の階層化と『評価の余地』理論を手掛かりとして」北村泰三、西海真樹（編著）『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017年、79-82頁。

¹⁶⁰ K. Hughes, 'Article 13: A Framework for Action', at Conference of Ethnic Minorities in Europe: Rethinking and Restructuring Anti-Discriminatory Strategies of (Birmingham, 17-19 February

されたのが、中東欧諸国のEU加盟を目前に控えていた時期であり、複雑な少数者問題を抱えている地域に位置する国々を迎え入れるにあたって、種族的出自による差別や人種差別への対応が必要であるという認識は共有されていたため、人種平等指令を枠組指令とは別に採択することになった¹⁶¹。

第2に、指令の規定内容から、人種平等指令の方が、枠組指令よりも強い規制を構成国に求めているといえる。指令に列挙された事由に基づく扱いの差異が許容される条件を定めた枠組指令4条と人種差別指令4条を比較した場合、前者では、職業上の必要 (occupational requirements: exigences professionnelles) があれば差異を設けることが許容され、また、公の安全、公の秩序の維持や犯罪の防止、健康や他人の人権・自由の保護のために必要な制限を認める包括的例外規定 (2条5項) も置かれている。これに対して、後者では、包括的な例外規定は置かれておらず、人種ないし民族的出自に基づく扱いの差異を設けることは、「真正かつ決定的な職業上の必要 (genuine and determining occupational requirements: exigence professionnelle essentielle et déterminante)」がある場合にのみ許容される¹⁶²。人種平等指令にのみ置かれている「真性」という文言は、人種や種族的出自に基づく扱いの差異が正当化されるか否かを判断する際には、扱いの差異を設けた結果、事実上生じ得る付随的害悪 (contingent harm) まで考慮すべきことを要請すると解される¹⁶³。

第3に、種族的出自や人種に基づく差別の場合には、特定の被害者が存在しない場合にも、EU法の違反を構成する場合がある。フェリン事件 (2008年) では、シャッターの販売・設置を行っていたフェリン (Feryn) 社の採用方針が差別的であるとして、人種平等指令を実施する一環で設置されたベルギーの国内機関である機会均等・反人種主義委員会 (Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding) が、同社をベルギー労働裁判所に提訴した¹⁶⁴。フェリン社は、シャッターの整備士を募集する際に「移民」は採用しない旨を公式に表明し、その理由として、シャッターの整備作業のために移民を自宅に出

2000), quoted at Howard, *supra* note 158, p. 451.

¹⁶¹ Howard, *ibid.*; see also, E. Ellis, 'The Principle of Non-Discrimination in the Post-Nice Era', in A. Arnall & D. Wincott (eds), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002, pp.291-305; A. Tyson, *supra* note 155, pp. 210-211.

¹⁶² Howard, *ibid.*, p. 447. 人種平等指令の前文では、EUは、異なる人間の種 (separate human race) の存在を認めるような理論を排除する旨が宣言されている (Recital 6) : see, M. Bell, 'The Implementation of European Anti-Discrimination Directives: Converging towards a Common Model?' in 79 (1) *The Political Quarterly* 36 (2008) p. 37.

¹⁶³ E. Ellis & P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2012, p.151.

¹⁶⁴ CJEC, Case 54/7, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV* (2008) ECR I-5187, para.15.

入りさせることを顧客が渋ることを挙げていた¹⁶⁵。2006年、ブリュッセル労働裁判所長官は、整備士の募集に応募し、種族的出自を理由として採用されなかった者がいたことを示す証拠も、それを推定させるような事実も存在しないとして、機会均等・反人種主義委員会の訴えを却下する命令を下した¹⁶⁶。これを受けて、同委員会がブリュッセル労働裁判所に上訴し、裁判所は次の点について、ECJに先決裁定を求めた¹⁶⁷。すなわち、1) 人種平等指令2条2項aに言う直接差別が存在するといえるか、2) 雇用にアクセスする条件に直接差別が存在するというためには、雇用者が、直接に差別的な選定基準を設けていたことを証明すれば足りるか、3) 人種平等指令2条2項aが定める直接差別が存在したことを立証するために、雇用者が設けた採用方針が差別的であったか否かを判断する際には、非移民の整備士のみが採用されていた事実を考慮に入れなければならないか、4) 人種平等指令8条1項上の「直接または間接の差別の存在を推定させる事実」とは、いかなるものであるか、また、そのような事実を、国内裁判所はどの程度厳格に評価しなければならないか、5) 上記の人種平等指令8条1項上の事実の存在が推定される場合に、国内裁判所は、それに対する反証をどの程度厳格に解釈しなければならないか、6) 人種平等指令15条が定める「効果的、比例的、かつ、抑止的な制裁 (effective, proportionate and dissuasive sanction)」に関して、国内裁判所は、単にフェリン社の採用方針が、直接差別に当たると宣言するだけで足りるのか、それとも、差止命令を出さなければならないのか、という点である¹⁶⁸。

本件判決は、付託された論点のうち、1) 及び2) について、特定の人物によってフェリン社の採用方針に対する訴えがなされていないことは、直接差別が存在しないという結論を導くものではないとした。また、選考基準や採用条件にも、人種平等指令の規制が及び、特定の種族的・人種的出自を有する者に対する同2条2項a上の直接差別が存在するとした¹⁶⁹。論点3)～5) については、フェリン社の採用方針の中で、特定の種族的・人種的出自を有する者を採用しないことが公式に述べられている事実をもって、直接差別的であると推定させるには十分であり、当該方針が、平等取扱いの原則に反しないことを証明する責任は、フェリン社側にあるとした¹⁷⁰。論点6) については次のように判示した。すなわち、人種平等指令が、構成国に対して、同指令15条に基づく制裁を国内法によって定める

¹⁶⁵ Ibid, para.16.

¹⁶⁶ Ibid., para.17.

¹⁶⁷ Ibid., para.18.

¹⁶⁸ Ibid., para.18.

¹⁶⁹ Ibid., paras 23, 28.

¹⁷⁰ Ibid., para.34.

よう要請していることを前提としつつ、本件については、国内裁判所や適切なレベルの行政機関によって、差別が摘発されることも、そのような制裁の範疇に含まれるとした。これには、国内法上の差止め命令のような形態をとって、雇用者に対して差別的実行を停止するよう命じることも含まれる¹⁷¹。

以上の検討から、EC条約13条（現：EU運営条約19条）1項に列挙された差別事由のうち、人種や種族的出自に基づく扱いの差異が差別とみなされないためには、他の事由以上に厳格な「正当化根拠」が要求されるといえる。

5.3. 差別禁止指令の実施に伴う国内法の平準化

第2章で論じた通り、EU機関が採択した指令は、各構成国に対して、その内容を国内で実現するよう要請すると同時に、その実現手段については各国に委ねている。人種平等指令については2003年7月19日までに（16条）、枠組指令については2003年12月2日までに（18条）、構成国は指令の内容を国内で実現するよう義務付けられており、これを受けて、各構成国で国内法令の整備が行われた¹⁷²。人種平等指令や平等枠組指令を国内法転換するための具体的な方法は国ごとに異なっており、包括的な内容を擁する単一の平等法を制定する方法をとった国、多数の国内法令の中に差別の禁止に関わる条項を置く方法をとった国、国内法によって指令の内容をそのまま国内法転換した国が存在する。例えば、

¹⁷¹ Ibid., paras 36-39.

¹⁷² 指令の内容を国内法化することは、一般に転換（transposition）と呼ばれる。詳しくは、第2章1.1を参照。なお、枠組指令及び人種平等指令の国内法転換について包括的に調査したものと次を参照：European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 'A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe 2017', European Commission, 2017, available at: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/36c9bb78-db01-11e7-a506-01aa75ed71a1>> accessed 11 November 2018.

また、国内裁判所は、指令の内容を国内で実施するために制定された国内法令を指令の文言及び目的に適合するように解釈しなければならない。フォン・コルソン事件（1983年）では、男性刑務所に勤務するソーシャルワーカーの募集に応募した2名の女性が、職務従事中のリスクを理由として不採用とされ、ソーシャルワーカー委員会の名簿で、彼女らより下位に氏名が掲載されていた男性が採用された。これを不服として、刑務所を設置・運営する州を相手にドイツ労働裁判所に提訴したところ、同裁判所が、雇用、職業訓練、昇進および労働条件における男女の平等取扱を求める指令76/207（Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 39）の解釈について、ECJに先決裁定を求めた。ECJは、特に指令76/207を実施するために制定された国内法規定を適用する際に、国内裁判所は指令の文言および目的に照らして解釈しなければならないと判示した（Case 14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* (1984) ECR 1891）。

包括的な平等法としては、ベルギーの平等取扱いの原則に関する法律 (Décret relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement)¹⁷³、英国の平等法 (Equality Act 2010)¹⁷⁴ 等がある。また、指令の内容をそのまま国内法転換するものとして、イタリアにおける指令 2000/43/EC を実施するための法令 215 (Decreto Legislativo 9/7/2003 n° 215.-Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica)¹⁷⁵、及び、指令 2000/78/EC を実施するための法令 216 (Decreto Legislativo 9/7/2003, n. 216 - Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro)¹⁷⁶等がある。

指令の国内法への転換の結果、今日では、成文憲法を持たないデンマークと英国を除く EU の全構成国が、憲法上の一般原則として、EC 条約 13 条 (現 : EU 運営条約 19 条) 1 項に列挙された事由に基づく差別を禁止しており、いずれの全構成国においても、人種平等指令及び平等枠組指令に列挙された全ての事由に基づく差別が、国内法上も禁止されている¹⁷⁷。ただし、具体的な規定の文言は国ごとに差異がある。例えば、人種平等指令では、「人種または種族的出自 (racial or ethnic origin)」に基づく差別を禁止するとされている。これに対応する事由として、皮膚の色 ((skin) colour)、種族的な帰属 (ethnic affiliation)¹⁷⁸、世系 (decent)¹⁷⁹、ヒトの遺伝情報 (human genome)¹⁸⁰等の文言が国内法では用いられている。

5.4. EU 法の一般原則としての差別禁止原則の確立と基本権保護への収斂

旧 EEC 時代から EU 法の規律対象であった 2 つの差別事由のうち、国籍はマーストリヒ

¹⁷³ *Moniteur Belge*, 7 June 2004, pp. 43073-43074.

¹⁷⁴ 英国は当初、人種平等指令及び平等枠組指令の採択当時存在した国内法の改正によって対応したが、2010 年にそれらを整理し、統一的な平等法を制定した。この点につき、詳しくは以下を参照 : B. Hepple, *Equality: The Legal Framework*, 2nd edn, Hart Publishing, 2014; 浅倉むつ子『雇用差別禁止法制の展望』有斐閣、2016、532-556 頁。また、同法と EU 指令の対応関係を考察したものとして参照 ; R. Sasaki, 'The Relationship between the Equality Act 2010 and the EU Anti-Discrimination Directives: Why does not the New Act on Anti-Discrimination Formally Transpose the Directives?', LLM Dissertation submitted in September 2015, York Law School, University of York [not published].

¹⁷⁵ *GURI* n° 186 del 12 agosto 2003, p. 4.

¹⁷⁶ *GURI* n° 187 del 13 agosto 2003, p. 3.

¹⁷⁷ European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, supra note 171, p.10.

¹⁷⁸ 例えば、オーストリア、ハンガリー、英国。See, *ibid.*, pp.12-14.

¹⁷⁹ 例えば、オーストリア、ギリシャ。

¹⁸⁰ ブルガリア。

ト条約によるEU市民権の導入を契機として、EU構成国の国民一般を対象とする社会的権利へと変容した。すなわち、経済統合にとどまらず、社会経済的側面全体を含むものへと統合が深化するのに伴って、EU構成国国民であることに基づいて享受する「基本的地位」として、EU構成国の国民間の社会生活一般における国籍差別が禁止されるとともに¹⁸¹、個人としてEUの統治に参加することを可能にした¹⁸²。

旧EECに由来する男女間の差別禁止原則も、社会生活一般へと適用範囲を広げてきた。アムステルダム条約以後のEC条約13条(現:EU運営条約19条)1項は、性別に加えて、人種若しくは種族的出身、宗教若しくは信条、障害、年齢、又は性的指向に基づく差別がEU法によって規制されることを明らかにした。川口美貴によると、EU法上の差別禁止原則は、「雇用形態に基づく差別」の禁止に関わるものと「人的理由に基づく差別」の禁止に関わるものとに大別できる、前者には、時間給雇用や有期雇用等、雇用契約における差別的扱いを禁止するのに対して、後者は、労働者の個人的属性を理由とする差別を禁止する点で、人権保障との強い結び付きが見られる¹⁸³。

要約すれば、現在のEU法の下における国籍差別禁止の原則は、EU構成国の国民(EU市民)の基本的権利として、その対象とEU市民に限定しつつ、社会生活一般における国籍差別を禁止する原則へと発展した。これに対して、EU運営条約19条1項に列挙された各事由に基づく差別の禁止は、人間一般に適用されるEU法上の個人の基本権としての性格を有している。経済統合や共同市場の創出を実効的に推進という目的に従属した原則であったEU法上の差別禁止は、統合の深化とともに規律対象を広げ、基本権保護がEU法上の一般原則として承認されるのと結び付いて、個人の基本権としての差別の禁止という性格を持つようになったといえる。

¹⁸¹ Nikolaidis, *supra* note 96, p.112; 中坂恵美子「EUにおける社会保障制度の整合化の展開」『社会文化研究』(広島大学総合科学部紀要)25号(1999)45-80頁。EU市民権を持たない域外出身者の権利に関して、以下を参照;大藤紀子「長期間滞在する第三国国民への生存権の平等な保障」『貿易と関税』60巻12号(2012)69頁以下;中坂恵美子「EUにおける長期居住者である第三国国民の地位(1)」『広島法学』29巻1号(2005)45頁以下;「EUにおける長期居住者である第三国国民の地位(2・完)」同29巻2号(2005)117頁以下

¹⁸² F. G. Jacobs, 'An Introduction to the General Principle of Equality in EC Law' in: A. Dashwood & S. O'Leary (eds), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, 1997, p.2

¹⁸³ 川口美貴「EUにおける雇用平等立法の展開:2000/43指令、2000/78指令、および、1976/207指令改正案の紹介を中心として」『静岡大学法政研究』6巻3・4号(2002)689-690頁。なお、川田知子も同様の分類を採用したうえで、「人的理由に基づく差別」の禁止に関わる諸規則は、人権思想に基づく差別規制へと発展したことを指摘する:川田知子「EC指令における差別禁止事由の特徴と相違-人的理由に基づく差別禁止と雇用形態に基づく差別禁止の比較」『亜細亜法学』44巻2号(2010)、74-75頁。

小括

本章ではEU法上の差別禁止原則の展開を論じた。1節では、「EUの諸価値」の1つとしての差別禁止原則の意義を確認し、旧EECの時代には、経済統合や共同市場の創出という目的に従属する原則であった差別の禁止が、次第に経済統合の促進という旧EEC創設以来の存立基盤を離れて、個人の基本権としての性格を強めていったことを明らかにした。2節から3節にかけて、経済統合や共同市場の創出という目的の下に確立した国籍差別と性差別禁止の原則のうち、前者はEU市民権として、社会生活一般に関わるEU構成国の国民の基本的権利へと変化したのに対して、後者は、より一般的な適用性を持つ基本権保護へと接近していったことを明らかにした。さらに、4節では、アムステルダム条約による制度改正を経て、EU法の下で包括的な差別禁止原則が成立し、直接差別と間接差別という形態の区分やそれに応じた立証責任の配分に関する解釈理論が確立し、指令によって定式化されたことを提示した。5節では、旧EEC以来の国籍差別禁止の原則は、対象をEU構成国の国民に限定したEU市民権として、社会生活一般における国籍差別を禁止する原則へと発展したのに対して、性差別の禁止は、他の事由も規律する包括的な差別禁止原則へと収斂し、基本権保護がEU法上の一般原則として承認されるのと結び付いて、個人の基本権としての差別の禁止という性格を持つようになったことを明らかにした。

本章の冒頭で述べた通り、EU構成国の裁判所とECJとの間には、先決裁定手続を媒介して、「制度化された司法対話」が成立している。本章2節及び3節で検討した通り、旧EEC時代に共同市場の創設のために置かれた差別禁止原則は、先決裁定の蓄積を通して、次第に規律範囲を広げ、現在のEUでは、包括的な内容を持つ個人の基本的権利としての差別禁止原則が確立している。また、構成国はEUの指令の内容を国内で実施する義務を負っており、EUの指令は、共通した内容を持つ国内法を構成国に創り出す機能を有している。本章4節及び5節で検討した通り、差別の禁止について包括的な内容を有する枠組指令及び人種平等指令は、各構成国の国内法にも、同様に包括的な差別禁止原則を確立させた。このことは、EUの各構成国には、差別の禁止に関して類似性の高い国内法が存在することを意味する。

次章で扱うヨーロッパ人権裁判所の解釈理論によれば、ヨーロッパ人権条約の締約国の国内法に共通性が見られる場合には、条約違反の審査は厳格なものになる。EUの構成国

の全てがヨーロッパ人権条約の加盟国である点を考慮すれば、先決裁定手続や指令の転換を通して確保される構成国間の国内法の共通性は、ヨーロッパ人権裁判所による人権条約の解釈に影響を与えていると考えられよう。次章では、EU法の影響に留意しながら、差別の禁止に関わるヨーロッパ人権裁判所の解釈理論を考察する。

第4章

ヨーロッパ人権条約における人種・民族差別の禁止の展開と多文化共生

はじめに

1. ヨーロッパ人権条約制度と裁判所による条約解釈の特徴
2. ヨーロッパ人権条約上の差別禁止原則と裁判所の解釈手順
3. 人種・民族差別に関する判例法の展開と差別事由の階層化
4. 差別禁止原則に関する裁判所の解釈と間接差別に対する救済の困難性
5. 間接差別に関する判例の転換と社会的文脈の考慮
6. 司法対話による人種・民族差別に関する解釈理論の発展と評価の余地の縮減

小括

はじめに

本章では、ヨーロッパ人権裁判所の判例を分析しながら、ヨーロッパ人権条約¹における差別禁止規則の内容を検討する。本論文第2章で検討した通り、地域的人権保障制度であるヨーロッパ人権条約と締約国の国内法との関係は、EU法と異なり、条約の第一義的な解释权を各国家が有し、締約国の国内法（多くは憲法）による人権保障を前提とする。前章で扱ったEU法の場合とは異なり、ヨーロッパ人権条約システムの下では、人権裁判所の判決は、個別の事件の中で、被申立国の国内裁判所を拘束するものの、その効力は当該事件限りであり、締約国一般に対する拘束力を有していない。しかし、ある締約国の国内法令や措置が、ヨーロッパ人権裁判所によって条約違反だと判断されれば、同様の法制度を有する国が被申立国となった場合には、同様に条約違反だとする判決が出される可能性が高い。そのため、締約国の国内裁判所は、ヨーロッパ人権裁判所の判決を考慮しながら、国内法の解釈適用を行っている。

ヨーロッパ人権裁判所は、人権条約を解釈する際に、条約の統一的な解釈の確保と各締

¹ 正式名称を「人権と基本的自由の保護のための条約（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales）」と言い、1950年にローマで署名され、1953年に発効した。本条約について、詳しくは、序論の注15を参照。

約国の解釈権限の双方を尊重しなければならず、そのような要請に対応して、「評価の余地」理論を発展させてきた。この理論によれば、各事件における争点に関して、締約国の国内法に共通性が見られれば、条約の統一的な解釈を重視して締約国の裁量は狭く解され、そのような共通性が見られなければ、締約国の裁量は広く解される。ヨーロッパ人権裁判所と条約締約国の裁判所の間での司法対話は、両者のこのような関係を背景としたいわば「事実上の司法対話」である。

以下では、まず、ヨーロッパ人権条約制度と裁判所による条約解釈の特徴を確認した後（1節）、実際の判例を分析しながら、ヨーロッパ人権裁判所が条約上の差別禁止原則を解釈・適用する際の手順とその特徴を考察する（2節）。続いて、学説において指摘されている「差別事由の階層化」の概念を手掛かりとして、人種や種族的出自に基づく差別に関する判例の動向を検討する（3節）。さらに、判例の分析を通して、かつてはヨーロッパ人権裁判所が、間接差別について条約違反を認定することに消極的であったことを示し、続いて、統計の証拠能力と証明責任の配分に注目しながら、間接差別に関する人権裁判所の判例の変化を考察する（4節・5節）。最後に、間接差別に関する判例の変化を引き起こした要因として、評価の余地理論を媒介としたヨーロッパ人権裁判所と締約国との間の司法対話、及び、EU法からの影響があったことを明らかにする（6節）。

1. ヨーロッパ人権条約制度と裁判所による条約解釈の特徴

ヨーロッパ人権条約制度の目的は、締約国内の人権保障制度を補完しつつ、「人権及び基本的自由の保護と促進」という目的を実現しようとする点にある。この制度の下では、条約上の権利侵害に対する個人の訴えを審理する機関として、ヨーロッパ人権裁判所が設置されている。EU法と異なり、ヨーロッパ人権条約が、締約国の国内法に対する機能は「補完的（complementary）」なものであり、締約国の国内法に対して、当然に優位する関係にはない²。ヨーロッパ人権条約には、伝統的な国家間条約とは異なり、個人の権利を規定し、国内裁判所で援用可能なものではあるが、しかし、条約規定が締約国の国内で直接

² ヨーロッパ人権裁判所による条約解釈の概要については、以下が詳しい：江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所の解釈の特徴」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008、28-32頁；G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007.

適用されるか否か、及びその方式は、それぞれの国家の受容（incorporation）体制によって決定される点で³、伝統的な国際法としての性格も残している。

ヨーロッパ人権条約も、国家間条約の1つであり、一般的には条約法に関する諸規則、特に条約法に関するウィーン条約（Vienna Convention on the Law of Treaties; Convention de Vienne sur le droit des traits, 以下、ウィーン条約法条約⁴）の規定に沿って解釈される⁵。ウィーン条約法条約31条1項は、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈されるものとする」と定める。ヨーロッパ人権裁判所は、条約の「趣旨及び目的」の実現を重視するとともに、人権条約の趣旨・目的を「個人の人権を保護すること⁶」や「民主的社会の理想と価値を維持・促進すること（maintain and promote the ideals and values of a democratic society⁷）」であり、さらに、民主的社会とは、「多元主義、寛容、寛大であること」を前提とするものである（pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’）と解している⁸。これに加えて、ヨーロッパ人権裁判所は、人権条約を「活きた文書（living instrument）」と捉え、条約上の権利は「理論上または架空の（theoretical or illusory）」権利ではなく、「現実的かつ実効的な（practical and effective）」な権利だとしている⁹。そして、必ずしも条約起草時の意図に拘束されることなく、社会の変化を踏まえて、その時点で適切な解釈を模索することを重視する。これは、発展的解釈（evolutive interpretation）と呼ばれる¹⁰。

しかし、発展的解釈には、締約国の側にとって、批准の時点では想定していなかった義務を課せられることになるとの批判も提起されている。個人の権利を実効的に保護しようとする条約の趣旨・目的と、批准の時点で想定していなかった義務を課せられることに対する締約国の警戒との間で均衡を図り、国家が人権条約上の権利を制約する際に、一定の

³ 顕著な例として、条約が国内適用されるために、国内法への「変型」を要するイギリスでは、1951年にヨーロッパ人権条約を批准したものの、2000年に1998年人権法（Human Rights Act 1998）が発効するまで、同条約には国内的な効力が認められていなかった。詳しくは、江島晶子『人権保障の新局面：ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』日本評論社、2002。

⁴ 1155 UNTS 331, 1969年5月23日に署名、1980年1月27日、日本は1981年7月2日に加入、同年8月1日に発効した。2018年12月現在、締約国数は116である。

⁵ See, e.g., ECtHR, *Golder v the United Kingdom*, application no. 4451/70, judgment of 21 February 1975, paras 29-36.

⁶ ECtHR, *Soering v the United Kingdom*, application no. 14038/88, judgment of 7 July 1989, para.87.

⁷ ECtHR, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark*, application nos 5095/71; 5920/72; 5926/72, judgment of 7 December 1976, para.53.

⁸ ECtHR, *Handyside v the United Kingdom*, application no. 5493/72, judgment of 7 December 1976, para.49.

⁹ ECtHR, *Artico v Italy*, application no. 6694/74, judgment of 13 May 1980, para.33.

¹⁰ ECtHR, *Tyrer v the United Kingdom*, application no. 5856/72, judgment of 25 April 1978, para.31.

裁量を認める理論が、評価の余地（margin of appreciation; marge d'appréciation）理論である¹¹。この理論によれば、ヨーロッパ人権裁判所は、締約国の国内法や国内実行を参照し、各国に共通性が見られるならば、締約国間の共通基盤（common ground of Member States）の存在を認め、国家に認められる評価の余地を狭く解する。これによって、ある事実が、ある時点では条約違反であると認められないとしても、その後の社会変化や締約諸国における法の発展に伴って、後に条約違反とされることがあり得る¹²。前章で指摘した通り、EUでは差別禁止の分野で、国内法の平準化が進んでいる。EU構成国の全てが、ヨーロッパ人権条約にも加盟していることから、ヨーロッパ人権裁判所は、差別禁止原則に関して、締約国の国内法に一定の共通性を見出すことができると言えよう。次節以下では、この点を詳しく検討する。

2. ヨーロッパ人権条約上の差別禁止原則と裁判所の解釈手順

他の世界的・地域的人権条約と同様に、ヨーロッパ人権条約制度においても、差別の禁止は主要な原則の1つである。同条約14条は、条約上の権利について、「性、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民若しくは社会的出身、種族的少数者への所属、財産、出生若しくは他の地位」に基づくいかなる差別もなしに（without discrimination; sans distinction aucune）享受されるべきことを規定している¹³。同様に、第

¹¹ 「評価の余地」とは、ヨーロッパ人権条約上の権利を保障する際、特にその手段について締約国に一定の範囲で裁量を認めるものである。権利を保障するために国家が行った措置が、個人の条約上の権利と抵触する場合でも、当該措置が評価の余地の範囲内にある限り、条約違反とはならない。評価の余地に関する包括的な研究として、例えば次を参照：江島晶子「ヨーロッパ人権条約における『評価の余地』理論の新たな発展」『明治大学大学院紀要』29集（1992）、55-73頁；北村泰三「ヨーロッパ人権条約と国家の裁量：評価の余地理論に関する人権裁判所判例を契機として」『法学新報』88巻7・8号（1981）、35-95頁；A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012.

¹² 江島、前掲論文（注2）、29-30頁。

¹³ 日本語の「差別」に相当する語が、条約の英文と仏文で異なり、フランス語では、「distinction」というより一般的な語が用いられている。この点に関して、ヨーロッパ人権裁判所は、より制限的な（more restrictive）英文の文言に照らして読まなければならないと述べている（Case “Relating to Certain Aspects Of The Laws on the Use of Language in Education in Belgium” (merits), 23 July 1968, (hereinafter, Belgian linguistic case), p.30, para.10)。なお、判例法上、前提となる条約14条と第12議定書1条は、適用の前提となる実体的権利規定が、条約上のものに限られるか、国内法上の規定かという違いはあるものの、「差別」の意味については、変わらないことが明らかにされている：Sejdić and Finci v Bosnia and Herzegovina

12 議定書 1 条は、国内法上認められた権利一般について、これらの事由に基づくいかなる差別もなしに享受されるべきことを規定している。本節では、ヨーロッパ人権条約上の差別禁止原則の特徴と、裁判所がそれを解釈・適用する際の手順を検討する。

2.1. ヨーロッパ人権条約上の差別禁止原則の特徴

差別の禁止に関して定めるヨーロッパ人権条約 14 条や第 12 議定書 1 条が、ヨーロッパ人権裁判所によって適用される際には、それ自体が単独で用いられるのではなく、他の実体的権利の存在を前提として、当該権利の享受について、差別があるか否かが問われることになる。すなわち、ある権利が申立人に一定の水準で保障されているため、当該権利を定める規定には必ずしも違反しているとはいえないとしても、他者と比較して保障の程度が著しく低い場合のように、権利保障のあり方において不利な扱いが生じている場合には、差別禁止規定と併せ読むことによって、条約違反という結論を導き、当該個人を救済することができる。

ヨーロッパ人権条約 14 条に由来する差別禁止原則は、実体的権利を定める他の条約規定ないし国内法上の規定と併せて解釈・適用される。そのため、締約国によるある措置が、実体的権利を定める条項自体には違反しない場合でも、当該規定と 14 条を併せ読んだ結果、条約違反と判断される場合がある。実際の裁判手続においても、ヨーロッパ人権裁判所は、まず、実体規定への違反の有無を判断し、実体規定単独への違反が認められない場合に、当該規定と 14 条を併せ読んで、条約違反の有無を判断する¹⁴。このことは、評価の余地理論との関係で重要な意味を持っている。すなわち、国家に広い評価の余地が認められる権利に関しては、国家はその実現手段の決定について広い裁量を有する。そのため、具体的な実現手段の決定の中で、個人間に扱いの差異を設ける場合があり得る。このとき、国家が合理的根拠なしに特定の人々を不利に扱った場合に、裁判所は、差別禁止原則と併せ読むことによって、条約違反という結論を導くことになる。すなわち、問題となっている権利そのものは、全ての者に保障されているため、当然には条約違反が存在すると断定できないとしても、他者と比較することによって、権利保障のあり方が差別的であること理由

[GC], application nos 27996/06 and 34836/06, judgment of 22 December 2009, para.55.

¹⁴ R. C. A. White & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey The European Convention on Human Rights*, 5th edn, Oxford University Press, 2010, pp.548-551.

として、条約違反を認定できる¹⁵。

2.2. ヨーロッパ人権裁判所による差別禁止原則の解釈手順

ヨーロッパ人権裁判所による差別禁止原則の解釈手順を見る前に、まず、ヨーロッパ人権条約によって禁止されている「差別」の意味を確認しておく。これは、他の人権条約や多数諸国の憲法と同様に、あらゆる扱いの差異（*difference in treatment*）を禁止しているわけではない。条約違反となる差別の有無を判断する際に問題となるのは、当該扱いの差異が、客観的かつ合理的に（*objectively and reasonably*）正当化されるか否かという点であり¹⁶、正当化されない扱いの差異が、条約によって禁止される差別であるということになる。

差別の有無が問われる場合、ヨーロッパ人権裁判所は、まず、当該事案において問題となっている差別事由について、申立人と類似した状況にある者と比較して、扱いの差異が存在するか否かを判断する。扱いの差異が存在するならば、続いて、当該扱いの差異が、客観的かつ合理的に正当化されるか否かを判断する。この正当化可能性は、問題となる締約国の国内法や行政上の措置が、民主的な社会で通常認められる原則に照らして、正当な目的（*legitimate aim*）を追求しているか、及び、当該目的とそれを実現するために取られた手段との間に、合理的な比例関係（*reasonable relationship of proportionality*）があるか否かという点に基づいて判断される。このとき、裁判で問題となっている措置が、国内手続に従って、民主的過程を経て定立された法令を根拠としている限り、被申立国は、当該措置が正当な目的を追求しているという主張が可能である。実務上、ヨーロッパ人権裁判所も、被申立国のそのような主張を認める。これは、立法目的の正当性をヨーロッパ人権裁判所が過度に厳格に審査した場合、被申立国内の民主的手続に従って定立された国内法そのものの正当性を判断することにつながり、人権裁判所が、その補完的役割を越えて、締約国の主権を侵害することにつながるためである。ゆえに、ヨーロッパ人権裁判所の判断の中心は、国内法上の措置の目的そのものではなく、それを実現するために取られた措置及びその結果として申立人に生じた個別的状況が、条約と両立するか否かという点に置か

¹⁵ F. Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2010, pp.16-17.

¹⁶ 扱いの差異が客観的かつ合理的に正当化する「合理的根拠」の有無によって、条約に違反する差別の有無が判断されることは、EU法や国連の諸人権条約、日本の憲法とも類似している。この点について詳しくは、本論文第1章5節を参照。

れる¹⁷。

ヨーロッパ人権裁判所の手続において問題となった措置の目的と、それを実現するために取られた手段との関係を判断する際の要素である比例性あるいは比例原則 ((principle of proportionality) という語は、条約中には明示されていない¹⁸。しかし、評価の余地理論を媒介して、各締約国の裁量の尊重と人権裁判所による統一的な条約解釈という2つの要請を調整するために、民主的社会で通常認められる範囲で、締約国の国内法による条約上の権利の制限を許容する原理として、ヨーロッパ人権裁判所の判例法理及び学説の中で確立してきたものである¹⁹。具体的には、「民主的社会の必要性 (necessity in a democratic society)」に照らして、条約によって保護される個人の権利と、当該権利を制限する国内法上の措置によって追求されている公的利益とを比較考量して判断することを意味する²⁰。この判断について、学説では、条約上の権利に対するより度合いの低い制限によって、同一の目的を達成できる他の手段 (less/the least restrictive alternative(s); LRA) があり得るか否かという基準が用いられている²¹。しかし、実際の判決の中では、比例性原則への言及がなされ、問題となっている被申立国の国内法上の措置の目的とそれを実現するためにとられた手段との間に、合理的な比例関係が成立しないことが指摘されるのみで、より制限の度合いが低い他の手段が示されることはない。具体的な国内法上の措置の決定は、締約国の国内管轄事項であり、これを裁判所が提示することは、締約国の評価の余地を侵害することにつながるためである²²。

¹⁷ O. M. Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishing, 2003, pp.43-44.

¹⁸ 比例性原則は、元来はドイツの憲法判例の中で確立してきた原則が、ECJ やヨーロッパ人権裁判所の判例理論に取り入れられたものである：松原光宏「ドメスティック・グローバルモデルとしての比例性原則：R.アレクシー基本権理論をめぐる現代の論争」『法哲学年報』2010年号、176-187頁；Arai-Takahashi, Y., 'Proportionality? A German Approach' in: 19 *Amicus Curie* 11 (2002); *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002; M. A. Eissen, 'The principle of proportionality in the case-law of European Court of Human Rights' in: R. S. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993. ドイツ憲法上の比例原則に関する研究として、例えば以下を参照：柴田憲司「憲法上の比例原則について（一）：ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」『法学新報』116巻9・10号（2010）、183頁以下；同「憲法上の比例原則について（二・完）：ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」『法学新報』116巻11・12号（2010）、185頁以下。

¹⁹ M. A. Eissen, *ibid.*, pp.131-140, 145.

²⁰ P. van Dijk & G. J. H. Hoof, *The Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd edn, Kluwer Law International, 1998, p.726.

²¹ D. Harris *et al* (eds), *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd edn, Oxford University Press, 2009, p.589.

²² Arnardóttir, *supra* note 17, p.49.

2.3. 差別禁止原則の裁判における適用

ヨーロッパ人権裁判所が、条約上禁止される差別の判断に関する基準を示したリーディングケースとされるのは、ベルギー言語事件判決（1968年）である²³。以下では、この判決を検討することによって、実際の裁判手続における差別禁止原則の適用の手順を概観する。

本件で問題となったのは、ベルギーの初等中等教育に関連する1932年の法律が問題となった。ベルギーは、フランデレンとワロンという2つの地域に大きく分けられ、歴史的には、前者ではオランダ語、後者ではフランス語が主に使用されてきた。しかし、フランス語が事実上の公用語となっており、フランデレン地域でもフランス語が話されている。先述の1932年法は、全国を4地域に区分し、そのうち3地域では、それぞれフランス語、オランダ語、ドイツ語の一言語主義を採用し²⁴、残りの1地域（首都のブリュッセルを含む）では、フランス語とオランダ語の二言語併用するものとされた²⁵。本件の申立人は、フランス語を話し、オランダ語地域に居住する住民であり、居住する地域で自らが解する言語で教育を受けられなくなり、授業が理解できないか、自らが解する言語で教育を受けるため、当該言語で教育を行う地域への遠距離通学や転居が必要になったことに伴って、出費や家庭生活の混乱が生じ、これらの事実がヨーロッパ人権条約8、9、10条、第1議定書2条の各条に、条約14条との関連で違反するという訴えを提起した²⁶。ヨーロッパ人権委員会から付託を受けた人権裁判所は²⁷、ヨーロッパ人権条約8条（家族生活の尊重）、同第1

²³ ECtHR, Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium (Belgian Linguistic Case), app no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, judgment of 23 July 1968 (hereinafter, 'Belgian Linguistic Case').

²⁴ フランス語区域はベルギー南部の4州、エノー（Hainant）、ナミュール（Namur）、リュクサンブール（Luxembourg）、リエージュ（Liège）とブラバン（Brabant）州のニヴェル（Nivelles）地区とブリュッセル地区のアル・ヴィルヴォルト（Halle-Vilvorde）を含む。オランダ語区域は、東西フランドル（Frandre orientale, Frandre occidentale）、アントワープ（Anvers）各州とブラバン州のルーヴァン（Louvain）地区とブリュッセル郊外の6自治体、ドロジャンボ（Drogenbos）、クライネム（Krainem）、ランクビーク（Linkebeek）、ロード・サン・ジュネーズ（Rhode-Saint-Genèse）、ヴェメル（Wemmel）、ヴェツエンビーク・オッペン（Wezenbeek-Oppem）を含む。ドイツ語区域は、リエージュ州のドイツ国境沿いの25自治体を含む。首都のブリュッセル市及びその周辺の自治体を含むブリュッセル郡（Bruxelles-Capitale）はフランス語とオランダ語の二言語併用区域とされた（野村敬造『基本的人権の地域的・集団的保障』有信堂高文社、1975、464頁）。

²⁵ ECtHR, Belgian Linguistic Case, supra note 19, p.11 para.12.

²⁶ Ibid., pp.3-4 paras 1-4.

²⁷ 本件が提起された当時は、現在と制度が異なり、個人はヨーロッパ人権委員会に条約違反の申立を行い、委員会が友好的解決を図ったうえで、それでも解決しない場合に、人権裁

議定書2条（教育に対する権利；right to education; droit à l'instruction²⁸）、及び、人権条約14条の違反の有無に争点を整理した。そのうえで、8条との関係では、1932年法によって、自らが解する言語で教育を行う遠方の学校に子どもを通学させることになる等、申立人個人にとって困難な状況が生じたとしても、国家当局による干渉があるとはいえず、条約違反は認められないと判断した²⁹。第1議定書2条については、これが第一義的には既存の教育制度にアクセスする権利を定めたものであり、特定の教育施設の設置を国家機関から得る権利はそこに含んでおらず、子どもや保護者が選択する言語によって教育を受ける権利までは導出できないとして、同条単独の違反は認められないと解した³⁰。しかし、法律上の定めにより、教育がオランダ語によって行われていたブリュッセル郊外の地域において、オランダ語による教育は、母語・日常語や保護者の居住地を問わず、全ての子どもに開かれていたのに対して、フランス語による教育は、当該地域に居住する世帯主16名以上の請求がある場合に、フランス語を母語ないし日常語とする子どもに対して行われるとされていた。ヨーロッパ人権裁判所は、オランダ語とフランス語のうち、後者を母語・日常語とする者のみに対して、その言語による教育を受けるために一定の要件を設ける措置が、専ら言語に対する考慮から生じており、既存の学校教育にアクセスする権利が、特に言語に基づく差別なしに全ての者に保障されているとはいえないとして、ヨーロッパ人権条約14条と併せ読んだ同第1議定書2条と両立しないと結論付けた³¹。

この判決の中で裁判所は、ヨーロッパ人権条約14条の「この条約の定める権利及び自由の享受について（The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention）」とい

判所に付託された。詳しくは、以下を参照：小畑郁「ヨーロッパ人権裁判所の組織と手続」戸波ほか（編）、前掲書（注2）、10-12頁。

²⁸ ヨーロッパ人権条約のフランス語正文における「教育に対する権利」に対応する語は、*droit à l'instruction* であり、国連の経済的、文化的及び社会的権利に関する国際規約13条や児童の権利条約28条における *droit à l'éducation* よりも狭い概念である（英語正文では、いずれも *right to education*）。ヨーロッパ人権条約第1議定書上の「教育に対する権利」は、既存の教育制度へのアクセスを保障するに留まり、国家に新たな学校や教育制度の設立を要求することまでは含まない。これは、第1議定書の起草当時、全ての締約国において公教育制度が整備されていたものの、その具体的な制度内容は国ごとに異なっていたことを背景として、条約規定に実効性を持たせることを優先し、「何人も教育に対する権利を否定されない（No person shall be denied...; Nul ne peut se voir refuser...）」という消極的な規定によって、保護領域を狭めたことによる。See, M. Nowak, 'The Right to Education', A. Eide, C. Krause & A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.197. また、フランス語の «*éducation*» と «*instruction*» の概念上の区別については、以下を参照：堀尾輝久『現代教育の思想と構造』岩波書店、1992、13-14頁。

²⁹ ECtHR, *Belgian Linguistic Case*, supra note 19, pp.51-52 para.19.

³⁰ *Ibid.*, pp.30-32 paras 10-11.

³¹ *Ibid.*, pp.65-67 para.32

う文言を理由として、同条が独立したものではなく、条約上の実体的権利規定の不可分の一部 (integral part) をなして解釈されるとした。そのうえで、問題となる締約国の国内法上の措置が、実体規定単独とは両立したとしても、14条と併せ読んだ場合に条約違反と判断される場合があることを示した³²。また、ヨーロッパ人権条約が要請している内容は、あらゆる個人を画一的に同一に扱うことではなく、「客観的かつ合理的に」正当化されない扱いの差異を設けないことであることを明らかにした³³。

3. 人種・民族差別に関する判例法の展開と差別事由の階層化

本論文の第1章で指摘した通り、ヨーロッパ人権裁判所が、扱いの差異が客観的かつ合理的に正当化されるか否かを判断する際には、問題となる差別事由に応じて、正当化に必要とされる根拠の厳格度が異なっている³⁴。このことは、ヨーロッパ人権条約には明示されていないものの、学説では、「差別事由の階層化 (hierarchy of discrimination grounds)」として、多数の論者によって指摘されている³⁵。自由意思による変更が不可能な人間の生得的形質のように、特に厳格な審査が要求される差別事由は、「疑わしい事由 (suspect ground)」と呼ばれており、人種や種族的出自のみに基づく扱いの差異は、原則として正当化できないとされている³⁶。以下では、ヨーロッパ人権裁判所の判例に即して、ヨーロッパ人権条約上の差別禁止原則の展開と差別事由の階層化を考察する。

³² Ibid., p.30 para.9.

³³ Ibid., p.31 para.10.

³⁴ 詳しくは、本論文の第1章5.3を参照。なお、このような傾向は、ECJや国連の人権条約履行監視機関でも、共通して見ることができる。

³⁵ O. de Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance of the EU Non-discrimination Directives: An Update*, European Commission, 2011, pp.15-21, available at: <http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/the_prohibition_of_discrimination_under_european_human_rights_law_update_2011_en.pdf> accessed 31 July 2018. See, O. M. Arnardóttir, 'The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights' in: 14 (4) *Human Rights Law Review* 647 (2014); Edel, supra note 15, pp.118ff; K. Henrard, 'A Patchwork of "Successful" and "Missed" Synergies in the Jurisprudence of the ECHR' in: K. Henrard & R. Dunbar (eds), *Synergies in Minority Protection: European and International Perspective*, Cambridge University Press, 2008, pp. 314ff.; A. W. Heringa, 'Standards of Review for Discrimination: The Scope of Review by the Courts' in: T. Loenen & P. R. Rodrigues (eds), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspective*, Kluwer Law International, 1999, p.25.

³⁶ T. Loenen, 'Indirect Discrimination: Oscillating between Containment and Revolution', in: Loenen & Rodrigues (eds), *ibid.*, p. 29; de Schutter, *ibid.*, pp. 15-16.

3.1. 疑わしい事由と差別事由の階層化

アブドゥラジス・カバレス・バルカンドリ対英国事件（1985年）では、ヨーロッパ人権条約14条に列挙された差別事由の1つである性別が、「疑わしい事由」であることが示された³⁷。同事件は、英国に合法的に定住していたエジプト国籍の女性の夫として³⁸、それぞれ入国しようとした非英国籍の男性3名が、入国を拒否されたことについて、品位を傷つける扱いを受けない権利を定める3条、家族生活の権利を定める8条単独、及び、性別と人種、及び原告のうち1名については出生に基づく差別との関連で、14条と併せ読んだ8条違反を主張したものである³⁹。判決は、14条と併せ読んだ8条違反を認めたものの、本件では性別に基づく差別のみが生じているとして、他の事由についての原告の訴えは棄却した。本件で原告は、英国に居住する女性よりも男性の方が、外国人の配偶者を自国に居住させる許可を容易に得られるような要件を定めた移民法規則が、性別に基づく差別を構成すると主張した⁴⁰。被申立国政府は、本件が評価の余地に属するとしうえで、次のように主張した。すなわち、そのような移民法規則の目的は、高い失業率に直面する国内の労働市場を保護することである。統計上、女性よりも男性の方が、移住先で仕事を求める傾向が見られ、労働市場に与える影響も大きいと考えられる⁴¹。裁判所は、英国政府が主張する立法目的には正当性があることを認めたものの、当該目的のみをもって、定住資格の取得要件に男女間で差異を設ける国内法が、正当であるとみなされるわけではないとした。そのうえで、男女間の平等が、ヨーロッパ評議会の加盟国における主要な目標になっている時代においては、性別に基づく扱いの差異が条約と両立するとみなされるためには、「非常に重大な理由（very weighty reasons: raisons très fortes）」が必要であるとして、ヨーロッパ人権条約8条と併せ読んだ14条の違反を認めた⁴²。

インゼ対オーストリア事件（1987年）では、婚外子（children born out of wedlock: enfants nés hors mariage）という出生時の地位に基づく扱いの差異が問題となった⁴³。本件では、

³⁷ ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v the United Kingdom*, application nos 9214/80; 9473/81; 9474/81, judgement of 28 May 1985.

³⁸ *Ibid.*, paras 50-52.

³⁹ *Ibid.*, para.10.

⁴⁰ *Ibid.*, para.74.

⁴¹ *Ibid.*, para.75.

⁴² *Ibid.*, para.78.

⁴³ ECtHR, *Inze v Austria*, application no. 8695/79, judgment of 28 October 1987. なお、本判決は、婚外子の相続分に関する後の判例にも影響を与えている。E.g., *Mazurek v France*, application no. 34406/97, judgment of 1 February 2000; 建石真公子「婚外子相続分差別に関するヨーロッ

申立人の出生後に、申立人の母親が再婚し、子どもが産まれた後に死亡した経緯から、申立人、申立人の義理の父、異父の弟との間で、相続関係が問題となっていた⁴⁴。3名の相続人は、法律の定めに従って相続することで合意していたものの、オーストリアの国内法により、遺産相続の際、一定規模の農場は分割相続の対象とすることができず、相続権を有する者のうちの1人が、全体を相続するものとされていた。申立人は、自身が最年長の子であることから、当該農場を相続するのは自身であり、義理の父や異父の弟は排除されるべきであるとの主張をした⁴⁵。これに対して、他の相続人が異議を唱え、当事者間で合意を形成するには至らなかったため、裁判所手続に付されることになった⁴⁶。国内裁判所の決定では、農場を相続するのは、申立人の異父の弟であるとされた。その理由は、嫡出子が農場を相続することが、農村の家族や経済構造の特徴であり、婚外子は嫡出子ほどには、農場と緊密な関係を持たないためである⁴⁷。国内における司法手続を経た後、申立人は、母親の遺産である農場の相続に関して、婚外子であるがゆえに差別を受け、ヨーロッパ人権条約14条と併せ読んだ第1議定書1条（財産権）を侵害されたとして、ヨーロッパ人権委員会に申立てを行った⁴⁸。同委員会が、申立人が主張する通りの違反があるとの意見を示したところ、オーストリア政府が異議を唱えたため、人権裁判所に付託されるに至った⁴⁹。裁判所は、市民権に関する嫡出子と婚外子の間の平等が、ヨーロッパ評議会の加盟国間で重要性を与えられる問題になっていることを指摘し、婚外子という地位に基づく扱いの差異が条約と両立するためには、「非常に重大な理由」が示されなければならないとして⁵⁰、14条と併せ読んだ第1議定書1条の違反を認めた⁵¹。

ギャグスツ対オーストリア事件（1996年）では、国籍に基づく扱いの差異が正当化されるためにも、「非常に重大な理由」が必要であると判示された⁵²。同事件の申立人は、トルコ国籍であり、1973年から1987年までオーストリアに居住し、その後はトルコに帰国していた⁵³。この間、1984年から健康上の理由により就労できなくなり、1986年から1987

パ人権裁判所判決：Mazurek 対フランス（2000.2.1）『国際人権』14号（2003）、110-114頁。

⁴⁴ Ibid., paras 8-9.

⁴⁵ Ibid., para.10.

⁴⁶ Ibid., para.16.

⁴⁷ Ibid., para.19.

⁴⁸ Ibid., para.27.

⁴⁹ Ibid., paras 28-29.

⁵⁰ Ibid., para.41.

⁵¹ Ibid., para.45.

⁵² ECtHR, *Gaygusuz v Austria*, application no. 17371/90, judgment of 16 September 1996 (hereinafter, *Gaygusuz case*).

⁵³ Ibid., para.9.

年にかけて、失業手当という名目で、退職年金の繰上支給を受けていた。1987年にその期限が切れることから、緊急時支援の名目で、年金の繰上支給を申請したところ、オーストリア国籍を持たないことを理由に、不認定とされた⁵⁴。ヨーロッパ人権裁判所における手続の中で、申立人は、オーストリア国籍を持たないことを理由として、緊急支援の名目で年金の繰上受給を認めないことは、国民的出自（national origin）に基づく差別であり、ヨーロッパ人権条約14条と併せ読んだ第1議定書1条の侵害であると主張した⁵⁵。裁判所によれば、専ら国籍に基づく扱いの差異（difference of treatment based exclusively on the ground of nationality）が、ヨーロッパ人権条約と両立するとみなされるためには、「非常に重大な理由」が必要である⁵⁶。被申立国政府は、問題となった年金受給の国籍要件は、国は自国民に対して特別の責任を負っており、その不可欠のニーズ（essential needs）を充足しなければならないという考え方に基づいており、正当化されると主張した⁵⁷。しかし、これに対して裁判所は、申立人が、合法的にオーストリアに居住しながら、一定期間就労し、オーストリア国籍者と同様に、失業保険の財源に貢献していたと指摘して⁵⁸、オーストリア政府の主張を斥け、申立人が主張する通り条約違反を認めた⁵⁹。

性別、国籍、出生の場合と比較して、性的指向に基づく扱いの差異には、さらに厳格な基準が適用されている。カーナー対オーストリア事件（2003年）では、同性カップルの一方が死亡した場合の遺産相続との関係で、性的指向に基づく差別が争われた⁶⁰。申立人はオーストリアのウィーンに居住する男性であり、パートナーの男性の名義で契約した借家に同居していたところ⁶¹、パートナーが死亡し、遺言によって申立人が賃貸借契約の後継者に指定されていた⁶²。オーストリアの民法では、借主の死亡時には、家族に賃貸借契約を承継する権利が認められていたが、貸主は賃貸借契約の終了を要求した⁶³。下級審は、かかる民法上の規定は、同性カップルにも適用されるとして、貸主の要求を斥けたが、オ

⁵⁴ Ibid., paras 10-11.

⁵⁵ Ibid., para.33.

⁵⁶ Ibid., para.42.

⁵⁷ Ibid., para.45.

⁵⁸ Ibid., para.46.

⁵⁹ Ibid., paras 50-52.

⁶⁰ ECtHR, *Karner v Austria*, application no. 40016/98, judgment of 24 July 2003 (hereinafter *Karner case*). なお、この判決以前に、同性愛であるのみを理由とする解雇について、14条違反を問うまでもなく、8条単独の違反を構成するとした判例がある：*Lustig-Prean and Beckett v the United Kingdom*, application nos 31417/96 and 32377/96, judgment of 27 September 1999, paras 83-87.

⁶¹ ECtHR, *Karner case*, *ibid.*, para.11.

⁶² *Ibid.*, para.12.

⁶³ *Ibid.*, para.13.

オーストリアの最高裁判所は、民法上の「伴侶 (Lebensgefährte; life companion)」の概念には、同性の者は含まれないと解して、賃貸借契約の終了を命じた⁶⁴。これに対して、申立人は、自身が民法上の「伴侶」の地位を得られないことは、性的指向に基づく差別であるとして、14条と併せ読んだ8条（私生活及び家族生活の尊重を受ける権利）の侵害であると主張した⁶⁵。これに対して、被申立国政府は、問題となっている民法上の規定は、伝統的な家族を保護するという目的を有しており、本件において性別に基づく扱いの差異は正当化されると反論した⁶⁶。ヨーロッパ人権裁判所は、性別に基づく扱いの差異の場合と異なり、性的指向に基づく扱いの差異を正当化するためには、「特に深刻な理由 (particularly serious reasons: raisons particulièrement graves)」が必要であるとした⁶⁷。この点について、特定の人々を排除するような場合には、立法目的に対して、それを実現するための手段が適している (suited) だけでは不十分であり、そうすることが、目的の実現のために必要 (necessary) であることが示されなければならないとして、8条と併せ読んだ14条違反を認めた⁶⁸。

宗教に基づく扱いの差異に関する判例では、他の事由の場合のように、「非常に重大な理由」や「特に深刻な理由」といった理由の重大性を指示する文言は使用されていないものの、別の文言によって、一層厳格な正当化が求められている。ホフマン対オーストリア事件（1993年）では、カトリックからエホバの証人に改宗した女性が、離婚した際に親権を得なかったことが、宗教に基づく差別であるとして、ヨーロッパ人権条約14条と併せ読んだ8条違反が争われた⁶⁹。申立人とその夫は、いずれもカトリックに生まれ、夫婦の子どももカトリックの洗礼を受けていた⁷⁰。申立人はエホバの証人に改宗し、その後、夫と離婚した⁷¹。離婚後、申立人と元配偶者の双方が親権を主張し、訴訟に発展した。元配偶者は、子どもがエホバの証人を信仰する申立人に養育された場合、社会的に孤立し、また、輸血を受けられない等の不利益を被ることになるとして、自身が親権を持つのが適切であると主張した。第1審では、子どもが母親とより強い絆を有しているとして、申立人

⁶⁴ Ibid., para.15.

⁶⁵ Ibid., para.29.

⁶⁶ Ibid., para.35.

⁶⁷ Ibid., para.37.

⁶⁸ Ibid., paras 41-43.

⁶⁹ ECtHR, Hoffmann v Austria, application no. 12875/87, judgment of 23 June 1993 (hereinafter, Hoffmann case). 申立人は9条違反も主張したが、8条と別個の問題を構成しないとして、裁判所は検討しなかった (para.38)。

⁷⁰ Ibid., para.7.

⁷¹ Ibid., paras 8-9.

が親権を有するとの判断が下されたものの⁷²、控訴審はこれを覆し、元配偶者の主張を認めた⁷³。申立人がさらに上訴したものの、最高裁判所も控訴審判決を支持した⁷⁴。その後、申立人は、ヨーロッパ人権委員会に対して、自身の宗教的信念を理由として、親権を否定されたとして、ヨーロッパ人権条約8条（家族生活の尊重）、9条（信教の自由）、第1議定書2条（自己の宗教的信念に適合する教育を確保する父母の権利）、及び、14条と併せ読んだこれらの規定に対する違反を訴えた⁷⁵。ヨーロッパ人権裁判所は、母親である申立人が親権者となった場合に、エホバの証人の共同体に帰属することから生じると考えられる子どもへの不利益と、父親である元配偶者が親権者となった場合に、母親と分離されることによって子どもが受けるストレスの双方を考慮した⁷⁶。そのうえで、オーストリア最高裁判所の判断には、申立人の宗教から生じる実際の帰結（*practical consequences of the applicant's religion*）という要素が決定的な影響を与えており、このような扱いの差異は、客観的かつ合理的に正当化されない限り、差別的であるとした⁷⁷。さらに、この点について、「本質的に宗教のみに基づく扱いの差異は受け入れられない（*distinction based essentially on a difference in religion alone is not acceptable: ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion*）」という表現で、厳格な正当化根拠を要求し、14条と併せ読んだ8条の違反を認めた⁷⁸。

以上の判例の検討を整理すると、次のことがいえる。ヨーロッパ人権裁判所は、「疑わしい差別事由」に基づく扱いの差異を客観的かつ合理的に正当化するために、被申立国側に厳格な根拠を要求することによって、当該事由に基づく差別への救済可能性を確保してきた。性別、出生、及び国籍に基づく扱いの差異は、それを設けるための「非常に重大な理由」がなければ、差別とみなされ、条約違反を構成する。性的指向に基づく扱いの差異の正当化可能性については、「特に深刻な理由」というより厳格な基準が用いられている。さらに、宗教については、「本質的に宗教のみに基づく扱いの差異は受け入れられない」という言い方で、宗教を主要な事由とする扱いの差異は、原則として正当化不可能であることが示されている。人種や種族的出自に基づく扱いの差異に関して、旧ヨーロッパ人権委員会の東アフリカのアジア人対英国事件（1973年）では、国内法上の措置や国家機関の行為

⁷² Ibid., para.11.

⁷³ Ibid., para.13.

⁷⁴ Ibid., paras 14-15.

⁷⁵ Ibid., para.26.

⁷⁶ Ibid., para.32.

⁷⁷ Ibid., para.33.

⁷⁸ Ibid., para.36.

が、それ自体として差別的意図を伴っている場合には、ヨーロッパ人権条約 14 条と併せ読むまでもなく、3 条の「品位を傷付ける扱い」を構成すると判示された⁷⁹。14 条との関係で、人種や種族的出自に基づく扱いの差異の正当化可能性が問われるようになったのは、2000 年代に入ってからである。

3.2. 差別事由の階層化と人種・民族差別の規制

ヨーロッパ人権条約 14 条との関係で、人種や種族的出自に基づく扱いの差異の正当化可能性が問われたリーディングケースとされるのが、2005 年のナチョヴァほか対ブルガリア事件である。同判決は、ロマという種族的少数者の出自を有する脱獄者が警察官によって射殺された事件について、人種的偏見の介在の有無に関する調査を国家当局が怠ったとして、14 条と併せ読んだ 2 条（生命に対する権利）違反を認定した⁸⁰。裁判所によると、人種差別は人の尊厳に対する特に深刻な侮辱であり、国家当局には特別の警戒と総力を挙げた対応をし、あらゆる利用可能な手段を用いて人種主義や人種的暴力と闘うことが求められる。同判決の中で、ヨーロッパ人権裁判所は、「多様性（diversity）は、脅威ではなく豊かさの源泉である」という理解の下で、民主主義的な社会観が促進されると述べている⁸¹。同年のティミシェフ対ロシア事件では、人種・種族的出自に基づく扱いの差異が正当化されるための要件が示された⁸²。同事件の申立人は、種族的出自がチェチェン人であり、ロシア国籍を有していたが、チェチェン紛争の結果、ロシア連邦の一構成国であるカバルダ・バルカル共和国内のナリチク（Нальчик: Nalchik）という都市への移住を余儀なくされていた。同共和国内で永住権の取得を申請したところ、チェチェン系住民が永住権を取得することは禁止されているとして、棄却された⁸³。また、申立人は、カバルダ・バルカルの東に位置するイングーシ共和国を訪れた後、自動車でナリチクに戻るため、両国の国境に位

⁷⁹ European Commission on Human Rights, *East African Asians v the United Kingdom*, application nos 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 and 4526/70-4530/70, decision of 14 December 1973, para. 207. これを踏襲するものとして、ECtHR, *Cyprus v Turkey*, application no. 25781/94, judgment of 10 May 2001, para. 306.

⁸⁰ ECtHR, *Nachova and Others v Bulgaria*, app nos 43577/98 and 43579/98, judgment of 6 July 2005 (hereinafter, *Nachova case*), para. 168. なお、ロマに対する差別の問題について、第 1 章の注 6 を参照。

⁸¹ ECtHR, *Nachova v Bulgaria*, *ibid.*, para. 145.

⁸² ECtHR, *Timishev v Russia*, application nos 55762/00 and 55974/00, judgment of 13 December 2005 (hereinafter, *Timishev case*).

⁸³ *Ibid.*, paras 9-11.

置するウルフ (Ypyx: Uruk) という町を通過しようとしたところ、カバルダ・バルカル内務省により、入国を拒否されたため、300km 程度迂回して別の町から入国した⁸⁴。申立人は、カバルダ・バルカル共和国内による入国拒否が不法行為にあたるとして、非金銭的損害を求める訴えを起こしたものの、請求は棄却された⁸⁵。そのため、申立人は、差別的な入国管理が行われた結果、移動の自由を侵害されたとして、ヨーロッパ人権条約 14 条と併せ読んだ第 4 議定書 2 条の違反をヨーロッパ人権裁判所に訴えた⁸⁶。裁判所は、本件で問題となっている入国管理のあり方は、移動の自由の享受に関して、特定の種族的出自に基づいて明らかに不平等な取り扱いであるとした⁸⁷。さらに、人種 (race) と種族的出自 (ethnic origin) の定義と両者の関係に関して、前者は、皮膚の色や顔の特徴のような形態学的分類に基づく人間の生物学的区分に関する概念であるのに対して、後者は、共通の国民性や同族性、宗教、言語や文化、伝統等によって特定される社会的意味での人間集団に関する概念であるとした。そのうえで、両者は厳密には異なるものの、種族的出自に基づく差別は一種の人種差別であるとして、条約違反の審査のうえでは、両者を区別しないことを明らかにした⁸⁸。そして、このような事由に基づく扱いの差異に関して、多元主義と異文化への尊重という原則に立脚する現代民主社会において、「専らあるいは決定的な程度で (exclusively or to a decisive extent)、人の種族的出自に基づくいかなる扱いの差異も、客観的に正当化できないとして⁸⁹、扱いの差異の主たる事由が、人種や種族的出自である場合には、客観的かつ合理的な正当化は不可能であることを明らかにした。

4. 差別禁止原則に関する裁判所の解釈と間接差別に対する救済の困難性

ヨーロッパ人権裁判所による差別禁止原則の特徴の 1 つとして、伝統的に間接差別による権利侵害の救済が困難であることが指摘されてきた⁹⁰。このことは、ヨーロッパ人権裁

⁸⁴ Ibid., paras 12-13.

⁸⁵ Ibid., paras 14-19.

⁸⁶ Ibid., paras 36-37, 51.

⁸⁷ Ibid., para.54.

⁸⁸ Ibid., para. 55.

⁸⁹ Ibid., paras 56-58.

⁹⁰ E.g., R. Sandland, 'Developing a Jurisprudence of Difference: the Protection of Human Rights of Travelling Peoples by the European Court of Human Rights' in: 8 (3) *Human Rights Law Review* 475 (2008) p.507. なお、ヨーロッパ人権裁判所の判例法上、次節で検討する D.H.ほか対チエコ事件大法廷判決 (2007) まで、直接差別と間接差別の区分も、明示的にはなされてい

判所が、「評価の余地」理論を媒介して、各締約国の条約解釈権限や条約上の権利の実施に対して有する裁量を尊重してきたことと関連している。すなわち、間接差別による条約違反が争われる場合、申立人は、締約国の国内法あるいは何らかの行政措置が、それ自体としては差別的とは言えないものの、類似の状況にある他者と比較して自身にとって著しく不利な結果につながったことを証明しなければならない。このとき、ヨーロッパ人権裁判所は、当然に差別的であるとは言いきれない締約国の国内法や措置の結果、申立人にとって差別的な状況が生じたか否かを判断することになる。評価の余地理論により、ヨーロッパ人権裁判所による条約解釈には、締約国の裁量を尊重するという要請も働く。そのため、締約国の国内法令が民主的手続によって定立され、追求している目的も正当であり、かつ、当然に差別的であるとは言えない場合、裁判所が、それを差別的であると判断することは、当該国の裁量を侵害する恐れがある。そのため、ヨーロッパ人権裁判所は、仮に申立人にとって不利な効果が生じていたとしても、必ずしも条約 14 条の違反とは判断してこなかった。

このことを顕著に示す例として、D.H.ほか対チェコ事件小法廷判決（2006年）を検討する⁹¹。本件の申立人は、いずれもロマという種族的少数者の出自を有し、1996年から1999年にかけて、チェコ共和国東部の都市オストラヴァ（Ostrava）の特別支援学校に通学していた。彼（女）が通学していた学校は、学習障害を有し、普通学校への通学が困難な児童のために設置されているものであり、同校への通学の決定は、小学校入学時に実施される知能検査の結果に基づいて校長が判断し、かつ、保護者の同意も必要とすることがチェコの国内法で定められていた⁹²。申立人らの保護者は、申立人らの特別学校への通学に同意する所定の文書を記入して校長に提出していた。提出の際には、決定に対して不服申立てが可能である旨の説明があったが、保護者の中に申立てをした者はいなかった⁹³。

チェコ国内法上の手続として、申立人は、特別支援学校への通学を決定する際の知能検査は、十分に信頼できる方法によるものではなく、また、保護者に対して、同意によって生じる結果が十分に知らされていなかったため、特別支援学校への入学の決定は、法律で定められた要件を満たしていないとして、オストラヴァ市教育局に対して、不服申立を行

なかった：N. Wells, 'The Modified Mechanism in EU Accession: A Look at Croatia's Accession into the EU and the Plight of Croatia's Roma Population' in: 29 *Wisconsin International Law Journal* 580 (2011), pp.589-590.

⁹¹ ECtHR, D.H. and Others v the Czech Republic, application no. 57325/00, judgment of 7 February 2006 (hereinafter, D.H. case [Chamber]).

⁹² Ibid., para.9.

⁹³ Ibid., para.10.

っていた⁹⁴。しかし、教育局は、当該手続が所定の要件を満たしていないことを理由に、受理しなかった⁹⁵。オストラヴァ教育局に対する不服申立と同時に、申立人は、一連の事実が、事実上の人種隔離及び差別（*de facto racial segregation and discrimination*）にあたり、ヨーロッパ人権条約3、14条、第1議定書2条と両立しないとの訴えをチェコの憲法裁判所に提起していた。これに対し、憲法裁判所は、申立人らの保護者が、特別学校への入学について不服を申立てる権利を有していながらそれを行っておらず、憲法裁判所は管轄権を持たないとして、その訴えを却下した⁹⁶。

その後、申立人は、チェコ国内で利用可能な救済手段を尽くしたとして、ヨーロッパ人権裁判所に提訴した。その主張は、主に以下の3点であった。1) 特別支援学校に通学することになったのは、ロマに出自を持つ児童が、教育現場で他の児童と異なる扱いを受けているが故であり、かつ、特別支援学校で彼（女）らが受けた教育は、普通学校での教育よりも実質的に低水準である。その結果、中等教育へのアクセスの機会を否定され、人種的隔離（*racial segregation*）による心理的被害を受けたのであって、この事実は、ヨーロッパ人権条約14条と併せ読んだ第1議定書2条の違反を構成する⁹⁷。2) 特別支援学校への編入を決定する際に行われた知能検査は、チェコ語によるものであり、チェコの文化的環境を反映しているため、ロマの児童には不利であり、また、その結果にはエラーが含まれるという報告もある以上、教育心理学的知見に基づくとはいえない⁹⁸。3) この訴えが特定の形式の教育を要求するものではないことを断ったうえで、知的障害を有する子どもを入学させるための特別支援学校という制度を設けている以上、国家は、その学校への入学という措置が差別的なものとならないことを確保する義務を負っている⁹⁹。

判決の中で裁判所は、自己の判例法上、差別とは、類似の状況にある者を客観的かつ合理的な正当化なしに異なる扱いをすることを意味すること、及び、扱いの差異を設けるような措置をとることについて、締約国には評価の余地が存在すること指摘した¹⁰⁰。そして、裁判所の役割は、種族的少数者としてのロマが置かれた社会全体的な文脈（*overall social context*）を評価することではなく、個別の申立てを審理することであり、本件においては、申立人の特別支援学校への入学の理由が、その種族的または人種的出自に基づくものであ

⁹⁴ Ibid., para.13.

⁹⁵ Ibid., para.14.

⁹⁶ Ibid., para.18.

⁹⁷ Ibid., paras 32, 36-37.

⁹⁸ Ibid., para.39.

⁹⁹ Ibid., para.41.

¹⁰⁰ Ibid., para.44.

ったか否かを判断することであると述べた¹⁰¹。ある政策や措置が、特定の集団に属する人々にとって著しく不利な影響を生じさせる場合には、当該政策・措置が、特にその集団に向けられたものではなかったとしても、差別的であると判断することは排除されない。しかし、統計のみでは、そのような慣行が差別的であると判断するためには不十分であると判断した¹⁰²。さらに、教育の分野に関して、国家には評価の余地が認められる。教育上の措置や教育課程の編成は、原則として、締約国の権限に属する事項であり、国家が、教育を受ける者の特別の必要性（special needs）に応じて、異なる教育課程を設けることは禁止されていないとした¹⁰³。結論として、ヨーロッパ人権条約 14 条と併せ読んだ第 1 議定書 2 条違反は存在しないとして、申立人の訴えを棄却した¹⁰⁴。

D.H.ほか対チェコ事件小法廷判決の特徴は、ヨーロッパ人権条約 14 条違反の有無に関して、集団としてのロマが、全体として置かれた社会的文脈を考慮外に置き、差別的な状況を統計によって示すだけでは不十分であるとして、あくまで、申立人が置かれた個別的な状況を条約規定に照らして判断するという前提に立った点にある。このことは、差別禁止原則の解釈をめぐって、ベルギー言語事件以来の確立した判例法に沿った判断を示したといえる。しかし、ロマのように全体として不利な状況に置かれている集団に属する者が差別によって権利侵害を受けた場合に、救済の可能性が閉ざされることを意味する。なぜなら、申立人に対して行われた知能検査のように¹⁰⁵、社会の多数派に合わせて作られた制度が、多数派ではない人々にとって、不利な影響をもたらしたとしても、結果的に生じた「影響」を理由として、条約違反を争えないことになるからである。前節で検討した通り、人種や種族的出自に基づく扱いの差異について、特に厳格な審査を求める判例は、D.H.ほか対チェコ事件小法廷判決以前に確立していた。しかし、間接差別による権利侵害が、ヨーロッパ人権裁判所によって救済されるのは、次節で扱う D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決（2007 年）を待たなければならなかった¹⁰⁶。

¹⁰¹ Ibid., para.45.

¹⁰² Ibid., para.46.

¹⁰³ Ibid., para.47.

¹⁰⁴ Ibid., para.53.

¹⁰⁵ See, *ibid.*, para.39.

¹⁰⁶ ECtHR, *D.H. and Others v. Czech Republic* [GC], application no. 57325/00, judgment of 13 November 2007 (hereinafter, *D.H. case* [GC]). 本判決の概要やその意義については、以下も参照：徳川信治「教育におけるロマの子どもへの差別：D.H.他対チェコ事件」『国際人権』19号（2008）213-214 頁；拙稿「差別の概念と特別学校への編入措置：D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決」戸波江二ほか（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例 II』信山社、近刊。

5. 間接差別に関する判例の転換と社会的文脈の考慮

前節で扱った D.H.ほか対チェコ事件の小法廷判決（2006年）まで、ヨーロッパ人権裁判所は、種族的少数者としてのロマのような集団が、全体として置かれた社会的文脈に基づいて人権条約14条違反を認めることには消極的であったため、同裁判所での間接差別の救済は困難だとされてきた。統計資料に証拠能力を認め、間接差別に関する判例法が変化する転機となったのは、D.H.ほか対チェコ事件の大法廷判決（2007年）である。本節では、統計の証拠能力と証明責任の配分に注目しながら、同事件の小法廷判決と大法廷判決を対比させ、間接差別に関する判例の変化を検討する。

5.1. 間接差別事案における証明責任の転換と統計の証拠能力

D.H.ほか対チェコ事件において、申立人は、種族的少数者出身の児童と他の児童との間で、扱いが異なっていたことを示すために、オストラヴァ市内の初等教育学校全体と特別支援学校それぞれのロマ出自の児童の割合に関する統計を援用した。また、大法廷への上訴の際には、「社会全体的な文脈」を考慮外に置くとした小法廷判決を批判し、裁判において問われるべきは、ロマの出自を持つ子どもが、著しく高い割合で特別支援学校に在籍させられているという現実が生じている効果であって、特定の種族的出自を有する者の隔離する意図があったか否かではないと主張した¹⁰⁷。

ヨーロッパ人権裁判所の伝統的な解釈によれば、統計資料は、それ自体としては、ある行為が差別的であると断定する要素にはならないとされてきた¹⁰⁸。D.H.ほか対チェコ事件以前にも、フーゲンダイク対オランダ事件（2005年）やザルプ・アダミ対マルタ事件（2006年）のように¹⁰⁹、類似の状況の下にある2つの集団間の差異を確認するために、当事者が提出した統計を証拠として認めた例がある。しかし、D.H.ほか対チェコ事件小法廷判決は、

¹⁰⁷ ECtHR, *ibid.*, para.129.

¹⁰⁸ E.g., *Hugh Jordan v the United Kingdom*, application no. 24746/94, judgment of 4 May 2001, para.154.

¹⁰⁹ ECtHR, *Gine Wilhelmina Elisabeth Hoogendijk v the Netherlands [admissibility]*, application no. 58641/00, decision of 6 January 2005; *Zarb Adami v Malta*, application no. 17209/02, judgment of 20 June 2006, paras 77-78.

伝統的な解釈を採用して、申立人が示した統計の証拠能力を認めなかった¹¹⁰。

これに対して、D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決は、申立人にとって差別的扱いの立証が困難な間接差別の事案では、その権利を効果的に保護するために、あまり厳格ではない (less strict) 証拠規則が適用される¹¹¹、小法廷とは異なる判断を示した。申立人が援用した統計に対して、チェコ政府は、同国内では児童の種族的出自に関する公式の統計は存在しないため、当該資料は校長の主観に基づいているとして、その信憑性に疑義を呈したものの、裁判所は、特別支援学校に在籍する児童のロマの比率が著しく高いという「主要な傾向 (dominant trend; tendance prédominante)」を示すには十分であるとして証拠能力を認め¹¹²、間接差別に対する強い推定を生じさせるには、十分に信頼でき、かつ顕著 (sufficiently reliable and significant to give rise to a strong presumption of indirect discrimination; suffisamment fiables et révélateurs pour faire naître une forte présomption de discrimination indirecte) であるとして、証明責任が被申立国側に転換されることを認めた¹¹³。大法廷判決によれば、「主張する者がこれを証明する (affirmanti incumbit probatio)」という原則は、常に厳格に適用されるわけではない。ヨーロッパ人権条約 14 条以外にも、個人の原因不明の失踪について、拷問の禁止 (3 条)、身体的自由及び安全に対する権利 (5 条)、効果的な救済を受ける権利 (13 条) の違反が認められたティムスタス対トルコ事件判決 (2000 年) では、申立の内容に関連する情報に、被申立国政府しかアクセスできない場合があり、そのような場合に、十分な説明なしに政府が情報を提供しないことは、申立人の主張が、十分な根拠に基づいていることを推定させる可能性があることが明らかにされている¹¹⁴。D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決も同様の解釈を採用し、問題となる事実の全て、または大部分を国家当局のみが知るような状況下では、証明責任が、国家の側に課せられるとして¹¹⁵、間接差別の分野においても、証明責任の転換の法理が妥当することを認めた。

¹¹⁰ ECtHR, D.H. case [Chamber], supra note 91, para.46.

¹¹¹ ECtHR, D.H. case [GC], supra note 106, para.186; see, European Union Agency for Fundamental Rights, 'Handbook on European Non-discrimination Law', 2010, p.129, available at <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_EN.pdf> accessed 10 October 2018.

¹¹² ECtHR, ibid., paras 190-191.

¹¹³ Ibid., para. 195.

¹¹⁴ ECtHR, Timurtaş v Turkey, application no. 23531/94, judgment of 13 June 2000, para.67; see also, Salman v Turkey, application no. 21986/93, judgment of 27 June 2000, para.100; Anguelova v Bulgaria, application no. 38361/97, judgment of 13 June 2002, para.111; Aktaş v Turkey, application no. 24351/94, judgment of 24 April 2003, para.272.

¹¹⁵ ECtHR, D.H. case [GC], supra note 106, para. 179. なお、立証責任の転換は、国家が行った措置が、それ自体として差別的であるような直接差別の事案には妥当しない。ナチョヴァほか対ブルガリア事件大法廷判決によれば、官憲による権利侵害行為が、人種差別的動機

5.2. 証明責任の転換と正当化根拠の厳格化

D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決は、条約14条の違反を判断にあたって、間接差別が疑われる場合には、証明責任が被申立国側に転換され、被申立国政府が、扱いの差異が客観的かつ合理的に正当化されることを証明しなければならないとした。同判決では、さらに、人種や種族的出自に基づく扱いの差異については、「客観的かつ合理的な正当化」という概念が厳格に解されるとした。特に、小法廷判決とは異なり、現実の不平等を是正するために、特定の集団に対して異なる扱いをすることが禁止されておらず、また、特定の状況の下で不平等を是正しないことが、14条違反を構成し得るとして、政府側に転換された証明責任を厳格に解した¹¹⁶。

また、本件の争点となった扱いの差異が、種族的出自であった点について、ナチョヴァ事件判決やティミシェフ事件判決に言及したうえで、人の種族的出自に基づく差別は、一種の人種差別であって、「種族的出自を唯一の、あるいは決定的な理由とする扱いの差異は、多元主義と異文化の尊重という原則の上に築かれる現代民主主義社会においては、いかなる場合にも客観的かつ合理的に正当化されない」とした¹¹⁷。種族的出自や人種に基づく扱いの差異が争点となった場合には、申立人が扱いに差異があることを証明すれば、そのような扱いの差異が客観的かつ合理的に正当化されることを示す責任は、国家の側に課せられる¹¹⁸。その際に、例えば、男性と女性のように類似の状況下にある2つの集団の間に存在する扱いの差異を示すために、申立人個人が置かれた個別的な状況だけでなく、統計に依拠することも可能であり得るとした¹¹⁹。本件では、申立人が援用した統計の証拠能力を認め、1999年当時、オストラヴァ市内の初等教育学校に在籍する全児童のうち、ロマ出自の児童は2.26%であったのに対し、特別支援学校に在籍する児童のうち56%がロマ出自であったという申立人らが示した統計について、全面的に信頼できるとはいえないとしつつも、ロマ出自の児童と他の児童との間に、著しい差異があることを認めるには足りるとして、証明責任が転換され、チェコ政府に、当該扱いの差異を正当化する責任が課せられる

によるものである場合に、証明責任を被申立国側に転換すれば、国に対して、人種的差別的動機の不存在の立証を求めることになるため、このような場合には、証明責任の転換は妥当しない (*Nachova and Others v Bulgaria*, application nos 43577/98 and 43579/98, judgment of 6 July 2005, para.157)。

¹¹⁶ Ibid., para.175.

¹¹⁷ Ibid., para.176; see, *Nachova case*, supra note 80; *Timishev case*, supra note 82, para.58.

¹¹⁸ ECtHR, *D.H. case* [GC], *ibid.*, para.177.

¹¹⁹ Ibid., para.180.

とした¹²⁰。これに対して、チェコ政府は、申立人が受けたのと同様の知能検査は、種族的出自に関わりなく、全ての児童を対象に実施されており、その結果に基づく特別支援学校への入学措置も、教育上の特別の必要に基づくもので正当化されると反論したものの¹²¹、その知能検査は、多数派に合わせて作られており、ロマの特殊性を考慮していないため、平均的あるいはそれ以上の知能を持つロマの子どもでも、特別支援学校に入学させられ得ることが認められ、よって、知能検査の結果に基づいていることをもって、扱いの差異を正当化することはできないと指摘した¹²²。また、不利な境遇にある共同体に属し、十分な教育を受けていない保護者が、置かれた状況のあらゆる局面と同意を与えることから生じる結果を理解できるとは考えられず、申立人の保護者は、特別支援学校と他の学校の教育課程の相違について、十分な情報を与えられていなかったとして¹²³、大法廷は、保護者の同意による正当化も認めなかった。この点について、ロマの保護者は、子どもが孤立する危険がある普通学校と、児童の大多数がロマである特別支援学校のいずれを選択するかという逆境に立たされていることを挙げ、人種差別禁止の基本的重要性に鑑みて、人種差別を受けない権利を放棄することは、重要な公共利益に反し、認められないとした¹²⁴。

結論として、次のように判示した。すなわち、チェコ政府が、ロマのような不利な境遇にある集団の社会上・教育上の包摂を試みていることは評価でき、また、教育課程の編成は、締約国の裁量に属し、裁判所が規律する事項ではない¹²⁵。しかし、人権条約上の権利を侵害する恐れのある裁量が国家機関に付与される場合、個人に利用可能な手続上の保護手段が与えられなければならないが、本件ではそれが与えられなかった¹²⁶。加えて、チェコ政府が新規立法により特別支援学校を廃止し、特別の教育上のニーズを持つ子どもに普通学校で教育を提供するように制度を改正した点に留意する¹²⁷。当該立法は、ロマの共同体に不均衡に差別的な効果をもたらし、第1議定書2条と併せた条約14条違反が認められる。なお、大法廷は、チェコ政府の措置によって、ロマの共同体全体に対して、差別的な効果が生じている以上、申立人も同様の差別的扱いを必然的に受けていたと考えられるの

¹²⁰ Ibid., paras 191-5.

¹²¹ Ibid., paras 196-197.

¹²² Ibid., paras 200-201.

¹²³ Ibid., para.203.

¹²⁴ Ibid., paras 203-204.

¹²⁵ Ibid., para.205.

¹²⁶ Ibid., para.206.

¹²⁷ Ibid., para.208.

で、個別的な状況は検討しないとした¹²⁸。

5.3. 人種・民族差別に基づく間接差別と社会的文脈の考慮

D.H.ほか対チェコ事件の小法廷判決と対比すれば、同事件大法廷判決の特徴は、次の3点に整理できよう。

第1に、証拠規則を緩和して、一定の傾向を示す統計資料を扱いの差異の存在を示す証拠として認めた点である。ヨーロッパ人権裁判所で差別の有無が問われる場合、その前提として、申立人は、自己と類似の状況にある他者との間に、扱いの差異があることを示さなければならない。本判決は、申立人が属するロマ出自の児童と他の児童との間にある扱いの差異の有無を判断するにあたって、申立人が示した統計が「主要な傾向」は示しているとして、その証拠能力を認めた。また、厳格ではない証拠規則を適用する前提として、EC法における差別禁止原則の発展に言及した。人権侵害の救済手続において、証明責任を国側に転換することは、国内行政法においても見られる法技術である。例えば、日本の行政訴訟において、原告である個人ではなく、被告である国や地方公共団体に証明責任を負わせることについて、次のような議論がなされている。すなわち、憲法13条が基本的人権の「最大限の尊重」を要請するとともに、行政訴訟は個人の基本的人権や基本法益を保護するための制度と位置付けられる。原告である個人に立証責任を負担させることが原因となって、基本的人権の侵害に対する救済を実質的に請求できなくなることは、基本的人権の尊重という憲法上の原則に反するため、この点からも、基本的人権の保障についての責任を有する公権力の側に一定の証明責任を負わせることは妥当であろう¹²⁹。

第2に、申立人によって示された扱いの差異が、客観的かつ合理的に正当化されるか否かを判断する際に、人の種族的出自に基づく差別を一種の人種差別であると位置付け、特に厳格な審査基準を導入した点である。このような事由による扱いの差異は、いかなる場合にも正当化できないとして、人種差別のように、それを禁止することが「基本的重要性」を有する場合には、当事者の同意による正当化可能性も排除されることを明らかにした。

第3に、小法廷判決が、「統計のみでは、そのような慣行が差別的であると判断するため

¹²⁸ Ibid., para.209.

¹²⁹ 海野敦史『行政法綱領：行政法学への憲法学的接近』晃洋書房、2011、686-687頁。

には不十分である」としたのとは対照的に¹³⁰、大法廷判決は当該集団全体に差別的な効果が生じているという結果的な事実を理由に、条約違反であると結論付けた点である。さらに、不利な状況に置かれた集団に対する人種・民族差別が争われる場合には、当該集団に属する申立人も、同様の状況に置かれていることを推定し、申立人の個別的状況を問題にすることなく、かかる結論を導いた。特に、ロマに対する差別的扱いが争われたヨーロッパ人権裁判所の事件では、D.H.ほか対チェコ事件以後も、この解釈を踏襲する判決が続いている¹³¹。こうした解釈は、学説では、「社会文脈的アプローチ (social contextual approach)」(アーナルドゥティル ; Oddný Mjöll Arnardóttir)¹³²、あるいは、「反ステレオタイプアプローチ (anti-stereotyping approach)」(ティマー ; Alexandra Timmer)¹³³と呼ばれており、これを積極的に位置付ける論者は、特に根深い差別にさらされていることが強く推定される集団について、申立人の個別的事情のみを検討したのでは検討できない要素を司法過程に持ち込み、被差別集団の社会的包摂を促進する機能を有すると評価する¹³⁴。ただし、このようなアプローチに対しては、判決の反対意見の中で有力な批判が提起されており、学説においても、判決への批判が見られる。ボレゴ・ボレゴ (Javier Borrego Borrego) 判事は、結論に否定的な立場から、本判決が「全体的な社会的文脈」に向けられたものだとし、個人の権利を保護することを役割とする人権裁判所の役割を弱めることにつながると批判する¹³⁵。また、ユングヴァート (Karel Jungwiert) 判事も、ヨーロッパ人権裁判所の判例法に新たな展開がもたらされたことを認めつつ、裁判所が、締約国の教育制度全体を評価・批判し、評価の余地を侵害する恐れがあることを指摘している¹³⁶。学説では、オーケルマルク (Sia Spiliopoulou Åkermark) は、D.H.対チェコ事件大法廷判決が、ロマの子どもへの教育に対する権利の享受にとって、大きな進展をもたらしたことは認めるものの、子どもへの最善の利益を重視する立場から、判決の中で、当事者である子どもが置かれた具体

¹³⁰ ECtHR, D.H. case [Chamber], supra note 91, para.46.

¹³¹ 主要な例として、次のものがある : Sampanis et autres c Grèce, requête n° 32526/05, arrêt du 5 juin 2008, paras 85 et seq ; Oršuš and Others v Croatia [GC], application no. 15766/03, judgment of 16 March 2010, paras 176ff (hereinafter, Oršuš case [GC]).

¹³² Arnardóttir, supra note 17, pp. 663-664.

¹³³ A. Timmer, 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights' in: 11(4) *Human Rights Law Review* 707 (2011) pp. 707-738.

¹³⁴ ニコライディス (Charilaos Nikolaidis) もこのような立場をとる : C. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2014, p.78.

¹³⁵ ECtHR, D.H. case [GC], supra note 106, Dissenting Opinion of Judge Borrego Borrego, paras 3-7.

¹³⁶ Ibid., Dissenting Opinion of Judge Jungwiert, para.2. See also, Oršuš Case [GC], supra note 131, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Jungwiert, Vajić, Kovler, Gyulumyan, Jaeger, Myjer, Berro-Lefèvre and Vučnić, paras 5, 8-10, 14-17.

的な状況が十分に考慮されていないことを批判する¹³⁷。

D.H.対チェコ事件大法廷判決には、以上のような有力な批判は提起されているものの、特定の集団が、全体として強い抑圧を受けている場合に、国家にはその是正を試みる積極的義務が課せられていることを示した点で、差別の禁止をめぐる判例法理に著しい進展をもたらしたといえる。申立人の個別的な事情のみを検討したのでは見えてこない問題を条約解釈に取り込むことによって、差別の被害者が、司法過程を通じて、国家にそのような義務の履行を求める可能性を開いた。ただし、申立人が出自を有するロマという民族集団は、ヨーロッパにおいて、特に不利な状況に置かれた少数者であるとされ、ヨーロッパ評議会とEUの双方にとって、大きな関心事である¹³⁸。裁判所も、ロマが歩んできた歴史や現在置かれている状況に鑑みて、裁判所が広範な政治的考慮の下で判断をしたとの指摘がある¹³⁹。この点で、差別事案一般に対する妥当性については、留保しておかなければならない。

6. 司法対話による人種・民族差別に関する解釈理論の発展と評価の余地の縮減

ヨーロッパ人権裁判所の人種や種族的出自に基づく差別をめぐる条約解釈の変化は、同裁判所の判例法のみによって、完結的に発展したのではない。ヨーロッパ人権裁判所は、締約国の国内判例や他法域の司法機関の実行を積極的に参照しており、このような司法対話を通して、人権侵害に対する救済の可能性を拡大する方向に判例法を発展させてきた。特に、差別禁止の分野では、EUにおける法の発展が、ヨーロッパ人権裁判所による条約解釈に大きな影響を与えている。前章で検討した通り、EU法上の差別禁止原則の発展に伴って、EUの構成国の国内法上も同様の差別禁止原則が確立した。また、本章の冒頭で述べた通り、EU構成国はいずれもヨーロッパ人権条約の締約国である。そして、ヨーロ

¹³⁷ S. S. Åkermark, 'Images of Children in Education: a Critical Reading of DH and Others v. Czech Republic', in E. Brems (ed.) *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2013, pp. 51-55.

¹³⁸ ECtHR, D.H. case [GC], *supra* note 48, para.182. 国連の人種差別撤廃委員会の中の一般的勧告の中にも、「ロマ」という名称を明示したものがある：CERD General Recommendation 27 on Discrimination Against Roma, 16 August 2000.

¹³⁹ E.g., D. Harris *et al*, *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd edn, Oxford University Press, 2009, p.609; R. Etinski, 'Indirect Discrimination in the Case-law of the European Court of Human Rights', 47 *Zbornik Radova* 57 (University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad, 2013) p.69.

ヨーロッパ人権裁判所は、締約国の国内法に共通性が見られる場合、締約国間の「共通基盤」の存在を認め、締約国の裁量は狭く解する。以下では、評価の余地理論と関連付けながら、差別禁止に関するヨーロッパ人権裁判所の判例の展開とEU法の関係を考察する。

6.1. 評価の余地理論と締約国間の「共通基盤」

本章1節で述べた通り、「評価の余地」とは、ヨーロッパ人権条約の実施に関して締約国に与えられる裁量のことである。条約に根拠規定が置かれているわけではないものの、条約上の権利の実現について、第一義的な責任と権限を持つ締約国の主権と補完的機能を有する人権裁判所、あるいは、条約上の権利の統一かつ効果的な保障という要請と個別国家内部における民主的決定の尊重という要請の間を調整するための解釈理論として、判例を通して発展してきた。古くは、ヨーロッパ人権条約15条の「公の緊急事態」の場合に、事態に対処する直接の責任を負う締約国政府の裁量を重視するという前提の下に導入された概念であった¹⁴⁰。その後、「公の緊急事態」とはかかわりなく、条約上の権利規定全般に適用が拡大され、同時に、ヨーロッパ人権条約を実施する際の締約国の裁量を認めるための理論から、裁量の限界を画定するための理論としての性格を強めていった¹⁴¹。こうした評価の余地理論の性格の変化は、ハンディサイド対英国事件（1976年）で明らかにされた。同事件では、申立人である英国の出版社が、デンマークで出版された青少年向けの書籍の翻訳権を購入し、英国内で翻訳・出版しようとしたところ¹⁴²、同書が性的事項を含むことを理由に、英国のわいせつ物出版法（Obscene Publication Act 1959 and 1964）に基づいて書籍が押収されたうえ、罰金刑に処せられた¹⁴³。申立人は、このことが表現の自由に対する侵害であり、ヨーロッパ人権条約10条の違反を争ったが、裁判所は、わいせつ物出版法は「民主的社会における道徳の保護」という正当な目的を追求しており¹⁴⁴、また、道徳に関するヨーロッパの統一な概念（uniform European conception of morals）を特定することは不可能であるとして、そのような国内法を制定することは、評価の余地の範囲内であ

¹⁴⁰ ECtHR, *Lawless v Ireland* (no.3), application no. 332/57, judgment of 1 July 1961; see, *Brannigan and McBride v the United Kingdom*, application nos 14553/89; 14554/89, judgment of 25 May 1993; 江島、前掲論文（注11）、30-31頁；北村、前掲論文（注11）、41-44頁。

¹⁴¹ 江島、上掲論文、69頁；北村、上掲論文、52-56頁。

¹⁴² ECtHR, *Handyside v the United Kingdom*, application no. 5493/72, judgment of 7 December 1976, paras 9-12.

¹⁴³ *Ibid.*, para.16.

¹⁴⁴ *Ibid.*, para.46.

るとした¹⁴⁵。

ベルギー言語事件では、ヨーロッパ人権条約 14 条についても、締約国の評価の余地が認められることが判示された¹⁴⁶。また、ラスムセン対デンマーク事件（1985 年）では、14 条に関して評価の余地の範囲を決定する際に、裁判所が考慮すべき要素が示された¹⁴⁷。同事件では、離婚した男女の間で、親権の確認を行うための司法手続にアクセスする要件が異なることが、性別に基づく差別であり、ヨーロッパ人権条約 14 条と併せ読んだ 8 条（家族生活の尊重に対する権利）及び 6 条（公正な裁判を受ける権利）の違反が争われた¹⁴⁸。裁判所によれば、締約国に認められる評価の余地は、事件の状況（*circumstances: circonstances*）、主題（*subject-matter: domaines*）および背景（*background: contexte*）のいずれかに関して、「締約国間の法の間に見られる共通基盤（*common ground between the laws of the Contracting States: dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants*）」が存在するか否かによって決定される¹⁴⁹。なお、本件では、離婚後の親権をめぐる、父と母の間で異なる扱いがなされることについて、そのような共通基盤は存在しないとして、被申立国に広い評価の余地が認められ、原告の訴えは棄却された¹⁵⁰。

ヨーロッパ人権裁判所は、評価の余地を判断する際の前提となる締約国間の「共通基盤」を判断する際に、諸国の国内判例や世界的・地域的人権機関の法文書を参照し、それらに類似性が見られれば、「共通基盤」の存在を推定している¹⁵¹。次節では、実際の判例を検討しながら、この「共通基盤」がどのように解釈され、評価の余地の広狭の決定に影響を与えているのかを考察する。

6.2. 差別の禁止に関する「共通基盤」の形成と評価の余地の縮減

ヨーロッパ人権裁判所は、「疑わしい事由」に基づく扱いの差異が、客観的かつ合理的に正当化されるか否かを判断する際に、ヨーロッパ評議会加盟国の国内法に共通する原則が

¹⁴⁵ Ibid., paras 47-48.

¹⁴⁶ ECtHR, *Belgian linguistic case*, supra note 13, IB para. 10.

¹⁴⁷ ECtHR, *Rasmussen v Denmark*, application no. 8777/79, judgment of 28 November 1984.

¹⁴⁸ Ibid., para.25.

¹⁴⁹ Ibid., para. 40.

¹⁵⁰ Ibid., paras 41-42.

¹⁵¹ G. Letsas, supra note 2, pp.58-79. なお、「共通基盤」を指して、「ヨーロッパのコンセンサス（*European consensus*）」や「締約国間のコンセンサス（*consensus between Contracting Parties*）」という語を用いる論者もいる：see, K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015.

見られるか否かを検討する。そのような共通の原則の存在を認めた場合、裁判所は、「客観的かつ合理的な正当化」という概念を厳格に解釈し、被申立国には重い証明責任を課する。

先述のアブドゥラジス・カバレス・バルカンドリ対英国事件で裁判所は、ヨーロッパ人権条約14条と併せ読んだ8条の違反を認めた。この結論を導くにあたって、国内法によって外国人の出入国や在留管理に関する要件を定めることが締約国の評価の余地に属する事項であることは認めつつ、両性の平等の達成は、ヨーロッパ評議会加盟国の主要な目標であると指摘し、この点に関する評価の余地は狭められると判断した¹⁵²。インゼ対オーストリア事件では、市民権に関する嫡出子と婚外子の間の平等が、ヨーロッパ評議会加盟国間で重要な問題になっていることを指摘し、また、1975年の「婚外子として出生した子の法的地位に関するヨーロッパ条約 (European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock; Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage¹⁵³)」にも言及したうえで、被申立国の評価の余地を狭く解した¹⁵⁴。ギャグスツ対オーストリア事件では、ヨーロッパ評議会加盟国の国内法の状況や「共通基盤」の存否への言及はないものの、自国民と外国人との間に、年金の受給資格に差異を設ける場合、どの程度の差異まで許容されるかという判断は、被申立国の評価の余地に属することを認めつつ、専ら国籍に基づいて区分を設ける際には、「非常に重大な理由」が必要であるとして、評価の余地が縮減されることを明らかにした¹⁵⁵。カーナー対オーストリア事件では、裁判所は、被申立国が主張する伝統的家族の保護という立法目的は抽象的で、具体的な実現手段は多様であることを指摘したうえで、国家が、ある制度から特定の人々を排除するような措置を実施する場合には、目的の実現のために必要 (necessary) であることが示されなければならないとして、締約国が有する評価の余地を狭く解した¹⁵⁶。ホフマン対オーストリア事件では、離婚した夫婦の間の子の親権の帰属に関して、エホバの証人の信者である母親に養育された場合に子どもが受ける恐れのある不利益を回避するという要請と、配偶者相互の平等という2つの要請があることに触れ¹⁵⁷、特に後者の要請に関して、ヨーロッパ人権条約第7議定書5条 (配偶者の平等) が参照されなければならないとした¹⁵⁸。そのうえで、「本質

¹⁵² ECtHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali case*, supra note 37, paras 78-79.

¹⁵³ ETS 85. 1975年10月15日に署名開放、1978年8月11日に発効、2018年12月現在、24カ国が署名、23カ国について効力が発生している。

¹⁵⁴ ECtHR, *Inze case*, supra note 43, para.41.

¹⁵⁵ ECtHR, *Gaygusuz case*, supra note 52, para.42.

¹⁵⁶ ECtHR, *Karner case*, supra note 60, paras 42-43.

¹⁵⁷ ECtHR, *Hoffmann case*, supra note 60, para.34.

¹⁵⁸ *Ibid.*, para.35.

的に宗教のみに基づく扱いの差異は受け入れられない」として¹⁵⁹、国家に認められる評価の余地を狭く解した。

ヨーロッパ人権裁判所は、「疑わしい事由」に基づく扱いの差異がある場合に、「客観的かつ合理的に正当化」の概念を厳格に解することによって、締約国の評価の余地を縮減する判断を導いてきた。その際に、男女間の平等の達成が、ヨーロッパ評議会加盟国の主要な目標であること（アブドゥラジス・カバレス・バルカンダリ対英国事件及びインゼ対オーストリア事件）、婚外子として出生した子の法的地位に関するヨーロッパ条約の存在（インゼ対オーストリア事件）等を指摘した。これによって、ヨーロッパ人権条約締約国間で共有された「共通基盤」の存在を認めて評価の余地を狭く解し、ヨーロッパ人権条約 14 条違反を認定するに至っている。

6.3. EU との司法対話による人種・民族平等法理の発展

本章 5 節で検討した D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決は、間接差別の事案においては、申立人にとって差別的扱いの立証が困難であるため、あまり厳格ではない（less strict）証拠規則が適用されるとして、申立人が依拠した統計の証拠能力を認め、証明責任を被申立国側に転換した¹⁶⁰。また、人の種族的出自に基づく差別を人種差別の一種と位置付けて、「種族的出自を唯一の、あるいは決定的な理由とする扱いの差異」は、いかなる場合にも客観的かつ合理的に正当化されないとして、「客観的かつ合理的な正当化」の根拠を厳格に解した¹⁶¹。そして、このような判断を導く過程で、ヨーロッパ人権裁判所自身の先例だけでなく、国連の市民的および政治的権利に関する国際規約（自由権規約）や人種差別撤廃条約、子どもの権利条約、ユネスコの教育差別撤廃条約、EU の指令や判例に言及しながら、人種差別の禁止に関する国際規範の発展に言及した¹⁶²。さらに、平等な扱いを要請する差別禁止の原則が、EU 法（判決文中では共同体法；Community law）において、十分に

¹⁵⁹ Ibid., para.36. なお、マツチャー（Franz Matscher）判事は、本件において、14 条と併せ読んだ 8 条違反の有無を決定する唯一の要素は、子どもの福祉（welfare of the children: bien-être des enfants）であり、それを判断する権限は、オーストリアの最高裁判所にあるとして、本件が広範な評価の余地に属する問題である旨の反対意見を述べている（Dissenting Opinion of Judge Matscher）。

¹⁶⁰ ECtHR, D.H. case [GC], supra note 106, paras 186-195.

¹⁶¹ Ibid., para.176.

¹⁶² Ibid., paras 54ff.

確立している (well established) ことを指摘している¹⁶³。特に、EC 理事会の指令 97/80/EC (証明責任指令) の 2 条 2 項と 4 条 1 項¹⁶⁴、EC 条約 13 条 (当時・現 : EU 運営条約 19 条) に基づいて採択された指令 2000/78/EC (平等枠組指令¹⁶⁵) と指令 2000/43/EC (人種平等指令¹⁶⁶) の前文、人種平等指令の 2 条と 8 条を引用して、統計による間接差別の証明が可能であること、及び、平等取扱の原則が効果的に適用されるためには、証明責任が被告側に転換される必要があることを確認している¹⁶⁷。

第 3 章で検討した通り、EU 法はヨーロッパ人権条約と比較して適用範囲は限られるものの、差別の禁止に関する原則は、ヨーロッパ人権条約よりも精緻化されている。また、EU 法の直接効果や指令の国内法転換によって、EU 構成国の国内法にも、同様の差別禁止原則が形成される必然性が確保されている。これをヨーロッパ人権裁判所の視点から見れば、差別の禁止に関して、人権条約の「締約国間の共通基盤」が成立していると捉えられ、さらに「評価の余地」の縮減へとつながる。言い換えれば、ヨーロッパにおける差別禁止原則の形成には、次のような各レベルでの司法的対話の展開が見られる。第 3 章で検討したように、EU においては ECJ と各国の裁判所の間において先決裁定を媒介として、間接差別を禁止する ECJ の判例法が形成され、その内容が全ての構成国を拘束する EU 指令の形式でも採択されることによって、構成国の国内法にも同内容の原則を形成させた。次の段階として、ヨーロッパ人権裁判所は、EU 指令に具体化された間接差別を禁止する規範の存在を手がかりとして、ヨーロッパ人権裁判所の判例法に取り入れるというように、いわば判例法理の螺旋状の展開が見られる。このような各レベルでの司法対話を通じた人権裁判所の判例解釈はヨーロッパにおいて十分に確立された根拠を有しており、ヨーロッパ諸国間に共通の立憲的法原則と見なすこともできる。

¹⁶³ Ibid., para.81. 差別禁止に関するヨーロッパ人権条約の展開と EU 法の関係について参照 : 拙原「欧州人権条約における差別禁止規範の発展と EU 法の影響 : 間接差別を中心として」『法学新報』120 卷 9・10 号 (2014)、401-430 頁。

¹⁶⁴ Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L14.

¹⁶⁵ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L303.

¹⁶⁶ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L180.

¹⁶⁷ ECtHR, D.H. case [GC], supra note 106, paras 82-84.

小括

本章では、ヨーロッパ人権裁判所の判例を主たる分析対象として、ヨーロッパ人権条約における差別禁止規則の内容を検討した。1節及び2節では、ヨーロッパ人権条約制度と裁判所による条約解釈の特徴を確認し、ヨーロッパ人権裁判所が条約上の差別禁止原則を解釈・適用する際の手順とその特徴を考察した。3節では、学説において指摘されている「差別事由の階層化」の概念を手掛かりとして、人種や種族的出自に基づく差別に関する判例の動向を検討し、ヨーロッパ人権条約14条や第12議定書1条に列挙された事由の中でも、人種や種族的出自に基づく扱いの差異が正当化されるためには、最も厳格な根拠が求められることを明らかにした。4節及び5節では、主に、D.H.ほか対チェコ事件小法廷判決（2006年）と同事件大法廷判決（2007年）を対比させながら論じた。かつてはヨーロッパ人権裁判所が、間接差別について条約違反を認定することに消極的であったのに対して、この大法廷判決を契機として、統計の証拠能力と証明責任の配分に関する裁判所の解釈が変化し、間接差別による権利侵害が救済される途が開かれたことを明らかにした。6節では、D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決で見られた判例変更の背後にヨーロッパ人権裁判所がEU法を参照したことを指摘したうえで、このことが、評価の余地理論を媒介としたヨーロッパ人権裁判所と締約国との間の司法対話によって説明可能であることを示した。すなわち、ヨーロッパ人権条約と比較して詳細な内容を持つEU法上の差別禁止原則が、EU法の直接効果や指令の国内法転換によって、EU構成国の国内法の中に同様の差別禁止原則を形成させた。EUの構成国は、いずれもヨーロッパ人権裁判所の締約国であることから、ヨーロッパ人権裁判所は、これを締約国間の「共通基盤」と捉え、評価の余地を縮減する解釈へと結び付けたのであった。

第5章

国連の人権保障制度における人種・民族差別の禁止の展開と多文化共生

はじめに

1. 国際的人権保障制度の確立と「国際非差別法」の形成
2. 条約履行監視委員会の条約解釈における差別形態の区分と差別事由の階層化
3. 人種・民族差別の規制と国際社会の総意

小括

はじめに

本章では、国連の人権条約の差別禁止・平等原則がどのように解釈され、人種や種族的出自に基づく差別に対する救済につながっているのかを考察する。第1章で扱った通り、伝統的に「国家間の法」であった国際法の規律が、人権保障の分野にも及ぶようになり、個人の権利の保護を目的とする法分野（国際人権法）が確立したのは、第二次世界大戦後のことである。国際人権法は、出自や属性の如何にかかわらず、全ての個人に平等に基本的人権を保障することを原則とし、被抑圧的な立場に置かれている人々を包摂した実質的平等な人権保障の実現を各国家に要請している¹。

以下では、まず、戦後に国連の下で発展した国際人権保障制度の下での差別禁止・平等原則の発展過程を概観する。特に、「国際非差別法」の形成の推進力となった性差別の撤廃と人種差別の撤廃に関する国際規範の形成過程を中心に考察を加える（1節）。続いて、人権条約の履行監視委員会の判例法を分析し²、国連の人権保障制度においても、差別形態の区分とそれに応じた証明責任の配分、及び、条約違反審査の厳格度の違いに基づく差別事由の階層化が生じていることを明らかにする（2節）。さらに、人種や種族的出自による差別の禁止に関して、国際社会の一般的合意の存在が推定され、そのような場合には、各国家の条約解釈の裁量は狭く解されることを明らかにする（3節）。

¹ 詳しくは、第1章3節を参照。

² 人権条約履行監視委員会の機能とその判例法の性格については、序論の注3を参照。

1. 国際的人権保障制度の確立と「国際非差別法」の形成

第1章3節で論じた通り、第二次世界大戦後、国連の下で創設された国際人権保障制度は、全ての個人に平等に基本的人権を保障することを原理とする。人権の普遍的尊重という国連の目的の下、被抑圧的な状況に置かれた少数者に属する者を含む全ての者に差別なく人権を保障すれば、結果的に少数者保護も実現されるという認識があったため、国際連盟期に存在したような少数者保護制度は設けられなかった。国際人権法の形成期は、女性の参政権獲得や社会進出を目指す女性解放運動や有色人種への差別撤廃を要求する公民権運動が各国で高揚した時期と重なっており、そのような運動と国際人権法の発展とが相互に影響し合いながら、人種や性別、国籍に基づく差別を撤廃する国際法規則が確立した。以下では、第二次世界大戦後、国連の下での国際人権法と差別禁止・平等原則の形成過程を概観しなら、特に、性別と人種に基づく差別の禁止に関わる国際法規則の発展過程を考察する。

1.1. 国際人権法の基本原則としての差別禁止

第二次世界大戦後、1948年に採択された世界人権宣言に続いて、基本的人権の保障を目的とする条約が順次採択され、差別の禁止は、国際人権保障の基本原則として確立していった。同時に指摘するべきは、第二次世界大戦後の世界で発展を遂げた国際人権法上の平等原則は、各国の国内憲法上の平等原則をそのまま国際法に移植しただけのものではない。近代の西欧や北米諸国における「平等」の実態は、キリスト教徒、有産階級の成人男性を対象としたものであり、キリスト教徒から見た「異教徒」、無産階級、女性や子どもには「平等」原則が及ばなかった。また、「外国人」も平等な扱いの対象ではなかった。このことは、西欧や北米における人権の制度的確立と帝国主義を背景とする植民地体制と資本主義経済の確立が、「国民国家」が並存する国際秩序の形成と同時期に進行したことからすれば、不自然なことではない。

20世紀に人類が経験した2度の世界大戦では、各国で異教徒や無産階級、女性を含む国民の総動員体制がしかれた。このことは、一方で国民を強制的に戦争に駆り出す暴力的な方法であったが、他方で、女性と無産階級の地位の向上をもたらした。また、第二次世界

大戦中のホロコーストへの反省と戦後の脱植民地化は、人種差別撤廃への原動力となった。各国における女性の参政権獲得や社会進出を目指す女性解放運動や有色人種への差別撤廃を要求する公民権運動の動きと国際人権法の発展とが相互に影響し合いながら、人種や性別、国籍に基づく差別を撤廃する国際法規則が確立していった。大沼保昭は、こうした展開を「包括的法分野」として**非差別法**が生じてきた」と説明したうえで、差別の禁止に関わる国際法規則群を総称して「国際非差別法」と呼び、「国際法の分野のなかでも第二次大戦後最も顕著な発展を示した分野」だとする³。この整理によれば、国際非差別法には、全ての人間の尊厳と権利の平等に関する世界人権宣言1条、権利と自由の享受における差別禁止に関する2条1項、法の前の平等や法による保護に関する7条のほか、国際人権規約上の権利に関する差別の禁止を定める経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）2条2項や自由権規約2条1項、法の前の平等に関する同26条のほか、人種や性別等に基づく差別の撤廃を目的とする諸条約、地域的人権条約における平等規範、これに関する法文書や判例、諸国の実行等からなる。

第二次世界大戦後の「国際非差別法」の発展は、フランスの「人及び市民の権利に関する宣言」や米国の「独立宣言」に象徴されるように、平等の確保を目指してきた近代法の歴史が、国際法において展開したものといえよう⁴。冷戦期から今日に至るまで、西欧近代社会的価値としての「人権」に鋭い批判が向けられるのと時期を重ねて、「平等」は、その解釈をめぐって激しい論争の的となってきた⁵。それでもなお、1993年の世界人権会議の成果文書として採択された「ウィーン宣言及び行動計画」は、「いかなる区別もない人権及び基本的自由の尊重」が国際人権法の基本原則であり、「あらゆる形態の人種差別、外国人

³ 大沼保昭『国際法：はじめて学ぶ人のための』第2版、東進堂、2008、358-359頁；同『国際法』ちくま新書、2018、224-233頁。なお、戦後の国際人権法において、性差別と人種差別の撤廃を目指す運動が、差別の禁止に関する法規則の発展の原動力となったとの見解は、多くの論者に共通して見られるものである。代表的なものとして以下を参照：斎藤恵彦『世界人権宣言と現代：新国際人道秩序の展望』有信堂高文社、1984、173-193頁；田畑茂二郎『国際化時代の人権問題』岩波書店、1988、91-133頁。

⁴ この点について、ラートブルフ（Gustav Radbruch）は、「平等は法の出発点ではなくなり、法秩序の到達点となる」と述べている（碧海純一（訳）『法学入門』ラートブルフ著作中第3巻、改訂版、東京大学出版会、1964）。

⁵ これに関連する論考は、国際法学のみならず、公法学や法哲学、政治哲学においても多数刊行されている：主要なものとして以下を参照；R. ドゥウオーキン（小林公ほか訳）『平等とは何か』木鐸社、2002；J. ロールズ、E. ケリー（田中成明、亀本洋、平井亮輔訳）『公正としての正義 再説』岩波書店、2004；J. ロールズ（川本隆史、福間聡、神島裕子訳）『正義論』改訂版、紀伊國屋書店、2010；また、概説的なものとして以下を参照；広瀬巖（編・監訳）『平等主義基本論文集』勁草書房、2018；宮地正卓『「自由」と「平等」の哲学—両理念の人間論的根拠と正当な実現化』北樹出版、2001。

排斥、及び、関連する不寛容の早急かつ包括的撤廃」を国際社会の優先的使命に位置付けている⁶。また、性別に基づくあらゆる形態の差別や暴力、セクシャル・ハラスメントや性的搾取の撤廃⁷、少数者に属する者の固有の文化の享受、宗教の信仰と実践、固有の言語の使用⁸、障害者の非差別とあらゆる人権及び基本的自由の平等な享受の確保⁹等を掲げる。大沼保昭は、この文書が171カ国のコンセンサスによって採択されたことの意義を重視し、「地球全体に妥当する最も**正統性の高い人権観**を表明した」とものと評価する¹⁰。こうした背景に鑑みれば、差別の禁止と撤廃は、現代の国際人権法の主要原則をなし、国際社会が優先的に取り組むべき課題として認識されているといえる。

1.2. 性差別の撤廃とジェンダー平等へ

第二次世界大戦後の「国際非差別法」の発展をもたらした動因の1つは、性別に基づく差別の撤廃を求める運動であった¹¹。戦後の国際人権保障の基本文書である国連憲章及び世界人権宣言の前文、自由権規約及び社会権規約の3条は、それぞれ、基本的人権の尊重と並べて、「男女の同権 (equal rights of men and women: égalité des droits des hommes et des femmes)」を明示している。1946年、創設後間もない国連では、経済社会理事会の下には、人権委員会 (Human Rights Commission; 2006年に人権理事会の設立に伴って活動停止) と並んで、女性の地位委員会 (Commission on the Status of Women) が設立された。同委員会が中心となって、婦人の参政権に関する条約 (Convention on the Political Rights of Women; 1953年署名、1954年発効、日本については1955年に効力発生、昭和30年条約第15号)、既婚婦人の国籍に関する条約 (Convention on the Nationality of Married Women, 1957年に署名、翌年発効、日本は未批准)、婚姻の同意・最低年齢及び登録に関する条約 (Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages, 1962年に署名、1964年に発効、日本は未批准) 等が採択され、主に市民的及び政治的権利における女性差別の撤廃が進められた。また、国連での動きと並行して、国際労働機関 (International

⁶ Vienna Declaration and Programme of Action adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, para.15.

⁷ Ibid., para.18.

⁸ Ibid., para.19.

⁹ Ibid., para.22.

¹⁰ 大沼『国際法：はじめて学ぶ人のための』前掲書 (注3)、342頁；同『人権、国家、文明：普遍主義的人権観から交際的人権観へ』筑摩書房、1998、第7章。

¹¹ 大沼『国際法：はじめて学ぶ人のための』上掲書、360頁。

Labour Organisation; ILO) では、男女の同一報酬に関する 100 号条約 (Equal Remuneration Convention, No.100; 1951 年に採択、1953 年に発効、日本は 1967 年に批准) や雇用政策に関する 122 号条約 (Employment Policy Convention, No.122; 1964 年に採択、1966 年に発効、日本は 1986 年に批准) 等が相次いで採択され、社会的及び経済的権利に関しても、男女間の差別の撤廃が図られた。こうした性別に基づく差別の撤廃を求める法の発展を反映し、国連総会では、1967 年に女性差別撤廃宣言、1979 年に女性差別撤廃条約 (日本の外務省による公定訳は「女子差別撤廃条約」) が採択された¹²。女性差別撤廃条約は、国家による性別に基づく差別を禁止するだけでなく、個人や企業による女性に対する差別 (2 条 e) や女性に対して差別的な社会慣行や慣習 (同 f) を是正する積極的措置をも義務付けている。

今日では、女性に対する差別の撤廃にとどまらず、ジェンダーの視点から国際法を見直し、伝統的に「周縁化 (marginalised)」されてきた存在としての女性に焦点を当てる「フェミニスト・アプローチ」が提唱されている¹³。2006 年に国際法律家協会 (International Commission of Jurists) が作成した素案が元になり、2007 年に人権理事会で承認された「性的指向と性同一性に関わる国際人権法の適用に関するジョグジャカルタ原則¹⁴、2011 年に人権理事会で採択された「人権と性的指向・性自認に関する決議¹⁵」、2016 年の「性的指向・性自認に基づく差別と暴力からの保護に関する決議¹⁶」等によって、男女二分論を見直し、多様なジェンダーのあり方と性的指向・性自認 (sexual orientation and gender identity: SOGI) の視点を含んだ法規範の形成が進んでいる¹⁷。

¹² UNTS vol.1249, p.13、1979 年 12 月 18 日署名、1981 年 9 月 3 日発効、日本は 1985 年 6 月 25 日に批准、同年 7 月 25 日発効、2018 年 12 月現在、締約国数は 189

¹³ 申恵丰「国際法とジェンダー：国際法におけるフェミニズム・アプローチの問題提起とその射程」『世界法年報』22 号 (2002) 145 頁以下。このアプローチをとる代表的な文献として参照：H. Charlesworth & C. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester University Press, 2000 (阿部浩己 (監訳)『フェミニズム国際法：国際法の境界を問い直す』尚学社、2005)。

¹⁴ International Commission of Jurists, 'Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity', 2007, available at < <http://www.refworld.org/docid/48244e602.html>> accessed 1 November 2018. See, M. O'Flaherty & J. Fisher, 'Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principle' in: 8 (2) *Human Rights Law Review* 207 (2008).

¹⁵ Human Rights Council Resolution 17/19, 'Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity' (2011), UN Doc., A/HRC/Res/17/19.

¹⁶ Human Rights Council Resolution 32/2, 'Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity' (2016), UN Doc., A/HRC/RES/32/2.

¹⁷ このような動向につき、詳しくは以下を参照：谷口洋幸「LGBT/SOGI の人権と文化多様性」北村泰三、西海真樹 (編著)『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017、225-241 頁。

1.3. 人種差別の禁止とその射程の拡大

性別に基づく差別の禁止と並んで、人種差別の撤廃を求める運動も、第二次世界大戦後の国際非差別法を発展させる原動力であった。第二次世界大戦中のナチスによるユダヤ人の大量虐殺に対する強い非難は、集団殺害罪の防止および処罰に関する条約（Convention on the prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ジェノサイド条約、1948年採択、1951年発効）の採択を促した。また、人種差別の中でも、アパルトヘイトは、特に極端・悪質な形態として、国連創設後間もない時期から取り上げられた。この問題が国連において取り上げられることに強く反対していた南アフリカは、アパルトヘイトは異なる人種間の異なる発展を促進するための「分離（segregation）」であって、差別ではなく、また、自国民の扱いに関する国内管轄事項であるとの立場をとっていた¹⁸。しかし、国連総会は、1946年に、決議 103 において、宗教及び人種に基づく迫害（persecution）及び差別を早急に終了させることが、人道上の重大な利益を有するとし¹⁹、1950年の決議 395 では、「人種的分離（racial segregation）」政策としてのアパルトヘイトは、必然的に人種差別の論理に基づくものであることを宣言した²⁰。人種差別の撤廃に関する包括的な国際文書として、国連総会は 1963 年に人種差別撤廃宣言を採択し²¹、その 2 年後の 1965 年には、法的拘束力を持つ条約として、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（以下、人種差別撤廃条約）が採択され、1969 年に発効した²²。

条約を実施する締約国の義務に関して、人種差別撤廃条約は、国家機関による人種差別を禁止するだけでなく、私人による人種差別を禁止し終了させること（2条1項d）、及び、人種間の融和や障壁の撤廃（同 e）のための積極的措置をも義務付けている。人種差別撤

¹⁸ 詳しくは、金東勲『人権・自決権と現代国際法：国連実践過程の分析』新有堂、1979、148頁。

¹⁹ UNGA, Resolution 103 (I) (1946), UN Doc., A/RES/103(I).

²⁰ UNGA, Resolution 395 (V) (1950), UN Doc., A/RES/395(V), Preamble. このような文言が決議の盛り込まれた背景には、南アフリカ国内において、アパルトヘイトが「異なる人種集団の個別的発展（separate development of the different racial groups）」として、各人種集団間の独自性の尊重として、差別であることを隠蔽するような説明がなされていたという事情がある：see, South African History Online, 'A history of Apartheid in South Africa', available at, <<https://www.sahistory.org.za/article/history-apartheid-south-africa>> accessed 11 November 2018.

²¹ UNGA, Resolution 1904 (XVII), 'United Nations Declaration on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination' (1963), UN Doc., A/RES/1904(XVII)

²² UNTS vol.660, p.195、1965年12月21日署名、1969年1月4日発効、日本は1995年12月15日に批准、1996年1月14日発効、2018年12月現在、締約国数は179。

廃条約が、国家による差別を禁止するだけでなく、現に存在する差別を除去し、被差別集団の社会的包摂を図っている点は、国際非差別法に大きな進展をもたらしたものだとして評価される²³。こうした差別の禁止における積極的義務は、後に採択された女子差別撤廃条約（1979年）にも受け継がれている。障害者の権利条約（2007年）では、さらに進めて、「合理的配慮（reasonable accommodation）」の否定を禁止し（2条）、多様な人々の平等な社会参加を目指す法規範へとつながっている。また、2001年に南アフリカのダーバンで開催された人種主義、人種差別、外国人排斥および関連する不寛容に関する世界会議（World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance、以下、ダーバン会議）で採択された宣言及び行動計画でも、人種主義、人種差別、外国人排斥および関連のある不寛容は、国際社会として取り組むべき課題であり、少数者として暮らす人種集団の構成員に対しても、法の前の完全な平等の下、全ての人権と基本的自由を全面的かつ有効に行使できるよう保証することが謳われている²⁴。また、人種差別撤廃委員会（Committee on Elimination of Racial Discrimination: CERD）も、現代国際人権法における人種差別や種族的出自に基づく差別の禁止は、それらの事由に直接基づく差別を禁止するだけでなく、他の事由に基づく扱いの差異の結果、特定の人種や種族的出自に属する人々に不利な効果を生じる（間接差別）の禁止も含んでおり、これらの事由に基づく扱いの差異には、条約に反する差別であるとの推定が働き、締約国にはそれを正当化する重い証明責任が課せられるとの立場をとっている。次節では、この点を人種差別撤廃委員会及び自由権規約委員会の判例法に基づいて検討する。

2. 条約履行監視委員会の条約解釈における差別形態の区分と差別事由の階層化

差別の禁止は、人権保障の最も基本的な原則の1つであり、これを否定することは、「人

²³ 大沼『国際法：はじめて学ぶ人のための』前掲書（注3）、359頁。なお、人種差別撤廃条約4条aは、「人種的優越又は憎悪に基づく思想のあらゆる流布、人種差別の扇動」や「人種主義に基づく活動に対する資金援助を含むいかなる援助の提供」を法律に基づいて処罰すべき犯罪とするよう締約国に求めているが、憲法上の表現の自由との関係が問題となり、これを重視する日本や米国は、この点を留保したうえで、人種差別撤廃条約を批准している。自由権規約20条2項も、「国籍による、人種的な、又は宗教上の差別を扇動するような憎悪の唱道」を法律で禁止するよう締約国に要請するが、日本はこれに留保を付することなく批准している。

²⁴ ‘Durban Declaration and Programme of Action’, para.48 of the Programme of Action, available at <<http://www.un.org/WCAR/coverage.htm>> accessed 11 November 2018.

は生まれながらにして、自由かつ平等である」という人権原理の根本を否定するに等しい。ここで言う差別の禁止とは、全ての者をいかなる場合にも、画一的に扱うことを意味するものではないため、個人間で異なる扱いを生じさせるような締約国の措置が、人権条約に反する差別であるか否かを個別に判断する必要が生じる。

国連の下で採択された種々の人権条約も、国家間条約の一種である以上、第一義的な解釈権は各締約国が有する。しかし、人権条約の場合には、個人の権利を普遍的に保障するというその目的から、各条約の履行監視機関が示す一般的意見や個人通報手続に基づく見解は、形式的には法的拘束力がないものの、「有権的 (authoritative)」なものとして扱われ、実質的な判例法を形成している²⁵。本節では、国連の主要な人権条約の履行監視委員会によって示された解釈を参照しながら、禁止される「差別」の意味を検討する。

一般的な内容を持つ自由権規約や社会権規約には、差別の定義に関する規定が置かれていないのに対して²⁶、特定の集団に属する人々に対する差別の撤廃を特に目的とした人種差別撤廃条約や女性差別撤廃条約には、それぞれ、「人種差別」と「女性に対する差別」の定義規定が置かれている。人種差別撤廃条約1条1項は、「人種差別 (racial discrimination)」を次のように定義する：

「人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活

²⁵ 岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」『世界法年報』29号(2010)50-85頁；小森光夫「国際法規の形成と国内管轄の概念-国内管轄概念の再構成のための序説的考察」松田幹夫(編)『流動する国際関係の法』国際書院、1997、141頁；坂元茂樹「条約の実施機関の解釈機能：自由権規約2条1項の解釈をめぐる」坂元茂樹(編)『藤田久一先生古稀記念 国際立法の最前線』有信堂高文社、2009、137-138頁。

²⁶ これらの規約の適用上の「差別」の定義は、両規約委員会の一般的意見で示されている：「人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治上の意見若しくはその他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生、その他の地位に基づく、全ての意味での区別、排除、制限、特惠 (preference) であって、全ての人々が対等の立場で、全ての人権と自由とを認識し、享受し、行使することを阻止しまたは妨げる目的を有し、又はそのような効果を有するものを意味する」「人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治上の意見若しくはその他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生、その他の地位に基づく、全ての意味での区別、排除、制限、特惠 (preference) であって、全ての人々が対等の立場で、全ての人権と自由とを認識し、享受し、行使することを阻止しまたは妨げる目的を有し、又はそのような効果を有するものを意味する」(HRC, General Comment 18 on Non-Discrimination (1989), UN Doc., HRI/GEN/1/Rev.1, para.7)
「差別の禁止事由に直接的又は間接的に基づきたいかなる区別、排除、制限または優先、若しくは差異ある待遇であり、平等の立場で規約上の権利を認識し享有し又は行使することを無効にし又は害するような意図又は効果を有するもの」(CESCR, General Comment 20, 'Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights' (2009), UN Doc., E/C.12/GC.20, para.7)

の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するもの」

ここでは、禁止の対象となる差別の定義に、条約上の権利の享受・行使を直接に妨げる行為のみならず、そのような効果を有するものが含まれている²⁷。すなわち、条約に列挙された事由に基づいて、合理的根拠を欠く扱いの差異を設けるような措置（直接差別）だけでなく、それ自体としては差別的性格を持たない措置が、結果として差別的効果を生じさせる措置（間接差別）も禁止している²⁸。

人種差別や民族差別との関連では、特に、人種差別撤廃条約の適用と国籍に基づく扱いの差異が問題となる。特に問題となるのは、国籍に基づく扱いの差異を含む措置が、実質的には種族的出自に基づく差別という帰結に至る場合である。人種差別撤廃条約1条1項に示された「人種差別」の定義には、ヒトの遺伝的・生物学的形質に基づく「狭義の」人種差別だけでなく、種族的出自（ethnic origin）や世系（descent）に基づく差別のように、歴史的・社会構造的なもので、個人の意思によっては変更し難い事由に基づく差別も含まれる²⁹。人種差別撤廃委員会の一般的勧告14は、締約国の行為が条約に違反するか否かを決定する際には、「人種、皮膚の色、世系、国民的若しくは種族的出自に基づいて区別される集団に対して、正当化不可能な異質の影響（unjustifiable disparate impact）」を生じさせているか否かが検討されるべきであると述べ³⁰、差別の有無の判断は、問題となった措置の性格そのものではなく、そこから実際に生じた効果に照らしてなされるべきことを示している。そのため、人種差別撤廃条約1条1項に列挙されたもの以外の事由に基づく扱い

²⁷ なお、女性差別撤廃条約1条は、「女性に対する差別（discrimination against women）」について、人種差別撤廃条約1条1項と類似した定義を定めている：

「性に基づく区別、排除又は制限であつて、政治的、経済的、社会的、文化的、市民的その他のいかなる分野においても、女子（婚姻をしているかいないかを問わない。）が男女の平等を基礎として人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを害し又は無効にする効果又は目的を有するもの」

²⁸ CERD, General Recommendation 32, 'The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination' (2009), UN Doc., CERD/C/GC/32, paras 7-8; CEDAW, General Recommendation on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (2010), UN Doc., CEDAW/C/GC/28, paras 9, 13, 16. See also, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, supra note 61, para.10. See, K. Boyle & A. Baldacinni, 'A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism' in: S. Fredman (ed.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford University Press, 2001, p.157.

²⁹ See, J. A. L. Alves, 'Race and Religion in the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination' in: 42 *University of San Francisco Law Review* 941 (2008), pp. 946-947.

³⁰ CERD, General Recommendation 14 on Article 1, Paragraph 1, of the Convention (1993), U.N. Doc. A/48/18 at 114, para.2.

の差異を含む措置を締約国が行った結果生じた事実が、同規定に列挙された事由に基づく差別とみなされることがあり得る。近年では、特に、国籍に基づく扱いの差異を含むことの多い出入国管理の場面において³¹、テロ対策を理由とする厳格化を背景として、滞在国の国籍を持たない移民、難民、及び、庇護申請者に対する扱いが、特定の人種や民族的出自に属する人々を排除し、結果的に人種差別撤廃条約に反する人種差別を構成する場合が問題となっている³²。この点について、人種差別撤廃委員会の一般的勧告 30 は、市民権の有無や出入国管理法令上の地位に基づいて扱いの差異を設ける場合にも、条約の趣旨目的に照らして、正当な目的に従って適用され、かつ、当該目的の達成と比例していることを要求している³³。

また、国連の人権条約履行監視委員会の伝統的な条約解釈では、個人通報手続における委員会の役割は、締約国の国内法が条約と両立するか否かを一般的・抽象的に判断することではなく、国家主権の尊重を前提として、個別の事実が、条約上の権利の侵害に当たるか否かを判断することであるとされてきた³⁴。これに対して、近年、形式的には国籍に基づく扱いの差異を含む行為が、実質的に種族的出自（ethnic origin）に基づく差別であることが疑われる場合における人種差別撤廃委員会の見解の中には、通報者に課せられる証明責任を国家の側に転換し、救済可能性を広げる傾向が見られるようになっている。以下では、個人通報に対する人種差別撤廃委員会の見解のうち、証明責任の配分に関わるものを取り上げて検討する。

(1) ムラト対デンマーク事件（2007年）³⁵

本件の通報者は、コペンハーゲンにある大工を養成する技術学校の生徒であった。同校

³¹ 人種差別撤廃条約 1 条 2 項には、市民と市民でない者との間の扱いの差異には、同条約の規律が及ばないことが明示されている。ただし、3 項但し書には、国籍に基づく扱いの差異が、いかなる特定の国籍に対しても（any particular nationality）差別的なものであってはならないことが明示されている。See, CERD, General Recommendation 11 on Non-Citizens (1993), U.N. Doc. A/48/18 at 112, para.1.

³² C. Gearty, 'Is Attacking Multiculturalism a Way of "Tackling Racism" or Feeding It: Reflections on the Government's Prevent Strategy' in: 2 *European Human Rights Law Review* 121 (2012).

³³ CERD, General Recommendation 30 on Discrimination against Non-Citizens (2004), UN Doc., HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, para.4.

³⁴ 代表的なものに、自由権規約委員会のマクイサーク対カナダ事件がある：HRC, *MacIsaac v Canada*, Communication No. 55/1979 adopted on 14 October 1982, UN Doc CCPR/C/17/D/55/1979, para.10.

³⁵ CERD, *Murat Er v Denmark*, Communication No. 40/2007 adopted on 8 August 2007, UN Doc., CERD/C/71/D/40/2007.

のカリキュラムには、生徒が企業で実地研修を行うことが含まれていた。申立人は、教師が手にしていた実地研修先の候補となる企業のリストの中で、一部の企業名の横に‘P’と書かれているのを発見し、教師に尋ねたところ、パキスタン人またはトルコ人を派遣しないよう求めてきた企業であることを意味するとの説明を受けた。学校が特定の種族的出自を有する者を研修生として受け入れない企業と連携しているとして、申立人が口頭で視学官に訴えたところ、研修生としてデー族 (ethnic Dane) しか受け入れないという企業の要望に応じないことは、学校の確固たる方針であり、通報者が言うような事実は把握していないとの回答を受けた。そこで、学校管理委員会に書面で訴え出たところ、訴えは受理されたものの、教師や他の生徒から嫌がらせを受けるようになり、さらに、当人が望んでいない研修プログラムに配属された³⁶。実地研修を終えた後、通報者がさらに別の企業での研修にも参加したところ、学校が企業に対して、「黒人 (a Black)」を受け入れ可能かどうか問い合わせていたことを研修先の担当者から聞いた。この研修を終えた後、通報者は学校に戻ったものの、学校による差別的扱いを経験した結果、落胆して鬱状態となった。病院で治療も受けたが、大工になるという夢を断念するに至り、介護の職に就いた³⁷。国内手続における賠償請求を棄却された後³⁸、通報者は、デンマークが人種差別撤廃条約 2 条 1 項 d、5 条 e 号 v、及び 6 条を侵害したとして、委員会に個人通報を行った。通報者の主張によると、学校における差別的扱いの結果、他の生徒と同等の教育の可能性を享受できず、それに対する効果的な救済も得られなかった。さらに、通報者による請求が棄却されたことについて、「共有された証明責任 (shared burden of proof)」と種族的出自に基づく差別の有無に関する調査が十分に実施されていない点で、国内裁判所による法令解釈は、人種差別撤廃条約 6 条と両立しないと主張した³⁹。

これに対して、被通報国のデンマークは、通報者が主張した事実に関して、通報者は当該事実によって直接かつ個人的に (directly and individually) 影響を受ける立場にはない点で法的利益を持たない⁴⁰。また、条約上の義務の実施について、締約国は広い評価の余地を有しており (significant margin of appreciation)⁴¹、個人通報手続における人種差別撤廃委員会の過去の見解によれば、差別によって権利を侵害されたことを示す明らかな証拠

³⁶ Ibid., para.2.1.

³⁷ Ibid., para.2.2.

³⁸ Ibid., paras 2.3-2.7.

³⁹ Ibid., paras 3.1-3.3.

⁴⁰ Ibid., para.4.2.

⁴¹ Ibid., para.4.6.

(*prima facie evidence*) を示すことは、通報者がしなければならない⁴²。

人種差別撤廃委員会の見解では、通報者が目撃した企業リスト上の「P」という文字が、デン族の種族的出自を持たない生徒が、特定の企業には研修生として派遣され得ないことを意味するという事実をもって、通報者を含む非デン系の生徒全員に対する「事実上の差別 (*de facto discrimination*)」の存在を認めるのは十分であり、人種差別を構成するとして、証明責任の配分に関する通報者の主張を容認し、人種差別撤廃条約5条e号(v)の違反を認める判断を示した⁴³。また、被通報国デンマークは、本件で問題となった研修制度の運用が、特定の種族的出自の者を実地研修から排除することにならないかを調査する義務を有するにもかかわらず、それを怠ったとして、2条1項dの違反を認めた⁴⁴。

(2) V.S.対スロヴァキア事件 (2016年)⁴⁵

本件では、種族的出自に基づく差別の証明に関して、通報者の証明責任を軽減し、国家側に差別的扱いの不存在の証明を求める判断が示された。本件の通報者は、ロマの種族的出自を有するスロヴァキア国籍者であり、大学で一般教養と歴史の教員免許を取得、2006年に卒業した後、小学校に教務補佐及び補助教員として1年間勤務した。雇用期間が終了した2007年以降、自身が居住する地域の小学校で職を探していた⁴⁶。2009年、募集は行われていなかったが、通報者はスロヴァキア国内の国際バカロレア小学校の歴史教員に応募するとともに、当該ポストでの採用が不可能な場合には、教務補佐でも差し支えない旨を伝えていた⁴⁷。通報者によると、応募書類を提出するために学校を訪ねた日に、校長から、仕事を探すよりも他のロマの女性と同じように、子どもを持つことを勧められたうえ、ロマの女性である通報者は、仮により上位の資格を取得しても職は得られないだろうと言われた。1週間後、校長は通報者に対して、不採用とするが、欠員が出た場合に備えて、通報者の応募を有効なままにしておくことを通知した。さらに2カ月後、通報者は、ロマ出自ではなく、かつ、通報者よりも下位の資格と職歴しか持たない人物が、教務補佐として

⁴² Ibid., para.4.9. See, CERD, *K.R.C. v Denmark*, Communication No. 23/2002 adopted on 14 August 2002, UN Doc., CERD/C/61/D/23/2002, para.6.2; *C. P. v Denmark*, Communication No. 5/1994 adopted on 15 March 1995, UN Doc., CERD/C/46/D/5/1994, paras 6.2-6.3.

⁴³ CERD, *ibid*, *Murat Er v Denmark*, para.7.3.

⁴⁴ Ibid., para.8.

⁴⁵ CERD, *V. S. v Slovakia*, Communication No. 56/2014 adopted on 6 January 2016, UN Doc., CERD/C/88/D/56/2014.

⁴⁶ Ibid., paras 1-2.1.

⁴⁷ Ibid., para.2.2.

採用されていることに気付いた⁴⁸。

応募者は、自身がロマの出自を有するが故に差別を受けたことを疑い、国内法上の手続によって、国家人権センター（National Centre for Human Rights）による地位の確認と教育科学研究スポーツ大臣による説明を求めたところ、前者の手続において、差別的扱いがあった可能性を示す結論が得られた⁴⁹。その後、学校を相手取って、謝罪と非金銭的損害に対する賠償を求めて、民事訴訟を提起した。裁判では、通報者よりも下位の資格しか持たない者を採用した理由に関する学校側の説明（専ら、財源が限られているため、低賃金での雇用が可能な者を採用する必要があったことが理由である旨の説明）を認め、さらに、労働関係においては、採用基準を充足した者が、当然に雇用される権利を有するわけではないとして、通報者の請求は棄却された。各上訴審も、同様の結論であったため⁵⁰、通報者は、さらに、スロヴァキア憲法裁判所で違憲訴訟を提起したものの、訴えの根拠を欠くとして却下された⁵¹。

国内法上の手続を尽くしたとして、通報者は、人種差別撤廃条約5条e項i及び6条と併せ読んだ2条1項a、c、d、e及び同2項の違反を委員会に訴えた⁵²。通報者の主張によると、証明責任は学校側に転換され、通報者自身は学校側の差別的意図を証明する必要はないにもかかわらず、国内裁判では、通報者に対して証明責任を負わせる判断がなされた。スロヴァキアにおいて、差別の禁止に関する法令の実施が不十分であることは、同国に対する人種差別撤廃委員会の総括所見でも指摘されているところであり、本件でも、広範な文脈で（in the global context）、ロマ出自の者に対する人種差別を検討しなければならない⁵³。

委員会の見解によれば、被通報国のスロヴァキアは、小学校教員ないし教務補佐に不採用となった際に通報者が受けた扱いの差異を正当化する説得的な根拠を示していない。通報者よりも下位の資格しか持たない人物が教務補佐に採用された事実について、職務に対する適性や財源の不足によって正当化することはできない。通報者が、人種、皮膚の色、国民的若しくは種族的出自に基づく差別なしに勤労の権利を享受できていたとはいえず、

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., paras 2.3-2.4.

⁵⁰ Ibid., paras 2.5-2.8.

⁵¹ Ibid., paras 2.9-2.10.

⁵² Ibid., para.3.1.

⁵³ Ibid., paras 3.3-3.4; CERD, Concluding observations on the ninth to the tenth periodic reports of Slovakia (2013), UN Doc., CERD/C/SVK/CO/9-10, para.7.

人種差別撤廃条約5条e項iの違反を構成する⁵⁴。また、証明責任に関して、学校側の差別的意図の証明を通報者に求める国内裁判所の判断は、人種差別撤廃条約と両立せず、2条1項a、c、及び6条の違反を構成する⁵⁵。なお、通報者が違反を主張するこれら以外の条約規定については、別個に検討しない⁵⁶。

(3) 検討

本節で検討した通り、国連の主要な人権条約の中でも、差別の撤廃を主目的とする女性差別撤廃条約及び人種差別撤廃条約には、それぞれ差別の定義が明示されている。両条約ともに、各条約が規律する事由に基づく区別、排除、制限または優先のうち、人権及び基本的自由の享受または行使を妨げる目的及び「効果」を有するものを差別と定義している。このことは、それ自体として、特定の集団に属する人々を差別する意図を含まない締約国の措置が、結果として差別的な帰結を生じさせた場合にも条約違反を構成し得る、すなわち、両条約が間接差別も禁止していることを示している。人種差別撤廃委員会も、一般的勧告14（1993年）やその後の個人通報に対する見解において、そのような解釈を踏襲している。先述のムラト対デンマーク事件では、「事実上の差別（*de facto discrimination*）」という概念が導入され、問題となった学校における実地研修の運用について、非デー系生徒全体に対する差別が疑われるとして、通報者への個別的な影響を問うことなく、条約違反を認める判断が下された。また、V.S.対スロヴァキア事件では、人種差別撤廃委員会は、争点となった学校側の差別的意図の証明を通報者に求めた国内裁判所の判決を明示的に否定し、被通報国側への証明責任の転換を認めた。

3. 人種・民族差別の規制と国際社会の総意

前項では、国連の人権条約履行監視委員会による条約解釈においても、直接差別と間接差別を区分し、権利侵害を主張する個人の証明責任を国家側に転換し、救済可能性の拡大を図る解釈が見られることを明らかにした。第3・4章で検討したECJやヨーロッパ人権

⁵⁴ CERD, V. S. v Slovakia, *ibid.*, para.7.3.

⁵⁵ *Ibid.*, para.7.4.

⁵⁶ *Ibid.*, para.7.5.

裁判所では、差別の有無が争点となり、被申立国側に証明責任が転換された場合、特定の事由に基づく扱いの差異については、特に厳格な証明を求める解釈が確立しており、とりわけ、人種や種族的出自に基づく扱いの差異については最も厳格な正当化が求められる。以下では、国連の人権条約において、こうした扱いの差異を正当化するために、どの程度厳格な正当化が求められるかという点を検討する。

国連で採択された人権条約の中でも、特に包括的な内容を持つ自由権規約と社会権規約には、「人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位」による差別なく、各規約上の権利を保障することを締約国に要請する規定が置かれており、他の人権条約にも、これに類似した規定が置かれている⁵⁷。ここに、「他の地位」という文言が置かれていることは、これらが例示規定であることを意味し、条約に明示されていない事由に基づく扱いの差異も、合理的な根拠を欠くものであれば、条約に違反とみなされる。差別の禁止に関する条約規定は、事由の如何にかかわらず、国際人権法上の原則として差別的扱いを禁止したうえで、扱いの差異の事由となり得る人間の属性のうち、歴史的・経験的にみて、特に不合理で客観性に欠けると考えられるものを例示したものと解されるべきであろう⁵⁸。様々な人の属性の中でも、特に、人種や皮膚の色、性別のように本人の意思によっては変更不可能な生来の形質、及び、宗教や信仰、種族的・社会的出自のように、個人の自己認識に深く関わる要素を共有する集団への帰属を理由とする扱いの差異は、国際人権法上、原則として許容されない。さらに、近年では、障害や性的指向及び性自認のように、新たに認識されるようになった差別事由もそこに加えられている⁵⁹。

自由権規約人権委員会の見解のうち、性別に基づく差別に関する事例として、ミュラー・エンゲルハード対ナミビア事件（2002年）がある。委員会は、自由権規約26条に列举されたいずれかの事由に基づく扱いの差異が問題となる場合には、政府側に重い証明責任が

⁵⁷ 自由権規約2条1項、26条、及び、社会権規約2条2項。また、すべての移住労働者とその家族の権利保護に関する条約（1990年採択、2003年発効、日本は未批准）は、これらに加えて、年齢（age）、経済的地位（economic position）、財産（property）、婚姻上の地位（marital status）に基づく差別も明示している（1条1項）。これに対して、特定の事由に基づく差別のみを規律する条約も存在する。例えば、人種差別撤廃条約1条1項は人種、皮膚の色、世系、国民的もしくは種族的出自、女性差別撤廃条約1条は性別、障害者の権利条約2条等は障害に基づく差別をそれぞれ禁止している。

⁵⁸ 芹田健太郎『国際人権法』信山社、2018、230頁。

⁵⁹ See, D. Moeckli, 'Equality and Non-Discrimination' in: D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2010, p.196.

課せられると判断した⁶⁰。この事件の通報者は、ナミビアで宝石商を営むドイツ国籍を有する男性と、同じくナミビアでデザイナーを営むナミビア国籍の女性であった。2人が、婚姻の際に妻の姓を選択しようとしたところ、ナミビアの外国人法の規定により、妻が夫の姓を名乗るためには本人による申請のみで足りるのに対して、婚姻の際に夫が妻の姓を名乗るためには、所定の手続を経なければならなかった⁶¹。通報者は、外国人法の規定により、ナミビア憲法上の法の前の平等の権利、性別による差別を受けない権利、私的生活におけるプライバシーの権利、婚姻における平等の権利、及び、家族生活の尊重に対する権利を侵害されたとして、ナミビアの国内裁判所に訴訟を提起したところ棄却された⁶²。これを受けて2人は、婚姻の際の改姓について、男女間で異なる手続を要求するナミビア法の規定が、自由権規約26条に反するとして、自由権規約第1議定書上の個人通報手続に付託した⁶³。手続中でのナミビア政府の主張によれば、ナミビアの国内法上、婚姻時の改姓手続に男女間で差異があることについて争いはない。しかし、姓は個人の自己認識に関わる重要な要素として、社会生活全般に関わることに鑑みて正当な社会的、経済的、法的機能を果たしており、かつ、男女間の手続の違いは、女性が改姓することが一般的なナミビアの長い伝統 (long-standing tradition) を反映したものである。このような理由から、夫婦同氏とする外国人法の規定は、合理的かつ明白な基準によって正当化される⁶⁴。また、自由権規約26条は、不当、不公正、かつ、不合理な (unjust, unfair and unreasonable) 扱いに対して適用されるべきもので、本件はそのような場合には当たらない⁶⁵。これに対して、自由権規約人権委員会は、自由権規約26条に列挙されたいずれかの事由に基づく扱いの差異は、「当該差異を説明する重い責任を課す (places a heavy burden on the State party to explain the reason for differentiation)」と解した⁶⁶。そのうえで、ナミビア政府が主張する外国人法の目的の正当性は認めたものの、男女の平等という原則の重要に照らして、問題となっている改姓手続の男女間の差異を「長い伝統」によって正当化することはできないとして、自由権規約26条の違反を認めた⁶⁷。

国連の人権条約履行監視委員会では、ヨーロッパ人権裁判所の判例中で用いられている

⁶⁰ HRC, Müller and Engelhard v Namibia, Communication No. 919/2000 adopted on 26 March 2002, UN Doc., CCPR/C/74/D/919/2000.

⁶¹ Ibid., paras 2.1-2.2.

⁶² Ibid., paras 2.2-2.6.

⁶³ Ibid., para.3.1.

⁶⁴ Ibid., para.4.4.

⁶⁵ Ibid., para.4.6.

⁶⁶ Ibid., para.6.7.

⁶⁷ Ibid., para.6.8.

「評価の余地 (margin of appreciation; marge d'appréciation)」という用語自体は見られない。しかし、条約締約国の裁量の尊重と委員会による条約の統一的な解釈という2つの要請の調整を図り、ある争点について、「締約国間の共通基盤」の存在を確認できる場合には、締約国の裁量を狭く解する点で、実質的に類似した解釈手順を見て取ることができる⁶⁸。国連の人権条約においても、ある争点に関して、国際社会における一般的合意が存在するといえる場合には、各国家の解釈裁量を狭く解し、人権条約上の権利を制約の合法性に関して、国家に重い証明責任が課されると考えるのが妥当である。

人種や種族的出自に基づく扱いの差異が、差別とみなされない程度に正当化するために、国家に課せられる証明責任の厳格度は、現在のところ、人権条約履行監視委員会の見解では明示されていない。しかし、これらの事由に基づく差別の禁止に関わる国際法規則の発展に鑑みれば、先述のミュラー・エンゲルハード対ナミビア事件で示された性別に基づく扱いの差異に対する正当化基準よりも、さらに厳格であると考えられる⁶⁹。

小括

ここまで、国連の国際人権保障制度の下での人種・民族差別の規制の展開を論じた。ま

⁶⁸ E. Bjorge, 'Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law' in: 4 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 181 (2015) pp.187-189; HRC, Müller and Engelhard v Namibia, supra note 60, para.6.7.

⁶⁹ 本論文の主題とは異なるが、特定の事由に基づく差別の禁止が、国際法上一定の重要性を有することは、緊急事態における条約上の義務からの逸脱 (derogate) 可能性の点からも説明が可能であろう。自由権規約4条1項は、「国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態の存在が公式に宣言されている」場合に、締約国が同規約に反する措置をとることを認めている一方で、そのような場合でも、「人種、皮膚の色、性、言語、宗教又は社会的出身のみを理由とする差別を含んではならない」と定める。同規約の起草過程において、ウルグアイ代表のオリベ (Oribe) は、法の前平等や平等な保護は、緊急事態において、国家が特定の集団に対して特別な扱いをすることを禁じるものではないとしつつ、個人間の不平等は存在しないべきであると主張した (Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights: Articles 4 and 233' (1950), UN Doc., E/CN.4/SR.196, para.10)。また、ユーゴスラヴィア代表のイエヴレモヴィチ (Jevremovic) は、戦時や緊急事態における敵性外国人の扱いとの関連で、必要となる権利の制限は、移動、集会、出版の自由のみであって、それ以外については、緊急時であっても、自国民と外国人で異なる扱いをする必要はなく、外国人の権利も維持されるべきだと主張した (ibid., para.17)。これらの主張に対して、有力な反対はなかった。このことは、国内法と比較して、規範の階層性を特定し難い国際法において、また、権利間の階層関係を認め難い人権規範において、差別の禁止は、最も基本的な原則である差別禁止の中に、緊急事態においても逸脱不可能な権利が含まれているという認識が享有されていたことを示唆する (寺谷広司『国際人権の逸脱不可能性: 緊急事態が照らす法・個人・国家』有斐閣、2003、137-140頁)。

ず、差別の禁止に関わる包括的法分野としての「国際非差別法」における人種や民族差別の規制の状況を検討し、EU 法やヨーロッパ人権条約と同様に、国連の人権条約においても、直接差別と間接差別の形態を区分し、それぞれの形態に応じた証明責任の法理が確立していることを確認した。特に、自由権規約 2 条 2 項や 26 条、社会権規約 2 条 2 項のような包括的な差別禁止規定に列挙された事由、及び、性別や広い意味での人種のように、差別の撤廃を目的とする条約が存在する事由については、当該事由に基づく差別を禁止する国際社会の一般的合意の存在を推定することが可能であり、このような場合には、条約に明示された人権を制約について、国家の裁量は縮減され、重い証明責任が課せられる。また、各締約国は、国家自身が差別を行わないことにとどまらず、差別的意図を伴わない立法上・行政上の措置が、特定の集団にとって差別的なものとならないよう調査したり、私人間の差別を禁止したりする高度な積極的義務と差別の不存在を証明する義務を負う。

本章では、個人通報に基づく条約履行監視委員会の見解を主たる分析対象とした。しかし、個人通報制度の利用可能性は、国家の判断にかかっており、日本を含めて、同制度が利用できない国も少なくない。また、第一義的には、国内平面で実現されるという人権条約の性格に鑑みれば、国内裁判所において、個人が人権条約を援用できることが重要である。この点を踏まえて、次節では、日本の国内裁判所における国際人権法上の差別禁止・平等原則の適用の可能性を検討する。

第6章

人権条約による「多様性の尊重」の実現と日本におけるその国内適用

はじめに

1. 日本法における人権条約の位置付けと裁判所における適用
2. 日本の裁判所における国際人権法の適用と差別の禁止
3. 人権条約と国内法の司法対話を通じた「多様性の尊重」の実現可能性

小括

はじめに

前章で論じた国連の人権諸条約は、いずれも日本が締約国となっているものである。その点で、第2章から4章にかけて扱ったEU法やヨーロッパ人権条約と異なり、外国法として参照するものではない。日本は条約の内容を国内で実現する法的義務を負っており、個人が条約に基づいて権利を主張できなければならない。

本章では、人権条約上の差別禁止・平等原則の日本国内における適用のあり方と問題点を検討する。特に、人種や種族的出自に基づく差別に関して、人権条約の適用が問題となった日本の国内判例を検討し、人権条約の履行監視委員会の実行に照らし合わせることで、よって見える日本の裁判所における人権条約の適用の問題点を明らかにする（1節及び2節）。さらに、国連の人権条約履行監視委員会と国内裁判所との間の「司法対話」を通して、差別禁止・平等原則の解釈を精緻化させ、多文化共生社会における実質的に平等な人権保障を実現する可能性について考察する（3節）。

1. 日本法における人権条約の位置付けと裁判所における適用

人権条約は、個人が享受する権利を定め、かつ、当該条約に規定された権利が、確実に保障されるよう、締約国に対して、立法、行政その他の措置を講ずる義務を課す。条約によって個人の権利を明文化し、それらの権利を実現することを国家に義務付けることを通

して、人権の享有主体たる個人が、締約国の国内において、条約規定を援用し、自らの権利・法益の実現を図ることが目指すものである。個人の権利を定めるという人権条約の性格ゆえに、その内容が国内平面で実現されることが不可欠であるが、国内法体系における条約の地位や効力関係は、各国の国内法（特に憲法）の定め委ねられている¹。

国内法における条約の効力に関して、諸国の法制度は、条約の国内的効力を当然には認めず、議会による条約の国内実施のための立法措置を必要とする変型方式と、条約の国内的効力を原則として認め、条約そのものが国内的効力を有することを認める一般的受容方式とに大別される。前者は英国やカナダ等で、後者はドイツ、フランス、米国等で採用されており、日本は後者の方式を採用している。一般的受容方式の下では、条約規則それ自体が国内的効力を有することに起因して、国内法体系における条約の位置付けや効力関係が問題となる。この点について、通説では、日本法秩序の下では、日本国憲法 98 条 2 項は、国に対して、日本が締結した条約及び確立された国際法規の誠実な遵守を要請していること等を根拠として、政府が批准した国際条約は、特段の立法措置を経ることなく、国内的な効力を付与されると解される。憲法、法律やその他の法令と条約との関係に関しては、憲法 98 条 1 項が憲法の最高法規性を定めていること、及び、硬性憲法の原則を前提として、国会による憲法改正発議の手續（96 条 1 項）と条約締結の承認手續（61 条）との比較した場合に、前者の方がより厳格な手續が要請されること等を理由として、条約を憲法より下位、法律より上位に位置付ける解釈が通説とされている。このことから、条約は、憲法に抵触しない限りにおいて、法律より上位に位置する実定法規範として個人の権利を保障し、国に対しては、当該権利を実現する義務を課す。また、人権条約が、憲法よりも幅広く個人の権利を保障している場合には、人権条約が憲法を補完し、国家が保障すべき個人の権

¹ ここでの説明は、主として次のものに基づいている：岩沢雄司『条約の国内適用可能性：いわゆる“Self-executing”な条約に関する一考察』有斐閣、1985、281-341 頁；松田浩道「日本の裁判所における国際人権法：国内適用論の再構成」『東京大学法科大学院ローレビュー』5号（2010）、148-168 頁；衆議院憲法調査会事務局「『憲法と国際法（特に、人権の国際的保障）』に関する基礎的資料」最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会（平成16年4月22日の参考資料）、衆憲資第50号 < [http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/chosa/shukenshi050.pdf/\\$File/shukenshi050.pdf](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/chosa/shukenshi050.pdf/$File/shukenshi050.pdf) >（最終アクセス：2018年12月15日）、11-18 頁。また、日本の国内法体系における条約の地位については、例えば、以下のものが詳しい：経塚作太郎「憲法と条約：条約締結権限に加えられる制約を中心に」『季刊法律学』28号（1959）、103-124 頁；同「条約の国内実施および適用をめぐる若干の問題」『国際法外交雑誌』56巻1号（1957）、1-34 頁；齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』信山社、2002；高野雄一『憲法と条約』東京大学出版会、1960；村瀬信也「国際法の国内的適用」村瀬信也ほか『現代国際法の指標』有斐閣、1994、51-61 頁；山田哲史『グローバル化と憲法：超国家的法秩序の緊張と調整』弘文堂、2017、199-252 頁。

利の範囲が拡大されることになる。

ただし、条約が国内的効力を有することは、個人がそれを根拠として、裁判所において自身の権利を主張できることを当然には意味しない。ある条約規定が、国内法体系の中で直接適用可能であるためには、当該規定が「自動執行的 (self-executing)」であることを必要とする。「自動執行的」とは、それ以上の措置を経ることなく、適用され得ることを意味し、そのためには、直接適用を排除する条約当事国や立法者の意思が確認されないこと、及び、条約によって個人の権利及びそれを実現するための手続が明確かつ完全に定められていることが求められる。学説では、自動執行的な条約規定は、国内裁判において直接適用されるのに対して、そうではない（非自動執行的な）条約規定は、国内法を解釈する際の参照基準として、間接的に適用されるものと説かれている。しかし、現実には、日本の国内裁判において人権条約が直接適用されることは稀であり²、間接適用も少数にとどまっている。概して、日本の裁判所は、行政訴訟において原告に有利な結論を導く場合にも、行政機関の措置が憲法や人権条約に違反するという判断を避け、可能な限り、法律の解釈によって同様の結論を導こうとする。そうした背景事情の1つとして、予め国内法の整備を行ったり、必要に応じて条約に留保を付したりして、国内法の下で条約の内容が完全に実現されるという了解の下で、条約を批准する慣行が挙げられる。個人が条約規定を根拠とする主張を行った場合にも、裁判所は、条約上の義務を国内で実施するための国内法が存在することを前提として法の解釈・適用を行うため、結果として、国内裁判所における条約の適用は、大部分が間接適用となる³。また、条約を国内平面で適用した結果、私人の

² 自由権規約を根拠の1つとする原告の請求を認めたごく限られた例として、受刑者接見妨害国家賠償請求徳島地裁判決（徳島地判平成 8.3.15、平成 4（ワ）268号・平成 6（ワ）9号・平成 3（ワ）264号、判例時報 1597号 115頁）、同控訴審判決（高松高判平成 9.11.25、平成 8（ネ）144、判例時報 1653号 117頁）。ただし、上告審では、原告の請求が棄却された：最判平成 12.9.7、平成 10（オ）528、集民第 199号 283頁）。これに関連して、以下も参照：北村泰三「国際人権法と受刑者の権利：自由権規約上の外部交通権の検討」『法学新報』102巻 3・4号（1995）、127-186頁；芹田健太郎「自由権規約の自動執行性」『ジュリスト』1113号（平成 8年度重要判例解説、1997）、264-265頁；坂元茂樹「日本の裁判所における国際人権規約の解釈適用：一般的意見と見解の法的地位をめぐって」同『人権条約の解釈と適用』信山社、2017、239頁以下。また、西成テレビカメラ撤去請求事件では、原告が、警察が情報収集活動の一環として公道上に設置したテレビカメラについて、プライバシーの侵害に当たるとして、自由権規約 17条の違反を主張した。裁判所は、自由権規約を根拠とする原告の請求については、棄却したものの、警察法 2条 2項の解釈にあたって憲法 13条を参照し、原告の請求の一部を認めた（監視用テレビカメラ撤去等請求事件、大阪地判平成 6.4.27、平 2（ワ）5031、判例タイムズ 861号 160頁）。

³ 岩沢雄司「日本における国際人権訴訟」杉原高嶺（編）『紛争解決の国際法』三省堂、1997、265頁；園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権法の最近の適用状況」芹田健太郎ほか（編）『国際人権法と憲法』講座国際人権法 I、信山社、2006、22-24頁；薬師寺公夫「国

基本的権利に対する制約が生じる恐れがある場合には、制約の根拠となる法律の存在を前提とし、条約は、国内法規定を解釈する際の参照基準として間接適用されることになる。日本における人権条約の国内適用において、差別の禁止は、人権条約の履行監視機関による解釈や学説と、国内判例との乖離が特に大きい分野である。次節では、人権条約の適用が争われた裁判例に基づいて、差別の禁止や平等について定める人権条約上の規定が、日本の裁判所において、どのように扱われているのかを検討する。

2. 日本の裁判所における国際人権法の適用と差別の禁止

日本の裁判所における判例の傾向として、自由権規約の各規定が「何人も……されない」あるいは「すべての者は……の権利を有する」という個人を主語としているのに対して、社会権規約の各規定は、「締約国は……の権利を認める」という締約国を主語としていることを1つの理由として、社会権的権利に関する条約規定については、直接適用可能性が否定されてきた。また、社会権規約上の権利の漸進的実現を締約国に義務付けた同規約2条1項も、その理由のとして挙げられる⁴。しかし、人権を自由権と社会権に二分し、前者には国家の即時実施義務、後者には漸進的実施義務を対応させる理解は、特に社会権に関して、国家の政治的責任を宣明したにとどまり、法的義務を課すものではないかのような見方につながり、人権保障の実質を失わせるものとして批判されている⁵。近年では、こうした固定的な解釈に変化が見られ、日本の裁判所が人権条約を参照することは、僅かながら増加している⁶。

際人権法から見た憲法規範の『限界』と可能性」『法律時報』84巻5号（2012）、22-24頁。

⁴ 主要な例として、塩見訴訟最高裁判決、国民年金裁定却下処分取消請求事件、最判平成13.3.2、昭和60（行ツ）92、集民第156号271頁。

⁵ 申恵丰『人権条約上の国家の義務』日本評論社、1999、11-18頁；F. Mégret, 'Nature of Obligations' in: D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2010, pp.130-132.

⁶ 本稿で詳しく扱うもの以外では、主要なものとして、以下の判例がある：日本人の父と外国人の母から生まれ、出生後に認知を受けた子が国籍を取得する際に、父母の婚姻を要件の1つとした国籍法3条1項について、子どもが出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定を持つ子どもの権利条約や自由権規約を考慮して、憲法14条1項に違反するとした婚外子国籍訴訟最高裁判決（国籍確認請求事件、最大判平成20.6.4、平成19年（行ツ）164、集民第228号101頁）；婚外子の法定相続分を嫡出子の1/2とする民法900条4号但し書について、自由権規約や子どもの権利条約上の子どもが出生によっていかなる差別も受けない旨の規定、及び、それに関連する自由権規約人権委員会や子どもの権利委員会によ

(1) 小樽入浴拒否事件札幌地裁判決（2002年）⁷

本件では、私人間の人種差別に関して、自由権規約 26 条や人種差別撤廃条約が、民法を解釈する際の基準として参照された。本件の原告は 3 名であり、それぞれドイツ、米国、日本の国籍を有していた。このうち、日本国籍の者は、かつては米国籍であり、裁判より前に日本に帰化していた。原告らが北海道小樽市内の公衆浴場を訪れたところ、「外国人の方の入場をお断りします。JAPANESE ONLY」と書かれた紙が掲示されており、外国人であることを理由として、従業員により入店を拒否された。原告のうち 1 名は、日本国籍を取得した後に公衆浴場を再度訪れたものの、外見上は外国人であることを理由として入浴を拒否された。原告は、本件における入浴の拒否が、憲法 14 条 1 項のほか、自由権規約 26 条及び人種差別撤廃条約 5 条 f 等に反する違法な人種差別であり、人格権や名誉を侵害されたとして、民法上の不法行為に基づく損害賠償や謝罪広告を求め、また、小樽市が人種差別撤廃のための実効的措置をとらなかったことが、人種差別撤廃条約 2 条 1 項 d 及び 6 条に反するとして、国家賠償法に基づく損害賠償を求めた。

本件判決は、憲法 14 条 1 項が直接私人間関係を規律するものではなく、自由権規約や人種差別撤廃条約も同様であるとした。私人の行為によって、他の私人の基本的な自由や平等が侵害され、それが社会的に許容し得る限度を超えているときには、民法上の不法行為に関する諸規定により、私人の利益を保護するべきであり、憲法 14 条 1 項のほか、自由権規約や人種差別撤廃条約は、私法の諸規定を解釈する際の 1 つの基準になる。さらに、裁判所は、本件で問題となった入浴の拒否が、一見すると国籍による区別のようにも見えるが、実質的には「外見が外国人のように見える」という理由で浴場の利用を拒否された点を重視し、これが「人種、皮膚の色、世系、民族的若しくは種族的出自に基づく区別、

る勧告に鑑みて、憲法 14 条 1 項に違反するとした非嫡出子法定相続分違憲訴訟（遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件、最大決平成 25.9.4、平成 24（ク）984、民集第 67 卷 6 号 1320 頁）；女性は離婚や結婚取り消しから 6 月を経た後でなければ再婚できないとする民法 733 条の規定について、国連の自由権規約委員会や女子差別撤廃委員会の勧告に言及したうえで、100 日を超えて再婚を禁止している部分が、憲法 14 条及び 24 条に違反するとした再婚禁止期間訴訟最高裁判決（損害賠償請求事件、最大判平成 27.12.16、平成 25（オ）1079、民集第 69 卷 8 号 2427 頁）。

⁷ 損害賠償等請求、札幌地判平成 14.11.11、平成 13（ワ）206、判例時報 1806 号、84 頁。民間マンションにおける外国人の入居拒否に関して、人種差別撤廃条約から個人の権利に対応する地方公共団体の具体的義務を導出することはできないとして、原告の請求を棄却した例として、以下を参照：損害賠償請求事件（外国人の賃貸住宅への入居拒否事件）、大阪地判平成 19.10.2、平成 17（ワ）11364、判例タイムズ 1289 号 146 頁。

制限」であると認めた。浴場の掲示の内容が、直接には外国人の入浴を拒否するものだと
しても、人種差別撤廃条約や自由権規約 26 条が禁止する人種差別であり、これに照らして、
不法行為が存在したと判断し、浴場の運営会社に対して、損害賠償を命じた。なお、人種
差別撤廃条約 2 条 1 項・6 条に基づく小樽市の法的責任については、差別を禁止し、終了
させるための施策とその施行は、同市の裁量事項であり、「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
」として、違法性はなかったとした。

(2) 高等学校等就学支援金支給校指定義務付等請求事件大阪地裁判決（2017 年）⁸

本件は、人種差別撤廃条約や自由権規約を参照したうえで、国家の行為について違法性
を認めた裁判例として注目される。本件の原告は、学校教育法上の「各種学校」に当たる
朝鮮高級学校を大阪市内に設置・運営する準学校法人である。本件の争点となった「公立
学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律」（平成 22 年法
律第 18 号、平成 25 年法律第 90 号による改正後は、「高等学校等修学支援金の支給に関す
る法律」、以下、支給法）は、公立高等学校について授業料を徴収せず、それ以外の「高等
学校等」の生徒等には、高等学校等就学支援金（以下、就学支援金）を支給する旨を定め
ており、「高等学校等」には、「各種学校における高等学校の課程に類する課程であって、
文部科学省令で定めるもの」が含まれる。支給法の「施行規則」（平成 22 年文部科学省令
第 13 号、平成 25 年文部科学省令第 3 号による改正前のもの）1 条 1 項 2 号ハ（以下、本
件規定）は、高等学校に類する課程を置く学校について、文部科学大臣の指定によって「高

⁸ 高等学校等就学支援金支給校指定義務付等請求事件、大阪地判平成 29.7.28、平成 25 年（行ウ）14、賃金と社会保障 1693 号 26 頁。国際法に関連する争点に絞って、本判決を参照するものとして、以下を参照：拙稿「朝鮮学校を高等学校等就学支援金の対象外とした措置の適法性と国際人権基準」『新・判例解説 Watch』23 号（2018）、307-310 頁。

また、本件と同時期に、各地で同様の訴訟が提起され、本件地裁判決を除いて、いずれも原告の請求は棄却されている：広島地判平成 29.7.29、平成 25（行ウ）27；東京地判平成 29.9.13、平成 26（ワ）3662；名古屋地判平成 30.4.27、平成 25（ワ）267。また、2019 年 1 月現在、福岡地裁小倉支部でも係争中である。さらに、本件も控訴審において、原告の請求が棄却され（大阪高判平成 30.9.27、平成 29（行コ）173）、最高裁に係属中である。一連の訴訟を包括的に論じるものとして以下を参照：李春熙「司法は行政による差別を追認するのか：『朝鮮学校無償化訴訟』の現状」『法学セミナー』757 号（2018）、55-61 頁。さらに、種々の外国人学校の中で、朝鮮学校のみが高等学校等就学支援金の適用対象から除外されている点については、人種差別撤廃委員会も懸念を表明している：日本政府の第 10 回・第 11 回報告審査に関する人種差別撤廃委員会の総括所見（2018）、UN Doc., CERD/C/JPN/CO/10-11, paras 21-22.

等学校等」に含める旨を規定している。本件規定に基づく指定に関する基準は、「公立学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律施行規則第1条第1項第2号ハの規定に基づく指定に関する規程」（以下、指定規程）の定めるところによる。

原告が「本件規定」に基づく指定を受けるために2010年11月27日付けで申請を行ったものの、2013年1月24日になって、申請に対する処分が何らなされることが違法であることの確認、及び、指定処分の義務付けを求めて、文部科学大臣を相手に訴えを起した。同年2月20日、文部科学大臣は、「本件規定」を削除する施行規則の改正を行った（平成25年文部科学省令第3号）。また、同日付けで、原告が申請した学校が、本件規定の定める要件に適合しないため、本件規定に基づく指定をしない処分を原告に通知した。これを受けて、3月11日、原告は先の違法確認の訴えを本件不指定処分の取消及び指定の義務付けを求める訴えに変更した。

本件原告は、人権条約を詳細に検討し、その主張の根拠とした。原告の主張によれば、「支給法」は、社会権規約13条2項bを受けて制定されたものであり⁹、本件規定の削除は、同項及び子どもの権利条約28条1項に違反する。これらの規定が含む「漸進的に」という文言には、確立した制度の後退を禁止する意味が含まれており、本件規定の削除は、制度を後退させるものであるため、これらの規定に違反する。また、社会権規約2条2項、及び、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、「自由権規約」）26条が定める差別禁止原則は、締約国に即時実施の義務を課し、かつ、裁判規範性を有する。外国人学校の一部には支給法の適用を認めつつ、A校に適用しないことは、正当化事由のない限り、両規約に違反する。正当化事由の存在を認めるためには、扱いの相違が正当な目的を追求し、かつ、目的と手段との間の合理的な均衡関係が、客観的に弁証されなければならない。本件不指定処分の背景には、北朝鮮への制裁という支給法と無関係な外交的・政治的考慮が働いている点で、正当な目的を追求しているとはいえず、北朝鮮に対する制裁的効果を有するともいえない以上、そのような均衡関係を認めることもできない。さらに、本件不指定処分が、朝鮮高級学校の民族的属性、集団性、文化的理由に基づいている点で、人種差別撤廃条約2条及び5条にも違反する。社会権規約委員会、人種差別撤廃委員会、及び、子どもの権利委員会も、懸念を表明し是正を勧告しており、それらを見做すことは、各条約に違反する。

⁹ 鈴木友紀『「高校無償化」をめぐる国会論議：公立高校授業料不徴収及び高等学校等就学支援金支給法』『立法と調査』306号（2010）13-14頁。

各人権条約を根拠とする原告の主張に対する国の反論は、一貫して、その裁判規範性を否定するにとどまり、実質的な解釈には言及がない。その主張によれば、締約国に漸進的達成義務を課する社会権規約は、国家の政治的責任を宣明したものに過ぎない。同規約 2 条 1 項・2 項も例外ではなく、規約上の権利の平等な実現を推進すべき締約国の政治的責任を宣明したものである。自由権規約 26 条、人種差別撤廃条約 2 条及び 5 条も、これと同旨である。また、原告が援用する国連の人権関連諸委員会の懸念や勧告は、具体的な事実調査に基づくものではなく、本件不指定処分を違法と判断する根拠にはならない。

本件判決は、本件規定に基づく指定は、「外交上の配慮などにより判断すべきものではなく教育上の観点から客観的に判断すべき」であるにもかかわらず、文部科学大臣による本件規定を削除は、「朝鮮学校に支給法を適用することは北朝鮮との間の拉致問題の解決の妨げになり、国民の理解が得られないという外交的、政治的意見に基づき、朝鮮高級学校を支給法の適用対象から除外するため」のものであるとして、裁量権の範囲の逸脱・濫用であると結論付けて、本件不指定処分の取消しを命じた。

本判決は、国内法の解釈により原告の主張を容認したことから、条約を根拠とする両当事者の主張は検討していない。就学支援金の支給を「単なる恩恵ではなく、私立高等学校等の生徒等の受給権」を規定したものと解し、本件不指定処分が支給法 1 条に明示された立法目的の観点から、文部科学大臣の裁量を枠付け、実質的に各条約規定と両立的な解釈を採用したものであるという一応の評価が可能であろう¹⁰。しかし、裁判所の判断の中には、条約への言及がないことから、支給法と社会権規約の関係、本件不指定処分と各条約上の日本の義務との関係も、一切明らかにされていない。

以上の検討で示した通り、日本の裁判所は、差別の撤廃のための施策とその施行に関する条約上の義務について、これを個人の権利に対応した義務ではなく政治的責務にとどまると捉えており、行政機関の裁量を広く解しており、国の行為について違法性を認めることには、一貫して消極的である。また、先に指摘した通り、日本の裁判所は、行政機関の措置が憲法や人権条約に違反するという判断を避け、可能な限り、法律の解釈によって同様の結論を導く傾向にある。原告が依拠した国際法規則に何ら言及しないか、または、国内法の解釈に関連する背景事実としての意味しか与えておらず、その理由も明確にしていな

¹⁰ 拙稿、前掲論文（注 8）、309 頁。

い¹¹。このことは、条約の自動執行性という極めて厳格な要件を回避し、条約の実効性を実質的に高めるという意義を認める余地はある¹²。しかしながら、条約当事国としては、国内法の解釈とは別個の問題として、条約の内容の国内的実現を図る法的義務を負っているにもかかわらず、当該規定に「政治的責務を表明したもの」としての意義しか認めないとすれば、国内法規則の解釈の如何によっては、実質的に条約の規範的影響力を減殺する危険性は否定できない¹³。

3. 人権条約と国内法の司法対話を通じた「多様性の尊重」の実現可能性

日本の裁判所は、人権条約の適用に対して一貫して消極的であり、数少ない適用例も、そのほとんどが間接適用である。人権条約を直接適用せず、事実に対して直接適用される国内法規則の存在を前提として、その解釈基準として参照することは、厳格な自動執行性の要件に関する判断を迂回し、国内法の人権条約への適合性を確保する点では、現実的な手法といえよう。例えば、先に検討した小樽入浴拒否事件札幌地裁判決は、日本に帰化した人物が、実質的には「外見が外国人のように見える」という理由で浴場の利用を拒否された点について、「人種、皮膚の色、世系、民族的若しくは種族的出自に基づく区別、制限」であるとして¹⁴、民法上の不法行為の存在を認めた点で、人種差別撤廃条約や自由権規約に適合的な国内法の解釈を採用したといえる。このような解釈は、人権条約上の個人の権利に対して課せられる制約が、表面上は全ての者に適用される場合に、国家は、その目的や効果において、人種や民族的・種族的出自によって差別的なものとならないことを確保

¹¹ 濱本正太郎「裁判所は誰に語るのか：日本の裁判所における国際法・外国法の（不）参照」『法律時報』89巻2号（2017）、77頁。

¹² 佐藤文夫「公衆浴場入浴拒否と人種差別」『ジュリスト』1246号（2003）、261頁。

¹³ 齋藤民徒「嫡出子でない子の法定相続分を定める国内法規の違憲決定：国際法の立場から」『新・判例解説 Watch』<http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-090371396_tkc.pdf>（最終アクセス：2018年12月18日）、3-4頁。

¹⁴ 旧来の日本の憲法学説では、14条1項に列挙された差別事由としての「人種」を専ら人間の人種学的区分として狭く解し、日本には深刻な人種対立や人種問題は存在しないとする見解も見られた（例えば、宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂 日本国憲法』日本評論社、1978、208-209頁）。しかし、人種差別撤廃条約の対象はそれにとどまらず、種族的出自や門地、社会的身分に基づく差別に及ぶほか、一見すると他の事由による扱いの差異が、結果として人種差別を構成する場合も念頭に置かれている点では、人種差別の問題は、決して日本にとっても無縁ではない（村上正直『人種差別撤廃条約と日本』日本評論社、2005、4、19-25頁）。

しなければならないとする人種差別撤廃委員会の一般的勧告 20 とも整合する¹⁵。これに対して、原告が支給法と社会権規約との関係を争点としたほか、自由権規約や人種差別撤廃条約に基づく主張を行った高等学校等就学支援金支給校指定義務付等請求事件大阪地裁判決では、裁判所は、専ら国内法のみを解釈・適用し、条約に依拠した当事者の主張を何ら検討していない。

具体的な国内実施のあり方を締約国の裁量に委ねる規定が多くを占める人権条約において、国内適用の要件を過度に厳格にすることは、国内裁判所が条約規定を適用できる余地を狭め、締約国内で実施されることを予定した条約の趣旨目的と逆行することになる¹⁶。さらに、自動執行性とは、条約規定から個人の権利を直接導き出すための要件である。一般的受容方式が採用されている日本では、特段の手続を経ることなく、批准された条約上の規定は、国内法上も有効なものとして、国家機関を拘束しており、条約規定から個人の権利が直接導出されることと、条約の国内平面における適用可能性は、別個の問題である。特に、個人が国家ないし地方公共団体を相手取る行政訴訟において問われるのは、国家機関の行為が条約規範に違反するか否かであって、個人が当該条約規定に基づいて、自己の権利を主張できるか否かではなく、条約規定から直接に個人の権利を導出できない場合でも、当該規定は有効な法規範として、国を拘束する義務を課していると解するべきであろう¹⁷。

先述の通り、日本の裁判所は、塩見事件最高裁判決（1989年）を先例として¹⁸、社会権規約上の規定が漸進的実施義務を定めており、「国家の政治的責務を宣明したもの」として、一律に裁判規範性を否定している。社会権規約上の権利の享受について、「人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位によるいかなる差別もなしに行使されること」の保障を国家に義務付けた 2 条 2 項についても例外ではない。さらに、法律上の権利の享受について、差別の禁止を定めた自由権規約 26 条や人種差別撤廃条約も同旨であるとして、裁判規範性を否定している。しかし、漸進的義務の概念は、社会権規約上の権利が実現に時間を要することを考慮したものであって、締約国の義務から意味ある内容を消失させるような解釈を許容するものでは

¹⁵ CERD, General Recommendation 20 on the Guarantee of Human Rights Free from Racial Discrimination (1996), UN Doc., A/51/18, annex VIII at 124, para.2.

¹⁶ 申恵丰「人権条約の直接適用可能性：国内裁判所の司法権と条約規範」同『人権条約の現代的展開』信山社、2009、214-215 頁；岩沢、前掲書（注 1）、310-313 頁。

¹⁷ 申、上掲書、216-217 頁。

¹⁸ 塩見訴訟最高裁判決、前掲（注 4）。

ない¹⁹。社会権規約委員会は、司法的救済を与えることによって、差別なく享受されることが促進される権利があることを明らかにしており²⁰、日本の裁判所において、規約が参照されないことに懸念を表明している²¹。

社会権規約の規定の中にも即時的義務を定めたものがあるという観点からも、日本の裁判所における条約の適用状況は批判されている。差別の禁止や平等の確保に関する規定は、社会権規約上のそれを含めて、国家に即時的義務を課している²²。また、自由権規約 26 条の「いかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する」義務や人種差別撤廃条約 5 条の「あらゆる形態の人種差別を禁止し及び撤廃する」義務、及び「人種、皮膚の色又は民族的若しくは種族的出身による差別なしに、すべての者が法律の前に平等であるという権利を保障する」義務も、同様に即時的性格だとされている²³。

人権条約の実定法規範としての効力を裁判所が過小評価することは、見方を変えれば、国家機関の裁量を過度に広く認め、条約上の個人の権利に対する制約を必要以上に許容することにつながる。しかも、人種や種族的出自のように、当該事由による差別の撤廃を特に目的とする条約の存在から、国際社会の一般的合意が確認できる分野について、締約国が有する裁量は狭められると解するべきであろう。さらに、条約上の差別禁止規定に明示された事由に基づく差別について、人種差別撤廃条約や自由権規約の締約国としての日本は、国内法制度や行政上の扱いが、特定の種族的出自の者を排除する帰結を生まないことを確保する義務を負っている²⁴。日本が締約国として、実施義務を負っている条約に反する差別を訴える行政訴訟が提起された場合は、原告個人が、差別の存在を完全に証明しなければならないのではなく、条約実施義務を負う国が、差別的帰結が生じていないか否かを調査し、国内法令や行政上の措置が差別的でないことを証明する責任を負っているのである²⁵。

¹⁹ CESCR, General Comment 3 on the Nature of States Parties' Obligations (Art.2, par.1) (1990), UN Doc., E/1991/23, Annex III, para.9; 高野雄一「国際人権 (A) 規約における人権保障と差別禁止条項」『上智法学論集』24 巻特別号 (1980)、119-163 頁。

²⁰ CESCR, *ibid.*, para.5.

²¹ 社会権規約委員会、日本の第 2 回定期報告に対する総括所見 (2001) UN Doc., E/C.12/1/Add.67, para.10.

²² CESCR, General Comment 3, *supra* note 83, paras 1-2.

²³ HRC, General Comment 18 on Non-Discrimination (1989), UN Doc., HRI/GEN/1/Rev.1., para.12; CERD, General Recommendation 20, *supra* note 15, para.1.

²⁴ See, CERD, *Murat Er v Denmark*, Communication No. 40/2007 adopted on 8 August 2007, UN Doc., CERD/C/71/D/40/2007, paras 7.3-8.

²⁵ See, HRC, *Müller and Engelhard v Namibia*, Communication No. 919/2000 adopted on 26 March 2002, UN Doc., CCPR/C/74/D/919/2000, para.6.7.

小括

本章では、日本の国内裁判所における人権条約上の差別禁止・平等原則の日本国内における適用のあり方と問題点を検討してきた。本章で見た通り、人権条約履行監視委員会の見解に照らせば、日本では、人権条約の実施に係る国家機関の裁量は、過度に広く解されていると言わざるを得ず、また、裁判所もそれを追認し、権利侵害に対する十分な救済機能を担っているとはいえない。人権条約の締約国である以上、その内容を国内平面で実現し、条約上の権利の侵害に対する救済可能性を確保する義務を負っているにもかかわらず、日本の裁判所は、人権条約の適用に消極的であり、当事者が人権条約を根拠とする主張をした場合でも、原告が依拠した国際法規則に何ら言及せず、その理由も明確にしないことが少なくない。

序論で述べたように、現代世界では、異なる出自や文化を持つ人々の共存が珍しくなくなり、国内の法制度や政策が、各個人に及ぼす影響を予測することは、同質性が高いとされる社会と比較して難しいものになっている。このような社会において、憲法と国際人権法の司法対話に基づく相互補完的な人権保障を目指すことは、人権基準の解釈の精緻化を図るうえで有用である²⁶。人権保障を一国内の憲法と国内裁判所で完結させず、絶えず国際人権機関による監視にも晒すことによって、一見して中立的な法制度や政策上の措置が、被抑圧的な立場にある人種的・種族的少数者に属する人々に対して、不利な結果を生じさせた際の救済可能性を担保し、少数者に属する人々を包摂した実質的平等な人権保障の実現に結び付くことが期待される。

²⁶ 山田、前掲書（注1）、472-473頁。

終章

差別禁止原則の展開と実質的平等の確保による多文化共生の実現

本論文は、国際人権法の基本原則である差別禁止・平等原則が、現代の多文化共生社会においていかなる意義を有するのかを解明することを目的として、人権条約の履行監視機関の見解・判例を分析しながら、同原則の内容の変容を明らかにした。本論文の主題をなす差別禁止・平等原則は、人権保障に不可欠の要素であり、国際人権法のみならず、日本を含む多数の諸国の憲法上の原則でもある。その歴史を遡れば、古くは、16～18世紀西欧の啓蒙思想や近代市民革命の指導原理であった天賦人権論に遡ることができる。しかし、近代市民社会は、「全ての人間は自由かつ平等である」ことを理念としながら、社会現実には、ヨーロッパ系の民族や非キリスト教徒、女性や子ども、無産階級の人々を排除した選択的平等にとどまっていた。近代の初期から現代に至るまでの人権の歴史は、「全ての人間は自由かつ平等である」という近代的理念を現実のものにする過程であった。現代の世界では、民族的出自や人種、宗教、性別や財産等にかかわらず、全ての人が平等に基本的人権を享受することは、一応のところ、国際的に承認されるに至っている。しかし、人や物の移動が活発になり、異なる出自・背景を持つ人々が同じ社会で共存するようになった結果、多数者社会とは異なる民族的出自や文化的背景を有する人々が不利な状況に置かれやすいという事実上の差別の問題が顕在化している。これに伴って、差別禁止・平等原則が現実のものになるためには、法の上での差別を撤廃することに加えて、現実に存在する差別を撤廃・防止することが求められている。本論文は、人権保障の監視と人権侵害への救済を担う裁判所が、どのような解釈論を展開して、この要請に応えようとしているのかを検討するものであった。

第1章では、先行研究を整理しながら、国際人権法が立脚する近代人権思想に内在する不平等性とその克服の過程、及び、多文化社会の到来によって、現代の人権保障が改めて直面している問題を検討した。まず、国際人権法の思想的基礎である近代人権思想が想定する擬制された人間像に対して、人や物の国家間移動の増加に伴う社会の多文化化によって提起されている問題点を整理した。多文化社会について論じる法哲学・政治哲学の研究成果を参照しながら、現代の人権保障が抱える限界と課題を検討した。そのうえで、差別

禁止・平等原則の解釈をめぐっては、許容される扱いの差異と禁止される差別を区分する要素としての「合理的根拠」の内容が解明されなければならないことを指摘した。

第2章では、EU法と国内法、ヨーロッパ人権条約と国内法、そして、EU法とヨーロッパ人権条約の関係を検討し、各法秩序に属する裁判所の間で「司法対話」が行われていることを指摘した。さらに、立憲的多元主義の理論に依拠しながら、これらの法秩序の間にある非階層的な対話関係が、裁判所に対して、より説得力のある説明を求め、判断の合理性を向上させ、結果として、法解釈の正統性の相互強化につながっていることを明らかにした。このことを踏まえて、第3章以下では、ECJ、ヨーロッパ人権裁判所、国連の人権条約履行監視機関のそれぞれの判例を分析しながら、司法対話によって、差別禁止・平等原則の内容が精緻化されていることを示した。

第3章では、EU法における人種・民族差別の禁止に関わる法の発展の過程が考察されている。EU法上の差別禁止原則の展開を分析した。ECJの判例に基づいて、基本権保護がEU法上の原則として確立する以前から既に確立していた国籍差別及び性差別禁止に関する原則に注目し、直接差別と間接差別という差別形態の区分や間接差別事案における証明責任の転換という解釈論の発展の過程を考察した。続いて、一般的な国際条約とは異なるEU法と構成国の国内法との関係によって、EU法で発展した差別禁止原則と同内容の原則が、構成国の国内法の中にも確立されていることを明らかにした。

第4章では、ヨーロッパ人権条約を対象として、人種・民族差別の禁止に関わるヨーロッパ人権裁判所の解釈の展開を検討した。学説において指摘されている「差別事由の階層化」の概念を手掛かりとして、差別に関わる判例の動向を検討し、人種や種族的出自に基づく扱いの差異が正当化されるためには、最も厳格な「合理的根拠」が要求されることを明らかにした。さらに、かつてはヨーロッパ人権裁判所を通じた救済が困難だとされてきた間接差別についても、条約違反を認定する解釈論が確立していることを示した。そのうえで、判例の傾向が変化した背後には、ヨーロッパ人権裁判所によるEU法の参照があることを示した。すなわち、ヨーロッパ人権条約と比較して詳細な内容を持つEU法上の差別禁止原則が、EUと構成国との司法対話を通して、国内法の中にも同様の差別禁止原則を確立させた。ヨーロッパ人権裁判所から見れば、これは締約国間の「共通基盤」であり、評価の余地を縮減する根拠となる。第3章と4章を通して、次のことを明らかにした。すなわち、EUにおいてはECJと各国の裁判所の間において先決裁定を媒介として、間接差別を禁止するECJの判例法が形成され、その内容が全ての構成国を拘束するEU指令の形

式でも採択されることによって、構成国の国内法にも同内容の原則を形成させた。次の段階として、ヨーロッパ人権裁判所は、EU 指令に具体化された間接差別を禁止する規範の存在を手がかりとして、ヨーロッパ人権裁判所の判例法に取り入れるというように、いわば判例法理の螺旋状の展開が見られる。このような各レベルでの司法対話を通じた人権裁判所の判例解釈はヨーロッパにおいて十分に確立された根拠を有しており、ヨーロッパ諸国間に共通の立憲的法原則と見なすこともできる。

第 5 章では、国連の人権条約の差別禁止・平等原則がどのように解釈され、人種や種族的出自に基づく差別に対する救済につながっているのかを考察した。第 1 章で論じた通り、第二次世界大戦後に発展した国際人権法は、出自や属性の如何にかかわらず、全ての個人に平等に基本的人権を保障することを原則とし、被抑圧的な立場に置かれている人々を包摂した実質的平等な人権保障の実現を各国家に要請している。戦後の国際人権保障制度の下で、「国際非差別法」の形成の推進力となったのは、性差別の撤廃と人種差別の撤廃を目指す運動の高揚であった。人権条約の履行監視委員会の判例法の分析を通して、国連の人権保障制度においても、差別形態の区分とそれに応じた証明責任の配分、及び、条約違反審査の現角度の違いに基づく差別事由の階層化が生じていることを明らかにした。さらに、人種や種族的出自による差別の禁止に関して、国際社会の一般的合意の存在が推定され、そのような場合には、各国家の条約解釈の裁量は狭く解されることを論じた。

第 6 章では、人権条約上の差別禁止・平等原則の日本国内における適用のあり方と問題点を検討する。特に、人種や種族的出自に基づく差別に関して、人権条約の適用が問題となった日本の国内判例を検討し、日本の裁判所における人権条約の適用の問題点を考察した。さらに、国連の人権条約履行監視委員会と国内裁判所との間の「司法対話」を通して、差別禁止・平等原則の解釈を精緻化させ、多文化共生社会における実質的に平等な人権保障を実現する可能性について論じた。日本の裁判所においては、人権条約が効果的に適用されておらず、権利侵害に対する十分な救済機能を担っているとはいえない。国家は、自らが締約国となっている人権条約の内容を国内平面で実現し、条約上の権利の侵害に対する救済可能性を確保する義務を負っているにもかかわらず、日本の裁判所は、人権条約の適用に消極的であり、当事者が人権条約を根拠とする主張をした場合でも、原告が依拠した国際法規則に何ら言及せず、その理由も明確にしないことが多い。しかし、人権保障を一国内の憲法と国内裁判所で完結させず、絶えず国際人権機関による監視にも晒すことによって、一見して中立的な法制度や政策上の措置が、被抑圧的な立場にある人種的・種族

的少数者に属する人々に対して、不利な結果を生じさせた際の救済可能性を担保し、少数者に属する人々を包摂した実質的平等な人権保障の実現に結び付くことが期待される。

本論文を通して、次のことが明らかになった。

第 1 に、近代人権思想は、人間であることのみを理由として、全ての個人に平等に基本的人権を保障することを基本原理とする。近代から現代に至る人権の確立の歴史は、西欧のキリスト教徒、白人の成人男性に限られていた人権の享有主体を人間全体へと広げるための闘争であった。しかし、現代の多文化共生社会では、異なる文化的背景を持つ人々の共存のために、個人の多様性を尊重した人権保障のあり方が模索されるとともに、近代的人権観が前提としていた抽象的・画一的な人間像と現実の人間との齟齬を露わにしている¹。このことは、法原則としての差別禁止や平等の確保についても、許容されるべき個人間の扱いの差異と禁止されるべき差別を区分する要素である「合理的根拠」の内容が不明確であるという問題を改めて浮き彫りにしている。特に、社会を構成する個人のあり方が多様化し、個人間の差異が大きくなった今日の社会では、「合理的根拠」の解釈の中に、少数者が置かれた被抑圧的の事情を読み込み、実質的に平等な人権保障と権利侵害に対する救済が求められる。特に、原初的に不利な状況に置かれた少数者の社会的包摂と実質的平等の実現のためには、国家には、不合理な差別を防止しながら、同時に、必要に応じて扱いの差異を設けることが求められる。そのため、差別禁止・平等原則の解釈も、これまで以上に緻密であることが求められる²。

第 2 に、ヨーロッパ地域では、EU 法とヨーロッパ人権裁判所との「司法対話」を通じて、不利な立場にある少数者の事情を考慮に入れて、差別禁止原則を解釈した判例が見られることが明らかになった。ECJ とヨーロッパ人権裁判所の双方において、個人の自由意思による変更が不可能な人間の生得的形質のように、特に厳格な審査が要求される差別事由は、「疑わしい事由 (suspect ground)」として区分し、国内法や行政上の措置によって、それらに基づく扱いの差異が設定される場合には、国家に対して特に厳格な正当化を要求する原則が確立している³。EU 構成国の裁判所と ECJ との間には、先決裁定手続を媒介して、いわば「制度化された司法対話」が成立している。EU 法上の差別禁止原則は、ECJ

¹ 第 1 章 4 節。

² 第 1 章 5 節 5.2。

³ 第 3 章 4 節；第 4 章 3・5 節。

の判例のほか、全構成国を拘束する EU 指令の形式で存在しており、共通した内容を持つ国内法を構成国に創り出す機能を有している。EU 法上の差別禁止原則と同様の内容を有する差別禁止原則が、各構成国の国内法上も確立している事実をヨーロッパ人権裁判所は、締約国間の「共通基盤」と捉えた。これによって、条約締約国に認められる評価の余地を縮減する狭く解し、民族的少数者の出自を有する者に対する間接差別の事案において、条約違反を認定する判例変更へと結実した⁴。

第 3 に、差別の禁止に関わる解釈理論の発展が、ヨーロッパに限られた法現象ではなく、世界レベルの人権条約にも妥当する可能性を検討した。国連の人権条約においても、ヨーロッパ法の例で見られたような差別事由の階層化や間接差別の事案における証明責任の転換の法理が確立していることを確認した⁵。特に、性別や広い意味での人種のように、差別の撤廃を目的とする条約が存在する事由については、当該事由に基づく差別を禁止する国際社会の一般的合意の存在を推定することが可能であり、このような場合には、条約に明示された人権を制約について、国家の裁量は縮減され、重い証明責任が課せられる⁶。さらに、本論文で分析対象とした各人権条約の締約国として、その内容を国内で実現する義務を負っている日本における人権保障へと考察を進めた。日本では、国内法の下で条約の内容が完全に実現されるという了解の下で、条約を批准する慣行があり、裁判所も、条約上の義務を国内で実施するための国内法が存在することを前提として法の解釈・適用を行うという背景事情もあり、人権条約の適用には消極的であることを指摘した⁷。当事者が人権条約を根拠とする主張をした場合でも、判決中で原告が依拠した国際法規則に何ら言及せず、その理由も明確にしない場合もある。現代世界では、異なる出自や文化を持つ人々の共存が珍しくなくなり、国内の法制度や政策が、各個人に及ぼす影響を予測することは、同質性が高いとされる社会と比較して難しいものになっている。このような社会においては、少数者が置かれた被抑圧的事情を読み込み、実質的に平等な人権保障と権利侵害に対する救済を図るために、差別禁止・平等原則の解釈も緻密化していくことが必要である。その 1 つの方法として、人権保障を一国内の憲法と国内裁判所で完結させず、絶えず国際人権機関による監視にも晒すことによって、裁判所の判断の合理性を高める「司法対話」

⁴ 第 4 章 5 節。

⁵ 第 5 章 2 節。

⁶ 第 5 章 3 節。

⁷ 第 6 章 1 節。

が有用であることを明らかにした⁸。

最後に、本論文では十分に検討できなかった課題を指摘する。まず、本論文の大部分を占めたヨーロッパの法秩序における差別禁止原則に関連して、先決裁定や指令の国内法転換を通して、各構成国の国内法の中にも、EU 法と同内容の原則が確立していることを指摘した⁹。本論文では理論上の検討にとどまっているが、望ましくは、個別の国家の国内法資料に基づいた実証的な考察が求められよう¹⁰。

また、国連の人権条約のほかは、主たる検討対象を EU 法とヨーロッパ人権条約に設定した。本論で指摘したように、「司法対話」という概念そのものが、元来はヨーロッパの地域的な法秩序を説明するための理論として提唱された「立憲的多元主義」と強く結びついており¹¹、同概念が非ヨーロッパ地域の法秩序の把握に、どの程度の妥当性を有しているかは、なお慎重な検討が必要である。特に、「多様性を尊重」した差別禁止原則の解釈や人権保障を志向するのであれば、非ヨーロッパ地域を含む多様な法制度の状況を踏まえた考察が必要であろう。これらの点は、今後の課題としたい。

⁸ 第 6 章 3 節。

⁹ 第 3 章 5 節 5.3。

¹⁰ なお、英国を事例として、そのような分析を試みたものとして：Sasaki, R., ‘The Relationship between the Equality Act 2010 and the EU Anti-Discrimination Directives: Why does not the New Act on Anti-Discrimination Formally Transpose the Directives?’, LLM Dissertation submitted in September 2015, Centre for Applied Human Rights & York Law School, University of York [not published].

¹¹ 第 2 章 2 節。

参考文献・判例一覧

書籍

(日本語)

- 明石欽司『ウェストファリア条約：その実像と神話』慶應義塾大学出版会、2009年
- 浅倉むつ子『雇用差別禁止法制の展望』有斐閣、2016年
- 阿部浩己『国際法の暴力を超えて』岩波書店、2010年
- 『国際法の人権化』信山社、2014年
- 阿部浩己、藤本俊明、今井直『テキストブック国際人権法』第3版、日本評論社、2009年
- 阿部岳『沖縄 国家の暴力：現場記者が見た「高江 165 日」の真実』朝日新聞出版、2017年
- 岩沢雄司『条約の国内適用可能性：いわゆる“Self - executing” な条約に関する一考察』有斐閣、1985年
- 上杉忍『公民権運動への道：アメリカ南部農村における黒人のたたかい』岩波書店、1998年
- 内野正幸『表現の自由の法理』日本評論社、2003年
- 『人権の精神と差別・貧困：憲法にてらして考える』明石書店、2012年
- 海野敦史『行政法綱領：行政法学への憲法学的接近』晃洋書房、2011年
- 江島晶子『人権保障の新局面：ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』日本評論社、2002年
- 大嶽秀夫『フェミニストたちの政治史：参政権、リブ、平等法』東京大学出版会、2017年
- 大沼保昭『人権、国家、文明：普遍主義的人権観から交際的人権観へ』筑摩書房、1998年
- 『国際法：はじめて学ぶ人のための』新訂版、東進堂、2008年
- 『国際法』ちくま新書、2018年
- 岡村堯『新ヨーロッパ法：リスボン条約体制下の法構造』三省堂、2010年
- 『ヨーロッパ市民法』三省堂、2012年
- 小川悟『ジプシー：シンティ・ロマの抑圧の軌跡』関西大学出版部、2001年
- 小熊英二『「日本人」の境界：沖縄・アイヌ・台湾・朝鮮 植民地支配から復帰運動まで』新曜社、1998年
- 小畑郁『ヨーロッパ地域人権法の地域秩序化：その国際法過程の批判的考察』信山社、2014年
- 金東勲『人権・自決権と現代国際法：国連実践過程の分析』新有堂、1979年
- 『国際人権法とマイノリティの地位』東信堂、2003年

- 木村草太『平等なき平等条項論：憲法 14 条 1 項と equal protection 条項』東京大学出版会、2008 年
- 北村泰三、西海真樹（編著）『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017 年
- 窪誠『マイノリティの国際法—レスプブリカの身体からマイノリティへ』信山社、2006 年
- 栗原涼子『日米女性参政権運動史』信山社、2001
- 桑原武夫『フランス革命の研究』岩波書店、1959 年
- 小山剛『基本権の内容形成：立法による憲法価値の実現』尚学社、2004 年
——『「憲法上の権利」の作法』新版、尚学社、2011 年
- 齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』信山社、2002 年
- 斎藤恵彦『世界人権宣言と現代：新国際人道秩序の展望』有信堂高文社、1984 年
- 坂元茂樹『人権条約の解釈と適用』信山社、2017 年
- 塩川伸明『民族とネイション：ナショナリズムという難問』岩波書店、2008 年
- 庄司克宏『新 EU 法：基礎篇』岩波書店、2013 年
——『新 EU 法：政策篇』岩波書店、2014 年
- 申恵丰『人権条約上の国家の義務』日本評論社、1999 年
——『国際人権法：国際基準のダイナミズムと国内法との協調』第 2 版、信山社、2016 年
- 芹田健太郎『国際人権法』信山社、2018 年
- 芹田健太郎、薬師寺公夫、坂元茂樹『ブリッジブック国際人権法』第 2 版、信山社、2017 年
- 芹田健太郎ほか（編）『国際人権法と憲法』講座国際人権法 1、信山社、2006 年
——『国際人権規範の形成と展開』講座国際人権法 2、信山社、2006 年
——『国際人権法の国内的実施』講座国際人権法 3、信山社、2006 年
——『国際人権法の国際的实施』講座国際人権法 4、信山社、2006 年
- 高野雄一『憲法と条約』東京大学出版会、1960 年
- 立作太郎『国際聯盟規約論』国際聯盟協會、1932 年
- 田畑茂二郎『人権と国際法』日本評論新社、1954 年
——『国際化時代の人権問題』岩波書店、1988 年
- 寺谷広司『国際人権の逸脱不可能性：緊急事態が照らす法・個人・国家』有斐閣、2003 年
- 戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008 年
- 中西優美子『EU 法』新世社、2012 年
- 中村民雄、須網隆夫（編著）『EU 法基本判例集』第 2 版、日本評論社、2010 年
- 中村民雄、山元一（編）『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』信山社、2012 年

- 西原博史『平等取扱の権利』成文堂、2003年
野中俊彦編『憲法I』第5版、有斐閣、2012年
野村敬造『基本的人権の地域的・集团的保障』有信堂高文社、1975年
樋口陽一『人権』三省堂、1996年
——『憲法という作為：「人」と「市民」の連関と緊張』岩波書店、2009年
広瀬巖（編・監訳）『平等主義基本論文集』勁草書房、2018年
藤田久一『国連法』東京大学出版会、1998年
堀尾輝久『現代教育の思想と構造』岩波書店、1992年
——『未来をつくる君たちへ：“地球時代”をどう生きるか』清流出版、2011年
松岡泰『アメリカ政治とマイノリティ：公民権運動以降の黒人問題の変容』ミネルヴァ書房、2006年
宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂 日本国憲法』日本評論社、1978年
宮地正卓『「自由」と「平等」の哲学—両理念の人間論的根拠と正当な実現化』北樹出版、2001年
村上正直『人種差別撤廃条約と日本』日本評論社、2005年
師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』岩波書店、2013年
安江則子『ヨーロッパ市民権の誕生：マーストリヒト条約からの出発』丸善出版、1992年
——『欧州公共圏：EU デモクラシーの制度デザイン』慶應義塾大学出版会、2008年
山下潔『国際人権法：人間の尊厳の確保と法』日本評論社、2014年
山田哲史『グローバル化と憲法：超国家的法秩序の緊張と調整』弘文堂、2017年
山本直『EU 人権政策』成文堂、2011年
横田洋三（編）『国際人権入門』第2版、法律文化社、2013年
渡部茂己『国際人権法』国際書院、2009年

（外国語書籍の邦訳・紹介等）

- アリエス、フィリップ（杉山光信、杉山恵美子訳）『「子供」の誕生：アンシャン・レジーム期の子供と家族生活』みすず書房、1981年
アリストテレス（朴一功訳）『ニコマコス倫理学』京都大学学術出版会、2002年
アンダーソン、ベネディクト（白石隆、白石さや訳）『定本 想像の共同体：ナショナリズムの起源と流行』書籍工房早山、2007年
キムリッカ、ウィル（角田猛之、石山文彦、山崎康仕監訳）『多文化時代の市民権：マイノリティの権利と自由主義』晃洋書房、1998年
シエイエス、E. J.（大岩誠訳）『第三階級とは何か』岩波書店、1950年
スュードル、F.（建石真公子訳）『ヨーロッパ人権条約』有信堂高文社、1997年
ソポクレス（呉茂一訳）『アンティゴネー』岩波書店、1961年

- テイラー、チャールズ（佐々木毅、辻康夫、向山恭一訳）『マルチカルチュラルリズム』岩波書店、1996年
- ドゥウォーキン、R.（小林公ほか訳）『平等とは何か』木鐸社、2002年
- バーク、エドモンド（半沢孝麿）『フランス革命の省察』新装版、みすず書房、1997年
- ブラン、オリヴィエ（辻村みよ子、太原孝英、高瀬智子訳）『オランプ・ドゥ・グージュ：フランス革命と女性の権利宣言』信山社、2010
- ペイン、トマス（西川正身訳）『人間の権利』岩波書店、1971年
- ヘルデーゲン、マティアス（中村匡志訳）『EU法』ミネルヴァ書房、2013年
- マルクス、K.（中山元訳）『ユダヤ人問題に寄せて/ヘーゲル法哲学批判序説』光文社、2014年
- ラートブルフ、G.（碧海純一訳）『法学入門』ラートブルフ著作中第3巻、改訂版、東京大学出版会、1964年
- ルソー、J. J.（中山元訳）『人間不平等起源論』光文社、2008年
- ロールズ、J.（川本隆史、福岡聡、神島裕子訳）『正義論』改訂版、紀伊國屋書店、2010年
- ロールズ、J.、ケリー、E.（田中成明、亀本洋、平井亮輔訳）『公正としての正義 再説』岩波書店、2004年

(英語)

- Alexy, R., *A Theory of Legal Argument: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, 1989
- Arai-Takahashi, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002
- Arden, M., *Human Rights and European Law: Building New Legal Orders*, Oxford University Press, 2015
- Arnardóttir, O. M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishing, 2003
- Bates, E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010
- Bebr, G., *Development of Judicial Control of the European Communities*, Martinus Nijhoff Publishers, 1981
- Bell, M., *Racism and Equality in the European Union*, Oxford University Press, 2008
- Blackburn, R. & Polakiewicz, J. (eds), *Fundamental Rights in Europe*, Oxford University Press, 2001.
- Charlesworth, H. & Chinkin, C., *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*,

- Manchester University Press, 2000 (阿部浩己 (監訳) 『フェミニズム国際法：国際法の境界を問い直す』 尚学社、2005 年)
- Clares, M., *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, 2006
- Dijk, P. van & Hoof, G. J. H., *The Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd edn, Kluwer Law International, 1998
- Dzehtsiarou, K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2015
- Edel, F., *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2010
- Eisenberg, A. & Spinner-Halev A., *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, 2005
- Ellis, E. & Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2012
- Fabbrini, F., *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2014
- Harris, D. et al, *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd edn, Oxford University Press, 2009
- , *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th edn, Oxford University Press, 2018
- Hepple, B., *Equality: The Legal Framework*, 2nd edn, Hart Publishing, 2014
- Horspool, M., Humphreys, M. & Wells-Greco, M., *European Union Law*, 9th edn, Oxford University Press, 2016
- Hoskyns, D., *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*, Verso, 1996
- Howard, E., *The EU Directive: Developing the Protection against Racial Discrimination within the EU*, Routledge, 2010
- Komarek, J. & Abvelj, M. (eds), *Constitutional Pluralism in Europe and Beyond*, Hart Publishing, 2012
- Krisch, N., *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010
- Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012
- Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007
- Liègeois, J. P., *The Roma in Europe*, Council of Europe Publishing, 2007.
- MacCormick, N., *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999

- Martinico, G. & Pollicino, O., *The Interaction between Europe's Legal System: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar, 2012
- Minow, M., *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, 1990
- Morsink, J., *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Draft, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999
- Nikolaidis, C., *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2014
- Pérez, A. T., *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009
- Rainey, R., Wicks, E. & Ovey, C., *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 7th edn, Oxford University Press, 2017
- Tobler, C., *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of Indirect Discrimination under EC Law*, Intersentia, 2005
- Varju, M., *European Union Human Rights Law: The Dynamics of Interpretation and Context*, Edward Elgar Publishing, 2014
- Weiler, J. H. H., *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1994
- White, R. C. A. & Ovey, C., *Jacobs, White & Ovey The European Convention on Human Rights*, 5th edn, Oxford University Press, 2010

(フランス語)

- Corten, O., *Méthodologie du droit international public*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009
- Dony, M., *Droit de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Edition de l'Université de Bruxelles, 2015
- Henru, R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, L.G.D.J., 2003
- Priollaud, F. X. et Siritzky, D., *Le Traité de Lisbonne : Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens*, La Documentation Française, 2008

(ドイツ語)

- Cornils, M., *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Mohr-Siebeck Verlag, 2005

単行本・雑誌所収論文

(日本語)

安部圭介「差別はなぜ禁じられなければならないのか」森戸英幸、水町勇一郎（編著）『差別禁止法の新展開：ダイヴァーシティの実現を目指して』日本評論社、2008年、16-44頁

阿部浩己「多文化主義と越境する人間たち」『法学セミナー』57巻10号（2012）、2-5頁

——「グローバル化する国境管理」『世界法年報』37号（2018）、38-62頁

新井誠「立法裁量と法の下での平等」『法律時報』83巻5号（2011）、41-46頁

石山文彦「多文化主義の規範的理論」『法哲学年報』1996年号、43-60頁

——「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察（一）：ウィル・キムリッカを中心として」『国家学会雑誌』113巻1・2号（2000）、1-33頁

——「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察（二）：ウィル・キムリッカを中心として」『国家学会雑誌』113巻7・8号（2000）、607-640頁

——「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察（三）：ウィル・キムリッカを中心として」『国家学会雑誌』113巻11・12号（2000）、986-1024頁

——「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察（四）：ウィル・キムリッカを中心として」『国家学会雑誌』114巻3・4号（2001）、111-147頁

——「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察（五）：ウィル・キムリッカを中心として」『国家学会雑誌』114巻9・10号（2001）、645-668頁

——「多文化主義理論の法哲学的意義に関する一考察（六・完）：ウィル・キムリッカを中心として」『国家学会雑誌』115巻9・10号（2002）、72-131頁

伊藤洋一「国際人権保障をめぐる裁判官の対話：司法的ネットワークの現状と課題」『国際人権』25号（2014）、34-38頁

稲木徹「文化的権利の保障と文化多様性」北村泰三、西海真樹（編著）『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017年、43-72頁

岩沢雄司「日本における国際人権訴訟」杉原高嶺（編）『紛争解決の国際法』三省堂、1997年、251-272頁

——「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」『世界法年報』29号（2010）、50-85頁

浦山聖子「多文化主義と人権：法哲学と憲法学を見る」『憲法問題』23号（2012）、80-87頁

江島晶子「ヨーロッパ人権条約における『評価の余地』理論の新たな発展」『明治大学大学院紀要』29集（1992）、55-73頁

——「ヨーロッパ人権裁判所の解釈の特徴」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑

- 郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008年、28-32頁
- 「ヨーロッパ人権条約とイギリス」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）、上掲書、33-37頁
- 「憲法の未来像における国際人権条約のポジション：多層レベルでの『対話』の促進」『法律時報』81巻10号（2009）、104-110頁
- 「多層的人権保障システムにおけるグローバル・モデルとしての比例原則の可能性」長谷部恭男他編『高橋和之先生古稀記念：現代立憲主義の諸相』（下）有斐閣、2013年、85-114頁
- 大竹秀樹「少数者の国際的保護について（一）：第二七条の起草過程を中心として」『同志社法学』35巻4号（1983）、113-127頁
- 「少数者の国際的保護について（二・完）：第27条の起草過程を中心として」『同志社法学』35巻5号（1984）、169-198頁
- 大沼保昭「遙かなる人種平等の理想：国際連盟規約への人種平等条項提案と日本の国際法観」大沼保昭（編）『高野雄一先生古稀記念論文集：国際法、国際連合と日本』弘文堂、1987年、427-480頁
- 「国際社会における法と政治：国際法学の「実定法主義」と国際政治学の「現実主義」の呪縛を超えて」国際法学会（編）『国際社会の法と政治』三省堂、2001年、1-34頁
- 大藤紀子「平等・差別禁止原則について」『獨協法学』77号（2008）、159-187頁
- 「差異における国際人権：EUの人権保障」国際人権法学会編『国際人権』23号（2012）、3-8頁
- 「長期間滞在する第三国国民への生存権の平等な保障」『貿易と関税』60巻12号（2012）、69-75頁
- 小畑郁「ヨーロッパ人権裁判所の組織と手続」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008年、10-17頁
- 「欧州評議会・欧州人権条約からみたヨーロッパ憲法秩序」中村民雄・山元一（編）『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』信山社、2012年、22-42頁
- 川口美貴「EUにおける雇用平等立法の展開：2000/43指令、2000/78指令、および、1976/207指令改正案の紹介を中心として」『静岡大学法政研究』6巻3・4号（2002）、689-714頁
- 川田知子「EC指令における差別禁止事由の特徴と相違一人的理由に基づく差別禁止と雇用形態に基づく差別禁止の比較」『亜細亜法学』44巻2号（2010年）、59-81頁
- 喜多義人「国際社会における少数者保護制度の展開」『法学研究年報』31号（日本大学大学院法学研究科、2002）、213-254頁
- 北村泰三「ヨーロッパ人権条約と国家の裁量：評価の余地理論に関する人権裁判所判例を

- 契機として」『法学新報』88巻7・8号（1981）、35-95頁
- 「EC法基本権規定の水平的直接効力（一）：EC法の私人間適用問題に関する一考察」『熊本法学』77号（1993年9月）、1-40頁
- 「EC法基本権規定の水平的直接効力（二）：EC法の私人間適用問題に関する一考察」『熊本法学』78号（1993年12月）、73-132頁
- 「国際人権法と受刑者の権利：自由権規約上の外部交通権の検討」『法学新報』102巻3・4号（1995）、127-186頁
- 「ヨーロッパ人権裁判所の判例にみる人権と多文化主義の相克」『世界法年報』29号（2010）、86-123頁
- 「国際法・国際人権法における文化的多様性」北村泰三、西海真樹（編著）『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017年、3-42頁
- 「国際人権法における『補完性原則』の意義：序論的考察」『国際人権』25号（2014）、18-24頁
- 経塚作太郎「条約の国内実施および適用をめぐる若干の問題」『国際法外交雑誌』56巻1号（1957）、1-34頁
- 「憲法と条約：条約締結権限に加えられる制約を中心に」『季刊法律学』28号（1959）、103-124頁
- 黒岩容子「間接性差別禁止法理の形成と『平等』・『差別』概念の発展：EU法における展開を素材として」浅倉むつ子、西原博史（編著）『平等権と社会的排除：人権と差別禁止法理の過去・現在・未来』成文堂、2017年、41-66頁
- 小久見祥恵「差異と平等：マーサ・ミノウの理論を手がかりに」『同志社法学』56巻1号（2004）、913-944頁
- 小林直樹「差別的表現の規制問題：日本・アメリカ合衆国の比較から」『社会科学雑誌』創刊号（奈良産業大学社会科学学会、2008）、87-148頁
- 小森光夫「国際法規の形成と国内管轄の概念-国内管轄概念の再構成のための序説的考察」松田幹夫（編）『流動する国際関係の法』国際書院、1997年、111-146頁
- 近藤敦「持続可能な多文化共生社会に向けた移民統合政策」『世界』915号（2018）、77-85頁
- 近藤圭介「憲法多元主義：ヨーロッパ法秩序をめぐる議論の構図」濱本正太郎、興津征雄（編）『ヨーロッパという秩序』勁草書房、2013年、5-29頁
- 坂元茂樹「条約の実施機関の解釈機能：自由権規約2条1項の解釈をめぐる」坂元茂樹（編）『藤田久一先生古稀記念 国際立法の最前線』有信堂高文社、2009年、137-163頁
- 櫻井利江「欧州における民族的少数者保護規準の発展：効果的参加権・自治・集団としての権利をめぐる」『同志社法学』59巻2号（2007）、69-126頁

- 佐藤文夫「公衆浴場入浴拒否と人種差別」『ジュリスト』1246号（2003）、260-262頁
- 佐々木孝弘「財産管理権獲得をめぐる女性の闘い：1868年ノースカロライナ州憲法の制定とその意義」『アメリカ史研究』34号（2011）、36-52頁
- 佐々木亮「欧州人権条約における差別禁止規範の発展とEU法の影響：間接差別を中心として」『法学新報』120巻9・10号（2014）、401-430頁
- 「マイノリティに対する教育機会の保障と文化的多様性：ヨーロッパ人権裁判所の判例に見られる差異の承認」『比較法研究』78号（2016）、206-211頁
- 「ヨーロッパ人権条約における多様性の尊重と人種・民族差別の規制：差別事由の階層化と『評価の余地』理論を手掛かりとして」北村泰三、西海真樹（編著）『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017年、73-96頁
- 「朝鮮学校を高等学校等就学支援金の対象外とした措置の適法性と国際人権基準」『新・判例解説 Watch』23号（2018）、307-310頁
- 「差別の概念と特別学校への編入措置：D.H.ほか対チェコ事件大法廷判決」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例II』信山社、近刊
- 笹沼弘志「人権批判の系譜」愛敬浩二（編）『人権の主体』講座人権論の再定位、法律文化社、2010年、22-52頁
- 篠原初枝「国際連盟と少数民族問題：なぜ、誰が、誰を、誰から、どのようにして、保護するのか」『アジア太平洋研究』24号（2015）、71-86頁
- 柴田憲司「憲法上の比例原則について（一）：ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」『法学新報』116巻9・10号（2010）、183-278頁
- 「憲法上の比例原則について（二・完）：ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」『法学新報』116巻11・12号（2010）、185-290頁
- 庄司克宏「欧州司法裁判所とEC法の直接効果：理論的再検討」『法律時報』74巻4号（2002）、14-20頁
- 「欧州人権裁判所の『同等の保護』理論とEU法：Bosphorus v. Ireland事件判決の意義」『慶応法学』6号（2006）、285-302頁
- 申惠丰「欧州統合と人権：域内における人権保護」村田良平（編）『EU：21世紀の政治課題』勁草書房、1999年、109-145頁
- 「国際法とジェンダー：国際法におけるフェミニズム・アプローチの問題提起とその射程」『世界法年報』22号（2002）、123-163頁
- 「人権条約の直接適用可能性：国内裁判所の司法権と条約規範」同『人権条約の現代的展開』信山社、2009年、211-285頁
- 須網隆夫「EC法・EC司法裁判所との関係（1）：旧ユーゴ連邦に対する制裁決議を実施するEC規則に基づくユーゴ航空機の没収：ポスポラス判決」戸波江二、北村泰三、建

- 石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008年、59-65頁
- 「EU法と国際法：多元的な法秩序観とEU法秩序の性質」福田耕治（編）『多元化するEUガバナンス』早稲田大学出版部、2011年、7-37頁
- 「ヨーロッパにおける憲法多元主義：非階層的な法秩序像の誕生と発展」『法律時報』85巻11号（2013）、43-38頁
- 「グローバル立憲主義とヨーロッパ法秩序の多元性：EUの憲法多元主義からグローバル立憲主義へ」『国際法外交雑誌』113巻3号（2014）、25-55頁
- 『裁判官対話』とは何か：概念の概括的検討』『法律時報』89巻2号（2017）、57-62頁
- 鈴木友紀『高校無償化』をめぐる国会論議：公立高校授業料不徴収及び高等学校等就学支援金支給法』『立法と調査』306号（2010）、3-14頁
- 芹田健太郎「自由権規約の自動執行性」『ジュリスト』1113号（平成8年度重要判例解説、1997）、264-265頁
- 園部逸夫「日本の最高裁判所における国際人権法の最近の適用状況」芹田健太郎ほか（編）『国際人権法と憲法』講座国際人権法I、信山社、2006年、19-24頁
- 高野雄一「国際人権（A）規約における人権保障と差別禁止条項」『上智法学論集』24巻特別号（1980）、119-163頁
- 建石真公子「婚外子相続分差別に関するヨーロッパ人権裁判所判決：Mazurek 対フランス（2000.2.1）」『国際人権』14号（2003）、110-114頁
- 「ヨーロッパ人権条約とフランス」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008年、38-46頁
- 谷口洋幸「LGBT/SOGIの人権と文化多様性」北村泰三、西海真樹（編著）『文化多様性と国際法：人権と開発を視点として』中央大学出版部、2017年、225-241頁
- 田畑茂二郎「所謂少数民族の国際法主体性に就て（一）」『法学論叢』38巻3号（1935）、421-467頁
- 「所謂少数民族の国際法主体性に就て（二）」『法学論叢』38巻4号（1935）、745-770頁
- 「所謂少数民族の国際法主体性に就て（三・完）」『法学論叢』38巻6号（1935）、1121-1142頁
- 寺谷広司「排除された人々と国際法：世界化する民主主義に対し、人権には何が可能か」中川淳司、寺谷広司（編）『大沼保昭先生記念論文集 国際法学の地平：歴史・理論・実証』東進堂、2008年、331-376頁
- 「国際法における『裁判官対話』：その理論的背景」『法律時報』89巻2号（2017）、63-69頁

- 徳川信治「教育におけるロマの子どもへの差別：D.H.他対チェコ事件」『国際人権』19号（2008）、213-214頁
- 中坂恵美子「EUにおける社会保障制度の整合化の展開」『社会文化研究』（広島大学総合科学部紀要）25号（1999）、45-80頁
- 「EUにおける長期居住者である第三国国民の地位（1）」『広島法学』29巻1号（2005）、45-71頁
- 「EUにおける長期居住者である第三国国民の地位（2・完）」『広島法学』29巻2号（2005）、117-143頁
- 「欧州におけるニュー・マイノリティの保護」『国際法外交雑誌』114巻4号（2016）、1-25頁
- 中西優美子「欧州人権条約加入に関するEU司法裁判所の判断」『一橋法学』14巻3号（2015）、297-325頁
- 中村民雄「判例にみるEU市民権の現在：移動市民の権利から居住市民の権利へ？」『日本EU学会年報』32号（2012）、135-157頁
- 西立野園子「差別の廃止をめぐる条約の発展：人種差別と性差別を中心として」『国際問題』363号（1990）、41-55頁
- 長谷川珠子「アメリカは何をしてきたか」森戸英幸、水町勇一郎（編著）『差別禁止法の新展開：ダイバーシティの実現を目指して』日本評論社、2008年、45-68頁
- 濱本正太郎「EU法と国際法：国際法学の観点から」平野仁彦、亀本洋、川濱昇（編）『現代法の変容』有斐閣、2013年、209-240頁
- 「裁判所は誰に語るのか：日本の裁判所における国際法・外国法の（不）参照」『法律時報』89巻2号（2017）、76-81頁
- 林瑞枝「フランスの反人種差別法」『法律時報』51巻2号（1979）、91-99頁
- 引馬知子「EU社会政策の多次的展開と均等待遇保障：人々の多様性を尊重し活かす社会の創造に向けて」福田耕治（編著）『EU・欧州統合研究：リスボン条約以後の欧州ガバナンス』成文堂、2009年、226-249頁
- 舟木和久「欧州における欧州評議会少数者保護枠組条約成立前史の方法論的再評価」『立命館法学』363・364号（2015）、715-749頁
- 松田浩道「日本の裁判所における国際人権法：国内適用論の再構成」『東京大学法科大学院ローレビュー』5号（2010）、148-168頁
- 松原光宏「ドメスティック・グローバルモデルとしての比例性原則：R.アレクシー基本権理論をめぐる現代の論争」『法哲学年報』2010年号、176-187頁
- 村瀬信也「国際法の国内的適用」村瀬信也ほか『現代国際法の指標』有斐閣、1994年、51-61頁
- 最上俊樹「国際立憲主義批判と批判的国際立憲主義」『世界法年報』33号（2014）、1-32頁

門田孝「ヨーロッパ人権条約とドイツ」戸波江二、北村泰三、建石真公子、小畑郁、江島晶子（編）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社、2008年、47-51頁

薬師寺公夫「国際人権法の現代的意義：『世界法』としての人権法の可能性？」『世界法年報』29号（2010）、1-49頁

——「国際人権法から見た憲法規範の『限界』と可能性」『法律時報』84巻5号（2012）、22-24頁

山田澄子「イギリスの『1965年人種関係法』」『比較社会文化研究』7号（九州大学比較社会文化研究科、2000）、147-154頁

山元一「憲法解釈における国際人権規範の役割：国際人権法を通して見た日本の人権法解釈論の方法論的反省と展望」『国際人権』22号（2011）、35-40頁

——「グローバル化世界における公法学の再構築：国際人権法が憲法に提起する問いかけ」『法律時報』84巻5号（2012）、9-16頁

横田洋三「日本国憲法と世界人権宣言」『法学新報』116巻3・4号（2009）、805-842頁

李春熙「司法は行政による差別を追認するのか：『朝鮮学校無償化訴訟』の現状」『法学セミナー』757号（2018）、55-61頁

（外国語文献の翻訳・紹介等）

コスタ、ジャン＝ポール（建石真公子訳）「国際裁判所と国内裁判所の対話：ヨーロッパ人権裁判所の場合」『国際人権』25号（2014）、3-12頁

モンジャル、P. Y.（兼頭ゆみ子訳）「EUにおける基本権保護システム：基本権に関する統一的なヨーロッパ法秩序の漸進的実現」『比較法雑誌』46巻3号（中央大学日本比較法研究所、2012）、161-174頁

北村泰三「シュヴァルツェンバーガーによる国際法の動態把握：The Dynamics of International Lawの紹介を中心として」『法学新報』87巻5・6号（1980）、99-117頁

佐藤由須計「紹介：Georg Schwarzenberger: A manual of International Law」『国際法外交雑誌』50巻2号（1951）、39-43頁

（英語）

Ahmed, T. & Bulter, I. de J., 'The European Union and Human Rights: An International Law Perspective' in: 17 (4) *European Journal of International Law* (2006) 771-801

Åkermark, S. S., 'Images of Children in Education: a Critical Reading of DH and Others v. Czech Republic' in: E. Brems (ed.) *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2013, pp.40-67

Allen QC, R., 'Article 13 EC, Evolution and Current Context' in: H. Meenan (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge

- University Press, 2007, pp.38-72
- Alves, J. A. L., ‘Race and Religion in the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination’ in: 42 *University of San Francisco Law Review* (2008) 941-982
- Arai-Takahashi, Y., ‘Proportionality? A German Approach’ in: 19 *Amicus Curie* (2002) 11-13
- Arnardóttir, O. M., ‘The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights’ in: 14 (4) *Human Rights Law Review* (2014) 647-670
- Barnard, C., ‘Free Movement of Natural Persons and Citizenship of the Union’ in: C. Barnard & S. Peers (eds), *European Union Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2017, pp.369-508
- Bayefsky, A. F., ‘The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law’, in: 11 (1-2) *Human Rights Law Journal* (1990) 1-34
- Bell, M., ‘The Implementation of European Anti-Discrimination Directives: Converging towards a Common Model?’ in: 79 (1) *The Political Quarterly* (2008) 36-44
- , ‘The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening’ in: P. Graig & G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2011, pp.611-640
- Bell, M. & Waddington, L., ‘Reflecting on Inequalities in European Equality Law’ in: 28 (3) *European Law Review* (2003) 349-369
- Bjorge, E., ‘Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law’ in: 4 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2015) 181-190
- Bobek, M., ‘The Effects of EU Law in the National Legal Systems’ in: C. Barnard & S. Peers (eds), *European Union Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2017, pp.143-176
- Boyle, K. & Baldacinni, A., ‘A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism’ in: S. Fredman (ed.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford University Press, 2001, pp.135-191
- Desautels-Stein, D., ‘Race as a Legal Concept’ in: 2 *Columbia Journal of Race and Law* (2012) 1-37
- Donders, Y., ‘Human Rights and Cultural Diversity: Too Hot to Hundle?’ in: 30 (4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2012) 377-381
- Dougan, M., ‘Minimum Harmonization and the Internal Market’ in: 37 *Common Market Law Review* (2000) 853-885
- Douglass-Scott, S., ‘A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Aquis’ in: 43 *Common Market Law Review* (2006) 629-665
- Eide, A., ‘Rights of “Old” versus “New” Minorities’ in: 2 (1) *European Yearbook of Minority Issues* (2001) 365-379
- Eissen, M. A., ‘The principle of proportionality in the case-law of European Court of Human

- Rights' in: R. S. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp.125-146
- Ellis, E., 'The Principle of Non-Discrimination in the Post-Nice Era', in A. Arnulf & D. Wincott (eds), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002, pp.291-306
- Etinski, R., 'Indirect Discrimination in the Case-law of the European Court of Human Rights', 47 *Zbornik Radova* (University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad, 2013) 57-72
- Gearty, C., "Is Attacking Multiculturalism a way of Tackling Racism: or Feeding It? Reflections on the Government's Prevent Strategy" in: 2 *European Human Rights Law Review* (2012) 121-129
- Gerards, J., 'Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine' in: 17 (1) *European Law Journal* (2011) 80-120
- , 'The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights', in: 13 (1) *Human Rights Law Review* 1 (2013) 99-124
- Goldoni, M., 'Constitutional Pluralism and the Question of the European Common Good' in: 18 (3) *European Law Review* (2012) 385-406
- Gradbaum, S., 'Human Rights and International Constitution' in: J. Dunoff & J. Trachtman (eds), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2013, pp.233-257
- Halberstam, D., 'Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States' in: J. Dunoff & J. Trachtman (eds), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2013, pp.326-355
- Henrard, K., 'A Patchwork of "Successful" and "Missed" Synergies in the Jurisprudence of the ECHR' in: K. Henrard & R. Dunbar (eds), *Synergies in Minority Protection: European and International Perspective*, Cambridge University Press, 2008, pp.314-364
- Hepple, B. A., 'Race Relations Act 1965' in: 29 *Modern Law Review* (1966) 306-314
- , 'The European Legacy of *Brown v. Board of Education*' in: *Illinois Law Review* (2006) 605-624
- Heringa, A. W., 'Standards of Review for Discrimination: The Scope of Review by the Courts' in: T. Loenen & P. R. Rodrigues (eds), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspective*, Kluwer Law International, 1999, pp.25-38
- Howard, E., 'The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law' in: 13 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2006) 445-470
- Jacobs, F. G., 'An Introduction to the General Principle of Equality in EC Law' in: A. Dashwood & S. O'Leary (eds), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, 1997,

pp.1-12

- Kumm, M., ‘The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty’ in: 11 (3) *European Law Journal* (2005) 262-305
- — , ‘The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State’ in: J. Dunoff & J. Trachtman (eds), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2013, pp.258-324
- Lenaerts, K. & Gutiérrez-Fons, J. A., ‘The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law’ in: 47 (6) *Common Market Law Review* (2010) 1629-1669
- Lerner, N., ‘The Evolution of Minority Rights in International Law’ in: C. Brölmann, R. Lefebvre & M. Zieck (eds), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp.77-101
- Loenen, T., ‘Indirect Discrimination: Oscillating between Containment and Revolution’ in: T. Loenen & P. R. Rodrigues (eds), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspective*, Kluwer Law International, 1999, pp.195-212
- Luxton, J. L., ‘Equality and Sex Discrimination in the European Union: Is Shifting the Burden of Proof the Answer?’ in: 17 *Dickson Journal of International Law* (1998) 357-382
- MacCormick, N., ‘Beyond the Sovereign State’ in: 56 (1) *Modern Law Review* (1993) 1-18
- Maduro, M. P. ‘Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action’ in: N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003, pp.501-537
- Mégret, F., ‘Nature of Obligations’ in: D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2010, pp.130-132
- Merry, S. E., ‘Legal Pluralism’, 22 (5) *Law & Society Review* (1988) 869-896
- Moeckli, D., ‘Equality and Non-Discrimination’ in: D. Moeckli, S. Shah & S. Sivakumaran (eds), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2010, pp.189-208
- More, G., ‘The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?’ in: P. Craig & G. de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, pp.517-559
- Nowak, M., ‘The Right to Education’, A. Eide, C. Krause & A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.189-212
- O’Donnell, T. A., ‘The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights’, 4 *Human Rights Quarterly* (1982) 474-496
- Pescatore, P., ‘The Protection of Human Rights in the European Communities’ in: 9 (1) *Common Market Law Review* (1972) 73-79
- Peters, A., ‘Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental

- International Norms and Structure’ in: 19 (3) *Leiden Journal of International Law* (2006) 579-610
- — , ‘Dual Democracy’ in: J. Dunoff & J. Trachtman (eds), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, 2013, pp.263-341
- Petersmann, E., ‘Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration’ in: 13 *European Journal of International Law* (2002) 621-650
- Petkova, B., ‘Three levels of dialogue in precedent formation at the CJEU and ECtHR’, K. Dzehtsiarou *et al* (eds), *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlap and Contradictions of the EU and the ECHR*, Routledge, 2014, pp.73-91
- Polakiewicz, J., ‘The Status of the Convention in National Law’ in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (eds), *Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001, pp.31-53
- Reuter, T. K., ‘Dealing with Claims of Ethnic Minorities in International Law’ in: 24 *Connecticut Journal of International Law* (2008) 201-237
- Sandland, R., ‘Developing a Jurisprudence of Difference: the Protection of Human Rights of Travelling Peoples by the European Court of Human Rights’ in: 8 (3) *Human Rights Law Review* (2008) 475-516
- Sasaki, R., ‘The Relationship between the Equality Act 2010 and the EU Anti-Discrimination Directives: Why does not the New Act on Anti-Discrimination Formally Transpose the Directives?’, LLM Dissertation submitted in September 2015, Centre for Applied Human Rights & York Law School, University of York [not published]
- Schiek, D., ‘A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/EC Changing Directive 76/207/EEC in Context’ in: 8 (2) *European Law Journal* (2002) 290-314
- , ‘From Non-Discrimination Law towards Multidimensional Equality Law for Europe’ in: D. Schiek & V. Chege (eds), *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspective on Multidimensional Equality Law*, Routledge-Cavandish, 2008, pp.3-28
- Schwarzenberger, G. & Brown, E. D., *A Manual of International Law*, 6th edn, Professional Books, 1976
- Seibert-Fohr, A., ‘The Rise of Equality in International Law and its Pitfalls: Learning from Comparative Constitutional Law’ in: 35 *Brooklyn Journal of International Law* (2010) 1 -39
- Sohn, L. B., ‘The Rights of Minorities’ in: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, 1981, pp.270-289

- Shaw, M. N., 'The Definition of Minorities in International Law' in: Y. Dinstein (ed.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp.1-31
- Sierpowski, S., 'Minorities and the League of Nations' in: P. Smith (ed.), *Ethnic Groups in International Relations*, New York University Press, 1993, pp.13-37
- Slaghter, A. M., 'A Typology of Transjudicial Communication' in: *29 University of Richmond Law Review* (1994) 99-137
- Spaventa, E., 'Fundamental Rights in the European Union' in: C. Barnard & S. Peers (eds), *European Union Law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2017, pp.226-254
- Timmer, A., 'Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights' in: *11 (4) Human Rights Law Review* (2011) 707-738
- Tomuschat, C., 'Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights' in: R. Bernhardt und W. K. Geck (hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte*, Springer-Verlag, 1983, S. 949-979
- Tyson, A., 'The Negotiation of the European Community Directives on Racial Discrimination' in: *3 European Journal of Migration and Law* (2001) 199-229
- Walker, N., 'The Idea of Constitutional Pluralism' in: *65 Modern Law Review* (2002) 317-359
- Walker, S. & Poe, S. C., 'Does Cultural Diversity Affect Countries' Respect for Human Rights' in: *24 (1) Human Rights Quarterly* (2002) 237-263
- Weiss, W., 'Human rights in the EU: rethinking the role of the European Convention on Human Rights after Lisbon' in: *7(1) European Constitutional Law Review* (2011) 64-95
- Wells, N., 'The Modified Mechanism in EU Accession: A Look at Croatia's Accession into the EU and the Plight of Croatia's Roma Population' in: *29 Wisconsin International Law Journal* (2011) 580-608
- White, R. C. A., 'Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union', in: *54 International and Comparative Law Quarterly* (2005) 885-905
- Winter, J. A., 'Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law' in: *9 (4) Common Market Law Review* (1972) 425-438
- (フランス語)
- Cohen-Jonathan, G., « Universalité et singularité des droits de l'homme », *53 Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2003) 1-13
- Scelle, G., « Règles général du droit de la paix », *Recueil des cours*, tome 46, Académie de droit international de La Haye, 1933, p. 657-663

学術会議の配布資料等

Hughes, K., 'Article 13: A Framework for Action', provided at the Conference of Ethnic Minorities in Europe: Rethinking and Restructuring Anti-discriminatory Strategies of (Birmingham, 17-19 February 2000)

Web サイト

(日本語)

石山文彦「多文化主義の理論的課題」 Chuo Online,

<<http://www.yomiuri.co.jp/adv/chuo/research/20131017.html>> (最終アクセス:2016年8月10日)

齋藤民徒「嫡出子でない子の法定相続分を定める国内法規の違憲決定：国際法の立場から」『新・判例解説 Watch』<

http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-090371396_tkc.pdf> (最終アクセス:2018年12月18日)

衆議院憲法調査会事務局『『憲法と国際法（特に、人権の国際的保障）』に関する基礎的資料』最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会（平成16年4月22日の参考資料）、衆憲資第50号<

[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/chosa/shukenshi050.pdf/\\$File/shukenshi050.pdf](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/chosa/shukenshi050.pdf/$File/shukenshi050.pdf)> (最終アクセス:2018年12月15日)

総務省「多文化共生の推進に関する研究会報告書：地域における多文化共生の推進に向けて」2006、<http://www.soumu.go.jp/kokusai/pdf/sonota_b5.pdf> (最終アクセス:2018年12月14日)

法務省「平成29年末現在における在留外国人数について（確定値）」<http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri04_00073.html> (最終アクセス:2018年12月15日)

(英語)

Buergenthal, T., 'Human Rights' in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, March 2007, <

<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e810?prd=EPIL>> accessed 14 December 2018

Council of Europe, 'The Supervision Process',

<<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>> accessed 11 January

2018.

European Court of Human Rights, 'Statistics' <

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c>> accessed 20 December 2018

Hobbes, T., *Leviathan*, 1651, Project Gutenberg, available at:

<<https://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm>> accessed 11 November 2018

International Commission of Jurists, 'Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity', 2007, available at: <<http://www.refworld.org/docid/48244e602.html>> accessed 1 November 2018

Locke, J., *Two Treatises of the Government*, 1690, Rod Hay for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought, available at:

<<http://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>> accessed 11 November 2018

South African History Online, 'A history of Apartheid in South Africa', available at: <<https://www.sahistory.org.za/article/history-apartheid-south-africa>> accessed 11 November 2018

UNOHCHR, *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*, United Nations, 2010, available at:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf> accessed 1 January 2019

———, 'Minorities under International Law'

<<https://www.ohchr.org/en/issues/minorities/pages/internationallaw.aspx>> accessed 1 January 2019

'The Supervision Process', Council of Europe,

<<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>> accessed 11 January 2018

'Direct Applicability and Direct Effect' in: European Studies Hub, University of Portsmouth, <<http://hum.port.ac.uk/europeanstudieshub/learning/module-3-governance-in-a-multi-level-europe/direct-effect-and-direct-applicability/>> accessed 20 December 2015

(フランス語)

Rousseau, J. J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, MetaLibri disponible à: <http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/RousseauJJ_ContratSocial_p.pdf> le 11 novembre 2018

裁判例・公文書等

国際連合・国際連盟

【総会】

Resolution 103 (I) (1946), UN Doc., A/RES/103(I)

Resolution 217 (III) adopted on 10 December 1948, UN Doc., A/RES/217 (III) A (世界人権宣言)

Resolution 395 (V) (1950), UN Doc., A/RES/395(V)

Resolution 1904 (XVII), 'United Nations Declaration on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination' (1963), UN Doc., A/RES/1904(XVIII)

【安全保障理事会】

Resolution 820 (1993), UN Doc., S/RES/820

【人権理事会・旧経済社会理事会人権委員会】

'Draft International Covenant on Human Rights: Articles 4 and 233' (1950), UN Doc., E/CN.4/SR.196

Resolution 17/19, 'Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity' (2011), UN Doc., A/HRC/Res/17/19

Resolution 32/2, 'Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity' (2016), UN Doc., A/HRC/RES/32/2

【自由権規約人権委員会】

(一般的意見)

General Comment 18 on Non-discrimination (1994), UN Doc., HRI/GEN/1/Rev.1

General Comment 23 on the Rights of Minorities (Art. 27) (1994), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5

(個人通報に対する見解)

MacIsaac v Canada, Communication No. 55/1979 adopted on 14 October 1982, UN Doc CCPR/C/17/D/55/1979

Müller and Engelhard v Namibia, Communication No. 919/2000 adopted on 26 March 2002, UN Doc., CCPR/C/74/D/919/2000

【社会権規約委員会】

(一般的意見)

General Comment 3 on the Nature of States Parties Obligations (Art.2, par.1) (1990), UN Doc., E/1991/23, Annex III

General Comment 20 on Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (2009), UN Doc., E/C.12/GC20

(国家報告に対する総括所見：日本)

日本の第2回定期報告に対する総括所見 (2001) UN Doc., E/C.12/1/Add.67

【人種差別撤廃委員会】

(一般的勧告)

General Recommendation 11 on Non-Citizens (1993), U.N. Doc. A/48/18 at 112

General Recommendation 14 on Article 1, Paragraph 1, of the Convention (1993), U.N. Doc. A/48/18 at 114

General Recommendation 20 on the Guarantee of Human Rights Free from Racial Discrimination' (1996), UN Doc., A/51/18, annex VIII at 124

General Recommendation 27 on Discrimination against Roma, (2000), UN Doc., A/55/18, annex V

General Recommendation 30 on Discrimination against Non-Citizens (2004), UN Doc., HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1

General Recommendation 32 on the Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination' (2009), UN Doc., CERD/C/GC/32

(個人通報に対する見解)

C. P. v Denmark, Communication No. 5/1994 adopted on 15 March 1995, UN Doc., CERD/C/46/D/5/1994

K.R.C. v Denmark, Communication No. 23/2002 adopted on 14 August 2002, UN Doc., CERD/C/61/D/23/2002

Murat Er v Denmark, Communication No. 40/2007 adopted on 8 August 2007, UN Doc., CERD/C/71/D/40/2007

V. S. v Slovakia, Communication No. 56/2014 adopted on 6 January 2016, UN Doc., CERD/C/88/D/56/2014

(国家報告に対する総括所見：日本)

日本政府の第10回・第11回報告審査に関する人種差別撤廃委員会の総括所見（2018）、
UN Doc., CERD/C/JPN/CO/10-11

(国家報告に対する総括所見：スロヴァキア)

CERD, Concluding observations on the ninth to the tenth periodic reports of Slovakia (2013), UN Doc., CERD/C/SVK/CO/9-10

【女性差別撤廃委員会】

(一般的勧告)

General Recommendation on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (2010), UN Doc., CEDAW/C/GC/28

【報告書等】

Deschênes, J., ‘Proposal Concerning a Definition of the Term “Minority”’, (1985) UN Doc., E/CN.4/Sub.2/1985/1

Capotorti, F., *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, (1991), UN Doc., E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1

【常設国際司法裁判所】

(勧告的意見)

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Advisory Opinion), 1928 P.C.I.J. (ser. B) No. 15

国際会議成果文書等

‘Vienna Declaration and Programme of Action’ adopted at the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993

‘Durban Declaration and Programme of Action’, adopted at the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance on 8 September 2001, UN Doc., A/CONF.189/12

ヨーロッパ評議会

【勧告】

Recommendation No. R (2000) 4 of the Committee of Ministers to member States on the Education of Roma/Gypsy Children in Europe, 3 February 2000

【旧ヨーロッパ人権委員会・ヨーロッパ人権裁判所の判例】

※[GC] (Grand Chamber) は大法廷を意味する。

Lawless v Ireland (no.3), application no. 332/57, judgment of 1 July 1961

Case Relating to Certain Aspects of The Laws on the Use of Language in Education in Belgium (merits), application nos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, judgment of 23 July 1968

East African Asians v the United Kingdom, application nos 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4443/70, 4476/70-4478/70, 4486/70, 4501/70 and 4526/70-4530/70, decision of 14 December 1973

Golder v the United Kingdom, application no. 4451/70, judgment of 21 February 1975

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark, application nos 5095/71; 5920/72; 5926/72, judgment of 7 December 1976

Handyside v the United Kingdom, application no. 5493/72, judgment of 7 December 1976

Tyrer v the United Kingdom, application no. 5856/72, judgment of 25 April 1978

Artico v Italy, application no. 6694/74, judgment of 13 May 1980

Rasmussen v Denmark, application no. 8777/79, judgment of 28 November 1984

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v the United Kingdom, application nos 9214/80; 9473/81; 9474/81, judgement of 28 May 1985

Inze v Austria, application no. 8695/79, judgment of 28 October 1987

Soering v the United Kingdom, application no. 14038/88, judgment of 7 July 1989

Brannigan and McBride v the United Kingdom, application nos 14553/89; 14554/89, judgment of 25 May 1993

Hoffmann v Austria, application no. 12875/87, judgment of 23 June 1993

Loizidou v Turkey [Preliminary Objections, GC] application no. 15318/89, judgment of 23 March 1995

Gaygusuz v Austria, application no. 17371/90, judgment of 16 September 1996

Matthews v the United Kingdom [GC], application no. 24833/94, judgment of 18 February 1999

Lustig-Prean and Beckett v the United Kingdom, application nos 31417/96 and 32377/96, judgment of 27 September 1999

Mazurek v France, application no. 34406/97, judgment of 1 February 2000
Timurtaş v Turkey, application no. 23531/94, judgment of 13 June 2000
Salman v Turkey, application no. 21986/93, judgment of 27 June 2000
Hugh Jordan v the United Kingdom, application no. 24746/94, judgment of 4 May 2001
Cyprus v Turkey [GC], application no.25781/94, judgment of 10 May 2001
Anguelova v Bulgaria, application no. 38361/97, judgment of 13 June 2002
Aktaş v Turkey, application no. 24351/94, judgment of 24 April 2003
Karner v Austria, application no. 40016/98, judgment of 24 July 2003
Gine Wilhelmina Elisabeth Hoogendijk v the Netherlands [admissibility], application no. 58641/00, decision of 6 January 2005
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland [GC], application no. 45036/98, judgment of 30 June 2005
Nachova and Others v Bulgaria, application nos 43577/98 and 43579/98, judgment of 6 July 2005
Timishev v Russia, application nos 55762/00 and 55974/00, judgment of 13 December 2005
Zarb Adami v Malta, application no. 17209/02, judgment of 20 June 2006
D.H. and Others v the Czech Republic, application no. 57325/00, judgment of 7 February 2006
D.H. and Others v the Czech Republic [GC], application no. 57325/00, judgment of 13 November 2007
Sampanis et autres c Grèce, requête no 32526/05, arrêt du 5 juin 2008
Sejdić and Finci v Bosnia and Herzegovina [GC], application nos 27996/06 and 34836/06, judgment of 22 December 2009
Oršuš and Others v Croatia [GC], application no. 15766/03, judgment of 16 March 2010

【報告書等】

Final version of the draft legal instruments on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDHUE (2011) 16.
Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, 10 June 2013, available at <https://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_ENG.pdf> accessed 1 January 2019.

ヨーロッパ連合

【EU 司法裁判所先決裁定（前身機関のものを含む）】

Case 1/58, *Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community* (1959) ECR 17

Cases 36-38 and 40/59, *Präsident Ruhrkolen-Verkaufsgesellschaft mbH, Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH and I. Nold KG v High Authority of the European Coal and Steel Community* (1960) ECR 423

Case 26/62, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) ECR 1

Case 6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.* (1964) ECR 585

Case 15/69, *Württembergische Milchverwertung Südmilch AG v Salvatore Ugliola* (1969) ECR 363

Case 29/69, *Erich Stauder v City of Ulm, Sozialamt* (1969) ECR 419

Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970) ECR 1125

Case 80/70, *Gabrielle Defrenne v Belgian State (Defrenne I)*, 1971) ECR 445

Case 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* (1974) ECR 153

Case 4/73, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* (1974) ECR 491

Case 41/74, *Yvonne van Duyn v Home Office* (1974) ECR 1337

Case 32/75, *Anita Cristini v Société nationale des chemins de fer français* (1975) ECR 1085

Case 36/75, *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur* (1975) ECR 1219

Case 43/75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II)*, 1976) ECR 455

Joined cases 117/76 & 16/77, *Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen* (1977) ECR 1753

Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze v Simmenthal SpA* (1978) ECR 629

Case 44/79, *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz* (1979) ECR 3727

Case 96/80, *J. P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* (1981) ECR 913

Cases 35/82 and 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson v State of the Netherlands and Head of the Plaatselijke Politie within the meaning of the Vreemdelingenwet; Sweradjie Jhanjan v State of the Netherlands* (1982) ECR 3723

Case 14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* (1984) ECR 1891

Case 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz* (1986) ECR 1607

Case 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk*

- Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss* (1989) ECR 3220
- Case 127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* (1993) ECR I-5535
- Case 13/94, *P. v S and Cornwall County Council* (1996) ECR I-2159
- Case C-237/94, *John O'Flynn v Adjudication Officer* (1996) ECR I-2617
- Case C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy and Communications and others* (1996) ECR I-3953
- Case 85/96, *María Martínez Sala v Freistaat Bayern* (1998) ECR I-2701
- Case 184/99, *Rudy Grzelczyk v Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* (2001) ECR I-6229
- Case 198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (2003) ECR I-8055
- Cases 397 to 403/01, *Bernhard Pfeiffer and Others v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV* (2004) ECR I-8835
- Case C-135/08, *Janko Rottmann v Freistaat Bayern* (2010) ECR I-1449

【EU 司法裁判所法務官意見（前身機関のものを含む）】

- Case 80/70, *Gabrielle Defrenne v Belgian State (Defrenne I)*, Opinion of Mr Advocate-General Dutheillet de Lamothe delivered on 22 September 1971, ECR 453
- Case 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost*, Opinion of Mr Advocate-General Mayras delivered on 5 December 1973, ECR 167
- Case 43/75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II)*, Opinion of Mr Advocate General Trabucchi delivered on 10 March 1976, ECR 483
- Case 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 31 May 1989, ECR 3209
- Case 13/94, *P. v S and Cornwall County Council*, Opinion of Advocate General Tesauo delivered on 14 December 1995, ECR I-2145
- Case C-237/94, *John O'Flynn v Adjudication Officer*, Opinion of Advocate General Lenz delivered on 21 March 1996, ECR I-2619
- Case C-305/05, *Ordre des barreaux francophones and germanophone and Others*, Opinion of Advocat General P. Maduro delivered on 14 December 2006, ECR I-5305
- Case 54/7, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 12 March 2008, ECR I-5187

【EU 司法裁判所意見（前身機関のものを含む）】

Opinion 2/94, *Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1996) ECR I-1759

Opinion 2/13, *Draft international agreement — Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms — Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties* (2014) ECLI:EU:C:2014:2454

【指令】

Council Directive 64/221/EEC of 25 February 1964 the co-ordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health, OJ L 56/850

Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services, OJ L172/14

Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L45

Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 39

Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, OJ L6

Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L14

Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons irrespective of Racial or Ethnic Origin, OJ L 180/22

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, OJ L 303/16

【規則】

Regulation No 120/67/EEC of the Council of 13 June 1967 on the Common Organisation of the Market in Cereals, OJ 2269/67

Règlement n° 473/67/CEE de la Commission, du 21 août 1967, relatif aux certificats d'importation et d'exportation pour les céréales, les produits transformés à base de céréales, le riz, les

brisures et les produits transformés à base de riz, OJ 204/16

Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, OJ L257/2

Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, OJ L149

Council Regulation (EEC) No 990/93 of 26 April 1993 concerning trade between the European Economic Community and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), OJ L102

【報告書等】

Commission of the European Communities, ‘Renewed Social Agenda: Opportunities, Access and Solidarity in 21st Century Europe’ COM (2008) 412

——, ‘Green Paper European Social Policy: Options for the Union’ (1993) COM (93) 551

European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, ‘A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe 2017’, European Commission, 2017, available at:

<<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/36c9bb78-d801-11e7-a506-01aa75ed71a1>> accessed 11 November 2018

European Parliament, ‘Social Policy Agenda’ A5-0291/2000, para.15 (1); Commission of the European Communities, ‘Communication from the Commission. The Social Agenda COM(2005) 33 final’, available at: <

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10127&from=EN>> (Not published in the Official Journal) accessed 10 April 2018

———, ‘Briefing note for the meeting of the EMPL Committee 5 October 2009 regarding the exchange of views on the Lisbon Strategy and the EU cooperation in the field of social inclusion’ available at:

<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/empl/dv/lisbonsstrategybn_/lisbonstrategybn_en.pdf> pp.1-2, accessed 10 April 2018

———, ‘What Next after Opinion 2/13 of the Court of Justice on the Accession of the EU to the ECHR?’, 2016, available at:

<[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU\(2016\)556975_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU(2016)556975_EN.pdf)> accessed 1 January 2019

European Union Agency for Fundamental Rights, ‘Handbook on European Non-discrimination Law’, 2010, available at:

<http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HAND

BOOK_EN.pdf> accessed 10 October 2018.

Schutter, O. De, 'The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law:

Relevance of the EU Non-discrimination Directives: An Update, European Commission', 2011, available at:

<http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/the_prohibition_of_discrimination_under_european_human_rights_law_update_2011_en.pdf> accessed 31 July 2018.

CJEU, Annual Report 2017: Judicial Activity, 2018, available at:

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-04/_ra_2017_en.pdf> accessed 8 January 2019

国内判例（日本）

（最高裁判所）

国民年金裁定却下処分取消請求事件（塩見訴訟最高裁判決）、最判平成 13.2、昭和 60（行ツ）92、集民第 156 号 271 頁

受刑者接見妨害国家賠償請求最高裁判決、最判平成 12.9.7、平成 10（オ）528、集民第 199 号 283 頁

国籍確認請求事件（婚外子国籍訴訟）、最大判平成 20.6.4、平成 19 年（行ツ）164、集民第 228 号 101 頁

遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件（非嫡出子法定相続分違憲訴訟）、最大決平成 25.9.4、平成 24（ク）984、民集第 67 卷 6 号 1320 頁

損害賠償請求事件（再婚禁止期間訴訟最高裁判決）、最大判平成 27.12.16、平成 25（オ）1079、民集第 69 卷 8 号 2427 頁

（高等裁判所）

受刑者接見妨害国家賠償請求控訴審判決、高松高判平成 9.11.25、平成 8（ネ）144、判例時報 1653 号 117 頁

高等学校等就学支援金支給校指定義務付等請求控訴事件、大阪高判平成 30.9.27、平成 29（行コ）173

（地方裁判所）

監視用テレビカメラ撤去等請求事件（西成テレビカメラ撤去請求事件）、大阪地判平成 6.4.27、平 2（ワ）5031、判例タイムズ 861 号 160 頁

受刑者接見妨害国家賠償請求事件、徳島地判平成 8.3.15、平成 4（ワ）268 号・平成 6（ワ）9 号・平成 3（ワ）264、判例時報 1597 号 115 頁

損害賠償等請求（小樽市外国人入浴拒否事件）、札幌地判平成 14.11.11、平成 13（ワ）206、
判例時報 1806 号 84 頁

損害賠償請求事件（外国人の賃貸住宅への入居拒否事件）、大阪地判平成 19.10.2、平成 17
（ワ）11364、判例タイムズ 1289 号 146 頁

高等学校等就学支援金支給校指定義務付等請求事件、大阪地判平成 29.7.28、平成 25 年（行
ウ）14、賃金と社会保障 1693 号 26 頁

朝鮮学校無償化不指定処分取消等請求事件、広島地判平成 29.7.29、平成 25（行ウ）27

国家賠償請求事件、東京地判平成 29.9.13、平成 26（ワ）3662

朝鮮高校生就学支援金不支給違憲損害賠償請求事件、名古屋地判平成 30.4.27、平成 25（ワ）
267

国内判例（米国連邦最高裁判所）

Oliver Brown et al v Board of Education of Topeka et al., 347 U.S. 483 (1954)