

性別二分論の限界

——性的少数者と性差別禁止

山田 省三

(中央大学名誉教授)

イギリスでは、性差別と並んで、性自認（性不適合）、性的指向および同性婚を理由とする差別が制定法により禁止されている。ここで注目されるのは、生殖を基本として男女を把握する生物学的性二分論から、「性の多様性」を尊重する視点への転換が前提とされていることであろう。すなわち生来の身体・性自認と自己の性が一致し、異性を愛するという多数派と異なる少数者の「性」がどのように保護されるべきかという問題である。とりわけイギリスでは、「同性愛は罪である」という「神の法」(God's Law)と、差別禁止という「人の法」とが対立しているが、そのような前提を欠く日本では異なった議論が求められよう。その際には、そもそも「性」差別禁止における「性」とは何を意味するかの議論が不可欠となろう。さらに、この問題を考察する際には、差別論的アプローチ (discrimination approach) と並んで、性に関する「多様性アプローチ」(diversity approach) も有用な議論であるかが問われよう。以上のように、本稿は、先駆的なイギリス差別禁止法における性自認、性的指向および同性婚をめぐる議論を紹介しながら、今後日本でも不可避なテーマである「性の多様性」に関する法理を探求することを目的とするものである。

目次

- I はじめに
- II イギリスにおける「性」差別禁止の進展
- III 日本における議論
- IV 性別二分論の妥当性

I はじめに

賛否両論のなか終了した東京オリンピックにおいて、100名近くの選手がLGBTであることを表明したことが話題となった。また、最近、教員の男女比率を改善するためのポジティブアクションの一環として、某大学で女性教員を募集したところ、トランスジェンダーの応募があったとのことである。さらに、学生・教職員・利用者等に対する某大学のアンケート用紙の回答者属性につい

て、「男女のみというのはおかしい、『その他』を入れるべきだ」との指摘があったという。「その他」という名称が妥当かどうかはともかく¹⁾、以上の事実は、従来の生物学的な男女二項論では解決できない事態となっていることを示すものと指摘できよう。

周知のように、欧州の多くの国において、性(男女)差別にとどまらず、性自認(gender identity)、性的指向(sexual orientation)、同性婚・同性パートナーシップ(civil partnership)等に対する差別やハラスメントを禁止する法制度が整備されているのに対し、G7のなかで同性パートナーシップを採用していない唯一の国が日本であることに典型的に示されるように、日本ではLGBT差別禁止等の立法の実現にはほど遠い現状である。欧州の大半の国では夫婦「同性」制度が導入されている

のに対し、日本では選択的夫婦「別姓」すら実現していないのが現状である。その理由として、男女ないし「性」を従来の伝統的な生物学的性（出生時に割り当てられた性——assigned gender）に限定するという発想が根底にあるものと考えられる。

日本国憲法14条は、人種、性、信条、社会的身分あるいは門地といった、いわば市民法が禁止する差別類型を規定したが、社会法としての労働基準法も、男女雇用機会均等法が成立するまでは、国籍、信条、社会的身分（同法3条）および性（賃金差別のみ、同法4条）を理由とする差別を禁止する限定的立法にとどまっていた。その後、年齢（労働施策総合推進法9条、高齢者雇用安定法8条）、障害（障害者雇用促進法34条、35条）といった事由についても、完全な差別禁止規定ではないとはいえ法制化されているにもかかわらず、LGBTについては、わずかに男女雇用機会均等法の「セクシュアルハラスメント指針」において、性的指向や性自認が同「指針」の対象とされると規定するのみで、具体的内容は策定されていない。

本稿は、幅広い「性差別」解消に取り組んでいるイギリス差別禁止法制の進展を紹介しながら、従来の生物学的性二分論の再検討の必要性を論じるものである。

II イギリスにおける「性」差別禁止の進展

1 概論

イギリスでは、従来の個別的差別禁止法を統合した2010年平等法（Equality Act, 以下EA）が包括的な差別禁止法となっている。権利濫用、公序良俗あるいは人格権という一般条項を有しない英米系法制の下では、解雇問題等も差別法理によって解決されざるを得ないことになる。さらに不公正解雇（unfair dismissal）制度の保護を受けるためには、一定の継続勤務期間が要求されるのに対し、差別禁止の場合にはそれが不要とされていることも、解雇が主に差別として議論される状況を後押しする事情となっている。このほか、性的

人格権侵害としてのセクシュアル・ハラスメント（以下、SH）も性差別として構成されていることから、バイセクシュアルな男性上司による男女双方の部下に対する性的言動がSHに該当するかが問題となったケースすら登場している。

このように、差別概念が拡大しているとともに、保護特性（protected characteristics）と称される差別禁止事由が限定列举となっていることが、イギリス差別禁止法の特徴である。すなわちEAは、①年齢、②障害、③性自認、④婚姻・同性婚、⑤妊娠・出産、⑥人種、⑦宗教その他の信念、⑧性、⑨性的指向の9類型を直接差別として禁止しており（EA4条）、間接差別は、⑤を除く8類型である（EA19条3項）。また、EAは、もっぱら「人に対する差別」を禁止対象としており、パート、有期、派遣等の「仕事に対する差別」（雇用形態差別）は、各規則（regulation）に別途規定されている。

本稿ではまず、以上の保護特性のうち、イギリスにおける性自認、性的指向および同性婚における裁判例の現状を紹介していきたい。

2 性自認（性不適合）

性自認（性不適合）は、医学用語としての性同一性障害（gender identity disorder）と表記されるのが一般的であるが、自己がどの性に属するかとの意識である。性自認が出生時の性に一致しない者をトランスジェンダー（transgender）、一致する者をシスジェンダー（cisgender）と呼び、前者のうち、性別適合手術によって身体の性の変更を望む者はトランスセクシュアル（transsexual）と呼ばれる。

従来、トランスジェンダーへの差別意識やステイグマ（烙印）に基づき、これらの人々は、障害者と同様に、治療されるべき存在という、いわば医学的アプローチが採用され、精神障害の一部とみられてきた。しかし、イギリスでも、1999年に性差別（性不適合）規則（Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations）が制定され、性不適合を理由とする差別が禁止されるにいたり、これは現行EA7条に継受されている。国際的に見ても、世界保健機関（WHO）は、2019年5月の総会

において、性同一性障害は、「精神障害」の分類から除外され、「性の健康に関連する状態」という分類の中の「性別不合」(gender incongruence)に変更されている。

EAの条文上では、性自認は「性不適合」(gender reassignment)とされ、「性の生理学的その他の特質を変更し、自己の性を再適合する目的で、ある処置の実行を計画し、実行中であり、または実行したすべての性転換者(transsexual)が含まれる」と規定されている(EA 7条1項)から、女性に性転換する男性、男性に性転換する女性はともに性自認の保護特性を有する。ここで注目すべきは、この保護特性の保護を受けるために性別適合手術(medical supervision)を受ける必要がない点であろう。性自認に関しては、性適合手術のための欠勤を不利益に取り扱うことを禁止している(EA16条)。以上の動向から、性自認は、まさに性同一性障害という名称が示す医学的プロセスから、生来の性から「選択された性」への移行という人格的プロセスへの移行を示すものであろう。

次に性自認(性不適合)をめぐる裁判例をみると、使用者に対し、性不適合手術のうち、変更された性で1年間を過ごせるかを試す「生活テスト」(life test)を受けることを通知したところ、外科手術のための疾病休暇中に解雇されたP v S and Cornwall County Council事件([1996]IRLR 347)において、ET(雇用審判所)は、性不適用を理由とする差別は、1975年SDAの性差別禁止には該当しないと判断された。ここでは、あくまで「性」とは生物学的男女を指すものと理解されていたのである。もっとも同事件は欧州司法裁判所(ECJ)に移送され、ECJは、性不適合に関連する理由により性不適合手術を受けた者を解雇することは、以前に属していたと推定される性の者よりも不利に取り扱うことにより、1976年EEC雇用平等指令(Equal Treatment Directive)5条1項に違反すると判示されている。

また、男性から女性への性不適合手術を受けることが知られたため、同僚から継続的ハラスメントを受け、病気欠勤後に解雇されたChessington World of Adventures Ltd v Reed事件([1977]

IRLR556)において、EAT(雇用上訴審判所)は、本件ハラスメントを認識していた使用者は、性差別違反の責任を負うと判示している。ここでは、上記ECJ判決の影響を窺うことができよう。

3 性的指向・同性婚

(1) 性的指向をめぐる法的動向

現在では、レズ、ゲイ、バイセクシュアルおよびトランスジェンダーを意味するLGBTとの用語が一般化しているが、これに「不確定な性」(Questioning)を加えてLGBTQと呼ばれることもある。さらに、性的指向(Sexual Orientation)と性自認(Gender Identity)を合わせたSOGIも一般化しつつある。性的指向または性自認は、顕在化されにくい性格を有しており、把握は困難であるが、イギリスでは人口の5-7%、約400万人がLGBTと言われている²⁾。多数派とは言えないが、我々が想像するような少数派でもないのである。

ところで、1930年代のイギリスでは、同性愛は厳しく禁止され、とりわけゲイは著しい猥褻行為として刑罰の対象とされており、原則不処罰となるには、相手方の同意があるか、相手方が21歳以上である場合には刑事責任を問われないと規定する1967年性処罰法(Sexual Offence Act)の制定まで待たねばならなかった³⁾。同時に、同性愛者は精神異常(psychiatric disorder)と認識され、男性同性愛者は、薬物、嫌悪療法(aversion therapy)、ロボットミー、電気ショック等により「処理」されるべき対象者とみられてきた⁴⁾。

そして、イギリス法は本来的に、男女を「生物学的」男女(biological men and women)に限定しているから、性的指向を理由とする不利益取扱いについても、性差別に該当しないと判断された(White v British Sugar Corp事件([1977]IRLR 121, IT)。さらに、雇用契約上、配偶者には割引旅行券が交付されると規定されているにもかかわらず、同性パートナーであることを理由に交付を拒否された事案であるGrant v South-West Trains Ltd.事件([1998]IRLR206ECJ)において、欧州司法裁判所は、やはり性的指向を理由とする差別は、EC条約や平等賃金指令(Equal Pay

Directive) には違反しないとされてきた。このほか、レズビアンである理科担当教員が同性愛者であるとしてハラスメントを受け、精神疾患に陥り退職に追いやられた Pearce v Governing Body of Mayfield Secondary School 事件 ([2003] IRLR512 HL) において、貴族院は、ゲイの教員であっても同様の取扱いを受けたであろうから、やはり性差別にあたらないと判断している。

このような状況を受けて、イギリスでも制定法への要求が高まり、2003年の雇用機会平等(性的指向)規則(Equal Opportunity in Employment (Sexual Orientation) Regulations, EOESOR)において、雇用分野における性的指向を理由とする差別が禁止され、続いて2007年平等法(性的指向)規則(Equality Act (Sexual Orientation) Regulations)により、便益、商品およびサービスに関する差別は違法とされ、両規則は後に、2010年EA 12条に統合されている。

English v Thomas Sanderson Blinds 事件([2009] IRLR206)は、寄宿舎学校等の出身であることから、同性愛者であると誤認され、同僚4人から約10年にわたり性的嘲笑や差別的言動を受けてきており、これはEAESOR 5条1項が禁止する性的指向を理由とするハラスメントに該当すると主張された事案である。

EAT ([2008] IRLR342)は、申立人が結婚しており、子供も二人いることから同僚らが申立人を同性愛者と誤認していたもので性的指向を理由とするハラスメントに該当しないとの判断を下していた。これに対し、控訴院(Court of Appeal)は、同僚らの本件行為は、申立人の尊厳を侵すものであるところ、申立人自身の実際の性的指向や同僚らの認識にかかわらず、むしろ同性愛者でない男性を同性愛者であると誤認して中傷することにより精神的苦痛を与え、苦境に追いやることは、性的指向を理由とする違法なハラスメントに該当すると判断している⁵⁾。

また、ECにおけるドイツの事案として、登録された同性パートナーシップに関連するECJ判決(Maruko v Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen [2008] IRLR405)では、年金制度に長期加入していたパートナーが死亡したとき、申立人が

寡婦年金を請求したところ、当該年金制度がパートナーではなく、法律上の配偶者に対する年金制度であることを理由として、支払いが拒否された。これに対しECJは、生存者の便宜に関連して、生活上のパートナーを生存する配偶者と異なって取り扱うことは性的指向を理由とする直接差別を構成すると判示した。なお、本判決は、ECJが初めて性的指向に関する平等取扱い原則を確立した事案である。

以上の議論のほかたとえばサド・マゾ(sadomasochism)のような性的嗜好(sexual preference)が性的指向により保護されるのかは不明である⁶⁾し、誰に対しても恋愛感情や性的関心を有しないアセクシュアル(aseexual)についても同様であろう。

(2) 同性婚(civil partnership)

イギリス2004年同性婚法(Civil Partnership Act)は、同性カップルに異性カップルと同様に法的に承認された地位を付与した。続いて2010年EAは、通常の婚姻とともに同性婚を理由とする差別を禁止した(14条)が、これは婚姻した者および同性婚者のみが保護され、未婚者や結婚・同性婚をしようとしている者、離婚した者等は保護されない。その後、2013年婚姻(同性カップル)法が施行され、同性カップルにも異性カップルと同一の権利が保障されることになった。結婚と同性婚との差異をみると、結婚が宗教的イベントかつ市民的行事(civil events)であるのに対し、同性婚は市民的行事のみが許され、宗教的行事が否定される点である。また、宗教組織の機関は、同性カップルの婚姻を認めるか否かを自由に決定でき、当該宗教組織がこれを否定する場合、婚姻は無効となる⁷⁾。このように、イギリスでは、傾向経営における宗教の自由との調和が図られている。

イギリスでは、後述するように、北アイルランドを除き、同性婚が法認されているとはいえ、宗教とりわけカトリックの教義との相克の歴史であった。すなわち、同性間の性的関係、とりわけ同性婚は「神の法」に反し、むしろ罪であるというのがカトリックの教義であったからである。

裁判例等をみると、まず、敬虔なクリスチャン

である出産・死亡・婚姻登録官である申立人が、同性婚は「神の法」に反するとして、2件のゲイ同士の婚姻登録を拒否したことを理由として懲戒処分を受けた *Ladele v London Borough of Islington* 事件 ([2010] IRLR211) がある。同事件において、申立人は、本件懲戒処分が自己の宗教を理由とする直接・間接差別およびハラスメントに該当するとして提訴した。EATは、宗教直接差別を認容したET決定を破棄し、業務を拒否したすべての登録官は同様の方法で取り扱われるであろうし、かつ、申立人の見解は独自の見解であり、宗教の中核的部分には該当しないから、いずれにしても本件懲戒処分が直接宗教差別には該当しないと判示した。

同様の事件である *Maclintock v Department of Constitutional Affairs* ([2008] IRLR29CA) も、敬虔なクリスチャンである治安判事を兼任する家庭問題調停員である申立人が同性夫婦の養子縁組手続を拒否して退職した事案において、控訴院 (Court of Appeal) は、同性夫婦が養子縁組に反対することは、宗教その他の信念にも該当しないとして請求を棄却した。しかし、同性婚を否定するカトリック信者がその信念を保持することは宗教的信念に該当するであろう。それを前提としたうえで、同性婚と宗教的信念という両利益の調整をどのように考察されるかについて、登録官という公的職務の遂行との関連で論じられるべきであろう。この場合、このような宗教的信念を有する担当者として同性婚業務から外す等の配慮をすべきなのか、それとも業務拒否は同性婚差別であることに変わりないのだから、このような信念を有する担当者に対して、あくまでも同様の業務命令を命じるべきであるのかが問題であろう。

さらに、北アイルランドの事案である *McArther and others v Lee* 事件 ([2017] IRLR69NICA) が注目される。当時、イギリス国内で唯一同性婚が認められていなかった北アイルランドでは、LGBT 団体が同性婚立法制定を求めるキャンペーンを実施していたが、その一環として、会員である Lee が「同性婚を支持せよ！」とのロゴを装飾したケーキを注文したところ、聖書に由来する *Ashers* との店名を付けるほどの敬虔なカトリッ

ク教徒である被告商店主は、同性婚は「神の教え」に反するとの自己の宗教的信念に基づき、ケーキ作成を拒否した。商店主は、性的指向差別を認定したETの判断を不満として、北アイルランド控訴院 (NICA) に控訴した。ここに、宗教の自由と性的指向・同性婚の権利との相克が真正面から問題となったのである。Leeは、性的指向を理由とする差別を禁止する2006年北アイルランド平等 (性的指向) 規則3条1項、商事契約におけるサービス提供の拒否を違法とする同規則5条1項、宗教的もしくは政治的信念を理由とする差別を禁止する1998年北アイルランド公正雇用取扱命令3条を根拠として、同店主に損害賠償を請求したのに対し、同店主は、欧州人権規約9条の宗教の自由を抗弁としてあげていた。

地裁は、比較対象者は“Support Heterosexual Marriage!”のメッセージ付きのケーキを注文する者であるところ、“Support Gay Marriage!”とのメッセージさえなければ、同店は注文のケーキを提供していたであろうとし、異性婚を支持せよとのメッセージ付きケーキであれば、注文は拒否されなかったであろうとして、Leeの請求を認容した。続いてNICAも、本件を性的指向差別と認めた。すなわち、本件ケーキのスローガンから利益を受けるのはゲイとバイセクシュアルの者のみであり、同店は、本件以外のメッセージ付きケーキであれば注文を拒否しなかったであろうから、ケーキが提供されなかったのは、“gay”との文言があったからであるとした。さらに同判決は、注文が拒否された理由は、同店が特定の性的指向を有する者の結婚を支持するメッセージ付きのケーキを提供しないことであったが、同店主の宗教的もしくは政治的信念が直接差別を正当化することはないと判示した。

これに対し、北アイルランド最高裁 ([2018] IRLR1116SC) は、控訴院判決を破棄した。その理由として、異性愛者による同様の注文であっても、店側は、同様の行動をとったであろうし、そもそも直接差別の定義は「人を異なって取扱うこと」であるところ、ケーキ店が反対したのはメッセージそのものであって、メッセンジャー (注文者) ではないというものであった。しかし、前者

については、そもそも多数派である異性愛者が「異性婚を支持せよ！」とのケーキを注文するという発想自体が絵空ごとであろうし、後者の立論によれば、そもそも思想信条差別というものも成立しないことになる。思想信条にかかわるメッセージでも、それも人格と不可分のものであるからこそ、差別とみなされるべきだからである。また、そもそも差別とは、基本的に少数者を保護するものであることが想起されるべきであり、このことは性的指向としての同性婚にも妥当しよう。

とりわけ宗教上の性的禁忌が必ずしも強固ではなかった日本とは異なり、LGBTは諸外国では宗教的信念との相克が不可避なものであった。前述した北アイルランドにおけるケーキ裁判は、その典型的な事例であり、ここではカトリックの「神の法」と、性的指向による差別を禁止する「人の法」との対立とみることも可能であろうが、どちらがより保護されるかが問われよう。それは、前掲Lee事件のように商行為として行われる場合と、前掲Ladele事件のように、労働者の信条等に反する業務命令の場合とで異なる結論となるのか、また前者のケースでも、法人であるのか、個人事業主であるのかによって異なる議論となる。あくまで一般論になるが、商行為のほうが差別禁止法に抵触する可能性は高いのではないだろうか。

しかし、繰り返すが、差別禁止とは少数者を保護するものであることが想起されるべきであろう。前掲Lee事件でいえば、ケーキの提供拒否を性的指向差別と判断した控訴審判決の直後には、同判決の論理によれば、同性愛者であるケーキ店主に対し、「異性婚を支持せよ！」とのケーキを作ることを強制できることになるとか、ユダヤ教徒である印刷業者に対し、「ホロコーストはなかった」というパンフレットの印刷を強制できることになる等の意見がインターネットに掲載されていた。まさにこれは、自己の性的指向あるいは宗教的信念に反する商行為を強制することができるのかという深遠な問いに他ならない。

しかし、以上の意見は、一見論理的ではあるが、前提が間違っているのではないか。というのは、「性」を理由として差別を受けた経験のない

主流派である異性婚者が、Lee事件の事案とは反対に「異性婚を支持せよ！」とのメッセージ付きのケーキを注文することは、差別を受けてきた少数派による同様の行為と同視されるべきではない。もちろん、共通して両者に表現の自由が保障される点に相違はないが、後者の場合には、これに差別禁止の法理が加味されるのであり、両者の表現活動は同列ではないのである。むしろ、「異性婚を支持せよ！」というメッセージそのものが、LGBT運動への嫌がらせに他ならないのではないかとの疑問すら生じるところである。さらに、ホロコーストをめぐる発言自体不当である(国によっては犯罪ともなりうる)ばかりではなく、ユダヤ人への重大な差別ないしハラスメントであろう⁸⁾。現に同最高裁判決に対しては、宗教的信念が差別の根拠(bese)として用いられることを危惧する見解⁹⁾が見られる。

Ⅲ 日本における議論

1 性自認(性同一性障害)

まず、法律上、性同一性障害とは、「生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別(略)であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているもの」と定義されている(「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」2条)。

性自認(性同一性障害)の労働法上のリーディングケースであるS社(性同一性障害者解雇)事件(東京地決平14・6・20労判830号13頁)は、性同一性障害と診断された申請人(性自認は女性)が、女性の服装で勤務すること、女性トイレ・更衣室を使用することを求めたが認められず、禁止された女性の服装等をして入社し続けたことを理由に懲戒解雇された事案である。

これに対し同決定は、債権者が性同一性障害の

診断を受け、精神療法等の治療を受けていること、債権者が女性としての性自認が確立しており、今後も変わらないとの医師の診断書が債務者会社に送付されていること、家庭裁判所の許可を受けて、戸籍上の名を女性名とも読めるものに変更しているからすれば、性同一性障害者として、精神的、肉体的に女性として行動することを強く求めており、他者から男性としての行動を要求され又は女性としての行動を抑制されると、多大な精神的苦痛を被る状態にあったということができるとする。続いて同判決は、当該労働者が使用者に対し、女性の容姿をして就労することを認め、これに伴う配慮をしてほしいと求めることは、相応の理由があるとしたうえで、当該労働者の業務内容、就労環境等について、当該労働者の申し出により、使用者、労働者双方の事情を踏まえた適切な配慮をした場合においてもなお、女性の容姿をした労働者を就労させることが、使用者における企業秩序または業務遂行において、著しい支障を来すと認めるに足りる疎明はないから、懲戒解雇に相当するまでの重大かつ悪質な企業秩序違反であると認めることはできないと判示した。

同事件は、あくまで懲戒解雇の事案であるから、債権者の言動が企業秩序を侵害したか否かが問題となるところ、本件事案においてこれを認めることは困難であろう。むしろ問題は、①従前と異なる性の容姿を認めてほしいと申し出ること稀であること、②本件申し出がもたら労働者側の事情に基づき、使用者や他の労働者に配慮を求めるものであることを考慮すれば、労働者の行動による社内外への影響を憂慮し、当面の混乱を避けるために、労働者に対して女性の容姿をしないことを求めるのは相当と判断している部分である。以上の判断は、この問題に対する事件当時の裁判所の認識を端的に示すものであろう。

労働裁判において、性自認の問題が明確な権利として初めて承認されたのは、トランスジェンダーの女性トイレの使用が問題となった国・人事院（経済産業省）事件1審判決（東京地判令元・12・12判別1223号52頁）である。まず同判決は、「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われており、個人の人格的な生

存と密接不可のものということができるのであって、個人がその真に自認する性別に即した社会生活を送ることができることは、重要な法的利益」であるとの認識を示している。続いて同判決は、「トイレが人の生理的作用に伴って日常的に必ず使用しなければならない施設であって、現代においては人が通常の衛生的な社会生活を送るに当たって不可欠のものであることに鑑みると、個人が社会生活を送る上で、男女別のトイレを設置し、管理する者から、その真に自認する性別に対応するトイレを使用することを制限されることは、当該個人が有する上記の重要な法的利益の制約に当たる」としたうえで、性同一性障害を抱える者が、その外見を可能な限り性自認上の性別である女性に近づけ、女性として社会生活を送ることは、自然かつ当然の欲求である」として女性トイレを使用制限とした経済産業省の行為を国家賠償法上違法と判断した。ここでは、トイレ使用の権利一般の問題ではなく、トランスジェンダーの職員のトイレ使用の権利性が明らかにされたことが重要であろう。

しかし、同事件控訴審判決（東京高判令3・5・27 LEXDB25569720）は、性別は「個人の人格的利益と密接不可分のものであり、自らの性自認に基づいた性別で社会生活を送ることは、法律上保護された利益である」ことを前提としている（もっとも1審判決とは異なり「重要な法的利益」とはしていない）。しかし、同判決は、経産省が決めた女性トイレの使用制限は、事業主の判断で先進的な取り組みがしやすい民間企業とは事情が異なること、経産省が積極的対応策を検討した結果、関係者の対話と調整を通じて決められたもので、当該職員自身も納得して受け入れていたこと、戸籍上の性別変更手続きをしていないトランスジェンダーであるトイレ使用は使用者の裁量判断の範囲内の行為である等を理由として、本件トイレ使用制限が国家内賠償上違法ではないとしている。

しかし、本件のような施策は、むしろ民間企業よりも経産省のような国の行政機関のほうが先進的に取り組みやすい課題であること、本件事案からすれば、職員が納得していたとは窺えないこと、上述した性適合手術が困難であること等を考

慮すれば、同判決の結論は疑問である。

次に、トランスジェンダーの運転手が化粧して乗務したことを理由として乗務拒否された淀川交通（仮処分）事件（大阪地決令2・7・20判刑1236号79頁）がある。同判決は、性同一性障害である本件乗務員に対しても、女性乗務員と同等に化粧を施すことを認める理由として、医師から性同一性障害であるとの診断を受け、生物学的な性別は男性であるが、性自認が女性という人格にとっては、外見を可能な限り性自認上の性別である女性に近づけ、女性として社会生活を送ることは、自然かつ当然の欲求であるというべきであり、このことは、生物学的性別も性自認も女性である人格が化粧を施すことが認められていること、あるいは、生物学的性別が男性である人格が、性自認も男性であるにもかかわらず、業務上、その意に反して女性的な外見を強いられるものではないこととの対比からも、明らかと判断している。本決定は、本件をどちらかという、男女同一の取扱い（性差別）の事案として論じているようであるが、本件は、あくまでトランスジェンダーの乗務員に対する差別の事案であることが想起されるべきであろう。

最後に、労働事件ではないが、男性から女性へ戸籍を変更し、性別適合手術を受けた顧客がゴルフ場への入会を拒否されたコナミススポーツクラブ事件（静岡地浜松支判平26・9・8判時2243号67頁）は、性同一性障害が医学的疾患であることは公知の事実であったところ、性同一障害及びその治療を理由とする不合理な取扱いは許されないことは、本件当時においても、公序の内容を構成しており、医学的疾患である性同一性障害を自認したうえで、ホルモン治療や性別適合手術という医学的にも承認された方法によって、自らの意思によっては如何ともし難い疾患によって生じた生物学的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたという原告の人格の根幹的部分をまさに否定したものに他ならないと判示した。以上のように、同判決では、性自認が個人の人格にかかわるものであることを明確にしたものと評価できよう。

ところで、性別変更の条件として生殖機能を喪失させることを要件とする前掲性同一性障害特例法の規定の効力が問題となる。同規定が個人の尊重を定める憲法13条、14条1項に違反するかが争点となった事案において、最高裁（最二小決平31・1・23集民261号1頁）は、裁判官4人の全員一致で、「現時点では」という限定付きではあるが合憲と判断している。しかし、前述したように、身体的あるいは経済的理由で手術が不可能であることも稀ではないこと、そもそも手術の強制自体が身体侵襲という人格権侵害となり得ること、上述したように、イギリスをはじめとして性適合手術を不要とする国々が多くなっていること等の事情を総合すれば、最高裁の判断は疑問であろう¹⁰。

2 性的指向

性的指向における、「指向」という日本語は目指すというイメージが強い。しかし、性的指向は、自己の意思で選択する「趣味嗜好（preference）」の問題ではない¹¹。性自認とは異なり、顕在化しにくい事案であるのか、労働事件としての性的指向をめぐる事案はまだ登場していないが、行政事件として東京府中青年の家事件（東京地判平6・3・30判時1509号80頁、東京高判平9・9・16判タ986号206頁）が著名である。これは、「動くゲイとレズビアンの会」（アカー）が東京都の宿泊可能施設の利用申請をしたところ、東京都から拒否された事案である。拒否の理由は、1審段階では男女同室宿泊は許されないというものであったが、控訴審では、同性愛は青少年の健全育成に反するものと、変遷している。

1審判決でまず注目されるのは、「同性愛は、人間が有する性的指向（sexual orientation）の一つであり、性的意識が異性に向かうものである」とされ、日本の裁判史上、おそらく初めて「性的指向」との用語が用いられた点だけでなく、性的指向を人の自然の性のひとつとして認めたことであろう。

同判決は、憲法21条、26条および地方自治法244条に基づき、原告らは「公の施設」の利用権を保障されており、これを拒否する正当な理由が

必要であるところ、男女の場合には、通常別室に分室すれば宿泊可能となるのに、同性愛者の場合には相当数の個室でもない限り不可能となり、不利益が大きいものであるところ、性的行為がなされる具体的可能性がないにもかかわらず同性愛者と男女を同列に扱って、一般的原則たる男女別宿泊の原則をそのまま同性愛者にあてはめ、本件使用申し込みを不承認としたもので違法であると判断している。

続いて控訴審判決は、元来は異性愛者を前提にした原則を同性愛者にも機械的に適用し、結果的にその宿泊利用を一切拒否する事態を招来することは、右原則が身体障害者の利用などの際、やむを得ない場合にはその例外を認めていることと比較しても、著しく不合理であって、同性愛者の利用権を不当に制限するものであるとしたうえで、行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、きめの細やかな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されるものであって、無関心であったり、知識がないことは公権力の行使に当たるものとして許されず、このことは平成2年当時でも同様であると判示している。

また、異性愛者の基準を同性愛者に機械的にあてはめているとする同判決の指摘は重要であろう。なお、本件では、同性愛者による公共施設の利用関係が争点となっていたため、憲法21条、同26条が適用されているが、性的指向の権利性という視点からすればむしろ憲法13条、14条の権利性が問題とされるべきであろう。

3 同性婚

わが国は、G7で同性婚を承認していない唯一の国であることは前述したが、同性婚については、これを規定していない民法および戸籍法の規定が、個人の人格権を保障した憲法13条、婚姻の自由を保障した憲法24条に違反するか否かが争点となった札幌同性婚事件（札幌地判令3・3・17判時2487号3頁）が注目される。

同判決は、まず婚姻を「婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務

を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結びついた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為」と定義したうえで同判決は、憲法24条1項の文言が「両性」という「男女」を想定させる文言を用いていることから、異性婚を規定するものであり、同性婚を定めるものではないと判断した。しかし、後述するように、「両性」との文言が、生物学的な男女に限定して理解されるのかが、まさに問題となっているのである。

続けて同判決は、同性婚を認める規定を設けていない本件諸規定は、憲法14条1項、2項および同13条には違反しないが、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらこれを楽しめる法的手段を提供しないことは、立法府の裁量権の範囲を超えているものであり、その限度において憲法14条1項に違反すると判断した。すなわち、同性婚自体の成立は認められないものの、婚姻としての効果を全く付与しないことが違憲となるというのが、その同判決の骨子であろう。

しかし、憲法24条における「両性の合意」とは、男女間の婚姻に限定する趣旨ではなく、戦前の家制度の下での婚姻がともすると戸主の意思によって行われていたことへの反省から規定された趣旨と解すれば、「両性」とは男女のみを指すとの解釈は導けないのではないだろうか。

もっとも、「性的指向」という、人の意思によって選択・変更ができないとの性格からすれば、「異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、等しく享有し得るものである」とする前掲札幌同性婚事件の札幌地裁判決は、その点では評価されるべきであろう。

問題は、同性婚に異性婚と同様の権利を付与するかどうかであるが、憲法24条が同性婚を禁止するものではない以上、立法的に確認されるべきであろう¹²⁾。

IV 性別二分論の妥当性

1 少数者に対する差別

以上の理論状況から確認されることは、生物学的男女二分論には限界があることではないだろうか。従来の社会・法制度とともに、男性性と女性性との二分論が前提とされており、まさに男女別身体・異性愛・シスジェンダーという多数派モデルを前提として構築されてきたことは間違いない¹³⁾。従って、このモデルに反する「性」は社会的に排除されるものと認識されてきたことは、歴史が示してきたところである。

上述したように、性自認（性不適合）に関連する解雇は性差別に該当しないとのイギリス司法の判断を覆した前掲 P v S and Cornwall County Council 事件において、ECJ は、当該解雇が EC 指令に違反すると判断した。すなわち、「性」を理由として解雇されない権利は基本的権利であるから、本指令は、ある者が一方もしくは他方の性（すなわち女性もしくは男性）であるとの事実に基づく差別（すなわち性差別）にのみ適用されるものではなく、性不適合手術を受ける意図を有するか、もしくは受けた者にも拡張されなければならないというものであった。このように、「性」を男女に限定せず、性自認・性不適合にも拡張されるとの解釈が EC において提示されてから四半世紀が経過している。

これに対し、日本の裁判所は消極的である。上述した同性婚違憲判決では、同性婚が婚姻の本質を伴わないから、同性愛者が異性愛者と同様の法的利益を得ているとみる事ができないとしているが、現に同性婚であることから多くの不利益を受けているのが現実であることが想起されるべきである。しかし、もちろん憲法 13 条や 14 条も重要であるが、「婚姻」の問題であるのならば、やはり憲法 24 条からアプローチされるべきであろう。具体的には、憲法 24 条 1 項の「両性の合意」、同条 2 項の「配偶者の選択……その他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」との文言における「両性」「配偶者」「個人の尊

厳」あるいは「両性」における本質的平等の文言の射程は、生物学的男女二分論だけではなく、LGBT, SOGI を含む「多様な性」として再考されるべきである。以上のイギリスや EU の裁判例は、そのことを示唆しているのではないだろうか。この点で、前掲東京府中成年の家事件控訴審判決は、異性愛の基準を安易に同性婚に適用したことへの批判を含むものと評価することが可能であろう。

LGBT に属する人々は、自己の意思によっていかんともしがたい「性」を理由として差別を受ける場合には、憲法 14 条の「社会的身分」を理由とする差別と考えることも可能であるし、自己の「性」のあり方は、社会における様々な活動にとって不可欠な前提となるものであるから、多様な性で生きることが性に関するアイデンティティとして尊重されることが個人の尊重を定めた憲法 13 条により保障されるのではないだろうか。すなわち多様な性のあり方そのものが自然な性の形態として尊重されなければならないのである。

2 差別禁止とダイバーシティ

上述したように、イギリスをはじめとする欧米諸国では、宗教上の規範と多様な性との相克が問題となり、これを解決するための数多くの差別禁止法が制定されてきた。差別禁止法とは、基本的に少数者保護が目的であるから、その限りで宗教その他の信念を有する自由は後退することになる。

ところで、LGBT に対する差別禁止的アプローチも不可欠であるが、むしろ多様性 (diversity) の尊重原理も同じように強調される必要がある。民主主義社会では、「排除ではなく包含を！」と指摘されるように、男女、人種・国籍、思想信条、障害者・健常者、年齢、異性愛者・同性愛者等を問わない多様な人格を有する集合体としての社会が構築されなければならない。

差別禁止アプローチと多様性アプローチは、基本的に同一の目的を有するものである。しかし、前者は両者を等しく扱うことが要請されるのに対し、後者では有利な取扱い（合理的配慮）も許容されることになる。たとえば宗教の側面ではい

ば、イギリス労働安全法では、シーク教徒の建設現場でのターバン着用の禁止が認められているし、イスラム教徒は1日5回の礼拝をすることが義務付けられているところ、就業時間中の礼拝時間を付与しないとは宗教差別に該当するというのも困難であろうが、これをイスラム教徒である従業員への配慮義務として理解することができるのではないだろうか。この場合礼拝の回数・時間・時間帯等への事前の利益調整が不可欠であることは言うまでもない。

これに対し、宗教的規範よりも「均一化」「同調圧力」が強固である日本では、他の従業員や取引先が、女性の姿をした債権者を見聞きして、ショックを抱き、強い違和感を抱いた前掲S社事件において、涉外担当が「気持ち悪い」などと述べたように、当該外見に対する違和感や嫌悪感を覚えさせる可能性があった（前掲淀川交通事件）、あるいは他の職員が有する性的羞恥心や性的不安（前掲経済産業省事件控訴審判決）という理由が性自認を有する従業員・職員の権利を制限する方向に向けられがちである。しかし、使用者は、性自認や性指向を有する従業員等の法的利益を保護する配慮義務を負っていることも否定できないであろう。これは、タクシー運転手のように外部の顧客と直接接する職種と、トイレ利用等の企業内施設の利用関係が主に問題となるケースごとに異なる内容となるのは当然であろう。使用者は、企業内研修等において社会的偏見の除去を図り、場合によっては顧客に対する理解を求める広報活動等も配慮義務の内容を構成することになるのではないだろうか¹⁴⁾。

- 1) 出生時の性別が男女のいずれでもないと認識する性は、Xジェンダーと呼ばれる。
- 2) Malcolm Sargeant, *Discrimination and the Law*, 2nd. ed 2018 p. 112.
- 3) 現在でも、南・西アジアおよびアフリカを中心として、同性愛は犯罪であり、死刑（13カ国）、終身刑を含む禁固刑（73カ国と5地域）という刑罰が科されているとのことであ

る（村木真紀・後藤純一「LGBTが働きやすい職場づくりに向けた企業の取り組み」三成美保編『LGBTIの雇用と労働——当事者の困難とその解決方法を考える』（見洋書房、2019年）94-95頁。

- 4) M. Sargeant, *op. cit.*, p. 141.
- 5) イギリス法における直接差別とは、特定の保護特性を有することを理由として（because of）不利益を被ることを意味するが、差別する者が差別を受ける者が当該保護特性を有していると誤認したケースにおいても直接差別やハラスメントが成立する（誤認差別（perceived discrimination）、誤認ハラスメント）というのが裁判例の動向であるが、本件は誤認ハラスメントの事案である。誤認差別については、山田省三「イギリス雇用法における関連差別および誤認差別の法理」季刊労働法250号（2015年）144頁以下。
- 6) Evelyn Ellias, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford, 2005) p. 36.
- 7) M. Sargeant, *op. cit.*, p. 142.
- 8) 同判決については、山田省三「関連性的指向差別（Associated Discrimination for Sexual Orientation）の成否と宗教の自由との相克」労旬1910号（2018年）48頁以下。
- 9) Michael Rubenstein [2018] IRLR1.
- 10) 性同一性障害に関する包括的研究として、大島俊之『性同一性障害と法』（日本評論社、2002年）等がある。
- 11) 森戸英幸「性的指向に基づく差別——雇用の局面を中心に」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開——ダイバーシティの実現を目指して』（日本評論社、2008年）173頁。
- 12) 同性婚については、白木隆『平等権解釈の新展開——同性婚の保障と間接差別の是正に向けて』（三省堂、2020年）および中曾久雄「同性婚と憲法」ジュリ1561号（2021年）82頁以下参照。
- 13) 三成美保「LGBTIの包括的権利保障をめざして」三成美保編・前掲書5頁。
- 14) ところで、性的指向にとどまらず、差別禁止やダイバーシティの根拠を効率性の達成に求める見解が少なくない。例えばEUにおいては、性的指向はEC条約13条や枠組み協約ガイドラインによれば、ジェンダー、人種、障害および年齢のような差別禁止は、欧州労働市場への参加への障壁を作り出すものと明確に認識されており、また全体的経済競争を減じる効果をもたらすものと認識されてきているのも事実である（Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and European Union*, Oxford University Press, 2002, p. 2451.）。確かに差別禁止法制が公平・適正な経済活動を促進させるものであることは否定できないが、それはある意味で「結果」であり、それが主たる目的ではないことが確認されるべきである。なお、名古屋功「ダイバーシティと雇用平等論」労旬1956号（2020年）4頁以下参照。

やまだ・しょうぞう 中央大学名誉教授。主な著作に「わが国雇用平等法理の総括とその再検討」（新田他編『現代雇用社会における自由と平等——24のアンソロジー』〔山田省三先生古稀記念〕（信山社、2019年））など。労働法専攻。