

令和6年（行ウ）第31号、87号、88号

人種等を理由とする職務質問の違法確認等請求事件

原告 モーリス・シェルトンほか

被告 国ほか

準 備 書 面 8

(運用・国賠法上の違法についての主張立証責任等)

2025年2月14日

東京地方裁判所民事第51部2D係 御中

原告ら訴訟代理人弁護士 井 桁 大 介

同 弁護士 浦 城 知 子

同 弁護士 亀 石 倫 子

同 弁護士 谷 口 太 規

同 弁護士 戸 田 善 恭

同 弁護士 西 愛 礼

同 弁護士 宮 下 萌

原告ら復代理人弁護士 千 葉 飛 鳥

第1 各国における司法判断	4
1 欧州人権裁判所の裁判例	4
(1) 2007年11月13日付 D.H. v. The Czech Republic事件判決 (Grand Chamber)	5
(2) 2024年2月20日付Wa Baile v. Switzerland事件判決.....	9
ア 提訴に至る経緯	9
イ 原告の主張	10
ウ 被告の主張	11
エ 裁判所の判断	11
オ 小括.....	15
(3) 2019年4月16日付Lingurar v. Romania事件判決.....	16
(4) 2005年12月13日付Timishev v. Russia事件判決.....	18
(5) 小括.....	18
2 ドイツの裁判例.....	19
(1) 2016年4月21日付Higher Administrative Court of Rhineland-Palatinate 7th Senate.....	19
(2) 2018年8月7日付Higher Administrative Court of North Rhine-Westphalia.....	22
3 オランダとスウェーデンの裁判例	24
(1) オランダ：2023年2月14日付ハーグ控訴審裁判所判決	24
(2) スウェーデン：2017年4月28日付スヴェア高等裁判所判決.....	27
4 カナダの裁判例.....	27
(1) 2019年9月27日付R. v. Le事件最高裁判決	28
(2) 2003年4月16日付R. v. Brown判決 (オンタリオ州高等裁判所判決)	31
(3) 2017年4月4日付Elmardy v. Toronto Police Services Board et al判決 (オンタリオ州最高裁判決)	32
(4) 2019年3月21日付R. v. Dudhi判決 (オンタリオ高等裁判所)	33
5 フランスの裁判例.....	35

(1) 2016年11月9日付破毀院民事第1部判決	36
(2) 2021年6月8日付パリ高等裁判所判決	38
(3) 小括	39
6 まとめ	40
第2 本件運用の立証責任の判断枠組みについて	40
1 海外の司法判断を踏まえた、立証責任の転換	40
2 日本の裁判例でも主張・立証責任が転換したことがある	43
第3 国家賠償請求の違法性の立証責任の判断枠組みについて	44
1 国家賠償訴訟における主張立証責任	45
2 職務質問の適法性に関する主張立証責任は被告にある	46
3 職務行為基準説の修正が必要である	48
4 小括	51

本準備書面では、行政による差別的取扱いに関する各国の司法判断を紹介することにより、本件運用が存在することの主張・立証責任、被告らに対する国家賠償請求（請求の趣旨1乃至3）の違法性に関する立証方法及び主張・立証責任の考え方について、原告らの主張を整理する。

第1 各国における司法判断

各国においては、行政機関による差別的な取扱いに対し、主張・立証責任の分配を修正する裁判例がいくつもみられる。特にレイシャル・プロファイリングが争われた事案では、基本的に、原告側が統計などにより差別的な運用の存在を疎明したときには、国・自治体側が差別的な運用がないことを具体的に主張・立証しない限り、差別的な運用の存在が認定されるという判断枠組みが取られている。

そのような判断枠組みを採用する司法判断では、差別が問題となる場合に主張・立証責任を転換する根拠として、差別の危険性や民主主義・自由主義といった原則を挙げており、これらの根拠は日本においても妥当する。

以下、欧州におけるものとして、欧州人権裁判所、ドイツ、オランダ、スウェーデン及びフランスの裁判例を紹介し、またレイシャル・プロファイリングが取り扱われた事例の多いカナダの裁判例を紹介する。

1 欧州人権裁判所の裁判例

欧州人権裁判所では、欧州人権条約の解釈として、人種や民族、肌の色を理由とする行政機関の差別的な取扱いの違法性を検討する際に、主張・立証責任を転換する重要な裁判例がいくつも見られる。

前提として、欧州人権条約 14 条¹は日本国憲法 14 条や日本が批准する自由権規約 26 条²とほぼ同一の内容であるところ、欧州人権条約 14 条に関する司法判断は、自由権規約の解釈として、また日本国憲法 14 条の解釈の文脈で、日本においても参考となる。このことは、最大判平成 25 年 9 月 4 日・民集 67 巻 6 号 1320 頁（非嫡出子相続分違憲判決）が自由権規約や同委員会の勧告意見、また児童の権利条約などを違憲の理由としたことや、最大決令和 5 年 10 月 25 日・民集 77 巻 7 号 1792 頁（性同一性障害特例法の手術要件違憲決定）が「2017 年（平成 29 年）に欧州人権裁判所が欧州人権条約に違反する旨の判決をしたことなど」を法規定が違憲に至った事情として挙げていることなどから明らかである。

（１）2007 年 11 月 13 日付 D.H. v. The Czech Republic 事件判決（Grand Chamber）³

D.H 事件判決（甲 40）は、欧州人権裁判所のグランド・チェンバー（大法廷）における重要な司法判断である。グランド・チェンバーは、欧州人権裁判所に所属する 17 人の全ての裁判官を構成員とし、条約の解釈の一貫性を確保し、また重要な人権問題に関する法的指針を明示する必要がある事件などで構成される。D.H. 事件判決は、人種などに着目して異なる取扱いがなされた政策について、主張・立証責任

¹ 「この条約に定める権利及び自由の享受は、性別、人種、皮膚の色、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、国内少数者集団への所属、財産、出生又は他の地位等いかなる理由による差別もなしに、保障される」 https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_JPN

² 「すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、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、出生又は他の地位等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。」 https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2c_004.html

³ <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-83256>

を転換させるという法的指針を明示したもので、欧州で行政の差別的な運用がなされた事案でしばしば引用される。

チェコにおいては2000年まで、ロマ民族の児童について、法律に基づくことなく、ロマであることのみを理由として一律で知的障害児童に向けた“特別学級”に入学させる差別的な運用がなされていた。原告らは、“特別学級”制度は、法で定められてはいないものの事実上の隔離政策であり、人種に基づく差別的な取扱いであるとして提訴した。

裁判所は、結論として欧州人権条約14条違反を認めた。まず違法な差別の具体的な適用類型として、「特定の集団を標的としていなくても、特定の集団に対して不均衡に不利な影響を与える一般的な政策や措置は差別的とみなされる可能性がある」という前提を述べる（パラ175）。意図的に標的とすることは要件ではなく、「不均衡に不利な影響」という効果があるかどうかで判断するのである。その中でも人種差別は、「特に悪質な差別の形態であり、その危険な結果を考慮すると、当局による特別な警戒と断固とした対応が必要である」と強調し、そのために国などにおいて必要な対応として、「多様性が脅威としてではなく豊かさの源として認識される社会という民主主義の理念を強化するために、人種差別と闘うためのあらゆる手段を用いなければならない」として、「あらゆる手段を用い」ることが法的義務であると宣言する。「現代の民主主義社会において、多元主義と異文化の尊重の原則に基づき、人種的出自のみに基づく、または決定的な程度に基づく異なる扱いは、客観的に正当化することはできない」（パラ176）と原則を述べる。「人種的出自のみ」に基づくだけでなく、人種的出自を「決定的な」要因とすることもまた、原則として法的に禁止される。

以上を踏まえ、人種差別的な取扱いの正当化の論証として、「原告が異なる取り扱いがなされたことを示した場合、それが正当化されることを示す責任は政府にある」と判示する（パラ177）。一般的に違法を争う場合の主張立証責任が原告にあるとしても、「すべての場合において『主張する者が立証責任を負う』という原則の

厳格な適用」がなされるわけではなく、「特定の状況において、問題となる事象が完全にまたは大部分当局の排他的な知識の範囲内にある場合、立証責任は満足のいく説得力のある説明を提供する当局側にあるとみなされる」（パラ179）のである。

「特定の状況において、問題となる事象が完全にまたは大部分当局の排他的な知識の範囲内にある場合」という考慮要素は、後述する（本書43頁）日本の裁判例（平成19年東京地判）や学説と同一の視点である。

とりわけ本件との関係で重要な点は、統計の意義について述べた点である。裁判所は「申立人が、論争の余地のない公式統計に基づいて、中立的な方法で策定された特定の規則が実際には男性よりも明らかに高い割合の女性に影響を与えているという一応の徴候の存在を示すことができる場合、これが性別に基づく差別とは無関係の客観的要因の結果であることを示す責任は被告政府にある」として、統計などにより「一応の徴候の存在」が原告側から疎明された場合には、主張・立証責任を転換する。そうでなければ「申立人らが間接差別を証明することは実際には極めて困難となる（Hoogendijk事件参照）」（パラ180）となるためである。

以上のように判断枠組みを整理した上で、ロマへの取扱いが差別的な隔離かについての当てはめを行う。すなわち、「本件の争点は、法律の実際の適用方法が、正当な理由なく不均衡な数のロマの子どもたち（申立人を含む）を特別支援学校に配置する結果となり、そのような子どもたちが著しい不利益を被ることになったかどうかである」（パラ185）とした上で、「個人または集団に対する措置や慣行の影響を評価する際、批判的検討において信頼できかつ重要と思われる統計は、申立人が提出を求められる一応の証拠として十分であり」（パラ188）、「申立人がこのように措置や慣行の効果が差別的であるという反証可能な推定を確立した場合、立証責任は被告国に転換され、被告国は扱いの違いが差別的でないことを示さなければならない。この種の事例における事実の特殊性と申立ての性質を特に考慮すると、このような立証責任の転換なしには、申立人が間接差別を実際に証明することは極めて困難であろう」（パラ189）と結論づけたのである。

この事案において原告は、チェコの一都市の特別学校および初等学校の校長に送付したアンケートから得た統計データを提出した。データによると、当時、特別学校に配置された全生徒の56%がロマであり、逆に、初等学校に通う全生徒数の中でロマは2.26%にすぎなかった。

この統計データを受け、裁判所は、政府が「代替的な統計的証拠を提出していない」ことを批判した。裁判所は、生徒の民族的出自に関する公式情報が存在しなかったため、申立人が提出した統計は「完全に信頼できるものではない可能性がある」と強調したが、それにもかかわらず、「これらの数字は、被告国および問題を調査した独立監督機関の双方によって確認された支配的な傾向を示している」と判断したのである（パラ191）。

かかる指摘は本訴においてもあてはまる。本訴の争点は、警職法という、それ自体は中立的な法律の「実際の適用方法」が「正当な理由なく」、「不均衡な数の」外国人または外国ルーツの日本人を職務質問の対象とするという結果となり、そのような対象者たちが「著しい不利益を被ることになったかどうか」である。そのような対象者に対する「措置や慣行の影響を評価する際、批判的検討において信頼できるかつ重要と思われる統計」（甲25）を提出したのである。かかる統計は、「反証可能な推定」を導く「一応の証拠として十分」とされる。甲25により、東アジア人風の外見の日本人と、外国人又は外国ルーツの日本人との間で5.6倍程度の職務質問経験の差があるという「著しい不利益」が示された。被告らにおいて、「代替的な統計的証拠」など「扱いの違いが差別的でないことを示」すための主張・立証がなさなければならない。

D.H. 事件では、統計データの提出と被告の反証の欠如を踏まえ、裁判所は、「関連する法規定は中立的な用語で表現されているにもかかわらず、実際には非ロマの子どもたちよりもロマの子どもたちに対してかなり大きな影響を与え、後者の特別学校への配置が統計的に不均衡な数となっている」と結論付けた（パラ193）。なお、

裁判所は、このような差別的な運用の違法性を認定するにあたり、「差別的意図」の立証は不要であると明言している（パラ194）。

最終的に裁判所は、平等違反の正当化審査を行い、「扱いの違いが人種、肌の色又は民族的出自に基づく場合、客観的かつ合理的な正当化事由の概念は可能な限り厳格に解釈されなければならない」と厳格な審査基準を用いた上で（パラ196）、親の同意などがあつたとする政府の主張に対し人種差別を受けない権利を放棄することはできないなどと述べ、正当化を認めず条約14条違反があつたとした。

この判決は、人種差別禁止の重要性や差別的取扱いについて統計データで十分であると判断したことなど、本訴においても十分に参考にされる。

（2）2024年2月20日付Wa Baile v. Switzerland事件判決

レイシャル・プロファイリングに関する司法判断として最も重要なものが、2024年2月20日に言い渡された、ワ・バイレ事件の欧州人権裁判所の判決（甲41）⁴である。前述のD.H.事件の判断枠組みをレイシャル・プロファイリングに当てはめた事例である。本訴にとって重要な判決であるため、以下に詳しく紹介する。

ア 提訴に至る経緯

スイス国籍の黒人であるワ・バイレは、出勤途中にチューリッヒ駅で職務質問を受けた。これを拒否したところ通路の端に移動させられ、両手をあげて足を開くよう要求され、所持品検査を受けた。身分証明の結果職務質問が終了したものの、ワ・バイレはその後警察の命令を拒絶したことを理由に起訴され、100スイスフランの罰金が課せられた。刑事手続における不服申立ては却下された。ワ・バイレは人種差別的で違法な職務質問であつたことの確認を求めて提訴した。チューリッヒ州行政裁判所は、職務質問が違法であるとの確認を認めず訴えを棄却した下級審の判断を取り消し、職務質問が違法であつた旨の判断を言い渡したものの、人種

⁴ <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-231080>

差別的な職務質問であったかどうかについては判断を留保した。ワ・バイレは連邦最高裁判所に上告したものの、不適法として却下されたため、欧州人権裁判所に人権条約違反があるとして申立てをした。

イ 原告の主張

原告は、職務質問とこれに引き続くスイス当局の対応が、欧州人権条約14条（平等原則違反・差別禁止）とともに8条（私生活の尊重を受ける権利）や13条（実効的な救済を受ける権利）を侵害すると主張した。とりわけ14条違反に関し、まず証拠偏在等の理由から立証責任が転換されるべきであると主張し、また関連する統計データの収集や警察官の教育・差別的運用の是正などに関して国家の側に主張・立証の責任があると主張した上で、差別の一応の証拠を原告の側で提示した場合には、国の側でそれが差別的ではなかったことを主張・立証しなければならないと主張した。

また、国側が、同じ時期、同じ場所で、原告と同じような取扱いを受けた他の対象者がいたから原告に対する取扱いは差別的でないとは主張したことに対し、そのような取扱いを受けていない大多数の通行人が職務質問を受けていない中で、職務質問を受けたのが原告ただ一人でない、という事実は、原告に対して差別的な取扱いがなされたことを否定する根拠とはならないと主張した。すなわち、原告に対する取扱いが差別的でないことを主張・立証するのであれば、より具体的に、原告と同じような時期・場所で、同じような状況にあり、同じような外観をした対象者に、そのような取扱いをしなかったことの主張・立証がなされなければならない、単に職務質問を受けた他の人がいることは主張・立証として意味がない、ということである。

もう一つ重要な主張として、差別の意図は必要がない、というものがある。国は、原告が目を逸らしたから職務質問をただけで差別の意図はなかったと主張するが、これは一種の口実とみなすべきであると主張した。差別の立証には人種差別

的意図の存在は必要なく、職務質問のような迅速な行動を要する状況では、警察官の判断に本能的な部分が影響し、無意識のバイアスの影響を受ける可能性があり、とりわけかかる差別的なバイアスについて特別な訓練を受けていない警察官の場合にはそうである、そうすると、本来は無意識に湧き上がった人種差別的な感情を正当化するために、目を逸らしたとか、態度が不審だったという主観的な理由で裏付ける可能性がある、と主張した。

ウ 被告の主張

これに対し被告は、原告が統計データすら提示していないから組織的な差別は立証されておらず、またそのような統計データを提示する責任が国の側にあることはないとして、主張・立証責任の転換に反論した。

また被告は、原告と同じ日に肌の色とは無関係な要因に基づいて職務質問を受けた対象者がいることから、原告への職務質問は差別的なものではないとも主張した。実際の職務質問のきっかけとしても、肌の色が決定的でなかったことを様々な事情を用いて主張した。

加えて、チューリッヒ市がレイシャル・プロファイリング防止に関する措置を採用していたことも主張した。警察全体でレイシャル・プロファイリングに特化した教育・訓練がなされていたことや、レイシャル・プロファイリングの担当部署を設置して警察官の職務質問が警察官個人の人種差別的な感情に基づくものでないか、定期的に確認していたとも主張した。

エ 裁判所の判断

欧州人権裁判所は、全員一致で14条、13条、8条違反があったと判断した。まず前提として、人種差別に関する国家の義務として、「人種差別は特に悪質な形態の差別であり、その危険な結果に鑑みて、当局による特別な警戒と断固たる対応を必要とする。当局は、人種主義と闘うためにあらゆる利用可能な手段を用いなけ

ればならず、それによって多様性が脅威としてではなく豊かさの源として認識される社会という民主主義の理念を強化しなければならない」（パラ90）ことを宣言した。これは前掲D.H. 事件と同じ問題意識である。

これを踏まえ、当局には、「公務員により人種を理由としてターゲットにされたと主張され、それが8条で保障する私生活の権利の範囲内にあると認められる場合、条約14条と8条に基づき、主張された人種差別的取り扱いと争われている行為との間に関連性が確立できるかどうかを調査する義務」があることを明確にした。すなわち、当該「争われている行為」である職務質問が、原告の主張する「人種差別的取り扱い」でないかを、国・自治体が調査しなければならないということである。このような義務は、「人種差別からの保護が理論的または幻想的なものとならないようにし、影響を受ける個人のスティグマ化に対する効果的な保護措置を確保し、外国人排斥的態度の蔓延を防止するために不可欠であり」、「当事者が、乗り越えがたい手続的障害に直面することなく、争われている行為が権力の濫用または誤用を構成することを証明できるようにしなければならない」（パラ91）として、人種差別的な問題における国側の調査義務を明示した。

続けて、レイシャル・プロファイリング特有の国側の義務として、国連人種差別撤廃委員会の一般的勧告第36号（2020年12月17日）を踏まえ、まず、

「締約国は自国の法律、政策、制度に起因する差別を排除するための措置を積極的に講じる義務」があり、また「レイシャル・プロファイリングの事案を報告し終結させるための適切かつ効果的な仕組みが国内法制度内に存在することを確保しなければならない」とした。これは本訴でも原告が被告国に求める指導監督義務の具体的内容である（訴状34頁）。

判決はこの一般的勧告に基づく国側の義務の具体的な内容について検討を進める。すなわち、単に措置を講じて仕組みを確保するだけでは足りないとした上で、

「法執行官が自らの義務について適切に知らされ、人種プロファイリングの実践を回避する方法を理解することが不可欠である」（パラ127）とするのである。その上

で、スイス当局がこの水準の義務を果たしていないと指摘する。スイス当局は、警察全体でレイシャル・プロファイリングに特化した教育・訓練を実施したり、レイシャル・プロファイリングの担当部署を設置していたが、それだけでは、「人種主義と人種プロファイリングを効果的に防止するには警察官の訓練が不十分であり、また「警察に対して人種プロファイリングと『合理的な疑い』の基準の使用に関するより多くの訓練を行うこと、また警察による人種差別の申立てを調査する独立機関を設置すること」を国際機関から勧告されていたと指摘する（パラ128-129）。レイシャル・プロファイリングに関しては、「十分な法的および行政的枠組みの欠如が差別的な身分証明書の確認を引き起こす可能性がある」（パラ130）以上、求められる水準は具体的で効果的なものでなければならない。

この点は本訴で最も強調されるべき点である。被告らは、人権に関する一般的な教育が教育カリキュラムの中でわずかに含まれていたことや、内部の文書で人種差別やレイシャル・プロファイリングだと抗議を受けるような職務質問をしないよう促していたことをもって、十分な指導・監督が行われていたかのように主張する（被告東京都準備書面（1）14頁以下、被告愛知県準備書面（2）4頁以下など）。しかし、これらはレイシャル・プロファイリングに関する具体的な指導・監督でないばかりか、「効果的に防止する」ための措置としてほとんど機能していない。「警察に対して人種プロファイリングと『合理的な疑い』の基準の使用に関するより多くの訓練を行う」ことや、「警察による人種差別の申立てを調査する独立機関を設置する」など、より具体的で効果的な措置がなされなければ、一般的勧告に基づく義務を果たしたことにはならないのである。

ワ・バイレ判決は、以上のような差別一般とレイシャル・プロファイリングに関する問題意識を整理した上で、かかる問題に関する立証責任について、「申立人が異なる扱いの存在を立証した場合、その異なる扱いが正当であったことを政府が証明する責任がある」という判断枠組みが、すでに確立していると宣言する。裁判所としては、原告が「指標や反駁されない推定」により自らが受けた取扱いが人種差

別的であることを示した場合には、「事実の特異性、申立ての性質、および関連する条約上の権利」などを総合的に考慮して立証責任の転換の是非を検討することとなる（パラ132）。加えて、「同様の状況における二つのグループ（例えば、男性と女性）間の異なる取扱いの存在を立証するため」統計データが提出された場合には、かかる統計データは強力な根拠となるし、また、「独立した国内および国際的な監督機関からの報告書」も考慮に値するとしている（パラ133）。

このような主張・立証責任の転換に至る根拠として、証拠の偏在も強調した上で（パラ133）、本件に関する検討を行い、職務質問とそれに続く「身分証明書の確認（身体検査を含む）が差別的な理由で行われたと強く推定される」（パラ134）とし、他方でアムネスティ・インターナショナルなどの国際機関がスイスの警察によるレイシャル・プロファイリングの事例を記録していたことなどを踏まえると、「原告が差別的取扱いを受けたという反証可能な推定を強化する可能性がある」と結論づけている（パラ135）。

政府が、他にも職務質問をされた人がいたと反証したことについては、政府が「他に何人がそのような確認を受けたのかなどの詳細を特定しなかった」ところ、「この性質の証拠を提出できるのは国のみであり、本件において政府はそのような証拠を提出できなかったことを正当化する説明を行わなかった」ので、「政府の主張は、差別的取扱いの推定を反証できると裁判所が考えるには漠然としすぎている。」（パラ134）として退けている。

以上の理由から欧州人権裁判所は、「警察官が、公共の秩序や安全に対する脅威に直面しているかどうかを、明確な内部指示がない状態で非常に迅速に判断しなければならない困難さを十分に認識しつつも、本件においては、申立人に対する差別的取扱いの推定が存在し、政府がそれを反証できなかった」として、条約8条と併せて14条の違反を認定した（パラ136）。裁判所は、職務質問の重要性や実務的な困難さを理解しながらも、人種差別的な取扱いの推定が働いた場合にはそれを政府が反証する責任があることを強調したのである。

オ 小括

以上のようにワ・バイレ事件は、レイシャル・プロファイリングを欧州人権条約違反と認めた重要な司法判断である。人種差別の危険性を踏まえて、国家に対して「あらゆる利用可能な手段を用いる」ことを求め、人種差別的な取扱いを受けたという申立てに対しては「調査する義務」を課している。また、人種差別撤廃委員会の一般的勧告36号が、「差別を排除するための措置を積極的に講じる義務」を課していることを強調し、「レイシャル・プロファイリングを効果的に防止する」訓練を警察官に受けさせていないことや独立機関を設置していないことから、「適切な法的・行政的枠組み」が欠如していたと断じて、そうであれば差別的な職務質問がなされる可能性が高いと批判している。

人種差別の危険性、とりわけ法執行機関による人種差別の危険性は日本においても異なることなく、人種差別をなくすための「あらゆる利用可能な手段」が用いられるべきである。また、日本も人種差別撤廃条約を批准しており、一般的勧告36号の適用を受ける。まがりなりにも、レイシャル・プロファイリング防止に関する措置が採用され、また警察全体でレイシャル・プロファイリングの防止に関する教育・訓練がなされていたチューリッヒ市と異なり、日本においては、短時間の一般的な人権教育を超えて、レイシャル・プロファイリングに関する措置や教育・訓練は全くない。それどころか、外国人のみを独自の捜査対象として取り上げる「外国人取り締まり強化月間」が設けられたり、外国人であれば職務質問をすることを推奨するような教材が広く使用されているのであるから、差別的な職務質問がなされる可能性が高くなることはむしろ当然である。

本訴においても、ワ・バイレ事件と同様、統計データが提出されており、また東京弁護士会における報告書やアメリカ大使館における警告文などが掲出されているから、被告らにおいて本件運用が構築され、それが原告らに適用されたことを示す事実が挙げられたと評価されるべきであり、そうであればワ・バイレ事件と同様、「それが正当化されることを証明する責任は政府側にある」とされるべきである。

本訴における被告らは、原告らに対する職務質問が人種差別的ではなかったことを示す具体的な主張・立証を全くしていない。そうであれば、被告らにおいて本件運用が構築されており、それが原告らに適用されたものと認定されるべきである。

（３）2019年4月16日付Lingurar v. Romania事件判決⁵

リングラー事件もまた、欧州人権裁判所が差別的な取扱いについて立証責任を転換して条約違反を認定した判決（甲４２）である。ルーマニアに住むロマ民族が差別的で暴力的な家宅捜索を受けた事件について、裁判所は「客観的かつ合理的な正当化事由がない」場合や「正当な目的」を追求していない場合、あるいは手段と目的との間に「合理的な比例関係」がない場合に違法になるとした上で、「人種、肌の色、または民族的出自に基づく扱いの違いの場合、客観的かつ合理的な正当化事由の概念は可能な限り厳格に解釈されなければならない」として、前述のD.H.事件のpara196を引用する。

この判断枠組みに基づき、警察の職権行使に関して、「人種的偏見が警察介入の原因であったかどうかを確認しなければならない」とした上で（para74）、過去に警察が策定した計画において警察が「対象のコミュニティの民族構成を特定し、ロマの反社会的行動の疑い及びロマの犯罪率の高さの疑いに言及していたこと」や捜査官からも「申立人らの攻撃性と称するものが彼らの民族的特性や『ロマに特有』の習慣によるものであると説明された」こと、さらに検察官もまた、「ロマ・コミュニティとの間の問題及び彼らの犯罪行為」を根拠として強制捜査を正当化しようとしていたことなどを認定し、「当局が共通の種族的出身のみを理由として、一部の構成員の犯罪行為をコミュニティ全体に拡大解釈」したものと指摘する（para75）。裁判所は、これらの認定事実を踏まえた上で、警察が申立人らを「種族的出身を理由に申立人らが犯罪者であると予想して、差別的な方法で権力を行使した」こと、

⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192466>

すなわち「申立人らがロマであり、当局がロマコミュニティを犯罪的で反社会的であると認識していたために」標的にされており、「当局は、民族性を犯罪行為と自動的に結び付けた。したがって、当局の申立人らに対する民族的プロファイリングは差別的であった」と認定した（パラ76）。

他方で裁判所は、国が申立人らの民族性以外の要素が強制捜査の重要な根拠であることを具体的に主張・立証できなかったとして（パラ77）、最終的に条約14条違反を認定したのである。

この事件の特徴は、過去の警察の計画や国の裁判における主張・立証から、国が民族的出自と犯罪性を結びつけようとしていたことをもって、差別的な民族的プロファイリングを認定していることである。

本件でも、被告愛知県の掲出した文書には、「一見して外国人と判明し、日本語を話さない者は・・・必ず何らかの不法行為があるとの固い信念を持ち、徹底的した追及、所持品検査を行う」（甲4）などと、国籍や民族的出自を犯罪性と結びつける方針が記載されていた。また、被告愛知県は、甲4の正当性を主張する文脈で、「平成20年前後の頃が愛知県内に来日外国人による犯罪が最も多い時期であった」などと主張し（被告愛知県準備書面（2）2頁以下）、民族性を犯罪行為と結びつけることを正当化しようとしている。このような傾向は、愛知県だけのものではない。全国の各都道府県警察で職務に従事する地域警察官の教育目的で発刊された書籍（甲5）において、「おおっ、外国人か。職質してみよう」などと、外国人でさえあればその他の不審事由がなくとも職務質問の対象とすることを全国の警察官に教示していることからすれば、被告東京都においても、被告愛知県と同様に、民族性を犯罪行為と結びつける傾向があったから、被告らにおいて差別的なレイシャル・プロファイリングが行われていたことが認定されるべきである。

(4) 2005年12月13日付Timishev v. Russia事件判決⁶

ティミセフ事件もまた、欧州人権裁判所によりレイシャル・プロファイリングを理由とする14条違反が認められた事件である(甲43)。申立人はロシアに住むチェチェン共和国出身のチェチェン人である。申立人は、1996年8月15日以降、政府による強制移民政策の対象者としてナルチクに居住していた。

この事件では、申立人が1997年に永住登録を申請したところ、旧チェチェン共和国の住民の永住を禁止する法律により申請が却下されたことと(居住権侵害)、国内を移動中にチェチェン民族であることを理由に検問の通過を拒絶されたために300キロの迂回を強いられたこと(移動の制限)という2つの民族的差別の違法性が争われた。

裁判所は、「人種差別は特に悪質な種類の差別であり、その危険な結果を考慮すると、当局による特別な警戒と断固とした対応を必要とする」ため、当局は人種主義と闘うためのあらゆる手段を用いなければなら」とのD.H事件の枠組みを繰り返した上で(パラ56)、申立人が「取扱いに差があったことを示した以上、被申立人である政府が取扱いの差には正当な理由があったことを示さなければ」ならない

(パラ57)とした。この点について政府は、申立人が行列に並ばず優先的な取扱いを受けようとしたことを拒絶しただけであると主張したが、具体的な立証がなかったことからその主張を簡単に退けている。

裁判所は、政府が正当化を主張することがなかったため、民族を理由とする取扱いの差別として、14条違反を認定した。

(5) 小括

以上のように、欧州人権裁判所は、D.H.事件において、日本も批准する人権規約などを根拠として、人種差別が争われた場合における特別の、厳格な審査枠組みを設

⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-71627>

けた上で、①統計データ（ワ・バイレ事件）や、警察が過去に特定の民族と犯罪傾向を結びつけていた計画があったり訴訟において同様の主張をしたこと（リングラー事件）などから、取扱いが人種差別的である「一応の徴候の存在」を認め、それに対する正当化の主張・立証責任を政府に求める。その上で、②政府による、他にも申立人と同等の取扱いを受けた人がいるとの主張（ワ・バイレ事件）や、具体的な立証を欠く主張（ティミセフ事件）については、厳しく審査した上で正当化に成功していないと認定している。

人種差別が「特に悪質な差別の形態であり、その危険な結果を考慮すると、当局による特別な警戒と断固とした対応が必要である」ことは、同じ民主主義の理念を掲げ（憲法前文等）、また同じく人権規約を批准する日本においても、なんら異なるところはない。「多様性が脅威としてではなく豊かさの源として認識される社会という民主主義の理念を強化するために、人種主義と闘うためのあらゆる手段を用い」（D.H. 事件パラ176）ることは、日本国憲法14条及び人種差別撤廃条約の解釈を通じて、被告らの法的義務となるのである。

2 ドイツの裁判例

ドイツでもレイシャル・プロファイリングの違法性が訴訟で争われている。ここでは2つ紹介する。いずれも国内法の解釈として、主張・立証責任を転換し、捜査の違法を認めている。

（1）2016年4月21日付Higher Administrative Court of Rhineland-Palatinate 7th Senate⁷

2016年4月21日にラインラント・プファルツ州上級行政裁判所第7部で言い渡された判決（甲44）は、ドイツにおけるレイシャル・プロファイリングに関

⁷ <https://www.landesrecht.rlp.de/bsrp/document/NJRE001263821>

する重要な司法判断である。なお、ドイツの行政裁判は、州内で行政裁判所と上級行政裁判所からなる二審制が採られ、各州の上級行政裁判所に対する不服申立ては連邦行政裁判所に統一される。

原告らはドイツ国籍を有する黒人である。2014年1月25日、原告らは2人の子どもとともにマインツからコーブレンツまでの地域列車に乗車していた。警察官の1人が身分証明書の提示を求めた。原告らは要求に従い提示した。約4分間にわたって確認を受けた後、解放された。原告らは、肌の色に着目して対象者を選定したもので、違法な職務質問であるとして提訴した。

ドイツにおいても日本国憲法14条と類似の条文がある。基本法第3条第3項第1文は、「何人も、その性別、血統、人種、言語、故郷および出自、信仰、または宗教的もしくは政治的な見解を理由に差別されたり、優遇されたりしてはならない。」と定めて、一般的平等原則を具体化する。

裁判所はまず、この規律について、「ある規制が基本法第3条第3項で禁止された不平等取扱いを達成することを目的としておらず、主として他の目的を追求している場合にも適用される」（パラ104）として、動機や意図、目的は関係がないことを確認する。また、「不平等取扱いがそこで言及された特徴と因果関係を持つ場合には、既に正当化を要する差別が存在する。その際、他の理由が動機の束の中で決定的であったかどうかは無関係である」（パラ106）として、仮に他に正当な動機があったとしても、差別的な効果が生じている以上正当化事由が求められるとする。

したがって、「不平等取扱いが専らまたは決定的にそこで言及された特徴の一つに基づく場合だけでなく、複数の動機の束の中で、許容されない区別の特徴が主要な基準の一つであった場合にも、基本法第3条第3項第1文の侵害となる」（パラ107）。これはこれまで述べてきた欧州人権裁判所の判断と、枠組みにおいては共通しつつ、一歩進めるものと言える。「決定的」であることまで求めず、「複数の動機の束の中」の「主要な」一つであった場合にも、国側において正当化が必要となる。

立証責任についても、欧州人権裁判所の判断枠組みを踏襲する。対象選定の「背後にある論理が不合理または理解不能である」場合、本訴で言えば職務質問に「不審事由」がなかった場合には、「当局は選定決定（決定結果）の合法性を説明し、必要に応じて証明しなければならない」とする。また、人種などの特徴が対象選定に際して要因となった可能性があることを示す徴候がある場合、当局はそのような特徴を要因とした対象選定が行われなかったことの主張・立証責任を負う（パラ113）。人種等の差別である可能性を指摘した場合、国の側が差別でないことを主張・立証しなければならないのである。

以上を踏まえた当てはめとして、裁判所はまず、対象選定の「背後にある論理が不合理または理解不能である」とした。つまり具体的で客観的な不審事由がなかったということである。対象選定の根拠として国側が主張する理由は、対象者の「言語や荷物」であるところ、これらの要素は身分確認を基礎付ける事情として十分ではなく、また身分確認を継続するべきでない事情がいくつか認められたのにこれを継続したこともまた、対象決定に関する「一貫した正当化が存在しないことを」裏付けるとした。

これにより国側に、対象選定が「肌の色に基づい」たものではないことの主張・立証責任が転換されるところ、国側の主張・立証は不十分であるとした。

比例原則の分析において裁判所は、国側が主張する「不法入国の予防と防止」という目的に照らし、「肌の色に基づ」く職務質問の成功率が極めて低い（2013年が約0.3%、2014年が1.1%、2015年が4.4%）ことを強調する。また、国側が実際に取り締まりの成功率が低いとしても、一般予防の効果を重視するべきと強調したことに対して、人種等に着眼して対象者を選定しなくとも一般予防の効果は得られるとして、考慮するべきではないとした。結果として、「例外的な場合のみ許容される人種に基づく不平等取扱いを正当化できるほど、公共の利益の保護にとって重要」ではないとして、違法と判断したのである（パラ133）。

このように、この裁判例は、人種や民族に着目した法執行が民主国家にとって極めて危険な差別的な取扱いであり、その弊害を除去するためには国側に厳格な主張と立証を求めるという、欧州人権裁判所の司法判断と同じ姿勢を採用しており参考となる。とりわけ、国側が「肌の色に基づ」く対象者の選定について、不法入国の予防と防止のために必要であるとか、一般予防として効果があるなど、一見もっともらしい主張をした場合に、その実際の効果を国側に立証させた上でそれを厳しく分析したり、一般予防の効果について他の採りうる手段を提示して国の主張を退けており、具体的な当てはめの仕方として参考になる。

結論として、通常の犯罪の取り締まりではなく、不法入国の予防と防止という目的のために、不法入国で用いられる可能性のある鉄道内での身分確認ですら、肌の色などの人種や民族に着目した対象者の選定は違法であると判断した点は、差別的取扱いの危険性を除去するべき必要性を強調するものとして、本訴においても参考にされるべきである。

(2) 2018年8月7日付Higher Administrative Court of North Rhine-Westphalia⁸

ノルトライン・ヴェストファーレン州上級行政裁判所の判決（甲45）もまた、ドイツにおけるレイシャル・プロファイリングの重要な判決である。

原告は38歳の黒人男性で、駅構内で身分証の確認を求められた。警察はフードをかぶって不審だったことなどを根拠として主張した。

裁判所は、まず基本法3条3項の差別禁止について、人種などの特徴が唯一の理由でなくとも、「複数の動機の一つとしてその特徴が支えになっている」場合にも適用される（パラ52）という原則を明示した上で、警察活動において人種的特徴を考慮する場合、その必要性について警察側に厳格な立証責任があるとして立証責任の転換を宣言した。

⁸ https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/5_A_294_16_Urteil_20180807.html

この立証責任の転換に関して裁判所は、警察活動の重要性も強調しており、例えば客観的に認識可能な特定の容疑者グループについての確実な手がかりが存在する場合、警察活動においても、動機の束の中の一要素として人種や肌の色等の特徴に依拠することが許されるとしている（パラ68）。これは本訴でも強調されるべきところである。レイシャル・プロファイリングの禁止は、人種や肌の色等に着目した職務質問を一律で禁止するものではない。特定の犯行において、犯人の人種や肌の色等の要素が目撃者などにより通報されていた場合などは、当該人種や肌の色等の要素に着目して職務質問をすることが許される。重要なことはその具体的な理由を、国側に主張・立証させることである。

国側が抽象的な犯罪件数の増加などを根拠とする場合には、「このような関連付けを主張する当局には、より厳格な立証責任が課される」とする。当該増加した犯罪を防止するために、当該要素に着目することが必要で合理的なことを主張・立証しなければならない。裁判所は、この立証責任の転換こそが、警察活動による治安維持と、差別の防止という民主主義・自由主義という、2つの憲法上重要な法益の間で実践的な調和を実現することを可能にすると強調するのである（パラ63からパラ69）。この指摘は、前述のとおり、被告愛知県が外国人犯罪の増加などを根拠として挙げようとする本訴においても重要である。

州上級行政裁判所は、人種に着目する根拠として、当該駅周辺における犯罪に関して国側が提出した「C市における犯罪統計」によれば、2012年から2013年にかけて特定の犯罪件数が増加したことが示されているが、これは外国人犯罪者による犯罪の割合が大部分を占めていることを示すものではない。国は他の文書を提出しておらず、統計データはC中央駅で発生した犯罪の一部しか反映していない。このため、外国人加害者による犯罪が全体の3分の2を占めているとの主張を裏付けるものではない。また、国の「窃盗事件が平均を大きく上回っている」という主張も、基準となる比較対象が明示されておらず、平均を上回る窃盗件数と外国人犯罪者との関連性についての説明も欠如している。」などとして、被告の統計に関す

る主張は必要性を十分に裏付けていないと退ける（パラ74）。国側はその他、イスラム過激主義者のテロ活動の防止なども主張としてあげるが、裁判所は、当該駅におけるテロの危険性が高いとする根拠が不十分であり、またそれが肌の色とどのように関連するかも立証されていないとして退けている（パラ77-78）。

この判決も、判断枠組みやその当てはめは他の司法判断と同様であるが、とりわけ、警察活動による治安維持も憲法上重要な公共の利益であることを強調しつつ、他方で差別の防止という民主主義・自由主義に照らして重要な憲法上の利益と実践的な調和を実現するためにこそ、主張・立証責任の転換が必要である（パラ68）と強調する点は、本訴においても参考にされるべきである。

3 オランダとスウェーデンの裁判例

それ以外の欧州各国で、人種や民族、肌の色に着目した法執行の違法を認めたものとして、オランダとスウェーデンの裁判例を1つずつ紹介する。

（1）オランダ：2023年2月14日付ハーグ控訴審裁判所判決⁹

入国審査におけるレイシャル・プロファイリングについて、欧州人権条約14条違反を認めたのが、2023年2月14日付ハーグ控訴審裁判所判決（甲46）である。

オランダでは、国境通過後の不法入国者対策の一つとして、モバイル・セキュリティ・モニタリング（「MSM」）という手続が法定され、入国直後の対象者に対し、身元、国籍、移民ステータスなどを確認する目的で、停止を求め質問をすることが認められている。この対象者選定に際し、人種や民族的ルーツを指標の一つとすることが許されるかが裁判で争われた。

⁹ <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2023:173>

控訴審裁判所は、当事者の主張に即して、「何人も、特に、性別、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見又はその他の意見、国籍又は社会的出身、国内少数民族性との関係、財産、出生又はその他の地位により、いかなる公権力によっても差別されない」と定める欧州人権条約12議定書1条の違反があったかを検討する。なお、裁判所によれば、「同条項における差別の概念は欧州人権条約14条と同じ意味」であり、欧州人権条約14条に関しては、欧州人権条約12議定書1条に関する判例よりも広範な判例が存在するため、控訴審裁判所は、欧州人権条約14条に関する欧州人権裁判所の判例と一致させるべきであるとする（パラ8.3）。

裁判所は続けて、欧州人権条約に関する判例として、欧州人権裁判所は「もし〜でなければ（*but for*）」のテストを適用していると整理する。すなわち、「欧州人権裁判所は、その人が肌の色などの特定の（欧州人権条約14条に記載されている）個人的特徴を有していなければ、その人に対する扱いが同じであったか否か」を検証し、もし取扱いが同じではないとされれば、「当該事例は欧州人権条約14条が禁止する、いずれかの理由に基づく不平等な扱いとみなされる」（パラ8.5）。

取扱いに違いがあることが原告側から立証されれば、国側が「その正当性を証明」しなければならない。その正当化は厳格で、「非常に重要な理由」がある場合にのみ正当化される。また、「客観的かつ合理的な正当性」という用語は「可能な限り厳格に」解釈されなければならない（パラ8.6）。「非常に重要な理由」の審査とは、不平等な扱いの妥当性、必要性、比例性だけでなく、求める目的の正当性についても高い基準が設定されなければならないことを意味する。

なお、その不平等な取扱いが、人種や民族性に「専ら又は決定的な程度に」基づかなければならないわけではなく、「*but for*」のテスト、すなわち「その人が肌の色などの特定の個人的特徴を有していなければ、その人に対する扱いが同じであったか否か」というテストを通過する区別がなされた場合、国側はその区別に「非常に重要な理由」があることを証明しなければならない。

本訴のように、東アジア人の外見の日本人と、外国人あるいは外国にルーツがある日本人との間で、職務質問を受ける確率が5.6倍程度も離れている場合、「その人が肌の色などの特定の個人的特徴を有していなければ」、職務質問を受けなかった可能性が飛躍的に高まるから、両者の扱いは同じでなかったこととなり、国としては、そのような扱いをする「非常に重要な理由」を述べなければならない。

裁判所は、以上の判断枠組みに基づき、国が人種等に着目して対象者を選択することは当局の方針であったとした上で、国側が「人種や民族性の使用は非常にまれであるので、現実的なリスクはない」などの主張・立証をしておらず、むしろ人種や民族性に着目する手法を重視していることを踏まえ、差し止め請求を認めた。なお、原告における運用の立証は、民族性の不当な利用が「多かれ少なかれ構造的に」行われていることまでの立証は不要であるとしている。

理由づけとして本訴にも関連する重要な点は、原告側がどの程度の主張・立証をするべきかという点である。この点について裁判所は、「単に他の理由も対象選択の決定に寄与しているという事実は、（人種又は民族性に関連する）個人的特性がなければ対象選択が行われなかったという限りにおいて、人種又は民族性が決定的であるという事実を排除するものではない」と明確にする。また、「他の事由の1つ以上が同じ意味で決定的である可能性は、他のすべての状況が同じであるが、人種又は民族的特性がなければ選考は行われなかったであろうという意味で、人種又は民族性も決定的であることを妨げるものではない」ともする。すなわち、「因果関係を立証する際の『あれなければこれなしの条件（*condicio sine qua non*）』と同様である」るのである（パラ8.13）。

（２）スウェーデン：2017年4月28日付スウェーデン高等裁判所判決¹⁰

この事件は、警察がロマ民族について民族的な出自のみに基づき個人データを登録していたことの違法性が争われた事件である。職務質問や身分証の確認などを求めたものではないが、人種等に着目した法執行の違法性を検討する際に主張・立証責任を転換した判決として参考になる（甲４７）。

裁判所は、原告が、民族的な自身の個人データが民族的な出自のみに基づいて処理されたと推測される状況を示した場合には、国側がそのような差別的な個人データの処理が行われなかったことを証明しなければならないとして、立証責任を転換した。

裁判所は、原告が提示すべき差別的取扱いがなされたことの推測については、一般的な事実と原告に関する事実により認定した。すなわち、登録簿の名称がロマを連想させることや、登録簿にロマまたはロマと結婚した者だけが含まれると指摘されながら、国側がロマではないスウェーデン人が登録されていることを主張しなかったことなどである。実際に原告らがロマでこの登録簿に登録されていることも指摘された。

その上で裁判所は、国側が原告らをその名簿に登録した正当性を具体的に主張・立証していないことなどから、名簿作成と原告らの登録について違法と認めている。

４ カナダの裁判例

カナダにおいては、レイシャル・プロファイリングに関する重要な裁判例が多く見られる。いずれの判決も、人種や民族、肌の色等に着目した法執行の違法性を認定している。

¹⁰ https://crd.org/wp-content/uploads/2019/02/2738_001.pdf

カナダにおいても欧州人権裁判所で用いられたような差別の一般条項はあり、その枠組みで差別的取扱いの違法性を判断する裁判例もあるが、以下で紹介する事案は、不合理な搜索や恣意的拘束に当たるかを総合考慮に基づき検討するに際して、捜査機関が人種や肌の色に着目したかどうかを考慮要素とする点に特色がある。とりわけ重要なことは、その着目が主要な動機でなくても良いとしている点である。

(1) 2019年5月31日付R. v. Le事件最高裁判決¹¹

カナダの最高裁が、人種等に着目してなされた警察活動について判断した重要判例が、R. v. Le事件最高裁判決（SUPREME COURT OF CANADA, R. v. Le, 2019 SCC 34 (CanLII), [2019] 2 SCR 692、甲48）である。

トロント住宅協同組合の私有地の裏庭で、5人の若い有色人種の男性が集まっていた。被告人のLe氏はそのうちの一人だった。ただ話していただけた5人に対し、警察官が令状も同意もなく裏庭に立ち入り、身分証明書の提示や所持品検査を求めた。Le氏が逃走したところ逮捕され、銃器や薬物を所持していたことから起訴された。不合理な搜索・押収（権利及び自由に関するカナダ憲章8条¹²）や禁止された恣意的拘束（権利及び自由に関するカナダ憲章9条¹³）であるとして証拠排除が求められたが、下級審では排除されず有罪となった。

結論として最高裁は、証拠を排除した上で有罪判決を破棄して無罪を言い渡した。最高裁は、恣意的拘禁かどうかの判断として総合考慮を用いつつ、その重要な考慮要素の一つとして、個人の特徴や状況を挙げる。ここでいう個人の特徴や状況とは、年齢・成熟性・社会経験といった若者に関する要素や、身体的特徴やマイノ

¹¹ <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2019/2019scc34/2019scc34.html>

¹² 「何人も不合理な搜索・差押えを受けない権利を有する。」 "Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure." <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html>

¹³ 「何人も不合理な拘束・収監を受けない権利を有する」 "Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned." <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html>

リティとしての社会的地位といった人種的マイノリティに関する要素がある。これらが総合考慮において重要だとする裁判所の理由づけは、以下のようなものである。

すなわち、まず、外国人風の外見などのマイノリティは、その歴史的経緯や個人的な経験から、警察の指示を無視することが特に困難だと感じたり、立ち去る権利を主張すること自体が回避行動とみなされると感じる可能性が高い。そのため、マイノリティではない対象者であれば合理的でないとされがちな行動をとる可能性がある。また、自由に立ち去れないと感じたり、その場に止まることを強制されていると感じることとなる。さらには、捜査機関と人種的マイノリティとの間には、歴史的に、あるいは社会的に抑圧された関係が生じていることがある。そのため、対象者が人種的マイノリティである場合、そのようなマイノリティの経験と視点を法的判断に組み込むことが実質的平等にとって必要であると強調している（パラ75）。さらに裁判所は、これと並列して考慮されるべき要素として、レイシャル・プロファイリングの問題をあげる。レイシャル・プロファイリングの定義については、先例であるQuebec v. Bombardier Inc. 事件を引用しつつ、「権限を持つ法執行機関による行為で、安全、治安、公共秩序を理由として、人種、肌の色、民族的・国民的出自、宗教によって定義されるグループへの実際のまたは推定される所属に基づき、事実に根拠や合理的な疑いなしに行われ、差別的な取扱いや監視にさらされる結果となるもの」とする。

そしてレイシャル・プロファイリングに基づく職務質問は、定義上、合理的な疑いに基づかないから恣意的拘束になるとした上で、重要なことは、客観的にレイシャル・プロファイリングの定義に当てはまる捜査手法が採られていたかどうかにかかわらず、「被告人の立場にある合理的な人の認識に人種が及ぼした影響という個別具体的な問題」であり、「9条に基づく拘束の時期に関連する人種的背景分析は、内向きではなく、むしろ、その状況における合理的な人が何を認識するかを見極め

るために、警察と有色人種コミュニティとの間の関係面に焦点を当てる」ものであると争点を整理した（パラ81）。

その上で、専門機関の報告書などを踏まえ、「人種的マイノリティの人々は、不均衡な水準で警察や刑事司法制度と関わって」おり、人種的マイノリティの人々自身も「そのような差別的な扱いについて認識している」ことを強調する（パラ90）。とりわけ報告書における統計データなどをもとに、多くの人が「恐怖やトラウマ、屈辱感、信頼の欠如、警察によって否定的な扱いを受けるだろうとの予想につながる」経験をしていたことを明らかにする（パラ93）。これらを踏まえて、Le氏たちの置かれた主観的な経験を分析する。すなわちLe氏らにとって今回の職務質問は、「人種によって差別されている若者たちが共通して経験すること、つまり、頻繁に標的にされ、呼び止められ、辛辣かつ聞き慣れた質問を浴びせられるという体験の一例」であったのである。そうであれば「深夜、3人の警官が、トロントの住宅組合の住居に住む、5人の有色人種の若者に質問をするために、令状も同意も警告もなく、狭い私有の裏庭に立ち入ったとき、これらの若者はそこに留まり、質問に答え、従わざるを得ないと感じただろう」（パラ97）と結論づける。

カナダ最高裁のもう一つの重要な点は、被告人らが頻繁に職務質問を受けていたことを認定したことである。裁判においてLe氏や他の男性たちは、頻繁に職務質問を受け、住所を確認され、身分証明書を提示させられ、所持品検査を超える搜索を受けていたと証言した（パラ99）。

一審判決はこれらの証言を事実認定に用いなかったが、最高裁は、彼らの証言について、実際にそのような職務質問があったことの厳格な証明を求めるのではなく、9条との関係では、「被告人の立場にある合理的な人が、被告人が自由に立ち去ることができたかどうかについてどのように認識したかを客観的に評価することが必要となる」とした上で、彼らの証言は文脈として考慮されなければならないと判断したのである（パラ106）。

以上を踏まえ最高裁判所は職務質問とそれに引き続く逮捕を違法とし、押収物の証拠能力を否定して被告人に無罪を言い渡した。総合考慮のあり方として参考になる。

(2) 2003年4月16日付R v. Brown判決（オンタリオ州高等裁判所判決）¹⁴

オンタリオ州高等裁判所（Court of Appeal for Ontario）のブラウン事件判決（甲49）は、レイシャル・プロファイリングに関する立証責任の転換を示した重要な先例である。

カナダの法制度においては、原則として、職務質問が違法であることを主張する原告側が停止する明確な根拠がなかったことを立証しなければならない（パラ11）。しかし、レイシャル・プロファイリングが直接証拠によって証明されることは極めて稀であり、状況証拠から推論するしかないことを踏まえ（パラ44）、事実上原告の立証のハードルを下げ、レイシャル・プロファイリングと考えると齟齬がない事実や警察官が実際の職務質問の理由について真実を述べていないと考えられることなどを踏まえて職務質問が違法であったと認定するとして、事実上立証責任を転換したのである。

具体的な認定においては、野球帽とジョギングウェアを着用した若い黒人が、高価な新車を運転していたという状況においては、職務質問がレイシャル・プロファイリングによりなされる可能性があるとした上で、警察官が車両の停止を求める前にBrown氏の車内を覗き込んで人種を確認していたこと、逮捕してBrown氏が著名なスポーツ選手であることを把握した後に職務質問の正当性を補強する記録を追加して作成したこと、警察官が供述において矛盾していることなどを状況証拠として挙げて、Brown氏に対する職務質問はレイシャル・プロファイリングに基づくものだったと認定した。

¹⁴ <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2003/2003canlii52142/2003canlii52142.html>

(3) 2017年4月4日付Elmardy v. Toronto Police Services Board et al判決（オンタリオ州最高裁判決）¹⁵

ブラウン判決を援用して、レイシャル・プロファイリングにおいて事実上立証責任を転換したオンタリオ州最高裁判決（Ontario Superior Court of Justice）が、エルマディ事件判決（甲50）である。黒人男性のエルマディ氏は、2人の警察官によって路上で停止させられた。エルマディ氏がポケットから手を出すことを拒否したところ、警察官の一人はエルマディ氏の顔面を2回殴打した。手錠をかけ、ポケットと財布が搜索された。その後の警察内部の捜査資料には、エルマディ氏について出生地がスーダンの黒人と記入された。

エルマディ氏が職務質問が違法であったとして提訴したところ、一審判決は職務質問の違法性を認めたものの、警察官がレイシャル・プロファイリングによりエルマディ氏を人種に基づき差別したとの主張は退けた。

上訴を受けたオンタリオ州最高裁は、レイシャル・プロファイリングについて、「警察官が裁量権の行使において人種的固定観念の影響を受けていたこと」が「直接証拠によって証明されること」は稀であるとし、「状況証拠から推論を導き出す必要がある」とした。その上で、原告側が「状況がレイシャル・プロファイリングに基づくものと考えても矛盾せず、かつ、警察官が被告人に着目した理由について虚偽を述べていると考えられる事情を提示した場合には」、警察官が職務質問をした合理的な理由があるかないかの検証に移るとした。そして被告側が合理的な理由の主張・立証に失敗したときには、合理的な理由がない職務質問をしたということは警察官が嘘をついた蓋然性が高いとして、その職務質問が「レイシャル・プロファイリングに基づいていた」と認定すべきであるとした（パラ17、これはBrown事件のパラ45に基づく。）。警察官が虚偽を述べたかどうかという命題について、職務質

¹⁵ <https://www.canlii.org/en/on/onscdc/doc/2017/2017onsc2074/2017onsc2074.html>

間に合理的な理由があるかどうかを被告側に主張・立証させるという点で、事実上、立証責任を転換したのである。

その上で、「レイシャルプロファイリングの根底にある態度は意識的または無意識に保持され得ること、また社会科学研究により、トロントでは黒人の人種的特徴が警察の疑いを引き起こすことが立証されている」こと（パラ15）から、直接証拠はないものの、状況証拠から、当該職務質問は、「エルマディ氏が黒人であるという事実によって動機付けられていた可能性の方が高いという推論を導き出すことができる」として原審を破棄したのである（パラ13）。

これは本訴においても参考になる。職務質問にあたった警察官や所属する警察署が、自ら、人種差別に基づき職務質問と認めることはほとんど考え難く、それ以外の直接証拠も期待できない。だからこそ「状況証拠から」当該職務質問が人種差別的な動機で行われたとの「推論を導き出す」必要がある。実際原告らに対する職務質問は、「レイシャル・プロファイリングに基づくものと考えても矛盾」しないことは明らかで、また、原告らは警察官が原告らに着目した理由について「合理性がないと考える推論の根拠」として、なんらの不審行動をしていなかったことを主張している。そうであれば、被告らから具体的な主張・立証がない限り、その職務質問は「レイシャル・プロファイリングに基づいていた」と認定されるべきである。

（４）2019年8月22日付R. v. Dudhi判決（オンタリオ州高等裁判所）¹⁶

レイシャル・プロファイリングについてより緻密な分析をした判決が、R. v. Dudhi事件（2019）のオンタリオ州控訴審判決（Court of Appeal for Ontario）である（甲51）。あるモデルの車を運転する白人という情報をもとに容疑者を捜査している際に、走行中の同じモデルの車を発見して追跡を開始し、横付けして運転手を確認したところ黒人であることを把握しながら、またナンバープレートが容疑者

¹⁶ <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2019/2019onca665/2019onca665.html>

のものと違うことを照会によって把握しながら、なおも追跡を継続して捜査した事案について、一審判決はレイシャル・プロファイリングを否定した。

オンタリオ州の控訴審裁判所は、レイシャル・プロファイリングについて、「①態度的要素と②因果的要素の2つの要素がある」とした上で、前掲R. v. Le事件のパラ76で、ブラウン判事とマーティン判事が法廷多数意見として説明したように、「人種プロファイリングの概念は、主に警察の動機に関係している。それは、犯罪性や危険性に関する人種や人種的固定観念が、意識的または無意識的に、容疑者の選定や対象者の扱いに少しでも使用された場合に発生する」（パラ54）と整理する。

①の「態度的要素」とは、「警察官などの権限を持つ者が、犯罪を犯す傾向や危険性を特定する上で人種や人種的固定観念が関連する」と考えるその態度そのものを指す。これに対し②「因果的要素」とは、「人種に基づく思考が意識的または無意識的に因果的役割を果たすこと」を指す。態度的要素としてレイシャル・プロファイリングがあると、警察官の人種に関する固定観念が、「容疑者の選定や対象者の扱い」に「いかなる程度であれ動機を与えたり影響を与えたりする」（パラ55）として因果的に機能すると分析する。

その上で、過去の裁判例の中には、被疑者の選定や対象者の取扱いに人種以外の合理的な根拠がない場合にのみレイシャル・プロファイリングを認めるものがあり、また、このDudhi事件でも国側は、レイシャル・プロファイリングとして恣意的拘束であったと認められるためには、「停止に明確な理由がなかった可能性が高く、具体的には停止がその人物の肌の色に基づいていたことを示さなければならない」と主張するが、それは「法の正しい解釈ではない」と指摘する（パラ58・59）。Le事件パラ76にあるとおり、レイシャル・プロファイリングは、人種や人種に関する固定観念が、被疑者の選定や対象者の取扱いに「いかなる程度でも使用された場合」に認められるのである。この点に関してPeart事件という別の事件におけるパラ91の判示が適切であるとする。すなわち、「例えば、スピード違反の車両をみた警察官が、運転手の肌の色を理由の一部として車両を停止することを決めた場合、車両

のスピードがその行動を正当化する可能性があるとしても、それはレイシャル・プロファイリングに該当」し、差別的な取扱いに該当する（パラ59）。

このように、「人種や人種に関する固定観念に基づく警察活動は、それ自体、定義上、客観的に合理的な判断ではないという原則」が宣言されなければならない

（パラ60）。逆に言えば、人種や人種に関する固定観念「のみに」、あるいは「主に」動機付けられている必要はない。人種や人種に関する固定観念の不当な思考が、「態度的要素」としてあり、それが「因果的要素」として、被疑者の選定や対象者の取扱いに影響を与えている場合、その判断が合理的であることはない、すでにその判断は「不適切な思考によって汚染され」ているからである（パラ62）。

「その判断が人種や人種に関する固定観念の影響を受けている場合に警察官の権限行使を許容する法体系には、称賛すべき点はほとんどなく（パラ64）、「平等と人間の尊厳という基本的概念に反する」レイシャル・プロファイリングは、捜査機関の人的・物的な「資源を誤った方向に向け、コミュニティのメンバーを疎外することで効果的な警察活動を損なうだけでなく、『否定的で破壊的な人種的固定観念を助長する』（パラグラフ65）との裁判所の指摘は、日本を含むあらゆる法体系において共通する問題意識ではないだろうか。

そして、「平等と人間の尊厳に対するこの侵害を含む害悪は、権限を持つ者の意思決定が人種や人種に関する固定観念によって汚染されるときはいつでも生じる」（パラ65）と指摘されているとおり、その害悪を取り除き、また改善するためには、「権限を持つ者」に対する教育や研修が不可欠なのである。

5 フランスの裁判例

フランスでは、司法警察活動に対する国家賠償の請求において、警察官の法執行が違法なだけでは足りず、「重大な過失」が必要とされている点で、日本の職務行為基準説と類似の構造にある。そのため、単に差別的な職務質問かどうかにとどま

らず、それが重大な過失であったかという論点が追加される点で、他の裁判例とは枠組みが少し異なる。

レイシャル・プロファイリングに関するフランスの裁判例として、2016年1月9日付破毀院民事第1部判決（甲52）と、2021年6月8日付パリ高等裁判所判決（甲53）が重要である。

いずれの判決も、欧州人権条約14条の解釈として、またその解釈を国内法に適用する文脈において、レイシャル・プロファイリングの場合に「重大な過失」がなかったことの立証責任を国側に転換し、捜査の違法を認めた点で、本訴において参考になる。

（1） 2016年11月9日付破毀院民事第1部判決¹⁷

2011年12月6日、ナンテールの検察官が、2011年12月10日の13時から24時まで、特定の地区の特定の場所において、故意の暴力や車両の盗難、麻薬などのいくつかの犯罪類型とともに、「外国人に関する法律違反」を捜査するため、身分証明書の確認を行う捜査プログラムを策定して警察に要請した。警察官から身分証明書の確認を求められた原告らが、出身、外見または民族的所属に基づく差別的な確認であるとして、損害賠償を求めて提訴した。

控訴審は、身分証確認の憲法と欧州人権条約14条違反を認めた。

国はいくつかの上告理由の中で、例えば、控訴審裁判所は警察官の身分証確認が重大な過失に当たることの根拠として、証人の証言に加えて統計情報を挙げたが、統計情報は一般的なもので、「立証されるべき具体的な事実との関連において、特定の事実を立証するための重大で具体的かつ一致した状況」に関する立証としては不適切であったであるとか、立証責任に関して、原告に対する身分証確認が行われ

¹⁷https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000034407830?cassFormation=CHAMBRE_CIVILE_1&dateDecision=09%2F11%2F2016+%3E+09%2F11%2F2016&page=1&pageSize=10&query=Cour+de+cassation+9+novembre+2016&searchField=ALL&searchType=ALL&sortValue=DATE_DESC&tab_selection=juri&typePagination=DEFAULT

た時間や場所で、「外国人と推定される人々を対象に行われた身分確認を正当化する具体的かつ特別な状況を示さなかった」ことのみをもって違法の根拠としたことは、警察官の身分証確認が検察官の要請に基づくものであることを見過ごすもので誤りであるなどと主張した（甲５２の２：１～２頁）。

これに対し最高裁判所は、まず「身分確認が差別的であることが立証された場合に」は重大な過失が認められるとし、かつ原告側が「差別の存在を推定させるような差別的な扱いを示す事実の要素を提供」した場合には、被告側が取扱いに差がないことか、当該職務質問等が「いかなる差別とも無関係な客観的要素によって正当化されていることを証明する責任」があるとし、その正当化の証明に失敗した場合には「身分確認が差別的である」として「重大な過失」があるという判断枠組みを確立した（同３頁以下）。

その上で国側の上告理由に応答する形で、「提出された研究及び統計情報」は証拠として十分であり、身分証明書の確認が、「『目に見えるマイノリティ』に属する同じカテゴリーの人々に対する」「民族的出自に起因する身体的特徴によって」「差別的な根拠に基づいて、頻繁に実施されている」ことを証明すると指摘する（同）。

結論として、国側が「外国人と推定される人々を対象に行われた身分確認を正当化する具体的かつ特別な状況を示さなかった」以上、レイシャル・プロファイリングによる身分証確認は正当化されないとして、控訴審判決を是認したのである。

本訴においても、原告らは報告書や統計情報により、「民族的出自に起因する身体的特徴」によって「差別的な根拠に基づいて」職務質問が「頻繁に実施されている」ことを十分に証明している。被告東京都や被告愛知県が、原告らに対する職務質問が「いかなる差別とも無関係な客観的要素によって正当化されていることを証明」しない場合には、職務質問が違法であると宣言されるべきである。

（２）２０２１年６月８日付パリ高等裁判所判決

本訴とより類似するケースが、２０２１年６月８日のパリ高等裁判所（Court of Appeal of Paris）の控訴審判決である。

原告らはいずれもアフリカ系フランス人で、１７歳が１人と１８歳が２人である。２０１７年３月１日午後８時頃、３人はパリ北駅構内で警察による身分証確認を受けた。他に１５人の同級生と２人の引率者とともに訪れたブリュッセルへの修学旅行の帰路だった。１人は身分証確認に加えて、ボディチェックも受けた。

裁判所は、国家賠償が認められる重大な過失に関する判断枠組みとして、「身分証確認が差別的であることが立証された場合」に認められ、「事前の客観的正当化なしに、実際のまたは想定された出自に関連する身体的特徴に基づく基準によって実施された身分証確認」は「差別的」であるとした上で、「差別の被害を主張する者は、差別の推定を生じさせる待遇の違いに関する事実証拠を提出する責任を負い、必要に応じて行政は、待遇の違いが存在しないこと、またはそれが差別とは無関係な客観的要因によって正当化されることを証明する責任を負う」（甲５３の２：７頁）として、「重大な過失」に関する立証責任が転換されることを確認する。

原告らの「事実に証拠」としては研究や統計情報が提出されており、裁判所はこれらの証拠により、「実際または想定される民族的出自に基づく身体的特徴によって特定される「可視的少数派」に属する同じカテゴリーの人々に対して差別的な理由で実施された身分証確認の頻度を示す多数の研究および統計情報を提出」（同７頁）しており、「差別の存在を示唆する取扱いの差異を浮き彫りにしている」（同９頁）と判断した。

その上で、「取り扱いの差異が存在しないこと」または「差別とは無関係の客観的要因によって正当化されること」に関する国側の立証が成功したかを検討する。

第１に国が身分証確認に関する報告書を、１月半以上経過した２０１７年４月２７日まで作成しておらず、かつこれが本件が問題とされた後であることを認定し、

記録がないために正確に特定されず、追跡できないことを強調した。これは立証責任を転換すべき理由の一つでもある（同 9 頁以下）。

第 2 に、不当な差別的取扱いであることの苦情などにより、身分証確認から 5 日以内に正当化を求められていたにも関わらず、「警察官の証言や利用可能な映像記録や無線記録」をほとんど収集も保管もしていないことを批判する（同 10 頁）。

第 3 に、国側は身分証確認をする客観的で差別的でない根拠として、大きな鞆を持っていたこと、離れて立っていたこと、25 歳程度と推定されたことなどを挙げたが、これらの事情も 2 日間の修学旅行の帰りとしては客観的に不自然で、身分確認をした理由として信憑性に欠けるとされた（同 10 頁）。

このように国側のいずれの主張も立証も「出自とは無関係の客観的要因による取扱いの差異の証明を確立するのに十分とは認められない」として「重大な過失」があると判断されたのである。

（3）小括

以上のように、フランスにおける国家賠償請求制度は、警察官の重大な過失を求める点で、日本の職務行為基準説に類似する。その中でフランスの最高裁判所は、原告側が「差別の存在を推定させるような差別的な取り扱いを示す事実の要素を提供」した場合には、被告側が取扱いに差がないことか、当該職務質問等が「いかなる差別とも無関係な客観的要素によって正当化されていることを証明する責任」があるという判断枠組みを確立した。

このような判断枠組みは、これまで述べてきた欧州人権裁判所と大枠において共通する。その上でその具体的な当てはめにおいては、研究や統計などが重視されていたり、国側の記録の収集・保管の不十分さを国に有利に解することなく、厳格な立証に失敗したとして「重大な過失」を認めている。かかる判断枠組みや当てはめは、差別のもたらす危険性などが共通する日本においても十分に参考にされなければならない。

6 まとめ

これまで述べてきたように、欧州人権裁判所、ドイツ、オランダ、スウェーデンなどの欧州各国では、人種差別の危険性と民主主義・自由主義の理念に照らして、差別的な運用に関する主張・立証責任を転換している。原告側が統計などにより一応の徴候を示した場合には、国側において差別的な運用がないことを主張・立証しなければならない。

カナダにおける恣意的拘束の解釈と適用においても類似の枠組みが取られている。そのコミュニティの中で人種差別的な運用がなされていたと、原告側が認識していたことが、職務質問の違法性の評価においても重視されている。

フランスにおいては、「重大な過失」という要件の充足性の検討に際し、特定の職務質問が違法であると認定された場合において、原告側が「差別的な取り扱いを示す事実の要素を提供」した場合には、被告側が取扱いに差がないことか、当該職務質問等が「いかなる差別とも無関係な客観的要素によって正当化されていること」を主張・立証しない限り、その職務質問は人種差別的なものであり、「重大な過失」があるとしている。

これらの司法判断は、本訴でも、本件運用の主張・立証の判断枠組みと、国家賠償請求における職務行為基準説の主張・立証責任の判断枠組みのそれぞれにおいて参考になる。

第2 本件運用の立証責任の判断枠組みについて

1 海外の司法判断を踏まえた、立証責任の転換

本訴において、本件運用が存在することは、準備書面6で述べたとおり7つの争点との関係で重要な意義を有する。再掲すると、①被告国に対する違法確認請求（請求の趣旨6）の確認の利益にとって、②同じく被告国に対する違法確認請求（請求の趣旨6）の指導監督義務の内実を構成する「撤廃するための積極的措置を

講じる」義務の前提事実として、③被告東京都と被告愛知県に対する違法確認（請求の趣旨4及び5）において、被告らが今後も本件運用に基づく職務質問をすることが違法であることの確認をするための前提事実として、④国家賠償請求（請求の趣旨1乃至3）にとって、原告らに対して被告愛知県及び被告東京都の司法警察職員がした職務質問に、不審事由がなかったことを推認させる間接事実として、⑤同じく国家賠償請求（請求の趣旨1乃至3）にとって、原告らに対する職務質問が単発的な違法行為ではなく、繰り返しなされた違法行為として憲法13条に違反すること、及び裁量権の逸脱・濫用であることの請求原因事実として、⑥同じく国家賠償請求（請求の趣旨1乃至3）にとって職務行為基準説の主張・立証責任を転換させる要件として、⑦同じく国家賠償請求（請求の趣旨1乃至3）にとって、原告らの損害の大きさを推認させる事実として、本件運用が存在することは本訴にとって重要な意義を有する。

この①乃至⑦のいずれに関しても、本件運用が存在することは、あるいは確認の利益を基礎付ける事実として、あるいは請求原因事実の一つとして、あるいは損害の評価根拠事実として、通常であれば原告側に主張・立証責任がある。

原告らは、準備書面及び準備書面7で詳論したとおり、すでに甲25という専門的で中立的な統計により、具体的に職務質問の取扱いが日本人と外国人または外国ルーツの日本人で異なることを示している。また、内部で作成された文献（甲4）や内部関係者の供述（甲31ないし甲34）、これまで職務質問を多数にわたって受けてきた多くの外国人・外国ルーツの日本人の供述（甲35）などを提出している。

原告らは、これらの証拠によって、すでに本件運用の存在は、通常の立証責任で求められる程度を超え、十分に立証されていると確信している。

それに加えて、本訴ではそもそも原告らに課せられる主張・立証責任の程度が、通常よりも低いものとされなければならないことを指摘する。すなわち本件は、原告らにおいて、被告らが組織的に人種差別的な職務質問の運用を構築して実施して

いると指摘している事案である。欧州人権裁判所が指摘するとおり、人種差別がもたらす弊害は甚大である。人種差別は「特に悪質な差別の形態であり、その危険な結果を考慮すると、当局による特別な警戒と断固とした対応が必要」なものである。国などとして、「多様性が脅威としてではなく豊かさの源として認識される社会という民主主義の理念を強化するために、人種差別と闘うためのあらゆる手段を用いなければならない」問題である。

欧州人権裁判所は、かかる問題の重要性を踏まえて、人種差別的な取扱いについては、「原告が異なる取り扱いがなされたことを示した場合、それが正当化されることを示す責任は政府にある」と主張・立証責任を転換している。一般的に違法を争う場合の主張立証責任が原告にあるとしても、「すべての場合において『主張する者が立証責任を負う』という原則の厳格な適用」がなされるわけではなく、「特定の状況において、問題となる事象が完全にまたは大部分当局の排他的な知識の範囲内にある場合、立証責任は満足のいく説得力のある説明を提供する当局側にあるとみなされる」（パラ179）のである。

欧州人権裁判所が主張・立証責任の転換の理由として挙げる事情は、本訴と異なるところはない。根拠となる理念は、合理的な根拠のない区別取扱いを禁止する憲法14条1項や、民主主義・自由主義の原則を掲げる憲法前文、1条、15条1項・3項、13条などを定める日本国憲法においても同じく掲げられている。また、欧州人権裁判所は、日本も批准する人種差別撤廃条約の、人種差別撤廃委員会が提示する一般的勧告36も根拠としている。さらに同裁判所が依拠する欧州人権条約の条項と、日本が批准する人種差別撤廃条約の条項はほぼ同内容とされる。

加えて、「特定の状況において、問題となる事象が完全にまたは大部分当局の排他的な知識の範囲内にある場合」という考慮要素は、本件でも全く同様である。しかも、欧州人権裁判所が、統計などにより「一応の徴候の存在」が原告側から疎明された場合には、主張・立証責任が転換されると指摘するところの統計もまた、本訴で示されている。

このように欧州人権裁判所が指摘する事情がいずれも共通する本訴においては、本件運用の存在に関しては、被告において、そのような差別的な運用がなかったことについて、具体的に主張・立証しなければならない。その限度で原告らの立証責任は軽減されている。

2 日本の裁判例でも主張・立証責任が転換したことがある

このように、証拠の偏在や主張・立証の容易さから、原則的な主張・立証責任の分配を修正する考え方は、日本の過去の裁判例においても実際に採用されている。

例えば、東京地判平成19年3月23日訟月54巻9号1705頁は、原告らが血液製剤の使用によってC型肝炎に罹患したとして、製薬会社及び国を相手として賠償を求めた事案である。裁判所は、まず原則的な主張・立証責任の分配に関して、当該薬剤が「客観的有用性を欠くことは、製薬会社との関係では原告らに対する侵害行為として、国との関係では厚生大臣の違法行為と原告の損害との間の因果関係を構成する事実として、いずれも請求原因に属する事実である。さらに、行為時の知見に基づく有用性を欠くことも、製薬会社との関係では過失の前提たる予見可能性として、国との関係では厚生大臣の職務行為の違法性として、請求原因となる。したがって、医薬品が客観的有用性及び行為時の知見に基づく有用性を欠くことの客観的立証責任は、原告らにある」として、原告側に主張・立証責任があるとしつつ、「製薬会社は開発・製造・販売の各段階において医薬品の有効性及び副作用リスクについて、十分な調査・研究及び情報収集・分析を行うことが期待され、医薬品に関する情報はすべて製薬会社の手中にあること、医薬品の製造承認手続等における医薬品の有効性及び安全性に関する資料はすべて行政庁が保持していること、他方で被害者の側にはこれらの情報にアクセスし、分析する術がないことを考慮するならば、被害者の側で、医薬品により適応症に比して看過しがたい副作用が発生していることを主張・立証すれば、製薬会社及び国において、副作用の危険性を上回る有効性があることなど、自らの意思決定を裏付ける根拠や資料を提出し

て、反証する必要があり、これを怠る場合は有用性を欠くことを事実上推認し得る」として、主張・立証責任の分配を修正する。

レイシャル・プロファイリングに基づく職務質問に関する裁判例ではないものの、国側に職務行為時に十分な分析・検討等を行うことが期待されること、情報の偏在があること、被害者側でアクセスすることができないことなど、重視された判断要素は本件においても妥当する。

以上のように、本訴では、本件運用の存在にかかる主張・立証責任は転換され、被告らにおいて差別的な運用がなかったことを主張・立証しなければならない。

第3 国家賠償請求の違法性の立証責任の判断枠組みについて

原告らは、被告らに対して国家賠償請求を求めている（請求の趣旨1乃至3）。国家賠償請求の要件事実の一つである違法性は評価的事実であるから、原告らにおいて評価根拠事実を主張立証した上で、被告らが評価障害事実を主張立証することとなる。

本訴において原告らは、被告東京都と被告愛知県に対しては、①それぞれが受けた職務質問が警職法上の要件を欠いているため、また②それぞれが受けた職務質問は違法な運用に基づくものであるため、違法であると主張している（訴状31頁以下）。

このうち①について、警職法上、客観的な不審事由があることは職務質問が適法であることの要件であるから、被告らにおいて、客観的な不審事由を主張立証しなければ、違法性が認められることとなる。

また、国家賠償請求において、いわゆる職務行為基準説を採用することには慎重でなければならない、仮に採用するとしても、本件では、被告東京都及び被告愛知県の警察組織において、原告らがこれまで述べてきたとおり、捜査機関が人種や肌の色、国籍、民族的出自などにに基づき捜査対象を選別する捜査手法（「レイシャル・プロファイリング」）が運用として構築されてきたから、外国籍、外国ルーツまた

は外国ルーツの外観を有する対象者としてなされた職務質問は、かかるレイシャル・プロファイリングに基づくものであることが事実上推定される。そうすると、仮に職務行為基準説を採用しようとも、被告らにおいては、原告らに対する職務質問が、レイシャル・プロファイリングに基づくものでないこと（合理的な理由に基づくものであること）を主張立証しない限り、違法性が推定されることとなる。

本訴においては、被告らは客観的な不審事由について適切な主張立証をしていない。また、被告らは原告らに対する職務質問がレイシャル・プロファイリングに基づくものでないことについて適切な主張立証をしていない。

原告らに対する職務質問は国家賠償法上違法である。

1 国家賠償訴訟における主張立証責任

国家賠償請求を求める原告は、国家または地方自治体の公務員の故意・過失による違法な行為により、損害を受けたことを主張・立証する必要がある。

要件事実として違法性がどうかについては、不法行為（民法709条）の要件事実において違法性を不要とする議論（司法研修所『4訂 紛争類型別の要件事実』（2022）59頁、大江忠『要件事実民法（6）法定債権〈第4版補訂版〉』（第一法規、2024）182頁）に合わせて、国家賠償請求においても加害行為と権利侵害のみで足り、違法性は不要とする考えもあるものの、国家賠償法1条の「違法に」という文言上、国家賠償請求においては違法性が必要とされる考えが維持される可能性がある。

その場合、国家賠償法1条1項における「違法」とは、公権力の行使に当たる公務員の行為が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反することをいう（最一判昭和60年11月21日・民集39巻7号1512頁参照）。行為が違法であること（違法性）に関する主張・立証責任は、法律要件分類説に従い、原告（被害者）が負担すべきであるとされる（西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第3版〕』（2020、勁草書房）595頁）。違法性は評価事実となるから、原告

の側が国・自治体の行為が違法であることの根拠となる評価根拠事実を主張・立証し、被告の側が違法でないことの根拠となる評価障害事実を主張・立証することとなる。

2 職務質問の適法性に関する主張立証責任は被告にある

職務質問は、警職法2条1項の要件を満たす必要がある。すなわち、警察官が職務質問をするに当たっては、その対象者が、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っていると思われる者であることを要する。しかも、同条3項により、対象者は、その意に反して答弁を強要されることはない。そのため警察官が、同条1項の要件を具備しない者に対し、質問をするために停止をさせたり、又は質問をしたり、若しくは答弁を強要した場合、違法となる。

裁判例上、原告は自らが職務質問を受けた状況について具体的に主張・立証しさえすれば、国家賠償法上の違法性に関する評価根拠事実を明らかにしたこととなる。これに対し国・自治体は評価障害事実として、自らの職務質問が警職法の要件を満たすことについて主張・立証しなければならない。このことは、警職法の要件を満たさないことの立証は無いことの証明として不可能である一方、警察からすれば自らの職務質問の適法性を基礎付ける評価障害事実として、自らが職務質問を実施するにあたり認めた客観的で具体的な不審事由の存在を主張・立証することは容易であることから、当然の分配と考えられている。

例えば、大阪地判昭和63年4月14日・判時1303号97頁は、警察官が通行人の腕を掴んで職務質問を開始したことの適法性の検討において、「まず、中原巡査部長が原告に対し呼び止めて質問を開始し、原告の腕をつかんで押し止めたりしたこと（前記認定の1、2の事実）が違法か否かについて判断する」として、警職法の要件を満たす職務質問か否かを検討し、「中原巡査部長は、原告の服装が一

見やくざ風であったうえ、原告が中原巡査部長を避けて足早に去って行こうとしたため、不審を抱いて、指名手配の有無等を確認すべく質問を開始したことが認められるが、右事実のみでは、原告が前記の警職法二条一項の要件を満たすものとは認められない。」と結論づけ、国家賠償法上の違法性を認めている。

この訴訟で原告は、警察官の行為について具体的に主張・立証をしたにとどまり、自らに不審事由がなかったことの主張・立証などはしていない。他方で被告は、客観的に不審事由があったことを具体的に主張・立証することで職務質問が適法であることを主張し、これによって国家賠償法上の違法性が否定されると主張している。両当事者のかかる主張態度とそれを踏まえた裁判所の判示からは、客観的で具体的な不審事由があったことの主張・立証責任は被告にあることが当然の前提とされている。

東京地判平成25年5月28日・判例自治379号57頁も同様に職務質問の適法性が争われた事案である。裁判所は、違法性の認定に関して、客観的に不審事由がないのに職務質問をした場合には「警察官の職務上の法的義務に違反するものとして、国賠法上も違法になる」としている。その上で検討に際しては、東京都が、原告が道路を歩いている際に警察官と目が合うと急に俯いて視線をそらし、警察を避けるように道路の右端側を歩いて警察官の前を通り過ぎた後、道路の左端側に移動したから「異常な挙動」に当たると主張したことに対して、原告の本人尋問や警察官の証人尋問を具に検討し、原告が警察官と「目が合って、視線を逸らせたことを認めるに足る証拠はない」などとして不審事由がなかったことを認定し、かつそれが警察官にとって明らかであったからいわゆる職務行為基準説に基づいた上で国家賠償を認めている。この事案の控訴審（東京高判平成26年6月12日・判時2236号63頁）は、結論こそ賠償責任を否定したものの、判断枠組みは同様であり、「本件職務質問は警職法二条一項の要件を具備していたと認められるから、本件職務質問に国賠法上の違法があったということはできない。」と判示している。原告に不審事由がなかったことの立証責任を負わせそれが奏功しなかったから敗訴

したという枠組みではなく、国・自治体において「不審事由」があったことの立証に成功したから違法性を否定するという枠組みである。

このように、職務質問の違法性に関しては、国・自治体において客観的な不審事由があったことを具体的に主張・立証しなければならない¹⁸。

3 職務行為基準説の修正が必要である

国家賠償請求訴訟においては、仮にある公務員の行為が客観的に違法であったとしても、当該公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該違法行為を行った場合に限り国家賠償法上違法の評価を受けるとする、いわゆる職務行為基準説が採用される場合がある（最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁等）。被告国も職務行為基準説が採用されるべきであると主張し（被告国準備書面（1）4頁以下）、また上記平成25年東京地判でも職務行為基準説が採用されて、客観的に違法であることに加え、「警察官が、その職務質問の開始時点で把握していた状況を勘案して上記要件を満たすと判断する上において、合理的根拠が客観的に欠如していることが明らかであるにもかかわらず」という要素が追加されている。

しかし、職務行為基準説に対しては様々な批判がなされている。そもそも職務行為基準説は、一般不法行為の修正である。客観的に違法であれば国家賠償法上も違法とすることが素直で、従来はそのように解されていた（いわゆる「公権力発動要件欠如説」）。それが修正された理由としては、「他人の権利を侵害すること自体

¹⁸ なお、仮に、職務質問の違法性に関して、一般的には「不審事由」がなかったことの主張・立証を原告が負わなければならないと解される場合、原告は予備的に、人種や民族、肌の色などを考慮要素としたこと（レイシャル・プロファイリング）が疑われる事案においては、不審事由の存在について立証責任が転換される（国・自治体が不審事由があったことを主張・立証しなければならなくなる）ことも主張する。転換される根拠は、本件運用の存在について主張・立証責任が転換されるべき理由として述べたところと同様である。

がおおよそ許容されず、権利の侵害をもたらした行為は違法なものと評価を受ける」私人間の不法行為と異なり、「公権力の行使については、法の定める一般の要件と手続の下で私人の権利を侵害することが許容されており、いかに権利侵害の結果が重大でも、公権力の行使として適法である限り、損失填補はともかく、国家賠償責任を負うことはないというべき」であり、「国家賠償責任における『違法性』は、当該行為がかかる要件及び手続に従い行われたか否か、即ち、公権力の主体がその行使に当たって遵守すべき行為規範ないし職務義務に違反していないか否かにかかわる」からであるとされる（加藤和夫「最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度」100頁）。

このような職務行為基準説の考え方に対して学説からの批判が強い。例えば塩野宏は、「行政行為は法律に適合していることを要請され、また、その要請を充たしている限りで損害賠償法上の責任を負わない」という原則からすれば、「中心となるのは、客観的な法秩序に照らして国家行為が違法と評価されるかどうか」であるから、違法性の審査において「国に対する行為規範が明確に存在するときは、その規範の違反」のみを検討すれば足り、「当該公務員の過失として評価されるべきもの」は「端的に過失の問題として処理するのが素直な見方」であるとする（塩野宏『行政法Ⅱ 第6版』341頁（有斐閣、2019年））。

また、宇賀克也は、公権力発動要件欠如説が「より妥当」と述べており、その理由として「国家賠償制度は、被害者救済機能、損害分散機能」のみならず、「制裁機能・違法行為抑止機能・違法対応排除機能」といった「法治国家原理担保機能」が求められるところ、「職務行為基準説が採られた場合・・・違法性は、判決文の表面には直接出てこなくなる可能性が高く」、「法治国家原理担保機能を最大限に発揮」できなくなることや、職務行為基準説によると過失概念が実質的に違法性概念に吸収されるが、「故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えた」ときに賠償を認めるとする明文に反することとなることなどを指摘している（宇賀克也『国家

補償法』61頁以下（有斐閣、1997年））。本件においても無批判に職務行為基準説を採用することは許されない。

仮に本件のような職務質問において職務行為基準説を用いる場合、そもそも、職務行為における不審事由が具体的で客観的なものでなければならないことは警察官にとって当然の「行為規範ないし職務義務」であるから、具体的で客観的な不審事由を自ら立証できなかった場合には、当時の状況に照らして具体的で客観的な不審事由があると誤信したことについて、警察官において主張・立証しなければならないと解するべきである。このような主張・立証責任を課したとしても、警察官の所属する各都道府県にとって負担は小さく、またこのような誤信事由もないのに職務質問をした警察官の職務を保護する必要性も合理性もないためである。あたかも、表現の自由として憲法上保護される表現行為であっても、名誉毀損という実体法違反が認められ、かつ真実性が否定された場合には、真実と信じるにつき相当な理由を自ら主張・立証しなければ法的責任を負うことと同様、客観的で具体的な不審事由が否定された場合には、それがあったと信じるにつき相当の理由を、被告において主張・立証させるというものである。

加えて、少なくとも公権力の主体がその行使に当たって依拠していた行為規範が汚染されていた場合には、職務行為基準説の前提が崩れることとなるから、依拠すべき行為規範に従っていたかではなく、汚染されていた行為規範の影響を受けなかったかどうかを問うことになる。すなわち、本件のように、例えば警察官が教育や研修の過程で、また職場の運用として人種や肌の色のみに着目して職務質問することを行為規範であるとされてきた場合には、外国人、あるいは外国ルーツの外見の対象者に対してなされた職務質問に客観的な不審事由が具体的に立証されなかったときには、当該職務質問は、違法な行為規範を遵守した結果なされたものと事実上推定される。他方で捜査機関としては、当該職務質問についてそのような汚染の影響がなかったならば、不審事由がないのに職務質問をした合理的な理由に関する具体的な事情を主張・立証することは容易である。他方で、当該警察官の動機や当該

職務質問をするに至った捜査機関内部の事情について、職務質問を受けた当事者が、違法な運用に汚染されているか否かを主張・立証することはおよそ不可能である。

以上を踏まえると、本件のように、職務質問における差別的な運用が統計データなどから明らかにされ、かつかかる差別的な運用と同一の状況において職務質問がなされ、さらに当該職務質問に不審事由があったことを国・自治体が主張・立証できなかった場合には、当該職務質問については当該差別的運用が適用された蓋然性が高く、それにより「合理的根拠が客観的に欠如していることが明らかである」ことが推定されるから、国・自治体において、当該職務質問については差別的な運用の適用がなかったことを主張・立証しない限り、当該職務質問は「合理的根拠が客観的に欠如していることが明らかである」ものとして、国家賠償法上違法となるとされなければならない。

4 小括

被告東京都及び被告愛知県の警察組織においては、原告らがこれまで述べてきたとおり、人種や肌の色、国籍、民族的出自などにに基づき捜査対象を選別する捜査手法（「レイシャル・プロファイリング」）が運用として構築されている。海外の司法判断のうちとりわけ「重大な過失」を求める点で類似するフランスの司法判断や、前掲平成19年東京地判決などを踏まれば、かかる運用が認められる以上、国家賠償法上の違法が認められるべきである。

すなわち、原告らに対する職務質問は、かかるレイシャル・プロファイリングに基づくものであることが事実上推定される。被告東京都自身も認めるとおり（被告東京都準備書面(1)3頁）、レイシャル・プロファイリングに基づく職務質問は明らかに違憲・違法な捜査手法である。レイシャル・プロファイリングに基づき職務質問をすることは「合理的根拠が客観的に欠如していることが明らか」であるためである。そうすると、仮に職務行為基準説を採用しようとも、被告らにおいては、捜査

機関内部でレイシャル・プロファイリングが運用として構築されてきたものの、原告らに対する個別の職務質問は、レイシャル・プロファイリングに基づくものでないこと（合理的な理由に基づくものであること）を主張立証しない限り、違法性が推定されることとなる。いわば、個別の職務質問がレイシャル・プロファイリングの汚染から免れていることを主張・立証しなければならない。

しかし被告らからは、原告らに対する職務質問が人種や肌の色、国籍、民族的出自に着目してなされたものではないことの主張・立証が全くなされていない。原告らに対する職務質問は、不審事由がなく警職法上違法であり、かつ職務行為基準説に照らしても国賠法上違法となるのである。

以上