

Title	欧州人権裁判所における性的マイノリティ事例の現状と課題 : 同性愛者の家族関係の維持・形成の問題を中心に
Author(s)	則武, 立樹
Citation	阪大法学. 61(6) P.137-P.166
Issue Date	2012-03-31
Text Version	publisher
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54974">https://doi.org/10.18910/54974</a>
DOI	10.18910/54974
rights	
Note	

***Osaka University Knowledge Archive : OUKA***

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

# 欧州人権裁判所における

## 性的マイノリティ事例の現状と課題

——同性愛者の家族関係の維持・形成の問題を中心に——

則 武 立 樹

### 第一章 問題の所在

近年、性と法制度の軋轢が顕著になり、それに伴い「性的マイノリティ」<sup>(1)</sup>と呼ばれる同性愛者及び性同一性障害者に関する人権保護の問題が、各国内裁判所はもとより、国際的な裁判所においても生じ、多数裁定されている。そのうちの一つである欧州人権裁判所は、欧州人権条約を設立条約として一九五三年に発足し、当該条約締約国のみならず、個人にも出訴権を認め、他の人権条約と比較しても格段に強力な条約実施体制を整えている。<sup>(2)</sup>また、一九九八年に発効した欧州人権条約第一一追加議定書により欧州人権委員会が消滅するまでは、同委員会と欧州人権裁判所の二元体制で成り立ち、委員会において受理された申立てのみが裁判所に係属されるという構造であったが、同条約の発効以来、事件の申立ては加速度的に増加し、その裁定処理の効率化が求められていたことや、事件内容がより細密化し、複雑化したことを理由に、上記追加議定書に基づき、裁判所が委員会の機能を吸収することで個

人からの申立てを直接裁定する仕組みに改変され、更に実効的な条約実施システムへと再構築された。<sup>(3)</sup>このような強力な条約実施体制に裏打ちされ、欧州人権裁判所は人権保障を促進する画期的な判決を数多く下しており、その傾向は性的マイノリティ事例についても言えることである。

さて、性的マイノリティに関する法的問題を大別すれば、以下の三つに分類できる。第一に、ソドミー法の撤廃（同性愛の非処罰化）の問題、第二に、性別適合手術後の性同一性障害者の法的性別の承認の問題、そして、第三に、同性愛者の家族関係の維持・形成の問題である。前者二つの問題については、欧州人権裁判所において既にほぼ統一の見解が確立されている。<sup>(4)</sup>しかしながら、第三の問題については、各国内裁判所及び国際裁判所においても一律のコンセンサスが醸成されていない状況にあり、未だ発展段階にある。

そこで、本稿は、性的マイノリティの人権保護の先駆的存在である欧州人権裁判所に対象を限定し、同裁判所の判例を通覧することで、第三の問題である同性愛者の家族関係の維持・形成の問題について、裁判所の解釈論理がどのように展開されているのかを明らかにする。その際、しばしば性同一性障害者事例と同性愛者事例を並べて紹介する。この意図としては、本問題に関して、性同一性障害者は同性愛者と比較すると、条約上の保障対象になり易いと考えられるためである。それゆえ、こうした比較作業は、条約上の諸規定の保護範囲にいかなる理由で同性愛者が含まれないのかを理解するのに適していると考えられる。なお、前者二つの問題については、国内外問わず先行研究が蓄積されているため、紙幅の関係上、本稿の対象から外すこととする。<sup>(5)</sup>

## 第二章 欧州人権条約第一二条に関する考察

### 第一節 同条の一般的性質

第一二条 婚姻することができる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って、婚姻をしかつ家族を設ける権利を有する。

まず、同性愛者の家族関係の維持・形成に関しては、家族関係の基礎となるパートナー間の関係性に対する法的保護につき検討を要すると考えるため、条約上、「婚姻」に関する権利を規定する第一二条の一般的性質を概観し、同問題が条約第一二条の下でいかに語られてきたのかを検討したい。

条約第一二条は「婚姻する権利」及び「家族を形成する権利」を保障するものであるが、同条に保障されるこれら権利の相関関係は、一般的理解では、「婚姻をした男女のみが家族を形成する権利を要求しうる」と考えられている<sup>(6)</sup>。つまり、「婚姻」が「家族を形成する権利」の前提として存在するのである。この点を念頭に置き、次節において実際上の判例法理を分析する。

### 第二節 「婚姻する権利 (the right to marry)」

#### 第一項 性同一性障害者の事例

「婚姻する権利」について言及した著名な判例として、一九七七年のハマー対イギリス事件判決を挙げることができる。同判決にて、「婚姻する権利の本質は……一組の男女の間の法的な結合状態である」と明言された<sup>(7)</sup>。つまり、「一組の男女」が「婚姻する権利」の唯一の権利享有主体であり、極めて制限的な解釈であると言える。では、

性同一性障害者や同性愛者のように、既存の婚姻関係の枠内に収まらない者同士の事実上の法的結合は、条約第一二条下ではどのように扱われるのだろうか。換言すれば、条約第一二条における婚姻する権利は、法的に同性同士の事実上の関係をも、その保護対象に包含しうるかが争点となるのである。

この問題に取り組むため、まず、性同一性障害者の性別適合手術後の性別に基づく婚姻の事例を取り上げる。性同一性障害者は、性別適合手術により新しく得た性別が法的に承認されないために、術前の性別と同じ性別を有する者（すなわち、法律上は依然として同性の者）との婚姻が妨げられていた。事実、術後の法的性別の承認に関する問題の確定判決と言える二〇〇二年のグッドウィン対イギリス事件以前には、その諸先例において裁判所は、第一二条の婚姻の意味が「生物学的に別の性に属する者同士の間の伝統的な意味における婚姻」<sup>(9)</sup>のことを指し示すとの解釈を繰り返し述べていた。ここで言う「生物学的性別」とは生来的な性別のことを指し、たとえ性同一性障害者が性別適合手術を介して外観上は異なる性別の特徴を得たとしても、「新たな性別に関する」あらゆる特徴を獲得しておらず<sup>(10)</sup>、結局のところ、生物学的に同性に属する者同士の婚姻となるため、条約第一二条に言う婚姻する権利の保護対象にはなりえないとの判断である。裏を返せば、性同一性障害者は生物学的に異性の者との婚姻が可能であるために、婚姻する権利を剥奪されてはいないという理屈である<sup>(11)</sup>。しかし、グッドウィン事件判決において初めてこうした判断を継続する今日的意義はないことが指摘され<sup>(12)</sup>、「術後の性同一性障害者が術前に異性であった者であれば法律上は婚姻できることを理由に婚姻する権利が剥奪されていないと主張することは不自然である」<sup>(13)</sup>り、「権利の本質が侵害されている」<sup>(14)</sup>として、条約第一二条違反の判断が下されたのである<sup>(15)</sup>。

ただし、後に述べる同性愛者相互間の関係性の保障と関連して言うならば、これら性同一性障害者事例で認められたのは、あくまで「異性間の法的結合のみ」<sup>(16)</sup>なのである。つまり、性同一性障害者事例において当初問題となっ

ていたのは、術後の性別が法的に承認されないことにより、第一二条に保障される婚姻する権利の本質が侵害されている点であった。その前提となる法的障害が除去され、かつ、「婚姻は生物学的に異性の二人によるもの」との基準が打ち破られれば、問題となっていた関係性は外観上も法律上も「異性間の婚姻」と違わず、裁判所としてもストレートに認めやすいのである。この意味で、性同一性障害者と同性愛者を区別して捉えなければならぬだろう。それでは、外観上も法律上も「同性同士」である、同性愛者間のパートナー関係の保障に関し、裁判所はどのように論じているのであろうか。

## 第二項 同性愛者の事例

その具体例として、一九八九年の *C. and L.M. 対イギリス事件判決*<sup>(17)</sup>を参照する。この事例は同性愛者の家族に関する事例であるが、判決要旨において第一二条の婚姻する権利に触れられているため、あえてここで引用する。

本件は、オーストラリア人の女性同性愛者である申立人一が、イギリス人女性との同性愛パートナー関係を基礎とした永住権及び終身雇用の申請を行ったものの、イギリス当局に拒否された事例である。また、申立人一は生殖補助医療技術<sup>(18)</sup>を用いて妊娠しており、申立人一及び同性愛パートナーたるイギリス人女性、申立人一の胎児（申立人二）の三者の関係性は「事実上の家族」関係にあり、申立人一及び二を国外退去強制に処す場合、条約第一二条に保障される「家族を形成する権利」の侵害に当たると主張していた<sup>(19)</sup>。しかし、委員会は、条約第一二条における「家族を形成する権利」が「生物学的に異性の者との婚姻」を前提とするとの解釈を示し、そもそも生物学的に同性であり、婚姻する権利自体を有していない同性愛パートナーは当然に「家族を形成する権利」も有していないとして、第一二条の権利侵害は認めず、不受理としている<sup>(20)</sup>。同判決は一九八九年と古いが、もし仮に「生物学的基準」

が撤廃された二〇〇二年のグッドウイン事件判決以後に同様の事件が持ち込まれたとしても、法的に同性同士である同性愛者のパートナー関係は同条の射程には含まれないと解されるだろう。つまり、当該関係性の保障に関して、第一二条上の「婚姻する権利」に基づく保障の可能性は完全に道が閉ざされているのである。

### 第三節 「家族を形成する権利 (the right to found a family)」

本章第一節で述べたとおり、条約第一二条における「家族を形成する権利」の趣旨は、法律婚に基づく合法的な家族の保護にあることから、その保障対象に婚外関係にある二人や同性愛者カップルは含まれない。しかし、条約発効から既に五八年を経過する現在、この趣旨は変わらず維持されているのであろうか。ここで、欧州諸国の家族法の変遷を簡単に見ておく必要がある。

欧州諸国の家族法は、事実婚の増加や同性愛者カップルの権利要求などの現実的要請に押される形で修正を余儀なくされ、他方で、未だに伝統的婚姻観・家族観が根強く残っているために、同性愛者カップルの法的保護のための同性婚や登録パートナーシップ制度等の導入という新たな法制度でさえ、その保障内容や保護対象等で欧州諸国の一致を見えていない現状がある。そのような混沌とした状況下においては、第一二条の解釈は、欧州人権条約発効当初に想定されていた「伝統的な家族の保護」に留まり続けることも妥当なのであろう。事実、欧州人権委員会及び欧州人権裁判所の判断としても、同条の保護対象は伝統的な家族、すなわち、「法律に基づいた一対の男女の結合とその関係から生じる子」に限られており、同条の「家族」は「婚姻」を前提とすることが繰り返し述べられている。<sup>(21)</sup>つまり、婚姻を前提としない同性愛者のパートナー関係や伝統的家族観から逸脱する同性愛者らの事実上の家族関係は、条約第一二条の保護を受けられないのである。では、実際に、事実上の家族関係を構築、維持してい

る同性愛者らの権利は条約上、保障されることはないのであろうか。結論から先に述べれば、近年、性的マイノリティと生殖補助医療技術を用いて設けた子の関係性は、条約第八条の「私生活」及び「家族生活」によってカバーする傾向にある。この点につき、次章に詳しく検討していきたい。

### 第三章 欧州人権条約第八条に関する考察

#### 第一節 同条の一般的性質

第八条 一 すべての者は、その私生活及び家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。

二 この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、また、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なものを除きいかなる公の機関による干渉もあつてはならない。

欧州人権条約第八条は、第一項において、あらゆる者が「私生活 (private life)」、「家族生活 (family life)」等につき、国家の干渉を受けることなく「尊重 (respect)」される権利が明言されている。また、第二項には締約国が当該権利を制限しうる事由について述べられているため、同項に列挙される諸条件に基づくかは、国家が当該権利の行使に対して介入できないことが定められている。<sup>(22)</sup>

なお、条約第八条は、判例の蓄積によりその解釈を発展させてきた経緯があり、他の実体規定に当てはまらない内容を残余的に保障できるものとして理解されてきたため、<sup>(23)</sup>非常に多義的であり、かつ、広範囲に及ぶ射程を有すると考えられている。<sup>(24)</sup>では、本稿の主たる論点である同性愛者の家族関係の維持・形成の問題に関して、条約第一



二条上の保障を得る可能性が途絶えた今、同条のこうした多義的かつ広範囲な性格をもって、当該関係性を保障しうるのであろうか。

## 第二節 「私生活 (private life)」

条約第八条の「私生活の尊重」の射程は「他人との関係を確立させ、発展させる権利を含み、とりわけ、情緒面において、自己の人間性を発展・充足させる権利を含む」<sup>25)</sup>とされ、「精神的、肉体的尊厳」に関わる事項（性的虐待や身体的虐待、ハラスメント）、「人格」に関する事項（婚姻時の名前の選択）、「他者との関係性」に関わる事項、「性的指向」に関わる事項（性生活や性自認）等もカバーすると解されている。<sup>26)</sup>このような性質を鑑みれば、同性愛者の家族関係の維持・形成の問題も同文言に依拠しうるのではないだろうか。そこで、以下に、同性愛者事例で実際どのような判断が下されたのかを通覧する。ただし、同性愛者事例において申立人主張や委員会、裁判所の判決文の中に「家族生活」に関する記述が見受けられる。次節で扱う「家族生活」に該当する部分であるため、本来ならば本節においては記すべきではないのであるが、事例の性質上、ここで扱う。

同性愛者のパートナー関係の法的保護に関しては、一九八三年の X and Y 対イギリス事件<sup>27)</sup>が挙げられる。本件申立人のマレーシア人の X 及びイギリス人の Y は継続的な同性愛関係にあり、X が Y の同性愛パートナーとしてイギリスに滞在することをイギリス出入国管理局が拒否したことが、条約第八条の「私生活及び家族生活の尊重」の侵害に当たるか否かが争われた。<sup>28)</sup>まず委員会は、「同性愛に対する社会的な寛容が高まっている今日でも、同性愛者カップルの関係は家族生活の尊重の射程に入るものではない。……私生活の問題である」として、<sup>29)</sup>申立人の当該関係が条約第八条に言う「家族生活」の文言の範疇には入らないことを明言する一方で、申立人の関係性及びイギ

リス当局の拒否から生じた問題が条約第八条の「私生活の尊重」に関わるものであるとの見解を述べた。しかし、入国する権利及び同国に滞在する権利は同条約によって保障されていないこと、申立人らとイギリスとの連関が見出せないことを理由に、委員会段階で不受理とされている<sup>(30)</sup>。本件は「私生活の尊重」に関わる事例であると一応言明しているものの、委員会のこの解釈論理は真正面から条約第八条の解釈につき論じるのではなく、他の出入国事例と同様のアプローチを採用しているため、本件段階においては、同性愛者相互の関係性が条約第八条により保障されるべきものであるとの見解は全く持ち合わせていなかったことが窺える。また、一九八六年の<sup>(31)</sup>対イギリス事件では、女性同性愛パートナーの死亡後に、地方自治体の管轄する公団住宅からの強制退去を命じられたことにつき、条約第八条の「私生活及び家族生活の尊重」の侵害を構成するとして申し立てられたが、委員会は、先の<sup>(32)</sup>Bevilacqua対イギリス事件判決に触れ、同性愛関係は第八条の保障する「家族生活」に該当しないことを再確認し、「私生活」についても、公団住宅からの強制退去は一九八〇年住宅法という国内法に基づくものであり、申立人の権利の侵害には該当しないと判断し、本件を不受理とした<sup>(32)</sup>。続く、一九八七年の<sup>(33)</sup>W.J. and D.P. 対イギリス事件も同様の結論に至っている。

欧州人権委員会は、同問題に関して、絶えず消極的な姿勢を保ち続けていた。つまり、委員会は苦渋の決断として、同性愛者相互間の関係性は「家族生活」に含まれず、「私生活」という文言に依拠して争うほかのないことを明言したと考えられる。現代的な視点から考えれば、条約第八条の根本原理の一つである「他人との関係を確立し、発展させる権利」という概念の中に同性愛者相互の関係性も含まれうるとも考えられるが、当時の状況下では、委員会における同文言の制限的解釈は維持され続け、同問題が欧州人権裁判所に直接持ち込まれるようになるのは、一九九八年の第一一追加議定書発効により、個人の出訴権が完全に認められるようになってからのことである<sup>(34)</sup>。な

お、一九九八年以後の事例に関しては、条約第一四条との関連があるために次章で詳細に検討する。

### 第三節 「家族生活 (family life)」

#### 第一項 性同一性障害者の事例

前節との関連でまず述べておくと、同性愛者相互間の関係性は「家族生活」に該当しないとの判断が続けられていた。これはつまり、条約第一二条の「家族を形成する権利」の解釈と同様、第八条に保障される「家族生活」の範囲を「異性間の関係性」に限定していたのである。条約発効以来、変わらず維持され続けているこのような制限的解釈が、今後変化することはないのであろうか。前節で扱った事例は、一九八〇年代のものと比較的古い判例であるため、近時の判例ではどのように解釈されているのかを概説しておく。

まず、性同一性障害者の事例において、同文言が扱われたものとして一九九七年の *X, Y, and Z* 対イギリス事件<sup>(35)</sup>がある。本件の申立人 X は、一九七九年に第二申立人である Y と共同生活を始め、同年、X は女性から男性へと性別を変更する性別適合手術を受けた。<sup>(36)</sup>その後、一九九二年に Y は匿名の第三者の精子を用いて非配偶者間人工授精を行い、第三申立人である Z が誕生した。<sup>(37)</sup>現行国内法上、Z の父親として、X が認められず、そのことが申立人らの「家族生活を尊重する権利」を侵害するとして、条約第八条及び第八条に関連する第一四条違反を構成するかが主たる争点となった。<sup>(38)</sup>裁判所は、まず、条約第八条の適用可能性、つまり、申立人らの関係性が条約第八条に言う「家族生活」の文言に該当するかどうかにつき検討した。政府の主張は一貫して申立人らの共同生活の状態を「家族生活」とは見なしえないとしており、その根拠として、*X, and Y* 対イギリス事件の委員会決定を引用し、法的に同性たる二人の事実上の結合状態は当該概念に含まれないと述べた。<sup>(39)</sup>しかし、裁判所は、X が性別適合手術を

受けており、社会的にも男性として認知されていることから、上記の事件における同性愛者間の関係性とは同一視できず、本件申立人らの関係性は「事実上の (de facto) 家族」であるとして、条約第八条の適用を認めた<sup>(40)</sup>。その上で、裁判所は、本件以前の類似判例と本件とを区別して扱う必要があると注意を喚起した。つまり、類似判例では、申立人の不満が術後の性同一性障害者の法的性別の変更を国内法が認めないことにあったが、本件申立人の不満は、人工授精により設けた子の父親として認知されないことのみであり、この点から、本件が条約第八条に言う「私生活」ではなく、「家族生活」に該当する事例なのだということがわかる<sup>(41)</sup>。しかし、性同一性障害者に対し、家族形成及び親権の付与を認めるような欧州各国の共通基盤、すなわち、「ヨーロッパ基準」が築かれていないことは明白であり、生殖補助医療技術によって生まれた子に対する法的処遇に関しても締約国間で採用される方法に差があるため、このような過渡期的状況においては、国家の評価の余地が広範に残されていなければならない<sup>(42)</sup>。そこで、父親としての法的認知の拒絶が申立人らにかなる不利益を被らせているかを考慮すると、遺産相続及び移住や国籍の問題はそれほどまでに深刻な不利益に達しているとは言えず、「子の最善の利益」に資するか否かも不明瞭である<sup>(43)</sup>。上記のことから、裁判所は、締約国には実父ではない人間を子の父親として法的に認める義務が存在しないと判断し、イギリス国内法がXをZの父親として法的に認知しないことは条約第八条に規定される「家族生活の尊重」を侵害しないとして違反を認定しなかった<sup>(44)</sup>。さらに、条約第八条に関連する第一四条については、申立人らの主張が条約第八条に依拠していたため、条約第一四条に関する検討は必要がないとした<sup>(45)</sup>。

本件から分かることは、条約違反の認定こそ得られなかったものの、性同一性障害者の事実上の結合状態は、同性愛者相互の関係性とは区別して考慮されるべきであり、「家族生活」の文言の範疇に含まれうるということである。つまり、術後の性同一性障害者と生物学的に同性のパートナーとの間の関係性は、外見上は異性間の結合状態

を示しており、社会的にもそのように扱われている場合には、異性間の婚外関係と同様に条約第八条の保障対象になりうるとの判断である。<sup>(46)</sup>このことから考えれば、やはり同性愛者相互の関係性は本件段階においても第八条の保障対象には決してなり得ないとの判断が確定していると言わざるを得ない。そこで、時代は前後するが、同文言につき争われた同性愛者事例を次に見ておきたい。

## 第二項 同性愛者の事例

同問題が扱われた代表的な同性愛者事例は一九九二年のケルクフォーフェン他対オランダ事件であり、以下に事概要を述べる。<sup>(47)</sup>申立人らはオランダ国民であり、第一申立人たるケルクフォーフェンと第二申立人のアンナ・ヒンケは一九八三年一二月から継続的かつ安定したレズビアン関係にあり、第三申立人のステイン・ヒンケは生殖補助医療技術によりアンナ・ヒンケを母として一九八六年に生まれた。<sup>(48)</sup>本件の主たる争点は二つあり、まず、ケルクフォーフェンに対し、ステイン・ヒンケに関する親権の付与をオランダ政府が拒絶したことが条約第八条に言う申立人らの「家族生活」及び「私生活」を侵害するか否かであり、そして、二点目として、異性カップルと異なる扱いを受けていること、すなわち、ステイン・ヒンケの法的処遇が他の嫡出子との間に差を生ぜしめることが条約第八条に関連する第一四条違反を構成するか否かであった。<sup>(49)</sup>委員会は、本件事実概要が第八条の保障範囲に含まれるかにつき検討を行い、同条が、婚姻関係にある二人と子で構成される「法律的」な家族のみならず、婚外関係にある二人と一方の妻子とで構成される「非法律的」な家族をも含みうると述べた。<sup>(50)</sup>しかし、委員会は、ここでも X. and Y. 対イギリス事件判決を根拠に、同性愛者相互間の関係性のみでは条約第八条に規定される「家族生活」の範疇には該当せず、子が関与する限りにおいて当該関係性は「家族生活」に該当しうるとした。<sup>(51)</sup>ただし、ケルク

フォーフェンに対し、ステイン・ヒンケに関する親権を付与するところまでは、締約国に義務を課しておらず、家庭生活に関する締約国による恣意的な干渉はなかったとした。<sup>(52)</sup> また、私生活に関しても、ケルクフォーフェンに対する親権の付与を拒絶する国内法規が、申立人らの私生活を尊重される権利の享受にいかなる制限も加えなかったとした。<sup>(53)</sup> 次いで、第二の争点たる第八条に関連する第一四条に関しては、委員会は、子の親権問題に関して、同性愛者カップルと事実上の結合状態にある男女とを同一視することができないため、差別的な取扱いには当たらないとした。<sup>(54)</sup> 以上のことから、本件を委員会段階で不受理と認定している。

本件に関する裁判所の解釈論理は、事実婚の増加等の急迫した現代的要請を背景に、「家庭生活」の文言に「婚外関係にある二人とその実子」という「非法律的な家族」をも含んだものと解される。その際、同性愛者カップルに実子がいる場合に限り、当該関係性は「家庭生活」の文言に読み込むことができることを初めて明言した。しかし、一九八三年の X. and Y. 対イギリス事件において、同性愛者相互間のみの関係性が「家庭生活」の問題ではなく、「私生活」の問題であると明言されたことが、本件時点においてもなお当該関係性を「家庭生活」の概念から排除する根拠となっており、それゆえ、同文言に依拠する形での当該関係性の保障は不可能なままである。<sup>(55)</sup>

これまで見てきたように、同性愛者の家族関係の維持・形成の問題に関する欧州諸国の法的、社会的、倫理的な共通基盤の形成が遅々として進まない状況の下では、条約第二二条は依然として制限的な解釈が維持されており、また、広範かつ多義的な性質を有する第八条をもつても、締約国に対し条約違反を認定することが難しくなっている。つまり、単独条項による裁定が限界に達したと言える。こうした背景のもと、近年、同問題に対しては条約第一四条を使用する手法が多用される現象が新たに生じ、解釈論理に一定の変化が見られ始めた。この点につき、次章にて検討を行う。

## 第四章 欧州人権条約第八条に関連する第一四条に関する考察

## 第一節 第一四条の一般的性質

第一四条 この条約に定める権利及び自由の享受は、性、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的もしくは社会的出身、国家的少数者への所属、財産、出生または他の地位等によるいかなる理由による差別もなしに、保障される。

条約第一四条の差別禁止に関する規定は、「この条約に定める権利及び自由の享受」という限定句を背負っているために、条約上のある実体的権利の享受に関わる差別のみを規制するものであると解される。<sup>(56)</sup>したがって、第一四条は、それ自体を根拠に人権侵害を申し立てることは出来ない、いわゆる付随的、性格の条項であり、<sup>(57)</sup>他の条文に規定される何らかの実体的権利の享受において差別的な取扱いがなされた場合にのみ、他の条文に付随する形で使用が可能となる。<sup>(58)</sup>しかしながら、同条が全く自律的な性質を有していないというわけではない。裁判所の解釈としては、ある実体的権利の侵害の存在そのものが推定されなくとも、申立人が主張する事実が、一又は複数の他の規定内容と関連すれば、同条は使用可能だと言われる。<sup>(59)</sup>つまり、「他の実体的権利それ自体の侵害があることを必要とはしていない。実体的権利に『関連』していればよい」とされ、その意味で、同条は自律的性質をも有していると理解できる。

さて、性的マイノリティ事例における近時の傾向である、条約第八条に関連する第一四条の侵害の申立てという現象について考えれば、二つの要因を背景に条約第一四条の使用に拍車がかかったと言える。

まず、第一の要因として挙げられるのは、裁判所に申し立てられる性的マイノリティ事例の事件内容の性質変化

である。同性愛行為の処罰の是非や性同一性障害者の法的性別の訂正の可否について論じられた段階においては、条約第八条、あるいは条約第一二条単独に基づく侵害の認定が、性質上、可能であった。しかし、近年裁定されている事例の多くは、条約上のある実体的権利そのものについての侵害の有無が問題となっているのではなく、ある権利の享受についての差別的な取扱いが問題となっているのである。つまり、こうした「差別」に関する問題を裁定するには単独条項に依拠することは馴染まず、自ずと条約第一四条を用いることとなる。

第二の要因は、欧州人権裁判所の技術的理由である。性的マイノリティに関する多くの法的問題は、現在においても、締約国間で一律の法制度が確立していない。欧州人権裁判所は、そうしたコンセンサスの未醸成の分野においては締約国に対し大幅な裁量権を譲らなければならないために、条約違反を認定することが殊更難しくなる。さらに、ここまで見てきたとおり、条約第八条、第一二条下で保障される実体的権利単独に基づく侵害の認定が困難であるため、この第八条に関連する第一四条の侵害の裁定を中心に据えるようになったのである。条約第八条あるいは第一二条に保障される権利の侵害自体は推定されないけれども、つまり、単独条項それ自体では条約違反を認定できないけれども、そこで問題とされる事実が当該権利に「関連」するのであれば、第一四条違反を導き出すことは可能となる。したがって、この手法を使用することにより、従前には認められていなかった権利についても締約国の条約違反が認定され、性的マイノリティの権利保障の範囲が格段に広がると言える。では、実際に裁判所が下した条約第八条に関連する第一四条に関する同性愛者の家族事例を以下に概観していきたい。いずれも条約第一四条を使用する以前には違反認定を得られていなかった事件内容であることを念頭に置きたい。



## 第二節 判例評釈

同傾向に関連する事例として、婚姻関係破綻後の親権・面立交渉権紛争に関する一九九九年のサルゲイロ・ダ・シルバ・モウタ対ポルトガル事件<sup>(60)</sup>、同性愛者のパートナー相互間の関係性の保障を認めた二〇〇三年のカーネル対オーストリア事件<sup>(61)</sup>、独身の同性愛者の養子縁組に関する二〇〇八年のF.B.対フランス事件<sup>(62)</sup>があるが、紙幅の関係上、独身の同性愛者の養子縁組の事例に限って紹介するに留める。同事件の争点は、フランス民法第三四三条の<sup>(63)</sup>一が二八歳以上のあらゆる独身者に対し、養子縁組の権利を認める旨を規定しているにもかかわらず、フランス政府が申立人の性的指向（すなわち、同性愛者であること）のみを理由として、養子縁組の事前許可を与えないことが、条約第八条に関連する第一四四条の違反を構成するか否かであった。<sup>(64)</sup>

裁判所は、条約第八条は「養子する権利」及び「家族を形成したいという欲求」のいずれも保障していないことを繰り返し述べる一方<sup>(65)</sup>で、条約第八条の概念が非常に多義的かつ広範なものとして考えられ、性的指向もこの中に含まれることを述べた<sup>(66)</sup>。本件取扱いの差異は、子どもの健康と権利の保護という一定の正当化事由を有すること、欧州諸国に共通した法基盤が存在しないために締約国の評価の余地が広範に残されていることを裁判所は認めながらも<sup>(67)</sup>、当該二理由のみによって縁組の不許可決定が下されたのではなく、申立人の性的指向がその判断の際に大きな地位を占めており、性的指向に基づいた「区別」<sup>(68)</sup>を行っただけと言わざるを得ないとした<sup>(69)</sup>。また、フランス民法第三四三条の<sup>(70)</sup>一があらゆる独身者に対し養子縁組の申請を可能とする権利を付与している以上、その権利の規制に際しては特に重大な理由が必要であり、同性愛者を除外する旨は存在しない<sup>(71)</sup>。さらに、申立人は「子の養育に関する疑う余地のない人格と適性」を備えており、それは子の最善の利益に資する<sup>(72)</sup>。よって、本件の不許可決定は客観的かつ合理的な正当性を有していないため、第八条に関連する第一四四条違反を構成すると裁定した<sup>(72)</sup>。

## 第五章 第一四条の積極的使用の妥当性に関する考察

### 第一節 問題点

以上に見てきたように、性的マイノリティ事例に対し、条約第八条に関連する第一四条を使用することで格段に権利保障の枠が広がったことが分かる。上記諸判決で確立されたことを再度述べれば、「性的指向」が条約第一四条に言う「性」あるいは「他の地位」に包含され、「性」に関する取扱いの差異の場合と同様に厳格な正当化事由を締約国に課すことまでもが明言された。<sup>(73)</sup> 裁判所は、「性的指向に基づく差別」、つまり、性的マイノリティが内在的に抱える「性的指向」あるいは「性自認」という差異に主眼を移すことで、性的マイノリティ事例に新たな局面を切り拓いたのである。裁判所のそれまでの解釈としては、単独条項による侵害の認定が可能であるならば、条約第一四条に基づいた「差別」の判断は行わない傾向にあった。言うなれば、この解釈が一転したのである。しかしながら、このような変化は法解釈上、許容しうるのであろうか。

そもそも、裁判所に提起される性的マイノリティの法的问题の性質が、単独条項に基づく裁定に馴染まず、純粋に「差別」の問題である場合にはこうした変化は妥当であると考えうる。しかし、このような近時の傾向が、第四章第一節で提示した要因のうち、第二の要因を軸にしたものであった場合、すなわち、裁判所の技術的な理由が基となっている場合には注意を要する。つまり、単独条項に保障される諸権利に性的マイノリティを包含しえないという理由から、その代替案として、条約第一四条の差別概念を中心に据えることで条約違反の認定を乱発する手法は、危険なものであろうか。

本来、第一四条では、「この条約に規定される権利及び自由の享受」に対する差別が禁止されているのであって、

この条約に規定される権利及び自由以外、の享受につき、国内法上異なる取扱いがなされたとしても、本質的には、締約国に対する条約上の義務は発生しないはずである。しかしながら、近時の性的マイノリティ事例を検討すれば、そもそも条約上何ら規定されていない権利までも第一四条を介在させることにより条約違反認定を導き出そうとする傾向が見受けられる。つまり、条約第一四条の適用範囲の問題が生じているのである。適用範囲の拡大は、締約国に対し、条約から生じる義務以上のものを過度に負担させるおそれがあり、裁判所にとつても、より嚴格かつ一貫性のある判断を要求されることとなり、その過程で疑義ある判断を行えば、裁判所の信頼を失墜させるおそれがある。確かに、第一四条の使用によつて、単独条項による判断に限界を来たした性的マイノリティ事例に風穴を開けたことに違いないが、裁判所の技術的な理由で第一四条を多用すれば、条約上の「差別」の概念の法的一貫性が崩れ、ひいては、国際人権保障の発展を阻害することにもなりかねないであろう。

そもそも条約上の「差別」とは、客観的かつ合理的な正当化事由を有さない区別のことを指し、それは、目的の正当性と、追求する目的と採用された手段の間の合理的均衡性の有無で判断がなされる。しかし、ここに、「合理性」という一般的かつ抽象的な基準を導入することで、同条の使用に関する敷居を低くする効果が生じた。こうした背景のもと、裁判所は、権利内容の確定していない不明瞭な権利、あるいは、そもそも規定にない権利さえも、「性的指向」あるいは「性自認」という差異に注目して第一四条を自律的に適用することで、実用主義的に当該権利内容を設定しようと試みていると考えられる。<sup>(74)</sup>つまり、比較的緩やかな解釈が許される条約第八条に条約第一四条を関連させることで、性的マイノリティに対し、新たな権利を婉曲的に付与し始めたのである。

第二節 自由権規約における差別概念からの一考察

第二条一項 この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する。

第二六条 すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人権、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。

さて、条約第一四条の適用範囲の拡大傾向、すなわち、無差別原則の拡大傾向について、特段の注意を払うべき点がある。そもそもこの拡大傾向は自由権規約の影響を受けていると言われるが、規約人権委員会の下で「無差別原則」が拡大したのは、規約第二六条においてであり、同条と欧州人権条約第一四条とを同一視すべきではないのである。この点は同条約の起草過程においても議論の俎上に載り、各締約国政府の間で当該二条項の性質を同一視しない旨のコンセンサスが形成されていたと言われる。しかしながら、現在の条約第一四条の適用状況を見れば、少なからず自由権規約における差別概念の影響を受けていると言わざるを得ない。

自由権規約における差別の禁止に関する規定は、第二条第一項と第二六条に存在するが、この二つの条項の決定的な違いは、第二条第一項は「この規約において認められる権利」との限定句を背負っている反面、第二六条には同様の限定句は見当たらない点にあると言われる。規約人権委員会の「一般的注釈一八」<sup>(16)</sup>によれば、「規約第二条

は差別に対して保護すべき権利の範囲を本規約に規定される諸権利に限定している一方、規約第二六条にはそのような限定は明記されていない。すなわち、第二六条に含まれる無差別原則の適用は、規約に定めのある諸権利に限定されないことである<sup>(77)</sup>と委員会は述べており、このことから、第二六条と第二条第一項は性質が異なることは明らかである。言うなれば、欧州人権条約の第一四条も「この条約に定める権利」との規定の関係から、規約第二条第一項と性質が同じであると考えるべきであろう。しかしながら、近時の諸判例を検討してみれば、規約第一四条の自律的適用の名の下に、そもそも条約上何ら規定されていない権利までをも裁定可能とする傾向にあると言わざるをえない。すなわち、同条の適用範囲の拡大の現象が生じているのである。実際に、規約第二六条の適用範囲に関連して、一九八七年のオランダ失業手当給付法事件において、「第二六条に規定する平等・無差別原則は、自由権規約の認める人権のみならず、同規約の当事国が規律し保護する全分野（社会権も含む）に及ぶ」とする見解を規約人権委員会は採択した<sup>(78)</sup>。しかし、これ以後の第二六条の解釈・適用に関して、解釈の一貫性に疑義のある実行や明らかに行き過ぎた適用事例が見受けられるとの警鐘が鳴らされていることに注視すべきである<sup>(79)</sup>。すなわち、規約人権委員会の解釈・判断をそのまま鵜呑みにして、条約第一四条を語るべきではないのである。このことを裏付けるものとして、欧州人権条約第一二追加議定書の存在が挙げられよう。同追加議定書の起草段階、あるいは、その署名、批准の段階において、諸締約国政府は規約第二六条の無差別原則の性質に言及する形で様々な意見を述べている。すなわち、各締約国政府は、近時の傾向たる規約第二六条と条約第一四条の同質化につき多大な懸念を抱いていたのである。この点に関して、欧州人権条約第一二議定書の内容に触れながら以下に示したい。

第三節 欧州人権条約第一二追加議定書からの一考察

第一条 一 法が定めるいかなる権利の享有も、性、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見その他の意見、

国民的もしくは社会的出身、国内少数民族集団との関係、財産、出生または他の地位等いかなる理由による差別もなしに、保障される。

二 何人も、一に定める理由等いかなる理由によっても公の機関により差別されない。

条約第一四条の性質及び適用に関して、裁判所は、解釈上、その「自律的性質」を認めている。しかしながら、限定句の存在から、同条の適用範囲は条約上に定めのある権利及び自由に限られており、この制限の撤廃を目的としたのが本節で紹介する欧州人権条約第一二追加議定書である。<sup>(80)</sup> 同追加議定書は、二〇〇〇年十一月四日にローマで署名が開放され、二〇一一年九月一日現在、欧州人権条約全締約国数四六カ国のうち、三七カ国が署名しており、そのうち一八カ国が批准・発効している。同議定書の起草過程の議論及び付属の説明報告書(Explanatory Report)によれば、第一二追加議定書第一条の「差別」<sup>(81)</sup>の定義は、現在の条約第一四条に関する判例により示された解釈基準と同一のものであるとされ、したがって、あらゆる区別及び取扱いの差異が差別に該当するわけではない。<sup>(82)</sup> この点に関し、アブドルアジズ、カバレス、バルカンダリ対イギリス事件判決<sup>(83)</sup>において、裁判所は「客観的かつ合理的な正当性がない場合、取扱いの差異は差別を構成し、また、正当な目的を追求しておらず、あるいは、採用された手段と達成すべき目的の間に均衡性の合理的関係が存在しない場合、差別となる」と述べており、この合理性の基準が同条にも継続して適用される。<sup>(84)</sup> また、同条は、条約第一四条に規定されていた「この条約に定める権利及び自由の享受」という限定句が削除され、その代わりに「法が定めるいかなる権利の享有」という文言が挿入されている。つまり、これは、現在の条約第一四条が有していた制限的性質が撤廃され、無差別原則及び平等原則の妥当

範囲が自由権に限定されず、社会権も含めた全権利に拡大されたことを意味しており、規約第二六条と同様の性質すなわち、他の実体規定の侵害の存在によらない自律的かつ実体的な差別禁止規定を設定したことになる<sup>(85)</sup>。しかし、同議定書の署名開放から一一年を経過する現在においても、欧州人権条約全締約国四六カ国のうち、批准が一八カ国に留まっている事実からも明白なように、依然として無差別原則の拡大傾向を嫌う締約国の意図が見取れるだろう<sup>(86)</sup>。さらに、欧州人権条約における議定書の性質上、同議定書が定める包括的な無差別原則規定は同条約に追加されただけであり、従来の条約第一四条は改正されず依然として効力をもったままである<sup>(87)</sup>。つまり、このことは「二つの差別禁止規定」が同条約上に並存することを意味しており、したがって、同議定書を批准した締約国も依然として条約第一四条が適用されることとなるのである<sup>(88)</sup>。なお、両規定の関係性の解釈に関して、同議定書及び説明報告書は沈黙を守ったままであるため、従前の通り、裁判所の判断に全てが委ねられることとなる。結局のところ、同議定書の成立をもってしても、条約第一四条の孕む適用範囲の問題を解消したことにはならないのである。

## 第六章 結論

独身の同性愛者の養子縁組に関する事例として二〇〇八年のE.B.対フランス事件を第五章で扱ったが、そもそも問題は欧州人権裁判所において扱われるべきではないのかという疑念がある。E.B.対フランス事件判決におけるコスト裁判官の部分的反対意見によると、条約第八条は養子する権利について保障をしていないのであるから、同条約の諸規定は適用不可能であり、したがって、条約上の権利侵害も生じえないと断じている<sup>(89)</sup>。

この反対意見からも窺えるように、同事件において裁判所が採用した第一四条の積極的使用というアプローチには問題があるのではないだろうか。つまり、条約第一四条の適用可能性につき、ある実体的権利と「関連」さえし

ていれば良いという解釈が諸判例の蓄積により確立しているものの、それゆえ重要視されるべきはその「関連」の度合いである。確かに、同条は単独での使用が不可能であるために、条約上の何らかの条項に依拠するほかない。しかしながら、条約第一二条は、婚姻可能年齢に達する一組の男女に対して「家族を形成する権利」を認めるに留まり、独身者の権利に関する問題を含むものとは必然的に解されえない。さらに、第八条は養子をする権利、あるいは、非嫡出子を家族へ統合する権利も保障していない。このように、条約上、ある権利が保障されていないにもかかわらず、国内における実際的な取扱いの差異という事実だけをもって、条約の実施機関たる裁判所が容易に条約違反を認定しうるのか。独身の同性愛者の養子縁組に関する問題は、もはや条約第八条に「関連」するとは言えないのではないだろうか。

ここで、このような傾向が同問題につき幾度となく採られる理由について、再度、以下に示す。先述のとおり、本来ならば単独条項に基づく裁定が馴染む問題であるにもかかわらず、裁判所が第一四条と関連させて裁定を行ったのは、「単独条項に基づく裁定の限界」と言う理由が挙げられる。さらに、第一一追加議定書の発効により欧州人権裁判所の機構改革が行われ、個人の出訴権が完全な形として出来上がった。これにより、従前は委員会段階で受理とされ、受理されていない事柄も直接欧州人権裁判所に持ち込まれることになり、裁判所は苦渋の決断を迫られる形となった。また、折りしも、規約第二六条の無差別原則の拡大傾向も同時に発生していた。そこで欧州人権裁判所もいち早くこの思想及び傾向に着目し、頭打ちになっていた性的マイノリティ事例に対して第一四条を積極的に適用し始めたのである。条約第八条あるいは第一二条に保障される特定の文言に性的マイノリティを読み込むことよりも、条約第一四条で禁じられる「性的指向に基づく差別」として判断する方が裁判所は条約違反の認



定を下しやすく——なぜならば、条約第一四条に規定される「性」と同様に、締約国は極めて厳格な正当化事由を要求されるからであり、その正当化は非常に困難であるといわれるためである——、こうした第一四条への大幅な依拠は裁判所としては当然に帰着するところであった。しかしながら、性的マイノリティ事例の申し立てる事件内容には、原初的に「性」あるいは「性的指向」に基づく取扱いの差異が内在していることを忘れてはならない。裁判所は、性的マイノリティらが原初的に有する「差異」に焦点を絞り、条約第一四条の「差別」の議論に大幅に依拠することで、本来なすべき「実体的権利の内容確定」、すなわち、「単独条項に基づく裁定」という道を意図的に避けて通ったのである。重複を恐れず言うならば、裁判所は、権利内容の確定していない不明瞭な権利、あるいはそもそも条約上に規定のない権利さえも、第一四条の自律的適用を介すことで、実用主義的に当該権利内容を新たに設定しようと試みているのではないだろうか。しかしながら、権利内容それ自体に揺らぎのある性的マイノリティの家族分野であるからこそ、実用主義的アプローチに頼らず、地道に権利内容を確定することを選択すべきなのである。

最後に、条約第一四条の使用に関し、本稿では対象を同性愛者の家族事例に限定したが、今後、他の被差別対象の事例にまで拡大することを課題としたい。

- (1) いわゆるLGTB (Lesbian, Gay, Transsexual and Bisexual・同性愛者、性同一性障害者、両性愛者) のことを指す。ただし、本稿においては「インターセックス (半陰陽)」や「性染色体異常」はこの概念に含まないものとする。性同一性障害者に関して、女性から男性への性別の変更を希求する者を「FtM」と呼び、その反対は「MtF」と呼ぶ。
- (2) 北村泰三「ヨーロッパ人権条約と国家の裁量——評価の余地に関する人権裁判所判例を契機として——」『法学新報』八八巻七・八号 (一九八一年) 三六、三七頁参照。

- (3) 同追加議定書の効果については、江島昂子「ヨーロッパにおける人権保障システムの発展——ヨーロッパ人権条約第一一議定書調印を契機として——」『明治大学短期大学紀要』五七号（一九九五年）に詳しい。
- (4) 先行研究として、谷口洋幸「国際人権法における性的マイノリティ事例の研究——法とセクシュアリティ序説——」『中央大学大学院法学研究科公法専攻博士論文』（二〇〇五年）がある。
- (5) 海外の文献については Ovey, Clare and White, Robin C.A. “The European Convention On Human Rights” 4<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2006. & Starmer, Keir with Byrne, Iain “Blackstone’s Human Rights Digest” Blackstone Press, 2007. に国内の先行研究としては大島俊之「性同一性障害者とヨーロッパ人権裁判所」『神戸学院法学』二一九卷三三号（一九九九年）、大島俊之「ソドミー法を終わらせたヨーロッパ人権裁判所」『神戸学院法学』三五卷一号（二〇〇五年）に詳しい。
- (6) Starmer, *supra* note 5, p. 177.
- (7) *Ibid.*, p. 177. Ovey, *supra* note 5, p. 246.
- (8) Case of Hamer v. the United Kingdom, Report of the Commission, adopted on 13 December 1979, p. 21, para. 71.
- (9) Case of Rees v. the United Kingdom, Judgment of 17 October 1986, Series A 10, para. 49.
- (10) Case of Cossey v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1990, Series A 184, para. 44.
- (11) *Ibid.*, para. 45.
- (12) Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom, Judgment of 11 July 2002, HUDOC (1 September 2011 accessed), para. 98.
- (13) *Ibid.*, para. 101.
- (14) *Ibid.*
- (15) *Ibid.*, para. 103.
- (16) 谷口、前掲注（4）、一一九頁参照。
- (17) Case of C. and L.M. v. the United Kingdom, Decision of 9 October 1989, HUDOC (1 September 2011 accessed).
- (18) 「生殖補助医療」とは、「不妊症の診断、治療において実施される人工授精、体外受精・胚移植、顕微授精、凍結胚、卵管鏡下卵管形成などの、専門的であり、かつ特殊な医療技術の総称である。」日本学術会議生殖補助医療の在り方検

討委員会「代理懐胎を中心とする生殖補助医療の課題——社会的合意に向けて——」（二〇〇八年）三九頁引用。

- (19) Case of C. and L. M., *supra* note 17, para.3.
- (20) *Ibid.*, para. 3.
- (21) *Ibid.*, para. 3.
- (22) 小畑郁「ヨーロッパ人権条約における国家の義務の性質の変化（一）」『法学論叢』一一九卷二号（一九八七年）四五頁引用。
- (23) スエードル、フレデリック（建石真公子訳）『ヨーロッパ人権条約』有信堂高文社（一九九七年）一四四頁引用。
- (24) Ovey, *supra* note 5, p.248.
- (25) Affaire D. Van Oosterwijk c. Belgique, Rapport de la Commission, adopté le 1<sup>er</sup> Mars 1979, Série B36, pp. 19, 20, paras. 51, 52.
- (26) Ovey, *supra* note 5, pp. 225–229.
- (27) Case of X. and Y. v. the United Kingdom, Decision of 3 May 1983, DR 32, pp. 220–224.
- (28) *Ibid.*, p. 223.
- (29) *Ibid.*, p. 221.
- (30) *Ibid.*, p. 224.
- (31) Case of S. v. the United Kingdom, Decision of 14 May 1986, DR47, pp. 280–285.
- (32) *Ibid.*, pp. 283–285.
- (33) Case of W. J. and D. P. v. the United Kingdom, Decision of 13 July 1987, HUDOC (1 September 2011 accessed).
- (34) 谷口 前掲注（４）‘四六頁参照’。
- (35) Case of X. Y. and Z. v. the United Kingdom, Judgment of 22 April 1997, Report 1997-II.
- (36) *Ibid.*, para. 13.
- (37) *Ibid.*, paras. 14–16.
- (38) *Ibid.*, paras. 29, 30.

- (39) *Ibid.*, para. 34.
- (40) *Ibid.*, paras. 35-37. 田卷帝子「家族の再定義と法の役割——英国——」『比較法研究』六五号（二〇〇三年）一—五、一—六頁参照。
- (41) *Ibid.*, para. 42. つまり、本件申立人は、これ以前の事件と異なり、術後の法的性別の変更を認めるよう申立てては  
おらず、あくまで現状の法的性別のまま、当該子につき親権を得ようとしていた。
- (42) *Ibid.*, para. 44.
- (43) *Ibid.*, paras. 47-51.
- (44) *Ibid.*, para. 52.
- (45) *Ibid.*, paras. 54-56.
- (46) Ovey, *supra* note 5, p. 247.
- (47) Case of Catharina Kerkhoven, Anna Hinke and Stijn Hinke v. the Netherlands, Decision of 19 May 1992, HUDOC (1 September 2011 accessed).
- (48) *Ibid.*, The Facts.
- (49) *Ibid.*, Complaints, para. 1.
- (50) *Ibid.*, The Law, para. 1.
- (51) *Ibid.*, para. 1.
- (52) *Ibid.*, para. 1.
- (53) *Ibid.*, para. 1.
- (54) *Ibid.*, para. 2.
- (55) 谷口、前掲注（4）、一二四頁参照。
- (56) この限定句の存在は条約第一四条の弱点とも言える。このことは、欧州人権条約の国内的受容を完了する目的で制定されたイギリスの「人権法（Human Rights Act 1998）」に、自由権規約の第二六条の無差別原則の性質を導入することと、当該弱点を補強する必要性があることが、当時有識者の間で議論されていたことから明白であろう。Abduljahi

Sajid, Imam "Incorporating Human Rights into Domestic Law: The Gap between the ECHR and the ICCPR" The Association of Muslim Lawyers Vol. 3 issue 2. (1998), p. 1.

(57) 徳川信治「欧州人権条約第一二議定書の成立」『立命館法学』二〇〇〇年三・四号(二七一・二七二号)上巻(二〇〇〇年)、五九一頁引用。

(58) Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985, Ser A 94, § 71.

(59) 徳川、前掲注(57)、五九一、五九二頁引用。

(60) Case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Judgment of 21 December 1999, HUDOC (1 September 2011 accessed).

(61) Case of Stegmund Karner v. Austria, Judgment of 24 July 2003, HUDOC (1 September 2011 accessed).

(62) Case of E. B. v. France, Judgment of 22 January 2008, HUDOC (1 September 2011 accessed).

(63) Article 343-1《L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans...》

第三四三条の一 「養子は二八歳以上のあらゆる者による申請が可能である。……」

(64) 一九九八年に養子縁組の申請がジュラ県の県議会議長に拒否された時点で、申立人のE.B.は三七歳であり、民法第三四三条の一の要件を満たしていた。なお、当時の国内裁判所の判断は以下の通りである。フザンソン行政裁判所は、「養子の安定した成長を促進するための父親の役割モデル、あるいは、男性的な指標の欠如」等を理由に不許可決定を下したジュラ県社会保障局に対し、不許可決定を客観的かつ合理的に正当化しえないとして、決定の破棄を言い渡していた。次いで、ナンシー控訴院は、申立人が子の養育に関する疑う余地のない人格と適性を備えていることは認めるものの、申立人は家族的、教育的、心理的な面において、養子に十分な保証を提供しえないとして、下級審の判決を破棄している。同様に、コンセイユ・デタにおいても、民法第三四三条の一の規定について、養子の人格の形成を促進する教育的、心理的な要因に関して、将来養親となるべき人物が父親の「役割モデルあるいは指標」を提供しうるかどうかを行政政府が確認することを妨げておらず、また、申立人の性的指向を考慮材料に挙げることは、欧州人権条約第八条に関する第一四条に違反しないとして控訴院判決を迫認した。Case of E.B., *supra* note 62, paras. 9-15.

(65) *Ibid.*, para. 41.

(66) *Ibid.*, para. 43.

- (67) *Ibid.*, para. 70.
- (68) 当該「区別 (a distinction / distinction)」はサルゲイロ・ダ・シルバ・モウタ事件判決で述べられたように、条約上許容されるものである。*Ibid.*, para. 93.
- (69) *Ibid.*, paras. 85-93.
- (70) *Ibid.*, paras. 94, 95.
- (71) *Ibid.*, para. 95.
- (72) 同判決以後のフランス国内での判例の変化等の国内の実施状況は本稿では紙幅の関係上扱わないため、今後の課題とした。
- (73) 一九九四年の規約人権委員会のトゥーネン対オーストラリア事件見解 (Views) において同様の解釈が提示されており、それが欧州人権条約の解釈にも波及したと言われる。
- (74) 小畑郁「ヨーロッパ人権条約における教育権と差別禁止原則の一断面——いわゆる『ベルギー言語』事件を中心に」、『京都大学大学院法学研究科院生論集』一五号（一九八六年）四九—五四頁参照。
- (75) 安藤仁介「規約人権委員会による自由権規約第二六条の解釈・適用とその問題点」『世界人権問題研究センター研究紀要』七号（二〇〇二年）に詳しい。また、徳川、前掲注(57)も詳しい。
- (76) Human Rights Committee, General Comment 18, Non-discrimination (Thirty-seventh session, 1989), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1994), para. 11.
- (77) *Ibid.*, para. 12. なお、「取扱いの差異が、合理的かつ客観的である場合、そして、本規約の下での合法的な目的を達成する狙いでなされたものであった場合には、当該取扱いの差異は差別を構成しない」としており、欧州人権条約第一四条の適用の際の基準と同様のことと述べられている。*Ibid.*, para. 13.
- (78) 安藤、前掲注(75)、一頁引用。
- (79) 同上、一頁引用。
- (80) Choudhury, Tufyal “The Human Rights Committee’s Interpretation of ICCPR Article 26” (2003), p. 29.

Explanatory Report, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177), paras. 1, 2.

(81) 同議定書第一条における「差別」の語は、“discrimination”という語が用いられており、条約第一四条の語と一致している。また、仏語版テキストの“sans discrimination aucune”という語は、条約第一四条の“sans distinction aucune”という言い回しと少し異なるものの、意味の違いは意図されていない。むしろ、英語版テキストの語と仏語版テキストの語を一致させることにより、条約第一四条の意味の範囲内で差別の概念を捉えるのに適している。Explanatory Report, *supra* note 80, para. 18.

(82) *Ibid.*, para. 18.

(83) Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali, *supra* note 58, para. 72.

(84) Explanatory Report, *supra* note 80, para. 18.

(85) 徳川、前掲注(57)‘一二二〇頁引用。’*Ibid.*, para. 21.

(86) 署名は三七カ国に及ぶものの、現在においても批准を行わない国が多い。また、フランスやイギリスにいたっては署名さえも拒否している。

(87) Explanatory Report, *supra* note 80, para. 33. 徳川、前掲注(57)‘一二二九頁参照。’

(88) *Ibid.*, para. 33. 同上‘一二二九頁参照。’

(89) Dissenting opinion of Judge COSTA joined by Judges TÜRMEN, ÜGREKHELIDZE AND JOČIENĚ, para. 3. また、一九九七年のテイ・ラッツァロ事件判決によれば、イタリア国内法たる一九六七年養子法が独身者の養子縁組をも可能とするものであるものの、養子する権利は条約上保障されておらず、また、条約第八条は、ある者に養親及び養子としての地位を保障するよう締約国に義務を課してはいないと明言されていることにも注視したい。Case of Di Lazzaro v. Italy, Decision of 10 July 1997, HUDOC (1 September 2011 accessed).