

自治研究

第九十三卷 第八號

平成二十九年八月十日発行

論 說

秦野市地下水保全条例、その合憲性とその運用の違憲・違法性

弁護士・神戸大学名誉教授 阿部 泰 陸 3

市民主導のアメリカ自治体改革・市政改革の動向(一五)

千葉経済大学特任教授 小 滝 敏 之 28

都市自治学序説

鹿兒島大学教授 宇那木 正 寛 28

産業廃棄物処理施設設置許可に係る自治体事前手続の運用と課題(三)

日本大学准教授 鈴木 秀 洋 76

性的少数者に関する二法案の比較考察(二一七)

上智大学大学院 箕 輪 さくら 93

——立法法務・法制執務の視点から

行政判例研究会

英国二〇〇六年動物福祉法の分析(一一七)

行政判例研究会

行政判例研究(644)

行政判例研究会

一〇八 一般質問における発言をとらえて町議会の行った議員除名処分が取り消された事例

横浜国立大学准教授 板 垣 勝 彦 118

一〇九 風俗案内所規制条例と風営法

高知大学講師 赤 間 聡 132

ドイツ憲法判例研究(195)

ドイツ憲法判例研究会

一五五 レコードサンプリングをめぐる芸術の自由と著作隣接権との調整

北九州市立大学専任講師 石 塚 壮 太 郎 151

——サンプリング事件

資 料

まち・ひと・しごと創生総合戦略(二〇一六改訂版)(五)

総 務 省 159

性的少数者に関する二法案の比較考察(二・完)

立法法務・法制執務の視点から

日本大学准教授 鈴木秀洋

- 一 問題提起
- 二 理解増進法案の内容・分析と評価(以上、93巻七号)
- 三 差別解消法案の内容・分析と評価(93巻七号及び本号)
- 四 上記分析への更なる批判を想定しつつ立法法務上の具体的提言へ(私案)
- 五 法案制定へ(おわりに)(以上、本号)

三 差別解消法案の内容・分析と評価

三 この法律のバックボーン³⁾の推定(類似法令・取組み)

1 類似法令

そして、この法律制度設計は、基本的に、障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律(「障害者差別解消法」という)の枠組みと同じである⁴⁾。

【図-2】

障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律(障害者差別解消法<平成25年法律65号>)の概要

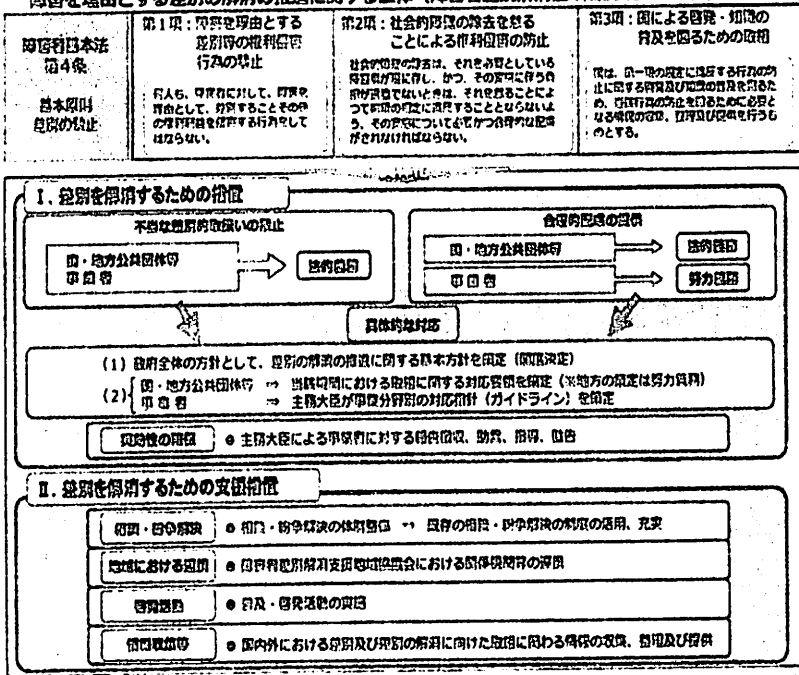


図1 平成25年4月1日施行の障害者差別解消法(第4条)の概要

※出典: 内閣府 HP (障害者差別解消法 概要)

http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/pdf/law_h25-65_gaiyo.pdf

障害者差別解消法の大きな枠組みは、以下のようになっていく。

- 第一章 総則(第一条―第五条)
 - 第二章 障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針(第六条)
 - 第三章 行政機関等及び事業者における障害を理由とする差別を解消するための措置(第七条―第十三条)
 - 第四章 障害を理由とする差別を解消するための支援措置(第十四条―第二十条)
 - 第五章 雑則(第二十一条―第二十四条)
 - 第六章 罰則(第二十五条―第二十六条)
- 附則
- この目次を性的指向又は性自認差別解消法と比較して、大きな章立てで見ていると、総則(第二章)、基本方針等(第二章)、

差別の解消等ための措置(三章)、支援措置(四章)という構成は、同じである。

2 相違点

障害者差別禁止法との主な相違点の一つは、(i)差別を解消するための措置内容として、障害者差別禁止法にはない(7)雇用分野における差別解消等の措置及び(i)学校等における差別の解消等の措置の二つが性的指向・性自認差別解消法の場合は設けられていることである。これらの規定は、障害者差別解消法にはない。障害者の基本的人権を保障するための法律としては、障害者差別解消法とともに、障害者基本法、障害者の雇用促進等に関する法律等が定められており、それぞれ有機的に連携した法体系を形作っている。

これに対し、性的指向・性自認に関しては、他に基本法も雇用促進にかかる法律もないため、この差別解消法の内容に「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」の内容等を組み込んだものと考えられる。また、保育所や学校で、生き辛さを抱えたり、いじめ等の実態報告がなされていることから、子ども同士以前に、まずは子どもに関わる保育者・教育者への教育・研修が不可欠であると考え、官民間問わず現場の「長」に環境醸成のための責務を課したものと見える。

二つ目の相違点としては、障害者差別禁止法にはない審議会の規定を設けていることである。これは、かかる機関を設置して、差別解消の実際をチェックする機能を担わせることを期待しての規定といえよう。

四 この法律制定の問題点・課題・法律制定の効果に関して

上記のような目的を有する法律案であるが、では、どのような問題点・課題が挙げられるか。課題等を指摘した上で、その課題指摘に対して、あえて差別解消法推進の立場からの再反論を考えてみたい。

1 差別の定義が一律に定義付けられていないこと

まず、差別の定義が一律に定義付けられていないことが挙げられる。すなわち、差別の中身が明示されないことに

より、差別言動をしたと訴えられる側が糾弾される恐れがあり、その意味での人権侵害の危険があるとの批判があるようである。⁽²⁶⁾

しかし、この点については、障害者差別解消法にも同様の差別禁止規定が設けられており、その法律逐条解説が再反論となろう。すなわち、障害者差別解消法においてもどのような場合が差別に該当するかについて、一律の定義がないことへの疑問に答える形で、同解説は、「不当な差別的取扱い」という用語は、例えば職業安定法、地方自治法、郵便法等、幅広い分野にわたる多くの法律で用いられているところである。何が差別に当たるかについては、ガイドライン等において不当な差別的取扱いの具体的事例や合理的配慮の好事例を示しつつ、具体的な事例や裁判例を積み上げていく中で、概念の共有が図られるようになっていくことになっている。またいわゆる「間接差別」や「関連差別」の扱いについては、具体的な相談事例や裁判例の集積等を踏まえた上で対応することが考えられる。」とされる。

すなわち、個々具体の取扱いのどのようなものが差別的取扱いに当たるのかについては、事前にすべて網羅的に決めることは不可能であること、中核部分に争いはないし、また事例が積み重なっていくことで外縁も一層明らかになるのであり、それで足りるとの考え方である。⁽²⁸⁾

そして、また、障害者差別や性的指向・性自認に関する差別に限らず、憲法一四一条に反するあらゆる差別的取扱い事案についても、これまでそのように個別案件を積み上げてきたものであり、性的指向・性自認に関する場合のみ差別の定義がないことが人権侵害につながる等の主張は特異なものに映る。

2 一つの法案の射程の広汎さ⁽²⁹⁾

次に、前述の相違点で比較したように、障害者差別解消法の法体系にはない、(7)雇用、(i)学校長等の項目を立てることは、法律の射程範囲が広汎になりすぎているか、責任主体(名宛人)やその法効果の点で、異なる次元のものを広汎に盛り込みすぎているのではないか、との批判がされよう。例えば、雇用の点については、本来別の法律体系

をもつ内容・効果を盛り込んでいること、また、「学校長等」を直接の名宛人としてしていることについては、様々な保育所や学校形態がある中で、責任主体・名宛人として適切かという批判が挙げられよう(公立であれば自治体に責任を負わせるのが通常である)。

この点については、(ア)雇用の点については、雇用法の枠組みを性的指向・性自認の場合に注意的に規定したとの再反論ができよう。また(イ)学校長等の点については、性的指向・自認に起因するいじめ・差別等の現状への対応としては、学校単位での取組みが何より大切であり、現実を直視するのであれば、差別解消法の項目立てとしては不可欠のものであるとの再反論ができよう。

3 審議会の所掌の不明確さ

第三に、審議会は、(i)基本方針に関し、第六条四項(内閣総理大臣は、基本方針の案を作成しようとするときは、あらかじめ、性的指向・性自認を理由とする差別等を受けた者、その者に対する支援を行う団体(以下「支援団」という)その他の関係者の意見を反映させるために必要な措置を講ずるとともに、性的指向・性自認審議会の意見を聴かなければならない)の事項を処理すること、(ii)(i)の事項に関し、調査審議し、必要があると認めるときは、内閣総理大臣又は関係各大臣に対し、意見を述べる、この二点を所掌とする。

要するに、審議会に対する意見聴取を義務付けたものであるが、機会は限定的であること、かつ、その権限行使の法効果の規定もないことからすれば、審議会設置に必ずしも大きな期待はし得ないとの批判がされよう。

この点については、当初は、苦情の申立てを受ける独立性の高い第三者機関設置を目指す議論がされたのではないかと推察する。再反論としては、審議会には被害当事者、支援者、学識経験者など多様なメンバーを入れることで、より具体的な差別解消のための計画を作り、また個別対応を助言することが可能となるのであり、こうした審議会への意見聴取を法律に明記しておくことで、施策や取組みが形式的なものにならず、より実効性を担保する制度となる

と再反論することができよう。

4 財政措置の規定がないこと

第四に、財政措置の担保の規定がない点で、施策実現の実効性の観点から問題があるとの批判がされよう。

しかし、この点については、他の差別解消法の規定にも必ずしも入っていないものであること、法案ができればそれを根拠に、合わせて予算措置が執られるのが通常であるとの再反論ができよう。

四 上記分析への更なる批判を想定しつつ立法法務上の具体的提言へ(私案)

一 差別禁止を謳うことは世界基準であることについて

1 禁止規定の土台の上に

差別禁止が世界的潮流であることについては、³⁰⁾レインボー国会において、筆者とともに法案解説を行った内藤忍氏の説明にある。筆者も同じ見解であり、この点に反論はない。現に自治体条例では、筆者自身が立法担当者として、明確に条例に差別禁止条項を盛り込んでいる(上記で心配されるような糾弾事例は生じていない)。

本来憲法一四条が法の下の平等を規定し、差別を明確に禁止していることからすれば、その下位の法規範である法律で、差別禁止規定を置くことを躊躇することは法的観点からは理解しがたいことである。

これまで比較してきた、障害者差別解消法は、障害者基本法という土台の上に作られている。そして、その基本法では明確に障害者差別禁止を規定している(三)この基本法に該当する法律がない性的指向・性自認に係る法律を制定するのであれば、理解増進法であれ、差別解消法であれ、差別を禁止するという土台を設定しておくことが必要となろう。

なお、障害者差別解消法の制定に至る経緯において、障害者差別禁止法との名称は通らず差別解消法となった経緯

がある。また、部落差別解消法の場合において、名称は禁止法とならず差別禁止規定も盛り込まなかった。そして、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律(以下「ヘイトスピーチ解消法」という)では、名称は禁止法とならず差別禁止規定も盛り込まなかった(ただし定義規定を設けている)。

このように、法体系的には何ら問題のない差別禁止を謳うことについて、別の政治的対立軸³²⁾が作られ法案が変遷させられていくことがある。行政実務と法理論の架橋を研究フィールドとしている行政法学者として、次善の現状打破・許容限界理論を求められることがある。この点、このようなこれまでの経緯を分析してみると、法律名称として差別禁止を謳うことには拒否感・抵抗が多いようである。法律名称を差別禁止とするか、差別解消とするか、理解増進とするのかに立法法務・法制執務上どれが不相当ということはない。しかし、差別や個々具体の差別案件が続いている以上、法文の中には、土台としての差別禁止を謳う一文は必要であると考えられる。

2 法規範性・法解釈の視点

果たして、理解増進を定める法条項の場合と、差別禁止・解消を定める条項(定義条項含む。以下同じ)がある場合とで、実際の差別事案の裁判審理で相違が生じうるのだろうか。

結論としては、禁止・解消を定める条項の存在は、裁判審理時の一定の判断基準となると考える。この観点から、差別禁止規定を定めることの意義について考えてみる。

具体的に、ヘイトスピーチ解消法の場合はどうだったのか。

例えば、特定の人種や民族を標的に差別をおおる「ヘイトスピーチ」を繰り返す団体の主催者の男性が、川崎市でデモを予定していることを巡り、横浜地裁川崎支部では、在日コリアンの男性が理事長を務める市内の社会福祉法人から半径五〇〇m以内でのデモを禁止する仮処分決定を出した(二〇一六年六月)³³⁾。また、在日コリアンへの差別や排除をおおるヘイトスピーチを巡り大阪地裁は大阪府生野区でデモを主催した大阪府内の男性に対し、同区のNPO法

人の事務所から半径六〇〇m以内でのデモを禁止する仮処分決定を出した(二〇一六年二月)³⁴⁾。

このように、ヘイトスピーチ対策法が成立した二〇一六年五月以降同種の仮処分決定が続いている。

この点、仮に法律がなくともヘイトスピーチのような人権侵害行為に対してはこれまでも憲法を根拠に仮処分はなし得たはずではあるが、ヘイトスピーチ対策法の前文及び定義規定において差別を明確に禁じることで、このような積極的な司法関与が可能となったと考えるべきであろう³⁵⁾。そして、(i)ヘイトスピーチについては、例示とはいえ憲法一四条が規定する、違憲性を推定させる(疑わしい範疇といわれる)「人種」に該当する差別案件であること、(ii)またヘイトスピーチ対策法には、形式的には差別禁止規定はないものの、定義規定を設けており、その定義規定は実質的には明確な差別禁止規定といえること、これらの点を考えれば、性的少数者に関しては、上記ヘイトスピーチ対策との比較において、一層、法律において差別禁止の法規範性を明確にし、その方向での法解釈の拘束を図るべきといえるように。

二 理念法か否かの議論に拘泥することの無意味さ

上記法規範性と関連する論点であるが、理念法という捉え方について論じておく。

「罰則がない理念法では意味がない」との論³⁶⁾がある。この主張は理解増進法に対しても、差別解消法に対しても向けられる批判である。

しかし、そもそも「理念法」という明確な法概念はない。また「罰則」がないと実効性がないと指摘されることがあるが、果たして、罰則がなければ理念法であり、実効性がないのであろうか。政策を実現するための法のあり方は罰則を設ける制裁的手法のみならず、経済的手法・情報的手法など様々な実現の仕方があるのである。その後の施策展開がその根拠法をもとに一定の拘束性をもって担保されるのであれば、それを理念法と呼ぶのは正しくない。当該法律とその具体的施策展開の担保をセットに理念法か否かは評価すべきと考え、その意味では、理念法にしてしま

うか否かの責任は立法院のみでなく行政主務担当の執行をも含んだものであると考える。⁽³⁷⁾

三 差別禁止と理解増進は矛盾しない

法的にはどちらの法案も現実には存在する法形式のパターンを踏んでおり、批判し合うべき性質のものではない。両者ともに必要な取組みであり、目指すべき方向性に違いはない。

しかし、どちらがより実効的に状況を変えて行くかといえは、人権侵害の現状を改善するためのより詳細な具体的制度設計を定め、国・自治体に明確な義務を課した方であろう。

その意味では現時点では、差別解消法が理念をより明確にし、詳細な制度設計をしていると評価できる。

しかし、理解増進法の基本計画の内容いかんによっては、現時点の差別解消法よりも多様性を尊重し共生社会を推進していくことにもなりうる。基本計画がいかにか具体的にになっていくかに目を向けその拘束性(進捗状況の評価の仕方等を含む)に注目すべきである。

その意味では、仮に理解増進法の法案の詳細が詰められていく場合に、計画の内容面及び手続面(策定・改定)を具体的に統制できる担保規定がないということになるとその前提・土台を欠くことになる点には注意が必要となる。

そして、いずれの法案についても、各指針を毎年見直すべき規定が加えられてよい。この点に関しては、附帯決議によって、又は数年内の見直し条項・附則が定められることによって、実効性の評価と新たな制度的組直しを担保することが望まれる。

四 具体的に調整すべき事項

法令には、一義的な形式上の決まりはない。その意味では、法律の制定においては、両法案とも他分野の法令を参考にして、採り入れるべきものは採り入れていくべきであろう。以下では、かかる観点から、提言を行う。

1 法的・財政的措置の義務付け

まず、施策展開に関し、法的・財政的措置を義務付ける規定を設けることである。この義務付け規定は、スポーツ基本法にある⁽³⁸⁾。また、他の法令として平成二八年の児童福祉法の一部改正の経過措置には財政的措置が義務付けられている。こうした規定を設けることにより、法理念の実現が現実担保される。財政的措置等が明確にされることで、国及び自治体の具体的施策展開が確実に進む。

この点、上記二一四―四―四においては国にのみ計画策定義務がある点について理解増進法の立場からの理屈を立てた。また、上記三一四―四―四においては財政的措置の規定がない点について差別解消法の立場から理屈を立てた。いずれも法的な瑕疵があるというものではない。しかし、性的少数者の日常生活における安全・安心が守られていない現実があり、その安全・安心を守るための施策遂行という点から考えるのであれば、国のみでなく、自治体にも計画策定義務を課することが望ましい。また、国及び自治体の施策遂行に関する財政的措置を法律で義務付けることは、保護法益が人権であることに鑑みれば望ましい手法といえる。⁽³⁹⁾

2 実際の啓発・周知運動(月間等)と法的に連動させること

次に、啓発等の具体的手法を法的に設定することである。例えば、スポーツ基本法における体育の日の行事^(同法)規定等が参考になる。この規定は、「国民の間に広くスポーツについての関心と理解を深め、かつ、積極的にスポーツを行う意欲を高揚するような行事を実施するよう努めるとともに、広く国民があらゆる地域でそれぞれその生活の実情に即してスポーツを行うことができるような行事が実施されるよう、必要な施策を講じ、及び援助を行うよう努めなければならない。」との責務を国・自治体に課している。

こうした規定を、理解増進法・差別解消法に取り込むとともに、スポーツ基本法二〇条の「顕彰制度」も組み込むことで、理解増進・差別解消が一層進んでいくものと考ええる。

この点、こうしたイベントの取組みについては批判がある。児童虐待等の現場で日々対処してきた筆者自身、イベントを行ってこと足りるとの姿勢については批判的であった。

しかし、より深く性的指向・性自認について国民全体が学ぶ機会を創る必要性が高いとの現状認識からすれば、現時点では有効な取組みの一つであるといえよう。児童虐待やDVにおいても防止のための推進月間を設けて、集中的な啓発等を行っている。また国連も「〇〇の日」(例えば、世界ダウン症の日、世界自閉症啓発デー、児童労働に反対する世界デー、紛争における性的暴力根絶のための国際デー、世界難民の日、女性に対する暴力撤廃の国際デーなど)を数多く設定している。国連事務総長自らメッセージを發し、SNSでの動画配信、イベントを行うなどして、広報等を積極的に進めている。

一回的なイベントにしないためにも、法律で定めることで、性的指向・性自認に関する啓発及び施策推進は加速すると考える。

現実には、すでに、民間団体がゴールデンウィークをレインボー週間と位置付け、大規模なパレード等を行い、性的少数者への理解を訴えている⁽⁴⁰⁾。例えば、これらの活動と連動し、こうした取組みが法的に位置付けられることで、国民の間に理解が広がっていくこととなる。

五 法案制定へ(おわりに)

差別解消のためにはなによりも啓発が大切である。身近にいたことがわからねば、知らない人権は守れない。友人になることでカミングアウトされ、同じ苦しみを追体験することなどで支援者となっていく。この点に異論はあるまい。

伝統的な家族観・男女役割分担論などの強調は、目の前で自殺念慮を持ち、苦しんでいる人たちを追い込んでしま

うという事実を理解すべきであろう。同じ社会の構成員であるにもかかわらず、少数者に起きている日常的な差別的な出来事は、多数者にはいつまでも自分事にはならず他人事なのであるか。これまで自治体の現場で、また研究者として全国を回る中で、本人や家族から、苦しい・辛い状況の吐露をこれでもかというほど一杯聞いてきた。しかし、世の中には未だに自分の地域には存在しない、会ったことがないと発言する人がいなくなるならない。

あなたには見えていなくても存在しているのである。また自分の子どもが、孫がというこれから未来の生まれくる子どもたちへの想像がなぜできないのであろうか。

誰もが年をとり死に向かう中で、何かしらの少数者になるのである。性的少数者に思いを馳せ、多様性・共生を考えることは、必ず一人ひとりが何かしら有している自らの生きづらさを除去していくことにもなるのである。

最高法規としての現憲法下においては、憲法及びそして下位法規であるあらゆる法律その他法令はかかる観点から制定され運用されていかねばならない。

老々介護、仕事継続、就職、学校生活でのいじめ等「今」現在起きている人権侵害・差別の状況を改善する必要がある中で、個別の自治体の対応だけではなく、またガイドライン等による運用だけではなく、より強固な法的基盤・法的安定性を得るため、より上位法に遡る必要性がある。そのための法案として理解増進法と差別解消法が上記私案及び提言を参酌し個別総合法としてイデオロギーに左右されずに早期に成立することを切に願う。

本論稿に対して、批判でなく、あきらめでなく、現在の困難な状況をより前進させるためのさらなる提言が積み上げられ、両案が改善されることを期待する⁽⁴¹⁾。

もうこれ以上、当事者が、汗と涙で、苦しい・悲しい経験を一人一人が語らなくても、十分だろう。立法事実は十分すぎるくらい語られ、そろっている。当事者すべての足並みがそろわないのは理由にはならない。当事者が多様であるのは当たり前だからである。

この現状を知りつつ、法律制定を先送りするのは行政、立法の不作為、ネグレクトである。性的少数者の問題はあらゆる人権、あらゆる差別事案等につながっているのである。根っこは同じである。⁽⁴³⁾

(25) 障害者差別解消法については、むしろ賛否両論あるが、障害者当事者・支援者団体、そして超党派国会議員等がその差別解消を目指し、歩み、獲得した法制度上の果実であることは間違いない。性的指向・性自認にかかる差別解消法も、この果実を踏まえたものであり、この点で特に法形式上の問題点があるわけではない。

(26) 全国LGBT理解増進ネットワーク会議HP <http://lgbrkainet/hityousai.html> 参照。

(27) 障害者差別解消法解説編集委員会編著『概説障害者差別解消法』(法律文化社・二〇一四) 八二頁。

(28) 国連・人権委員会の差別の定義、差別の定義の問題点(定義に当てはめて説明解釈することの限界について)、複合差別・間接差別の視点の重要性について言及するものとして、江橋崇・山崎公士「人権政策学のすすめ」(学陽書房・二〇〇三) 五四・五五頁等参照。

(29) 一つの法案にすべて盛り込む手法ではなく、環境系の法体系のように、後から個別法規を関連付けていく方法もあろう。前掲注(16) 桜井・岩本論稿は、差別解消法案の課題として、(1)差別禁止を定めた条文が均等法のような強行法規性を有していない点で行政法規であり、直ちに私法上の効果が生じることが想定されていない点を「民事的効力の欠如」として問題視し、特に昇進差別等について差別状態を積極的に是正するように請求することは困難であると指摘する。また、(2)間接差別が規制の対象に含まれていない点で同姓パートナーと親族関係にないことを理由として福利厚生制度の利用が認められないような困難事例(間接差別に分類される)に対処できない旨を課題として指摘する。いずれも指摘は重要である。しかし、自治体で法制執務を担当してきた者としては一つの法案に法的性質が異なるものを入れ込んでしまっており、通常の法制執務では行わない盛り沢山な法律案となってしまう印象はある。また行政法学者として様々な法律を分析している者として、一つの法案に、名宛人や法効力の性質の点で異なった法効果を生じる項目を盛り込んでいくと、法体系の整合性なり射程が見えがたくなる危険性を指摘しておきたい。

(30) 性的指向や性自認に関する公正と平等を求める院内集会実行委員会主催「レインボー国会」(二〇一七年三月九日)。法案に求められる要素として法学者の立場から筆者が、世界的な潮流を踏まえた法案の必要性について内藤忍氏が解説を行った。なお、内藤忍「性的指向・性自認に関するハラスメント規制のあり方」Business Labor Trend 二〇一七年二月号(特集LGBTが働きやすい職場環境に向けて―セクシユアル・マイノリテイの労働問題)労働政策研究・研修機構、八頁は、「イギリスにおいては、EJ法の影響を受け、一九九九年に「性差別禁止(性別再指定)規則」が、二〇〇三年に「雇用平等(性的指向)規則」が制定され、現在は、これらの規則を含めた包括的な差別禁止法である。二〇一〇年平等法(Equality Act 2010)において、あらゆる分野における性的指向や性自認を理由とした差別(一三条以下)やこれらに関連するハラスメント(二六条一項)の禁止が明文化されている。」と紹介する。

(31) 文京区男女平等参画推進条例(二〇一三) 第七条。

(32) 差別禁止はみんなを不安にするとか左翼であるなどという根拠のない批判ラベリング付けがなされ、事実が覆い隠されかねない状況も生じる。

(33) <http://www.asahi.com/articles/ASJ6Z51VGJ6ZUJ0B012.html> (朝日新聞デジタル二〇一七年四月一四日閲覧)。

(34) <http://mainichi.jp/articles/20161221/K00/0Mn/0A0/146000c> (毎日新聞デジタル二〇一七年四月一四日閲覧)。

(35) 本論稿執筆後、中川重徳弁護士に目を通していただいた。中川弁護士は、性的少数者への差別禁止を明示する法律の必要性について、ヘイトスピーチは、憲法一四条の「一人種」による差別という点で争いが無いが、性的少数者に対する差別の場合には、「性別」による差別といえるのかについて異論が出されるため、憲法一四条の射程の問題であること(一七)を明示し、差別を禁止する法律が必要である旨主張する。そして、法律の有効性を示す例として、次の例を挙げる。二〇一七年五月一八日朝日新聞夕刊一面「同性カップル、ラブホテル」の記事である。ラブホテルの利用を拒まれた事案に対しては、憲法一四条のみではなく、旅館業法五条(「営業者は……宿泊を拒んではならない」)があったので、行政は、「同じ」ことが繰り返されないよう指導した(「府環境衛生課」)であり、この規定がなければ、行政は動けなかったのではないかと指摘する。そして、許されることと許されないことをあらかじめはっきりさせ、差別が起きた時に行政が改善を促す根拠となる差別禁止の法律の必要性を強調する。

(36) 筆者は、その後の実務における具体的施策実現・担保が想定されていない場合、そういう類型の法令を理念法と呼ぶべきと考える。

(37) 元実務経験者としては、現実務担当者に向けて、根拠法さえあれば(たとえ差別を禁止するとの一文のみであつても)本来その施策展開を積極的になしうると言える。明確な縛束がないから、また罰則がない理念法だから、との弁で施策を進めない不作為については担当者の責任が問われてしかるべきものである。しかし、不作為の場合に作為義務を導き、その責任を追及するためにはいくつものハードルがある。むろん、そこを自由裁量にしないために、これまで積み上げてきた行政法の裁量統制論があるのであるが、実務的に不当にかかわる不作為を規律するまでには至っていない。その意味で、安易に理念法という法概念を使うべきではない。その法概念の使用には注意が必要である。この点、詳述は別論稿に譲りたい。

(38) スポーツ基本法八条は、政府は、「法制上、財政上又は税制上の措置その他の措置を講じなければならない」と義務付ける。また国の地方公共団体への経費の補助についても定める(五章)。

(39) 自治体に関する計画の義務付けについては、地方分権に反するのではないかとの批判がある。スポーツ基本法においても自治体の計画は努力義務である。他の法律においても国には義務付け、自治体には努力義務との法形式を定める例が多い。筆者は、この考え方を否定するものではないが、常に自治事務の領域における自治体への義務付けは地方分権に反する(自治権の侵害)との論は形式的かつ一面的な見方であると考ええる。自治体への義務付けを努力義務とすべきか否かは、対象となる国民の人権規定との関係及び義務付ける具体的施策内容如何によると考える。例えば本論稿における性的少数者の日常生活における安全・安心を守るための施策遂行は、憲法一三条の人権の問題である。地域によって安全安心が守られないことがあつてはならない。国も自治体も全国一律に環境整備を行うべき事柄である。国も自治体も計画を立て、国も自治体も財政措置を行う。そしてこのことは裁量事項(努力義務)にするのではなく、法的に義務付けることが必要なのである(参考としていわゆるDV防止法等の建付けは都道府県には義務付け、市町村には努力義務という手法)。ただし地域ごとの具体的施策展開については、地域に委ねるとすることは、この課題に関してはあるべき法制度設計である(この点、地方の実情を考慮することなく一律の対策のみを定めるべきとの法文であつた場

合には自治権侵害が問題とならう)。筆者の論は、地方分権、自治権との関係で批判はあろうが、ここでは筆者の見解・結論のみを述べる。詳細な論拠については別稿に譲る。なお自治体においては、担当セクションの設置・明確化、職場ごとに環境・意識改善のための推進委員を設置することなど、効果的な手法はいくつもあつた。計画に盛り込むことで推進していくのである。

(40) 東京レインボープライドHP参照。四月二十九日・五月七日をレインボーウィークとして、東京代々木公園のイベント広場・野外ステージでパレード&フェスタを行っているほか様々な団体の各種イベントを連動させて開催、周知している。 <http://tokyorainbowpride.com/about-imp2017/rainbow-week>。東京だけでなく、地方でもこのようなパレード等は行われている。

(41) 二〇一七年六月二日、世田谷区は区営住宅条例を改正し、同性カップルの入居を明文で可能とした。国際人権(自由権)規約二六条、及び平成二三年法律第三七号による公営住宅法改正による旧二三条の入居者資格規定を削除したことを受けた自治体としてあるべき立法法務である。

(42) 人権擁護法案やジェンダーフリー批判と結びつける見解もあるようであるが、全く現実を知らない論であろう。実際に苦しんでいる人を前に、男らしさ女らしさの過度の強調はその規格に当てはまらない者の生きづらさを助長し自殺念慮を高めることをどう見ているのであろうか。筆者が強調するのはイデオロギー的な対立を超えようということである。家族観・男女観のあるべき姿に個々人が様々な考えを持つのは自由であるが、それを他に強制することは排除の論理しか生まれない。右翼・左翼等のラベリング批判ではなく、現実の自殺までにいたる苦しみを同じ社会の構成員として、分かち合い、解消していくための制度設計をしていくべきであらう。同じ構成員として誰もがみな当事者であり、傍観は最大の加害である。ずっと差別をされてきた人や疎外を受けてきた人たちは、声高に自己主張することを控えるようになる。筆者が衝撃を受けたのは、当事者・支援団体の人が国会議員等に頭を下げて繰り返し法案をお願いしている姿である。それに対し一部の国会議員が妥協することを声高に主張する姿や性的少数者が全員一致してまとまるようにすれば聞いてやるというような発言態度をする姿を目の当たりにしたことであつた。国会議員は何のためにいるのか、憲法や法の支配をもう一度学ぶ必要がある。立法事実は十分である。国が恩恵的に認めてあげるのではなく、生まれ

ながらにして有する人権の内容なのである。

(43) 男女、障害者、病氣、外国人、アイヌ民族、部落、被災者(災害とマイノリティ)等様々な問題を取りあげ、「共生」を法的に位置付け、見直していくとの視点からの論稿として大谷恭子「共生社会のリーガルベース」(現代書館・二〇一四)参照。

マイノリティ性は決して一つではない。複合的なマイノリティを有する人々は少なくない。例えば、障害者差別解消法の制定運動に尽力した性的少数者からすれば、同じ思いをもって法案成立に尽力した仲間が、性的少数者の差別解消法制定には協力しないという状況はどのように見える景色なのであろうか。個別の解消措置に違いはあったとしても、根本部分では通底する。個々の人権を保障するという観点から、様々なマイノリティ差別案件解消に向けた分析、提言、連携が必要となろう。

〔平成二十九年五月二一日脱稿〕

謹訂 本誌第九十三巻第七号(平成二十九年七月号)八三頁以下の、鈴木秀洋「性的少数者に関する二法案の比較考察(一)」——立法法務・法制執務の視点から」の九八頁十一行目にある「なお法律案要綱では性同一性障害となっている。」は「なお法律案要綱では性同一性となっている。」の誤りですので、お詫びするとともに謹んで訂正いたします。

——編集部