



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（3・完）
Author(s)	佐々木，貴弘
Citation	国際公共政策研究. 2014, 18(2), p. 109-122
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/51320
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—(3・完)

Legislative Policy and Discrimination Against Sexual Minorities in Japan

—Learning from Anti-Discrimination Laws in England and Wales—(3)

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 (3), I will analyze anti-discrimination laws from the viewpoint of sexual minorities and propose how those laws should be designed.

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

第2章 性的マイノリティ差別と日本国憲法

第3章 性的マイノリティ差別とイギリス差別禁止法

1. イギリスにおける性的マイノリティの権利

2. イギリスにおける差別禁止法—2010年平等法以前

3. 2010年平等法と性的マイノリティ

(1) 平等法の制度設計—差別の禁止

(2) 平等法の制度設計—公的機関の義務と積極的措置（以上、第17巻第1および2号）

(3) 性的マイノリティの視点からみた平等法

4. 小括—比較法の視座

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

1. 日本における差別に関する立法

2. 人権擁護法案

3. 差別禁止法の制度設計

4. 差別禁止法と性的マイノリティ

5. 小括と今後の課題

むすびにかえて 日本法に対する提言

第3章 性的マイノリティ差別とイギリス差別禁止法

3. 2010年平等法と性的マイノリティ

(3) 性的マイノリティの視点からみた平等法

さて、性的マイノリティの視点からみたとき、イギリス平等法に対してどのような評価が可能であろうか。以下、平等法における性的マイノリティの定義、イギリス法によるトランスジェンダーの認識、シビルパートナーシップの保護、性的マイノリティ差別が禁止される範囲、性的マイノリティであると認識される場合の5点について検討を行う。

第1に、性的マイノリティの定義である。第1項でみたように、平等法における性的マイノリティは、性別再指定ないし性的指向に基づいて差別される集団である。性別指向の定義は、それが同性、異性もしくは両性に向くものとされており、ここに問題は生じない。平等法にいう性別再指定では、「性別について生理学上もしくは他の属性を変更することにより性別を再指定する目的で、そのプロセスの全部または一部を開始しようとし（proposing to undergo）、すでに開始しており、またはすでに終えた者」が差別禁止事由を持つことになる¹⁷²⁾。さらに、トランスセクシュアルは明示的に性別再指定に含まれる¹⁷³⁾。「性別再指定」という用語は、日本語でいう「性別適合（手術）」を想

172) Equality Act 2010, Section 7 (1).

173) *Ibid.*, (2).

起させるかもしれないが、平等法の定義はそれ以上のものを含む。すなわち、性別再指定の「定義に該当するために人が医学的管理の下にあることをもはや要求しない」という点である¹⁷⁴⁾。したがって、性別を再指定する意図だけを有する、自認する性別に合わせた服装や振る舞いをする、もしくは、性別再指定の医療行為を中止する場合などにおいても、性別再指定の定義に該当するといわれる¹⁷⁵⁾。性自認に基づく差別との関係で、この定義は十分なものであると考えられる。

第2に、性的マイノリティの定義に関係して、イギリス法が描くトランスジェンダーの概念について付言すべきことがある。それは、今日のイギリス法がトランスジェンダーに対して、完全なる性転換を求めるものではないことである。それを示すものとして、2004年性別承認法は、法律上の性別を変更するために、性別の違和を有し、性別変更の申立てまでに2年間にわたって「獲得した性別」で生活し、死ぬまでその性別で生活する意思を有し、2人の医療実務家ないし心理学者の報告を伴う、という要件を課している。これは一見して厳しい要件であるが、上記報告の条件は、性別を変更する治療のための処方なされ、または予定されているというものである。これは2010年平等法以前に制定された法律の規定ではあるが、トランスジェンダーの取扱いにつき当事者のアイデンティティを重視する姿勢を示す証左となる。差別禁止の文脈において医学的管理下にあることを要求しないという姿勢は、トランスジェンダーに対する差別に立ち向かうために、大きな示唆となるのである。

第3に、シビルパートナーシップに基づく差別を禁止している点である。差別禁止事由には、婚姻とシビルパートナーシップという括りで列挙されている。イギリスにおけるシビルパートナーシップでは、同性カップルが婚姻とほぼ同じ扱いを受けることができ、婚姻との差異は手続的なものに過ぎない。パートナーシップを締結するのが同性カップルであれば、性的指向に基づく差別で一定の対処が可能であると思われる。それでもパートナーシップを理由に差別をさらに禁止しているため、平等法がイギリスの諸制度に対して誠実に応答しているという一定の評価が可能ではないか。ただし、カップルの法的な結合の保護を貫徹することは、逆に单身という生き方を選択する者には、排除する効果を有するおそれがある。そのため、イギリス法の論理が一貫していることは評価しつつも、無条件に賛同することはできない。

第4に、性的指向ないし性自認に基づいて、どのような形態の差別が禁止され、いずれの局面に適用されるかである。差別の形態については、直接差別、間接差別、ハラスメント、見せしめの不利益取扱いのすべてが禁止される。だが、ハラスメントについては、多くの局面に除外規定が置かれている。サービスと公務、不動産の処分と管理、団体においては、性的指向に基づくハラスメントが除外されている¹⁷⁶⁾。また、初・中等教育においては、性的指向と性別再指定に基づくハラスメントが除外されている¹⁷⁷⁾。したがって、性的指向に基づくハラスメントは、実際は雇用の局面のみ

174) Equality Act 2010, *Explanatory Notes*, para. 43.

175) John Wadham et al., *Blackstone's Guide to the Equality Act*, Oxford University Press, 2010, p. 21.

176) Equality Act 2010, Sections 29 (8), 33 (6), 34 (4) 35 (4) and 103 (2).

177) *Ibid.*, Section 85 (10).

に適用されることになる。ここで掲げた除外規定では、すべて宗教もしくは信条によるハラスメントとともに除外されており、その背景には宗教の自由と表現の自由との関係があるという¹⁷⁸⁾。その例は、漫画の表現が一部のムスリムに対して、同性愛に関するキリスト教会の説教が同性愛者に対して、それぞれ「攻撃的」であるような場合である。この除外規定により、自由と平等との間で分別のあるバランスが求められるとはいえ、教育の場面でいじめに類するハラスメントへの対応ができないことは「度を越している」という指摘もなされている¹⁷⁹⁾。

第5に、「認識される性的指向ないし性自認」である。これは第1章1.の最後に触れた問題であるが、本人の自覚に関わらず、性的マイノリティに属するという誤解のために差別を受ける場合に、平等法ではどのような対応が可能であろうか。規定と注釈には明示されていないが、連想と認識に基づく差別 (discrimination on the basis of an Association or Perception) という解釈により、対応が可能であるという¹⁸⁰⁾。連想に基づく差別とは、ある者の友人やパートナー、職業などから連想して、差別禁止事由を有すると考えられる場合である。このとき、法第13条の直接差別を禁止する規定は、申立人が当該事由を持つことを要求していない。認識に基づく差別とは、本人の自覚や現実に関わらず、差別禁止事由を有すると誤解されて差別される場合である。これに対しては、法第13条の「のために (because of)」という文言が答えになるという。この表現は、「を理由として (on the ground of)」に比べて広いものであり、認識に基づく差別の申立てを受理することが可能である。こうして、認識される性的指向ないし性自認による差別が禁止される。

4. 小括—比較法の視座

本章1.では、ヨーロッパ人権裁判所でイギリスが敗訴した歴史と、それに対応する国内での人権保障についてみてきた。2.では、イギリスにおける差別禁止法を概観し、1960年代からの人種差別、80年代からの女性差別、90年代からの障がいやセクシュアリティに基づく差別への対応について確認した。その一つの集大成として、3.では2010年平等法について、主に性的マイノリティの視点から検討を行った。ここで小括としていえることは、次の3点である。

第1に、人権問題を当事者や支援者から提起し、権利を保障する制度に当事者の声やニーズを活かさなければならない。ヨーロッパ人権裁判所に訴えを提起するためには、原告である個人は多大な時間と費用を払うことになる。1998年人権法に関するイギリス政府のパンフレットには、「かつてはストラスブールで申立てを行うまで長い道のりでした」という旨の記述がみられるほどである¹⁸¹⁾。そこまでの犠牲を払って勝訴した個人や、訴訟に至らずとも差別問題を抱えた多くの人のニーズ。これらが結実してきた歴史が、イギリス差別禁止法に反映されているのではないか。事実、平等法

178) Hepple, *supra* note 146, p.18. Freedom of religion and freedom of expression are respectively protected by Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights.

179) *Ibid.*

180) Wadham *et al.*, *supra* note 175, p.34.

181) "Guide to the Act," Directgov, UK Government's website (accessed on 14 Nov 2011), p.1. http://www.direct.gov.uk/prod_consum_dg/groups/dg_digitalassets/@dg/documents/digitalasset/dg_070456.pdf

の規定でも、差別の撤廃、当事者のニーズ、参加の促進の3点に力点が置かれていた。日本の性的マイノリティは、ストラスブールの裁判所では原告適格を有しない。それにしても、特例法の成立、メディアへの「進出」、大都市で行われるパレードなど、当事者の存在が色々な形でアピールされている例は枚挙に暇がない。国際人権法の立場からも、法的にこの問題を解決する必要性に迫られているのであるから、イギリスの例から学ぶべきことは多い。

第2に、イギリス法の変遷から考えられる点として、差別禁止法のあり方についてである。すなわち、イギリス法は半世紀の間に、断片的な個別法から始まり、包括的な平等法を制定するに至った。日本の差別禁止法が半世紀前のイギリスの水準をスタートラインにする必要はないにしても、個別法で対処するか否かの問題は残されている。それに対する回答は、考慮する事項によってさまざまに分かれるであろう。本章の小括としては、イギリス平等法の成立過程に一定の答えを見出しておきたい。すなわち、2010年平等法は、差別禁止法を改革し、調和をはかり、一本化された平等法という形で法の活用を容易にする目的があった。2010年法成立直前には、9つの主要な立法と、100の規則と命令、総計2500頁に及ぶ注釈などが「差別禁止法」として存在していた¹⁸²⁾。このことから、個別法によって発展した差別禁止法は、あまりに複雑で龐大な法規範になっていたことが伺える。それに対して、日本は現時点で一般的な差別禁止法を有していない。さらに、複数の差別禁止事由に関する問題提起が、国際人権法から長年にわたってなされている¹⁸³⁾。さまざまな事由に基づく差別の解消が求められているのである。これらを勘案すれば、日本では一般的な差別禁止法の導入に軍配が上がるのではないか。

第3に、広義の性的マイノリティ差別に対して総合的に対処する必要が挙げられよう。本稿は差別禁止に特化した検討を目指すものであるが、性的マイノリティの問題を3つに分割するのは極めて便宜的なことであり、日本国憲法上の根拠にしても、狭義の差別のみを切り分けることは困難であった。平等法を性的マイノリティの視点からみたとき、トランスジェンダーに対してアイデンティティを重視する規定を有していることはすでに述べた。さらに、2004年に成立したシビルパートナーシップを、早くも2010年平等法の規定で保護している。ここに、性的マイノリティの権利が人権であるとされた以上は総合的な対処を行おうとする意思が見受けられる。その対処の一部分を担う差別禁止法について、日本においても議論と立法が急務である。

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

本稿はここまでの検討から、日本における性的マイノリティが抱える差別という問題、日本国憲法における性的マイノリティの位置づけ、イギリス差別禁止法から得られる比較法の視座を明らか

182) Wadham *et al.*, *supra* note 175, p.7.

183) 先述の自由権規約人権委員会のみならず、社会権規約人権委員会、女性差別撤廃委員会、児童の権利委員会、人種差別撤廃委員会、拷問の禁止に関する委員会による最終見解に、差別に関する懸念が表明されている。詳しくは、日本国外務省ウェブサイトに掲載される各委員会の最終見解を参照されたい（2011年12月18日アクセス）。<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinken.html>

にしてきた。本章は、それらすべてを踏まえて、日本において性的マイノリティ差別を禁止するための制度設計について検討する。1.では、これまで日本でわれてきた差別への法的対応を確認する。2.では、2003年に廃案になった人権擁護法案とそれに関する議論を題材に、差別禁止法制定の可能性の議論につなげる。3.では、差別禁止法の具体的制度設計のための「分岐点」を整理する。4.では、これまでに得られた示唆的な点を参照しながら、性的マイノリティ差別に対して求められる対応や、留意すべき点を指摘する。5.では小括を行い、今後の課題に言及する。

1. 日本における差別に関する立法

日本では、差別問題として、部落差別と女性差別が長きにわたって人権問題となってきた。これらについては、社会的に大きな問題であったのみならず、法的な対応もなされてきた。女性差別に関する経緯は、第2章2.(2)ですでにみた。ここでは、部落差別への対応をみておきたい。

部落差別については、行政法分野における対応がなされてきた。差別解消のための積極的な立法として、1969年の同和对策事業特別措置法、1982年の地域改善対策特別措置法、1987年の地域改善対策特定事業に係る国の財政上の特別措置に関する法律がそれに該当する。これらの法律は、被差別部落住民の社会的、経済的地位の向上を不当に阻む要因を解消するという目的のもと、生活環境、社会福祉、雇用促進などの事業を行う根拠となるものであった。それに対して、現行法である1996年の人権擁護施策推進法は、社会的身分などによる「不当な差別」に対処するため、「必要な体制を整備し、もつて人権の擁護に資することを目的」¹⁸⁴⁾としている。また、人権啓発や被害者救済の施策を推進することが国の責務であると規定している¹⁸⁵⁾。さらに、同法は人権擁護推進審議会を設置する根拠となっている¹⁸⁶⁾。このように立法の変遷を追って行くと、差別への対策が順調になされているかのように見える。しかし、69年以来の3法は「特別措置法」が継続的に制定されているにすぎず、96年法は実質的には審議会の設置を行うのみで、具体的な施策を規定していない。この点を見ると、部落差別に対してかつて選択された行政的な対応は先細りになっており、差別を実効的かつ継続的に撤廃する立法府の意思が見られないとさえいえる。

これに対して、憲法と国際人権法の立場から、部落差別の問題が取り上げられている。日本国憲法第14条1項後段の差別禁止事由については、社会的身分に該当するため、差別は禁止される¹⁸⁷⁾。また、国際人権法については、世界人権宣言と自由権規約が参照され、「日本国内の差別的人権侵害を根絶するための法的砦」¹⁸⁸⁾であると称される。さらに、人種差別撤廃条約でも、部落差別が条約の射程に含まれる¹⁸⁹⁾。だが、日本政府によれば人種差別撤廃条約第1条にいう「世系 (descent)」に

184) 同法第1条。

185) 同法第2条。

186) 同法第3条。

187) 社会的身分に該当するため差別が禁止されると説くものの例として、芦部、『憲法学III』、前掲注69、50頁。辻村、『憲法』、前掲注1、189-190頁。

188) 寺木伸明・野口道彦（編）『部落問題論への招待 資料と解説 第2版』（解放出版社、2006年）、20-21頁。

189) 村上正直『人種差別撤廃条約と日本』（日本評論社、2005年）、180-181頁。

含まれないという解釈を依然として踏襲しており、人種差別撤廃委員会の解釈とは乖離したままである¹⁹⁰⁾。こうして、部落差別の例が物語るように、長きにわたる人権問題に関する日本政府の施策が十分ではなく、人権保障に対する政府の姿勢にも疑義が残る状況である。なるほど、国際人権法という法規範が砦であるとすれば、その実施を徹底しなければならない。だが、国際法の働きかけに対して日本政府が逆に「砦」を強化しているようにも思われ、遺憾である。この状況を打開するには、国際人権法や憲法の立場からの働きかけと、具体的な政策提言やアドボカシーを展開しなければならぬ。

2. 人権擁護法案

人権擁護法案（以下、「法案」という場合がある。）は、2002年に国会に提出され、2003年に廃案になったものである。前節で紹介した人権擁護施策推進法によって設置された人権擁護推進審議会による答申を受けて、国会に提出されていた¹⁹¹⁾。

性的マイノリティ差別の文脈では、提出から10年近くが経つこの法案を未だに取り上げざるを得ない。なぜならば、法案によって「性的指向」という文言が日本の法制度上初めて盛り込まれる可能性があったためである¹⁹²⁾。同時に、法案は「採用」における差別を禁止するもので、採用の自由という使用者の「聖域」に踏み込んだ点が注目される¹⁹³⁾。なお、この法案以来、差別禁止に関して目立った立法の動きはみられていない。だが、本稿が繰り返してきた差別禁止法の必要性が高まっていることは、国際法の議論からも明らかである。本節では、人権擁護法案について簡単に振り返り、性的マイノリティ差別を禁止するための手がかりを見出したい。以下、法案の内容、積極的側面、問題点、性的マイノリティとの関係、という順番で検討を行う。

法案の目的は、人権侵害の予防や救済であり、「人権侵害」とは「不当な差別、虐待その他の人権を侵害する行為」を指す¹⁹⁴⁾。法案第2条が定める差別禁止事由は、「人種、民族、信条、性別、社会的身分、門地、障害、疾病又は性的指向」である¹⁹⁵⁾。法案第3条1項により、それら「人種等」を理由とする「不当な差別的取扱い」と「不当な差別的言動」が禁止される。また、差別的取扱いの助長や誘発を目的とする情報摘示、差別的取扱いをする意思を公然と表示する行為などについても、禁止される¹⁹⁶⁾。差別が禁止される局面は、公務に従事する場合、物資・不動産・権利または役務を提供する場合、そして、事業主として採用を行い、労働条件を設定する場合である¹⁹⁷⁾。法案はさら

190)「人種差別撤廃委員会からの質問事項に対する日本政府回答（仮訳）（第3～6回政府報告審査）」（日本国外務省ウェブサイト、2011年11月12日アクセス）、問4とその回答を参照。 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/pdfs/kaito3-6.pdf>

191)松本健男「日本における反差別法の検討」松本健男ほか（編）『これからの人権保障 高野真澄先生退職記念』（有信堂、2007年）、62頁。

192)人権擁護法案第2条5項。

193)森戸・水町、前掲注65、187頁。

194)人権擁護法案第1条、第2条1項。

195)「障害」という表記につき、注4で断ったとおり、法律もしくは法案の表記はそのまま用いている。

196)人権擁護法案第3条2項。

197)同法案第3条1項。

に、法務省が管轄する人権委員会を設置し、人権侵害の救済と予防、啓発などを担当させる規定を有する¹⁹⁸⁾。

法案は、性的指向に基づく差別のみならず、他の事由に関しても差別を禁止するという点で意義を有する。部落差別などについても、日本国憲法第14条の規定を具体化する法律としての役割を果たしうるからである。さらに、差別を禁止する局面についても、公務の場合だけでなく、物資などの提供や雇用にも及んでおり、そうした局面で差別が生じ、それが問題として捉えられていることは理解ができる。また、「差別的言動」の禁止はハラスメントに対応するものであり、属性の摘示や差別の意思表示についても、現実には発生している差別事例を念頭に置いているようである。こうした点は、法案の趣旨や内容として積極的側面として評価が可能である。

しかしながら、法案には多くの問題点が見受けられる。たとえば、「不当な差別」という規定は、法案が禁止しようとした広範な分野にわたる差別に対しては、あまりに広すぎる。具体的な例示や限定なしに一般的な禁止規定を置くと、司法府があまりに広い裁量を持つことになる。その場合の懸念として、差別の事由や形態によって統一的な判断が難しくなったり、司法の消極的な態度をかねて助長してしまったりすることが考えられる。そうなれば、法案の目的が達成されずに混乱だけが残る結果が推測される。

第2の問題点として、法務省が管轄する人権委員会を中心に多くの批判がなされている¹⁹⁹⁾。まず、同委員会は法務省の影響下におかれるため、人権侵害の救済に際して独立性が確保されていない。また、メディア規制が盛り込まれているために、取材や報道の自由を脅かすおそれがある²⁰⁰⁾。さらに、人権委員会の権限として、申し立てられる事案につき、委員会としての判断ないし命令に関する規定が欠如している²⁰¹⁾。これは、労働組合法において労働委員会が不当労働行為につき命令の発令権を有していることとの差異を顕著に示しており、法案にいう人権委員会の内容が乏しいと指摘されている²⁰²⁾。

さらに、性的マイノリティ差別の視点からも、法案には次のような問題がある。すなわち、法案は性的指向に基づく差別を禁止しているものの、性的マイノリティは性的指向だけを問題としているのではない。性自認に基づく差別をも対象にしなければ、バランスを欠く。さらに、日本では性的マイノリティについての理解が正しくなされておらず、「性的指向」という文言を盛り込むだけで、差別を生む無理解や誤解が解消されるとは考えられない。したがって、性的指向と性自認に基づく差別を禁止し、それらの定義を示さなければならない。ことによると日本政府は、性自認の問題について、特例法という一応の対応に甘んじているおそれもある。だが、特例法と差別禁止法とは、対象を異にするものである。このことを無視することはできない。

198) 同法案第5条以下。

199) 松本、前掲注191、62頁を参照。

200) 人権擁護法案第42条4款は、報道機関が犯罪被害者などの私生活を報道すること、名誉や生活の平穩を害することなどに対して、人権委員会が「必要な措置を講ずることができる」と規定する。

201) 松本、前掲注191、79頁。

202) 同上。

こうして、人権擁護法案は積極的な側面を有する一方で、差別禁止立法として実際の運用に堪えるものではないといわざるをえない。そうであれば、日本における差別を禁止し、性的マイノリティ差別を射程に入れるためには、差別禁止法の一般的検討を行った上で、性的マイノリティの視点を導入することが必要である。これが本稿に残された検討課題である。

3. 差別禁止法の制度設計

本節では、差別禁止法の制度設計一般について、いくつかの「分岐点」を確認する。差別禁止法立案の際に問題になるものとして、個別法か一般法かの選択、差別禁止事由、差別の定義、暫定的特別措置の取扱い、私人による差別禁止の有無、差別が発生する局面の規定、規制の手段、が挙げられる。

第1に、個別法か包括的差別禁止法かという論点である。イギリス差別禁止法の場合には、半世紀近くをかけて包括的な差別禁止法にたどり着いた。この例をみれば、さまざまな事由に基づく差別が、それぞれの状況やニーズに応じて禁止される方向となったという一連の流れが想定される。個別法から一般法への発展、というイメージである。それに対して、最初から包括的差別禁止法を制定することにも、長所を挙げることができる。たとえば、障がいやセクシュアリティに基づく差別について、それぞれの立法を行うよりは、差別という旗印のもとに立法への行動を起こすほうが現実的ではないだろうか。一本化されたイギリス平等法は、包括的立法を行う際のモデル法となりうる存在である。

第2に、差別禁止事由である。イギリス平等法では「年齢、障がい、性別再指定、婚姻とシビルパートナーシップ、妊娠と出産、人種、宗教もしくは信条、性別、性的指向」である。人権擁護法案では「人種、民族、信条、性別、社会的身分、門地、障害、疾病又は性的指向」である。これら以外の差別禁止事由として想定されるのは、自由権規約を参照すれば、皮膚の色、言語、政治的意見その他の意見である。さらに、イギリス下院における平等法の審議では、カースト、遺伝的要素、介護者、性別が確定できない者、社会経済的に不利な集団への所属などが議論されたという²⁰³⁾。さらには、婚姻関係上の地位として単身ないしシングルであることも含まれるかもしれない²⁰⁴⁾。これについては、それぞれの分野からの問題提起に耳を傾けながら決定するほかない。

第3に、差別の定義である。この点では、定義を置くか否か、置くとすれば何を規定するかという2つの問題がある。人権擁護法案は「不当な差別」などの表現を用いており、定義規定を置いていない。それに対して、イギリス平等法では、直接差別、複合差別、間接差別、ハラスメント、見せしめの不利益取扱いの5種類が規定されている。差別の定義規定を置かないという選択については、人権擁護法案に対する批判がそのまま妥当し、司法が過度に大きな権限を持つことになる。運

203) Wadham *et al.*, *supra* note 175, p.9.

204) *Ibid.*, p.22. 2010年平等法では、法的な結合以外の関係は除外するという決断がなされたという。この点については将来的に検討が必要である。

用のされ方や予見可能性という観点からも問題が残るため、定義規定を有する法律が妥当であろう。その場合に、複合差別と間接差別、ハラスメントに関して課題が残る。複合差別については、イギリス平等法において二つの事由が結びつく場合に限って認められている。国際人権法のディスコースでみられるようになったアプローチであり、日本においても差別禁止法制定のために概念の普及と導入の議論が求められよう²⁰⁵⁾。間接差別については、1997年の改正男女雇用機会均等法（以下、「均等法」という。）第7条に規定されているが日本ではあまり浸透しておらず、間接差別と明確に認定された判例がみられない状況である²⁰⁶⁾。さらに、間接差別が性別によってのみ発生するわけではないため、差別禁止法においても間接差別の定義を設けることが必要である。ハラスメントについても、均等法第11条がセクシュアル・ハラスメントの定義を置いてはいるが、ハラスメント法理の発展や、顕在的もしくは潜在的な被害の実情に鑑みて、差別禁止法にも規定すべきである。セクシュアル・ハラスメントは、1992年の福岡セクハラ訴訟において人格権の侵害が初めて認定され、1997年の改正均等法にセクシュアル・ハラスメント防止の事業主の配慮義務が規定され、2007年の改正均等法では事業主の防止措置義務が規定されるに至った²⁰⁷⁾。ここでも、ハラスメントが性別によってのみ発生するわけではなく、差別禁止法の定義規定が必要である。

第4に、暫定的特別措置の取扱いである。これを差別禁止法に規定するか否か、規定するのであれば、措置をとる義務を明記するのか、措置をとることを禁止しないという規定を置くのかという問題がある。本稿が想定する一般的差別禁止法にあっては、暫定的特別措置の積極的な導入は困難であろう。ここでも性差別の例を取り上げることになるが、特別措置に対しては、逆差別や劣勢の烙印（stigma）の問題が議論されている。また、法律が何らかの特別措置を強制すれば、憲法を含む法的な問題点を克服できるか疑問である。たとえば、積極的な措置をとる要請が憲法第14条に含まれるか、含まれる場合には、いかなる範囲で目的と手段が合理的であるか、という問題である²⁰⁸⁾。これらの点を考慮すれば、暫定的特別措置については義務を伴わない規定を置くにとどまる。イギリス平等法に見られるように、差別を是正する目的に比例する特別措置を禁止しない、という規定が一つの着地点であろう²⁰⁹⁾。ただし、暫定的特別措置が差別是正の手段として良薬の効果を有することは否定できないので、差別禁止法が禁止しないことを示しておくことには、なお意義がある。

第5に、私人による差別の禁止である。第2章4.で紹介したように、日本国憲法の人権規定の私人間効力については、多くの議論が存在する。だが、私人間の人権侵害が無視できない現状が存在する以上、人権規定の効力を及ぼそうとする諸説を否定することはもはや不可能である。それゆえ、差別禁止法で私人による差別を禁止することは当然の流れである。實際上、雇用や住宅供給といっ

205) 元百合子「シンポジウム報告 日本軍性奴隷制と複合差別」「女性・戦争・人権」学会学会誌編集委員会（編）『女性・戦争・人権』第10号（行路社、2010年）、7-20頁は、いわゆる「慰安婦」制度の問題について、複合差別のアプローチを用いるものであり、「慰安婦」問題について複合差別との関係で、日本に対して重大な示唆を与える。

206) 1999年法の名称は「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」である。間接差別の理解につき、辻村、『ジェンダーと法』、前掲注90、124頁を参照。

207) 「福岡セクハラ訴訟」、福岡地判1992（平成4）年4月16日判時第1426号49頁。

208) この例が紹介される文献として、辻村、『憲法』、前掲注1、185-186頁。

209) See, Human Rights Act 2010, Section 158.

た局面では、契約自由の原則などの原則が妥当する民事法の世界に踏み込まなければ、差別を解消することは容易ではない。

第6に、差別が発生する局面である。人権擁護法案は、公務への従事、物資・不動産・権利または役務の提供、事業主としての採用と労働条件の設定という局面での差別を禁止する。イギリス平等法は、サービスの供給、公務、不動産の処分と管理、労働と職業紹介、教育、団体、交通機関における差別を禁止する。これらの例によって、どのような局面で差別の発生が想定されているかが理解できる。だが、実際にどの局面が法律に規定されるべきかを端的に述べることは難しい。たとえば、交通機関へのアクセスについては、障がい者差別を念頭に置いている。逆に、雇用についてはおよそすべての差別禁止事由に密接な関わりを有する。個別的な配慮と、包括的な平等法を制定するという目的とが、難しいバランスを要求するのである。本節では、差別の局面についても、それぞれの分野のニーズを明らかにしながら選択しなければならない、という指摘にとどめる。

第7に、規制の手段である。差別禁止を努力義務とするのか、違反した場合に民事上の救済を採用するのか、もしくは刑罰規制を用いるのか、という問題である。これについては、国や地域、差別禁止の背景や歴史などによってさまざまな対応がなされている。刑罰規制を日本で適用するためには、きわめて重要な大原則である罪刑法定主義の要請に応えなければならない。そのため、差別禁止法の蓄積が少ない日本では、民事上の救済を第一に選択し、運用してみることが早道ではないか。差別が「違法」とされるだけで、社会的なインパクトは十分大きなものである。

4. 差別禁止法と性的マイノリティ

本節は、前節の「分岐点」に対して、それぞれ性的マイノリティの視点から留意すべき事項を付け加える。この作業により、一般的差別禁止法に対して性的マイノリティの視点から要求しなければならない事項が明らかになる。以下、差別禁止事由、差別の定義、私人による差別禁止の有無、差別が発生する局面の順に論じる。

第1に、差別禁止事由には、「性的指向」と「性自認」を含めなければならない。憲法第14条1項との関係では、性的マイノリティが「社会的身分」に含まれるために差別が禁止されるという議論を行った。では、社会的身分に基づく差別を禁止すれば十分なのか。答えは否である。日本における性的マイノリティが差別される究極の原因は、社会の無理解である。法律レベルの差別禁止事由に規定されることによって、当事者の存在が明らかになり、そのニーズに応えることも容易になる。また、裁判においては法律上の「権利」が救済対象になるのであり、権利としての「成熟性に欠ける」と受け止められれば、救済されずに捨て置かれることになる²¹⁰⁾。さらに、性的マイノリティが法律に規定されることで、政府をはじめとする公的機関がマイノリティとしての存在を無視できなくなる²¹¹⁾。これらの理由から、「性的指向」と「性自認」が差別禁止事由に含まれることの意義は大

210) 金子匡良「自治体の人権救済制度」、松本ほか（編）、前掲注191、130頁。

211) 本稿第1章2.(2)ですでに述べた点である。

きく、是非とも実現しなければならない。

第2に、差別の定義である。性的マイノリティの視点からは、直接差別、複合差別、間接差別、ハラスメントについて、それぞれに留意すべき事項がある。直接差別については、イギリス平等法の解釈に言う、連想と認識に基づく差別の議論が示唆的である。「おかま」差別などの場合には、差別される者が性的マイノリティであるか否かに関係がないこともある。特に、学校での「いじめ」でそれが顕著であると考えられる。このことから、差別禁止法に直接差別の規定を置いた上で、想定される差別事例にてらして十分な射程を持つ定義にしなければならない。

複合差別については、将来的な差別禁止立法のための議論として、つねに確認すべき事項である。現時点で一般的な差別禁止法を有しない日本にとって、複合差別を最初から定義規定に盛り込むことは難しいかもしれない。だが、現状として個別の分野における「人権」が声高に主張され、それらには十分な理由がある。そうであるならば、差別が交差し、複合的に作用する場面が存在することに目を向けない理由は考えられない。たとえば、日本に住む一人の女性が民族的マイノリティ集団に属する同性愛者であるとする。この場合には、集団として差別を受けるのみならず、家族や友人との関係でも差別されるおそれがある。こうした例は無限に想定できるのであり、複合差別を視野に入れながら差別禁止法の検討を行うべきである。

間接差別については、性的指向ないし性自認を実質的な理由とする差別を想定した規定を設けなければならない。たとえば、物資・施設・サービスもしくは団体について「旦那様・奥様とご来店いただければ名様分の料金が無料になります」という場合、同性のパートナーを持つ人に対して間接差別にあたるおそれがある。また、消費貸借契約を締結するための要件として、HIV ウイルスに感染していないことを求めれば、同性愛者に対する間接差別にあたるおそれがある。これは難しい例であるが、HIV 検査を受ける同性愛者が異性愛者に比べて AIDS 発症前に感染を知ることが多いことから、間接差別との関係が注目される²¹²⁾。

ハラスメントについては、どのような定義を置くかが大きな争点となるであろう。現行の日本法では、先に述べた男女雇用機会均等法第11条に「不利益を受け」る場合と、「就業環境が害される」場合の2つの類型が規定されている。イギリス平等法も、不利益型と環境型の2類型を基本としている。性的マイノリティとの関係では双方とも問題になるため、ハラスメントの定義規定が求められる。ただし、イギリスの場合に問題となっていた、表現の自由との衝突に注意しなければならない。先に挙げた例では、漫画の表現と教会での説教が問題となっていた。平等法は衝突を回避するために、宗教もしくは信条、性的指向に基づくハラスメントを事実上雇用の局面に限定していた。日本においても性的指向が関係する「表現」は数限りなく存在する。また、表現の自由が「国民が

212) 厚生労働省エイズ動向委員会の報告書によれば、同性間の性的接触による HIV 感染者の認知件数の割合は、異性間のそれと比べて、2010年の段階で依然として高い（5対1程度）。だが、AIDS 患者として報告される件数は異性間の場合に比べて著しく高い割合を示さないことから（2対1程度）、同性愛者が HIV に感染した段階で「認知」されることが多いことも伺える。詳しくは、同委員会「平成22（2010）年エイズ発生動向」（同委員会ウェブサイト、2011年11月16日確認）を参照。

http://api-net.jfap.or.jp/status/2010/10nenpo/nenpo_menu.htm

自ら政治に参加するために不可欠の前提をなす権利」と称されるほどに重要であることは疑いない²¹³⁾。それゆえ、性的マイノリティに対するハラスメントを差別禁止法に規定する必要があるものの、人権相互の関係について慎重でなければならないことも、また事実である。イギリス法の選択した衝突回避は、やむを得ないものであろう。

第3に、私人による差別の問題である。性的マイノリティをめぐるのは、対国家、対私人を問わず差別が発生している。日本政府が人権施策を実施しないことと、社会での差別が横行することは、何らかの因果関係を持つか、表裏一体の関係であるかもしれない。いずれにしても、差別禁止法の導入に際して私人による差別を禁止しなければ、差別問題の解消は実効性を欠く中途半端な結果となろう。

第4に、差別が発生する局面である。性的マイノリティの視点からは、第1章の問題提起に立ち返れば、雇用、住宅供給、教育、社会保障、DVにおける差別禁止が求められる。さらに、イギリス平等法との比較からは、物資・施設・サービスの利用、不動産の処分と管理、団体という局面が追加される。ここで列挙した局面すべてにおいて差別が禁止されなければならない。なお、ハラスメントの箇所ですべた自由権との衝突が、局面との関係でも問題となる。差別の定義と差別の局面とを考え合わせて、調整を試みなければならない。

5. 小括と今後の課題

3.で整理した、包括的な差別禁止法の制度設計の「分岐点」に対して、4.での指摘により、それぞれの論点についてどの方向を選択すべきかについて一定の道筋を指し示すことができた。特に重要な点を簡潔に示すものとして、次頁で「日本法に対する提言」を行い、本稿を締めくくりたい。

今後の課題としては、次のような事柄がある。まず、本稿が課題とした狭義の性的マイノリティ差別だけでなく、広義の差別に関して総合的な政策パッケージを用意しなければならない。性的マイノリティ差別が問題であると認識されても、人権を保障するために何をどうすべきかを示さなければ、建設的な議論を行うことができない。差別の現状に対するネガティブなイメージは、近寄りがたい印象を与えるおそれがある。次に、包括的な差別禁止法を制定するために、性的マイノリティ以外の分野からの発信を注視することである。本稿は性的マイノリティの視点から検討を行ったが、他の事由に基づいて必要とされる事項との調整を行わなければならない。最後に、何より大切なことであるが、現実の性的マイノリティ当事者と支援者に対して、学術的な研究を行う者が、成果や課題を発信しなければならない。マイノリティ集団としての連帯を通して、社会に対して訴えかけを続けることが求められているのである。これらの課題を念頭に置いて、今後の研究に取り組

213) 芦部、『憲法』、前掲注52、165頁。また、横田洋三「日本における人権と人権保障制度」、松本ほか（編）、前掲注191、28頁も、人権保障制度の設計において表現の自由が「優越的な地位」に置かれることは「憲法学界の恣意的な判断結果ではな」く、論破にはそれなりの論が必要であるという。

みたいところである。

むすびにかえて 日本法に対する提言

本稿は、日本における性的マイノリティに対する狭義の差別を憂慮し、同性カップルの権利とトランスジェンダーの性別変更を含む広義の差別解消を期待し、日本の現状に対して国際人権法の立場からなされている問題提起を理解し、狭義の差別を定義し、防止し、被害を救済する立法が存在しないことを問題視し、日本国憲法が規定する差別禁止が具体化されないことを立法不作為であると認識し、イギリスの差別禁止法が日本に対して示唆的な点を多数有することを提示し、日本における差別禁止法のあり方について検討した結果として、日本法に対して次のことを提言する。

1. 性的指向と性自認を差別禁止事由に含む、一般的な差別禁止法を制定すること。
2. 性的指向と性自認に基づく差別の定義には、少なくとも、直接差別、間接差別、ハラスメントを明記し、当事者のニーズを満たす規定を設けること。
3. 差別禁止法において私人による差別を禁止し、社会的な差別の撤廃をはかること。
4. 差別の局面について、さまざまな差別事由を検討した上で、差別禁止が求められる局面を差別禁止法に規定すること。
5. 差別禁止法の制定に際して、同性カップルとトランスジェンダーの性別変更に関する法制度を見直し、性的マイノリティの権利を総合的に保障するよう、制度の調和を実現すること。

なお、本提言の根拠となる議論は本文にて行った。それが政策提言の理由付けにとどまらず、当事者や支援者の法に関する理解を助け、性的マイノリティの権利獲得につながることを願う。