OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | 日本における性的マイノリティ差別と立法政策 : イギリス差別禁止法からの示唆（1） |
| Author(s) | 佐々木, 貴弘 |
| Citation | 国際公共政策研究. 2013, 17(2), p. 135-149 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://hdl.handle.net/11094/27173 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

# 日本における性的マイノリティ差別と立法政策

## ―イギリス差別禁止法からの示唆―(1)

# Legislative Policy and Discrimination Against Sexual Minorities in Japan

## ―Learning from Anti-Discrimination Laws in England and Wales―(1)

佐々木貴弘*

Takahiro SASAKI*

**Abstract**

In Japan, sexual minorities are discriminated against both socially and legally. In order to confront this situation, this study will explore the possibility of the use of anti-discrimination laws from the viewpoint of sexual minorities. For this purpose, I will deal with the present situation of sexual minorities in Japan, the Japanese Constitution, and the anti-discrimination laws in England and Wales. Finally, this study will discuss how anti-discrimination laws should be designed giving consideration to sexual minorities. In this part(1), the present situation in Japan will be clarified. In addition, the Japanese Constitution will be interpreted both in this part and the next.

**キーワード**：性的マイノリティ、国際人権法、日本国憲法、イギリス法、差別禁止法

**Keywords** : sexual minorities, international human rights law, the Japanese Constitution, the Laws of England and Wales, anti-discrimination law

* 大阪大学大学院国際公共政策研究科博士後期課程

目次

はじめに　本稿の目的と構成
第１章　性的マイノリティの定義と法制度における取扱い
　１．「性的マイノリティ」の定義
　２．日本法上の取扱い
　３．国際人権法上の地位
　４．小括―国際人権水準とのギャップ
第２章　性的マイノリティ差別と日本国憲法
　１．憲法第13条から導かれる権利と同条の意義　　（以上、本稿）
　２．憲法第14条による差別の禁止
　３．憲法第24条と性的マイノリティ
　４．人権規定の私人間効力論
　５．小括―日本国憲法と差別禁止法
第３章　性的マイノリティ差別とイギリス差別禁止法
第４章　日本における性的マイノリティ差別を禁止するための立法政策
むすびにかえて　日本法に対する提言

## はじめに　本稿の目的と構成

「性的マイノリティ」とは、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダーなど、多数者と異なるセクシュアリティを有する人の集団である。日本の性的マイノリティは、社会的、法的に差別されている。このことをふまえ、本稿の目的は、日本における性的マイノリティ差別を解消するための差別禁止法について、政策提言を行うことである。この目的を達成するため、本稿は次のような構成をとる。

第１章では、「性的マイノリティ」の概念を整理し、差別の対象を確定する。「性的マイノリティ」という言葉は「LGBT（レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダー）」と同義で用いられることもあれば、インターセックスやＡセクシュアルなど、他のカテゴリーを含むこともある。本稿は広く性的に多数者とは異なる人の集団を「性的マイノリティ」とし、その類型について整理を行うなかで差別の対象を確定し、日本法のもとでの差別にてらして問題提起を行う。この点との関係で、国際人権法の動向にも目を向ける。

第２章では、性的マイノリティの権利について、日本国憲法（以下、「憲法」という。）に関する議論を行う。差別については、憲法との関係でこれまで膨大な研究がなされてきた。だが、比較的新しく顕在化した性的マイノリティ差別との関係では、法的な課題が多く残されている[1)]。そこで本

1）たとえば、辻村みよ子は、社会的な認識が不十分であるだけでなく、理論的にも性的自由などの構造分析の問題や、憲法第14条に関する違憲審査基準など、多くの課題が存在していると指摘する。辻村みよ子『憲法［第３版］』（日本評論社、2008年）、141頁。

稿は、憲法第13条、14条、24条の解釈において性的マイノリティがどのように位置づけられ、権利を主張しうるかを探る。さらに、人権規定の私人間効力の問題にも触れる。

第３章では、イギリスの差別禁止立法について、比較法の観点から検討を行う。イギリスでは、性的マイノリティの権利について、最近10年ほどの間に多くの変化が見られた。ヨーロッパ人権裁判所では、1979年にソドミー法のヨーロッパ人権条約違反が認定され、「被告」としてのイギリスは、いくつかの事件で「敗訴」を経験した[2)]。また、その他の分野を含めて条約違反が相次いだこともあり、1998年人権法（Human Rights Act 1998）によりヨーロッパ人権条約が国内法化された。性的マイノリティに関しては、2003年の性的指向に関する雇用規則（Employment Equality［Sexual Orientations］Regulation 2003）により、雇用における同性愛者差別が禁じられた。2006年平等法（Equality Act 2006）は、性別再指定と性的指向を差別禁止事由とした。2010年には、一元化され、かつ差別禁止を徹底した平等法（Equality Act 2010）が制定された。このようにイギリス法は、性的マイノリティの問題を含む人権保障をめぐって大きな変化を経験しており、比較法の視座を十分に提供するものである。

第４章では、第１から３章までの議論をふまえ、日本で実現すべき差別禁止立法について、制度設計に関する検討を行う。そのため、これまでに日本で行われてきた差別への法的対応にも言及する。

最後に「結語」として、日本法に対する政策提言を行う。この提言により、日本における性的マイノリティの当事者が主張しうる政策が提供される。また、提言を導出するための第１から４章での検討も、この分野についての今後の議論に貢献するものであろう。

なお、日本における性的マイノリティの人権について、法的には大きく分けて次の３点が問題となっている。第１に、同性カップルの権利保障である。これについては、パートナーシップ法や同性婚に関する研究や発信が行われており[3)]、日本においても何らかの形で権利の実現が望まれる。第２に、トランスジェンダーの性別変更をめぐる問題である。これについては、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（以下、「特例法」という。）の内容などについて研究が行われており、今後の動向が注目される[4)]。第３に、本稿が課題とする差別の問題である。前二者の問題も広い

2）詳しくは後述する（第１章３.（１）および第３章１.（１））。なお、ソドミー法（sodomy law）とは、同性愛行為を犯罪化する法を指す。

3）たとえば、杉浦郁子・野宮亜紀・大江千束（編著）『プロブレム Q&A―パートナーシップ・生活と制度［結婚、事実婚、同性婚］』（緑風出版、2007年）。

なお、「家族」と社会のあり方との関係で、同性カップルについての見解は分かれている。同性カップルが異性のカップルに比べて法的権利を有しないことは、平等の要請からは問題である。他方、堀江有里は、婚姻と戸籍制度の関係、マジョリティへの「同化」、法的承認によって「管理される」こと、「過激だ」という反発などを問題として挙げている。堀江有里『「レズビアン」という生き方 キリスト教の異性愛主義を問う』（新教出版社、2006年）、125-135頁。同性カップルの権利については、さまざまな見解を慎重に検討しなければならない。

4）たとえば、谷口洋幸「性同一性障害／性的違和をかかえる人々と家族生活・家族形成」日本家族〈社会と法〉学会（編）『家族〈社会と法〉』（日本加除出版、2011年）、49-63頁。野宮亜紀ほか（著）『プロブレム Q&A―性同一性障害って何？【増補改訂版】［一人一人の性のありようを大切にするために］』（緑風出版、2011年）。石田仁（編著）『性同一性障害 ジェンダー・医療・特例法』（御茶の水書房、2008年）。

なお、本稿で「障害」という場合、特例法にいう「性同一性障害」の意味を持つ場合には「障害」と表記し、その他の場合には「障がい」という表記を用いる。

意味では差別の結果であるが、本稿は、性的マイノリティに対する狭義の差別禁止を中心に検討を進める。

## 第１章　性的マイノリティの定義と法制度における取扱い

本章では、第１節で「性的マイノリティ」の定義を確定し、差別の対象について適切な理解を試みる。その上で、「性的マイノリティ差別」の定義を確定する。第２節では、日本法上の性的マイノリティ差別について概観する。第３節では、国際人権法上の性的マイノリティの権利を確認する。第４節は小括として、本章で得られた課題を明らかにする。

### １．「性的マイノリティ」の定義

本節では、本稿で用いられる用語の意味を明らかにするなかで、「性的マイノリティ」の全体像について理解する。それをふまえて、「性的マイノリティ差別」の定義を確定する。

まず、用語の意味として、「性別（sex）」は、生物学的な性別を指す。それに対して、「ジェンダー（gender）」は社会的な性のあり方を指す。

次に、「セクシュアリティ（sexuality）」とは、「『性に関する事柄』を全般的に表す」用語であり、性的指向の方向や性的欲望の程度、自らの性別の理解やその表現などに関わる概念である[5)]。セクシュアリティに関係して、「性的指向（sexual orientation）」は、「どの性別を恋愛や性愛の対象とするか」を指す[6)]。また、「性自認（sexual identity）」は、「自分の性別に対する確信のこと」であり、生物学的な性別と同一であるとは限らない。

性的マイノリティの類型を表すものとして、「レズビアン（lesbian）」は、女性同性愛者を指す。「ゲイ（gay）」は、日本語では男性同性愛者を指す[7)]。「バイセクシュアル（bisexual）」は、両性愛者、もしくは「欲望の対象として性別が重要な要因にならない」人である[8)]。なお、男女の二者択一ではなく性別に関係なく人を愛するという意味で「パンセクシュアル（pan-sexual）」という表現も用いられるが、ここではバイセクシュアルの一形態としておく[9)]。これら三者、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアルが、性的指向と関わる類型である。

「トランスジェンダー（transgender）」は、「生物学的性別（体の性）と性自認（心の性）との間にズレがある人」のことを指す[10)]。いいかえれば、法律的、社会的に出生の際に与えられた性別とは異なる性別を生きる者を指し、「社会的文化的な性別越境者」という説明もありうる[11)]。この「越境」

5）NHK「ハートをつなごう」『LGBT BOOK』（太田出版、2010年）、96頁。
6）NHK「ハートをつなごう」、同上、95頁。
7）英語の gay は、男女を問わず同性愛者を指す。
8）セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク（編著）『セクシュアルマイノリティ 第２版―同性愛、性同一性障害、インターセックスの当事者が語る人間の多様な性』（明石書店、2006年）、16頁。
9）NHK「ハートをつなごう」、前掲注５、19頁。
10）教職員ネット、前掲注８、75-76頁。
11）NHK「ハートをつなごう」、前掲注５、19頁。

という意味をとらえて、「トランス（trans-）」という接頭辞が用いられる。そのなかで、「MtF トランスジェンダー（Male to Female transgender）」は、生物学的に男性であるが性自認は女性であり、逆に「FtM トランスジェンダー（Female to Male transgender）」は、生物学的に女性であるが性自認は男性である[12)]。さらに、性別適合手術（いわゆる「性転換手術」）によって、自認する性別の肉体的な特徴を自らの体に取り込むことで性別の違和感を緩和しようとする人の場合は、とくに「トランスセクシュアル（transsexual）」という[13)]。また、自らの性自認に合わせた社会的な振る舞いによって違和感を解消しようとする人もいる。さらに、異性の服装をすることで違和感を緩和しようとする人の場合は、「トランスヴェスタイト（transvestite）」と呼ばれることもある[14)]。このように、トランスジェンダーは性自認と関わる類型である。

トランスジェンダーと重複するが区別すべき用語として、「性同一性障害（Gender Identity Disorder（GID））」がある。「性同一性障害者」とは、性別の違和感による苦しみを医療によって緩和しようとする人を指す。医療の現場では、「性同一性障害」と呼ばれる疾患の診断基準に合致するか否かが判断される。しかし、「性同一性障害」は、あくまで医療における診断名ないし病名であることに注意が必要である[15)]。

以上が、性的指向と性自認に関する用語である。なお、性的指向と性自認の概念は互いに独立しておらず、同時に問題になることに留意されたい。たとえば、生物学的に女性のトランスジェンダーで、現在社会的に女性として生活しているが、性自認は男性で、性的指向が女性に向く場合である。また、生物学上は男性であるが、性自認が女性であるため性別適合手術を行った MtF トランスジェンダーで、性的指向が女性に向く場合である。これらの例は難しくみえるが、たとえば異性愛の男性であれば、生物学上は男性であると同時に性自認も男性であり、性的指向が女性に向く。一人の人が性的指向と性自認の双方を有することが理解できよう。

ところで、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダーの頭文字から、「LGBT」という総称的な名称が用いられることがある[16)]。だが、「性的マイノリティ」には、それ以外の類型を含むこともある。「インターセックス（intersex）」や「A セクシュアル（asexual）」がこれに該当する。

「インターセックス」は、さまざまなレベルで、身体の性が男女両方の特徴をもつ、あるいは男女どちらかに分化していない人のことを指す[17)]。また、性染色体が男女の典型を示さない人についても、網羅的に「インターセックス」といわれる[18)]。さらに、出生届などで法令が関係する場合に「半

12）教職員ネット、前掲注 8 、73頁。
13）教職員ネット、同上、76頁。
14）同上。
15）この議論につき、石田、前掲注 4 、 4 - 6 頁。
16）たとえば、NHK「ハートをつなごう」、前掲注 5 は、そもそも書名が『LGBT BOOK』である。また、性的マイノリティの団体でも「LGBT」を掲げる場合がある。逆に、教職員ネット、前掲注 8 は、インターセックスの問題について第 1 部を割いて取り扱っている。
17）教職員ネット、前掲注 8 、267頁。
18）典型的な性染色体は女性が XX、男性が XY であるが、X、XXY、XXXY といった性染色体を持つ場合もある。教職員ネット、同上、35-39頁。

陰陽」といい、さらには「間性」という用語も存在するが、両者は事実上区別されない[19]。インターセックスは、性的マイノリティに含められることと、そうでないことがある。含められる場合には、同性愛が病気や異常であると考えられてきた歴史や、トランスジェンダーが「障害」のイメージのもとで語られる現状と対応させ、性的マイノリティの一部であるとする[20]。他方、LGBTは当事者のアイデンティティやプライドに基づく集団であり、この意味でインターセックスを同列に扱うことは難しいであろう[21]。さらに、インターセックスには性的指向や性自認が多数者と異なる人もいれば、そうでない人もいる[22]。したがって、インターセックスは広義の性的マイノリティに該当するが、当事者の認識や集団としてのありかたに相違がみられ、LGBTとは異なるといえよう。インターセックス当事者について性的指向や性自認が問題になる場合には、本稿の検討対象である性的マイノリティ差別の射程に含まれる。だが、差別を含むインターセックスに特有の問題は「再訪問を望まないぞっとする暴力の現場」[23]であるといわれるほどである。したがって、性的マイノリティの一部として差別問題に取り組むことも必要であるが、インターセックスに対する直接的な支援も求められるであろう。

「Aセクシュアル」は、性的欲望を持たないとされる人のことを指す[24]。「持たない」といっても、その程度は人それぞれであり、性的な事柄にあまり関心のない人ということもできる。これは性的欲望の程度の問題であるが、性的欲望の方向は性的指向に関わるため、性的指向と性自認に基づく差別は、Aセクシュアルの場合にも許されない。したがって、Aセクシュアルは広い意味で性的マイノリティの一部であるが、性的指向と性自認に基づく差別に関係する限りにおいて、本稿の検討対象である差別問題の射程に含まれる。

以上をふまえて、本稿は「性的マイノリティ」を「性的指向もしくは性自認が多数者とは異なると考えられる人の集団」であると定義する。さらに、「性的マイノリティ差別」を「性的指向もしくは性自認が多数者とは異なると考えられることを理由とする差別」であると定義する。ここでいう「考えられる」という文言には、主観的に性的なアイデンティティが確立されていない場合と、客観的に「認識される性的指向ないし性自認（perceived sexual orientation or sexual identity）」により差別が発生する場合とを含む。前者は、個人として性的マイノリティに該当する可能性を持つ状態であり、後者は、ある個人が性的マイノリティであると他者から認識されることで差別を受ける状況を想定している。

さて、「はじめに」で紹介したように、性的マイノリティの人権保障には、同性カップルの権利、トランスジェンダーの性別変更、性的マイノリティ差別という3つの論点がある。いずれも広い意

19）教職員ネット、同上、267頁。
20）日本インターセックス・イニシアティヴ「『LGBT』に『I』を付けくわえること：インターセックスはLGBT運動の一員なのか？」（同団体ウェブサイト、2011年10月18日アクセス）。http://www.ipdx.org/japan/lgbti.html
21）同上。
22）同上。
23）同上。
24）教職員ネット、前掲注8、270頁。

味で差別に起因する問題であるが、本稿は狭い意味での性的マイノリティ差別を課題とし、前二者については議論に必要な範囲内で取り扱う。

## 2．日本法上の取扱い

本節では、日本法上の性的マイノリティ差別について概観するとともに、先述した「特例法」の意義について考えてみたい。

### （1） 性的マイノリティに対する差別

人の出生から死亡までの間には、さまざまな出来事がある。家庭や学校、職場、余暇など、数多くの場面や環境を経験することになる。そのなかで、日本における性的マイノリティの生活について考えたとき、どのような困難や問題が生じているのであろうか。以下、教育、就労、婚姻、住宅供給、ドメスティック・バイオレンスという局面を想定してみたい。

教育においては、さまざまな理由による「いじめ」が社会問題となって久しい。その関係で、教育を受けている間の「おかま」差別などの問題も指摘される。そもそも、「おかま」などといわれ同性間の関係が非難される一因は、男女の性役割に反することにある[25)]。その基底をなすジェンダー規範の刷り込みには、学校現場が大きな役割を果たしている[26)]。これらのことから、性的マイノリティ差別について教育の問題を避けて通ることはできず、教育基本法を中心とする法令による対応が必要である。差別については、同法第４条１項が「人種、信条、性別、社会的身分、経済的地位又は門地によって、教育上差別されない」ことを規定していることが注目される。

就労については、トランスジェンダーの事例が裁判となった事例がある。原告である「男性」は、女性の容姿で出勤したことなどを理由に、懲戒解雇処分を受けた。これが懲戒権の濫用に当たるとして無効とされたものである[27)]。また、同性愛者の場合にも自らの性的指向を隠して生活していることが多く、不安や恐れを抱くことがある。さらに、「適齢期」の男女の婚姻を促す言説は、身近な人から広告、メディアに至るまで、さまざまに垂れ流されている。先述した「おかま」差別を筆頭に差別的な意識が浸透していることから、性的指向と性自認に基づく差別を禁止することが是非とも必要である。

婚姻や子を持つこと、育児などは、家族法に関係する問題である。先述のとおり同性カップルの問題は性的マイノリティの人権保障に不可避の課題であるが、本稿では詳しい検討を割愛する。

住宅供給については、外国人や高齢者、婚姻を前提としないカップルの入居困難などを耳にする。これが差別に該当するとすれば、私人間の問題に関わり、政府や地方自治体による差別に比べて対応が難しいところである。だが、2012年３月までは、法律上の問題として、公営住宅法が規定する

25）遠藤和士・ひびのまこと（編著）『知っていますか？ 同性愛ってなに 一問一答』（解放出版社、2004年）、15頁。
26）このことは、教育を受ける子どもたちが最も長い時間を過ごす場所が学校であり、各教科の学習において性別二分論が当然視されていることからも明らかである。なお、遠藤・ひびの、同上、99-102頁を参照。
27）「S社事件」。東京地決2002（平成14）年６月20日、労判第830号13頁。

住宅供給の要件についても差別が存在していた。すなわち、公営住宅法旧23条が公営住宅の入居者資格を定め、「現に同居し、又は同居しようとする親族があること」を要件としていた。性的マイノリティには事実婚さえ認められていないため、公営住宅の入居からは排除されていた。この規定は2012年４月１日の法改正で削除されたものの、婚姻を前提としない選択をする人びとにとっては、ごく最近まで差別的な規定が残存していた例である。

社会保障については、トランスジェンダーが性別適合のために医療を求める際に、その治療に国民健康保険が適用されないことが問題となりうる。そもそも「性同一性障害」は疾患として、日本国内において現に治療が行われている。それが健康保険の対象とならず、当事者に多額の医療費の支払いを強いていることは、人権の観点から問題があるといえよう[28)]。

最後に、ドメスティック・バイオレンス（以下、「DV」という。）の問題がある。日本におけるDVについては、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」（以下、「DV法」という。）により、一定の規制がなされている。だが、同性カップルの場合、同法第１条にいう事実婚関係にある者を含む「配偶者」に該当せず、適用されない。異性で親密な「配偶者」だけがDVに及ぶという想定はおよそ不可能であるため、性的マイノリティを含めた形での法改正が望まれる。

このように、生活の局面に着目して性的マイノリティを取り上げるとき、さまざまな問題を想定することができる。そのなかには事件や訴訟となったものもあり、深刻な状況が浮き彫りになる。その状況には、本稿が取り組む「差別」であると認定しうる事象も多い。このような視点で日本法を眺めてみると、「はじめに」でみた３つの側面のうち、狭義の性的マイノリティ差別それ自体が、大きな問題であることがわかる。性的マイノリティ差別を禁止する法が存在しないだけでなく、現行の個別法において性的マイノリティの存在が想定されていない。これを受けて本稿は、狭義の性的マイノリティ差別を検討の対象とする。

### （２） トランスジェンダーに関する立法の積極的意義

さて、トランスジェンダーについては、2003年に性別の取扱いに関する法律が制定され、法的な解決が試みられた。「はじめに」で紹介した、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」である。特例法は、「法令上」の性別を「心理的」な性別に合わせて変更することを認める[29)]。これは、トランスジェンダーの当事者が戸籍上の性別を自らの性自認に合わせて変更できるよう立法がなされたものである。特例法の制度設計については、同法第３条に規定される性別変更の要件が厳しすぎ、あくまで法律上の「特例」を設けるにとどまることが、現在でも批判の対象になっている[30)]。第３条１項３号はいわゆる「子なし要件」であったが、2008年改正によって「現に未成年の子

28）治療の現状や金額については、次の文献に詳しい。石田仁「総論 性同一性障害」、石田、前掲注４、８-18頁。
29）特例法第１から３条を参照。
30）たとえば、谷口洋幸「性同一性障害／性別違和をかかえる人と家族生活・家族形成」、前掲注４。特例法第３条１項は、性別変更を行うための要件として、二十歳以上であり、現に婚姻をしていないこと、現に未成年の子がいないこと、生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠くこと、身体について他の性別に係る部分に近似する外観を備えること、を定める。

がいないこと」という要件に改められた。これらの問題点については、当事者のアイデンティティやニーズに配慮しながら、慎重に検討されなければならない。

他方で、特例法の成立と改正の過程には、一定の積極的意義が見出せるのではないか。すなわち、同法は日本で初めて制定された、性的マイノリティの一部であるトランスジェンダーに関する法律である。その背景には、当事者や支援者の運動、学術・実務団体による問題提起、さらには地方自治体による法制化の要望など、さまざまな動きがあった[31]。また、2008年改正では、「子なし要件」が緩和された。もっとも、厳しい要件に対して提起された同要件の合憲性をめぐる訴訟では、裁判所によって合憲という判断が下されていた[32]。改正法は、立法趣旨の不合理さや日本の特例法に特有の要件であることへの批判が繰り返された結果であると考えられる[33]。この経緯をみると、特例法という立法が行われたことにより、それに対する批判や訴訟という形で社会的な議論がなされてきたことがわかる。こうして、トランスジェンダーをめぐる状況は、立法によって徐々にではあるが着実に前進していると考えられる。さらに、特例法の成立により、国の法律に「性同一性障害者」が規定された。そのため、公の機関が性的マイノリティの存在を無視できなくなった側面も見られる[34]。これらのことを積極的側面であると考えれば、差別禁止法を法律として制定する意義が見出せるのである。

### 3．国際人権法上の地位

#### （1）　国際人権法における性的マイノリティ

日本の状況とは対照的に、国際人権法においては、性的マイノリティの権利が現行の人権条約によって保障されてきている。

世界で初めて性的マイノリティの人権を保障した判決は、ヨーロッパ人権裁判所によるものである。1981年のダジャン対イギリス事件判決であり、北アイルランドで同性愛行為を犯罪としていたソドミー法が、ヨーロッパ人権条約第８条が規定する私生活が尊重される権利を侵害するとして、同条約第８条違反が認定された[35]。2002年のグッドウィン対イギリス事件判決では、トランスジェンダーの当事者が法律上の性別を変更できず、同条約第８条と12条に違反するとされた[36]。また最近では、同条約第14条の規定する差別の禁止について、第８条と結びついた第14条の違反が認定されている。たとえば、同性愛者による養子、離婚後の子の監護権、賃借権の相続などについて、性的指向による差別が条約に違反するという判決である[37]。このように、ヨーロッパ人権条約によって性的

31）谷口洋幸「性同一性障害特例法の再評価―人権からの批判的考察」石田仁（編著）、前掲注４、253-254頁。
32）「性別変更却下即時抗告事件」。東京高決2005（平成17）年５月17日。
33）谷口洋幸「性同一性障害／性別違和をかかえる人と家族生活・家族形成」、前掲注４、55頁。
34）たとえば、2006年から毎年大阪で行われている「関西レインボーパレード」には大阪府知事と大阪市長から毎年メッセージが寄せられ、「性同一性障害をはじめとする性的マイノリティ」に対して理解が示されている。この間、知事であった太田房江、橋下徹、市長であった關淳一、平松邦夫の４氏によるメッセージが見られた。ただし、個人としての姿勢を表示するものかどうかは明らかではない。
35）*Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment of 22 October 1981, European Court of Human Rights（Hereafter, “ECHR.”）, Series A No. 45.
36）*Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Judgment of 11 July 2002, ECHR, Reports 2002-VI.
37）同性愛者による養子については、*E. B. v. France*, Judgment of 1 January 2008, ECHR, No. 43546/02, *HUDOC*（case-law database of the

マイノリティの人権が保障され、それが深化している。これらはヨーロッパという地域に限定される動向であるが、性的マイノリティの権利について国際的にも大きな影響を与えた。ここで触れたヨーロッパの動向については、第３章1.で詳述する。

次に、世界的な人権条約である市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、「自由権規約」もしくは「規約」という。）を取り上げる。自由権規約においても、今日では性的マイノリティの権利が保障されている。1994年のトゥーネン対オーストラリア事件で自由権規約人権委員会（以下、「人権委員会」という）は、男性同士の性行為を犯罪化するタスマニア州刑法が、規約第17条が規定するプライバシーの権利に干渉するとして、規約違反を認定した[38]。また、性的指向は規約第２条１項と第26条にいう「性（sex）」に含まれると述べた[39]。この事件により、性的指向に基づく差別が、自由権規約の履行監視機関によって人権問題として取り扱われることになった。性自認の問題についても、規約締約国の報告に対する人権委員会の見解において、LGBT に対する暴力や差別に懸念が示されていることから、性的指向と同列に取り扱われていると考えられる[40]。

こうして、ヨーロッパ人権裁判所によって認められた性的マイノリティの権利が、今日では自由権規約によっても保障されていることがわかる。

### （２） 国際人権法と日本

さて、日本の性的マイノリティと国際人権法との関係では、重要な文書が公表されている。2008年の自由権規約人権委員会による、日本政府の第５回定期報告に対する最終見解である[41]。この見解の第29項は、以下の懸念を表明している。

> 「委員会は、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダー（性転換）の雇用、住宅供給、社会保障、健康、教育、その他法により定められた分野（例えば公営住宅法第23条１項が婚姻または婚姻関係にない異性のカップルのみを対象としているため、婚姻していない同性カップルが公営住宅を借りられない例や、配偶者暴力防止法が同性のパートナーによる暴力からの保護を排除している例にあるように）における差別に懸念を有する。（第２条１および第26条）
>
> 締約国は、規約第26条に関する委員会の解釈に則り、差別を禁止する事由に性的指向が含まれるように法律を改正することを検討し、未婚の異性の同棲カップルと同性の同棲カップルが平等に扱われることを確保すべきである。」[42]

---

ECHR, hereafter “HUDOC,” accessed on 22 November 2012).
http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+ judgments/HUDOC+database/
離婚後の監護権については、*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Judgment of 21 December 1999, ECHR, Reports 1999-IX. 賃借権の相続については、*Karner v. Austria*, Judgment of 24 July 2003, ECHR, Reports 2003-IX.

38）*Toonen v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992（1994）, para. 8.2.

39）*Ibid.*, para. 8.7.

40）See, for example, U. N. Doc. CCPR/C/RUS/CO/6（2009）, para. 27, and CCPR/C/COL/CO/6（2010）, para. 12.

41）Concluding Observations of the Human Rights Committee, U. N. Doc. CCPR/C/JPN/CO/5（2008）.

42）*Ibid.*, para. 29. 日本国外務省による仮訳である。
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/jiyu_kenkai.pdf（2011年10月５日アクセス）

本章２.（１）では、日本法における差別の現状について検討した。委員会の見解をみると、先に述べたような具体的な差別に対して「懸念」が示されている。このことから、日本法には性的マイノリティに対する差別が存在し、日本が遵守しなければならない国際人権法に抵触する状況にあることがわかる。これを法的にみて、どのように考えるべきか。以下、本稿に関係する範囲で、自由権規約の拘束力、国内的地位、委員会による条約解釈の拘束力について確認し、解決策に結びつく検討を行ってみたい。

第１に、自由権規約の拘束力である。日本は1979年に規約を批准した。日本は条約について一般的受容方式を採用し、批准の際に留保は付されず、規約第22条の結社の自由に関する解釈宣言が行われたのみである[43)]。したがって、本稿が取り上げる範囲で、日本が規約に拘束されることは疑いない。また、国内裁判所での直接適用可能性であるが、自由権規約については、「その内容に鑑みると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能である」といわれている[44)]。このように、日本は規約に拘束され、その規定は原則として国内裁判に直接適用が可能である。

第２に、規約の国内的地位である。条約と国内法の位置づけについては議論があるが、条約は法律より上位、憲法より下位の法であると考えられる。その理由として、法律との関係では、条約の誠実な遵守を定める憲法第98条２項が、条約の法律に対する優位を定めると解されている[45)]。憲法との関係では、条約の締結と承認が憲法の枠内でのみ許容され、憲法が国民主権を原則とし、憲法改正手続と条約の承認手続に差異があるために、憲法優位説が説得力を持つといわれる[46)]。こうして、条約である自由権規約は憲法より下位であるが法律よりも上位であるため、規約が保障する人権が法律によって具体的に保障されていなければ、条約違反の状態であることがわかる。

第３に、委員会の条約解釈による拘束力の問題である。先述のように、「最終見解」に日本の性的マイノリティ差別に対する懸念が盛り込まれたが、その事実がいかなる意味を持つであろうか。まず、委員会の勧告は、法的拘束力を有しない[47)]。そのため、たとえ性的マイノリティ差別が条約違反を構成するとしても、委員会の勧告を根拠として政府に直接訴えることはできない。とはいえ、勧告が何の意味も持たないと断言することはできない。日本政府の報告が審査されることで、国内的に改善が見られた例が複数存在するからである。たとえば、父系優先の血統主義を採用していた国籍法は、第一回報告の審査の際に性差別禁止規定との矛盾が指摘され、女性差別撤廃条約の批准を機に、両性平等の血統主義に変更された[48)]。これは、人権条約と日本法の関係において人権保障が進められた代表例である。また、自由権規約の文脈では、アイヌ民族が規約第27条にいう「少数民族

43）「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約及び市民的及び政治的権利に関する国際規約の署名の際に日本政府が行った宣言」第４項を参照。
44）指紋押捺拒否損害賠償請求事件、大阪高判1994（平成６）年10月28日、判時第1513号71頁。
45）指紋押捺拒否損害賠償請求事件、同上。受刑者接見妨害国家賠償請求事件、徳島地判1996（平成８）年３月15日、判時第1597号115頁。
46）杉原高嶺『国際法学講義』（有斐閣、2008年）、116頁。
47）自由権規約第40条は、締約国の報告義務と委員会による検討の手続きを規定するのみである。また、委員会の意見や見解は、条約法に関するウィーン条約第31条の解釈規則に該当しない。
48）畑博行、水上千之（編）『国際人権法概論［第４版］』（有信堂、2006年）、47頁。

(minority)」に該当するかをめぐり、日本政府の態度を変化させた例がある[49]。最初は日本に少数民族が存在しないという立場であったものが、第３回報告では「アイヌの人々の問題については、(中略) 本条［第27条］にいう少数民族であるとして差し支えない」と認めたのである[50]。

これらのことを勘案すれば、次のことがいえる。まず、日本における性的マイノリティは、国際人権法によって人権を保障されるが、国内法によって具体的な権利を十分に与えられていない。また、自由権規約が原則として国内裁判に適用可能であるとしても、日本の裁判所が国際人権法を適用することに消極的であるという現状がある[51]。それゆえ、実務上は国際人権法を直接に援用することは難しいが、先例にてらせば、国際人権法を一つの柱として人権状況を改善する余地は十分にある。自由権規約人権委員会の懸念は、その機運を高める大きな標石である。

### ４．小括―国際人権水準とのギャップ

以上のことから、日本の性的マイノリティは、法制度による差別を受けていることがわかる。その事実が、人権条約の履行監視機関から「懸念」という形で突きつけられている。イギリスの場合も、日本の場合も、国際的な人権水準により、国内の状況をはるかに超える要求がなされたといえよう。しかし、このギャップを解消する営みによってこそ、国際人権法は大きな成果を上げてきたのである。性的マイノリティ当事者の状況をつねに考慮しながら、日本でもこのギャップが解消されなければならない。次章では、憲法上の議論を展開し、本稿が対象とする差別禁止の基礎づけを行ってみたい。

## 第２章　性的マイノリティ差別と日本国憲法

日本国憲法の枠組みで、性的マイノリティはどのように位置づけられるであろうか。

日本国憲法は、性的マイノリティ差別を禁止していると解釈することができる。その理由として、第１に、憲法第13条が規定する幸福追求権により、性的マイノリティがいくつかの権利を付与される。第２に、性的マイノリティが第14条１項後段の差別禁止事由に該当する。第３に、第24条は、その解釈により、性的マイノリティの権利に対して積極的影響を及ぼしうる。本章はこれらの点について検討を行い、最後に人権規定の私人間効力という論点を取り上げる。

なお、解釈論ではなく、第14条１項の差別禁止事由に性的指向や性自認を明記するという改憲論

---

49）阿部浩己ほか(著)『テキストブック国際人権法［第３版］』(日本評論社、2009年)、99-100頁を参照。人権委員会への第１回政府報告書では「本規約に規定する意味での少数民族はわが国には存在しない」とされたものが、第２回報告書では「アイヌの人々」の存在に触れ、第３回報告書では「アイヌの人々に問題については、(中略) 本条［第27条］にいう少数民族であるとして差し支えない」と認めた。

50）「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条に基づく報告」のうち、第27条についての記述として、第１回報告の32頁、第２回報告の54頁、第３回報告の81-82頁を参照。
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html (2011年11月１日アクセス)

51）たとえば、「崔善愛事件」、最判1998(平成10)年４月10日、民集第52巻３号704頁は、「条約違反の主張を法令違背の主張として片づけ」ているといわれる。薬師寺公夫ほか(編)『法科大学院ケースブック 国際人権法』(日本評論社、2006年)、３頁を参照。

も考えられるが、憲法改正手続を考えると、あまりにハードルが高いといわざるを得ない。むしろ、施行以来一度も改正されずに日本法の最上位規範であり続けている現行憲法の解釈論のほうが、無理がないであろう。日本国憲法自身が性的マイノリティの存在を想定していなかったという反論があるとすれば、たとえば、憲法第９条は果たして何を規定しているのかという問いの答えを知りたいものである。

### １．憲法第13条から導かれる権利と同条の意義

憲法第13条１項は、幸福追求権を定める。この権利は性的マイノリティの人権保障において、次の２点において意義を有する。第１に、幸福追求権から導かれる実体的権利である。具体的には、同性カップルの権利と、トランスジェンダーが性別の違和を緩和しようとする方法に関する権利が該当する。第２に、個人の尊重や幸福追求権を定める憲法13条の人権体系における位置付けである。第13条と第14条が連続した規定であり、相互に連関を持つ規定であると理解することで、平等の基礎を幸福追求権に求めることができる。以下、これら２点について検討する。

第１に、幸福追求権から導かれる実体的権利である。幸福追求権は、その法的性格として、社会や経済が大きく変動する中で新しい人権の根拠となる一般的な規定である[52)]。そこで基礎付けられる個々の権利は、裁判上の救済を受けることができる具体的権利である[53)]。幸福追求権の意味については一般的行為自由説と人格的利益説が対立しているが、後者が通説である[54)]。通説によれば、幸福追求権とは個別的基本権を包括する基本権であり、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体である[55)]。その根拠としての憲法第13条は、個別の人権規定との関係で補充的な役割を果たす[56)]。幸福追求権の具体的内容としては、学説上さまざまな権利が想定されている。たとえば、生命・身体の自由、精神活動の自由、経済活動の自由、人格価値そのものにまつわる権利、人格的自律権（自己決定権）、適正手続を受ける権利、参政権的権利などである[57)]。これらのうち、憲法第13条が補充的に権利を保障する余地があるのは、人格価値そのものにかかわる権利、人格的自律権（自己決定権）、適正手続きを受ける権利、参政権的権利である[58)]。生命・身体の自由についても、憲法第31条が科刑手続を法定すべきことを定めると解すれば、第13条によって補充的に保障する余地がある[59)]。

幸福追求権の具体的内容で性的マイノリティに対して意義を有するのは、人格的自律権（自己決定権）である。「人格的自律権」の意味は、非常に幅の広いものである。広義には、人格的生存や人

52）芦部信喜（著）、高橋和之（補訂）『憲法 第４版』（岩波書店、2007年）、115-116頁。
53）芦部、『憲法』、同上、115-116頁。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）、175頁。
54）芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）、344頁。佐藤、同上、176-177頁。
55）芦部、『憲法学Ⅱ』、同上、344頁。
56）芦部、同上。佐藤、前掲注53、175頁。
57）芦部、『憲法学Ⅱ』、前掲注54、351頁。
58）芦部、同上。
59）佐藤、前掲注53、178頁。

格的自律の権利である。狭義には、第13条によって補充的に保障される権利である。最狭義のものが、狭義の人格的自律権から人格価値そのものの権利や適正手続の権利などを除く、「自己決定権」と呼ばれるものである[60]。具体的には、自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、家族の形成・維持にかかわる事柄、リプロダクションにかかわる事柄などを指す[61]。また、ライフスタイルにまつわる問題として、髪型・服装の自由、バイク規制、飲酒・喫煙の自由などが含まれる余地もある[62]。

性的マイノリティの文脈では、同性カップルの権利とトランスジェンダーのライフスタイルなどに対して、自己決定権を援用することができる。同性カップルについては、「家族」の一つのあり方として捉えることができるため、自己決定権によって権利が基礎付けられると考えられる。他方、憲法第24条は家族生活に関する規定であるが、同条は第13条に対する特別法的な規定であり、家族の形成・維持にかかわる事柄の根本は自己決定権にある[63]。したがって、同性カップルの権利を保障する根本的な理由は、個人が自己決定権を有することに見出すことができよう。トランスジェンダーに対しては、自己の身体の処分にかかわる事柄と、ライフスタイルにまつわる問題が関係する可能性がある。トランスジェンダーは、自らの性別に対する違和感から、医療によってそれを緩和したり、服装・容姿を自認する性別に合わせたりすることがある。これらの行為については、自己決定権による基礎付けが可能であろう。これらのことから憲法第13条は、性的マイノリティの問題に関して、実体的権利を付与するものである。

さて、第２の論点として、平等の基礎を幸福追求に求めるという議論である。これは、狭義の性的マイノリティ差別を禁止するための基礎となる点である。憲法第13条と第14条は、順序が連続するのみならず、互いに密接な関係を有する規定である。すなわち、人権体系において幸福追求権と平等権には、密接な関係がある。その理由は、思想として日本国憲法第13条に大きな影響を及ぼした、1776年のアメリカ独立宣言に求められよう。アメリカ独立宣言の一節は、「すべての人は平等に造られ、造物主によって一定の奪うことのできない権利を与えられ、その中には生命、自由および幸福の追求が含まれる」[64]という。これに対応する日本国憲法第13条は、個人の尊重を国政の基本とすることを宣言し、生命、自由および幸福追求に対する国民の権利を定めた。ここに、日本とアメリカの法が目標とする「平等」のルーツが求められる[65]。したがって、日本国憲法第13条と第14条は連続した規定として理解されるべきである。

このことから、第14条の議論に進む前に、「平等」の輪郭をつかむことができる。幸福追求が平等の基礎にあるとすれば、差別禁止の基礎が幸福追求権に見出せる。性的マイノリティが抱える人権

60）同上、188頁。
61）同上。
62）芦部、『憲法学Ⅱ』、前掲注54、401-406頁。初宿政典『憲法２　基本権 第３版』（成文堂、2010年）、155-159頁。
63）佐藤、前掲注53、191頁。同性カップルの権利を保障する根拠として、憲法第13条を重視する説や、第24条を拡大解釈するという説がある。これにつき、次の文献を参照。羽渕雅裕「同性婚に関する憲法学的考察 Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558（2003）を契機として」『帝塚山法学』第10号（2005年）、31-68頁。日本家族〈社会と法〉学会議事録「シンポジウム［自由討論］」における谷口洋幸の報告、『家族〈社会と法〉多様化する家族と法的課題』（日本加除出版、2011年）、108-110頁。
64）樋口陽一・吉田善明(編)『解説 世界憲法集 第４版』（三省堂、2001年）、66頁。
65）森戸英幸・水町勇一郎(編著)『差別禁止法の新展開：ダイヴァーシティの実現を目指して』（日本評論社、2008年）、21頁。

問題として、同性カップル、トランスジェンダー、差別禁止の３点を先に紹介した。これらのうち、前二者の権利は憲法第13条が実体的に保障し、差別禁止については第13条を基礎とする第14条が平等権として保障するものとなる。以上のことを踏まえて、本章の中心的検討課題である第14条の議論に移ることにする。