



Title	同性愛者の難民該当性 : 「慎重」要件の検討を中心に (1)
Author(s)	西, 倫子
Citation	国際公共政策研究. 2006, 11(1), p. 417-436
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/4865">https://hdl.handle.net/11094/4865</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

## 同性愛者の難民該当性

—「慎重」要件の検討を中心に—(1)

### The Concept of Refugee and its Applicability to Homosexuals

—The "Discretion" Requirement—(1)

西 倫子\*

Tomoko NISHI\*

#### Abstract

Can homosexuals be refugee under the 1951 Convention? To answer this question, I will mainly examine the "discretion" requirement having been used by some domestic courts and tribunals. This requires homosexual asylum seekers to prove that they would be persecuted even if they live with discretion or that they can not be discreet for persuasive reasons. In this article, I will show that homosexuals are widely identified as PSG referred to in Article 1 of the Convention, and that there is a tendency to deny the "discretion" requirement, in particular by analyzing a Australian High Court's Appellant S395 decision.

キーワード：難民、特定の社会的集団、同性愛、「慎重」要件、Appellant S395判決

**Keywords** : refugee, particular social group, homosexuals, discretion requirement,  
*Appellant S395 decision*

---

\* 2006年3月大阪大学大学院国際公共政策研究科博士前期課程修了 なお、本稿は、筆者の修士論文を加筆修正したものである。

はじめに

1. 「特定の社会的集団」の該当性判断基準
  - 1.1. 起草過程
  - 1.2. 解釈の種類
  - 1.3. 「不可変特性」テスト
  - 1.4. 「社会的認知」テスト
  - 1.5. UNHCRの解釈
  - 1.6. まとめ
2. 同性愛者の「特定の社会的集団」該当性
  - 2.1. 「不可変特性」テストと同性愛者
  - 2.2. 「社会的認知」テストと同性愛者
  - 2.3. UNHCRの解釈 (以上本稿)
3. 「慎重」要件  
おわりに

はじめに

1951年の「難民の地位に関する条約」(以下「難民条約」という。)は、条約が保護対象とする「難民 (refugee)」の定義を第1条A(2)で次のように規定している。

「…人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であって、その国籍国の保護を受けることができないもの又はそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護を受けることを望まないもの及びこれらの事件の結果として常居所を有していた国の外にいる無国籍者であって、当該常居所を有していた国に帰ることができないもの又はそのような恐怖を有するために当該常居所を有していた国に帰ることを望まないもの」

上記の規定が挙げている五つの迫害事由のうち、最も曖昧なものが「特定の社会的集団の構成員であること」である。この「特定の社会的集団」という迫害事由は、用語自体が曖昧であることに加え、次の1.1.でみるように起草過程から意味を読み取ることもできないため、条約採択以来その解釈が問題であり続けてきた。しかし現在は、ある集団が「特定の社会的

集団」に該当するか否かを判断するための基準は、各締約国の実行を通じてある程度確立している。

翻って日本では、「特定の社会的集団」に関する研究がほとんどなく、また裁判所においてもこの概念が問題とされた事例自体がほとんどない。おそらく唯一の判例が、イランにおける同性愛者の難民該当性が争われた2004年2月25日の東京地裁の判決<sup>1)</sup>であろう（高裁も地裁判決を支持）。原告は、同性愛者が「特定の社会的集団」を構成し、その「特定の社会的集団」の構成員であることを理由に迫害を受ける可能性があると主張した。一方で被告（法務大臣）は、同性愛者が「特定の社会的集団」を構成するとはいえないと主張した。これらの主張に対し、裁判所は同性愛者の「特定の社会的集団」該当性に関する解釈及び判断を示さなかった。本稿は、「特定の社会的集団の構成員であること」に基づく難民該当性が直接に問われた事例であるこの判決に着目する。

この東京地裁判決は、上記のように日本の裁判所が「特定の社会的集団」の解釈を問われたおそらく唯一の事例であるだけでなく、同性愛者の難民該当性判断の際に特に問題となってきた「慎重」要件に関するものとしても問題を投げかけた判決である。

東京地裁は、イラン刑法に男性間同性愛行為に刑罰を課すソドミー条項が存在することを認めた上で、カナダ移民局、オランダ外務省、英国移民局などの見解及び、諸外国の裁判例などからは、「イランにおいては、同性愛ないし同性間性行為は、法律上・宗教上は否定されているにもかかわらず、実際には決して珍しいものではなく、同性間性行為も、それが公然と行われるのでない限り、積極的な取締りの対象となっていないこと、同性間性行為のみによって処刑された例が確認されていないこと、社会的にみても、同性愛の関係が分別のある方法で処理されている限り、嫌がらせの危険も極めて少ないこと」が示されているとし、それに基づいて次のように述べた。

「事実関係を前提にイランにおける同性愛者の状況を検討すると、イランにおいては、同性愛者は相当数存在し、これらの者の間で行われる同性間性行為も、前記のようなソドミー条項の存在にもかかわらず、それが公然と行われるのでない限り、それだけで刑事訴追を受ける危険性は相当に低い状況にあるということはでき、同国においても、同性愛者は、その意思により、訴追等の危険を避けつつ、同性愛者としての生活を送ることができる」と認めるのが相当である。したがって、原告が同性愛者であるというだけでは、イランにおいては、難民条約1条A(2)にいう『迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖』を有する客観的事情が存在するとは認め難い。」

1) H16.2.25 東京地方裁判所 平成12年（行ウ）第178号 退去強制令書発付処分取消請求事件（判例集未登載）

また、日本における活動を通じてイラン当局が原告が同性愛者であることを把握しているかについて裁判所は、「イラン当局が、本件裁決の時点において、多くのイランに国籍を有する同性愛者の中で、特に原告の同性愛について認識し、あるいはこれに関心を払っていたと認めるに足るような事情も存在しない」とした。

そして、「イランにおいて、同性愛という性的指向を隠さざるを得ないとすれば、それ自体が迫害であり、また、原告は、同性愛者の人権侵害を続けるイランの現体制を批判し、同性愛者に対する法的及び社会的迫害をなくすことを求めるという政治的意見を確立させたものであり、イランに帰国した場合にかかる政治的主張を表明する行動をとったならば、それを理由に迫害を受けるおそれがある」という原告の主張に対しては裁判所は、「国民の性表現について、いかなる規制を設けるべきであるかと考えるかは、当該国における風俗、習慣、社会情勢などを背景として形成される国民全体の価値観によって異なるものであるから、原告が望む性表現が許されないということをもって、それが難民条約1条A(2)にいう『迫害』に当たるとは解されない・・・」と述べた。

このように、東京地裁は、「迫害を避けるためには同性愛あるいは同性愛行為に関して『慎重』でいなくてはならないこと一すなわち隠す努力をせねばならないこと一」は迫害には該当しないとしたのである。このような見解は、「慎重」要件を課すものだといえる。ここでいう「慎重」要件とは、「同性愛者が難民と認められるためには、同性愛あるいは同性愛行為に関して①『慎重』であっても迫害を受けるか②『慎重』であることが不可能である(すでに同性愛・同性愛行為に関して有名である場合など)かの二点のいずれかに当てはまることを証明しなければならない」、というものである。

本稿は、同性愛者の「特定の社会的集団」該当性と、「慎重」要件をとりあげる。同性愛者の難民該当性で特に問題となるのは、難民の定義のうち、この二つの点であり、かつ、この二つが決定的であるからである。以下、本稿では次の順序でこれを検討する。初めに、第1章は「特定の社会的集団」の該当性判断基準を扱う。そこでは、起草過程と現時点で確立している主な判断基準について述べる。次に、第2章は同性愛者の「特定の社会的集団」該当性を扱う。そこでは、第1章で紹介したいずれの判断基準の下でも同性愛者の「特定の社会的集団」該当性が認められていることを示す。最後に、第3章は「慎重」要件を扱う。そこでは、「慎重」要件の意義を述べた上で、各国の判例を類型化し、検討を加え、同性愛者の難民該当性判断の際に採られるべき望ましいモデルを提案する。その際には、オーストラリア連邦最高裁判所の *Appellant S395* 判決を中心に検討する。なお、本稿で事例を取り上げる締約国は、米国、英国、カナダ、ニュージーランド及びオーストラリアである。

## 1. 「特定の社会的集団」の該当性判断基準

### 1.1. 起草過程

「特定の社会的集団の構成員であること (Membership of a particular social group)」(以下、「特定の社会的集団」はPSGと表記し、「特定の社会的集団の構成員であること」はMPSGと表記する)は、1951年の難民条約で初めて国際文書に登場した用語である<sup>2)</sup>が、PSGの解釈を草案作成過程から導き出すことは困難である。

この用語は、当初の草案<sup>3)</sup>には含まれていなかったが、審議のほぼ終わり近くになってスウェーデン代表の提案で加えられたものである。しかし、記録からは、スウェーデン代表の「PSGの事例が存在する。条約はそれらの事例に明示的に言及すべきだ。」という発言<sup>4)</sup>や、「経験からすると、特定の難民は、彼らがPSGに属することを理由に迫害されてきた。条約の草案は、そのような事例に対応するための規定を全く持たない。したがってそれらをカバーするための規定が含まれるべきである。」<sup>5)</sup>という発言と、このスウェーデン修正案<sup>6)</sup>が賛成14票、棄権8票で採用された<sup>7)</sup>という事実しか明らかにならない。しかし、スウェーデン代表の提案は、循環的かつ曖昧であり、過去のどのような事例を指して「PSGの事例」だと述べたのかを読み取ることができない。したがって、なぜこの文言が挿入されたのかは不明である。

このように、文言からも、起草過程からも、PSGの定義及びPSG該当性判断基準を見出すことは難しい。迫害事由としてPSGを挿入することは、1951年の難民条約以後、「難民たる船員に関する協定」(1957年採択)及び「アフリカにおける難民問題の特殊な側面を規定するアフリカ統一機構条約」(1969年採択)においても踏襲されている。しかしいずれの場合も起草過程においてPSGの定義が示されることはなく、PSGの解釈は主に難民条約の締約国の実行を通じて発展してきた。

### 1.2. 解釈の類型

1.1.で述べたように起草過程からはPSGの定義及び該当性判断基準を見出せないのであれば、どのように解釈すべきか。

2) 1950年に国連総会で採択された国際連合難民高等弁務官事務所規程 (国連総会決議428(V)) (以下「UNHCR規程」という。)はその第6条において、高等弁務官の権限の及ぶ者の迫害事由を、「人種、宗教、国籍若しくは政治的意見」とした。

3) 国連総会決議429(V)付録、14/12/1950.

4) A/CONF.2/SR.19, 26/11/1951.

5) A/CONF.2/SR.3, 19/11/1951.

6) A/CONF.2/9, 02/07/1951.

7) A/CONF.2/SR.23, 26/11/1951.

まず、1951年難民条約第1条A(2)に時間的限定が挿入されていることを、PSGの解釈に反映させるべきかという問題がある。第1条A(2)は、初めに示した難民の定義に加えて、その者が「1951年1月1日前に生じた事件の結果として」迫害を受けるという恐れを有していることを、条約難民に該当するための要件とした。この時間的限定は、1967年の「難民の地位に関する議定書」第1条2項で撤廃されたが、当初時間的限定が挿入されていたことを考慮すれば、起草者たちが将来に生じるかもしれない迫害を考慮に入れていたとは考えにくく、1951年以前に生じていた迫害を念頭においていたと思われる。とすれば、当時すでにPSGに該当すると考えられていたのはどのような集団であったのかを検討することによってPSGの定義を導き出そうとすることも、不可能ではない。しかし、難民条約の性質及び目的とこの半世紀の国際人権法の発展を考慮すると、起草過程及び起草当時の事情だけに依拠し、1951年以前に生じていた迫害の理由にのみ着目して現在のPSG概念を解釈しようとするのは、無意味である。実際のところ、PSGは様々な解釈されてきた。PSGの解釈の類型については、ハサウェイ (J. Hathaway) の示した三つの分類<sup>8)</sup>が有用である。

第1は最も狭義に解釈する立場であり、ある集団に対する迫害が他の四つの事由を理由として行われている場合にのみ、その集団はPSGを構成する、というものである。これは1980年にグッドウィン・ギルが示した解釈である。彼は、PSGは「人種、宗教、国籍及び政治的意見という、より伝統的な他の迫害理由の中にある特定の要素を明らかにしているもの」とみなされるべきである、と述べた<sup>9)</sup>。そしてカナダは何年間かこの立場をとり、主張されている集団が他の四つの事由のいずれかに基づいて定義されているときにのみ、PSGの存在を認めた。たとえば1975年の*Belfond*判決は、「集団は、政治的でなければならず、[その立場において] 体制との不一致を示し、説明しなければならない。または、その宗教的信条のために政府当局から迫害されている宗教的宗派でなければならない。」<sup>10)</sup>と述べている。しかしこの解釈の下では、MPSG概念はほとんど無用のものとなる。なぜなら、カナダがこの解釈に基づいてPSGであると認めた諸集団は、不法に国外に住んでいる者、人権活動家、及び様々な反政府結社などであって、PSGという概念に依拠せずとも他の四つの事由のいずれかによってすでにカバーされている集団であったからである。すなわち、この解釈では、あえてPSGという事由を挿入した意味がなくなるので、この解釈は不適切である。

第2は、最も広義に解釈する立場である。この立場によると、MPSGという迫害事由は他の四つの事由に当てはまらない者を救うためのセイフティ・ネットである。すなわち、あ

8) James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 1991. pp. 157-161.

9) G. Goodwin-Gill, 'Entry and Exclusion of Refugees: The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the UNHCR', *Michigan Y.B. Intl. L. Studies* (1980) : cited by Hathaway, *Ibid.*, p. 157.

る集団の構成員がなんらかの認識可能な共通の背景を有してさえいれば、その集団はPSGに該当しうる、とするものだった。これはヘルトン<sup>11)</sup>やマックギガンによって主張された。しかしこの解釈は現在ほとんど受け入れられていない<sup>12)</sup>。なぜ受け入れられないかについてハサウェイは次のように述べている。「PSG概念を残りのカテゴリー全てを含む概念とするのは、人道主義的観点からは魅惑的である。…しかしこのことがまさに、ヘルトンの主張が維持されない理由でもある。条約の起草者達は、一般的に難民と呼ばれる様々なタイプの者達の中で、恐怖を市民的及び政治的地位に帰することができる者（難民）と、それ以外の心配によって逃げるのが促進されている者（非難民）との境界を設定しようとしていた。さらに、起草者達は（ヘルトンが提案したような）将来の新しい不公正に言及する制度を作ることを目的としてはいなかったのである。社会的集団というカテゴリーを提案したスウェーデン代表と他の代表達のコメントからは、条約が…単に既知の形態の危害から、難民を認定して保護する、という手段として考案されたということが明らかである。したがって、この考え方は行き過ぎである。」<sup>13)</sup>起草過程を根拠とするこのハサウェイの指摘に加えて、筆者は、第2の立場は前述の第1の立場の問題点とも共通する問題点を抱えていると考える。すなわち、PSGが他の四つの事由に当てはまらない者を救うためのセイフティ・ネットであるとすれば、迫害事由の列挙は存在意義を失い、難民の定義は、五つの迫害事由を述べた部分を除いた記述で十分であるということになってしまう。

第3は、ある要件を満たす人々の集まりだけがPSGに該当するという立場で、この立場が、UNHCRや各国の裁判所、学者などに取り入れられている。この解釈原則は2002年にUNHCRが発表した「1951年難民条約及び1967年難民議定書第1条A(2)の文脈における、ジェンダーによる迫害に関する国際的保護についてのガイドライン」(HCR/GIP/02/01)<sup>14)</sup>（以下、「MPSGガイドライン」という。）に示されている。次のようである。

「この事由を解釈する際には、限界を設定することが必要である。つまり、それは他の四つの条約上の事由を無用なものとするように解釈されることはできない。それと同時に、適切な解釈は、条約の目的及び意図と両立するものでなければならない。条約の用語と矛盾しないためには、このカテゴリーは、迫害を恐れるすべての者に適

10) *Obertz Belfond* (1975), 10 I.A.C., Houle判事

11) Arthur Helton, 'Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status', 15 *Columbia Human Rights Law Review*. 39 (1983)

12) Hathaway, *supra* note 8., pp. 158-159.

13) *Ibid.*, pp. 158-159.

14) UNHCR, *Guidelines on International Protection: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/02, 07/05/02.

用できる『包括的なもの (catch all)』と解釈されることはできない。…

どのような集団が、第1条A(2)におけるPSGを構成するかを明示する『完結一覧表 (closed list)』は存在しない。条約は、社会的集団に関する具体的な一覧表を含んでいないし、起草過程も、この文言に該当するかもしれない認定された一団の集団が存在するという考えを示していない。むしろ、MPSGという文言は発展的に解釈されるべきである。つまり、様々な社会における集団の多様かつ変化する性質や発展する国際人権規範を受け入れる方法で解釈されるべきである。』<sup>15)</sup>

この第3の立場が広く受け入れられているのであるが、しかしながら、当該要件の内容に関する詳細な検討は、1980年代に入るまでほとんど示されなかった。1979年にUNHCRが作成した「難民の地位の認定の基準及び手続に関する手引き」(以下「UNHCRハンドブック」という。)はPSGの解釈について三つのパラグラフ<sup>16)</sup>しか割いておらず、その内容はあまりに曖昧で、MPSGと認められる場合と認められない場合の境界線を設けていないに等しい。しかし、1980年代に入ってから各締約国の裁判所でPSGに関する解釈が積み重ねられてきた。次節以降では、これまで確立されてきたPSG該当性判断基準についてとりあげる。

### 1.3. 「不可変特性」テスト

「不可変特性」テストは主に、米国、カナダ、英国、ニュージーランドで採用されている。このテストは当該集団の内的要素に着目するものである。すなわち、ある集団が、不可変の特性または、人間の尊厳にとって非常に根本的であるがためにそれを捨てるように強制されるべきでないような特性によって集まったものであるかどうか、を基準とする。

「不可変特性」テストは、PSG該当性判断基準についての影響力ある初めの事例である米国BIA (Board of Immigration Appeals: 移民控訴委員会) のAcosta決定<sup>17)</sup>が提案したものである。

Acosta決定においてBIAは、*ejusdem generis*解釈原則を用いてPSG概念を解釈した。BIAは、この解釈原則を「具体的な用語を含む列挙の中で用いられている、一般的意味を持つ用語は、当該具体的用語—この場合、具体的用語とは『人種』、『宗教』、『国籍』又は『政治的意見』である—と一致するように理解されるべきである」というものとし、PSG解釈

15) *Ibid.*, paras. 2-3.

16) UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating the Status of Refugees*, CR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, (1979), paras. 77-79.

17) BIA, *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec. 211, 01/03/85.

に最も有用なものであると述べた。BIAはこの解釈原則に従い、他の四つの事由に共通して見出される要素に基づいてPSGを解釈した。BIAは、他の四つの事由は全て、個人には変えることが不可能なこと、若しくは、非常に根本的であるがために変えるよう要求されるべきではないような個人のアイデンティティや良心、という「不可変の特性 (immutable characteristics)」を表わしているため、MPSGに基づく迫害も、その構成員全員が共通で不可変の特性を共有しているような集団の構成員である個人に向けられた迫害を示す、とした。

そしてBIAは、より詳しく説明するために次の二点を示した。第一に、その共有されている特性は、(性や肌の色や血族関係のような) 先天的な特性あるいは(過去に軍の指導者であったということや土地の所有者であったというような) 共通の過去の経験である場合もあるかもしれない。第二に、その共通の特性は、それが何であれ、その集団の構成員が変えることが出来ないか若しくは、彼らの個人的アイデンティティや良心にとって根本的であるがために変えるよう要求されるべきではないような特性でなければならない。

このAcosta決定は、構成員が自らの個人的アイデンティティや良心にとって根本的であるがために変えるよう要求されるべきではない特性を有していることを要件としたことによって、人権規範と難民法との間の連関を確保したと同時に、誰にでも難民該当性を認めるほどには曖昧ではないものである、として幅広い支持を得た<sup>18)</sup>。

そして、Acosta決定が示したアプローチを支持して理論的に補強し「不可変特性」テストを確立した<sup>19)</sup>、とされるのがカナダ連邦最高裁のWard判決(1993年)<sup>20)</sup>である。カナダはこの判決以前は、PSGをセイフティ・ネットとする解釈を採っていたが、最高裁はこの解釈を、定義の存在を無意味にするほど幅広いものだとして否定した。そして、PSGの範囲をある程度限定するための原則として、「難民の国際的保護のイニシアチブにとっての基礎である、人権擁護と反差別という一般的且つ基礎的なテーマ (the general underlying themes)」を採用した<sup>21)</sup>。Ward判決はこの原則に基づいて、PSGの三つのカテゴリーを示した<sup>22)</sup>。

18) Hathaway, *supra* note 8., p. 161.

19) James C Hathaway, Michelle Foster, 'Membership of a Particular Social Group', 15 *International Journal of Refugee Law* 477 (2003), p. 480., T. Alexander Aleinkoff, 'Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "membership of a particular social group"', *Refugee Protection in International Law* (2003), p. 275.

20) *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, 1993 CanLII 105 (S.C.C.)

21) *Ibid.*, La Forest判事

22) この「不可変特性」テストの適用の結果、具体的にはどのような集団がPSG該当性を認められたのかについては、カナダIRBの1996年の報告書 (Immigration and Refugee Board of Canada, *Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law*, para. 3.) が参考になる。この報告書は、それまでの法解釈によってPSGを構成しようと明らかにされたものとして、次のものをあげている。家族、同性愛者(性的指向)、労働組合、貧

第一カテゴリーは、先天的若しくは不可変の特性によって定義される集団である。最高裁はこれに該当する例として、ジェンダー、言語的背景、性的指向に基づく集団を挙げた。

第二カテゴリーは、その構成員が自らの人間の尊厳にとって非常に根本的な理由のために自発的に集合している集団であるので、その結びつきを捨てるように強制されるべきではない、というような集団である。最高裁はこれに該当する例として、人権活動家を挙げた。「自らの人間の尊厳にとって非常に根本的な理由」とは何かを判断する際には、国際人権規範が用いられる。そして逆に、変えることが可能な性質によって定義される集団や、その集団からの分離が可能であるような集団は、(いずれも基本的人権の放棄を要求しない限りにおいて) このカテゴリーに該当しない。

この第二カテゴリーの定義の点で、WardテストはAcostaテストとすべての点で同じとはいえない。すなわち、Acostaテストは特性の共有を要件としたが、Wardテストの第二カテゴリーは構成員の自発的な結びつきを要件とした。しかしアレニコフが指摘するようにこの違いは実際にはたいした違いではないだろう。なぜなら、人間の尊厳にとって根本的である特性は、通常、その特性に基づいて互いに結びつく権利を伴うからである<sup>23)</sup>。そうであれば、AcostaテストによってもWardテストによっても判断の結果は同じになるだろう。

第三カテゴリーは、かつての自主的な地位によって結びつけられている集団であって、その地位の歴史的永続性 (historical permanence) のために代替不可能な集団である。このカテゴリーは、差別からの保護という目的にも関連するが、「それ以上に、ある者の過去はその者の不可変の一部である」ことから含まれたカテゴリーである。

#### 1.4. 「社会的認知」テスト

集団の内的要素に着目する「不可変特性」テストに対して、外的要素に着目するのが「社会的認知 (social perception)」テストである。これは、オーストラリアが初めてPSG該当性判断基準を示したオーストラリア連邦裁判所のMorato判決 (1992年)<sup>24)</sup>が導入し、オース

困者、家庭内虐待の対象とされている女性たち、同意なしに結婚を強いられる女性たち、暴行 (強姦) に至る搾取の対象とされていた女性たち及びその搾取が試みられた結果訴追されたり刑を言い渡されたりした女性、FGM (女性割礼) の対象とされている女性たち、強制不妊手術の対象となっている人々、反テロ支持者の警官の子供、残酷で犯罪的な市長について知っていることにより脅され脅迫されているかつての市の同僚職員、教養のある女性たち、である。

カナダが示したこの解釈は、これらはおおむね他の (定義の実質的な解釈に関する判例が蓄積されている) 締約国においても似たような状況である。特に、ジェンダーに関する迫害については、ここに当てはまるという見解が幅広い支持を得ている。しかしカナダがPSGに該当すると認めている集団の中には、他の締約国はそうと認めないものもある。たとえば、同じ「不可変特性」テストを採っている国であるアメリカは人口政策のために強制不妊手術の対象となっている人々に庇護を認めない。

23) Aleinikoff, *supra* note 19., pp. 269-271.

24) *Re: Gustavo Carlos Saavedra Morato and: the Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs No. V G73 of 1992* FED No. 982 Immigration (1992), 111 ALR 417 (1992), 39 FCR 401 (1992), 29 ALD 455 (1992.12.21.)

トラリア連邦最高裁判所の*Applicant A*判決（1997年）<sup>25)</sup>が確立したテストであり、以後オーストラリアで支持されてきた。

Moratoは、麻薬密輸で有罪宣告を受けた者であり、その過程で麻薬密輸に関わっている権力者に不利な証拠を提出した。この判決においてLockhart判事は、ある者がPSGの構成員であるためには、「いくらかの共通の経験を共有している、社会の中の目に見える（recognizable）か、または認識できる（cognizable）集団に属しているか、またはその集団と結びつけられていることが必要である」とした。

そして*Applicant A*判決がこれを発展させた。この判決でDawson判事は、PSGは「特定の性質若しくは要素（彼らを互いに結びつけて社会の大部分から区別されることを可能にするような要素）を共有している人々の集まり」である、という。つまり、「そのような人々はいくらかの共通の要素を提示しなければならないだけでなく、その要素は（その要素を共有している人々を社会の中で認識可能な集団にするようなものであって）彼らを互いに結び付けていなければならない」とした。同様にMcHugh判事も、その集団を区別するものは、「共通の態度と、彼らが異なる態度を採っているという社会的な認知」であるとされた。

この「社会的認知」テストは今なおオーストラリアでは支持されており、連邦最高裁*Applicant S*判決（2004年）<sup>26)</sup>においてGleeson判事、Gummow判事及びKirby判事が示した下記のPSG該当性判断基準に集約されている。

「第一に、その集団は、ある特性またはその集団の構成員全員に共通する属性によって確認可能でなければならない。第二に、その特性または属性は、迫害を受けるという共有されている恐怖ではありえない。第三に、その特性または属性を有しているということが、その集団を残りの社会から区別しなければならない。*Applicant A*判決におけるDawson判事の言葉を借りると、第一と第二の要件を満たすが第三の要件を満たさない集団は、単なる『社会的集団』であってPSGではない。」

このように「社会的認知」テストは、*Ward*判決とは異なり、外的要因、つまりその集団が外部からどのように認知されていたか—迫害者からどう認知されていたかを含む—あるいはされているかを重視する<sup>27)</sup>。すなわち、その集団が出身国において、「構成員を結びつけている同じ特性、態度、活動、信念、関心、若しくは目的を理由に」別個の社会的集団であ

25) "*Applicant A*" & *Anor v Minister for Immigration and Ethnic Affairs & Anor* [1997] HCA 4, 24/02/97.

26) *Applicant S v MIMA* [2004] HCA 25, 27/03/04.

27) Hathaway, Foster, *supra* note 19., p. 483.

ると認知されているかどうかの問題になる。この意味でこの判決は*ejusdem generis*解釈原則に従って反差別と人権擁護を重視した *Ward* 判決とは違って、社会学的アプローチによって PSG の「通常の意味」を明らかにしようとしたものである。

「社会的認知」テストはオーストラリア以外ではほとんど採用されていないが、ほぼ一致して「不可変特性」テストを採用しているアメリカでも、「社会的認知」テストを採った判決がある<sup>28)</sup>。とはいえこれは例外的である。「社会的認知」テストが普及しない理由としては、過度の包括性<sup>29)</sup>、主観的評価の余地（難民該当性決定権者にとって、他の社会、とりわけ自らの社会とは非常に異なる社会における社会的認知を評価するのは困難になりがちであるので、実際には、実態を主観的に評価することを認めるものにすぎない）、他の四つの事由の無用化（他の四つの迫害事由も PSG に自動的に内包されてしまう）、といった点が挙げられている<sup>30)</sup>。

### 1.5. UNHCRの解釈

これまで見てきたように、「不可変特性」テストと「社会的認知」テストという二つの異なるテストが用いられている。ここでは、各国の判例の蓄積に対して UNHCR がどのような解釈を示してきたのかをとりあげる。

UNHCR が UNHCR ハンドブック以降に示した PSG 解釈としては、まず、1999 年に英国上院の *Islam & Shah* 裁判<sup>31)</sup>において UNHCR が裁判所に提出した意見が挙げられる<sup>32)</sup>。それは次の通りである。

「自分が生きている社会のしきたりと調和しない価値や基準を信じているかまたは信じていると認知されている個人は、原則として、難民条約第1条A(2)の意味における PSG を構成する。そのような人々が必ず PSG に該当するわけではなく、PSG に該当するためには、問題となっている価値が、当該個人が放棄するよう要求されるべきではないような性質をもっていることが必要である。」

「PSG は、社会全体から自らを区別するような何らかの特性を共有している人々

28) *Gomez v. INS*, 947 F 2d 660 (2nd Circuit) (1991)

29) ニューゼーランド *RSAA*（難民地位控訴局）は次のように述べている。「[社会的認知テストの]困難は、そのアプローチが社会的集団のカテゴリーを、ほぼ無意味なほどの程度にまで拡大することにある。つまり、社会的集団の存在について社会的な態度を決定的なものとすることによって、社会において集団であると認識されている、人のいかなる集まりをも、PSG と呼ばれうる。しかし、難民条約はそのような被迫害集団全てに保護を与えることを意図していたのではない。」*Re G.J., REFUGEE APPEAL NO. 1312/93*, 30/08/95.

30) Hathaway, Foster, *supra* note 19., p. 484.

31) *Islam v. SSHD and R. v. IAT and SSHD, ex parte Shah*, UK House of Lords, [1999] 2 WLR 1015; [1999] INLR 144.

の集団を意味する。その特性は、(それが先天的なものであるか、そうでなければ変えることが不可能であるか、または、個人にそれを変えるように要求することが不適當であるという理由で) 不可変である、というものでなくてはならない。ある者が、自らにそれを放棄するよう要求することが自らの基本的人権に反するというような信念若しくは価値を持っているような場合には、彼らは原則として、同じ考え方を持っている人々から成るPSGの部分たりうる。」

この意見は、UNHCRハンドブックと矛盾するとは言えないが緊張関係にあると言える。なぜならハンドブックは、「不可変若しくは根本的な特性」という考えを取り入れていなかったからである。また、この解釈は、一見したところ「不可変特性」テストと「社会的認知」テストを融合したように見える。しかし、この解釈のもとでは「社会的認知」テストを満たしても「不可変特性」テストを満たさなければPSG該当性が認められないため、明らかに「社会的認知」テストよりも「不可変特性」テストを優越させる解釈である。

2001年4月には、UNHCRはハンドブックを補完するものとして『1951年難民の地位に関する条約第一条の解釈』ガイドラインを発表した<sup>32)</sup>。ここでUNHCRは、「不可変特性」テストと「社会的認知」テストの両方の有効性を認める「全体的アプローチ」を推奨し、その内容を次のように述べた。

「[PSGは]、先天的または歴史的な特性を変更することができない人、及び、それらの人と同様にそのような特性を変更するよう要求されるべきではない人—つまり、迫害主体によって反対派あるいは脅威をもたらす集団であると認識されている集団の構成員—を含む。迫害主体がそのような認識に基づいてその集団の構成員に対して敵対して行動するとき、あるいは行動しようとするときは、潜在的被害者<sup>34)</sup>は、動機や特徴を集団の構成員としての当該潜在的被害者に帰する迫害主体の認識を理由に保護されうる。」<sup>35)</sup>

この記述は、保護されるべき特性が「先天的または歴史的な特性」に限定されるように読める。すなわち、Wardテストの第二カテゴリーを含まないようである。また、全体として

32) Aleinikoff, *supra* note 23., p. 267.

33) UNHCR, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, (2001.4.), para. 1.

34) 被害者の候補、つまり、いまだ被害者にはなっていないかもしれないが、いずれ被害者になる可能性がある者のことをいう — 筆者

35) UNHCR, *supra* note 34., para. 28.

は「社会的認知」テストを優越させたように読める。この「全体的アプローチ」は二つのテストをまとめる第三のテストとなることができるほどに十分なものではない。なぜならば、Wardテストの第二カテゴリーに該当する集団が迫害を受ける可能性は十分にあるということから考えて、この第二カテゴリーを外すことは「不可変特性」テストの意義を無視したものとなる。加えて、「社会的認知」テストを優越させる理論的な根拠が全く示されていない。次に、2002年のMPSGガイドライン<sup>36)</sup>は、二つのテストの分析が必ずしも別個のものとは言えないけれども、異なる結果を導くこともあるということを示した。

「二つのアプローチの下での分析は、多くの場合一致する。なぜなら、共通の不可変又は根本的な特性を理由に構成員が迫害の対象とされる集団はしばしば、同時に、出身社会においてひとつの社会的集団とみなされるものからである。しかし時には、二つのアプローチは、異なる結果をもたらす。例えば、社会的認知という基準は、変更不可能でも人間の尊厳の根源をなすものでもない特性（もしかすると職業や社会的階級などがこれの例かもしれない）に基づく結びつきを社会的集団であると認定するかもしれない。」<sup>37)</sup>

その上で、二つの異なるテストが存在していることは好ましくないとし、それらを結合するものとして、次のようなPSG定義を示した。

「迫害される危険性以外のある共通の特性を共有している人々の集団、または、社会から集団と認識されている人々の集団。その特性はしばしば、先天的もしくは不可変のもの、またはある人のアイデンティティや良心や人権の行使にとって必須のもの、であるであろう。」<sup>38)</sup>

しかし、このガイドラインは二つの異なるテストを結合したとは言えない。「しばしば」という修飾語から判断すると、このガイドラインの下では、「不可変特性」テストを満たしていなくても「社会的認知」テストを満たせばPSG該当性を認められうることになる。同時に、「不可変特性」テストを満たしていても「社会的認知」テストを満たさなければPSG該当性を認められないことがありえる。したがって、このガイドラインは、ガイドライン制

36) UNHCR, *supra* note 14.

37) *Ibid.*, para. 9.

38) *Ibid.*, para. 11.

定前の専門家会合が「不可変特性」テストが現在は幅広く受け入れられているというコンセンサスを示していたにもかかわらず、結果的に「社会的認知」テストを優先させたことになる<sup>39)</sup>。

このように、UNHCRの解釈は、難民条約の主要締約国がPSG解釈について「不可変特性」テストと「社会的認知」テストという二つに分裂していることに対して、何の有効な新しいアプローチも生み出すことができていない。

## 1.6. まとめ

以上のように、英国、米国、ニュージーランド及びカナダが「不可変特性」テストを採用する中で、オーストラリアは現在も「社会的認知」テストを用いつづけており、UNHCRはこの分裂に対処できていない。これらの二つのテストが存在することにより、同じ状況にある申請者がどのテストを用いる国に庇護を申請するかによって結果が異なることがありうる。一方で、二つのテストが重複する場合は少なくない。たとえば、同性愛者、社会主義国家における元大地主など<sup>40)</sup>が挙げられる。また、オーストラリア連邦最高裁が*Chen Shi Hai*判決（2000年）<sup>41)</sup>で難民該当性を認めた 'black children'<sup>42)</sup>は、どちらのテストでも認められる。なぜなら、彼らは中国において別個の集団として認知され扱われているし、同時に、生まれた順序は不可変だからである<sup>43)</sup>。また、「パキスタンの女性」がPSGを構成することを認めた英国上院の*Islam & Shah*判決<sup>44)</sup>（1999年）ではどちらのテストを採るかについて判事達の意見が別れたが、この件では、どちらのテストを取るかについての各判事の立場を統一せずとも同じ結果に到ったため、上院としてどちらかのテストを選択する必要はなかった。

## 2. 同性愛者の「特定の社会的集団」該当性

### 2.1. 「不可変特性」テストと同性愛者

#### 2.1.1. 米国

米国では、1990年代になるまで、同性愛者である外国人は「精神病の性質、てんかん、

---

39) Hathaway and Foster, *supra* note 19., pp. 489-490.

40) Aleinikoff, *supra* note 19., p. 272.

41) *Chen Shi Hai v The Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [2000] HCA 19 (2000.4.13.)

42) 'black children'とは、中国の一人っ子政策に反して生まれた子どもを指す。彼らは公的には存在しないため、教育その他の政府の援助を受けられない場合が多い。英国内務省 'Country Report-April 2005', paras. 6.365-6.367.

43) Aleinikoff, *supra* note 19., p. 272.

44) *Islam & Shah*, *supra* note 31.

または精神障害を持っている外国人」という入国拒否事由によって排除されていた<sup>45)</sup>。この入国拒否事由から同性愛者が除外されたのは、1990年に移民法が施行されたときである<sup>46)</sup>。

米国において同性愛者の難民該当性に関する判断が示された初めての事例はBIAの *Toboso-Alfonso* 決定 (1990年)<sup>47)</sup> である。この決定においてBIAは、申請者が、同性愛者であるという地位によって定義されるPSG、すなわち「キューバの同性愛男性」の構成員であると認めた<sup>48)</sup>。この決定では同性愛者であるということが「不可変の特性」であることは争われなかった。しかし移民帰化局 (Immigration and Naturalization Service) (以下「INS」という) は、「社会的に逸脱した振舞いつまり同性愛活動は、[ある集団を] [庇護] 法の意図における社会的集団であると認識する根拠ではない」と主張し、BIAの出したような結論は「振舞いの性質が社会的に逸脱しているだけでなく、その国の法及び規制の侵害でもある、というような振舞いに従事する者に、自由裁量的救済を与えるも同然である」と主張した。だがBIAはこの主張は説得力がないとして退けた。

そして *Alfonso* 決定に従って司法省移民法廷 (Department of Justice Executive Office for Immigration Review) は *Re Tenorio* 決定 (1993年)<sup>49)</sup> でブラジルの同性愛男性がPSGを構成することを認めた<sup>50)</sup>。そして1994年には法務長官が、*Alfonso* 決定を、「同様の問題を含むすべての訴訟手続きにおける先例である」と認定した<sup>51)</sup>。また、2000年4月13日には、国連人権委員会において米国代表が「性的指向を理由とする個人の迫害は、いかなる国際法によっても正当化されえない」と述べた。こうして米国は同性愛者が庇護法によって保護されるという姿勢を明確にしてきた。

そしてBIAの *Alfonso* 決定から遅れること10年、2000年8月には第9管轄区控訴裁判所が、連邦裁判所として初めて同性愛者の難民該当性を認め、その理論的根拠を示した。これが、*Hernandez-Montiel* 判決<sup>52)</sup> である。Montielは女性であるという性的アイデンティティを持っている (生物学的には男性である) 同性愛者のメキシコ人である。この事例で第9管轄区控訴裁判所は、Wardテストに従い、性的アイデンティティは「ほかならぬ一人の人の人としてのアイデンティティにとって本質的なもの (inherent to one's very identity as a person)」で

45) 1965年の時点で連邦議会は、「性的逸脱 (sexual deviation)」をこの事由に加える意図を明確にしていた。Robert C. Leitner, 'A Flawed System Exposed: The Immigration Adjudicatory System and Asylum for Sexual Minorities', 58 *University of Miami Law Review* (2004)

46) *Ibid.*, p. 686.

47) BIA, *Matter of Toboso-Alfonso*, 20 I. & N. Dec. (1990)

48) *Ibid.*

49) *In Re Tenorio*, No. A72 093 558 (EOIR Immigration Court, 26/07/93.)

50) Stuart Grider, 'Sexual Orientation as Grounds for Asylum in the United States - *In Re Tenorio*,' 35 *Harvard International Law Journal* (1994)

51) Attorney General Order No.1895-94, 19/06/94.

52) *Hernandez-Montiel v. INS*, 225 F 3d 1084 (9th Circuit) ,2000.

あるので、性的指向はPSGの存在を証明する根拠となりうるとした。そして「メキシコにおける、女性としての性的アイデンティティを有する同性愛の男性」のPSG該当性を認めた。

この判決を補強した第9管轄区控訴裁判所の*Karouni*判決（2005年）<sup>53)</sup>は、「*Hernandez-Montiel*判決は、[*Hernandez-Montiel*が属するPSGを]『女性としての性的アイデンティティを有する男性』というふうに『同性愛者』よりは]狭く解釈したけれども、*Hernandez-Montiel*判決は全ての外国人同性愛者はPSGの構成員であるということを明確に示している」とし、同性愛者のPSG該当性を明確にした。

第9管轄区控訴裁判所以外の裁判所も*Hernandez-Montiel*判決を支持している。第3管轄区控訴裁判所は*Amanfi*判決（2003年）<sup>54)</sup>において同性愛者がPSGを構成することを黙示的に認めた。また、第8管轄区控訴裁判所は*Molathwa*判決（2004年）<sup>55)</sup>において*Toboso-Alfonso*決定及び*Hernandez-Montiel*判決から、「全ての外国人同性愛者はPSGの構成員である。」という結論を導き出した。

### 2.1.2. カナダ

カナダで同性愛者のPSG該当性が認められた初めての例は1992年の移民難民委員会(Immigration and Refugee Board)（以下「IRB」という。）の*T91-04459*決定<sup>56)</sup>である。その翌年には連邦最高裁の*Ward*判決が、PSGの第一カテゴリーの例として同性愛者を挙げた<sup>57)</sup>。そして、それ以降IRBの決定<sup>58)</sup>及び、連邦裁判所の*Muzychka*判決（1997年）<sup>59)</sup>、*Gomez*判決（1998年）<sup>60)</sup>、*Rojas*判決（1999年）<sup>61)</sup>、及び*Dolinovsky*判決<sup>62)</sup>等がそれぞれ*Ward*判決を支持して同性愛者のPSG該当性を認め、カナダにおいてはこの解釈が確立した。

### 2.1.3. 英国

英国の裁判所が、同性愛者のPSG該当性について判断を求められた初めての事例は、*Binbasi*判決（1989年）<sup>63)</sup>である。しかしこの判決は、迫害を受ける可能性がないことを理由

53) *Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, 399 F.3d 1163 (9th Circuit), 2005.

54) *Amanfi v. John Ashcroft, Attorney General*, (3rd Circuit), 16/05/03.

55) *Molathwa v. Ashcroft*, 390 F.3d 551,554 (8th Circuit), 2004.

56) IRB, Case T91-04459, 09/04/92.

57) *Ward*, *supra* note 20.

58) CRDD T97-03671(1999.6.29); CRDD VA0-01624 et al., 08/03/01.; CRDD AA0-01226 et al., 19/03/01.; MA3-10913, 07/07/04.

59) *Muzychka v. Minister of Citizenship and Immigration*, 1997 IJCan 6024 (C.F.)

60) *Gomez v Minister of Citizenship and Immigration* [1998] 1998 CanLII 7956 (F.C.)

61) *Rojas v Minister of Citizenship and Immigration* [1999] Fed Ct Trial Lexis 40.

62) *Dolinovsky v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 9037 (F.C.)

63) *R v SSHD; ex parte Binbasi* [1989] Immigration AR 595 (QB Div)

に、同性愛者のPSG該当性について解釈を示さなかった。一方移民控訴審判所(Immigration Appeal Tribunal) (以下「IAT」という。)の*Golchin*決定(1991年)<sup>64</sup>は、同性愛者のPSG該当性を明確に否定した。この決定は、PSGを歴史的及び文化的性質を持つ特性によって定義される集団として捉え、同性愛者はそのような特性を有していないのでPSGに該当しない、とした。

しかし、1992年には上院が*Islam & Shah*判決(1992年)<sup>65</sup>において同性愛者のPSG該当性を明確に認めた。英国においてPSG該当性判断基準が詳細に示された初めの判決であるこの判決は、*Acosta*テストを受け入れて家庭内暴力にさらされている女性の難民該当性を認めた判決である。しかし多数派のSteyn判事及び少数派のMillet判事は傍論において、同性愛者のPSG該当性を明確に認めた。Steyn判事はこの理由を次のように述べた。

「*Acosta*決定の理由づけ [から認められるPSG] の可能な範囲は、同性愛者が迫害されている国の同性愛者の事例を用いて例証することができる。幾つかの国では同性愛者は死刑を含む厳しい刑罰にさらされる。*Re G.J.*決定においてニュージーランド難民地位控訴局(Refugee Status Appeal Authority) (以下「RSAA」という。)はこの問題に直面した。RSAAは…証拠次第では同性愛者が第1条A(2)の意味でのPSGを構成するという印象的な決定を下した(412段落から422段落を参照せよ)。この考え方は、第1条A(2)の用語及び意図と合致する。全ては特定国における同性愛者の状況に関する証拠の状態次第であるという制限にしたがって、私は原則として*Re G.J.*決定における理由づけを正しいものとして受け入れる。」

そしてIATの*Vraciu*決定(1994年)<sup>66</sup>は、上院と同様「不可変特性」テストを支持し、*Islam & Shah*判決以降に示されたカナダ連邦最高裁の*Ward*テストの三つのカテゴリーを採用した。そして、*Golchin*決定が要求した歴史的及び文化的特質要件を否定して、同性愛者のPSG該当性を明確に認めた。

しかし、IATの*Jacques*決定(1994年)<sup>67</sup>は、*Golchin*決定を否定しなかった。この決定においてIATは、PSGは過度に幅広く解釈されるべきではないとし、*ejusdem generis*解釈原則に従ってPSGを解釈した。そしてIATは、他の四つの事由は市民的及び政治的地位を表しているのだからこれに該当しない分類である同性愛者はPSGに該当しない、と結論した。

64) *Golchin v SSHD* (unreported, Appeal No TH/17184/89, IAT, 17/01/91.)

65) *Islam & Shah*, *supra* note 27.

66) *Vraciu v SSHD* (IAT No 11559, 1994.)

67) *Jacques v SSHD* (unreported, Appeal No HX/70684/94, IAT, 22/11/94.)

このように、英国では同性愛者がPSGを構成するという解釈は容易には受け入れられなかった。しかし、控訴裁判所民事部門のJain判決（1999年）<sup>68)</sup>は、性的指向を尊重される権利がプライバシーを尊重される権利に含まれる基本的人権であることを明確にした上で、次のように述べた。

「今や我々は、同意している成人間の私的な同性愛活動の違法化は国際社会全体から受け入れがたいものであるとみなされているという見解に達している。もしある者が、同性愛行為を禁じる刑法を施行している国において同性愛行為及びそのような生活に従事したいと望むなら、彼は難民の定義に当てはまることができるかもしれない。」

この判決は2000年に移民控訴局（Immigration Appellate Authority）（IATの前身）のジェンダー・ガイドライン<sup>69)</sup>に引用された。そして現在は英国の裁判所においては、（個別の状況によって迫害を受けるという十分に理由のある恐怖の存在を認めるか否かは異なるが）同性愛者がPSGを構成しうることについて異論は見られない。

#### 2.1.4. ニュージーランド

RSAAは、*Re G.J.*決定（1995年）<sup>70)</sup>において「不可変特性」テストを適用して同性愛者のPSG該当性を認めた。ここでRSAAは、イランにおける同性愛者は、「共有されている内部的特性、つまり性的指向によって結びつけられた認識可能な社会的集団」であり、同性愛は①「先天的または不可変の特性」または②「アイデンティティまたは人間の尊厳にとって非常に根本的であるために変えるよう要求されるべきではない特性」のいずれかであるのでPSGに該当する、とした。この解釈はニュージーランドにおいて以後一貫して支持されている。

### 2.2. 「社会的認知」テストと同性愛者

#### 2.2.1. オーストラリア

オーストラリアにおいて同性愛者の難民該当性についての判断が示された初めのケースは、難民控訴審判所（Refugee Review Tribunal）（以下「RRT」という。）のN93/02240決定（1994年）<sup>71)</sup>である。RRTは、同性愛者の事例に*Morato*判決<sup>72)</sup>の解釈を適用し、「イランの法

68) *Jain v SSHD*, Court of Appeal (Civil Division) [2000] Imm AR 76, 06/10/99.

69) Immigration Appellate Authority, 'Gender Guidelines', (2000), <http://www.asylumsupport.info/publications/iaa/gender.pdf>

70) *Re G.J.*, *supra* note 29.

71) *RRT Reference: N93/02240*, 21/02/94.

72) *Morato*, *supra* note 24.

律及び政府がどのように同性愛者を含む多くのマイノリティを扱っているかという問題に関する専門家…の見解等からすると、控訴人がイランに送還された場合には、同性愛者であるという理由から迫害を受ける可能性がある。」として難民該当性を認めた。RRTは同様の判断を積み重ねて同性愛者がPSGを構成するということを確認していった。これらの判決は、ある集団がPSG該当性を認められるためには、社会から目に見えるかまたは認識可能でなくてはならないとするMorato判決の解釈に従った。

そして、連邦最高裁がPSGの詳細な解釈を初めて示した*Applicant A*判決<sup>73)</sup>で、Gummow判事及びKirby判事は傍論で、「自らの性的行為が（たとえ私的な成人との間のものであっても）違法とされている国の、男性もしくは女性の同性愛者及び両性愛者」のPSG該当性を明確に認めた。以降、個別の状況によっては迫害の存在を認めない事例もあるが、同性愛者のPSG該当性を認める解釈は一貫している<sup>74)</sup>。そして、連邦最高裁が初めて直接同性愛者の難民該当性を問われた*Appellant S395*判決（2003年）<sup>75)</sup>は、PSGの難民該当性を特に問題にすることなく受け入れた。

### 2.3. UNHCRの解釈

UNHCRは1996年には「自らが同性愛者であることを理由に、攻撃、非人道的扱いまたは深刻な差別に直面している者で、政府が彼らまたは彼女達を保護することができないか保護しようとしなない者は、難民と認められるべきである」<sup>76)</sup>と述べている。また、2001年の『1951年難民の地位に関する条約第一条の解釈』においては、同性愛者が依拠できる事由が場合によっては必ずしもPSGだけではないことを示しつつ、同性愛者がPSGを構成しうることを認めた<sup>77)</sup>。

73) *Applicant A*, *supra* note 25.

74) たとえば、RRTのV97/06971決定（1999年）は、次のように述べる。「パキスタンにおいては同性愛がある程度あってそれは若い独身男性の間で一定程度許容されているけれども、それにもかかわらず、パキスタンにおいて同性愛は大目に見られていない。パキスタンにおいては、同性愛者は、もし未婚であれば、家族及び共同体を辱めるものとみなされている。審判所は、たとえパキスタンにおいて組織された同性愛活動が存在しないとしても、パキスタンにおける同性愛者は、彼らを集団として結びつけ社会全体から区別させるような特質を有していると認知されている、と考える。独立した証拠に基づいて審判所は、同性愛者はパキスタン社会において認識可能な集団であり、条約の目的に照らしてPSGを構成する、と確信する。」

75) *Appellant S395/2002 v MIMA*; *Appellant S* [2003] HCA 71, 09/12/03.

76) UNHCR, *Protecting Refugees: Questions and Answers*, UNHCR/PI/Q&A-UK1.PM/, 12/02/96.

77) UNHCR, *supra* note 28, para. 33.