



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント．民法と平等原則：日本の状況の概観
Author(s)	吉田, 克己
Description	日仏シンポジウム「法の下での平等と刑事規制に関する日仏比較」
Citation	北大法学論集, 59(5), 206-219
Issue Date	2009-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35654
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-5_p206-219.pdf



コメント

民法と平等原則——日本の状況の概観

吉田 克己

はじめに

本稿は、ミシェル・ダンティジュアン教授の報告「刑法と法の下の平等」に対するコメントである。外国人研究者の報告に対してコメントを付ける場合、その報告に内在してその分析を深めるというやりかたと、報告が扱う領域に対応する日本の問題状況を整理するという二つのやりかたがある。民法を専攻する筆者には、刑法に関する報告について前者の考え方でコメントする能力がない。そこで、本コメントは、後者の考え方を採用し、かつ、筆者の専攻を考慮して、日本における《民法と平等原則》について概観しようとするものである。

さて、民法の古典的指導原理として、教科書の類では、一般に、三つの原則が挙げられる。①権利能力平等の原則、②所有権絶対の原則そして③私的自治の原則＝契約自由の原則である。ここに示されているように、民法には、自由と並んで平等原則が内在しているということになる。

もっとも、このように平等原則が存在することと、現実に法典としての民法典が完全に平等に構成されているということは同義ではない。実際には民法自体が不平等を定めていることもあるし、実質的な平等という観点からも問題のある規定もある。日本において、そのような民法における不平等の問題状況がどのようになっているか、また、これらの問題についてどのような対応がなされているか。これを最初に概観しよう（Ⅰ）。他方、民法は、その平等の理念によって、社会に存在する現実の不平等を克服する機能を果たしうるし、現実に果たしている。しかし、そこにはなお課題も残っている。この問題を次に概観しよう（Ⅱ）。その上で、最後に、まとめに代えて若干の点を指摘する（Ⅲ）。

I 民法における不平等と平等実現への努力

民法に内在する不平等には、二種類のものがある。一つは、もちろんそれなりの正当化の理由づけはあるにせよ、形式的にも不平等な制度である。他の一つは、形式的には平等であるが、社会の現実を前提とすると不平等に機能し、実質的平等の観点から問題があるものである。この兩者について、平等実現への努力はなされているが、なお課題も残っている。

A 形式的な不平等…合理的区別か差別か？

まず形式的にも不平等な制度であるが、市場における不平等と家族における不平等がある。前者は廃止され現在では歴史的なものとなっているが、後者についてはなお問題が残っている。

1 市場における形式的不平等…弱者保護という正当化の否定（一九七九年民法改正）

民法は、一九九九年のいわゆる成年後見立法制定前には、行為無能者制度として「禁治産宣告」制度と「準禁治産者宣告」制度の二つを持っていた（民法旧七条以下）。これらの宣告を受けると、保護機関（後見人、保佐人）が付けられる反面、その者の取引能力が制限される。判断能力が不十分な者について、保護を図ろうというのが制度の趣旨であった。

この準禁治産者制度に「聾者」「啞者」「盲者」というカテゴリーがあった（民法旧二一条）。建前的には、これらの身体障害者を保護するという考え方である。しかし、これらの身体障害者をカテゴリーカルに判断能力が低い者に位置づけることが差別的取扱いであることは否定できない。ここには様々な問題があるが、法の象徴的作用がとりわけ重要である。つまり、法における差別的取扱いが社会における差別の一因となるということである。このような観点から、保護の対象と目された障害者自身からの批判が相次ぎ、この文言は、一九七九年の民法改正によって削除された。この差別的取扱いにおける弱者保護という正当化が否定されたわけである。

2 家族における形式的不平等…その正当化は可能か？

次に、家族についてであるが、日本においては戦後、新しい憲法の制定を受けて、家族法の大改正が行われた。新憲法のひとつの理念には男女平等があり、家制度のもとで明確な男女不平等を定めていた明治民法の家族法規定は、到底

維持しえないと考えられたのである。しかし、その改正を経ても、なお次の三つの形式的不平等が残された。

①婚姻適齢について、男一八歳、女一六歳と差が設けられている（七三一条）。

②女についてのみ六ヶ月の再婚禁止期間が設けられている（七三三条）。

③非嫡出子の相続分について、嫡出子の二分の一と差が設けられている（九〇〇条四号但書）。いずれもそれなりの正当化の論理はあるが、それが説得的かは大いに問題である。

①の婚姻適齢については、男女の肉体的差異や社会的差異が挙げられる。しかし、いずれも説得的とはいえない。そこで、一九九六年に公表された民法改正案要綱は、この差別的扱いを廃止し、婚姻適齢を一八歳に一本化する案を提示した。

②の再婚禁止期間については、嫡出推定の重複を避ける趣旨とされる。しかし、それであるなら禁止期間は一〇〇日でよいはずである。一九九六年の民法改正案要綱は、この方向での改正案を提示した。さらにいえば、重複したとしても親を定めることは可能である（離婚の場合には事実上の離婚が先行することを考慮すれば後の婚姻の夫を親と推定すればよい、など）。そこで、重複を恐れずに婚姻の自由を優先すべきという意見もある。この意見からは、再婚禁止期間の完全な廃止を求めることになる。

③の非嫡出子の相続分差別は、最も大きな問題を提起しているといつてよい。この規定については、非嫡出子側から違憲訴訟が提起され、一九九〇年代には、下級審で違憲判決も出された。これに対して、最高裁は、一九九五年七月五日の大法廷決定（民集四九卷七号一七八九頁）において、同規定は合憲である旨の判断を下した。その論理のポイントが、この問題は通常の違憲性判断方式である目的手段図式で判断すべきではない、法律婚がある以上、嫡出子と非嫡出子との間に一定の差異がもたらされるのは当然である、という点にある。たしかに、法律婚制度を設ける以上、法律婚

と法律婚以外のカップルとの差異を設けることは必然である。しかし、それが非嫡出子の相続分差別を正当化しうるのは問題である。少なくとも立法政策としては、差別を廃止すべきである。現に、一九九六年の民法改正案要綱も、この廃止案を提示していた。しかし、後述する選択的夫婦別姓制度に対する強い反対のあおりを受けて、現在に至るまで、この改正は実現していない。

このように、家族法領域での形式的不平等は、問題性を指摘されながらも、いまだ解消されていないわけである。

B 形式的平等から実質的平等へ

次に、形式的には平等だが実質的には不平等として問題を指摘される制度も、市場にかかわる領域と家族にかかわる領域のいずれにおいても存在している。

1 市場における実質的平等の保護

民法は、市場における取引主体を平等に扱っている。しかし、現実には、主体には大きな経済的社会的な力の差がある。要するに、民法は、市場における形式的平等は確保しても、実質的平等は確保しないのである。そうであれば、このような状況を法律の介入によって是正し、実質的平等を確保しようとする動向が現れてくるのはある意味で必然である。実際、日本においては、かなり古くからこの動向が見出される。しかし、その動向を主導する理念には、変化が見られる。

かつては、借地人・借家人の保護がこの領域での重要な問題であった。一九一一年にはすでに、この問題に対処するための特別法、すなわち借地法および借家法が制定された。そして、それ以来、この問題は、日本の立法にとって重要

な問題領域であり続けた。現在は、この問題は、一九九一年成立の借地借家法によって規律されている。

最近は、これに加えて、消費者保護の領域での立法の展開が目立つ。その基本的立法と言えるのは、二〇〇〇年に成立した消費者契約法である。

この二つの領域の立法の考え方は、必ずしも同一ではない。

借地借家法の領域においては、正当事由による存続保護に典型的に見られるように、市場の論理を修正する性格の介入もなされる。というか、それが立法的保護の中心であった。要するに、利用権者の社会法的保護である。このような考え方は、規制緩和の理念に先導された一九九〇年代以降の法改正の中で緩和されてくるが、現在でもなお残っている。ここでは、契約条件に関する交渉において実質的平等を実現するという観点よりも、上からのパターンナリズムに基づく社会的弱者保護という性格が前面に出ている。その背景には、ひとつには、この領域で問題になる土地・建物という財には不可避的に独占の契機が内在しており、交渉における実質的平等を確保するのが本来的に難しいという事情がある。さらに、借地借家法の領域においては利用権者の生活という人格的利益の保護が問題になることも重要な背景事情である。

これに対して、消費者契約法の場合には、その基本理念として、情報格差の是正という観点が前面に出ている（一条の「目的」を参照）。つまり、ここでは、交渉プロセスにおける実質的平等の確保という性格が前面に出るのである。ここで目指されるのは、当事者間の自由な決定と私的自治をも制約する強行法的規律ではなく、当事者（具体的には消費者）の自由な自己決定の支援である。情報に関する実質的平等を確保することを通じて、自由な交渉と自由な決定の確保が志向されるのである。消費者契約法のもうひとつの柱である不当条項規制を同様に説明できるかは問題であるが、ともあれ、ここでは、借地借家法よりも実質的平等の理念が前面に出ているというべきである。

2 家族における実質的平等の保護

戦後の家族法改正は、先にも述べたように、憲法の理念に即して、家制度的不平等を基本的には消滅させた。その結果、たしかに先に見たような一定の不平等の規定は残ったというものの、形式的平等はほぼ実現したと評価することができる。そのようなわけで、戦後しばらくは、この領域で不平等が問題にされることはなかった。

しかし、次第に、形式的平等の実現が実質的平等の実現につながっていないことが問題にされてくる。最も問題とされたのは、夫婦同氏制（七五〇条）である。この制度の下で、夫婦の氏は、夫婦の判断で決めるものとされる。したがって、形式的には男女間に差別があるわけではない。しかし、現実には、夫婦の九八％は夫の氏を称する。そのような現実を受けて、一九九〇年代には、実質的に男女の不平等があるのではないかが問題にされるようになるのである。

このような議論を受ける形で、一九九六年の民法改正案要綱は、選択的夫婦別姓の構想を打ち出した。しかし、この構想は、男女の実質的平等の実現を第一義的に考えた構想というわけではなかった。それであれば、選択制ではなくて、強制的な別姓案のほうが適格的であろう。選択的夫婦別姓案は、むしろ、ライフスタイル選択の自由の確保や自己決定権の確保という理念によってこそよく説明しうる。ここには、自由と平等の一定の緊張関係が見出されるのである。

しかし、この構想は、保守層から、「選択的」であることの問題性を強く批判された。換言すれば、家族における自己決定・自由の理念が批判されたのである。このような批判を受けて、この改正構想は、結局、挫折した。当面、この領域での改正の展望はないといわなければならない。

もうひとつ別の問題領域として、夫婦財産制がある。日本民法のもとでは、夫婦別産制が法定夫婦財産制である（七六二条）。これは、まことに夫婦平等の理念に適合的な考え方である。しかし、主婦婚という日本の現実のもとでは、これが実質的には男女の不平等を導く。婚姻中に形成した財産がほとんどの場合、夫の固有財産になってしまうのであ

る。この問題性については、離婚の際の財産分与制度の活用などによって、実務上一定の対応が試みられているが、十分ではない。

II 社会における不平等と民法による平等の実現

民法には、平等の理念が内在している。あるいは、民法には、公序良俗法理（九〇条）等の一般条項を介して憲法上の平等原則が流入してきているといってもよい（憲法の間接適用）。このようにして、民法を活用して社会に存在する現実の不平等を克服する努力が可能になる。それは現実に行われ一定の成果を得ているが、そこにはなお課題も残っている。

A 企業における女性差別克服の努力——公序良俗法理の活用とその課題

企業における女性差別問題を考える場合にまず確認しておきたいのは、日本においては、企業による女性差別が構造化されていること、それゆえ女性差別がある意味では必然となることである。戦後日本の賃金体系は、年功序列と終身雇用を前提として組み立てられてきたが、その主体は、男性労働者であった。そして、その賃金水準は、家庭における専業主婦たる妻を扶養できる水準に定められた。すなわち、戦後日本の賃金体系は、個人単位の賃金ではなくて専業主婦付きの家族単位の賃金であったのである（なお、このシステムは、近時、大きくかつ急速に崩れつつある）。この賃金体系は、既婚女性が長期にわたって在職し、男性と同水準の賃金を得ることを想定していない。大量かつ恒常的にそのような事態が生じるとすれば、このシステム自体が崩壊する。このようにして、戦後日本の賃金体系の下で、女性差

別、具体的には早期退職要請、賃金差別が構造化するのである。

1 早期退職の制度化と公序良俗法理

まず問題となったのは、結婚退職制である。この点に関する先例である東京地判昭和四一（一九六六）年一二月二〇日判時四六七号二六頁（住友セメント事件東京地裁判決）は、公序良俗法理を適用して女性についての結婚退職制を無効と判断した。「女子労働者のみにつき結婚を退職事由とすることは、性別を理由とする差別をなし、かつ、結婚の自由を制約するものであ」ることがその理由である。

次に問題となったのは、定年差別であった。この問題については、最判昭和五六（一九八一）年三月二四日民集三五卷二号三〇〇頁（日産自動車事件）が、やはり公序良俗法理を適用して、男女間の定年差別を定める就業規則を無効とした（男女間に五歳の定年の差があったケース。男性五五歳、女性五〇歳）。この判決は、「就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、……性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法九〇条の規定により無効である」としている。

このような判例による男女差別克服の努力は、実定法に結実した。すなわち、一九八五年に制定された男女雇用機会均等法は、定年・解雇についての女性の差別的取扱いの禁止（一条一項）や、結婚・妊娠退職制の禁止（同条二項）など、判例を明文化する性質の規定を置いたのである。

2 コース別雇用管理制度と公序良俗法理の課題

ところが、同法成立をひとつの契機として、他の形態での女性差別が普及してくる。それがコース別雇用管理制度で

ある。コース別雇用管理とは、その雇用する労働者の職種、資格等に基づき複数のコースを設定し、コースごとに異なる配置・昇進、教育訓練等の雇用管理を行うシステムである。典型的には、「総合職」と「一般職」等のコースを設定して雇用管理を行うものである。これは、従来からも存在したが、均等法後急速に普及する。均等法への反作用のひとつといつてよい（宮地光子編『男女賃金差別裁判・「公序良俗」に負けなかった女たち・住友電工・住友化学の性差別訴訟』〔明石書店、二〇〇五年〕七八頁参照）。

近年、このコース別雇用管理制度を女性差別の観点から問題にする訴訟が頻発している。これが現在、企業における女性差別に関する大きな法的問題となっている。

ここでコース別雇用管理制度に関わる法的規律がどうなっているかを確認しておく、一九八五年の男女雇用機会均等法は、前述のように、若年定年制や結婚退職制を禁止したが、他方で、募集・採用、配置・昇進に関して男女を均等に扱うことを努力義務規定に止めた（七条、八条、一二条）。これがその後の裁判例の展開に大きな意味を持つてくる。すなわち、この規定の下で、男女コース別雇用管理制度について、憲法一四条の趣旨には反するが公序良俗には反しない、とする裁判例が相次いだのである。

代表的な裁判例として、大阪地判平成一二（二〇〇〇）年七月三十一日判タ一〇八〇号二六頁（住友電工地裁判決）がある。原告の全面敗訴である。この判決は、男女コース別雇用管理は憲法一四条の趣旨に反するとしつつ、憲法一四条の趣旨と企業に認められる経済活動の自由（二二条）や財産権保障（二九条）などの諸権利との調和が図られなければならないと述べ、結論的には、問題が生じた昭和四〇（一九六五）年頃には性別役割分担の意識が強かったので、現時点では受け入れられないにせよ、当時は公序良俗違反とすることはできないと判示したのである。

このように、判決レベルでは原告に厳しい結果が続いたが、高裁レベルで、原告に有利な和解が出てくる。大阪高裁

の二〇〇三年二月二四日住友電工和解がその最初の画期的なものであった（宮地編・前掲書四九〇頁以下に資料として収録されている）。そこでは、「現在においては、直接的な差別のみならず、間接的な差別に対しても十分な配慮が求められている」と述べられていることが重要である。そして、その後も、原告に有利な和解による解決が続いている。実定法のレベルでも、一九九七年に均等法が改正され（一九九九年施行）、募集・採用に関する男女均等の扱いが義務化され（五条）、また、配置・昇進に関する差別的取扱いが禁止された（六条一号）。それゆえ、コース別雇用管理も、これ以降は違法とされる可能性が大きくなった。さらに、二〇〇六年改正ではいわゆる間接差別禁止が導入され（七条）、厚生労働省令によれば、身長・体重・体力要件、転勤要件、転勤経歴要件の三項目が間接差別に当たるとされている）、その可能性はますます大きくなったといえよう。しかし、「雇用管理区分」自体はなお認められており、問題は残っている。

他方で、以上のような方向での均等法改正は、再度、別の反作用を招いている。すなわち、女性の非正社員化の拡大である。非正社員化は女性に限定されず一般的に見られる動向だが、女性について特に顕著といわなければならない。いわば「いちごっこ」が見られるわけである。公序良俗法理すなわち民法だけでの対応には限界があるといわなければならない。

B 社会における人種差別または外国人差別克服の努力——不法行為制度の活用

もうひとつの問題領域は、社会における人種差別または外国人差別である。この背景には、戦前の植民地支配の負の遺産がある。さらに、グローバリゼーションの中で急速に外国人が流入しているという現実も、この問題の背景となっている。

1 営業の自由と外国人差別

ここでのひとつの問題類型として、外国人の入店を拒否し、その正当化として営業の自由を援用するという事件がある。

① 静岡地裁浜松支判平成一一（一九九九）年一〇月二二日判時一七一八号九二頁は、宝石店経営者（Y）が来店したブラジル人（X）に対して、「外国人入店お断り」なる張り紙を示し、警察官を呼ぶなどして追い出そうとしたので、Xから不法行為に基づく損害賠償を請求したという事件である。Yは、営業の自由を援用して、Yには店舗の施設管理権があり、入店させるか否かを自由に決定しうる、と主張した。判旨は、この主張を否定して、店舗を構えている以上、そのような自由はない、外国人であるから追い出そうとした行為は、人格的名誉を傷つけるものである、と判断した。そのようにして、一五〇万円というかなり高額な慰謝料が認められた。

② 札幌地判平成一四（二〇〇二）年一月一日判タ一一五〇号一八五頁は、小樽市の公衆浴場（Y）における外国人に対する入浴拒否にかかわる。Yは、ロシア人のマナーの悪い入浴態度を嫌ってお客が減るなどしたため、外国人について一律に入浴拒否をした。それに対して、日本国籍を取得した元アメリカ人（X）等がYの不法行為責任を追及した、という事件である。

Yは、営業の自由を主張した。これに対して、判旨は、公衆浴場では、個別に迷惑者を退場させることは別だが、利用者の一律拒絶は不可と判断し、安易にすべての外国人の利用を一律に拒絶するのは明らかに合理性に欠けるとして、一人について一〇〇万円の慰謝料を認容した。

これらの事件において、Yはいずれも営業の自由を援用している。しかし、裁判所はこの主張を基本的には否定した。その前提となっているのは、店舗や公衆浴場の公開性である。したがって、Yには、顧客を選択する自由はないのであ

る。問題は、外国人の入店拒否という差別に合理的理由があるかに集約される。その上で、問題があれば個別に対応すればよいのであって、集団として外国人を別に扱うのは、原則として許容されないというのが裁判所の基本的態度である。

2 契約締結の自由と外国人差別

営業の自由と外国人差別に関わるもうひとつの類型として、賃貸住宅への外国人の入居を拒否するという事件がある。大阪地判平成五（一九九三）年六月一八日判例時報一四六八号一二三頁、判タ八四四号一八三頁がこの問題に関する判決である。

この事件においては、契約締結への期待侵害を理由に、二〇万円の慰謝料が認められた。事案の特徴として、契約締結までもう一步という段階まで来ていた点を指摘しうる。そこまで来ていながら、外国人であることを理由とする契約締結を拒絶することには合理的な理由がない、というのが裁判所の見解である。契約締結については、締結するかしないかの自由がある。したがって、一般的な契約締結拒否を違法とはしにくい。そこで、契約成立が確実との期待する段階まで至っている場合について、期待侵害を理由とする慰謝料を認めたのである。外国人であることを理由とする契約締結拒絶は、合理的理由とはいえないとしている点が、当然とはいえ、重要である。

おわりに

最後に、全体に関わる若干の点を指摘して、本コメントのまとめに代えたい。

(i) 民法の一般条項（公序良俗規範、不法行為規範）は、上位規範の価値を受け入れる構造になっている。したがって、平等理念の実現のためには、憲法や人権条約等の上位規範の果たす役割が大きい。とはいえ、具体的に、上位規範の価値をどの程度、どのように受け入れるかは、まさに争いの対象になる。上位規範の存在だけで平等理念が現実化するわけではない。

(ii) 他方、民法自身にも平等理念が内在しており、さらにそれを定める規定も存在する。個人の尊厳と両性の平等を明示的に規定する民法二条である。この規定の意義への着目は、あまり一般的ではない。しかし、この規定は、企業における女性差別解消の運動の中で注目されており、判例にもそれを援用するものがある（たとえば、前出の日産自動車事件最高裁判決は、判旨の中で、同条の前身である民法一条ノ二を引いている）。学説では、広中俊雄（『民法綱要第1巻総論上』（創文社、一九八九年）六三頁、『新版民法綱要第1巻総論』（創文社、二〇〇六年）六七頁、樋口陽一（『憲法・民法九〇条・『社会意識』樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『栗城壽夫先生古稀記念・日独憲法学の創造力（上）』（信山社、二〇〇三年）一三七頁以下）がその意義に言及している。改めてその意義に注目する価値があらう。

(iii) この領域では、社会規範・社会意識と民法（その背後にある憲法、人権条約……）との緊張関係が見出される。そして、多くの裁判例は、社会規範・社会意識を憲法の上に置いている。たとえば、憲法一四条の趣旨には反するが、当時の社会意識からすると公序良俗違反とまではいえない、というような判断である。問題のある判断といわなければならない。ただ、法のヒエラルヒー構造のもとで一般的に上位規範の優位を語るべきかは一個の問題である。問題領域によつては、社会規範を優先させるべき場合もありうるであらう。そのような使い分けが恣意的にならないような基準の設定が必要である。基本的観点は、個人の自律と尊重を始めたとする人格的価値の実現に資するかどうかというものにならう。