

《研究ノート》

フランスにおける居住用賃貸借における差別禁止
法理と独立行政機関(AAI):権利擁護官(Défenseur
des droits)による賃貸差別防止(1)

小 柳 春 一 郎

目 次

1. はじめに
 - (1) 本稿の特徴と日仏の法的枠組み概観
 - (2) 日本における問題状況
 - ア. 裁判例
 - イ. 学説
 - ウ. 立法での対応
 - (3) 本論文の構成
2. 居住用賃貸借における差別禁止規定と裁判例
 - (1) 1989年賃貸借法における差別禁止規定
 - ア. 差別禁止法理と契約自由との関係
 - イ. 1989年賃貸借法1条
 - ウ. 刑法典225-1条の差別行為罪
 - エ. 差別行為の証明
 - オ. 賃借人情報の制限
 - (2) 差別禁止に関する裁判例
 - ア. 差別を否定した裁判例
 - イ. 差別を肯定した裁判例 (以上, 本号)

1. はじめに

居住用賃貸借において、賃借希望者又は候補者が契約申込みをした場合に、

賃貸人が差別的理由に基づきこれを拒絶したとすると、フランス法では、どのような法律上の規定、裁判例、更には行政機関による対応があるか？この問題を検討することは、日本法における同様の扱いを考える場合に有益な情報となるであろう。

日本でも、国籍等を理由に賃貸を拒絶した家主等に対しては、損害賠償支払を命ずる判決があるから、一定の場合に差別禁止法理があるともいえるが、フランス法は、賃貸借法規のみならず、刑法典でも差別禁止を規定し、しかも、どのような理由で差別してはならないかについて法律上明確であること、さらに、差別行為証明の手段を法律において規定していること、裁判所以外の国家機関や民間組織が差別禁止法理の実現に役割を果たし、訴訟に拠らないでも救済を設けていることが日本と比べての特徴となる。

(1) 本稿の特徴と日仏の法的枠組み概観

本論文は、フランスにおける居住用賃貸借差別禁止法理を概観し¹⁾、更に実際のあり方について、フランスの独立行政機関(AAI, Autorité administrative indépendante)である権利擁護官(Défenseur des droits)でのインタビュー結果を踏まえて解明する。フランスの差別禁止法理については、多くのすぐれた研究が日本でも存在するが²⁾、本稿は、従来の日本の研究では個別的に明ら

1) 居住用賃貸借差別禁止法理について、本稿は、主として、以下の①、②、③の3点の論文及び著書④に依拠した。①Béatrice Balivet, « Fasc. 30 : Baux à Loyers. - Loi du 6 juillet 1989. - Conclusion du contrat », in JurisClasseur Encyclopédie des Huissiers de Justice, Date du fascicule : 18 janvier 2017, Date de la dernière mise à jour : 18 janvier 2017.②Béatrice Vial-Pedroletti, « Fasc. 120 : Bail d'habitation. - Locations soumises à la loi du 6 juillet 1989. - Contrat de location. Conclusion (art. 3, 4 et 5) » JurisClasseur Bail à Loyer, Date du fascicule : 22 juillet 2015, Date de la dernière mise à jour : 18 novembre 2016, ③Jacques Lafond, « Fasc. 16 : Bail d'habitation et à usage mixte . - Loi du 6 juillet 1989. - Vérifications préalables à la conclusion du bail », JurisClasseur Notarial Formulaire, Date du fascicule : 1er juin 2015, Date de la dernière mise à jour 16 novembre 2016, ④Jacques Lafond et Béatrice Vial-Pedroletti, Les Baux d'Habitation, 8^e édition, 2017.

2) 民法との関連では、フィリップ・ストフェル=マンク(山城一真訳)「フランス契約

かになっていない居住用賃貸借（労働契約に続いて差別禁止法理が問題になりやすい場面³⁾）に焦点を合わせて法規と判例を比較的詳細に検討したこと⁴⁾ 及

法と基本権」早稲田法学87巻4号301-337頁（2012年）。吉田克己「フランス民法と基本権保障——契約法を素材として——」辻村みよ子編集代表『社会変動と人権の現代的保障 講座 政治・社会の変動と憲法—フランス憲法からの展望 第Ⅱ巻』（信山社、2017年）35-55頁。なお、小野秀誠「契約の自由と当事者の地位：契約と基本権」一橋法学7巻1号1-57頁（2008年）はドイツ法、英米法などについても幅広く論ずる。フランスにおける差別禁止法及び差別防止機構法制については、とりわけ、鈴木尊紘「フランスにおける差別禁止法及び差別防止機構法制」外国の立法242号（2009年12月号）44-70頁がある。同論文は、フランスの差別禁止法制及び差別禁止行政機構について、多くを明らかにしている。同論文で重要なのは、フランス差別禁止法（2008年）の解明及び差別防止機構法制についての要を得た解明である。

- 3) 2014年1月14日にフランス国民議会で提出された「差別と不平等と戦うための団体訴権を創設するための立法提案（proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités）」の趣旨説明は、「差別は、3つの領域であきらかになっている。住宅、サービスそして雇用である。」と述べている（N° 1699, Assemblée nationale (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1699.asp>)). なお、この団体訴権は、後述の注5で述べるように、2016年に導入された。
- 4) 差別に関して、近時、いわゆるヘイト・スピーチによる差別の問題が注目されているが、賃貸住宅供給拒否は、独自の問題領域を構成する。というのも、ヘイト・スピーチは、差別を行う者が能動的行為を行うのに対し、賃貸住宅供給拒否では、家主等が賃借の申込み等をうけてからの受動的態度のあり方が問題になり、一層複雑である。というのも、家主等が「よい賃借人」を求めるのは、一定の経済的合理性を有する判断と考えられるのみならず（A、Bの2人の賃借候補者の収入が同一であっても、収入の安定度の高い方が賃料不払のリスクは少ないと考えられる。）、契約自由の一環としての相手方選択の自由とも関連し、法的保護を受けるべきことがらでもある。しかも、一定の類型に属する人々については、賃料支払や賃貸住宅利用に関する種々の公式・非公式のルール（ゴミ出しを含む。）等で家主に困難をもたらす可能性がそうでない人々に比べて家主・媒介業者の経験的に見て高いことも想像不可能ではない。更に、賃貸住宅は個別性が強く、それ以上に賃借希望者には個別性がある。この点で、何を以て賃借人による差別とするかを特定することは容易ではない。

び権利擁護官の活動についてその法的枠組みだけでなく、インタビューを踏まえて明らかにしたことで、屋下屋を架するものではないものとして、存在意義を有すると考える。フランスの差別禁止法理の展開は著しく、2016年末に成立した「21世紀の司法の現代化法」(La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle)は、反差別団体訴権(action de groupe en matière de discrimination)を規定するなど新しい動きがあるが⁵⁾、本稿はこの問題には触れない。

あらかじめ、フランスと日本の法制度の違いを概観すれば、次のようになる(★は、顕著な相違がある点)。

表1 居住用賃貸住宅アクセス差別についての日仏法の比較枠組み

	フランス	日本
超国家的法規	ヨーロッパ人権宣言(la Convention européenne des droits de l'homme(CEDH))	世界人権宣言(Déclaration internationale des droits de l'homme (但し直接適用なし))
	差別禁止についてのEU指令(Directive de la CE sur le principe de non-discrimination)	★不存在
国内憲法	平等, 差別されない権利 (Egalité, non-discrimination)	平等, 差別されない権利 (憲法14条)
	住宅への権利は憲法上の価値を有する目的との憲法判例	★住宅への権利についての憲法上の位置づけは不明確 ⁶⁾

5) Marie Mercat-Bruns, «Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ?», Recueil Dalloz, 2017, p.224, なお, <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/actions-de-groupe-les-nouveautes-de-la-loi-j21/h/9dfb59aa276cb4857a50af0f4326e0e3.html>.

6) 内藤光博「『居住の権利』に関する憲法学的考察—公園内居住者(ホームレス)強制立退き事件大阪高裁判決を素材として—」専修法学論集111号(2011年)91頁。

	判例によれば、契約自由は、1789年人権宣言4条 ⁷⁾ に根拠を有するが、立法者は、これに制限を加えることも可能である。	契約自由は、憲法29条(財産権保障)に根拠があるとするのが学説である ⁸⁾ 。また、13条(幸福追求権)に根拠を求める学説もある ⁹⁾ 。立法者は、これを制限することも可能である。
契約法	民法・契約一般法での契約自由	民法・契約一般法での契約自由
	1989年賃貸借法(詳細な特別法)に差別禁止規定が存在する。証明責任について、借主側に配慮	借地借家法 ★ただし、差別禁止についての規定は存在しない
不法行為法	民法不法行為法の制裁あり	民法不法行為法、差別関連裁判例存在(人種、国籍等による契約拒否)
刑法	刑法での差別犯 テストング等証明への配慮 私訴権	★刑法に差別犯なし。私訴権なし
ソフトロー又は基本権を擁護する新たな機関	独立憲法機関(権利擁護官 le Défenseur des droits), ¹⁰⁾ 不動産業者団体との協約 (Convention avec la FNAIM)	★ 国土交通省や都道府県のガイドラインは存在

7) 第4条「自由とは、他人を害しないすべてのことをなしうることにある。したがって、各人の自然的諸権利の行使は、社会の他の構成員にこれらと同一の権利の享受を確保すること以外の限界をもたない。これらの限界は、法律によってでなければ定められない。」

8) 芦部信喜『憲法学2 人権総論』(有斐閣, 1994年) 310頁。

9) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治—私法関係における憲法原理の衝突—2 完一」法学論叢123巻(1993年) 5号 6頁, 戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざま—私人間効力論の新たな展開」法律時報68巻 6号(1996年) 128頁, 134頁。

10) 「独立行政機関 (autorité administrative indépendante : AAI) は、国の名の下に行

	SOS racism等反差別団体	不動産業者団体
	反差別団体訴権	★反差別団体訴権存在せず

(2) 日本における問題状況

以下では、日本における状況を、裁判例 (⇒「ア.」), 学説 (⇒「イ.」), 立法 (⇒「ウ.」) の順に簡単に検討する。

概観すれば、裁判例は、多くはないが、不動産業者や賃貸人の外国人等への差別行為について不法行為による損害賠償を認めるものがある。学説も、裁判例の動向を肯定しつつ、一方で賃貸人には原則として相手方選択の自由があることを前提にしながら、他方では、公開市場等で賃借人を募集する賃貸人について、国籍等の理由で賃貸拒絶することを契約相手方候補者の人格権を侵害する行為であると理解している。立法では、行政法的対応が中心であり、差別禁止を打ち出すものもあるが(障害者差別禁止法等)、特定の類型に対する差別に限定されている。また、高齢者等に対して、差別的対応が実質的に減少するようにするべく、補助制度と組み合わされた「拒まない住宅」のような制度も存在するが、逆にそうした登録住宅以外では高齢者等の差別は許されるかの問題が残されている。

ア. 裁判例

まず、裁判例であるが、現在の日本では、不法行為の一般法理を手掛かりに外国人賃貸差別について損害賠償を認める裁判例があるが、契約法レベルでの規定が整備されておらず、断片的・個別的対応にとどまっている¹¹⁾。

動し、行政に関する特定の権限を受任し、公権力及び監督対象の産業部門等から独立して、所管分野に関して勧告、決定、規制、制裁等を行なう権限を有する。憲法院によれば、権利擁護官 (Défenseur des droits) は、AAIのうちその独立性の根拠を憲法に有する独立憲法機関 (autorité constitutionnelle indépendante) に位置づけられる。」(服部有希「フランスの議会による政府活動の統制—2008年の憲法改正による議会権限の強化—」外国の立法255号(2013年)69頁注8)。

11) 柴田龍太郎「外国人との不動産取引において理解すべき点と説明義務の履行など」ジュリスト1506号(2017年)67頁、また、茂木明奈「契約法における平等処遇の要

不法行為の裁判例として、(i)差別的契約条件の設定自体(「〇〇お断り」, 「〇〇には貸しません」等)は、不法行為になりうる¹²⁾。

①東京地判平成7年3月23日判時1531号53頁は「在日韓国人につき、日本国籍を有しないことを理由にゴルフクラブの法人会員の登録者への変更申請を承認しなかつたこと」を不法行為に該当するとした例である¹³⁾。

また、②札幌地判平成14年11月11日判時1806号84頁は、小樽市所在の公衆浴場に入浴しようとしたところ、外国人であることを理由に入浴を拒否されたことについて、裁判所は、「私人相互の関係については、上記のとおり、憲法14条1項、国際人権B規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えている

請：日本の裁判例の検討から」法学政治学論究96号(2013年)とりわけ42, 43頁。

12) 暴力団構成員については、市営住宅について入居者が暴力団員であることが判明した場合に市営住宅の明渡しを請求することができる旨を定める条例に基づく建物明渡等請求訴訟について、被告が本件規定は合理的な理由のないまま暴力団員を不利に扱うものであるから、憲法14条1項に違反する等の主張をしたところ、最高裁は、最判平成27年3月27日民集69巻2号419頁でこれを合憲とし、その際に、「地方公共団体が住宅を供給する場合において、当該住宅に入居させ又は入居を継続させる者をどのようなものとするのかについては、その性質上、地方公共団体に一定の裁量があるというべきである。そして、暴力団員は、前記のとおり、集団的に又は常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれがある団体の構成員と定義されているところ、このような暴力団員が市営住宅に入居し続ける場合には、当該市営住宅の他の入居者等の生活の平穏が害されるおそれを否定することはできない。」と述べている。民間賃貸住宅でも、賃貸人には一定の裁量があり、また暴力団員は他の入居者や賃貸人の生活の平穏を害するおそれがあると考えられる。それ故、少なくとも、賃貸住宅応募の段階で暴力団排除を行うことについて、民間賃貸住宅でも差別等の問題は生じないと考えられる。

13) 大村敦志『不法行為判例に学ぶ——社会と法の接点』(有斐閣, 2011年)204頁。さらに、大村敦志「民法における『外国人』問題」塩川伸明=中谷和弘編『法の再構築Ⅱ 国際化と法』(東京大学出版会, 2007年, その後, 同『新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会, 2009年))。

と評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法14条1項、国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる。」とした上で、「被告Aには、Oに関して、財産権の保障に基づく営業の自由が認められている」けれども、「外国人一律入浴拒否の方法によってなされた本件入浴拒否は、不合理な差別であって、社会的に許容しうる限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為にあたる」として、不法行為の成立を認めた¹⁴⁾。

公判裁判例ではないものとして、③さいたま地判平成15年1月14日（【事件番号】平成13年（ワ）第2332号、LEXDB【文献番号】28081177）は、「インド国籍を有する外国人である原告が、賃貸用不動産の仲介会社に対し、自己の居住用建物につき電話照会したところ、その従業員から外国人を差別する侮辱的発言を受けたため精神的損害を被ったとして、当該従業員及びその使用者である仲介会社に対し慰謝料の支払を求めるとともに、宅地建物取引業法（以下「宅建業法」という。）に基づき当該仲介会社に対して監督権限を有する被告埼玉県に対しても、当該監督権不行使を理由として、同額の慰謝料の連帯支払を求めている事案」である¹⁵⁾。本件は、賃貸物件問い合わせを受けた不動産業者の

14) 同判決の評釈として、江島晶子「公衆浴場における外国人差別」法学教室282号別冊附録（判例セレクト2003）（2004年）6頁。

15) 高度の日本語能力を有する原告は、予め、仲介会社に電話して、外国人に対しても賃貸住宅を紹介してくれるかどうかを確認したところ、被告不動産会社従業員から、「肌の色」等の質問を受けた。裁判所は、「「皮膚の色」であるとか「普通の色」、「日本人のような色」などと再三言い換えをして、あからさま、かつ、執拗に問い質すものであるから、原告の人格的利益を毀損する違法なものであること甚だしく、…同被告がこのような行為に及んだについては、明白な過失があるものと認めることができるものというべきである。したがって、被告《乙3》（仲介会社の従業員のこと……小柳注）は、民法709条により、原告に対し、上記不法行為により被った損害を賠償すべき義務がある。」と判示し、更に仲介会社の使用者責任も認めた。なお、埼玉県の責任については、「宅建業法71条所定の権限を行使して、管下の業者団体を

従業員がヘイト発言を行った例すら考えられる。このような事件を見ると、外国人による賃貸住宅申込みに対する差別的対応は、日本において、一定程度存在すると考えてよい。

(ii)借家契約交渉において、借主が外国人(在日韓国人)であることを理由に貸主が最終段階で契約締結を拒絶した場合、契約締結に至る準備段階における信義則上の義務に違反したとして不法行為が成立しうる(④大阪地判平成5年6月18日判時1468号122頁)¹⁶⁾。

逆に、(iii)高齢者に貸したくない貸主が居て、高齢者が年齢を偽るため替え玉により契約した場合は、賃貸借契約の錯誤無効にあたる(⑤東京地判平成2年4月24日判時1368号79頁)などがある。⑤の判決は、「借主が高齢者かどうかは契約の要素」としつつ借主の「年齢についての錯誤は、要素の錯誤に当たる」と述べるが、年齢による差別が許されるかの観点からの考察も必要であり、貸主による高齢者差別があるため、借主が替え玉を使用したことが裏目に出た例

通じて、そのような行為をしてはならない旨を具体的に指示すべき義務があるとまでいうことはできない」として、否定した。

- 16) 同様の観点から注目されるのが、京都地判平成19年10月2日【事件番号】平成18年(ワ)第156号、裁判所ウェブサイト掲載)である。これは、「賃貸マンションの所有者が、入居予定者が日本国籍を有していなかったことを理由として賃貸借契約の締結を拒絶したことにつき、入居予定者に対する不法行為責任を認めた事案」である。原告は、「本件賃貸借契約が成立していないとしても、本件賃貸借契約についての交渉過程に照らせば、被告Bは、信義則上、正当な理由なく本件賃貸借契約の締結を拒絶することができないにもかかわらず、原告Aが韓国籍であるという正当でない理由で本件賃貸借契約の締結を拒絶したものであるから、上記信義則上の義務違反に基づく損害賠償義務を免れない。」などと主張した。裁判所は、「被告Bは、本件賃貸借契約の成立に向けて準備を行ってきた原告会社に対し、本件賃貸借契約の成立についての強い信頼を与え、客観的にみて、本件賃貸借契約の成立が合理的に期待される段階まで両者の準備が進んでいたにもかかわらず、しかも、合理的な理由がないにもかかわらず、本件賃貸借契約の締結を一方向的に拒んだものであって、信義則上、原告会社が被った損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。」と判示している。

とも考えうる¹⁷⁾。

イ. 学説

この点に関連して、契約自由と差別に関する不法行為裁判例を論じた大村敦志は、次のように延べている。

「確かに、私たちには『契約の自由』が認められており、『結社の自由』が認められている。誰と契約を締結するか、誰と団体を設立するか。私たちは自ら望む相手方を選択することができる。しかし、相手方選択の自由は無制限には認められない。『公衆』に向けて、すなわち『公開』の形で相手方を求める以上は、恣意的な排除・選別を加えることなく、条件を満たす者を等しく受け入れることが望まれる。不合理な理由による差別的な取扱いは、相手方の人格を傷つける行為とされる。……今日では『公衆＝公開(性)』を帯びていると評価される行為が増えている。その結果(反面)として人的要素が重要な行為は少なくなってきた。そうだとすると、平等取扱いこそが原則であり、相手方選択の自由は限られた例外的な局面においてのみ働くと考えるべきかも知れない。」

大村の指摘は、貸借人側が貸借人選別をする際に、平等取扱いを基本原則とするべきことを指摘している。その理由は、「不合理な理由による差別的な取扱いは、相手方の人格を傷つける行為」であることにある。

また、吉田克己は、貸借人選別と差別の問題について、次のように述べている¹⁸⁾。

17) この場合には、高齢者は容易には貸借できないという状況が日本に存在したことをも考慮する必要がある。なお、フランスでも、借主そのものについて替え玉を使った場合には、貸借借契約が成立しないとされている。「貸借人は、原則として自由にその貸借人を選択することができる。また、貸借候補者その者について、または、その重要な属性について錯誤があった場合には、契約の無効を主張できる。……これが、貸借契約当事者に登場した者が、実は、真の貸借人ではなかった場合に契約は無効であると判示した裁判例(CA Toulouse, 23 mai 2000, n° 1998/03296 : JurisData n° 2000-125549 ; Loyers et copr. 2001, comm. 27, obs. B. Vial-Pedroletti)の意味である」(Béatrice Balivet, supra (note 1), n° 45)。

18) 吉田克己「私人による差別の撤廃と民法学——外国人差別問題と女性差別問題(特集国際人権法の国内実施の現在——私人による差別の撤廃をめぐって)」国際人権20号(2009年)38頁、後に、吉田克己『市場・人格と民法学』(北海道大学出版会、

「賃貸借契約が信頼関係に基づく契約であるという、よく語られる言説は、『制限された市場』を指向している。このような考え方を排除して、賃貸住宅市場を『開かれた市場』へと構成していく。これがこの領域で差別を制限する有力な方向であろう。そのためには、住宅という商品の特殊性を前面に出すのが有効な手段となろう。……『制限的な市場』で行われる選別は、必ず差別の要素を含んでいる。これが人格的価値を侵害することがないように、④選別の目的の正当性と、⑤選別基準の具体性・実質性を確保していくことが重要である。」

吉田克己もまた、賃貸借における差別行為が「人格的価値を侵害」するものであることを指摘している。以上の論者は、公開性や市場において財の供給者が自由に相手方選別をすることは、人格的価値を侵害する場合には許されないことを指摘している。

筆者は、以上の指摘は大変有意義なものであると考えるが、人格権については、その外延内包が必ずしも明確でないため¹⁹⁾、事後的、個別的な救済にとどまりかねず、事前のルールが不明確なことが問題と考える。現在の裁判例を中心とした、不法行為法アプローチでは、どのような事項の区別、差別が許されないのかがはっきりしない。外国人等国籍による区別が差別となることは、裁判例がある以上ははっきりしている。しかし、例えば、年齢による区別が許容されるのか否かについては、裁判例の手掛かりがとぼしい。

ウ. 立法での対応

国の法律によるこの問題への対応としては、一方では、差別は許されない旨の禁止的手法があるが個別差別（障害者等）に限定されており、他方では、家主等が有する不安を解消するための国による援助措置を設けるものがあるが、これはそもそも差別が許されないか否かは明確でない。

差別禁止を前面に出した立法は、特定の事項にとどまっており、その代表は、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律」（平成25年法律65号、障害者差別解消法）である。同法8条（事業者における障害を理由とする差別の

2012年）所収。

19) 人格権について、山本敬三「人格権」内田貴・大村敦志編『民法の争点』（2007年、有斐閣）44頁。

禁止)は、「事業者²⁰⁾は、その事業を行うに当たり、障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない。」と規定する。これを承けて、国土交通省は、「国土交通省所管事業における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針 平成27年11月」(www.mlit.go.jp/common/001108694.pdf)を定め、差別を行う事業者に対し指導等がありうることを明らかにしている(事業者が差別を行った場合には、差別被害者から損害賠償等の民事的対応がありうることは別論であろう)。同指針によれば、具体的な差別事例には次のようなものがある。

「正当な理由がなく、不当な差別的取扱いにあたと想定される事例として、「物件一覧表に「障害者不可」と記載する。物件広告に「障害者お断り²¹⁾」として入居者募集を行う。宅地建物取引業者(以下「宅建業者」という。)が、障害者に対して、「当社は障害者向け物件は取り扱っていない」として話も聞かずに門前払いする。宅建業者が、賃貸物件への入居を希望する障害者に対して、障害(身体障害、知的障害、精神障害(発達障害及び高次脳機能障害を含む。))その他の心身の機能の障害(難病に起因する障害を含む。))があることを理由に、賃貸人や家賃債務保証会社への交渉等、必要な調整を行うことなく仲介を断る。」

差別解消のための措置を設ける立法としては、住宅系については、「高齢者の居住の安定確保に関する法律」(平成13年4月6日法律第26号)による「高齢

20) ここにおける「事業者」について、宅地建物取引業法にいう免許業者が該当することは疑いないが、通常の「家主」もこれに相当するかの問題がある。なお、『知っていますか 宅地建物取引業とじんけん』(大阪府住宅まちづくり部建築振興課、2014年4月発行、[http://www.pref.osaka.lg.jp/attach/5100/00000000/260217\(kaitei\).pdf](http://www.pref.osaka.lg.jp/attach/5100/00000000/260217(kaitei).pdf))は、大阪府が「平成23年1月には「宅地建物取引業法に基づく指導監督基準」を施行し、この中でも、取引の対象となる物件が同和地区に所在するか否かについて調査すること又は教示すること、及び、外国人、障がい者、高齢者又は母子(父子)家庭であるという理由だけで入居申込みを拒否することを、宅地建物取引業の運営に関し適正を欠く行為と位置づけ、行政指導の対象としました。」(表紙裏)と述べているなど、地方公共団体による規制もある。

21) この例は、先の札幌地判平成14年11月11日判時1806号84頁に従えば、掲示に基づく仲介業務拒否が不法行為となることも考えることができる。

者円滑入居住宅」(別名「拒まない賃貸住宅」)制度がある。これは、登録住宅について、「登録住宅の賃貸人は、当該登録住宅に入居を希望する高齢者に対し、高齢者であることを理由として、入居を拒み、又は賃貸の条件を著しく不当なものとしてはならない。」ことなどを定める(10条)。

この制度は、一種の事業法であり、賃借候補者が高齢者であることを理由とした賃貸人の契約拒否が許容されるかの問題を直接は取り上げず、社会的に見れば、高齢者への賃貸を歓迎しない家主が存在すること²²⁾を前提に、これに対する実質的対策として、一定の補助と登録制度を導入したものである。それゆえ、一般的に高齢者差別は許容されないが、登録住宅について、改めてその旨を明言したという解釈も可能である。

また、「住宅確保要配慮者に対する賃貸住宅の供給の促進に関する法律」(平成19年法律第112号)の2017年改正(平成29年法律24号)は、同様の制度を設けるものであり、「所得の低い弱者・子育て世帯への住宅政策上の対応の強化が求められる中で、特に、単身高齢者等の住宅確保要配慮者に対する貸主側の入居拒否感が強い」²³⁾ことから、これらの住宅確保要配慮者の入居を「拒まない」賃貸住宅の登録制度を設け、その改修費について、住宅金融支援機構の融資対象に追加するなどとしている。

更に、近時の債権法改正作業では、平等取扱いを契約法の基本原則とすることを検討したことがあるが、規定の提案を見送った。理由は、「契約締結・内

22) 例えば、第193回国会衆議院国土交通委員会第7号(平成29年4月7日(金曜日))では、次の発言がある。「伊佐委員 差別という発言をされました。私も少し資料を勉強させていただきますと、高齢者の入居に拒否感がある家主というのが七〇・二%いらっしやる。二〇一〇年は五九・二%だったので、これはふえているという状況を勉強しました。また、障害者のいらっしやる世帯の入居に拒否感があるという家主さんも七四・二%で、これも、五年前と比べて、五年前は五〇%だったのが二〇%ぐらいふえている状況にある」。なお、拒否感と実際の拒絶とは別の事柄である。

23) 荒井俊行「リサーチ・メモ 新たな住宅セーフティネット法制の整備について」(2017年2月28日、一般社団法人土地総合研究所、http://www.lij.jp/news/research_memo/20170228_8.pdf)。

容形成両面での平等取扱いの対象となる事項・取引条件・契約類型・契約当事者の属性等をめぐって、共通理解が形成されているとは言い難い状況」で「時間をかけた検討が必要」なことであった²⁴⁾。

本論文の筆者は、立法による体系的対応、それも契約法レベルでの対応が必要であると考えている。なお、契約法レベルという場合には、民法のような一般法のレベルでの対応と、借地借家法又は居住用借地借家法のような個別的契約法レベルでの対応が考えられるが、筆者は、後者の個別的契約法レベルでの対応から始めるのが適切であろうと考える。それは、雇用、賃貸借、消費貸借、売買等の諸契約についての一般的理論にはなお一定の経験と問題解明が必要と考えられることである。

(3) 本論文の構成

以下、本論文は、最初に、居住用賃貸借における差別禁止規定と裁判例を検討し(⇒「2.」)、これに続けて、反差別のための独立行政機関(差別防止機構と権利擁護官)の意義、活動について論ずる(⇒「3.」)。

2. 居住用賃貸借における差別禁止規定と裁判例

以下では、1989年賃貸借法における差別禁止規定を概観し(⇒(1))、次いで、

24) 民法(債権法)改正委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ－契約及び債権一般(1)』(商事法務, 2009年)6頁。近時は、ドイツ法について研究があるが(ドイツ法の研究(茂木明奈「契約法における平等処遇序論: EUの状況から考える契約自由と差別禁止・平等処遇」法学政治学論究91号(2011年)、桑岡和久「契約自由の原則と平等取扱い: 差別禁止立法を契機とするドイツ法の議論を検討素材として(1)(2完)」民商法雑誌147巻1, 2号(2012年))は、ドイツ法では2006年に一般平等取扱法を制定したこと、背景に2000年のEU平等取扱い原則に関する指令があることを明らかにしている。)、フランス法に関する研究が必要とされている(なお、福田健太郎「フランス債務法におけるヨーロッパ人権条約の影響: 条約第八条による契約内容の修正」阪大法学54巻3号(2004年)189頁以下)。

裁判例の紹介をする(⇒(2))。

(1) 1989年賃貸借法における差別禁止規定

フランス法では、契約自由は憲法上の基礎を有し、また、民法典も2016年改正以後は、相手方選択の自由を規定するが、それへの制限も可能である(⇒「ア.」)。居住用賃貸借についての法規である1989年賃貸借法は、その第1条に差別禁止を規定し、具体的に、契約自由を制限する(⇒「イ.」)。差別行為には、刑法典による制裁もある(⇒「ウ.」)。差別禁止では、差別行為の立証に困難があるが、その点についても規定があり(⇒「エ.」)、さらに、賃貸人・業者が賃借人に求める情報についても制限規定がある(⇒「オ.」)。

ア. 差別禁止法理と契約自由との関係

契約自由は憲法上の価値を有するが、しかし、立法者が一般的利益のためにこれを制限することも可能であるというのがフランス憲法院の立場である(⇒(ア))。民法典でも、2016年改正の後には、契約自由は明文で定められている。とはいえ、契約自由に対する法律上の制約は数多く存在しているし、民法典も、公序による契約自由への制限を容認しているものであり、差別禁止法理もその一つとして位置付けられる(⇒(イ))。

(ア) 契約の自由と憲法

契約自由については、既に蛭原健介による優れた論文「契約自由の原則をめぐるフランス憲法院判例の動向」が存在する²⁵⁾。同論文によれば、当初フランスの憲法院は、契約自由の憲法的価値について否定的な見方をしていたが、後に転換し、人権宣言4条に基づき、憲法的価値を有するとした。

「フランス憲法院が採用する憲法規範の中には、契約自由の原則に関する明文規定は存在しない。憲法院も、1990年代後半までは、契約自由の原則につき、その憲法的価値を認めてこなかった。それどころか、憲法院は、1994年8月3日判決において、『憲法的価値を有するいかなる規範も、契約自由の原則を保障していな

25) 蛭原健介「契約自由の原則をめぐるフランス憲法院判例の動向」明治学院大学法学研究94号(2013年)1頁。

い」と断言し、明示的にその憲法的価値を否定していた。…2000年12月19日の憲法院判決²⁶⁾は、契約の自由が1789年宣言4条に由来すると明言し、一般には、この判決を契機に憲法院は契約の自由の憲法的価値を認めたものと解されているようである。その後の判例においても、憲法院は、契約の自由が1789年宣言4条や16条に由来することを繰り返し述べており、その侵害に対する違憲審査を行っている。」(同論文1頁)

憲法院によれば、契約自由に対して、立法者が一般的利益を理由に制約を課することは可能であり、実際に、憲法院が契約の自由への制約について違憲判決を言い渡した例は非常に限られており、研究者の中には、契約の自由が独自の価値を有するか疑問を提示する者すらいる。

「憲法院の用いる表現によれば、『契約の自由』および『合法的に締結された契約のエコノミーの維持を求める権利』が憲法上保護されるにしても、これらの自由や権利を法律によって制約することは、一般利益によって正当化される場合、もしくは社会権ないし社会法上の要請による正当化が可能場合には許されることとなる。実際、憲法院は、立法者が、一般利益を理由として、契約自由の原則に対して例外を設けることは可能であるとし、また、『追求される目的との均衡を失するような侵害を生じさせないという条件の下で、1789年宣言4条に由来する企業活動の自由および契約の自由に対して、立法者が、一般利益により正当化される制限または憲法上の要請に結びつく制限を加えることは認められる』と述べている。」(同論文2頁)

「実際に憲法院が『十分な一般利益という理由』による正当化はできないとして契約自由の原則に対する重大な侵害の存在を認め、違憲判決を下し、合法的に締結されていた契約を法律による変更から保護したのは、きわめて例外的な場合にとどまっている。すなわち、内容上変更する必要のない、合法的に締結された先行協約

26) 「第2次35時間法による先行労働協約の廃止につき、『十分な一般利益という理由』によって正当化することのできない制約であって、憲法上の要請に違反すると判断した」事案である(蛭原・前掲注(25)4頁)。また、今野健一「第2次35時間法の憲法適合性」(フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社, 2002年))とりわけ254頁。

まで一律に廃止することを法律が強制している場合や、その労働協約の廃止が数百万人の労働者に影響するような場合、廃止の必要性が本質的なものとは看做されない場合、廃止までの猶予期間が短い場合などである。また、労働協約以外の契約についてみると、憲法院は、侵害を正当化しうる『十分な一般利益という理由』を一般的に広く認める傾向が顕著であり、契約自由の原則に対する重大な侵害を根拠に違憲の判断が下される余地はいっそう限られていると解されよう。²⁷⁾」(同論文19頁)

(イ) 契約の自由と民法典

フランスの2016年民法典改正(2016年2月10日のオルドナンス第131号による債務法改正)は、契約自由(liberté contractuelle)について、次のように明確に規定するとともに、その限界も明らかにしている。

「(フランス民法典新) 1102条 各人は、法律の定める限度において、契約し又は契約しないこと、その相手方を選択すること、並びに契約の内容及び方法を定めることについて自由である(Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter,

27) なお、吉田克己は、フランスの賃貸借と憲法の論点についても近時優れた研究を發表し、次のように述べている。「基本的には、弱者と見られる賃借人や被用者の基本権を保護する方向での判例の展開が見られる。ここでは、基本権擁護の観点から契約自由が制約されるわけである。しかし、契約自由もまた、現在では一般に基本権と評価される傾向にあるので、両者の調整が問題になる。契約自由の観点からは、私的自治を最大限尊重するという方向が導かれる。契約自由にも憲法的価値がある以上、単純に弱者の基本権を保護して契約自由を制約するというだけで、事態が収まるわけではない。」(吉田・前掲注(2)「フランス民法と基本権保障——契約法を素材として——」36頁。更に、同「住宅法学の過去・現在・未来」『早稲田民法学の現在—浦川道太郎先生・内田勝一先生・鎌田薫先生古稀記念論文集』(成文堂, 2017年)181頁は、「借地借家法学は、私人間での人権の確保にも配慮する必要がある」と述べる。)。同様に、契約自由が常に基本権保護の劣位にあるわけではないこと、契約自由が基本権保護よりも重視される場合もあることを指摘するのが、Marie-Laure Mathieu, « La liberté contractuelle », in Remy Cabrillac (Sous la direction de), Libertés et droits fondamentaux, 22^e édition, 2016, n° 1078. このような留保をつけた上で、契約自由の意義を認めることができる。

de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.)。

契約自由は、公の秩序に関する準則に反することを許すものではない (La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.)。

1103条 適法に成立した契約は、それをを行った者に対し、法律に代わる。

1104条 契約は、誠実に、交渉し、成立させ、履行しなければならない。

この規定は、公の秩序に属する。

……

1112条 契約締結過程の交渉の開始、進行及び破棄は、自由である。交渉の開始、進行及び破棄は、必ず、信義誠実の諸要求を満たさなければならない (L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.)。

交渉の開始、進行及び破棄においてフォートが犯された場合には、それによって生じる損害の賠償は、締結されなかった契約に基づいて期待される利益の喪失を填補することを目的とすることができない。²⁸⁾」

フランス民法典(新)1102条1項は、契約当事者の相手方選択の自由 (liberté de choisir son cocontractant) を明確に規定している。また、その第2項は、この相手方選択の自由を含んだ契約の自由が公の秩序による制限に服することを規定している。フランスの学者による1102条のコンメンタールは、次のように述べている。

「驚きに値することではないが、1102条は、契約自由の原則を明らかにしている。…この原則は、憲法上の価値を与えられている (Con.const.,10 décembre 2000, n° 2000-437 DC[先述……小柳注]²⁹⁾、この憲法院判決では、憲法院は、[契約自由について] 1789年人権宣言4条『自由とは、他人を害しないすべてのことをなすうることにある。…』を根拠に、契約自由で憲法上の価値を認めた。また、Con.const.,13

28) 荻野奈緒(訳)・馬場圭太(訳)・齋藤由起(訳)・山城一真(訳)「フランス債権法改正オールドナンス(2016年2月10日のオールドナンス第131号)による民法典の改正(翻訳)」同志社法学390号(69巻1号, 2017年)279頁以下のすぐれた訳に依拠した。

29) 今野・前掲注(26)254頁。

juin 2013, n° 2013-672 DC³⁰⁾。そうはいつでも、契約自由の内容は、絶対的なものではありえない。契約自由には、数多くの制限があり、契約法の諸規定、また、個別契約法の諸規定、さらには競争法、消費者法、会社法、金融法、環境法、都市計画法などが制限を規定する。…

契約自由を制限するものの総体は、1102条2項が『公の秩序』と呼ぶものである。ここで言う『公の秩序』は、法律が規定しているものだけではない。『公の秩序』は、種々のルールや原則であって判例に由来するものも含まれる。この1102条2項は、当然の規定である。というのも、1102条2項は、既に、民法典6条が、『公の秩序及び善良の風俗に属する法律は、個別的な合意によって、その適用を除外すること

-
- 30) 社会保障に関連して、契約相手方選択の自由を根拠に違憲判決を言い渡したものである。同判決について柴田洋二郎「フランスにおける補足医療保険改革の動向—『社会的地位か市場原理か?』」健保連海外医療保障104号(2014年)8頁は、次のように述べている。

「本件では、雇用安定化法1条により修正される社会保障法典L.912-1条が争点の1つとされ、憲法院はL.912-1条を違憲と判断した。L.912-1条は指定条項 (clauses de désignation) を定めた条文と解されている。これは、産業（もしくは職際）レベルの労働協約により、当該産業に属する企業が補足医療保険について当該協約により指定された1または複数の保険者に加入することを義務付ける条項である (L.912-1条1項)。さらに、当該協約の適用を受ける企業が指定された保険者とは異なる保険者のもとですでに補足医療保険に加入していた場合でも、指定された保険者に加入することを義務付ける条項も置かれていた (同2項：移動条項 (clauses de migration) と呼ばれる)。…… [憲法院は、] 指定条項が、同一産業のすべての企業に補足社会保障の価格や方式のみならず、保険者の選択まで強制するものであることに触れ、産業レベルの労働協約により『すでに指定されているある保険者と、事前に完全に設定された内容に』企業を拘束させることはあまりに制約が大きいとする。こうして、指定条項は企業活動の自由と契約自由を過度に侵害するものであり、違憲であるとした (判決理由11, 13)。」。

同判決にいう契約自由について、Jacques Ghestin, « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », La Semaine Juridique, Edition générale n° 37, 9 septembre 2013, 929.

はできない。』と規定していることを改めて述べたものである。³¹⁾

更に、契約締結前の交渉段階についても、2016年民法改正は、1112条を設け、一方的な契約破棄は、不法行為になりうることを定めている。1112条についてのコンメンタールは、次のように述べている³²⁾。

「重要なことであるが、本条は、現在まで判例が認めてきた諸解決³³⁾と大きく異なるものではない。……

1112条第1項において、オールドナンスは、交渉過程において信義誠実の諸要求(exigences de bonne foi)を満足させなければならないことを定める。これは、民法典新1103〔ママ・1104条の誤り……小柳注〕条の『契約は、誠実に、交渉し、成立させ、履行しなければならない。』を繰り返したものである。論者の中には、この信義誠実の概念があまり厳密なものではないという問題を指摘する者がいるが、しかし、この概念が厳密でないために、逆に、裁判官は、種々さまざまな当事者の態度を評価する際の裁量的自由を有しうることになる。また、ここでの『要求(exigences)』文言が複数形であることに注目すべきである。信義誠実は、非常に様々な形で現れるのであり、それから『諸』要求が出てくることになる。

1112条第1項第2文は、複数形である『Ils』で始まっているが、そのことが示しているのは、Ilsが指示するもの、すなわち、信義誠実の諸要求を満たさなければならないとして限界づけられているのは、契約前の交渉の開始、進行及び破棄(L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles)であることである〔交渉が第2文の主語だとすると、Ellesとなるはずであるが、そう

31) Thibault Douville et al., La Réforme du Droit des contrats : Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2016, p.27.

32) Thibault Douville et al., supra (note31), p.50.

33) Dominique Fenouillet, Philippe Malinvaud, Mustapha Mekki, Droit des obligations, 13^e édition, 2014は、従来の判例の示すところとして、「各人は、自由に契約交渉を中断できること」及び「交渉は、信義誠実に従いなされなければならないこと」があるとし、濫用的交渉破棄や正当な理由がない契約破棄について不法行為責任(responsabilité de nature extracontractuelle)がありうることを指摘していた(n° 120).

なっていない……小柳注]。当事者の自由は、決して絶対ではない。

非常にしばしば、判例は、契約の進行過程における信義誠実の欠如、とりわけ交渉の一方的破棄に制裁を加えてきた。……新法文が明らかにしたことは、この信義誠実義務は、契約交渉の開始段階にも適用されることである。それ故、もしも、一方当事者が、事前段階で、交渉は将来まともならないということを知悉していながら、交渉を開始したとしたら、制裁を受けうることになる。」

このように見ると、差別的扱いを意図して、交渉を中断することのみならず(信義誠実を欠いた交渉中断)、賃貸住宅広告を行うこと(〇〇には貸さないと考えながら、賃貸住宅募集をすることなどの信義誠実を欠いた交渉開始)もまた、賠償責任を発生させることができる。

イ. 1989年賃貸借法1条

1989年賃貸借法における賃借候補者差別禁止規定は、1989年の制定当時には存在せず、2002年に導入され、その際どのような理由による区別が差別に該当するか詳細に規定したが(⇒(ア))、2014年改正から、刑法典の差別行為罪と関連させる簡明な法文になった(⇒(イ))。更に、差別行為への制裁として、刑事的制裁以外に、民事的・行政法的制裁もある(⇒(ウ))。

(ア) 1989年賃貸借法1条旧規定

フランスの居住用賃貸借法制に関する基本法規は、「賃貸借関係を改善し、1986年12月23日の法律第1290号を改正するための1989年7月6日の法律462号(Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, 以下、「1989年賃貸借法」という。)」である³⁴⁾。1989年賃貸借法については、松野友芳教授による優れた翻訳があり、非常に有益である。同教授は、2006年3月1日現在の法文を次のように翻訳している³⁵⁾。

34) Béatrice Balivet, supra (note 1), n° 51, Béatrice Vial-Pedroletti, supra (note 1), n° 9, Jacques Lafond, supra (note 1), n° 68, Jacques Lafond et Béatrice Vial-Pedroletti, supra (note 1), n° 351.

35) 松野友芳「フランス居住用建物賃貸借法(抄訳)」龍谷法学38巻4号(2006年)1299頁。引用に際し、項番号のみ「①」等を「1」等とした。

「第1条 1 住宅への権利は、一の基本権である。この権利はこれを規律する法律の範囲内で行使される (Le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.)。

2 この権利の行使は、すべての社会階層に対して開かれた賃貸部門および持家部門の維持ならびに発展によって、すべての人にとってその居住形態を選択する自由を意味する。

3 何人も、その出身、姓、身体的外観、性別、家庭状況、健康状態、障害、品行、性的指向、政治的意見、組合活動、またはその真偽を問わず、特定の民族、国家、人種あるいは宗教に属していること若しくは属していないことを理由として、住宅の賃貸借を拒否されえない (Aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique, son sexe, sa situation de famille, son état de santé, son handicap, ses moeurs, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou son appartenance ou sa non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.)。

4 前項の適用に関する争訟においては、住宅の賃貸借を拒否された者が、直接または間接の差別の存在を推定させる事実上の諸要素を提示する。これらの要素を前にして、被告側にその決定が正当であることの証明が課せられる。裁判官は、必要な場合、有益であるとするすべての証拠調べを命じた後、その心証を形成する。

5 賃貸人および賃借人の相互的な権利ならびに義務は、団体的関係におけると同様に個人的関係においても均衡がとれていなければならない。」

ここに見られるように、居住用賃貸借契約成立時における賃借人選別差別禁止法理は、1989年賃貸借法(居住用借家の基本法)の第1条が定めている³⁶⁾。

この差別禁止規定は、1989年賃貸借法制定当初から存在したものではなく、EU法の影響のもとでの、2002年1月17日の社会現代化法律第73号(Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale、労働法、賃貸借法等を

36) 1989年賃貸借法1条は、住宅への権利(droit au logement)を定める点で重要である(吉田克己「フランス新借家法上の『住居への権利』の意義—破毀院民事第3部1983年11月29日判決(フランス判例研究28)」判例タイムズ600号、1986年、49頁)。

改正した法律) 158条による法改正による。これは、差別禁止に関する新規定を、それまでの1989年賃貸借法第1条第2項に続けて、第3項(差別禁止規定)及び第4項(証明規定)に設けた³⁷⁾。2002年社会現代化法158条は、政府提出法案第50条であったが³⁸⁾、これについて、政府の趣旨説明は、「賃貸住宅へのアクセスについては、差別的慣行が存在するのであり、これとたたかうことが必要である。本条は、住宅への権利を規定する1989年7月6日賃貸借法を改正するものであり、差別禁止の一般的法理を創設するものである。」と述べた³⁹⁾。

差別禁止規定が設けられたのは、国内的要因もあったが、EU法の影響がある。欧州共同体設立条約第13条は、「この条約の他の規定を害することなく、条約により共同体に与えられた権限の範囲内において、(閣僚)理事会は、(欧州)委員会の提案に基づき、欧州議会との協議の上、全会一致で、性、人種若しくは出身民族、宗教若しくは信条、心身の障害、年齢、又は性的指向に基づく差別と闘うために適当な行動をとることができる」と規定している。

また、証明については、1997年12月15日の差別に関する証明についてのEU指令97/80/第4.1条(l'article 4.1 de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination)が、各加盟国に対して、「加盟国は、国内司法制度に従い、平等待遇原則が適用されないことで不当に扱われていると考えるあらゆる者が、裁判所又はその他の権限を有する機関に対して、それにより直接又は間接差別が存在してきたことを推定させる事実を立証すれば、平等待遇原則の違反が存在しなかったことを証明するのは被告とすることを確保するために必要な措置を採るものとする」と規定していた⁴⁰⁾。そして、この指令は、フランスの裁判例が労働法において受

37) Béatrice Balivet, *supra* (note 1), n° 52, Béatrice Vial-Pedroletti, *supra* (note 1), n° 9, Jacques Lafond, *supra* (note 1), n° 68, Jacques Lafond et Béatrice Vial-Pedroletti, *supra* (note 1), n° 351.

38) <https://www.senat.fr/leg/pjl00-185.html>

39) <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl2415.asp>

40) Cécile Michaud, «La preuve des discriminations en droit du travail», *La Semaine Juridique Social* n° 46, 13 novembre 2012, 1481, n° 1.差別についてのEU指令につい

け入れることになり、また、労働法典では、2001年11月16日改正によりL.1134-1条として規定された⁴¹⁾。

(イ) 1989年賃貸借法1条現行規定

本稿執筆現在(2017年6月30日)では、1989年賃貸借法第1条3項は、2014年の改正(Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, 「ALUR法」と呼ばれる。)を受けた。この結果、新1条3項は、次のように簡略に規定されている。

1989年賃貸借法(新)1条3項

「何人も、刑法典225-1条に規定されている差別的動機により、住宅の賃貸借を拒否されえない。(Aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du code pénal.)」

ALUR法案(1条I n° 1)の政府による趣旨説明は、改正理由を「これは、1条を改正するものであるが、その目的は、首尾一貫性の目的から、住宅へのアクセスにおける差別の基準と、刑法典225-1条の規定する差別行為罪の基準とを調和させるものである。」と述べている⁴²⁾。この結果、差別行為の刑罰的制裁との関連が一層明確になった。

(ウ) 民事上・行政法上の制裁

募集時の差別行為の民事上の制裁は、どうか? 1989年法1条は特別の規定を設けていないため、制裁は不法行為法によることになる。これに関して、次の指摘がある。

「差別行為を行った賃貸人は、民事法レベルにおいては、損害賠償支払を命ぜられる。この損害賠償は、民法典1382、1383条〔一般的不法行為に関する規定であり、2016年の債務法改正後は、(新)1240、1241条……小柳注〕に基づくものであり、損害賠償が成立するには、損害の発生、フォート(faute)と損害との因果関係の証明が

て、鈴木前掲注(2)論文46頁、茂木前掲注(24)論文115頁。

41) Michaud, supra (note 40), n° 9.

42) https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?sessionId=6CDD0BC01264E02BFA7A96C99884E9B4.tpdila08v_2?idDocument=JORFDOLE000027617351&type=expose&typeLoi=&legislature=

必要になる。⁴³⁾」

フランス民法は、日本法と異なり、損害賠償において現実賠償が認められている。それ故、現実賠償として賃貸借契約の強制締結 (conclusion forcée du bail) を考えることも理論的には可能になる。しかし、これについては、そのようなことが可能なのは、別に賃借人がいない場合か、賃借人が居ても悪意の場合に限られるという議論が存在する⁴⁴⁾。なお、後述のように、権利擁護官による制裁的和解 (sanction transactionnelle) がある場合もある⁴⁵⁾。

不動産の仲介業者が差別行為を行った場合の営業に関する制裁もある。差別行為罪により、執行猶予のない3か月以上の拘禁刑 (peine d'au moins trois mois d'emprisonnement sans sursis) に処せられた場合には、業者は営業禁止となる⁴⁶⁾。これは、不動産仲介業者の業務のあり方の基本を定める1970年オゲ法⁴⁷⁾ 9条Ⅱに、差別軽罪を理由とする禁止に関するn°21が、2006年改正 (La

43) Lafond et Vial-Pedroletti, supra (note 1), n° 360. Béatrice Balivet, note 1 (précitée), n° 53も同様である。

44) Sébastien Beaugendre, «Les rapports locatifs à l'épreuve de la modernisation sociale», Actualité juridique droit immobilier, 2002, p.355.なお、近時の債権法改正でフランス民法典新1112条2項が、契約交渉過程のフォートの制裁について、明文で、履行利益を排除したことから、この点は再検討の余地がある。

45) Béatrice Balivet, note 1 (précitée), n° 53; Jacques Lafond, note 1 (précitée), n° 79.

46) オゲ法「第2章 業務欠格事由

第9条 何人も、次に掲げる処分の確定の日から10年を経過するまでの間、第1条各号に掲げる行為を、業として、自らの名において又は共同で行うことができない。

一 刑法典所定の重罪 (crime) による有罪判決

二 次に掲げる軽罪による拘禁3年以上の実刑判決

…… (21) 刑法典第二編第二章第五節第一款 (差別の禁止) に規定する軽罪」。

«Lutte anti-discrimination : le « testing » est possible en matière de vente d'immeuble », Loyers et Copropriété n° 10, octobre 2006, alerte 49 ; Rép. min. n° 95496, Min. Logement : JOAN Q, 12 sept. 2006, p. 9623. Jean-Marie Moyse, Guy Amoyel; Agent Immobilier 17^e édition, 2015, n.141-19.

47) Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités

loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, ENL法第98条によるオゲ法改正)で追加されたことによる。

更に、2014年のALUR法8条は、家具付き賃貸借 (location meublée) にも、1989年賃貸借法1条等の適用があることを定めた。この2014年ALUR法による改正は、1989年賃貸借法が家具付き賃貸借に適用されてこなかったことを改めたものである。多くの賃貸人は、1989年賃貸借法適用を避けるために家具付き賃貸借制度を利用してきたが、2014年ALUR法は、それを改めさせるための立法的対応である。

この改正までは、刑法典の差別行為罪は、家具付き賃貸借であっても適用されていたが、1989年賃貸借法1条の適用はなかったのに対して、同改正後は、刑法典だけでなく、1989年賃貸借法1条による差別行為規制も家具付き賃貸借に適用される⁴⁸⁾。

ウ. 刑法典225-1条の差別行為罪

(ア) 刑法典225-1条の規定

刑法典225-1条の差別行為罪⁴⁹⁾は、次のとおりである。

「刑法典第225-1条 出自、性別、家族状況、妊娠、身体的外観、氏名、健康状態、障害、遺伝的特徴、習慣、性的指向、年齢、政治的信条、組合活動、特定の民族、国家、人種又は宗教への実際又は想定上の帰属又は非帰属を理由に、自然人の間でおこなわれる区別は、すべて、差別に当たる。法人の構成員又は構成員の一部の出自、

relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce のことで、不動産業者の業務行使の基本原則を定める。提案者である国民議会議員 (Michel Hoguet) の名によって、オゲ法と呼ばれる。フランスの宅地建物取引業についての精細で優れた検討として、河井睦朗「フランスの宅地建物取引業関係法令等の紹介(1)～(5)」RETIO(不動産適正取引推進機構編)70, 71, 72, 74, 75号(2008, 2009年)。

48) Jean-Luc Puygauthier, « La loi Alur et la location meublée », La semaine juridique - notariale et immobilière - n° 15 - 11 avril 2014, 1163, n° 11.

49) 差別行為罪は、軽罪である。フランス刑事法においては、犯罪はその重さによって重罪 (crime), 軽罪 (délit) 及び違警罪 (contravention) の3種類に分類される (刑法典111-1条)。

性別、家族状況、身体的外観、姓、健康状態、障害、遺伝的特徴、習慣、性的指向、年齢、政治的信条、組合活動、特定の民族、国家、人種又は宗教への実際又は想定上の帰属又は非帰属を理由に、法人間でおこなわれる区別も、すべて、差別に当たる。第225-2条 自然人又は法人に対してなされた第225-1条に規定する差別が、次のいずれかに該当する場合は、3年の拘禁刑及び45,000ユーロの罰金刑に処する。

1° 財又はサービスの給付を拒否する；

2° 何らかの経済活動の正常な遂行を妨げる；

3° 採用拒否、懲戒、解雇をする；

4° 財又はサービスの給付に、第225-1条に定めるいずれかの要素に基づく条件を付する；

5° 募集、研修申請又は企業内の訓練期間に、第225-1条に定めるいずれかの要素に基づく条件を付する；

6° 社会保障法典L.412-8条20に定めるいずれかの研修への受入れを拒否する。

1°に定める差別的拒否が、公衆を収容する場所でおこなわれたか、又は、公衆を収容する場所への入場を禁止する目的でおこなわれた場合、刑は5年の拘禁刑及び75,000ユーロの罰金とする。⁵⁰⁾」

ここで規定されている刑法典の差別禁止規定については、光信一宏「フランスにおける人種差別的表現の法規制（1）から（4・完）」論文が最近の状況を次のように明らかにしている⁵¹⁾。

「刑法典であるが、法律の部第2編（「人に対する重罪および軽罪」）第2章（「人格に対する侵害」）第5節（「人の尊厳に対する侵害」）第1款（「差別」）に、自然人および法人に対する私人の差別行為の禁止に係る全6カ条の規定（225条の1～225条の4）が置かれている。

冒頭の225条の1は差別の定義規定であり、それによると、差別とは、「出生

50) 「平成20年度障害者の社会参加推進等に関する国際比較調査」におけるフランス刑法典翻訳 (<http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/tyosa/h20kokusai/>) によった(277頁、永野仁美訳)。

51) 光信一宏「フランスにおける人種差別的表現の法規制（1）」愛媛法学会雑誌40巻1-2号（2014年）40頁。

(origine), 性別, 家族状況, 妊娠, 身体的外見, 名字, 健康状態, 障害, 遺伝的特徴, 品行, 性的指向または性自認, 年齢, 政治的意見, 組合活動, 特定の民族(ethnie), 国民(nation), 人種または宗教への実際のあるいは想定される帰属の有無」にもとづく「自然人の間のあらゆる区別」, および構成員に係る上掲の(妊娠を除く)事由にもとづく「法人の間のあらゆる区別」⁵²⁾をいう。

これらの差別禁止事由は、「出生」あるいは「特定の民族, 国民, 人種または宗教への帰属の有無」にもとづく差別の禁止を掲げる「人種差別に対する闘いに関する1972年7月1日の法律第546号」——当時の司法大臣の名をとってプレヴァン法と呼ばれる——の制定を皮切りに, これまで再三にわたる刑法典の改正によって次第にその数が増えていったものである。そして2012年の法改正では, 「セクハラを受け, またはそれを拒んだこと」あるいは「セクハラについて証言したこと」にもとづき行われる「人々の間のあらゆる区別」を差別とみなす規定(225条の1の1)が追加されている。]

差別の正当化が許容されるかは, 裁判所の判断に委ねられるが, 許容は相当に限定的とも考えられる。例えば, パリ大審裁判所2005年6月28日判決がある(TGI Paris, 28 juin 2005 : Gazette du Palais, 2006, 2, p. 2634, note Ch. Paulin)。同判決は, パリ17区の7階(エレベータあり)のアパルトマンについての事案である。賃貸人(79歳の退職小児科医)は, 当該部屋を12年間にわたりハンディキャップのある人間が賃借し, 種々困難を経験したことから, とりわけしばしば起こるエレベーター故障の場合が心配だとして, ハンディキャップのある(新)賃借希望者に部屋の賃貸を拒絶したところ, 裁判所は, 賃貸拒絶理由自体は, その職業的経験から見ても有害なものではないと理解しながらも, ハンディキャップだけを理由にした賃貸拒絶は差別に該当すると判断し, 差別行為罪の成立を認め, 1,500ユーロの罰金刑(そのうち, 1,000ユーロは執行猶予)を言い渡した。この判決は, 極めて限定的な場合のみ, 賃貸人側の差別的取扱いを許容できることも示している(評釈者Paulinも, 「賃貸拒絶の

52) 刑法典225-1条は, 同条1項が自然人に対する差別への制裁を規定し, 同条2項が法人に対する差別への制裁を規定している。

根本的理由自体は、評価に値する (louable) ものである」とすら述べる。)。なお、私訴における損害賠償の請求額は、精神的損害についての1ユーロであったため、裁判所は、この賠償額支払を命じた。

(イ) 差別行為罪と私訴権

フランスでは、差別を受けた直接の被害者が私訴権 (action civile)⁵³⁾ を行使しうるのみならず、私訴権に基づき、一定の団体も差別行為について私訴を提起して刑事手続開始を求めることが可能である (別に訪問したSOS racismeは、私訴権行使に意欲的であった。なお、後述裁判例参照)。

かくして、例えば、特定の民族への帰属 (225-1条の列举事由に該当) に基づき、賃借候補者に対する賃貸を拒絶する家主や業者等は、225-2条の「財物または役務の提供を拒んだ」ことを理由に、3年の拘禁刑および4万5,000ユーロの罰金刑等に処せられるし、このような差別行為を行った家主や業者等は、反人種差別団体からの私訴権行使を受けることもありうる。

エ. 差別行為の証明

差別行為の証明には困難がある (⇒ (ア))。1989年賃貸借法1条は、証明の容易化を目指す制度を設けているが、これについては憲法院の判断がある (⇒

53) 「私訴権 (action civile) とは、公訴権 (action publique) と対になる概念で、要するに犯罪によって受けた損害の賠償を目的として、その被害者等が刑事裁判所に訴え出ることのできる権利をいう。被害者が損害賠償の主体として刑事裁判における一定の地位を得るのみならず、検察官が起訴しないときでも、私訴権の行使によって刑事裁判を始動させることまでできるフランスの私訴は (その意味で、附帯私訴ではない)、比較法的にみてユニークなものである」(白取祐司「私訴権の現状と課題」同『フランスの刑事司法』(日本評論社、2011年) 287頁)。また、エマニュエル・ジュラン (Emmanuel Jeuland) 加藤雅之 (訳) 「フランスにおける私訴権 (附帯私訴)」慶應法学10号 (2008年) 特に333頁以下は、「私訴権の目的は、何よりも賠償にあり、処罰にない」ことから、その主体が直接の被害者に限られておらず、私訴権の主体が広く、例えば、薬品の不正投与について、医者の共同利益を守るために医師会が私訴権行使が可能であることを指摘し、さらに、反人種差別団体については、私訴権の主体となるには、少なくとも5年以上の活動があることが必要であることを述べている。

(イ)。さらに、差別立証のためのテストング（差別テスト）が認められている（⇒（ウ））。

(ア) 差別行為証明の困難

1989年法1条4項は、差別を禁止する同条3項に続けて、差別行為の証明について規定する。この規定について、バリヴェ准教授は、次のように述べている⁵⁴⁾。

「数ある困難の一つは、差別の証拠である。差別の立証は、差別の犠牲になったと主張する者がなさなければならない。事実問題については、差別犠牲者と主張する者は、すべての方法でこれをなしうる。より正確に述べれば、賃借候補者は、諸々の事実——直接または間接の差別⁵⁵⁾の存在を推測せしめるような事実——を提示しなければならない（Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC : Journal Officiel du 18 Janvier 2002, texte n° 3. - S. Beaugendre, Les rapports locatifs à l'épreuve de la modernisation sociale : AJDI 2002, p. 350）。差別証拠の提出は、容易ではない。例えば、ある不動産業者——この不動産業者に賃貸人は媒介を依頼していなかった——が作成した書類が、ある賃貸拒絶行為について、賃借人の家族状況が理由であったと述べたとしても、裁判所は、それだけでは不十分であるとした（CA Montpellier, 27 nov. 2007, n° 07/01282 : JurisData n° 2007-353816）。しかし、賃借候補者が差別の存在を証明するのを助けるために、テストング（testing）と呼ばれる方法が、不動産分野では実施されており、これは、完全に合法的なものとされている⁵⁶⁾。テストングは、一般的には、反差別団体により実施されている・賃貸

54) Béatrice Balivet, *supra* (note 1), n° 53.

55) 「直接差別とは、特定の民族又は人種、特定の宗教、信条、年齢、障害、性的指向及び性別を理由にして、ある人物又はある集団を不利益に取り扱うことである（例えば、意図的に女性従業員の賃金を男性のそれに比べて低くすること等が挙げられる）。間接差別とは、表面的には中立的な基準や慣行であり、かつ、差別意図の有無も問わないが、特定の民族又は人種に属しているか、宗教、信条、年齢、障害、性的指向及び性別を有する者に対し、実質的に差別を引き起こすことである。この間接差別禁止は、わが国における「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律」（通称「男女雇用機会均等法」）においても禁止されている。」鈴木前掲注（2）論文49頁。

56) Didier Guérin (Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation),

人又はその代理人である不動産業者の差別の証拠とするための一連の仕組みである。テストングでは、複数の賃借候補者が賃借を申し込む。この複数の候補者は、1, 2の点は異なるが、しかし、その他の点は類似している（そして、同様の収入であっても、非白人が賃借を拒絶されることで差別の証拠とされる）。SOS racismeは、マグレブ（アフリカ北部）系の者への賃借拒絶事例について、テストングにより、差別の証拠とすることを認められた（Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354）。」

この記述に関連して、3点——①立証責任についての2002年憲法院判決、②テストングによる証拠を認めた2005年破棄院判決、③具体的例として証拠不十分とした2007年モンペリエ控訴院判決3点——について補足する必要があるが、②及び③については、後述することとし、ここでは①について述べる。

(イ) 立証責任についての2002年憲法院判決

a.1989年賃貸借法での立証責任規定に関する2002年憲法院判決

立証責任に関して、2002年憲法院判決（Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC）は、同規定は、立証責任を原告から被告へ転換（renverser）するものであり違憲であるとの主張に対して、同規定は、原告を優遇するものではあるが、原告は、差別の存在を推測させる諸事実を提示する必要があることを指摘して、違憲ではないと判断した⁵⁷⁾。

« Avancées jurisprudentielles », in, Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination Octobre 2015 (<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Actes-du-colloque-10-ans-de-droit-de-la-non-discrimination>)p.51.

57) これに関連して、差別との闘いの領域における共同体法の適用にかかる諸条項に関する2008年5月27日の法律2008-496号（Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations）について次の指摘がある。

「差別禁止法第4条は、挙証責任の転換を指示している。

挙証責任とは、訴訟において一定の事実の存否が確認されていない場合に、その存否が確定されないことにより当事者の一方に帰せられる不利益のことである。民事訴訟法上は、原則として、権利関係の発生、変更、消滅等の法律効果を主張する者が挙証責任を負うと解されており、刑事訴訟法上は、一般に検察官が挙証責任を負う。

この憲法院判決は、1989年法制定の原始規定には差別禁止規定が存在しなかったところ、2002年の法改正（Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002）が差別禁止法理に関する第3項及び第4項を挿入したために（2002-73法の第158条）、これについての憲法判断が求められた結果である。2002年法改正では、特に第4項の立証責任について違憲の申立てがあり、憲法院の判断がなされた。憲法院は、次のように、違憲申立てについて述べている。

「76. 鑑みるに、当該法律158条は、前述1989年7月6日法第1条について、2つの項を付け加え、そのうちの一つの項は、何人も、当該項が列挙する差別的理由により、住宅の賃貸借を拒否されえないことを定め、もう一つの項は、訴訟における差別の証明責任を整備している（le second aménage la charge de la preuve de la discrimination en cas de litige）。」……「79. 上院議員の違憲申立ては、本法158条及び169条（労働関係の規定……小柳注）は、『証明責任を転換して、被告に負わせる"renversent la charge de la preuve sur le défendeur"』ものであり、差別被害者と主張する者が自らの主張の正当性の証明を不要とするものである"dispensent le requérant de prouver la véracité de ses affirmations"とて、これらの条文は、人権宣言（la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen）9条の無罪推定原則に反し、また被告（人）の防御権に反していると主張する。」

「84. 鑑みるに、第二に、本法律158条及び169条は、証明責任について整備を行い、一定の者を優遇している。すなわち、一方では、自らの住宅に関する賃借申込みが

そもそもこの規定は、性別に基づく差別事件における挙証責任に関する1997年12月15日の閣僚理事会指令【97/80/EC(注43)】にあり、それが上述の労働分野での性差別禁止指令【2006/54/EC】へ統合され、第19条に以下のように定められた。すなわち、「加盟国は、国内司法制度に従い、平等待遇原則が適用されないことで不当に扱われていると考えるあらゆる者が、裁判所又はその他の権限を有する機関に対して、それにより直接又は間接差別が存在してきたことを推定させる事実を立証すれば、平等待遇原則の違反が存在しなかったことを証明するのは被告とすることを確保するために必要な措置を採るものとする」というものである。このEU指令をフランスは国内法化し、特に、労働環境における性差別事件に関し 挙証責任を負うのは、被害者と推定される原告ではなく、差別を行ったとされる被告側であり、被告側が差別事件はなかったことを証明しなければならないと定めた。」（鈴木前掲・注(2)55頁）。

拒絶され、法律の規定する差別にその原因があると考える者、また、他方では、モラル的又は性的なハラスメントの犠牲者であると考える者を優遇（169条のこと……小柳注）している。違憲申立てが批判する規定の文言そのものにおいて、ここで問題となる証明についての例外的規則(les règles de preuve dérogoatoires)は、『訴訟において"en cas de litige"』適用されると規定しているし、また、この規定は、刑事事件には適用されない。その結果、その目的についてもまた効果についても、無罪推定の原則を損なうものではない。それゆえ、違憲申立ては、事実の基礎を欠いている。」……

「89. 鑑みるに、ここで問題の規定により導入された原告優遇の証明規則は、原告に対して、次の義務を免除するものではない。すなわち、原告は、正確かつ適切な事実の諸要素を提示する必要がある、その事実は嫌疑——当該賃借拒否の決定が住宅についての差別行為であること又は当該行為が労働関係でのモラル的又は性的ハラスメントであるとの嫌疑——を支持するものでなければならない。かくして、被告は、被告がなしたとされる対象行為が、実は、正当な理由によるものであり、当該場合では、その不動産の一般的管理によるものであること、又は、当該行為は、いかなるハラスメントとも無縁の行為であることを説明することができる。そして、疑念が残る場合には、裁判官が、その確信を構成するために、裁判を行うためにあらゆる有効な手段を講じていく。このような厳格な解釈上の留保の下では（sous ces strictes réserves d'interprétation）、第158条及び第169条は、被告の防御権についての憲法的保障を害するものではない。」

以上のようにみると、憲法院の判断は、1989年法1条について、立証責任の転換と見ることを避けている。また、憲法院は、同規定における原告の優遇について、厳格な解釈の留保（sous ces strictes réserves d'interprétation）を要求し、その拡大解釈を戒めている⁵⁸⁾。そこで、文献の中には、カッコつき転換（"renversement"）という形で、この憲法院判決に配慮するものもあるが⁵⁹⁾、

58) Béatrice Balivet, supra (note 1), n° 53, Béatrice Vial-Pedroletti, supra (note 1), n° 10, Jacques Lafond, supra (note 1), n° 73, Jacques Lafond et Béatrice Vial-Pedroletti, supra (note 1), n° 356.

59) La Semaine Juridique Edition générale n° 10, 5 mars 2003, doct. 115, Jurisprudence

単純に転換と記述するものもある⁶⁰⁾。

b. 刑事法における無罪推定の原則と差別立証

刑事法には、被告人の無罪推定の原則が存在するために、差別の立証については、検察官が立証責任を負っている。かくして、民事法、具体的には、労働法及び1989年賃貸借法においては、差別の立証について、被害者を有利とする法制度が設けられているのに対して、刑事法にはそのような「立証責任の転換 (renversement de la charge de la preuve)」は適用できない。この点について、キャプドゥビル准教授 (ストラスブール大学) は、次のように述べている。

「おそらくは、人権諮問委員会が指摘するように、『無罪推定の原則を端的に否定することは不可能である』からであろう (1998年レポート113頁)。いずれにせよ、一般原則に従い、証明責任は、検察側にある。それゆえ、例えば、パリ控訴院判決 (1989年5月8日判決, JurisData n° 1989-603168) が明確に述べるように、採用拒否が差別的意図からなされたものであることを探求または立証するのは、検察官である。⁶¹⁾」

constitutionnelle Etude par Bertrand Mathieu et par Michel Verpeaux, n.55.

60) S. Beaugendre, supra (note 44), p. 355.

61) Jérôme Lasserre Capdeville, «Fasc. 20 : Discriminations, in, JurisClasseur Pénal Code > Art. 225-1 à 225-4, Date du fascicule : 1^{er} mai 2011 Date de la dernière mise à jour : 20 décembre 2016. n° 112.また、白取祐司「フランス刑事証拠法と事実認定」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2012年)。

より一般的に、「差別との闘いの領域における共同体法の適用にかかる諸条項に関する2008年5月27日の法律2008-496号」第4条 (とりわけ第2項) は、民事法と刑事法の相違を次のように規定する。

「直接又は間接差別の犠牲者であると推定されるあらゆる者は、権限を有する裁判所に対し、差別の存在を推定させる事実を提示する。この事実に関する情報に対し、あらゆる差別とは異なる客観的な情報によって、問題となっている措置を正当化しなければならないのは、被告側であるものとする。

2 この条は、刑事裁判には適用されない。」(鈴木・前掲注(2)65頁の翻訳による)。

同規定について, Philippe Belloir, « Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires », Gazette du Palais, 8-11 mai 2013, p. 2028 note 6. Belloir論文は、破毀院刑事部2012年4月12日判決 (Cassationambre Criminelle, 11 avril 2012, n° 11-83816 : Bulletin criminel, n° 95 ; Droit pénal, 2012, comm. 106, note J.-H. Robert) が刑事訴訟において

このように見ると、差別が疑われる事件でも、刑事事件と民事事件とで立証のあり方が反対になるようにも考えられるが、キャブドゥビル准教授は、程度の差であると先の引用に続けて次のように指摘している。

「113. 二つのシステムの接近 労働法と刑事法の二つのシステムの証拠の位置づけの違いについては、相対化する必要がある。というも、労働法であっても、被害者は、単に、差別を受けたという嫌疑を提示して、それだけで加害者側が自分が差別を行っていないと証明するという仕組みではない。被害者は、『差別の存在を推定させる』事実を証拠づけなければならない。

他方、刑事法にしても、被告人が自分は差別的動機から行動したのではないと主張するときに、刑事裁判官は、検察官に対し、嫌疑が誤りであるとの被告人の主張を覆すまでの証明を、種々の事情のもとで、しなければならないということまでは要求していない。事実が提示されれば、実際上は、被告人が、自分が無罪であることを示す諸要素を提出するように求められるのである。…」

(ウ) テスティング (差別テスト)

1989年賃貸借法と異なり、刑事法では、検察官が立証責任を負っている。この困難を緩和するために、差別テストの方式が容認されている。

a. テスティング (差別テスト) の意義

テストイング (差別) について、『フランス法律用語辞典』は、次のように述べる。

「Testing (Procédé du) **刑法** 差別行為立証調査 刑法によって処罰される差別行為の存在を立証するための技法。差別的言動の存在を証明することのみを目的として、ある者に対し、その者の提供する財物、行為、役務または契約のひとつを求めるとを内容とする。差別行為の証拠が得られた場合、差別行為罪はかかる文脈で実行されたものであっても成立する。▷刑法典225-3-1条」

実際、刑法典225-3-1条は、次のように規定する。

「第225-3-1条 本款に定める軽罪は、差別行為の存在を証明する目的で第225-2条記

は、労働法やEU法が規定する証明責任の転換は採用できないことを明らかにしたことを指摘している (p.2028)。

載の財、行為、サービス又は契約のいずれかを求めた1人又は複数の者に対して行われた場合にも、差別行為の証明がなされると、成立する。」

テストニングについては、フランスの独立行政機関（HALDE、権利擁護官の前身）の文献に、次の説明がある。

「差別テストとは、背後に隠された差別の存在を見つけ出すために、実施されるものである。比肩しうる状況の2グループの人々に対する取扱いの差異を比較することで、差別の存在をあぶりだし、社会学的研究の道具として、また、裁判上の証拠として利用される。差別テストが裁判上の証拠として初めて認められたのは、2002年6月11日の破毀院判決においてであった。これを法律の規定上も公認するために、機会の平等に関する2006年3月31日の法律（第2006-396号）によって、刑法典に第225-3-1条が挿入された⁶²⁾。」

b.破毀院刑事部2002年6月11日判決と刑法典改正

差別の証拠としてのテストニングで重要なのは、破毀院刑事部2002年6月11日判決（Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559 : Bull. crim. 2002, n° 131; Rev. sc. crim. 2002, p. 879, obs. J.-F. Renucci ; RTD civ. 2002, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fagès）が、テストニングを差別立証の方法として容認したことである。同事案の事実関係は、ディスコティックの入場許可に差別があるということを立証するため、人種差別反対団体であるSOSラシズムが、テストニング（Testing）を実施し、それによって、ディスコティックに有色人種差別があるとして、私訴権を行使した例である。第一審及び控訴審では、いずれも被告人は無罪とされたが、破毀院は、次の通り述べて、控訴院判決を破毀した。

「刑事訴訟法典427条⁶³⁾について、

62) Rapport annuel 2007, HALDE, p.73, <http://www.halde.fr/Tests-de-discrimination.html> 559

63) 「第427条 法律に別段の定めのある場合を除き、犯罪は、一切の証拠方法をもって証明することができる。裁判官は、自由な心証に従って判決する。

2 裁判官は、審理の過程において提出され、その面前で対審によって討議された証拠のみに基づいて判決しなければならない。」（法務大臣私法法制調査部編『フランス刑事訴訟法典』、法曹会、1999年の翻訳による）。

鑑みるに、刑事裁判官に対して、当事者により提出された証拠について、それが非合法又は不公正な方法 (de façon illicite ou déloyale) で得られたからと言って、採用できないと命じた法律の規定は存在しないのであり、刑事裁判官は、上記427条を適用するにあたり、対審的弁論に委ねた後、その証拠としての価値を評価することができる。

控訴院判決によれば、SOSラシズムの複数からなる構成員や協力者は、テストイングと呼ばれる一連の作業を実施した。そのために、関係者を、3つのグループに分け、第一のグループは、マグレブ出身の女性1名及び男性2名で、残り二つのグループは、ヨーロッパ系の女性1名及び男性2名で構成した。その上で、3グループは、ディスコティックの入り口に現れ、マグレブ出身グループは入場を拒絶された。この調査の後に、共和国検事が、当該施設の経営者であるZ氏、そして、ディスコティックの入り口担当者であるY氏とX氏に対し、刑事裁判所に、人種又は民族的理由によるサービスの拒否という刑事訴訟法典225-1条及び225-2条の規定する差別行為を行ったとして、公訴を提起した。そして、SOSラシズムの構成員は、私訴権者となった。ところが、一審の裁判所は、被告人に無罪判決を言い渡し、私訴権者の請求を棄却した。

鑑みるに、控訴院もまた、この一審判決を支持して、一審の判事に代わり、テストイングという手続は、非合法的であると述べ、また、その手続は透明性を全く欠いており、更に、『証拠探求に必要な公正原則を順守せず、被告人の防衛権及び公正な裁判に対する権利を侵害した』と述べた。

しかし、このように述べることによって、控訴院は、上記の刑事訴訟法典427条に違反し、また、それが示すところの原理も誤って捉えている。」

本破毀院判決は、テストイングにより得られた差別の証拠を刑事訴訟において利用できることを明らかにした。本判決には多くの評釈があるが、メストルとファジュによる民法雑誌 *Revue trimestrielle de droit civil* による評釈は、こ

なお、白取・前掲注(61)793頁は、「証拠収集手続は、公正なものでなければならない。これを公正原則 (le principe de loyauté) と言い、とくに証拠の収集手続に着目するときは、証拠収集における公正原則といわれることがある。」と指摘し、新しい捜査方法により得られた証拠の許容性について論じている。

の判決を差別禁止法理についての一連の流れの上にあるものとして評価している。それによれば、そもそも、契約相手方を選択する自由は、契約自由由来のものであるが、契約交渉当初の段階で、興味本位からあまりに多くの情報を求めることは許されず (RTD, civ., 2000.562), それ以上に、法律の規定する差別的理由に基づき、契約を拒絶することも許されない。この〔差別禁止〕法理は、近年、一層の重要事となっている。その具体例の一つは、1989年貸借借法の改正による差別禁止の導入である。そうした一連の流れの上に、本判決はある。これは、差別証拠の困難への対応である⁶⁴⁾。

ところが、刑事法雑誌 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* の評釈は、本判決について、刑事証拠における公正原則の退潮という最近の傾向に合致すると述べてつ、本判決の立場に疑問を呈するものであり、次のように述べる⁶⁵⁾。

「本判決により、破毀院は、最近の国内法における傾向である・刑事証拠の公正原則に基づく規制の退潮 (*déclin de la sanction relative à la loyauté de la preuve pénale*) に完全に調和している。…明白なこととして、フランス刑事訴訟手続は、公正義務を絶対化していない。…証拠管理における公正原則の後退 (*recul*) は、現実のものである。公正原則は、手続の有効性という原理の犠牲になった。……

〔しかし、〕刑事証拠において不法又は不公正に得られた証拠を認容することは、それが人種差別行為処罰という望ましい正義のためであるとしても、理論面において批判されるべきであり、また実際面において危険である。目的が手段を正当化するという考え方では、その濫用がありうる。火で遊ばない方がよいのであり、それは、とりわけ、個人の活動に関する事柄ではそうであり、また、地獄への道は善意で舗装されていることを忘れるべきではない。一般的に言えば、法治国家では、目的が手段を合法化するという原則を容認することは許されない。とりわけ証拠手続に関してはそうである。…破毀院の今回の判決の導く法理は、〔公正な裁判に関する〕欧州人権宣言の文言及び精神に反するのみならず、裁判の倫理性にも合致しない。

64) RTD civ. 2002, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fagès. «Le testing figure désormais à l'article 225-3-1 du Code pénal».

65) Rev. sc. crim. 2002, p. 879, obs. J.-F. Renucci.

裁判の倫理性は、アプリアリには賞賛すべき結果を得るためであっても、不公正な証拠を排除することを求める。[刑事訴訟法典427条の規定する]証拠の自由の原則は重要だとしても、それは、公正な裁判の保障としての公正原則を順守することなくしては、不可能である。]

もっとも、多くの議論は、差別立証のためのテストングを合法的なものとする。その理由は、証拠についての刑事訴訟法典427条が公正原則そのものが規定していないこと、差別立証には非常なる困難があることである⁶⁶⁾。

c.刑法典改正 (225-3-1条の追加)

その後、立法は、2006年のLoi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances 法45条により、刑法典225-3-1条としてテストングに関する規定を設けた。これにより、テストングの合法性を否定する議論は、実務的には、成立しなくなった。同法45条は、政府提出法律案の21条に規定されていたが、「21条は、テストングと呼ばれる『抜打ちテスト vérifications à l'improviste』の慣行を差別の証拠として合法化するものである。」とその趣旨説明は述べている⁶⁷⁾。

この改正法案について、元老院での委員会報告者は、次のように述べている。

「テストングは、イギリスにおいて60年代に考案され、ドイツ、ベルギー及びイタリアでは10年以上前から行われていたが、フランスでは、2000年になって始めて、SOSラシズムによって、実施された。このテストングが差別の存在を明らかにしたところ、破毀院は、この方法で収集された差別の証拠は、法律上有効なものであることを認めた。

破毀院判決の以上の立場は、破毀院刑事部が、証拠法について積み重ねてきた判例と軌を一にするものであり、それによれば、『刑事裁判官は、それが不公正な方法で収集されたという理由だけで、個人により収集された証拠を排除できない』というものである。

66) Jérôme Lasserre Capdeville, *supra* (note 61), n° 117.

67) https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=1BF3D84467EFC7A B47F36C0269A11C92.tpdila09v_2?idDocument=JORFDOLE000017758538&type=exp ose&typeLoi=&legislature=

本条文の案は、この判例を刑法典に、新225-3-1条として、移しかえるものである。…この判例の刑法典への移行は、大きな変更をもたらすものではない。

しかし、これは、証拠収集について人々の関心を集める効果を有する。まず、裁判所においては、差別に関する裁判例は少ないのであり〔その点で有効であろう〕、また、この問題をアピールしている諸団体についても意味がある。…本委員会は、元老院が本案を修正なく採択することを提案する。⁶⁸⁾」

テストニングの憲法上の論点もありうるところである。テストニングを立法化した2006年のLoi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances 法について、法律として成立する前に憲法院判決があるが (Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006)、そこでは刑法典改正は問題になっていない。

その後、2015年に、同規定について、QPC(事後的違憲審査)の申立てがあった。もっとも、破毀院は、その申立てについて、憲法院への移送を行わなかった (Cour de cassation, chambre criminelle, 4 février 2015, n° de pourvoi: 14-90048, Bulletin criminel 2015, n° 26)。その理由は、この申立ては、重大性を欠くし、そもそも「この規定は、防衛権及び公正な裁判への権利の侵害とはならないこと」である⁶⁹⁾。

現在は、SOSラシズムのような民間団体のみならず、差別防止機構⁷⁰⁾や権利擁護官といった独立行政機関も、テストニングを実施している(後述)。

オ. 賃借人情報の制限

差別禁止法理を実質化するために、1989年賃貸借法は、2002年改正以後、賃借人・不動産業者が契約前に賃借人から入手する書類について制限している(⇒

68) Rapport n° 210 (2005-2006) de M. Alain GOURNAC, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 22 février 2006 (<http://www.senat.fr/rap/105-210/105-21043.html#toc184>).

69) Cloé Fonteix, «La preuve par testing ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux», (<http://www.dalloz-actualite.fr/printpdf/flash/preuve-par-testing-ne-porte-pas-atteinte-aux-droits-fondamentaux>)

70) Frédéric Burnier, Brigitte Pesquié, « Test de discrimination et preuve pénale », in, Horizons stratégiques 2007/3 n° 5, La Documentation française, p. 60.

(ア))。その後の改正は、書類制限を強化している(⇒(イ))。もっとも、この書類制限は、しばしば順守されていない(⇒(ウ))。

(ア) 2002年改正での賃借人情報書類制限導入

現在、1989年賃貸借法は、差別行為について禁止するのみならず、契約前の段階において、賃貸人が賃借人に要求しうる書類の制限を規定している⁷¹⁾。これを手掛かりに、賃借契約では「すべてを言わないでよい権利・すべてを知ってはならない義務(droit de ne pas tout dire et devoir de ne pas tout savoir)」があると指摘する論者もある⁷²⁾。

2002年1月17日の社会現代化法(Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002)は、この趣旨の規定の最初であり、第22-2条として、次の条文を1989年賃貸借法に付け加えた。

第22-2条原始規定「賃貸借契約の締結に先だて、賃貸人は、賃貸借の希望者に対して以下の書類の提示を要求することができない。

- 一 身元証明用写真
- 一 社会保険加入者証
- 一 銀行口座又は郵便口座取引証明書の写し
- 一 銀行口座又は郵便口座の良好な維持の証明書」

本規定の導入時には、この規定について違憲申立てがなされた。違憲申立ての理由は、この規定の内容が曖昧であることであった。というのも、「28 … 違憲申立てをなした上院議員たちによれば、この規定の内容は不明確であるというのである。その理由は、本規定の反対解釈をすると、〔原本の提示を禁止する身分証明書写真等の……小柳注〕3つの場合では、賃貸人はコピーの提示を求めることができ、〔コピー(写し)提示を禁止する銀行口座証明書の場合

71) Béatrice Balivet, supra (note 1), n° 47, Béatrice Vial-Pedroletti, supra (note 1), n° 6, Jacques Lafond, supra (note 1), n° 60, Jacques Lafond et Béatrice Vial-Pedroletti, supra (note 1), n° 342.

72) Les tests de discrimination: pratiques et perspectives, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 (<https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/les-tests-de-discrimination-pratiques-et-perspectives-actes-du-colloque-du-11-decembre-2009>).

では……小柳注] 賃貸人は原本提示を求めることができることになるからである。

これに対して、憲法院は、きわめて簡単に、「29. 鑑みるに、立法者は、憲法34条が自らに与えた権限を逸脱したものでは決してない、また、本法律97, 98, 106, 119及び162条は、その立法権限の範囲にある。30. 鑑みるに、ここで述べたことから、〔問題になっている〕法律が明確さや理解可能性を欠いているという理由の違憲申立ては斥けなければならない。」と述べて、本規定は合憲であると判示した。

この憲法院判断の根拠は、違憲申立てについての政府意見書であった。政府意見書は、22-2条による賃貸人情報書類制限について、次のように述べた⁷³⁾。

「XVII - 162条について

A) 問題になっている法律162条は、1989年賃貸借法に、禁止書類のリストに関する規定を挿入し、これらの禁止書類は、賃貸人が賃貸借契約を締結するに際して要求してはならず、賃貸借に関する約束に先立ち、また、賃借人が当該住宅についての賃貸借の保証人を得る前に、賃貸人がそうした書類を要求することを禁止することを目的としている。

その理由は、賃借人がその将来の義務履行ができる能力を有することについての保障を賃貸人が求めること自体は正当なことであるように見えるが、しかし、立法者が求めていることは、賃貸人による賃借人評価は、賃借候補者の支払能力評価のために厳密に必要な書類にのみ基づいてなされるべきこと、書類要求が他の目的とりわけ差別の目的に使われないことである。更に、この新規定は、住宅希望者の私生活の尊重を目的としているが、〔賃貸人の〕契約するか否かの自由を侵害するものではない (sans porter atteinte à la liberté de contracter.)。

違憲申立てをなした上院議員によれば、この規定は、精密な定義も限定もなく、自由を制限するものであり、銀行口座証明書にはコピーの文言が使われ、また、社会保険証書にはコピーの文言がないなど不明確であるという。

73) <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2002/2001-455-dc/observations-du-gouvernement.101022.html>.

B) この違憲申立ては根拠がない。

確かに、法律には、『銀行口座又は郵便口座取引証明書のコピー』の文言があるが、これは、実際の慣例に従ったものであり、この規定によっても、賃借希望者は、原本提出を拒否できる。法律の目的を考えれば、いっそう有力な理由をもって、銀行口座取引証明書の原本提出を賃貸人が要求できないと立法者が考えていたことは明らかである。また、同様に、きわめて明らかなことは、〔当該規定が、社会保険証書原本提出を禁止しているが、コピー提出禁止は規定されていないからといって……小柳注〕賃貸人が、社会保険証書のコピーの提出を求めることができる旨の解釈は許されないことである。〕

もっとも、22-2条追加時点での法文には、少なくとも以下の4点の問題があった。第1は、先に述べたように、原本要求禁止とコピー要求禁止の文言が十分整理されていないことである。この点は、政府意見書のように、当然解釈により補うこととされた。第2は、賃貸人からの要求は禁止されたが、不動産の媒介・仲介を行う業者が以上の書類を要求することは許されるか？が明らかでないことである。この点については、業者もまた同様に要求することができないことと解釈された。

第3は、「身元証明用写真 (photographies d'identité)」要求の禁止と、パスポート (passeport) や身分証明カード (carte d'identité, 日本のマイナンバーカード類似のもの) のような写真付き身分証明書類との関係である。表面的な解釈としては、賃貸人は身元証明書類としてのパスポートや身分証明カードのコピー等を要求することができないようにも考えられるが、フランスの研究者は、次のように述べた⁷⁴⁾。

「そのような解釈は、法文を馬鹿げた内容にするものであり、我々は採用することができない (Cette interprétation, qui pousse le texte à l'absurde, ne nous paraît pas devoir être retenue.)。我々の解釈によれば、賃貸人は、賃借人に対して、自分が誰であるかの身分証明書を求めることができるし、またしなければならない。自

74) Jacques Lafond, « Peut-on choisir son locataire ? », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 47, 22 novembre 2002, 1638, n° 25.

分が誰であるかの身分証明は、通常、身分証明カードかパスポートによってなされる。これらの書類は、新22-2条が禁止書類として身分証明用写真を規定することとは関係がない。〔賃貸人がパスポート等を要求する場合……小柳注〕、要求しているのは、写真ではなく、身分証明書類そのものであり、そこに写真があるだけである。ただ、写真と媒体であるパスポート等は分離不可能なだけである。〕

なお、この時点では、賃貸人は、給与支払票や雇用契約（期限付きか否か）等の書類を求めることができた。

第4は、禁止規定にもかかわらず、賃貸人が禁止書類を要求した場合の制裁である。書類要求禁止の場合の制裁について規定は沈黙していた。これについて、賃借人は、損害賠償を請求できるであろうという解釈が提案されていた⁷⁵⁾。

(イ) 2017年の賃借人情報制限

この規定は、その後、現在債務を負っていない旨の証明などを付け加える形で項目を増やし、リストが長いものになり、また、制裁も明記するようになった。最新の改正である2014年改正（Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, ALUR法第6条による改正）後の条文は次のとおりであり、賃貸人禁止書類のリストを国務院が定めるデクレに委ねている。

第22-2条（現行規定）「賃貸借契約の締結に先だって、賃貸人が賃借希望者又はその保証人に対して要求することができる書類の種類は、国務院が全国協議会の意見を聴いて定めるデクレにより定める。

賃貸借契約締結に先立って、賃貸人は、賃借希望者の尊属又は卑属の共同署名を要求することができない。

本規定の違反の場合には、県における国の代表者〔県知事のこと……小柳注〕による行政罰金が課される。その金額は、個人〔賃貸人〕については3000ユーロを超えることがなく、法人〔賃貸人〕については1万5000ユーロを超えることがない。

行政罰金の金額は、明らかになった事実に比例して定める。

75) Jacques Lafond, *supra* (note74), n° 27.

行政罰金の言渡しは、事実の確認後1年を経過すれば、なすことができない。

行政罰金の言渡しがなされるのは、関係者が一定期間の間にその意見を申し述べる機会があることについて情報の提供を受けた後でなければならない。」

22-2条が導入された時点での4つの問題(①原本とコピー、②賃貸人と業者、③身分証明カードの写真、④制裁)は、どうなったか？

第1のコピー文言を用いた書類とそうでない書類の区別であるが、そもそも、現在の22-2条は、賃貸人は一定の書類のみを要求できると規定し、禁止規定リスト方式ではなく、許可書類リスト方式を採用した。リストにある書類のみ要求できないという方式から、リストにある一定の書類のみを要求できるとする方式に転換したことになる。許可書類リストの具体的あり方は、国務院デクレに委ねている。また、具体を定める2015年1437号国務院デクレ(Décret n° 2015-1437 du 5 novembre 2015 fixant la liste des pièces justificatives pouvant être demandées au candidat à la location et à sa caution) 第1条Ⅲは、原本及びコピーにこの規定が適用される旨を明らかにしている。

第2に、賃貸人のみならず、不動産業者にもこの規定が適用されるかの問題であるが、これは、依然として、賃貸人への禁止規定とのみ規定されているが、不動産業者にも適用されるとの解釈が指摘されている⁷⁶⁾。

第3の身分証明書類の扱いであるが、現在は、賃貸人が賃借人の身分証明のため写真付きパスポート等を要求できることが明らかである。というのも、デクレ別表1は、許可書類として、「現在有効な身分証明書類であって写真及び署名を有するもの (une pièce justificative d'identité en cours de validité, comportant la photographie et la signature du titulaire)」として、身分証明カード、パスポート、フランスおよび外国の運転免許証、滞在カードを明文で列挙し、また、それに限定している。2015年1437号国務院デクレは、それ以外に許可書類として、住所証明書類 (une seule pièce justificative de domicile) —— その具体例は、3か月分の賃料支払証明等として限定列挙——、職業証明書類 (un ou plusieurs documents attestant des activités professionnelles) ——そ

76) Lafond, supra (note 1), n° 61.

の具体例は労働または見習いの契約書などとして限定列举——及び収入証明書類 (un ou plusieurs documents attestant des ressources) ——その具体例は、最新の又は最新の前の課税通知として限定列举——をあげている。このリストは、限定列举であり、賃貸人及び業者はリストにない書類を要求することは許されない。

第4のリスト違反の場合の制裁については、2014年ALUR法による改正により、個人賃貸人については、3000ユーロ以下等の行政罰金 (amende administrative) の制度が設けられた⁷⁷⁾。行政罰金とは、「行政機関が科す罰金のことであり刑事罰とは別個のもの」である⁷⁸⁾。

以上の規定の結果、例えば、賃貸人が賃借人に対して、銀行口座証明書等を要求することや前の賃貸人から当該賃借候補者は賃料不払を行っていない旨の証明書を要求することは許されない。また、賃借人の健康状態に関する書類を要求することも許されない⁷⁹⁾。

(ウ) 賃借人情報制限の問題

以上の賃借人情報制限は、強化されているものの、順守されていないという指摘がある (a.)。その理由の一つとして、仲介業者が、適切な賃借人を選別しない場合には、仲介行為について賃貸人から賠償請求を受ける、とりわけ賃借人の賃料不払について、十分な調査を行わなかったという理由で賃貸人から賠償請求されることがある (b.)。

a.情報制限規定不順守

77) Béatrice Vial-Pedroletti, « Baux d'habitation : pièces justificatives pouvant être demandées au candidat à la location et à sa caution », *Loyers et Copropriété* n° 1, Janvier 2016, alerte 1, n° 3.

78) 大澤彩「不当条項規制と制裁に関する覚書」名古屋大学法政論集270号(2017年)183頁。フランス法では、類似の行政罰金を科す制度として、2014年の消費保護法典改正によって設けられた・濫用行為リスト違反行為に対する行政罰金がある。これにより、フランス消費法典では不当条項規制の効果として、「書かれざるものとみなす」という民事的制裁、適格消費者団体による差止請求に加え、行政的制裁が設けられた。

79) Lafond, *supra* (note 1), n° 62.

以上の賃借人情報制限規定は、必ずしも順守されていない。フランスの研究者は、次のように述べている⁸⁰⁾。

「賃借候補者は、賃貸人が法律上要求することが許されないはずの書類について、提出を要求されることがある。UFJ-Que choisirが2011年にこの点に関して調査を行い、重要な事実を明らかにしている。調査対象の不動産仲介業者によれば、その62%が、法律が禁止している書類を要求している。そして、賃借候補者は、その要求を受け容れている。賃借候補者は、契約自由——それゆえ賃貸人が賃借人を選ぶ自由——が優越すること、とりわけ賃借候補者が住宅供給に比べ多い『困難地域(zones tendues)⁸¹⁾』でそうであることを知っているからである。賃借候補者は、『禁止されている』書類を提出している。具体的には、離婚判決(2016年迄はフランスは双方同意離婚であっても裁判官が離婚判決を言い渡した……小柳注)、現在ローンを抱えていない旨の証明書、身分用写真(photographie d'identité)である。もっとも、特に最後のものは、差別行為という違法行為に該当するのではという疑いが生ずる。」

この指摘は、単なる個人的意見ではないようである。フランス国民議会でも「ALUR法による22-2条改正から1年が経過したが、賃借人が提供する書類を過剰なほどに制限するこの規定は、賃貸人によっても、また、業者によっても順守されていないことが明らかである。」との質問が2015年5月12日にあった(Assemblée nationale, Question écrite, n° 79463)。これに対する政府答弁は、2014年改正が、行政罰金制度を導入したこと、欺罔の商慣行を処罰する消費法典L121-6条等に該当する場合、オゲ法9条II 17°(消費法典違反行為処罰規定)

80) Eva Menduïña Gordón, « Le principe de liberté contractuelle, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé ? », in, La Revue des droits de l'homme, 9-2016, n° 8 (<https://revdh.revues.org/2057>).

81) 同論文では、注10で「困難地域zones tendues」は、経済学者及び人口学者が賃貸借物件の需要に比べて供給が不足しているゾーンを示すために使う用語としている。なお、2014年に制定されたALUR法(Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, 「住居を持つ権利と新しい都市計画に関する法律」)は、5万人以上の連続した人口を有する28の都市圏を困難地域として、賃料規制可能とするなどの措置を講じている(<http://www.la-loi-alur.org/zone-tendue/>)。

により、不動産業営業資格喪失の処罰を受けることがありうることなどを指摘している⁸²⁾。

b.不動産業者の責任

賃貸人及び不動産業者にとって、賃借候補者が賃料支払等の義務を誠実に履行できるか否かは、重要である。とりわけ、フランスでは、賃料不払を理由として賃貸借契約を解除して、賃借人に明渡を命ずる判決が確定したとしても、40%近い割合でその判決が執行されない⁸³⁾。このため、賃貸人及び不動産業者は、賃借人の賃料支払能力に大きな関心を持っている。

2007年7月12日の破毀院民事第3部判決(Actualité juridique droit immobilier, 2007, p.860)は、不動産業者は、委任を受けて賃借人を探索する義務を負っているが、その義務は、結果債務ではないものの、しかし適切な注意を欠いたために賃料不払をなす賃借人を紹介した場合には、賃貸人に対して損害賠償の義務を負うとした。当該事案では、賃借人が別の賃貸住宅で数度にわたり賃料不払で契約を解除されたことを業者が知っていながらこの賃借人を紹介し、結果としてこの賃借人が賃料不払をなした。この仲介業者について、注意義務を欠いていたとして2,000ユーロの損害賠償をなすべきことを裁判所は命じた。これについての評釈は、不動産業者は差別禁止法理の遵守義務を負うと同時に賃借人の支払能力について調査義務を負うことになり、二つの要請を同時に満たすのは容易ではないとして、「不動産業者が、以前に経済的困難に陥ったことがあると知っている賃借人からの賃借申込みをうけたときに、どのように対応したら良いであろうか。申込を拒絶すれば差別禁止法理による制裁を受けるおそれがあるが、申込を承諾すると賃借人に関して賠償責任を負う

82) 禁止書類規定の不遵守について、興味深い例は、後述のHALDEの差別判断例である。

83) 拙稿「フランス法における強制退去(明渡し)——賃料不払い・空家不法占拠と警察上援助拒絶」獨協法学84号(2011年)386頁。民事執行法典(Code des procédures civiles d'exécution)L.153-1条は、「国は、判決その他執行名義の執行に協力する義務を負う。国による援助の拒絶(Le refus de l'Etat de prêter son concours)は、損害賠償の権利を生じさせる。」と規定する。

おそれがある。いずれを選択すべきか？」と不動産業者の抱える困難を指摘している⁸⁴⁾。

(2) 差別禁止に関する裁判例

フランスにおいては、社会的には、相当例の賃貸借入居差別があると指摘されているが、それが法的紛争にまで至る例は少ない。後述の権利擁護官(Défenseur des droits)は、差別とたたかうこともその任務の一つとしてい

84) Véronique Durand, Mandat de recherche d'un locataire et obligation de prudence, Actualité juridique droit immobilier, 2007, p.793. 近時でも、破毀院2016年11月16日判決(n°15-23.970)は、同様に、不動産業者の賃貸人に対する賠償義務がありうることを述べているが、その際、次のように1989年賃貸借法22-2条に言及していることも注目される。「鑑みるに、不動産業者は、賃貸借業者として、その任務の如何にかかわらず、賃借候補者の賃料支払能力があることを、真剣な精査により、——ただし、2002年1月17日法律の改正による1989年賃貸借法22-2条が規定する制限の範囲内において——、確認しなければならない。

鑑みるに、控訴院判決によれば、賃借人募集の権限を付与されたGH社の媒介により、2006年1月1日に締結された居住用賃貸借契約について、2009年1月1日から不払の状況に陥り、賃借人は賃借権限を失い、権利も権原もない存在になったが、その不動産を2011年5月13日まで占拠し続け、しかも、不法占有についての損害賠償を支払うことはなかったのである。賃貸人であるX社は、HR社を承継したSN社に対して、損害賠償支払を求めて訴えを提起し、その理由として、賃貸借契約締結の日において、賃借人の支払可能性について精査をしていないと主張した。

鑑みるに、控訴院判決は、不動産業者の責任を認めなかったが、その理由として、当該業者は、賃貸管理の権限を与えられていないのであるから、賃借人が実際に賃料支払能力があるか否かについて真剣な精査をする義務はないと述べている。

鑑みるに、控訴院は、この判決を言い渡すことで、上記の法文に違反した。」

以上の、破毀院判決によれば、不動産業者は、賃借候補者の賃料支払能力について、真剣な精査を行う義務があり、もしも、これに問題があるようであれば、賃借申込みを拒絶しなければ、逆に、賃貸人から損害賠償責任を負わされる。もっとも、賃料支払能力の調査は、1989年賃貸借法22-2条に違反することなく、行われなければならない。

るが、それでも、差別禁止法理に関する事例は多くない。ここでは、差別が問題とされたが否定された裁判例（⇒「ア.」）に続けて、差別行為の存在が肯定された裁判例を検討する（⇒「イ.」）。

ア. 差別を否定した裁判例

(ア) モンペリエ控訴院2007年11月27日判決

モンペリエ控訴院2007年11月27日判決（CA Montpellier, 27 nov. 2007, n° 07/01282 : JurisData n° 2007-353816）は、賃貸差別を否定した例であり、複数の文献が論じている。

表2 判決の事実概要

2005年5月	家主ロジェ氏がアパートマン賃借人募集を新聞広告 エリクス氏は、アルシモビリエ社を通じ、ロジェ氏と接触 この間、エリクス氏は、アパートマンに入居可能と信じ、自己のアパートマン解約、子供転校手続
2005年7月	ロジェ氏は、エリクス氏が4人の子供がいて、子供の氏が母と違うことなどを理由に賃貸拒否へ立場を変える。
2005年7月21日	アルシモビリエ社は、ロジェ氏との電話でのやり取りから、ロジェ氏が意見を変えたとの書類を作成
2005年8月1日	バドワ氏（有色人種）がアパートマン入居
2006年5月16日	賃借希望者エリクス氏がロジェ氏を提訴
2007年1月8日	カルカソンヌ大審裁判所は、原告請求を棄却
2007年11月27日	モンペリエ控訴院は、控訴棄却

事実の概要は、次のようなものである。ロジェ（Roger）氏は、カルカソンヌ（Carcassonne）にアパートマンを所有していた。それが空室になったため、2005年5月に、新聞紙上に賃借人募集の広告を掲載した。そして、2005年8月1日にバドワ（Badois）氏とアパートマン賃貸契約を締結した。ところが、2006年5月16日に、エリクス（Airix、女性であり、子供を有する）氏は、ロジェ氏に対して、賃貸差別を行ったとして、6000ユーロ（1ユーロを130円で換算すると、約78万円）を民法典1382条及び1989年賃貸借法に基づき、損害賠償と

して、また、800ユーロを民事訴訟法典700条に基づく訴訟費用として請求する訴訟をカルカソヌ大審裁判所に提起した。

原告のエリクス氏の主張によれば、ロジェ氏は、不動産業者であるアルシモビリエ (Arch'immobilier) 社を通じて、当該アパートマンと2005年8月1日から賃借することを約束した。エリクス氏は、アパートマンに入居可能と信じ、自己のアパートマン解約申入れを行い、子供の転校手続きを進めた。しかし、2005年7月頃から、ロジェ氏は、エリクス氏が4人の子供がいて、子供の氏が母と違うことなどを理由に賃貸拒否へ立場を変え、差別的理由により賃貸を拒絶した。それ故に、損害賠償の支払義務がある。

これに対して、被告のロジェ氏の主張は、次のとおりである。そもそも、ロジェ氏は、アルシモビリエに賃借人募集権限を与えたことはなく、自分単独で賃借人を募集し、バドワ氏と契約を締結した。ロジェ氏は、アルシモビリエ社から、書類を受領したことはなく、それ故、そもそも、賃借人差別を行うこと自体が不可能である。そして、ロジェ氏自身が賃貸したバドワ氏は、有色人種であり、そのことから自分は差別を行っていないことが明らかである。

2007年1月8日に、カルカソヌ大審裁判所は、原告エリクス氏の請求をすべて退ける判決を言い渡した。このため、エリクス氏は、モンペリエ控訴院に控訴したが、控訴院も、2007年11月27日判決で次の理由でエリクス氏の控訴を斥けた。

控訴院判決は、1989年法1条によれば、「住宅の賃貸借を拒否された者が、直接または間接の差別の存在を推定させる事実上の諸要素を提示する。」ことが必要であることをまず述べる。そして、アルシモビリエ社の2005年7月1日付書類は、ロジェ氏が、賃貸拒絶傾向にあることを伝えるが、しかし、被告ロジェ氏が原告エリクス氏に賃貸の約束をしたこと (le propriétaire s'était engagé à louer à la demanderesse), —それは、原告に対する差別行為があったことを〔裁判所が〕検討することの不可欠の前提となる (un préalable indispensable à la recherche d'une éventuelle discrimination) こと——を証明していない。アルシモビリエ社が、ロジェ氏の銀行口座証明書 (RIB) を所持するからといって、アルシモビリエ社が賃借人募集の授權を得たことにはなら

ない。不動産業者に関するオゲ法 (loi Hoguet) によれば、不動産業者が、授権なく介入することは違法行為である。なお、アルシモビリエ社の代表であるサリ氏が、2005年7月21日付アルシモビリエ社の書類 (先述の7月1日付とは別のもの) で、ロジェ氏と自社従業員コランフランクとの電話での会話がロジェ氏の差別的傾向に対応している旨を陳述しているが、「ここで示された差別の唯一の要素は、間接的な性格のものであり、〔差別の存在を推定させる〕事実上の要素に該当しないし、特に委任のない業者の発言ではそうである。しかも、この業者は、エリクス氏から、オゲ法違反の手数料を受領しているのである。」

以上の判決を見ると、ロジェ氏は、仲介業者であるアルシモビリエ社から書類は受け取っていないものの、電話でのやり取りをしたことは事実の様であり、そのやり取りのうちに、賃借候補者であるエリクス氏に難色を示したが、しかし、アルシモビリエ社は、賃借仲介可能であると考えて、所有者ロジェ氏からの仲介業務依頼がないにも関わらず、賃借候補者であるエリクス氏から手数料相当の金額を受領したようである。本件訴訟では、アルシモビリエ社は、賃借候補者側に有利な証言をし、賃貸借成立が不可能になったのは、家主であるロジェ氏の差別行為によると述べているが、それは、以上の事情と関連する。

本判決について、先に引用した (注54) バリヴェ准教授の論文は、「ある不動産業者——この不動産業者に賃貸人は媒介を依頼していなかった——が作成した書類が、ある賃貸拒絶行為について、賃借人の家族状況と関連していたと述べたとしても、裁判所は、それだけでは不十分であるとした」例と述べている。当該不動産業者が、賃貸仲介権限を有していなかったことが、差別立証に不利に働いたようである。

もっとも、次のような本判決の枠組み——「賃貸する約束」がなければ、差別問題を検討できないとする枠組み——に対する批判がある。これは、ゴルドン准教授 (パリ・ナンテール大学) によってなされている。

「具体的に考えて、この《賃貸する約束 (engagement à louer)》とは、どのようなものか? もちろん、種々のものを考えることができるが、賃貸人による一方的予約か、それとも交渉段階か? 賃借予約か? (s'agit-il d'un engagement unilatéral du bailleur ? De pourparlers ? D'une promesse de bail ?)。

《賃貸する約束 (engagement à louer)》という文言を見ると、裁判官が賃貸人の片務的約束では、《賃貸する約束 (engagement à louer)》にはならないと考えていることは明らかである。意思の片務的約束は、義務の原因にならず、それ故、賃貸人だけの一方的な意思だけでは賃貸人が義務を負うことはない。また、交渉段階では《賃貸する約束 (engagement à louer)》になることはめったにないであろう。アルベルビル大審裁判所2006年1月30日判決は、明確なかたちで、差別が問題にならないとしたのは、賃貸人とその賃借候補者が、交渉段階であったからである (le bailleur et les candidats à la location étaient dans la phase de pourparlers)。とすると、残るのは、《賃貸する約束 (engagement à louer)》要件の意味するところは、差別被害者が、賃貸借予約があったことを証明することまで裁判官が求めているかである。……

この有名な《賃貸する約束 (engagement à louer)》が裁判官によって必要だとされるとすれば、賃借差別の犠牲者は、一方では、賃貸人による賃貸により住宅入手ができなかったこと、他方では、賃借人は賃貸借の予約があったことを証明しなければならぬ。⁸⁵⁾

ゴルドン教授は、裁判所が《賃貸する約束 (engagement à louer)》の存在を要求する場合があるのは、裁判所が、賃貸人による契約相手方選択の自由を重視しているためであると論じている。この指摘は、契約成立に至るどの段階で賃貸借差別があったかを検討すべきことを明らかにする点で意義深い。そして、ゴルドン准教授が指摘するように、差別かどうかを検討するには「賃貸する約束」が必要だとする裁判例は、適切でなく、交渉段階こそ差別を問題にすべきところである。

日本でも、フランスでも、契約交渉の一方的破棄の場合には、損害賠償の制裁が認められるときがある⁸⁶⁾。そして、日本の賃貸差別裁判例では、契約交渉の一方的破棄が問題になっている。内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第3版〕』は、

85) gordon, supra (note 80), n° 17.

86) 池田清治『契約交渉の破棄とその責任』(有斐閣, 1997年) 9頁, 山城一馬『契約締結過程における正当な信頼—契約形成論の研究』(有斐閣, 2014年) 199, 277頁。

「契約交渉過程であっても、相手に契約の成立に対する強い信頼を与え、その結果相手が費用の支出等を行った場合には、その信頼を裏切った当事者は相手方が被った実損害（信頼利益と呼ばれる）を賠償する義務を負うという法原則が確立した」と述べている⁸⁷⁾。差別事例に関する限り、相手方は、「契約の成立に対する強い信頼」が成立したとまでは言えない場合であっても、少なくとも差別的理由により契約を拒絶されないという信頼を有するから、これが裏切られた場合、損害賠償が成立しうると考えることができる。

フランスでも日本と同様に、差別的理由に基づく契約交渉の一方的破棄でも損害賠償が成立しうる。後述の破毀院刑事部2005年6月7日判決に至る事件は、契約交渉段階であっても、初期の段階である。

もっとも、本件のように、賃貸仲介の権限を有しない業者からの問い合わせを以て、契約交渉段階と評価できるかの問題も残っているから、本件における差別否定の判断にも一理ある。

(イ) 破毀院2003年3月19日判決

破毀院2003年3月19日判決（Cour de cassation, chambre civile 3, 19 mars 2003, n° de pourvoi: 01-03730, Bulletin 2003 III N° 65 p. 59, Loyers et copr. 2003, comm. 216 ; D. 2004, somm. p. 837）は、賃貸保証に関する判決である。EU市民ではない賃借希望者について、賃貸人が追加的保証人を要求したところ、賃借希望者がこれは差別に該当すると論じたが、破毀院は差別の存在を否定した。もっとも、これは端的に、賃借人の募集が問題になったというのではない。既に当該賃貸人（l'Union de gestion immobilière de participation (l'UGIPAR)）の有するアパートマンを1994年以来賃借していた者が、1998年に新たに面積の広い部屋を希望したところ、賃貸人が、当該賃借人がEU市民ではないことを理由として、追加的保証人を要求した。これに対して、当該賃借人は、賃料及び諸費用の支払を停止し、賃貸人は差別を行ったと主張した。賃貸人は、賃料不払について、契約解除確認及び明渡しを請求する訴訟を提起したところ、ヴェルサイユ控訴院2000年12月15日判決が、それを認容したため、

87) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会、2011年）24頁。

賃借人が破毀院に破毀申立てをした。

破毀申立ての理由として、賃借人は、以下の2点を主張した。第1に、住宅への権利が基本権であること及び本件保証人要求が刑法典235-1条の規定する差別行為に該当することである。「EU市民でない者についてだけ、契約締結前に保証人を要求することにより、賃貸人であるUGIPARは、差別的かつ不法な態度をとった。しかるに、控訴院は、EU市民でない者についてだけ、契約締結前に保証人を要求することを差別と認めることを拒絶した」。これは、1989年賃貸借法1条、ヨーロッパ人権宣言8条等に違反した。第2に、民法典1728、1131、1146及び1147条によれば、如上の賃貸人に対しては、賃借人は、賃料及び諸費用の不払をなす権利を有するところ、控訴院は、この場合の賃料支払拒否をありふれた賃料不払と同視し、賃貸借契約の解除が成立したと判断したが、そもそも控訴院は、この場合に賃料支払拒絶が可能であるか否かについて詳細に審理すべきであった。

これに対して、破毀院判決は、次のように述べた。

「しかし、鑑みるに、賃貸人が賃借人の賃料不払の際のリスクに対応した賃料保証を求めることは、不正常的なことではないのであり、また、国際法の観点から言えば、EU市民でない者に対するのに比べて、非EU市民に対しては、権利実現は困難の度合いが増しているのである。また、賃借人は、自分が特定の人種グループに帰属することだけを理由として保証人を要求されたことを明らかにしているわけではないのであるから、以上の状況では、賃料保証を求めることを差別と評価することはできない。」

以上の破毀院判決は、一定の合理的理由があれば、区別的取扱いを差別に該当しないとすものである。本件は、賃料不払をしている賃借人が、契約解除をまぬかれるためにした主張に対応するものであり、典型的な入居差別の例とは事情を異にしている。とはいえ、破毀院は、賃借人の事情に応じた区別的取扱いを以て、差別に該当しないと判断した⁸⁸⁾。

88) なお、これについて、その後の1989年法改正に関連した問題が登場している。というも、2006年ENL法による1989年法22-1条3項は、賃貸人が賃料保証を要求する場合には、「賃貸人は、保証人がフランス国籍を有しない又はフランスのヨーロッ

イ. 差別を肯定した裁判例

以下では、差別を肯定した裁判例として、賃借人入居後に家主が賃借人を追い出した例 (⇒ア)、賃借候補者が、有色人種的な名前であることを理由に、家主及び不動産業者が賃貸を拒絶した例 (⇒イ) 及びウ) を検討する。

(ア) トゥールーズ控訴院2009年4月2日判決

トゥールーズ控訴院2009年4月2日判決(CA Toulouse, 2 avr. 2009:JurisData n° 2009-376378;Loyers et copr. 2009, comm. 146, obs. B. Vial-Pedroletti) は、刑事事件の判決である。同判決の事実の概要は、次のようなものであった。

差別被害者であるルジェ (Leger) 氏は、アパートマンを探していたところ、トルナヴァッカ (Tornavacca) 氏所有のアパートマンを月当たり590ユーロ (1ユーロ130円とすると、約7万8,000円) で賃借することを考えた。そして、アパートマン現地を訪問し、その後、ルジェ氏は、賃貸人に対してFSL (Fonds de solidarité pour le logement, 住宅連帯基金⁸⁹⁾) の書類を渡し、2007年8月7日には、引越しも行われた。8月8日及び9日に、賃貸人は、賃借人の携帯電話に架電し、9日午後2時に、賃借人の居住するアパートマンでの面談を求め、特に保険に関する書類の用件がある旨を伝えた。ところが、9日の面談の際に、賃貸人は、賃借人に対して、これ以上アパートマンの賃貸を継続するつもりはないこと、その理由として、賃借人の銀行口座がマイナスであること及び賃借人の子供の一人が少年保護施設 (MDE, maison d'enfants) に入所中であることを伝えた。この発言については、後に、賃貸人は、警察に対し、以上の発言内容は、正確であるが、情報の出所については明らかにしたくない旨を述べて

パ内領土に居住しないという理由だけでは、その保証人を拒絶できない。」と規定した。この改正は、フランスの海外領土、例えばニューカレドニアに居住する両親の子供がパリの大学で学生生活を送る際に賃借物件を探そうとして、両親が保証人となることを目的としている。しかし、この改正によると、フランス国籍を有さないカザフスタン人の保証人を拒絶できないことになりかねず、その場合には、實際上、保証契約は、紙くず (chiffon de papier) に等しいという批判もある (Lafond et Vial-Pedroletti, supra (note 1), n°667)。

89) 住宅連帯基金 (Fonds de solidarité pour le logement) は、個人や家庭に対して安定的に住居に関する費用を直接援助する基金である。

いる。《自分は、少年保護施設に子供がいるような人にはアパートマンを賃貸したくないし、それは、差別に該当しない》というのが賃貸人の言い分である。これは、刑事事件になったが、被害者の賃借人ルジェ氏は、私訴権者となり、原理原則の問題であること、急遽転居をするなど数々の不便・不利益を被ったことなどを述べた。

第1審判決で裁判所は、250ユーロの罰金（執行猶予付き）を言い渡した。その理由として、刑法典225-1条は、自然人についてその家族状況を理由としたすべての区別的取扱いを差別に該当すると規定しているところ、被告人であるトルナヴァッカ氏は、賃借人の子供の状況を理由に賃貸を拒絶したのであり、これは文字通り刑法典の規定する差別を構成する。また、刑罰については、被告人がこれまで罪を犯したことがないことに配慮しなければならないとした。控訴院もまた原判決どおりの刑を言い渡した。

本件は、賃貸人が賃貸借契約成立、賃借人入居後に、賃借人の明渡しを要求した事案である。やや極端な事案とも考えられるが、差別的扱いであることは疑いない。

(イ) トゥールーズ控訴院2004年10月5日判決

トゥールーズ控訴院2004年10月5日判決（Juris-Data2004-254288）は、刑事事件であり、被告人である賃貸人及び不動産賃貸借媒介業者について差別的扱いが問題になり、しかも、差別被害者（Hammouアム氏）のみならず、反差別的活動団体のSOSラシズム（SOS racisme）が私訴権者として関与した。

本事案の概要は、次のとおりである。アパートマン所有者であるラバチュ（Labatut）氏は、トゥールーズ不動産センター（CIT, Centre Immobilier Toulousain）有限責任会社経営者であるリシャル氏に、自己所有のアパートマンの賃借人募集の委任をした。また、アパートマンの管理も委ね、現状確認書や補修等の仕事を委ねていた。2001年9月11日に、前の賃借人が退去した。所有者であるラバチュ氏は、前賃借人に、敷金も、同年10月23日にカーペット取替料等を差し引いた残額を返還した。こうして空室となったアパートマンの賃借候補者が差別の対象となった。

被告人の不動産業者リシャル氏について、控訴院は、「鑑みるに、被告人は、

自然人に対して、その名前故の差別行為を行った。鑑みるに、リシャル氏は、アム氏に対して、賃貸借の手続を行うというサービスを、〔差別的理由で〕拒絶した」と述べた。

具体的には、SOSラシズムの活動家バスタン氏は、2001年9月7日18時に、その事務所から電話をかけたが、その録音には、次のような発言があった。SOSラシズムのバスタン氏は、「私が理解したところでは、賃貸人であるラバチュ氏が〔不動産業者である〕あなたに、賃貸しないように要求したということですね。それは、賃借候補者のHammouアムという名前が〔有色人種的であることから〕よくないのですか？そうですか？」との質問をした。これに対して、不動産業者であるリシャル氏は、「その通り (Voilà)。…自分には、貸すことができない人たちがいるのです。賃貸人が不動産業者を通して貸すのは、それは、業者が最初のセレクションをするためです。この件についても、私が事務を扱っています。書類は完全ですから、私はゴーサインを出すところです。でも、アムという名前ですよ。それでは、私はゴーサインを出すことができません。というのも、セレクションに合わないからです。」。また、その長い録音会話の中では、バスタン氏からの「基準とはなんですか？」の質問に対して、リシャル氏は、「有色人種 (gens de couleur) には、このアパルトマンを貸すことができないということです。」という返答をした。

その後、2001年9月17日に、リシャル氏は、バスタン氏に電話をして、当該アパルトマンは状態が大変悪く、また、前の賃借人との間で紛争があるため、賃貸に適さない旨を述べた。

賃貸人である被告人ラバチュ氏に対する裁判所（トゥールーズ控訴院）の判断は、次の通りである。ラバチュ氏は、不動産業者から、バスタン氏との間に揉め事があったとの情報を得て、2001年9月18日19時に電話をバスタン氏にかけ、その会話は録音された。その会話の中で、自分は、アムという名前でも賃貸する予定であったとか、まだ賃貸契約は締結されていないとか、アパルトマンは工事が必要で賃貸に適さないとか述べたが、バスタン氏からの質問である「あなたの〔不動産業者への〕指示は、アムという〔有色人種的な〕名前の人には賃貸しないということですか？」に対して、「私の指示は、何も変えない

ということです。そして、書類を用意するかどうかは、自由だということです。」と返答した。ところで、当該アパートマンは、同年11月に別人に賃貸された。裁判所は、「鑑みるに、〔賃貸業者の〕リシャール氏が、イニシアチブを取りまた法を犯すリスクを取り、多数のアパートマンの所有者であるラバチュ氏の指示を自由にまた適当に解釈して、アム氏に賃貸を拒絶したということはあり得べきことではない。鑑みるに、これらの要素からすれば、刑法典の規定する差別行為罪（軽罪）は、ラバチュ氏に対してもまた、特徴づけられた」と述べた。

本事案は、2003年3月26日のトゥールーズ大審裁判所での有罪判決があり、両被告人に対して、3,000ユーロ（1ユーロ130円とすると約42万円）の罰金が言い渡されていたが、2004年10月4日の控訴院判決もそれを支持した。また、一審判決は、私訴権を行使したアム氏については、1,000ユーロの賠償金、SOSラシスムには750ユーロの賠償金を認めていたが、控訴院はそれぞれ、500ユーロの追加支払を命じた。

(ウ) 破毀院刑事部2005年6月7日判決

この控訴院判決に対しては、被告人両名が破毀申立てをおこなったため、破毀院刑事部2005年6月7日判決（Cour de Cassation, chambre criminelle, 7 juin 2005, n° de pourvoi 04-87.354, Inédit）がある。もっとも、不動産業者であるリシャール氏は、破毀申立ての理由を明らかにしなかった。これに対して、賃貸人であるラバチュ氏は、控訴院判決が「〔業者である〕リシャール氏が、イニシアチブを取りまた法を犯すリスクを取り、多数のアパートマンの所有者であるラバチュ氏の指示を自由にまた適当に解釈して、アム氏に賃貸を拒絶したということはあり得べきことではない。」との理由で、ラバチュ氏が差別行為を犯したと認定したことについて、「被告人ラバチュ氏が、不動産業者に対して、刑法典225-1条に規定する差別的基準により賃貸拒絶の指示を行ったとする要素を明らかにしていない」にもかかわらず、被告人を刑法典225-1条に規定する犯罪により処罰したのは許されないと主張した。

これに対して、破毀院は、破毀申立てを退けた。その理由は、控訴院判決の明らかにした諸点は、破棄院をして、控訴院が、不十分な判断をしたのでもなく、矛盾を犯したのでもないと考えるに十分なものであること、そもそも破毀

院は法律審であり、事実認定は、事実審である控訴院の専権であることであった。

(続く)

謝辞：本研究は、科研費基盤C15K03089による成果である。