



Title	同性愛者の難民該当性：「慎重」要件の検討を中心に（2）
Author(s)	西， 倫子
Citation	国際公共政策研究. 2007, 11(2), p. 245-264
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/6158
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— (2)

The Concept of Refugee and its Applicability to Homosexuals

— The "Discretion" Requirement— (2)

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 : 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
2. 同性愛者の「特定の社会的集団」該当性 (以上、第11巻第1号に掲載)
3. 「慎重」要件
 - 3.1. 「慎重」要件の意義
 - 3.2. 同性愛行為の刑罰規制の迫害該当性
 - 3.3. 判例の検討
 - 3.3.1. 判例の類型化
 - 3.3.2. *Appellant S395* 判決以前
 - 3.3.3. *Appellant S395* 判決 (以上、本稿)
 - 3.3.4. *Appellant S395* 判決以降
 - 3.3.5. 各類型の評価

おわりに

3. 「慎重」要件

本章では、主として、「慎重」要件に関する各国の判例を分析し、この要件が各国でどのように理解され、評価されているのかを検討する。この検討は、オーストラリア連邦最高裁の*Appellant S395* 判決 (2003年)¹⁾を軸とする。その理由は、*Appellant S395* 判決が、同性愛者の庇護申請に対して「慎重」要件を課すことについて主要締約国の最高裁判所が判断を示した唯一の事例であるからである。

ただ、個々の判例の分析を行う前提として、「慎重」要件の定義と、国際人権法からみた同性愛行為の刑罰規制と私生活の保障との関係を概観しておく必要がある。そのため、まずそれらについて検討する。

3.1. 「慎重」要件の意義

「慎重」要件の定義を明確に述べた判例はないが、一般的な議論をするために各事例における担当機関や裁判所の判断から筆者が導き出した定義を示す。それは、「ある者が難民該当性を認められるためには、その者が当該迫害事由に関して『慎重』であっても迫害を避けることができないか、または『慎重』であることができない、ということを立証しなければならない」というものである。つまり、同性愛者であることを理由に迫害を受けるとして庇護申請している者に「慎重」要件が課

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

されたとすると、彼または彼女は、同性愛者であることに関して「慎重」であっても迫害を避けることができないかまたは「慎重」であることができない、ということを立証しなければならない。この要件は、主に英国及びオーストラリアの一部の事例でこの10年間課されてきた。前述の通り日本の東京地裁の判断もこの要件を採用しているといえる。

確かに、「慎重」要件は、同性愛のような性的指向を理由とする庇護申請に関してだけでなく、宗教や政治的意見を理由とする庇護申請に関しても問われうる問題である。しかし、性的指向は、宗教や政治的意見以上に「慎重」要件が問題とされている。その理由として次の三つの点を挙げることができる。第一に、同性愛行為は、宗教や政治的意見とは異なり、難民条約の主要締約国の一部及び国際人権法の発展に貢献してきた国々においても最近まで刑法その他の法に基づいて刑罰が科されてきた²⁾。第二に、性的指向は、宗教や政治的意見などとは異なり、主要な国際人権条約において明示的な言及がないため、性的指向を尊重される権利は国際人権法上保護されるべき基本的人権に含まれるものである、という解釈が確立するのが遅れた（これについては次の3.2.で述べる）。第三に、難民条約の起草者達は、当時難民条約の主要締約国においても同性愛行為に刑罰を科す国があったことなどからして、同性愛者に対して保護を提供することは考えていなかったと言える。

次に、同性愛者であることに関して「慎重」であること、とは何を意味するのか。それは必ずしも明確ではない。ほとんどの判例は、特に定義することなしに "be discreet"、"discretion"、"act discreetly" という言葉を用いている。しかし数々の事例を通じて共通の理解を見出すことはできる。

まず、"discreet" に対立する言葉としては "overt"、"open" 及び "indiscreet" という言葉が用いられている。これらは「公然と」と訳すことができる。「公然と」の例としては、同性愛者であることを公言すること、同性愛者であることをアピールするデモやイベントに参加すること、同性愛カップルであることを明らかにしてカップルとして生活すること、同性愛を公衆の場所で行動に移すことなどが挙げられる。

これに対して "discreet" の内容は、場合によって異なるが次の四つの例を上げることができる。それらは、(1) 同性愛者であることを知られないようにする（同性愛者であることを人に話さない。行動に移さない。）、(2) 同性愛カップルであることを知られないようにする（同棲しない。同棲している場合でも単なる同居人のようなふりをする。人が見るところで、愛情表現をしない。）、(3) 同性愛行為を行動に移す際に、誰にも知られないところである、(4) 刑罰規定がある場合については、警察に見つからないあるいは通報されないようにする、である。また、「慎重」は「私的」とは異なる。たとえば、「慎重」であって「私的」ではない例として、顔や氏名を明かすこと

2) 同性愛に影響を与える法は二つに大別できる。第一は、同意に基づく成人間同性愛行為を違法とする法である。この多くは、不自然な (unnatural) もしくはみだらな (indecent) 性的行為を禁じる形をとる。このような法を持つ国は、それが実際に適用されているか否かには関わらず、2003年の時点で83ヶ国あった。第二は、周知の醜聞 (a public scandal)、極道 (hooliganism)、徘徊 (loitering) 等を引き起こすような反社会的もしくは非道徳的な振る舞いを禁じる道徳法に基づいて、警察が、同性愛者や両性愛者などを逮捕したり嫌がらせをしたりするという国である。

: International Gay and Lesbian Human Rights Commission のサイトから2005年11月25日に取得
(<http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/content.php?type=1&id=77>)

なくデモ行進をすることが挙げられる。逆に、「私的」であって「慎重」ではない例としては、同性愛行為を家の中で行ったがそれを家族に知られてしまって通報されるという例が挙げられる。

これらから判断すると、「慎重」であることとは、同性愛者であることあるいは同性愛行為を「(程度は状況によって異なるが) 一定程度隠す努力をする」ことであると結論できる。

3.2. 同性愛行為の刑罰規制の迫害該当性

前述のように、幾つかの国では同性愛行為に刑罰を科す法が、実際に適用されているかどうかは別として、現存する。同性愛者の庇護申請の背景にはこのような法律があることが多いが、このような法の存在それ自体は迫害に該当しないというのが各国の共通解釈である³⁾。

しかし、難民該当性を判断する際に刑罰規制の存在をどう捉えるかという点は、この章で扱う「慎重」要件に関連し、「慎重」要件について論じる前に確認しておくべきことである。なぜなら、「慎重」要件が問題となる事例の多くには、「刑法や他の関連法規による罰則の適用を避けたり、それらの法規定があることの結果として起こる種々の迫害を避けるために慎重たらざるを得ないという場合、難民該当性が認められるか」という問いに対してどう答えるかという問題が内在しているからである。したがって、この節では、3.3.以降の議論の前提として、同性愛行為の刑罰規制が国際人権法上違法であるという解釈が確立していることと、同性愛行為の刑罰規制の存在が迫害の可能性の有無の判断にどのような影響を与え得るか、について触れておきたい。

国際人権法上、同性愛という性的指向が尊重されるべきものであるということは、現在では解釈上確立している。このような解釈は、欧州人権裁判所が1981年に *Dudgeon* 事件⁴⁾で示し、規約人権委員会が1994年に *Toonen* 事件⁵⁾で示している。

Dudgeon 事件において欧州人権裁判所は、同意にもとづく成人男性間の同性愛行為を刑事犯罪とする法律の欧州人権条約第8条違反を認めた。裁判所は、*Dudgeon* が当該規定の存在の結果として恐怖や心理的抑圧を受けているという主張を認め、「*Dudgeon* の個別の状況に照らして、彼が当該規定を尊重し同性愛であるという指向のためにしがちである性行為—それが同意している男性パートナーとの私的なものでさえ—をやめるか、またはそのような行為に従事してそれ故刑事訴追に処せられるかのどちらにしろ、当該規定の存在自体が、彼の私的な生活に継続的及び直接的に影響を与えている。」として、第8条2項による正当化事由の存在も否定し、第8条違反を認めた。

3) *Birsan v. Canada (M.C.I.)*, [1998] F.C.J. No. 1861, Pinard判事。

4) *Dudgeon v. the United Kingdom*, (Application No. 7525/76), 22/10/1981. そして、同様に同意にもとづく成人男性間の特定の同性愛行為を違法とする刑法規定が問題とされた1988年の *Norris v. Ireland*, (Application No. 10581/83), 26/10/1988.)、1993年の *Modinos* 事件 (*Modinos v. Cyprus*, (Application No. 15070/89), 22/04/1993.) においても、*Dudgeon* 事件と同様に第8条違反が認められた。また、欧州人権裁判所は1999年の *Smith & Grady* 事件 (*Smith and Grady v. the United Kingdom*, (Applications nos. 33985/96 and 33986/96), 27/12/1999.) 及び2000年の *Lustin-Prean & Beckett* 事件 (*Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, (Applications nos. 31417/96 and 32377/96), 27/12/1999.) においても、英国の軍隊において同性愛が禁止されていて、それに基づいてこれらの同性愛者の調査及び除隊がなされたことが、プライバシーの権利を侵害しているとした。これらの判決を受けて英国も、欧州人権裁判所と同様の立場をとることを明確にした。(Immigration Appellate Authority, *Gender Guidelines* (2000)).

5) *Toonen v. Australia*, 04/04/94, CCPR/C/50/D/488/1992.

また、*Toonen* 事件において規約人権委員会は、同性愛行為に刑罰を科すことは「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（以下「自由権規約」という。）第17条にいうプライバシーの権利を侵害するという解釈を示した。通報者は、私的な性的活動を規制することは私生活の尊重を害するものであり、第17条に違反すると主張した。これに対し規約人権委員会は、規約第17条1項にいう干渉の有無について、「第17条に関する限り、同意に基づく成人間の私的な性的活動が『プライバシー』概念によってカバーされることと、タスマニア法が存在し続けることによって通報者が実際にそして最近も影響を受けていることは、議論の余地がない」とし、また、そのような刑法の規定は「たとえこれらの規定が10年間実施されてこなかったとしても、通報者のプライバシーに『干渉』している」と述べて干渉の存在を認めた。そして委員会は、規約第17条に関する規約人権委員会の一般的意見16が示した『恣意性という概念の挿入は、法によって規定されている干渉でさえも、規約の規定、目的及び意図に一致すべきであり、いずれにせよ当該状況において合理的であるべきである、ということを保証することを意図していたのである』という解釈に基づいてこの干渉の「恣意性」を認めた。

以上のとおり、国際人権法上、同性愛行為の違法化は基本的人権の侵害であるという解釈が確立している。しかし、難民法の分野では、「基本的人権の侵害」と「迫害」は同義ではないという解釈が確立しており、基本的人権の侵害が認められてもそれが迫害と認められるとは限らない⁶⁾。しかし、そのような刑罰規定が実際に運用されている場合や、その規定があることの結果として国家又は非国家行為体からの深刻な危害が確認される場合などには、迫害が存在すると認めうる。

たとえば、オーストラリア連邦最高裁の *Appellant S395* 判決において McHugh 判事及び Kirby 判事の共同意見は、同性愛行為に刑罰を科す法の存在自体が迫害を構成するとは言えないとした上で、そのような法がある場合には、訴追及び科せられる刑罰が適当かという点と、当該国家の法及び文化と同様に国際人権基準に照らしてその訴追及び科せられる刑罰がその国籍国の合法的目的を達成するために採用されているものかどうかという点を検討しなければならないとした。そしてもしそれが否定されるなら、当該刑法による訴追は難民条約にいう迫害に該当する、とした⁷⁾。

一方ニュージーランド RSAA の 74665/03 決定（2004年）⁸⁾ もこの点について端的に述べ、それを 75250 決定（2005年）⁹⁾ が次のようにまとめた。「1. 成人間の同意に基づく私的な同性愛行為を法によって禁じることは、プライバシーの権利及び法の前の平等な扱いの権利という基本的人権を侵害している。（規約人権委員会 *Toonen* 事件参照） 2. 同意に基づく同性愛行為の禁止は、もしその禁止によって実際に有効な厳しい刑罰が科されているなら、十分に庇護申請の根拠たりうる。 3. 同意に基づく行為の違法化それ自体が、迫害されるという状況の立証に十分である、と言うことはできない。」¹⁰⁾

6) James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 1991.

7) *Appellant S395*, *supra* note 2, para.45.

8) REFUGEE APPEAL NO. 74665/03, 07/07/04, para.103.

9) REFUGEE APPEAL NO. 75250, 28/01/05.

10) *Ibid.*, para.39.

以上の通り、同性愛行為に対する刑罰規定は、国際人権法に反するけれどもそれ自体では迫害に該当しないが、その規定に基づいて実際に刑罰が科されている場合や、その規定の結果として他の種々の迫害が起こる場合には、迫害の真の可能性の立証の根拠たりうる。このことを踏まえたうえで、それらの迫害を避けるために「慎重」でいなければならない場合に、難民該当性が認められるか、という問題の検討に進みたい。

3.3. 判例の検討

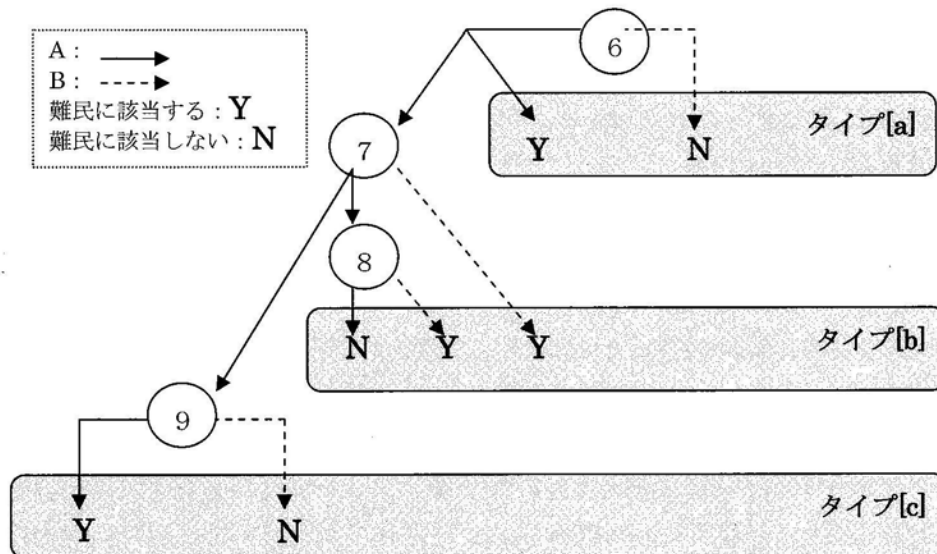
ここでは、「慎重」要件について各国の判例を分析する。前述のとおり、分析は、オーストラリア連邦最高裁の *Appellant S395* 判決（2003年）を軸に行う。以下、まず、3.3.1.で各国の判例を類型化する。次に3.3.2.で *Appellant S395* 判決以前の判例を採り上げる。そして、3.3.3.で *Appellant S395* 判決の内容を紹介する。さらに、3.3.4.では *Appellant S395* 判決以降の判例を検討する。そして、最後に3.3.5.で、各類型に評価を加え、望ましいモデルを提案する。

3.3.1. 判例の類型化

まず、同性愛者の難民該当性を決定する際の判断の流れを、「慎重」要件を課すか否かに基づいて分類し、各々の特徴及び問題点を述べる。難民該当性判断の内容は事例ごとに実に様々である。本稿は、それらの様々な判断を比較検討するために、各判断を単純化し、図1で示すようにタイプ[a]、[b]及び[c]の三つに整理した。同性愛者の難民該当性を検討する際には、この図で挙げた①から⑨までの9つの点が問われうる。図1の流れ図は、⑥から⑨までのどの点まで考慮して難民該当性を判断するかによってタイプ別に分類したものである（①から⑤でどのような判断の流れを示したとしても、⑥から⑨の流れは図1の通りになるので、①から⑤まではあえて図に示すことはしない）。

<図1>

- ① 同性愛であることが <明らかになっていた／明らかになっていなかった>
 ② 同性愛を実行にうつしたか（同性愛行為や何らかの愛情表現をしたか） <YES/NO>
 ③ ②Aの場合、その行動は <明らかになっていた／明らかになっていなかった>
 ④ ②の行動は <「慎重」だった／「慎重」ではなかった>
 ⑤ 迫害に直面していたか <YES/NO>
- ⑥ その国では、同性愛者は迫害を受けるか <A. YES /B. NO>
 ⑦ 「慎重」であれば⑥の迫害を避けられるか <A. YES /B. NO>
 （※「慎重」にならざるを得ないこと自体が迫害を構成するという説は別として）
 ⑧ 帰国後「慎重」であることは可能か。
 あるいは、合理的に考えて申請者は「慎重」に振舞うと考えられるか。
 <A. YES /B. NO>
 ⑨ もし帰国すれば、同性愛に関してどのように振舞うつもりか。（本人の意思）
 <A. 同性愛者であることを公然として生きるつもりだ。
 /B. 同性愛者であることを公然とはせずに生きるつもりだ。>



以下、各タイプについて、簡単に説明する。

まず、タイプ[a]は「慎重」要件を課さないタイプである。

このタイプは、申請者の出身国では同性愛者が同性愛あるいは同性愛行為を理由に迫害を受けるか否か（⑥）を判断した後は、その是非に従って申請者の難民該当性を判断する。つまり、庇護申

請者の出身国では同性愛者は迫害を受けるという真の可能性があると判断すれば難民該当性を認め、その可能性がないと判断すれば難民該当性を認めない。このタイプは、「慎重」な同性愛者とそうではない同性愛者を区別せず、「慎重」であれば迫害を避けられるかどうか(⑦)を考慮しない。

タイプ[a]に分類される事例は、さらに次の二つに分けることができる。[a-1]は、「慎重」であれば迫害を避けられるかについて一切触れない場合である。一方[a-2]は、「慎重」要件を否定する見解を採りながらそれにも検討を加えた上で否定し、最終的には「申請者に対して、迫害を避けるために『慎重』であれと要求あるいは期待することはできない」という見解を示す。

次に、タイプ[b]は、「慎重」要件を課すタイプである。

このタイプは、申請者の出身国で同性愛者が迫害されうる(⑥)ことを認めた上で、「慎重」であればその迫害を避けられるか(⑦)を検討し、その是非にしたがって申請者の難民該当性を判断する。このタイプに分類される事例では、難民該当性を認められるためには、「慎重」であっても迫害を受けるか、またはそもそも「慎重」であることが不可能である、ということを証明しなければならない。

タイプ[b]に分類される事例は、さらに次の三つに分けることができる。[b-1]は、申請者が過去に「慎重」であったかは考慮せず、将来「慎重」であることができるということを理由に迫害の可能性を否定する場合である。[b-2]は、申請者が過去に「慎重」であったということを理由にその「慎重」さを帰国後も変えないだろうと「合理的に予測できる」、あるいは将来「慎重」に振舞うことが「合理的に予測できる」として迫害の可能性を否定する場合である。[b-3]は、申請者がすでに迫害者の関心をひきつけているために、将来「慎重」であることが不可能であると判断して迫害の可能性を認める場合である。

最後にタイプ[c]は、「慎重」要件について曖昧なタイプである。

このタイプは、「慎重」であれば迫害を避けられる(⑦)とした後、申請者自身は帰国すればどのように振舞うつもりでいるか(⑨)を問う。

タイプ[c]に分類される事例は、さらに次の二つに分けることができる。[c-1]は、同性愛者であることを公然として生きるつもりであると認定して難民該当性を認める場合である。[c-2]は、同性愛者であることを公然とはせず生きるつもりであると認定し、公然とはせずに生きる「理由」に応じて難民該当性を判断する場合である(次で述べるように、[c-2]に分類される事例は、さらに[c-2(a')]と[c-2(b')]に分けることができる。)

[c-2]で難民該当性が認められるのは、その理由が『慎重』でなければ迫害を受けるので『慎重』たらざるを得ない」というものである場合である。この場合は実質的にはタイプ[a]に該当することを留意する必要がある。なぜなら、ここで難民該当性を認める判断を下す背景には、「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』でなければならないことは迫害に該当する」という、「慎重」要件を否定する解釈があるからである。よって、この場合を[c-2(a')]と

する。

一方、[c-2]で難民該当性を認めない場合は、その理由が「同性愛に関する圧迫があろうとなかろうと、申請者自身が同性愛あるいは同性愛行為に関して特に明らかにせずに生きることを望んでいる」というものである場合である。これは実質的にはタイプ[b]に該当するので、[c-2(b')]とする。しかし、この[c-2(b')]には論理的な不具合がある。なぜならば、もしその者が、圧迫あるいは脅威の有無に関わらず同性愛に関して何も明らかにせずに生きることを真に望んでいるとすれば、庇護申請をするはずがない。庇護申請に理由があると認めて実質的な判断に入った以上は、このような理由付けは矛盾である。したがってタイプ[c-2(b')]は、難民該当性決定権者の自覚の有無に関わらず、実際にはタイプ[b]と同じく「慎重」要件を課すものでありながら、理由づけ過程で「申請者の意思」を考慮することによってそれを考慮しないタイプ[b]よりは受け入れられやすいものになるよう補強したものといえる。

3.3.2. Appellant S395判決以前

この項では、*Appellant S395* 判決以前の判例について、米国、カナダ、英国、ニュージーランド、オーストラリアの国別に主なものを取り上げる。その際には、各判例が前項で述べたタイプのいずれに該当するかを示す。

(1) 米国

Appellant S395 判決以前に、「慎重」要件についての立場を明らかにした判例はない¹¹⁾。

(2) カナダ

カナダの判例には、様々なタイプが存在する。もっとも多いのが、[a-1]に該当する判例である¹²⁾。ここではそのひとつとして1996年の移民難民委員会 (Immigration and Refugee Board) (以下「IRB」という。) のM96-02939 決定¹³⁾を挙げる。申請者は、同性愛者であることを理由に解雇されたり警察からの嫌がらせを受けたりしたが、チリには、同性愛者が自らを表現することを禁じる法はない。しかしIRBは、実際には同性愛は社会のあらゆる場面で否定されており、警察による虐待も存在する、として難民該当性を認めた。

また、慎重要件を明確に否定する[a-2]に該当する判例の一つとして、1998年のIRBのV96-03502 決定¹⁴⁾が挙げられる。IRBは、性的指向は基本的人権であるので、迫害を避けるために同性愛者で

11) Robert C. Leitner, 'A Flawed System Exposed: The Immigration Adjudicatory System and Asylum for Sexual Minorities', 58 *University of Miami Law Review* (2004), p.689.

12) IRB, T94-05727 (29/07/1995); IRB, U95-03053 (21/02/1996); IRB, U94-03926 (29/05/1996); IRB, M95-04001 (23/07/1996); IRB, V96-02719 (10/12/1997); IRB, A98-00492 (14/04/1999); IRB, TAO-17264, (31/05/2002); IRB, MA2-06482 (07/03/2003)

13) IRB, M96-02939 (10/09/1996)

14) IRB, V96-03502 (07/08/1998)

あることについて慎重であるよう求めることは不合理である、として難民該当性を認めた。また、1999年のIRBのT99-03109 決定¹⁵⁾も、帰国すれば申請者は、隠れて暮らすかそれとも刑罰の危険に自らをさらすかのどちらかを選ぶことになり、どちらの選択肢も深刻な危害の真の可能性を引き起こす、として難民該当性を認めた。

一方で、[b-1]に該当する判例も少しであるが存在する。その一つが、1996年のIRBのM93-10043 決定¹⁶⁾である。申請者は、同性愛者として公然と生きることを望んでいたが、出身国では慎重である限り迫害を避けられる。IRBは、申請者が望むように公然と生きられないという事実は迫害に該当しないとした。2000年のIRBのV99-00892 決定¹⁷⁾も同様の判断を示した。

また、[c-2(b')]に該当する事例も見られる。それは1997年のIRBのT96-05863 決定¹⁸⁾である。この事例では、申請者が自らの性的指向に関して非常に秘密にしており公然たる同性愛者としての生活を送りたいとは全く望んでいない、という事実認定に従って難民該当性が否定された。

(3) 英国

英国で同性愛者の難民該当性が初めて問われたのは、1989年の控訴審判所のBinbasi 判決¹⁹⁾である。この判決はタイプ[b]に分類される初めての事例でもある。

控訴審判所は、同性愛行為に刑罰を科す法が存在していることを認めたが、同性愛行為を行わない限り同性愛者が迫害を受ける恐れはないので、同性愛を実行に移さない同性愛者に対する迫害は存在しないとした。そして、「自己抑制(self-restraint)」によって迫害を避けることが可能だとし、難民該当性を否定した²⁰⁾。この決定は[b-1]に該当する。1991年の移民控訴審判所(Immigration Appeal Tribunal) (以下「IAT」という。)のGolchin 決定²¹⁾も同様の判断を示した。なおこれらの判断は、同性愛を実行に移さないということが同性愛者にとってどのような不利益あるいは迫害を与えるかについては検討しなかった。

一方、2003年のIATの00177 決定²²⁾は[b-2]に該当する。IATは、次の三点を理由に難民該当性を否定した²³⁾。①全ての同性愛者が出身国の一般人による差別的扱いを受けるという真の可能性はない、②同性愛行為が慎重かつ私的に行われている限り、当局が彼らを訴追したり迫害に該当する扱いや非人道的または品位を傷つける扱いにさらしたりすることに関心を抱くことは、合理的にはありそうにない、③上訴人は17歳から同性愛であることを自覚していたが33歳で出身国を出るまで同性愛者であることを理由に問題を経験したことがなく、出身国にいる間、同性愛者であることを

15) IRB, T99-03109 (11/08/1999) 同様の判断を示したものとしてIRB, T99-04575 (20/12/1999)

16) IRB, M93-10043 (04/11/1996)

17) IRB, V99-00892 (07/03/2000)

18) IRB, T96-05863 (29/08/1997)

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

20) Appellant S395 判決第90パラグラフにおいてオーストラリア連邦最高裁の判事は、この決定において審判所が「同性愛を實行する者と實行しない者という二つの集団に同性愛者を分けたといえる」とした。

21) Golchin v SSHD (unreported, Appeal No TH/17184/89, IAT, 17/01/91.)も同様の内容である。

22) YF, Eritrea CG [2003] UKIAT 00177, 04/12/03.

23) Ibid., paras.18.5.-18.6.

理由に当局からの不都合な感心をひきつけたことはないので、帰国すれば当局からの不都合な感心をひきつけるだろうということとは「合理的にありそうにない」。

(4) ニュージーランド

ニュージーランドにおける同性愛者の事例に関するリーディング・ケースである1995年の難民地位控訴局 (Refugee Status Appeal Authority) (以下「RSAA」という。) の *Re G.J.* 決定²⁴⁾ は、タイプ[a]に該当する初めての事例であり、タイプ[a-2]に分類できる。

RSAAは、「隠れた地味な生活を送るよう注意し、自らの性的指向を決して明らかにしないことによって、迫害を避けることができる」としても、「上訴人を見、彼の言うことを聞いた上で、RSAAは、彼のアイデンティティの不可欠な部分の完全な否定を彼に期待することは、不適切であると同時に受け入れ難いという結論に達した」と述べて「慎重」要件を否定した。

また、RSAAは1999年の71185/98 決定²⁵⁾でも、上述の *Re G.J.* 決定と同様の見解を示し、次のように述べた。この事例もタイプ[a-2]に分類できる。

「このような決定に至るにあたって我々は特に、上訴人のイランにおける同性愛関係が、彼の一般的な状況 — つまり、もっとも隠されたやり方で行動しない限りそのような活動を行うことには危険が伴うという状況 — によってきわめて限定されているということに留意する。…日本からイランに戻った後彼がそのような抑圧された生活様式を送ったことは明らかである…。言い換えると、彼は実のところ、彼に自らのアイデンティティの不可欠な部分の完全な否定を要求するような生活を送っていたのである。」

一方、「慎重」要件を否定し続けているRSAAであるが、1999年の71355/99 決定²⁶⁾においては[c-2(b')]に該当すると言える判断を示している。

RSAAは、「同性愛女性『それ自体』は中国において迫害されていない。実際には中国社会は、同性愛女性がいづらか慎重である限り、彼女たちに対して寛容である」という事実認定と、「上訴人自身が、過去、自らの性的指向が明らかにならないよう確保するために高度に慎重だった。さらに彼女は、同性愛の場面に身を置くことを望まないし高度に慎重でありつづけるだろうということを自らの証拠において明白にした。」ということを根拠に、難民該当性を否定した。この判断は、「慎重であろうという上訴人の選択及び、中国における他の同性愛者たちが行使するかもしれない権利のいずれかを行使しないという制限を自らに課しているということが、迫害を構成しうるか」ということについては判断しなかった。しかし実際には、「彼女が『真の自己』を隠す必要がある、ということが上訴人にとって恥及び情緒的苦痛を伴う」ことだったと認めているにもかかわらず難

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

25) REFUGEE APPEAL NO. 71185/98, 31/03/99.

26) REFUGEE APPEAL NO. 71355/99, 14/10/99.

民該当性を否定したのであるから、『真の自己』を隠す必要があること自体は迫害に該当しない、と解釈したことになる。すなわち、「慎重」要件を受け入れたことになる。また、RSAAは、申請者が「慎重」であることを望み実際に「慎重」であったとしても、その意に反して露見してしまう可能性があるかどうか、については検討しなかった。

(5) オーストラリア

オーストラリアは、1994年から、「慎重」要件に関連する判例をいくつか示している。その最初の時期の事例のひとつとして、[c-1]に該当する1994年のRRTのN93/01754 決定²⁷⁾を挙げることができる。

申請者は、中国にいる間自らが同性愛者であることについて慎重であり続けてきたが、もし一生を添い遂げたい相手が現れたらもはや慎重であり続けることはできないと主張した。それに対してRRTは、中国において公然と同性愛者として生活する者に対して迫害が存在することを認め、申請者の難民該当性を認めた。

一方、1994年²⁸⁾以来、タイプ[b]に該当する判例がある。例えば、1995年のRRTのV94/02607 決定²⁹⁾は[b-1]に該当する。この事例でRRTは「申請者が、自らが同性愛であることを表現する際に慎重に振る舞うことは、不合理ではない。彼の振舞いに対するこの制限は条約にいう迫害を構成しないだろう」³⁰⁾としている。

一方、1996年のRRTのV95/03527 決定³¹⁾は、[a-2]に分類できる。この事例でRRTは、宗教に基づく庇護申請に関する連邦裁判所のWoudneh v 判決³²⁾におけるGray判事の次の記述を引用し、同性愛者に、深刻な危害の可能性を避けるために秘密の目立たない生活を送るよう要求することは受け入れがたいであろう、と結論した。

「…申請者は、彼の信仰が要求する宗教的習慣に関する資料を提供しなかった。しかし、いくらかの形態の公然たる礼拝がその中に含まれることを想定するのは合理的である。申請者が自らの信仰を堅実に実践しながらそれを隠すことができるという証拠が欠如しているということからすれば、…彼が自らの信仰が当局に知られていないので迫害されないだろうとは結論できない。隠す必要があるという単なる事実だけでも、申請者が宗教を理由とする迫害を受けるという十分に理由のある恐怖を有しているという主張の根拠に値するのである。…」³³⁾

27) RRT Reference: N93/01754, 24/08/94.

28) RRT Reference: V93/00335, 31/03/94. : RRT Reference: V93/00242, 10/06/94.

29) RRT Reference: V94/02607, 04/04/95.

30) Ibid., para.14.

31) RRT Reference: V95/03527 09/02/96.

32) Re: ABAYNEH ABEBE WOULDNEH And: RODNEY INDER and MINISTER FOR IMMIGRATION, LOCAL GOVERNMENT AND ETHNIC AFFAIRS No. G86 of 1988

33) Ibid., para.28.

1996年のRRTのV96/04281 決定³⁴⁾は[c-1]に該当する。RRTは、上海では「同性愛であることが知られれば、深刻な不利益な結果を招くかもしれないので、同性愛男性は、自らのセクシャリティが知られることを避けるために注意深くまたは慎重でなければなら」ず、そしてこの文脈では「慎重」さは「秘密にする」ということを意味する、とした。この主張に対しRRTは、申請者がオーストラリアでの長い居住経験から自国にいた時より外向的になり西洋化したことと、同性愛者としてパートナーと真剣な関係を築いて同居したいと考えていることから、同性愛であることを隠すことが難しいとし、それゆえ中国において申請者が慎重である機会はすでに失われたと言える、として難民該当性を認めた。

1999年のRRTのV97/06971 決定³⁵⁾はタイプ[b-2]に該当する³⁶⁾。RRTは、パキスタンでは同性愛者であるということを知られた者が迫害を受けうることは認めながらも、申請者はオーストラリアにおいて慎重に振舞っていたのと同じように慎重に同性愛を実行すれば迫害を避けられる、として難民該当性を否定した。RRTは、そのように将来の慎重さを予期することが不合理ではないと考える根拠として次の三点を挙げる。それらは①申請者はオーストラリアにおいて自らの性的関係について慎重であったし、パキスタンコミュニティや異性愛の友人達に同性愛という性的指向を気づかれることを避けることができてきた、②申請者はパキスタンにおいて同性愛者であることを隠してきたし、今も家族に同性愛に関して伝えておらず、彼が将来同性愛について彼らに話そうと計画していることを示すものは何もない、③申請者は、慎重である必要性が彼に何らかの不利益及び損害をもたらしたとは主張しなかった、という三点である。そしてRRTは、自らの同性愛を慎重に実行することは申請者の状況においては迫害に値しないとした。

次に連邦裁判所は、2000年の*Applicant LSLs* 判決³⁷⁾において、同性愛者に認められている権利の範囲を明らかにすることによって、その範囲を超える行動については「慎重」さを求められても迫害には該当しないと判断する、という見解を示した。これは[b-1]に該当すると言える。

申請者は、「同性愛の…『慎重な』実行がスリランカにおいて大目に見られていると…しても、…自らのセクシャリティを『慎重な』方法で表現するよう要求されることは当該『社会的集団』への帰属意識の主要部分を攻撃するものである」とし、そのように必要な程度の慎重さを行使しなければならないという苦しみは、ある社会的集団に属するという認識を理由とする迫害に該当すると主張した³⁸⁾。しかしRRTは、「[同性愛であることを]人目に触れるように公表する、という『最低限の』権利³⁹⁾」の存在を認めず、「同性愛の生活様式は『慎重に』行われることができ」ということを理由に難民該当性を否定した。

これらの論争に対して連邦裁判所は、審理を次の点に限定した。

34) RRT Reference: V96/04281, 27/06/96.

35) RRT Reference: V97/06971, 01/02/99.

36) 2001年のRRTのN01/37352 決定や、2001年のオーストラリア連邦裁判所の*Khalili Vahed* 判決も同様の見解を示す。

37) "*Applicant LSLs*" v *MIMA* [2000] FCA 211, 06/03/00.

38) *Ibid.*, para.17.

39) *Ibid.*, para.18.

「もし申請者が、スリランカにおいて性的パートナーを識別し惹きつけ、そしてその結果築かれる何らかの関係を維持するために合理的に必要な程度まで自らの性的指向を公表しながら、同性愛者としての生活様式を送ろうとした場合、申請者は迫害を受けるという十分に理由のある恐怖を有しているか否か」⁴⁰⁾

すなわち、同性愛者に認められる最低限の権利を上記の内容に限定した上で判断に望んだのである。そして連邦裁判所はRRTの判断を是認し⁴¹⁾、その理由としてRRTの以前の決定の次の部分を示した⁴²⁾。

『証拠によると、現在北京では、同性愛者はたとえ自らの実行において慎重であっても迫害に直面するという真の可能性がある。つまり同性愛者は、同意に基づく私的な性的活動をすっかり完全に又はほとんどすべて諦めることによってしか、迫害を避けることができないだろう。そもそも、同性愛者は普通そのような性的活動を自らの〔同性愛であるという〕性的選択を明らかにすることによってのみ開始することができる。しかし現在北京においては、そのように明らかにすることは、たとえ実際の性的活動が同意している成人間で私的に行われるとしても、迫害的取扱いを生じさせようようである。もしある者が自らの性的選択を安全に明らかにすることができず、その結果として彼または彼女が合意に基づく私的な性的活動に安全に従事できないというのなら、条約の保護が合法的にひきつけられるような基本的人権の侵害がある…。』⁴³⁾

このように、*Applicant LSLs* 判決において連邦裁判所は、同性愛者に保障されるべき人権は「同性愛行為を行い同性愛関係を維持するために必要最低限の公表をする権利」に限られる、とする見解を明確にしたのである。その結果、それ以上の公表をしなければ迫害を避けられるという場合には難民該当性を認めない、とした⁴⁴⁾。

(6) 小括

以上のように、*Appellant S395* 判決以前は、米国は不明、カナダは「慎重」要件を否定する解釈が優勢でありながらも若干ばらつきが見られる。英国は「慎重」要件を課し、ニュージーランドは「慎重」要件を否定しながらも一部でタイプ[c-2(b')]を採用している。そして、オーストラリアには様々なタイプの判例がある。

40) *Ibid.*, para.24.

41) *Ibid.*, para.26.

42) *Ibid.*, para.27.

43) *Ibid.*, para.27.

44) RRTのV95/03188 決定 (1995)も同様の立場であるといえる。

3.3.3. オーストラリア連邦最高裁判所の *Appellant S395* 判決

オーストラリア連邦最高裁の*Appellant S395* 判決（2003年）⁴⁵⁾は、同性愛者の難民該当性について本稿の考察対象国の最高裁判所が判断を示した初めての事例である。最高裁の判断の対象となったRRTの決定の内容を示したうえで、最高裁の判決を検討する。

(1) RRTの決定

RRTは、*Appellant S395* が同性愛者であることと、バングラデッシュにおける同性愛者が条約の目的に照らしてPSGを構成することは認めた。しかし次の三点を理由に、迫害の真の可能性を否定した。第一に、バングラデッシュにおいて同性愛は受容されたり大目に見られたりしておらず、バングラデッシュにおいて同性愛者として公然と生活することは不可能である（家族による勘当及び友人や隣人による遠ざけといったものから、より深刻な形態の危害—例えば、警察によって強く打たれる可能性—にいたる問題に直面する）けれども、それが慎重なものである限り、同性愛行為を行ったり同性愛関係を持ったりすることは可能である。第二に、申請者たちは4年間にわたって同居していたが、過去に些細な問題以上の問題を自分達の家族以外の誰との間にも経験したことがなく、慎重さを維持し、深刻な危害または差別を経験しなかった、第三に、もし今帰国したらそのように慎重に振舞い続けようとしないうらうということを推測する理由は存在しない、である。この決定が「慎重」要件を課すものであることは明白である。

以下では、このRRTの決定に対して最高裁がどのような意見を示したかを述べる。最高裁は、4（McHugh判事、Kirby判事、Gummow判事及びHayne判事）対3（Gleeson判事、Callinan判事及びHeydon判事）で申請者の難民該当性を認めた。本稿は、「慎重」要件に関して特に意見を述べた、McHugh判事とKirby判事の共同意見、Gummow判事とHayne判事の共同意見をとりあげる。なお、これら4人の判事は、この上訴は次の三点に関してRRTが誤ったかどうかを問うものとした。それらは、(i) 同性愛者である男性を、暗に慎重な同性愛男性と慎重ではない同性愛男性という二つに分けたこと、(ii) 深刻な危害という脅威を避けるためには慎重に振舞う必要がある、ということ自体が迫害を構成するか否かを考慮しなかったこと、(iii) もし社会の構成員が申請者らの性的指向に気づいたら申請者らは深刻な危害を受けるか否かを考慮しなかったこと、である⁴⁶⁾。

(2) McHugh判事とKirby判事の共同意見

両判事は、「慎重」要件を明確に否定してRRTの判断を批判した。その理由として挙げた主な点

45) *Appellant S395*, *supra* note 2.

46) *Ibid.*, para.18. なお、上訴人は、RRTは彼らが同性愛者という集団の構成員であることに関して「慎重」であるよう求めた、と主張したが、両判事はこれを否定し、「RRTは単に、もし今帰国したらそのように慎重に振舞いつづけようとしないうらうということを推測する理由は存在しないということから、上訴人が彼らが過去にそうしていたのと同じように将来も慎重に振舞うらう、ということをも認めただけである」(para.34.)とした。この点についてはGummow判事及びHayne判事も同様の見解を採った (para.84.)。

は、①人は迫害を避けられるように振舞うはずである、つまり申請者は将来「合理的」に振舞うだろうということを判断の前提とすることは、迫害の可能性の有無を正面から判断しないことにつながる、②確かに①のように振舞うかもしれないが、そのような振舞いを引き起こす「深刻な危害の脅威」も「迫害」に該当する、③①のような前提に立ったために、なぜ「慎重」に振舞うのかと、「慎重」に振舞わなかった場合に何が起きるかを検討しないことは、不適切である、④①の結果「慎重」な同性愛者とそうではない同性愛者という分類がなされることになり、その分類にしたがって迫害可能性が自動的に否定された、というものである。以下、各々の要点を述べる。

・「慎重」要件について

両判事は、当判決以前の同性愛者に関する一連の事例において連邦裁判所及びRRTが、「申請者が迫害を避けることができるか否か」が、「迫害を受けるという真の可能性に直面しているか否か」に関係している、という前提に立ってきたことを批判した⁴⁷⁾。

両判事は、そのような前提に立った一例として連邦裁判所大法廷のWABR 判決⁴⁸⁾の次の部分を引用した。この判決は、「イランにおける同性愛者たちが慎重に振舞って情事を私に行っている限りは、彼らを訴追する積極的プログラムはない」し、「上訴人がその慎重さの行使の結果たる制限を受け入れるだろうということを期待することは合理的である」とした。両判事はこの部分を、難民該当性には無関係な点を検討するものだとして批判した。すなわち両判事は、「慎重」要件を、難民該当性判断には無関係のものとして明確に批判した。その根拠は次の部分に示されている。

「条約の目的に照らして、被迫害者が国籍国において（危害を）避ける行動を採ることによって危害を除去することが出来るからといって、迫害であるものが迫害でなくなることはない。もし、影響を受ける者（筆者注：迫害を受ける可能性がある者）が迫害者の望みを害するために手段 — 合理的手段または非合理的手段 — を採ることが保護を受ける条件であるとすれば、条約は宗教または政治的意見を理由とする迫害に対しては何の保護も与えることがないだろう。同様に、構成員が迫害を避けるためにその集団の構成員であることを隠すかまたはその集団の態度または特性をいくらか修正することが保護を受ける条件であるとすれば、条約は多くのPSGの構成員に保護を与えることがないだろう。同様に、もし彼らが彼らの人種または国籍を隠すために何か手段をとることが保護を受ける条件であるとすれば、人種または国籍を理由に迫害を受ける人々にはしばしば保護を与えないだろう。…もし署名国が、条約に基づいて彼らに保護を与える前に、その者の信条または意見を修正することを要求したり、人種、宗教または特定の社会的集団の構成員であることを隠すことを要求したりするならば、それは条約の目的を傷つけるだろう。」⁴⁹⁾

47) *Ibid.*, paras.48-50.

48) *WABR v MIMA* [2002] FCAFC 124, 10/05/02.

49) *Appellant S395.*, paras.40-41.

つまり両判事は、MPSGは他の四つの事由と同様に、隠すよう求められるべきことではないという立場である。

・「合理的」振舞いを前提とすることについて (①、②)

次に、両判事は、申請者が他人から見て「合理的」であると考えられる振舞いを選択することを前提として未来の迫害の可能性を検討することを批判した。両判事は英国 *Ahmed* 判決の Brown 判事の次の記述を引用した。

『全ての庇護関係事例において、最終的に問われるべきたった一つの問題がある。それは、申請者が帰国の際に条約上の事由に基づいて迫害されるという深刻な危険が存在するか否か、である。もしそのような危険があれば申請者は庇護を受けることができる。それは、出身国における申請者自身の行為がどんなに非合理的なものか否かに関わらず、その危険が申請者自身の行為から生じているか否かとは無関係である。』⁵⁰⁾ (傍点は筆者による)

そして両判事は、「人は迫害的危害を避けることができるような行為を採ることが合理的である」という前提は、必然的に、もしその者が国籍国に戻ったら迫害を受けるという真の可能性があるか否かを事実の審理の際に的確に考慮しないことにつながる、とした。これは迫害者の行為が、すでに潜在的被害者に対して、5つの迫害事由のいずれかを隠すという「自らの行為の修正」を引き起こしているような場合には、特にそうである。なぜなら、修正したために過去に迫害を受けたことがない場合、「事実の審理の際に、申請者は過去に迫害されていないのであるから将来も迫害されないであろう、と理由づけられる自然な傾向がある」からである。このアプローチがなぜ誤っているのかについて両判事は次のように述べた。

「このような誤ったアプローチの土台には、申請者の行為は迫害者の行為によって影響を受けないという前提と、関連する迫害行為は与えられるだろう危害であるという前提がある。しかしながら、多くの — おそらく大部分の — 事例では、申請者は危害の危険があるというだけの理由でそのような行動をとってきた。そのような事例においては、申請者が主張している…恐怖とは、その者が危害に満ちた行為を避けるために振舞わない限り自らが危害を受けるだろうという恐れ、ということになる。迫害行為を構成するのは、脅すような暗示を伴う深刻な危害の脅威なのである。修正された行為がそのような危害の脅威によって影響を受けたものか否かを決定することなしに真の可能性の存否を決定することは、その問題を的確に考慮していないことになる。』⁵¹⁾ (傍点は筆者による)

50) *Ibid.*, para.42.

51) *Ibid.*, para.43.

・「慎重」ではない同性愛者の状況を検討しないことについて (③)

両判事は、RRTが前述のようにバングラデッシュの同性愛者にとっては社会の法に従うのが合理的であるということを前提としたために、もし異性愛者と同程度に公然と生活したら何が起きるだろうかということに十分な注意を払わず、上訴人たちが同性愛者として公然と生きることが不可能であるというだけの理由で慎重に振舞っていたのか否か、について判断しなかったことを批判した。

そして両判事は、上訴人たちが自分たちの関係について慎重であったのは、単に、そうしなければ直面するであろう問題を恐れたからだ、とした⁵²⁾。

「この恐れが過去に彼らを慎重にさせた、ともしRRTが判断したなら、RRTは、危害を受けるという彼らの恐れは十分に理由のあるもので迫害に値するものであると言えるか否か、を考慮することが必要となっただろう。そうなればRRTは、上訴人たちがもし同性愛カップルとして公然と生きるならバングラデッシュで彼らに何が起こるだろうか、ということを検討する必要が生まれただろう。(そのように生きれば) 彼らは…身体的虐待、雇用差別、コミュニティからの追放、または警察及びその他の手による暴力もしくは恐喝に苦しめられるだろうか? これらは、もしRRTが、上訴人たちの過去の『慎重な』振舞いは同性愛者として公然と生きた場合に自らの身に起こるであろうことに対する恐怖の結果であると判断したならば、考慮する義務がある問題である。しかしRRTは、バングラデッシュ社会の法に従うことがバングラデッシュにおける同性愛者にとって合理的であるということを前提としていたので、もしバングラデッシュに帰れば『迫害を受けるという真の恐怖』を有している、という上訴人たちの主張を適切に考慮しなかった。』⁵³⁾

・「慎重」な同性愛者とそうでない同性愛者という分類 (④)

また両判事は、RRTが「上訴人たちが将来慎重に振舞い続けまいだろうと推測する十分な理由がない」と述べることによって、実質的に、『バングラデッシュにおける同性愛男性』を、慎重な同性愛男性と慎重ではない同性愛男性という二つに分けた⁵⁴⁾とし、これを批判した。なぜ二分することが問題かという、もしRRTが上訴人たちを「慎重ではない」集団の方に入れたら難民該当性を認めたであろうに、「慎重な」集団に入れたために、迫害を受ける真の可能性の存否を事実に沿って考慮することなく、自動的に難民該当性を否定したからである⁵⁵⁾。(この点については、Gummow判事及びHayne判事の共同意見も、二つの集団に分けることによって審判所が判断を誤ったとしている⁵⁶⁾。)

52) *Ibid.*, para.53.

53) *Ibid.*, para.53.

54) *Ibid.*, paras.55 and 60.

55) *Ibid.*, para.57.

56) *Ibid.*, para.90.

(3) Gummow判事とHayne判事の共同意見

両判事はまず、「慎重」要件を明確に否定してRRTの判断を批判した。その根拠として両判事の共同意見が示した主な点は、①前述の*LALS* 判決のように個人には何をする権利があるかを検討することは、「振舞いのどのような修正であれば、権利を侵害することなく個人に対して修正するよう要求することが合理的であるか」ということを考慮することにつながる、②人は迫害を避けられるように振舞うはずである、つまり申請者は将来「合理的」に振舞うだろうということを判断の前提とすることは、迫害の可能性の有無を正面から判断しないことにつながる、③「慎重」な同性愛者とそうではない同性愛者という分類がされたことにより、迫害の可能性の有無が適切に考慮されなかった、というものである。以下、各々の要点を述べる。

・「慎重」要件について

両判事は、次のように述べて「慎重」要件を明確に否定した。

「ある申請者が、国籍国において好まれない政治的または宗教的信条を有している場合、もし申請者がその信念を保持していることに注意をひきつけば、普通は、帰国の際に申請者に起こる不利益な結果の可能性は増すだろう。しかし、申請者に対して、もし当該信念を自らが持っていることを申請者が隠せば不利益な結果は避けることができるだろう、と言うことは難民として保護を求めていることに対する答えにはならない。…迫害を受けると言う申請者の恐怖が十分に理由のあるものか否かを評価する際に考慮されるべき問題は、もし申請者が国籍国に戻ったら何が起こるだろうかであり、それは、申請者が不利益な結果をひきつけることなくその国で生きていけるかどうか、ということではない。」⁵⁷⁾
(傍点は筆者による)

両判事はその上で、同性愛者がしたいと望むことが必ずしも性的な行動に限定されないことを考慮し、事例毎に庇護申請者が同性愛について何を求めているのかを確認することが重要だとした⁵⁸⁾。

・個人には何をする権利があるか、に言及することについて (①)

「個人には何をする権利があるか」を考慮する理由づけは、連邦裁判所の*LALS* 判決をはじめいくつかの審判所の理由づけに見られるものである。

両判事は、個人が何をするだろうかあるいはするつもりか、ではなく、個人が何をする権利があるか、に言及することは、「振舞いのどのような修正であれば、権利を侵害することなく個人に対して修正するよう要求することが合理的であるか」ということを考慮することにつながる、とし

57) *Ibid.*, para.80.

58) *Ibid.*, paras.81-82

た⁵⁹⁾。そして、「個人は何をする権利があるか」を考慮することは、迫害の真の可能性の存否には無関係であって、基本的問題から注意を逸らせるもので誤りのもととなり、前述のLSLS判決が示したような限定的な審理につながる、と批判した⁶⁰⁾。

・申請者の「合理的」振舞いを前提とすることについて (2)

両判事は、RRTが、申請者らが同性愛者として公然と生活しようとした場合には迫害に至る諸問題に直面することを認めながらも、そのような迫害にさらされる真の可能性が存在するか否かを明示的に考慮することせずに、「バングラデッシュの男性は、慎重なものである限り同性愛行為を行ったり同性愛関係を有したりすることが出来る」と結論したことに留意した。

そして両判事は、RRTが、申請者らはバングラデッシュ社会に自らの同性愛アイデンティティに直面させないような方法で生活しようであるという理由づけに基づいて難民該当性を否定した、とし、この点を批判する。

すなわち両判事は、RRTは、「上訴人たちが不利益な関心を惹きつけない方法でカップルとして生きていくだろうか否か」を考慮することによって、迫害の真の可能性の存否という基本的な問題に言及することから逸れた、とする。そして両判事は、RRTは、なぜ「慎重に」生きようとするのか（それが迫害を避けるために望む方法だからか）を問わずに「彼らは慎重に生きるだろうと言っただけである」、と批判する⁶¹⁾。

(4) 意義及び問題点

この判決は、「慎重」要件を明確に否定したものであるとすることができる。オーストラリアにおいては、10年間、「慎重」要件への賛否が様々に分裂していたが、この判決によってオーストラリアは「慎重」要件を否定することになった。

中でも、McHugh判事及びKirby判事が、迫害は、申請者に直接加えられる危害だけではなく、申請者に恐怖を感じさせるような脅迫的暗示を伴う深刻な危害の脅威も含む⁶²⁾、としたことは、特に重要である。そして、過去に申請者が迫害を受けたか否かを将来の迫害の可能性の判断に用いる際には、過去の申請者の振舞い及び姿勢が、迫害に対する恐怖によって修正されたものかどうかを検討することが必要である、としたことも重要である。

しかし、この判決が示しきれなかった点もある。まず、McHugh判事及びKirby判事の共同意見は、振舞いの修正は求められるべきではないとしたが、その理由を示さなかった。また、Gummow判事及びHayne判事の共同意見は、「個人は何をする権利があるか」を考慮することは迫害の真の可能性の存否には無関係である、としたが、なぜ無関係であるのかを明確に示さなかった。このことは、後述の事例で批判される。

59) *Ibid.*, para.83.

60) *Ibid.*, para.83.

61) *Ibid.*, paras.85-88.

62) *Ibid.*, para.43.