

海外判例評釈

同性愛行為が犯罪化された出身国から逃れてきた難民申請者に対し、同性愛性の隠匿やその表現の自制を求められないが、犯罪化それ自体は迫害を構成しないとした事例

X, Y, Z v Minister voor Immigratie en Asiel, C-199/12 - C-201/12, Court of Justice of the European Union, 7 November 2013

1. 事案の概要

本件は、出身国における同性愛行為の犯罪化（criminalization）に基づいて提起された難民申請について、オランダが、国内の裁判所で終局的判決を下すに先立ち、欧州連合司法裁判所に宛て、先決裁定を求めた事案である。その諮問事項は、次の3点のように定式化された。

- (1) 同性愛指向（homosexual orientation）を持つ外国国民は、指令第10条1項(d)に言及される特定の社会的集団を形成するか。
- (2) もし(1)の問題が肯定されるならば、いずれの同性愛活動が、同指令の範囲に含まれるか。また、当該活動に関する迫害行為の事案において他の要件が満たされるならば、それは難民の地位の付与に繋がり得るか。その問題は、次の下位問題を含む：
 - (a) 同性愛指向を持つ外国国民は、その出身国における迫害を回避するため、すべての人に対してその指向を隠匿する（conceal）よう期待され得るか。
 - (b) もし(a)の問題が否定されるならば、同性愛指向を持つ外国国民は、迫害を回避するため、自制をかける（exercise restraint）よう期待され得るか。もしそうであるとすれば、出身国においてその指向を表現するとき、いかなる範囲での自制が期待され得るか。また、同性愛者には異性愛者よりも大きな自制が期待され得るか。
 - (c) 関連して、もし当該指向の中核領域にかかる表現の諸形式とそうではない表現の諸形式とが区別され得るとすれば、何が当該指向の中核領域を構成するものと理解されるべきか。また、それはいかなる方法で決定され得るか。
- (3) ……同性愛活動の犯罪化とそれに関連する禁固刑の脅威は、指令第9条2項(c)と併読される第9条1項(a)の意味において、迫害行為を構成するか。そうでないとすれば、いかなる状況がそれにあたるか。

ここに言及される指令（2004/83/EC）1の条文には、次のように定められている。

第9条【迫害行為】（Acts of persecution）

1. ジュネーブ条約 [= 難民条約] 第1A条の意味の範囲に含まれる迫害の行為は、次のようではなければならない。すなわち、
 - (a) その性質または頻度により、基本的人権（特に〔in particular〕欧州人権条約第15条2項の下でデロゲーションを行えない権利）の過酷な侵害を構成する程度に十分に重大であるもの、または、……
2. 第1項に該当する迫害の行為は、次の形式を、特に、採ることができる：（can, inter alia, take the form of:）……
 - (c) 均衡性を欠くもしくは差別的である訴追または処罰、……

第10条【迫害の理由】 (Reason for persecution)

1. 加盟国は、迫害の理由を評価するにあたり、次の要素を考慮に入れなければならない。

……(d)特に次の場合には、集団は特定の社会的集団を形成するものとみなされなければならない。

—当該集団の構成員が、生来的特徴もしくは変更不可能な共通の背景を共有している場合、または、その放棄を強制されるべきでないほどアイデンティティもしくは良心にとって基本的である特徴または信念を共有している場合、および、

—当該集団が、関連国において、[当該集団を] 取り巻く社会から区別されて認識されていることを理由に、別個のアイデンティティを保持している場合；

出身国の状況により、特定の社会的集団は、性的指向という共通の特徴に基づく集団を含み得る。性的指向は、加盟国の国内法に従い犯罪とみなされる行為を含むものとは理解され得ない：ジェンダーに関連する諸側面は、そのみによって本条項の適用可能性の推定を生じないものとみなされ得る；……

2. 判旨

裁判所は、上記の諮問事項に対し、(1)、(3)、(2)の順序により次のように回答した。

(1)への回答 (paras.41-49)

指令第10条1項(d)は、同性愛者を特別に対象とする刑法の存在により、同性愛者は「特定の社会的集団」を形成するという判断を支持する。

同条項の要件は、第1の要件 [= 「当該集団の構成員が、生来的特徴もしくは変更不可能な共通の背景を共有している場合、または、その放棄を強制されるべきでないほどアイデンティティもしくは良心にとって基本的である特徴または信念を共有している場合」] について、同指令10条1項 (d) の第2文 [= 「出身国の状況により、特定の社会的集団は、性的指向という共通の特徴に基づく集団を含み得る」] によって満たされ、第2の要件 [= 「当該集団が、関連国において、[当該集団を] 取り巻く社会から区別されて認識されていることを理由に、別個のアイデンティティを保持している場合」] について、同性愛者を標的とする刑法の存在によって満たされる。

(3)への回答 (paras.50-61)

指令第9条2項(c)と併読される第9条1項は、同性愛行為の犯罪化がそれ自体では迫害を構成しないものと解釈される。ただし、同性愛行為に対し、出身国において実際に適用された (actually applied) 禁固刑は、「均衡性を欠くまたは差別的である処罰」であって、それ自体「迫害行為」を構成する。

基本的権利の侵害が難民条約第1A条の意味における「迫害」を構成するには、「十分に重大」 (sufficiently serious) でなければならない。同性愛者である庇護申請者が受けるあらゆる基本的権利の侵害がその重大性に達するわけではない。また関連して、性的指向に深くかかわる基本的権利は、デロゲーションが許容されない基本的人権ではない。その事実と状況の評価にあたり、あらゆる関連事実の審査を行い、かつ、禁固刑が実際に適用されるかどうかを決定するのは、国内の当局である。

(2)への回答 (paras.62-78)

—予備的考察 (paras.62-64) (省略)

—(a)(b)への回答 (paras.65-76)

同指令第2条(c)と併読される第10条1項(d)は、権限ある当局が、庇護申請者が迫害のリスクを避けるため出身国においてその同性愛性を隠匿したり、性的指向の表現も自制をかけるよう合理的に期待し得ないものと解釈される。

第10条1項(d)のいずれの文言も、性的指向に結びつく行為または表現を当該規定の範囲から除外する意図を示していない。また、第10条1項(b)に定められる宗教概念が公的な礼拝への参加と私的な礼拝への参加をともに包摂する事実は、性的指向概念が当人の私生活 (private life) における行為にのみ適用され、公生活 (public life) における行為には適用されないという結論を許さない。関連して、社会的集団の構成員にその隠匿を求めることは、[性的指向を] その放棄を強制されるべきでないほど当人のアイデンティティにとって基本的な性格であると認めていることに整合しない。性的指向の表現について、同性愛者よりも強い自制により当人がリスクを回避し得る事実は、迫害の十分に理由のある恐怖を有するかどうかを判断するにあたっては考慮されない。

—(c)への回答 (paras.77-78)

(a)(b)への回答に関連して、(c)には答える必要がない。ただし、ある行為が「迫害行為」を構成するかどうかを決定するにあたり、性的指向の表現の中核部分に干渉する行為とそうではない行為との区別が可能な場合にも、それらを特定する必要はない。

3. 解説

本判決の意義は、特に、「難民」概念の事項的範囲について認められる。

(諮問事項(1)において扱われる) 性的少数者が「特定の社会的集団」に含まれ得るかに関しては、複数の国・地域の多くの判決において、すでにそのように含まれ得ることが認められている。欧州連合が他の国・地域の実行と比べやや特異であって、留意すべき点は、変更不可能であるか、または良心・アイデンティティにとって基本的な一定の特徴を共有している事実 (protected characteristics) と、出身国において別個の集団として認識されている事実 (social perception) とを双方とも要件とするところにある (第10条1項) が、本件では、性的少数者である事実、および、出身国における同性愛行為が犯罪化されている事実をもって、いずれの要件も満たされるものと判示されている。

迫害の客体による行為—「配慮」や「受忍」を求め得るか

「難民」概念の事項的範囲について本判決の意義が特に認められるというのは、まず、(諮問事項(2)にかかわり) 性的少数者の難民申請に対し、「配慮要件」 (discretion requirement) と呼ばれる要件を課す実行がみられたことによる²。「配慮要件」とは、当人が自らの性的指向を隠匿するか、あるいはその表現を自制すれば、迫害を回避し得るかどうかを問い、回避し得る場合に、当人の難民該当性を否定するための要件を指す。同要件は、「合理的受忍可能性審査」 (reasonable tolerability test) と呼ばれることもある。

反対に、例えば、フランスでは、自らの性的志向を表現しようとしなかったことに基づいて難民該当性を否定する、いわゆる「逆配慮要件」 (discretion requirement in reverse) を課す判決もみられていた³。

では、自らの性的志向が犯罪化された国に生活する性的少数者は、自らの難民該当性を充足する上で、どのように行動すべきなのであろうか。本判決が示した回答は、上記のいずれでもなく、いかなる行動も求められない、というものであった。その理由は、①第10条1項(d)のいずれの文言にも配慮要件を課す意図が示唆されない点、②同項(b)の「宗教」概念が公私双方の礼拝への参加を包摂している点、③同項(d)が性的志向を当人のアイデンティティにとって基本的な特徴であると認めることと整合しない点、に求められている。

もちろん、本判決以前にも、例えばイギリスやオーストラリアの最上級審4においてこうした第3の立場が認められており、

本判決はその潮流に沿ったものともいえる。ただ、配慮要件を否定する従前の判決は、性的少数者の難民該当性を無制約に拡大する懸念も生じており、その解消を企図したHathawayとPobjoyにより、人権法における非差別規範の適用事例を類推した「中核的行為」と「周縁的行為」の区別が提案されていた⁵。本判決においてこの区別が明示的に否定されたことは、更なる議論を誘発する可能性がある。

もっとも、そこで示された懸念それ自体が本判決において放置されたわけではなく、諮問事項(3)への回答箇所でも一定の対応がなされている点には注意を要する。次にみる諮問事項(3)への回答は、(迫害の客体ではなく)迫害の主体による行為にかかわる。

迫害の主体による行為—「同性愛行為の犯罪化それ自体」は「迫害」を構成するか

難民条約に「迫害」の定義は定められていないが、国際避難民機関の代表として起草会議に参加したWeisによれば、定義の不在は起草者の意図的な選択によるものであった⁶。その選択は、例えばGrahl-Madsenにより、新たに開発された迫害方法を同概念に包摂する余地を残しておく賢慮として評価されていた⁷が、近年では、国内・地域レベルで、同概念を様々に定義づける実行がみられる⁸。本件にかかる指令第9条も、そうした試みの一つに数えられる。

この点、指令第9条の定式が難民条約のそれに適合するかという重大な論点が生じるものの、仮に適合し得ると考えたとしても、本判決の理由づけには、次のような疑問が生じる。すなわち、確かに、指令第9条1項の文言から、「あらゆる基本的権利の侵害が……[迫害を構成する]重大性に達するわけではない」という回答を導出し得るとしても、同2項は「……迫害行為は、次の形式を[採らなければならない (shall take the form of:)]ではなく」特に、採ることができる (can, inter alia, take the form of:)]と規定しており、それに続く(a)ないし(f)の文言は(限定列举ではなく)例示列举であると解される。そうであれば、その一要素である(c)の反対解釈により、「同性愛行為の犯罪化それ自体は迫害を構成しない」という結論を導出することは、その形式上、不可能ではないか。

本判決中、「性的指向に深くかかわる基本的権利は、デロゲーションが許容されない基本的人権ではない」と判示される箇所についても、指令の文言に「特に」(in particular)とあるため、同様にいうことができる。

もとより、「デロゲーションが許容されない権利」とは、いかなる事態の下でもその逸脱を許容されない権利の類型を指しており、対する「デロゲーションが許容される権利」も、(欧州人権条約第15条1項によれば)①「戦争その他ネーションの生存が脅かされる公の緊急事態において」、②「事態の緊急性によって厳密に必要とされる限りで」、③「当該措置が国際法上の他の義務に違背しない場合に」逸脱を許容されるものである。したがって、これらの要件を迂回し、難民該当性判断の文脈においてデロゲーションが許容される性質を援用しようとすることは、本来無理筋であろう。

さらに、指令第9条2項と同1項との「併読」も、上述のような例示列举の反対解釈を法的構成とするものではないように思われる。にもかかわらず、本判決はそうした構成を採るようなのである。

諮問事項(3)に対する回答は、したがって、実定法の形式に違背するものと評価せざるを得ない。ただ一説によれば、こうした解釈手法は、欧州庇護支援事務所 (European Asylum Support Office) が欧州連合加盟国に対して推奨するところでもあるという⁹。こうした手法は、本裁判所に留まらない、より広汎な支持を受けている可能性があるものであり、欧州連合加盟国以外の難民条約締約国にとっては、今後とも指令第9条の解釈・適用の動向に注意を払うべきことが示唆される。

諮問事項(2)への回答と諮問事項(3)への回答との両立可能性

諮問事項(2)および(3)への回答を要するに、本裁判所は、被迫害者に性的指向の隠匿やその表現の自制が求められないとしな

がら、同性愛行為の犯罪化それ自体は「迫害」を構成しない、と判示したことになる。それは、後者について上述した形式的な問題に加え、両者は実質的に両立可能なのか、という疑問を生じさせる。すなわち、難民該当性判断の局面において性的指向の隠匿・表現の自制が考慮されないとしても、同性愛行為が犯罪化された場所へ送還する可能性が残されるとすれば、それが実現したとき、結果的に性的指向の隠匿・表現の自制を求めることになるのではないか。

この点、本判決は、同性愛行為を犯罪化した法律の「実際の適用」という基準を提示したものの、その「実際の適用」がなければ、性的指向の隠匿・表現の自制も求められないであろうと述べているわけではなく、諮問事項(2)への回答と諮問事項(3)への回答を一貫するかたちで説明し得ないという問題は残される。もしHathaway=Fosterが主張するように、「当該法律の非実効性に依拠し、迫害を免れるラッキーな人に自分もなれるだろうと楽観する事実上の義務を課す見解には法的基礎がない」¹⁰とすれば、この一見した齟齬は、いかなる法的保護に基づくか。疑問が残る。

追記：本判決を受けて下されたオランダ国内の判決では、いずれの事案でも、難民側の請求が認められた¹¹。同時に、本件と同一の国内裁判に基づいて、性的少数者であるかどうかを審査することの適否という側面が別個の事案として欧州連合司法裁判所に付託されており、2014年6月30日現在、判決が待たれている¹²。

- 1 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.
- 2 Vrije Universiteit Amsterdam, *Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, 2011, [<http://www.refworld.org/docid/4ebba7852.html>] (accessed 30 June 2014), pp.33-39.
- 3 UNHCR, *Protection Conventionnelle et protection subsidiaire, complémentarité ou concurrence? L'exemple de la notion d'appartenance à un certain groupe social*, 29 October 2012, p.10.
- 4 See e.g. *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, (2010) UKSC 31, United Kingdom: Supreme Court, 7 July 2010; *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*; *Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71, Australia: High Court, 9 December 2003.
- 5 Hathaway, J. and Pobjoy, J., 'Queer Cases Make Bad Law', *New York University Journal of International Law and Politics*, 2012, Vol.44, No.2, pp.371-386.
- 6 Weis, P., 'Le concept de réfugié en droit international', 1960, *Journal du Droit International*, 1960, Vol.87, No.4, p.971.
- 7 Grahl-Madsen, A., *The Status of Refugee in International Law*, Vol. I, Sijthoff, 1966, p.193.
- 8 See. e.g. Storey, H., 'Persecution: towards a working definition', Vincent Chetail and Céline Bauloz (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar Pub., 2014, pp.459-517.
- 9 Storey, H., 'What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition', *International Journal of Refugee Law*, 2014, vol.26, no.2, p.281, n.3.
- 10 Hathaway, J. C. and Foster, M., *The Law of Refugee Status* [2nd], Cambridge Univ. Prs., 2014, pp.128-129.
- 11 201012342/V2, Netherlands: Raad van State, 18 December 2013; 201106615/1/V2, Netherlands: Raad van State, 18 December 2013; 201109928/1/V2, Netherlands: Raad van State, 18 December 2013.
- 12 Request for a preliminary ruling from the Raad van State (Netherlands) lodged on 25 March 2013 - *A v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* (Case C-148/13),

[<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137927&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=212187>] (accessed 30 June 2014).

加藤雄大（東北大学大学院博士課程）