



Title	同性愛者の難民該当性：「慎重」要件の検討を中心に（3・完）
Author(s)	西, 優子
Citation	国際公共政策研究. 2007, 12(1), p. 273-288
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/9038
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—（3・完）

**The Concept of Refugee and its Applicability
to Homosexuals**
—The “Discretion” Requirement— (3)

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
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、第11巻第2号に掲載)
 - 3.3.4. Appellant S395判決以降
 - 3.3.5. 各類型の評価

おわりに

3.3.4. Appellant S395判決以降

この項では、Appellant S395判決以降の各国の主な判例を検討し、近年の傾向を探る。

(1) 米国

米国にAppellant S395判決が何らかの影響を与えたかは定かではない。ただ、2005年になって重要な見解が示されている。

前述のように、米国では、「慎重」要件に対する賛否は第9管轄区控訴裁判所のKarouni判決(2005年)¹⁾が明らかにするまでは不明だった。Karouni判決は、同性愛であることがすでに露見していて過去にそれを理由に逮捕されたりした男性の庇護申請に関するものである。

裁判所はまず、Karouniが将来同性愛行為を行わなければ迫害を受けることはないという国側の主張を否定した。その理由は、「たとえKarouniがレバノンに帰国してから同性愛行為を二度と行わなかったとしても、そうすれば彼が迫害されないと保証は全くない。証拠が強く示唆しているように、もし当局が、Karouniがすでに過去に同性愛行為を行ったことがあると信じているならば、彼が将来同性愛行為を行うか否かは問題ではないのである。」(傍点は筆者による) というものである。

また裁判所は、もし過去の同性愛行為を理由に迫害されることはないという保証があるとしても、過去の行為に関する検討だけでは不十分であるとした。すなわち、将来同性愛行為を二度と行わないことによって迫害を避けられるとする国側の主張は、「将来同性愛行為に従事することによって

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

迫害を受けるか、禁欲（独身）の一生を送るか、という二つの選択肢のいずれかを選ぶことを要求する」ものである。裁判所は、これらの選択肢のいずれも許容できないとする。なぜ許容できないのか。その理由として裁判所は、同性愛に関する米国の連邦最高裁の*Lawrence v. Texas*判決（2003年）の、「セクシャリティが、別の者との肉体的行為の中に明白な表現を見出す場合、その行為は、より耐久性のある対人的絆の唯一の要素たりうる。([w]hen sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring.)」という部分を引用した。また裁判所によると、そのような個人的絆は米国においては合衆国憲法修正第14条の法の適正な手続き条項によって侵害から守られているものであるし、*Lawrence*判決が述べたように『多くの他の国においては人間の自由の不可欠な部分であると受け入れられている』ものである。

以上より裁判所は、将来の同性愛行為を慎むことによって迫害を避けられると主張することは、自らの人間的アイデンティティの根本的側面を変えることと肉体的関係と耐久性ある個人的絆を放棄するよう要求するものである、とした。こうして裁判所は、Karouniに対して「*Hernandez-Montiel*判決にいう『非常に根本的で…不可変の特性』を変えるよう要求する、または*Lawrence*判決にいう『人間の自由の不可欠な部分』を放棄するよう要求する」ことはできないと結論した。この事例は、タイプ [a-2] に分類できる。

(2) カナダ

連邦裁判所は*Sadeghi-Pari*判決（2004年）²⁾において、申請者がパートナーとの同性愛関係を隠すことによって罰を避けることができるとしても迫害が存在しないとは結論できない、とした。裁判所はその理由を「個人に、そのような方法で生きることを期待することは、基本的人権の深刻な侵害たり得、従って迫害たり得るから」³⁾であるとした。そして、自らの宗教的信条を公に示すことを許されていない申請者の問題を扱った事例⁴⁾を例に挙げた。この事例は [a-1] に該当する。ただし、この判決が*Appellant S395*判決の影響を受けたかは不確かである。

また、連邦裁判所の*Melchor*判決（2004年）⁵⁾では、申請者らは出身国にいた間は同性愛カップルであることを明らかにしていなかった。申請者の主張は、①単に自らの性的指向のために、恐怖が継続的に横たわる生活を送ることは、真の生活ではない、②出身国では、公然と同性愛カップルたることは不可能であり⁶⁾、申請者達は単なる同居人として振る舞わざるを得なかつた、というものだった。そして、過去に同性愛カップルであることを明らかにしなかつたのは、明らかにしないという「選択」をしたのではなく、穏やかな生活を維持し生き残るためにそう「せざるを得なかつた」

2) *Sadeghi-Pari v. Canada*, 2004 FC 282 (CanLII), 26/02/04.

3) *Ibid.*, para.29.

4) *Fosu v. Canada* (1994), 90 F.T.R. 182; *Husseini v. Canada*, 2002 FCT 177 (CanLII)

5) *Melchor v. Canada*, 2004 FC 372 (CanLII), 11/03/04.

6) 申請者は、「ここで『公然と同性愛カップルである』というのは、単純に、カップルとして社会生活を営むことと、人々がその者達がカップルであることを知っているということを意味する」と述べている。

た」のだと主張した。

これに対しO'Keefe判事は、申請者たちの主張を全面的に認め、出身国への送還は「取り返しのつかない危害」を引き起こすだろう、とした。ただしこの判決は、「取り返しのつかない危害」が、申請者たちがメキシコで公然と生活する結果として受ける危害を意味するのか、公然と生活したいのにできないということ自体を意味するのか、を明らかにしなかった。いずれにしても、慎重であれば迫害を受けないとしても、申請者は公然と生きたいと望んでいるのであるから、申請者に慎重であることを要求することはできない、という姿勢を示したものだといえ、タイプ [a-2] または [c-1] に該当する⁷⁾。ただしこの判決も同様に、Appellant S395判決の影響を受けたかは不明である。

また、IRBのMA3-10913決定（2004年）は、出身国では、同性愛者として公然と生活することを欲する個人は迫害を受けるという危険に直面している、ということに基づいて難民該当性を認めた。この事例は、[a] または [c-1] に該当する。

（3）英国

・Z判決（2004年、控訴裁判所民事部門）⁸⁾

英国では「慎重」要件が課されてきたため、この事例で申請者は、「国際難民法の新しい出発」としてAppellant S395判決に依拠した。しかしBuxton判事は、Appellant S395判決はそのようなものではないとした。その理由として控訴裁判所は、Appellant S395判決が述べたことは、そのAppellant S395判決が引用した英國控訴裁判所のAhmed判決（1999年）⁹⁾及びDanian判決（1999年）¹⁰⁾を通じてすでに確立していることだからであるとし¹¹⁾、そのAhmed判決及びDanian判決からAppellant S395判決とは異なる見解を導き出した。

Buxton判事が引用したのはDanian判決におけるBrown判事の次の部分である¹²⁾。

『全ての庇護事例においては問われるべき問い合わせ究極的にはひとつある。つまり、もし帰国すれば申請者が条約上の事由で迫害されるという深刻な危険性があるのか、という問い合わせである。重要な問い合わせは、もし帰国すれば、申請者は実際のところ彼がそうするつもりだと言っている通りの方法で行動し、その結果として迫害に苦しむだろうか？というものである。もし彼がそう行動するだろうということになれば、彼が自らの自由に課せられた不可避の制限を受け入れることを拒否するなんて非合理的だと思われるかもしれないが、彼は庇護を受ける資格がある…。』¹³⁾

7) IRBのTA2-19317決定（2004年）も同様に [a-1] に該当する。

8) Z v SSHD, Court of Appeal (Civil Division) EWCA Civ 1578, 02/12/04.

9) Unreported, United Kingdom Court of Appeal, 05/11/99.

10) Danian v SSHD, [1999] EWCA Civ 3000 28/10/99.

11) Ibid., para.16.

12) Ibid., para.16.

13) Ibid., para.16.

Buxton判事は、上述のBrown判事の分析からは、必然的に、「少なくとも、もし、彼がさもなければ採ったであろう振舞いを修正すること自体が、彼に対する迫害に該当するほどに十分重大である場合には、彼がそのような修正をすることによってさもなければ迫害的である行為を避けることができるかもしれない、ということを根拠に庇護を拒否されることはできない。」¹⁴⁾ いうことが導かれたとした。この記述からは、Buxton判事はAppellant S395判決と同様に「慎重」要件を否定したようにも読める。

Buxton判事は、当事例について、もしIATがZは迫害を避けるよう要求されるということに基づいて庇護を与えなかったならAhmed判決を尊重しなかったことになるとした。しかしそうしながらもBuxton判事は、IATは「Zが自国で、脅威が無ければ自らが望むであろう振舞いとは異なるよう振舞うことが可能である、ということを理由に庇護を拒否されるべきであると言ったのではなく、むしろ「Zはジンバブエに帰国すれば、過去と同様に将来も、当局の不都合な関心を惹きつけそうにないような振舞いの方を選択し続けるだろう、と述べたのである」¹⁵⁾ として、IATの判断を支持した。

つまりBuxton判事は、申請者がたとえ庇護申請中「帰国後は公然と振舞うつもりである」と述べていても、実際には帰国後は公然と振舞わないだろう、と判断される場合には難民該当性を認めない、という見解を示したのである。したがって、Buxton判事の見解によれば、公然と振舞いたいけれども迫害の恐怖ゆえに「慎重」に振舞わざるを得ないために「慎重」に振舞うだろう、という場合には難民該当性を認められない。すなわちこの判決は、タイプ [b-1] は認めないがタイプ [b-2] なら認める、という立場を示していると言える。つまり「慎重」要件を受け入れるものである。

・ MN, 00021決定 (2005年、IAT)¹⁶⁾

IATは、申請者に対して迫害をひきつけるような行為をしないよう求めることは、同性愛であることを否定するよう期待することであり、これによって難民該当性を否定することはできないとして、Appellant S395判決のGummow判事及びHayne判事の共同意見の中の、「慎重」要件を明確に否定した部分である第78段落から第81段落を引用した¹⁷⁾。

そしてIATは、庇護申請者の行動の合理性についての調査は、難民該当性の判断には無関係であるとした¹⁸⁾。その理由は、同性愛であることは「性的活動の問題」というよりはむしろ性的アイデンティティの問題である¹⁹⁾ので、それをどのように行動に移すかによって難民該当性が左右されるべきではない、というものである。IATは、自らの性的活動を慎重に行うことによって迫害を避けることができる者は難民には該当しないという考え方は、セクシャリティの表現を私的な性的行為

14) Ibid., para.16.

15) Ibid., para.17.

16) MN (*Findings on Sexuality*) Kenya [2005] UKIAT 00021, 28/01/05.

17) Ibid., para.9.

18) Ibid., para.13.

19) Ibid., para.15.

だけに矮小化するものであり、誤りであるとした。つまり、タイプ [b] を否定したのである。そして、自らのセクシャリティに関して「慎重」でいなければならないという状況は「嘘を生きなければならぬことであるため迫害に該当する、ということを次のように述べた。

「嘘を生きることによってしか、つまり、継続的に自らの意思に反して…密かに生き常に発見の心配をしながら生きることによってしか、自らのセクシャリティを理由とする迫害を避けることが出来ない者は、圧迫されている。さらに、圧迫の性質及びそれに対する彼の対応からすれば、そのような圧迫は迫害的であると言うに十分深刻だっただろう。」²⁰⁾

一方でIATは、申請者が自らのセクシャリティについてどうありたいか及び何をしたいかを事例毎に明確にすることが重要であるとした²¹⁾（すなわちこの事例はタイプ [c] に該当する）。IATは、ある者が自らが同性愛であることを一定程度明らかにしたいと欲しないことは確かに珍しいが全ての事例においてそうではないと言えるものではなく、ゆえに「社会的または法的な圧力への対応としての振舞いの抑制のすべてが迫害的だ、とは言えない」とした²²⁾。

その上で、申請者の個別の状況に照らして迫害の真の可能性が存在するかどうかを検討した²³⁾。その検討に際してIATは、第一の問いつまり「上訴人が…迫害を受けるという真の危険性に自らをさらすような何かをしようとするだろうか」に答えなければならないとした²⁴⁾。そして、もしその答えが「しようとする」なら難民に該当するし、逆にその答えが「そのようなことをしようとしない」なら、続いて第二の問いつまり「上訴人は自らを危険にさらすような何かをしたいと欲するだろうかどうか」に答えなければならないとした²⁵⁾（これはまさしく、タイプ [c-2] に該当する）。そして、第二の問い合わせる際の留意点について次のように述べた。

「いくらかの人々は、慎重に生活して幸せだろう。しかし、もし上訴人が、そうすることを抑制されていると感じる何かをしたいと欲するなら、上訴人は、何をしたいのかとその理由を説明しなくてはならない。そして難民該当性を決定する側は、申請者を抑制している法的または社会的な圧力が、迫害として適切に言い表されるほどに深刻なものであるのか否かを決定しなければならない。」²⁶⁾

20) *Ibid.*, para.23.

21) *Ibid.*, paras.25-26.

22) *Ibid.*, para.27.

23) *Ibid.*, para.30.

24) *Ibid.*, para.31.

25) *Ibid.*, para.32.なお、この事例でIATは、後述するニュージーランドRSAAの74655/03決定を、IATの立場に近いものとして引用した。

26) *Ibid.*, para.32.

・ RM and BB, 00117決定（2005年、IAT）²⁷⁾

同性愛に刑罰を科す規定を持つイランの同性愛者の難民該当性を否定した事例である。

IATは、同性愛行為を行ったという点で当局の関心をひきつけた者が刑法規定の適用対象となる真の危険性が存在しているので、そのような危険があることは同性愛行為を行おうとする者にも知られているということが前提できる、とした。IATは、この前提に従って、同性愛行為を行おうとする者は必然的に、当局の関心をひきつけないよう「注意深く」実行するだろうと考えられる、とした²⁸⁾。すなわちIATは、イランにおける同性愛者は、刑罰を科される懼れから注意深く振る舞うため、結果として当局の関心をひきつけず、迫害を受けるという真の危険性がない、としたのである。これは、そのように慎重に振舞わなければならぬこと自体は迫害に該当しないとする見解であり²⁹⁾、タイプ [b-2] に該当する。

そして、オーストラリア連邦最高裁判所の*Appellant S395*判決については、「別の日の別の議論である」として特に採り上げなかった³⁰⁾。

(4) ニュージーランド

・ 74665/03決定（2004年、RSAA）³¹⁾

RSAAは、*Re G.J.*決定以来「慎重」要件を否定する立場をほぼ一貫して維持していると言えるが、74665/03決定は、「慎重」要件を否定した事例の中でも特に詳細かつ明確なものである。RSAAは、同性愛を違法化する刑法規定の存在自体が同性愛者に対する社会的な敵視を促進し、結果として同性愛者の自己圧迫（self-oppression）を引き起こしており、それは迫害を構成する、と述べた。

「*National Coalition for Gay and Lesbian Equality*判決…に於いて Sachs判事が示した意見は、社会的敵視、差別及び偏見と連結される出身国の国内法規定はそれ自体が特定の形態の圧迫を構成しうる、というものである。同性愛嫌悪に基づく（homophobic）攻撃を促進する法律は、Sachs判事が印象深く表現した『自己圧迫』に直接つながりうる。

『迫害される』というフレーズの範疇を、国家による保護の欠如を証明する持続的または組織的な基本的人権の侵害として理解することは、次のことを意味する。すなわち、難民の定義は、迫害を避けるために庇護申請者は何ができるかという観点からではなく、危険にさらされている基本的人権及び結果として起こる危害という観点からアプローチされる、ということである。もし庇護申請者が出身国において行使するつもりである権利が関

27) RM and BB (*Homosexuals*) Iran CG [2005] UKIAT 00117, 08/06/05.

28) *Ibid.*, para.124.

29) そうしながらもIATは、「我々は當決定が、慎重要件を課すものとして解釈されることを望まず、むしろ同性愛者がイランにおいて影響を受ける法的な文脈においては、行為に伴うであろう明らかな反響に対する懼れから自ら慎重に行動しそうであるという認識である、と解釈されることを望む。」と述べた。

30) *Ibid.*, para.124.

31) REFUGEE APPEAL NO. 74665/03, 07/07/04.

連する権利の核にあって深刻な危害の脅威があるならば、庇護申請者に対して、その権利を失うか差し控えるかもしくは出身国に帰国した際に自己否定または慎重を実行することができるということに基づいて難民の地位を否定したり、又は引き起こされた自己圧迫のなかで存在するよう要求することは、難民条約の文脈、目的及び意図に反するだろう。庇護申請者に、核となる権利を放棄するよう要求することによって、難民該当性決定権者は、庇護申請者に対して、同様の服従的で従順な振舞いを要求している。つまり、出身国の迫害者が迫害行為によって達成しようとしている、基本的人権の否定と同じことをしているのである。出身国において『迫害される』という庇護申請者の苦境に関して難民該当性決定権者が共犯を犯すという可能性は、立ち向かわなければならない（must be confronted）」³²⁾

当決定においてRSAAは、基本的に*Appellant S395*判決を支持しながら、それに関して独自の見解を示した。

RSAAは、McHugh判事とKirby判事の第40段落及び第41段落の記述を支持し、「締約国が、条約に基づく保護を彼らに与える前に、自らの信条または意見を修正したり、自らの人種、国籍、特定の社会的集団の構成員であることを隠したりするよう要求することは、条約の目的を傷つけるだろう」とした。その一方でRSAAは、*Appellant S395*判決は「残念なことに、なぜ振舞いが修正されたり隠されたりするべきではないのかに関して何ら理にかなった説明を提供していない」と批判した³³⁾。

また、McHugh判事とKirby判事の共同意見、Gummow判事とHayne判事の共同意見がいずれも、庇護申請者が「合理的」に振舞うかどうかは難民該当性とは無関係であるとしたことについては、「McHugh判事及びKirby判事が国際人権基準の関連性を（たとえ間接的にではあっても）認めた一方で、Gummow判事及びHayne判事は第83段落で…『迫害される』の意味を人権からアプローチして理解することを放棄した」と指摘した³⁴⁾。

RSAAは*Appellant S395*判決とは異なり、個人がすることができることは何なのかということを識別することは難民該当性の決定と関係がある、としてその理由を次のように述べた。

「RSAAは人権を難民調査の中心に置く。…『迫害される』という要素は、個人及び国家が、国際人権法が示した境界線を識別することを認める…。一度このような境界線が識別されると、申請者が望む行為は権利の中心と周縁のいずれにあるのかという判断や、国家によって課される禁止及び制限が国際人権法に照らして合法であるのか否かの決定が可能となる。もし、申請者が望む行為が権利の中心にあってその制限が不法であるなら、申請者が

32) Ibid., para.113-114.

33) Ibid., para.116.

34) Ibid., para.118.

慎重であることによってまたは迫害を加える者の願いに沿うことによって危害を避ける義務は、全く存在しない。しかしもし、申請者が望む行為が保護されている利益の周縁にあるなら、脅されている危害に直面した際にその行為に固執することは、難民条約の目的に照らして『迫害される』という状況に該当しない。」³⁵⁾

つまりRSAAは、難民該当性判断の際には、申請者が望んでいる行為が、国際人権法によって保護される権利の中心と周縁のいずれに該当するかを判断することが必要である、という解釈を示したのである。

そしてイランの状況について次のように述べて、難民該当性を認めた。

「…厳しい刑罰や法定外の鞭打ちや、社会的非難、公衆の面前での侮辱、差別及び不平等な扱い、を避けるためには、イランにおける同性愛者は『慎重』でなければならない。同性愛者たちは重要な『私的な』生活を否定されている。たいていの場合、性的指向は注意深く隠されなければならない。

上訴人は、この状況 — とりわけ私生活の否定、不平等な扱い、基本的人権の行使の司法的及び法定外の結果 — から逃れたいと望んでいる。彼の難民地位申請は国際人権法の十分確立している原則に基づくものである。つまり、プライバシーの権利（ICCPR第17条）及び平等及び反差別の権利（ICCPR第2条1項及び第26条）。ここでは権利の周縁にある活動は無関係である。国際人権規範に基づけば、イランがただ基本的人権を行使しようとしているだけの同性愛者を脅かし深刻な危害を加える、ということもまた明白である。

…上訴人はもしイランに帰国すれば、同性愛者として公然と生きることができないだろうし、自らの性的指向を否定するかまたは厳しい司法的もしくは法定外の罰の危険に直面するかのどちらかを選択しなければならないだろう。」³⁶⁾

・73605決定（2004年、RSAA）³⁷⁾

RSAAの73605決定（2004年）は、同性愛に関して「慎重」でいなければならないこと自体が迫害に該当することを最も明確に述べた決定である。この事例では、申請者が同性愛者であることはイラン当局に知られていなかったが、RSAAは「知られていないという事実それ自体は決定的なものではない」³⁸⁾と述べた。

この決定は、「難民法には、申請者は迫害されることを避けるために自ら慎重に振舞わなければならない、という要件はない」ということを土台としている³⁹⁾。そして、公然と生活した場合には

35) *Ibid.*, para.120.

36) *Ibid.*, para.126-129.

37) REFUGEE APPEAL NO.73605, 13/01/04.

38) *Ibid.*, para.66.

39) *Ibid.*, para.68.

迫害を受けることを示し、彼はその迫害を避けるために慎重に振舞わざるを得なくなり、そのこと事態が迫害に該当する、という結論を示した。その部分は次のとおりである。

「もし彼がイランに帰国して公然と同性愛者として生活すれば、彼は、同性愛者であるという地位のために彼に深刻な危害を課すことによって平等の権利及びプライバシーの権利を破る法体系を通して国家によって迫害される、という真の可能性がある。…

実際、もし上訴人がイランに戻れば、彼は（以前そうであったように）、迫害されるという恐怖を通じて、彼のセクシャリティを世間一般から隠しつづけることを強いられるだろう。最悪の場合、彼は自己否定を余儀なくされるだろうし、よくても、『慎重』であることを強いられ、Sachs判事が言ったように『共同体の中の目に見えない部分』になるだろう。実際には彼は、平等とプライバシーの権利を有するためにには、国際人権法が国家に対して保護するよう要求している地位そのものを否定する必要があるだろう。」⁴⁰⁾

そして翌年のRSAAの75419決定（2005年）⁴¹⁾も74665/03決定⁴²⁾に従い、同性愛者が「慎重」でなければならぬということ自体が重要な私生活の否定であり迫害を構成する、という解釈に基づいてイラン人同性愛者の難民該当性を認めた⁴³⁾。

(5) オーストラリア

- ・ N03/47711決定（2004年、RRT）⁴⁴⁾

RRTはまず、申請者は帰国しても現在の生活様式を維持したいと望んでいて、帰国すればパートナーを求めるだろうし、もしかするとそれには同居することも含まれるかもしれない、とした。このような申請者の意思を受けてRRTは、申請者は単なる同性愛行為については迫害を受けないかもしれないが、一時的ではない同性愛関係をしっかり築いていこうとすれば一すなわち、自らの性的アイデンティティを尊重して生きようとすれば一迫害を受けるという真の可能性があるとして、難民該当性を認めた。これは、明らかに「慎重」要件を否定する見解であり、タイプ [c-1] に該当する。

- ・ N03/45473決定（2004年、RRT）⁴⁵⁾

RRTは、申請者は過去に同性愛を理由とする迫害を受けていなかったが、彼の現在の状況に照らして、帰国すれば迫害を受けるだろうとした。その理由としてRRTは、申請者の現在の状況は過去

40) *Ibid.*, para.70-71.

41) REFUGEE APPEAL NO 75419, 25/02/05.

42) supra note 86.

43) *Ibid.*, paras.31-36

44) RRT Reference: N03/47711, 30/01/04.

45) RRT Reference: N03/45473, 30/01/04.

とは異なるということを認めた。なぜなら、オーストラリアでの生活を通じて申請者は公然と同性愛者としての生活を送ることに慣れたし、もしバングラデッシュに戻ってもそうし続けることを欲するだろうからである。

そして、もし申請者が望むように公然と生活すると迫害を受ける可能性があることを認めた。申請者は、「もし申請者が男性との性的接触及び性的関係を求めれば、身体的危険、脅威、及び逮捕の危険にさらされるだろう」、「バングラデッシュにおいては同性愛行為は違法であり、たとえその法が実施されていないとしてもその存在によって申請者が迫害に苦しむだろう」と主張した。これに対してRRTは、国情報から、「申請者が条約にいう迫害を構成するに十分な嫌がらせ、危害、身体的虐待、そして侮辱にさらされるかもしれない、という真の可能性がある」とし、難民該当性を認めた。

この決定はタイプ [a-1] あるいは [c-1] に属するといえるが、RRTの記述だけでは、もし申請者が公然と生活しそうにない同性愛者であった場合でも難民該当性が認められたのかは不明である。

・ N03/47285決定（2004年、RRT）⁴⁶⁾

この事例はタイプ [a-2] に該当する。

RRTはまず、申請者が過去に慎重であろうとしていたにもかかわらず迫害を受けてきたことを認めた。その上で、将来の迫害の可能性について検討した。その際、*Appellant S395*判決に触れて次のように述べ、「慎重」要件を明確に否定した。

「連邦最高裁判所の*Appellant S395*判決は、意見、信条、及びアイデンティティの表現及び抑圧を含む申請の評価に関する現在の原則を補強する。多数派の判決は、RRTは申請者が保護を受けるために迫害を避けるための手段をとることを要求する管轄権も権限も有しない、ということを明確にした。したがって、同性愛を理由とする申請を、申請者が慎重であることによって合理的に迫害を避けられるということを理由に否定することは誤りであろう。難民該当性決定権者は、基本的な問題、すなわち申請者は迫害されるという十分に理由のある恐怖を有しているか否かという問題から逸らされるべきではない。当事例においては、申請者が、自らに向けられる危害を防止したりまたは最小限にしたりするために自らの性的活動において慎重であることが不可欠であると感じていた、ということが明確である。それでも彼は深刻な損害に苦しんでいた。申請者の証拠はまた、彼は『拘禁されるかまたは殺される』ことを予測して『恐怖の下で生活していた』ということと、『彼の自由及び熱望は抑圧されてきた』ということも示している。RRTの考えでは、彼に継続

46) RRT Reference: N03/47285, 15/06/04.

的な恥の意識と報復への恐れを引き起こす類の、社会及び家族の継続的嫌がらせは、積み重なって、条約の意味での迫害に該当するに十分深刻である。したがってRRTは、申請者がヨルダンに帰国したら迫害を受けるであろうという真の可能性があると確信する。」

・ N03/47786決定（2004年、RRT）⁴⁷⁾

RRTは、N03/47711決定（2004年）と同様、単なる同性愛行為に対しては迫害がないとしても、申請者が望むような同性愛者としてのアイデンティティに基づいた生活を送ろうとすると迫害を受けるとした。

RRTは、申請者が望むように同性愛者としてのアイデンティティに基づく生活様式を実行することは「アフガニスタンで確立している法的、社会的、文化的及び宗教的規範」に反するため、「深刻な法的制裁 — 最近の報告によれば、（もしかするともはや死刑ではないかもしれないが）長期的な投獄を命じる刑 — を引き寄せる」ということを認めた。そして「そのような刑罰は、結果としてさらなる危害に至るような厳しい社会的態度を暗示する」ということも認めた。RRTはこれらが『深刻な危害』を構成するとし、これらの危害を避けるために公然と生活することをやめよう求めるることはできないと、次のように述べた。

「RRTは、そのような危害は申請者が同性愛者であること『を理由として』生じるだろうということを受け入れる。RRTは、法的制裁が『同性愛』（おそらく同性愛行為）に適用されるということと、そのような行為が慎重に実行され、そして/または、特定の社会的文脈において実行される場合には寛容さがあるようであるということに、留意する。連邦最高裁判所のAppellant S395判決の理由づけにしたがって、申請者は、迫害的危険を避けるために公然と同性愛者として生きることをやめて彼の活動を大目に見られているようであるものに限定するよう要求されるべきではない。したがってRRTは…申請者は条約に関連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判断する。」

以上のように、オーストラリアにおいては、Appellant S395判決以降に「慎重」要件が問われた事例においては、すべて、「慎重」要件は否定されている。

(6) 小括

以上で見てきたように、米国、ニュージーランド、カナダ、オーストラリアでは、「慎重」要件を否定する傾向がある（ただし英国ではまだ解釈が統一されていない）。英国以外では、タイプ [b] は否定され、タイプ [a] 及びタイプ [c-1] が受け入れられてきていると言ってよい。

47) RRT Reference: N03/47786, 09/09/04.

ただし、オーストラリアとニュージーランドの間には、同性愛者の性的指向に基づくどのような行為を行う権利が国際人権法上保障されているといえるか、すなわち「慎重さを求められるべきではない範囲にある行為とは」を難民該当性判断の際に考慮すべきか否か、という点で相違が見られる。ニュージーランドは、迫害があるかどうかを判断するためには、このような範囲を決定することが不可欠である、とする。それに対してオーストラリアは、このような範囲を決定することは、「どのような『振舞いの修正』であれば、条約の目的に反することなく申請者に要求できるか、」という検討を引き起こすので、不適当である、とする。いずれにしても、同性愛者が迫害を避けるために全般的に「慎重」であるよう求められるべきではない、という点では両国ともに一致している。

3.3.5. 各類型の評価

この項では、これまでこの節で述べたことを最後に要約しつつ、判決の各類型について評価を行い、望ましいモデルを提案する。

まず、タイプ [a] は、「慎重」であれば迫害を避けられるとしても難民該当性を否定しない。このタイプは、申請者の出身国において同性愛者に対する迫害が存在し、それに対する国家による有効な保護が与えられない場合、難民該当性を認めるものである。一方、同様に「慎重」要件を否定するタイプ [c-1] 及び [c-2 (a')] は、申請者の意思、すなわち申請者はどのように振舞うことを望んでいるか、を問う。これらに対してタイプ [b] 及び [c-2 (b')] は、「慎重」であれば迫害を避けられる場合には難民該当性を認めないという、「慎重」要件を課すタイプである。

「慎重」要件は否定されるべきである。

同性愛者にとって、自らが同性愛であることは人間としての尊厳にとって根本的なことであり、同性愛であるという性的指向を尊重される権利は保護されるべき基本的人権である。なぜならば、同性愛であることが個人のプライバシーであると同時に、自らのパートナーと出会い関係を築くことは、人間が人間らしく生きていくために不可欠なことだからだ。そのために行うこと — すなわち、同性愛の表明や実行 — を理由に迫害を受けること、あるいはその迫害に対する恐怖のために自らが同性愛であることを隠さねばならないことは、自らの根本的な部分の否定につながる。したがって、同性愛に関して慎重であれば迫害を受けずに生きていくことができる、という論理で庇護希望者を送還することは、難民条約締約国自身による第二の迫害であるといえる。

それでは、「慎重」要件を否定するタイプ [a]、[c-1] 及び [c-2 (a')] が望ましいタイプでありモデルたりえるものかというと、そうとは言い切れない。筆者は、いずれのタイプもその説得力及び応用可能性において不十分であると考える。なぜなら、難民該当性決定権者が自らの判断に一貫性を持たせるためには、様々な事例に応用が可能なモデルである必要があるにもかかわらず、これらのタイプはそのような応用可能性を有するものではないからである。その理由は以下の通りである。

まず、タイプ [a] は個別の同性愛者のおかれている状況に対応しない。つまり、申請者が同性

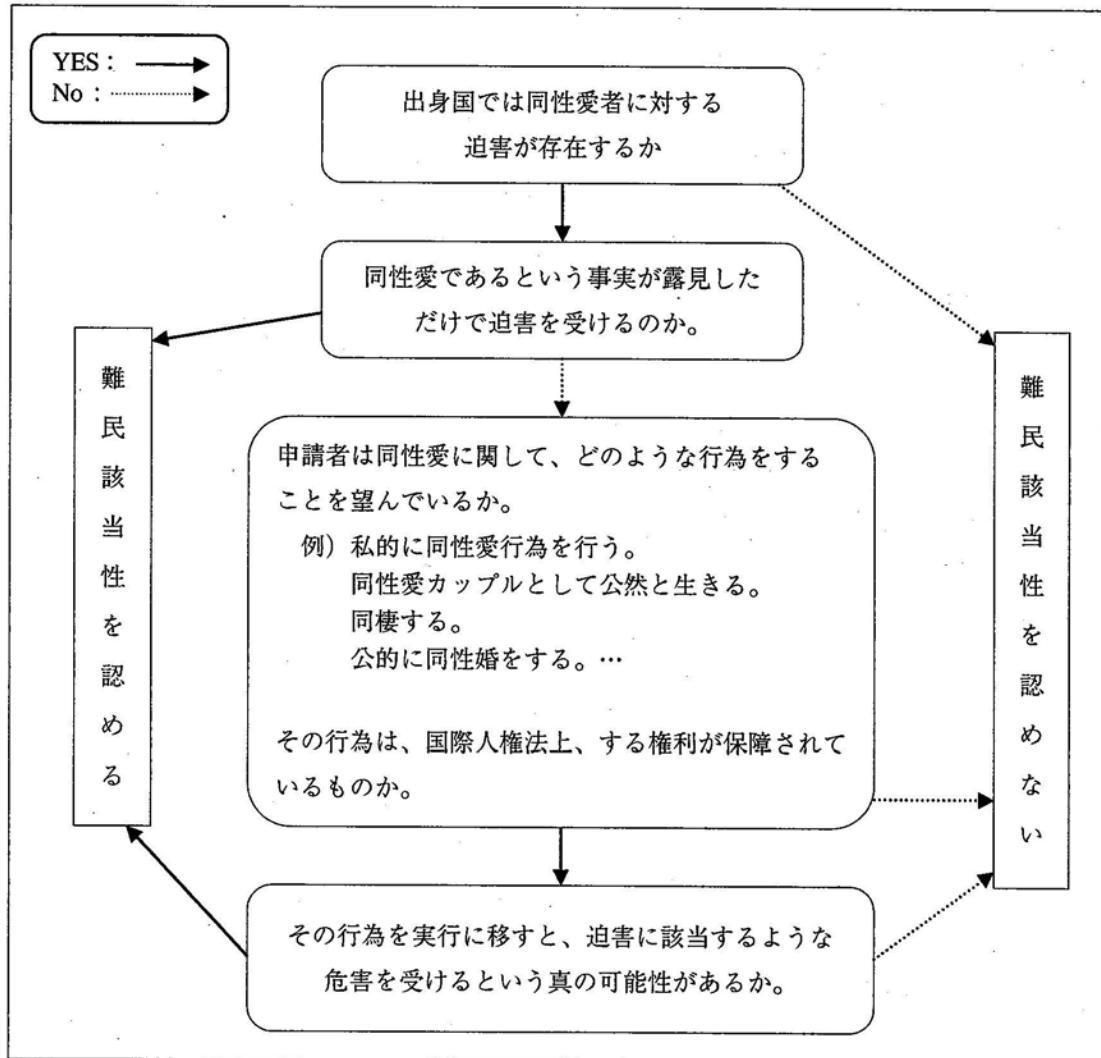
愛に関するどういう点を理由に迫害を受ける恐れを有していると主張しているのか、という点が判断に反映されない。しかし、同性愛者である申請者の事情は、事例ごとにさまざまである。たとえば、私的な空間で同性愛行為を行うことを望んでいる申請者がいたとする。その申請者の出身国では、そのような同性愛行為を行っただけでは迫害を受けないけれども、道路上のような公的な空間で愛情表現を行った場合には迫害を受ける、とする。その場合、申請者が望んでいることが前者のような行為だけである場合、難民該当性が認められるべきだとは必ずしも言えない。したがって、漠然と「慎重」さを求められるべきではないとするだけではなく、個別の事例の申請者がどういう迫害を恐れているのかという点がある程度難民該当性判断に反映されるようなモデルが用いられなければならない。

一方、タイプ [c-1] 及び [c-2 (a')] は最終的には申請者の意思に基づいて判断し、「迫害を避けるためには慎重たらざるを得ない、という状況は迫害に該当する」という解釈を土台としている。しかしタイプ [c] は、3.3.3.の (3) で述べたように、申請者自身が「慎重」であることを望んでいるという事実認定に基づいて難民該当性を否定する結論に至りがちである、という問題点を含んでいるし、「慎重」要件への賛否が混在している不完全なタイプでもある。

そこでここで望ましいモデルを提案したい（前出のいくつかの事例は、このモデルに近い）。それは図2の通りである。なお、ここでは、前項の小括で述べたニュージーランドとオーストラリアの立場の相違についてニュージーランドの立場を支持する。なぜなら、同性愛者が迫害を受けることなくすることを保証されている行為の範囲を決定することは、同性愛者に保障される権利を限定的に解釈することにつながるとは限らない。また、たとえば、法律上の結婚を望んでいる同性愛者がいたとする。その出身国では、同性愛カップルはカップルとして公然と生きても迫害を受けないが、法律上の結婚が認められていないとする。この場合、法律上の結婚ができないことが迫害に該当すると言えるか否かを判断する際には、同性愛者に対して法律上の結婚をする権利が認められるべきか否か、ということを判断することが必要になるであろう。したがって、ある申請者が迫害を受けるか否かを判断するためには、ある程度そのような範囲決定をすることが必要となる。その際には、各時代に応じた国際人権法の解釈や、難民条約締約国の人権法の解釈が反映されるだろう。

図2で示したモデルは次のような流れで難民該当性を判断する。まず、「その国では同性愛者に対する（同性愛を理由とする）迫害が存在するか」を問う。存在する場合、次に「申請者は同性愛に関するどういう点で迫害を受けることを恐れているのか」を問う。ここで、もし「同性愛者であるという事実が露見しただけで迫害を受ける」という場合には難民該当性を認める。その際、慎重であることによって露見を避けられるか否か、は問わない。一方、「同性愛者であるという事実だけでは迫害を受けない」という場合には、「申請者は同性愛に関するどういう行為について迫害を恐れているのか、どういう行為を望んでいるのか」を具体的に問う。そうして具体的な意思を問うた後に「その望んでいることは、国際人権法上、個人がすることを保障されていることであるか」を問う。保障されていることではないという場合には、難民該当性を認めない。しかし、保障され

<図2>



ている場合には、「その望んでいることを実行に移した場合、迫害に該当するような危害が加えられるか」の是非にしたがって難民該当性を判断する。このモデルは、ここで「その迫害は慎重に振舞うことによって避けられるか」を問わないものである。

おわりに

同性愛者は、PSGに該当しうる。このことは、少なくとも本稿の考察対象である米国、英国、カナダ、ニュージーランド及びオーストラリアにおいては、もはや異論がない。

また、同性愛者の難民該当性判断の際には、国際人権法上同性愛者に認められている権利に関し

て「慎重」要件が課されるべきではない。難民条約上の難民の定義に「『慎重』であることによつて迫害を避けることができないこと」という要件は挿入されていない。同性愛者に認められている権利が何なのか、という点については、さまざまな解釈がなされうるだろう。しかし少なくとも、同性愛であるという事実が露見しただけで迫害を受けるために同性愛であることを慎重に隠さねばならない、という場合には難民該当性が認められるべきである。なぜならば、同性愛であるということは、自らのアイデンティティにとって根本的な部分であり、それを隠さなければならぬことは、基本的人権の深刻な侵害であると言えるからである。

ある庇護申請者が難民に該当するかどうかは、難民条約締約国それぞれの判断に任されている。同性愛者の難民該当性を判断する際にも、締約国の人権觀がそれぞれ反映される。特に同性愛者の場合は、前述したように、難民条約締約国においても長年刑罰規制の対象となってきたという、宗教や政治的意見とは異なる背景を有している。それゆえ、各国の人権觀の反映される余地はより大きいといえる。今後、同性愛者の難民申請がどのように扱われるかは、国際人権法上及び各国の人権法上、同性愛者の権利がどのように保障されるかによって、大きく影響を受けるだろう。

2005年末、英国で同性愛者にも法律上の結婚の道が開かれた。英国における同性愛者の難民申請に何らかの変化がおきるのか、起きるとすればどのような変化か、見守りたい。