

平成18年度卒業論文

同性愛者の難民申請

—UNHCR の認定基準に関する考察—

東京外国語大学外国語学部  
欧米第二課程イタリア語専攻  
上原 道子

# 目次

はじめに― 同性愛者の問題を難民という視点から考える

## 第1章 同性愛者の置かれた現状

1-1 「同性愛者」とは

1-2 同性愛者に対する各国の法的対応

1-3 同性愛者に対する権利侵害の現状、科刑の是非

## 第2章 難民認定要件からの考察

―UNHCRのハンドブック・ガイドラインをもとに―

2-1 難民の定義

2-2 特定の社会的集団の構成員

2-3 政治的意見

2-4 迫害

i 迫害の基準

ii 迫害の主体

iii 迫害の形態

iv 同性愛者に対する権利侵害は迫害とみなされるか

2-5 十分に理由のある恐怖

i 国内避難の可能性

ii 立証責任

## 第3章 事例検証

3-1 ワード事件（カナダ）

3-2 ヴィースバーデン行政裁判所判決（ドイツ）

3-3 イラン人男性シェイダ氏の事例（日本）

i イラン国内における一般的な同性愛者の状況

ii 原告側の主張―難民条約上の根拠

iii 被告側の主張とそれに対する反論

iv 国際的基準からの乖離

## 第4章 UNHCRの認定基準に関する考察

4-1 難民条約上のUNHCRの位置づけ

4-2 UNHCR のマンデート難民認定の法的拘束力

4-3 事例考察—クルド人難民退去強制事件

4-4 難民の人権保障のために—UNHCR と締約国の関係のあり方

おわりに—

参考文献・参考URL

## はじめに一難民の問題を同性愛者という視点から考える

女子差別撤廃条約が 1979 年に採択され、1999 年には同条約の選択議定書が採択されていることから分かるように、国際法の人権保護の分野において、「女性」という視点は少なくとも 30 年ほど前から確実に取り入れられてきている。「女性」であることを理由にした差別、排除又は制限は禁じられており、無論女性に固定された社会的役割（ジェンダー）を強いることは認められていない。

私達がジェンダーという言葉を用いるとき、多くの人が想起するのは女性の家庭や社会における役割であろう。しかし、ジェンダーという言葉そのものに立ち返れば、ジェンダーとはセクシュアリティ（個人の性的な事柄を包括的に示す概念）を構成する一部の概念にすぎないのである。セクシュアリティに関する差別というのは、ジェンダーに関する差別に限らず、多岐に渡る。近年特に問題となってきたのは、身体的性別（sex）だけでなく、心理的性別（gender identity）や性的指向（sexual orientation）による差別である。中でも、性的指向の一である同性愛者に対しては、その性的指向そのものを法的に禁じる国家もある。

そのような同性愛者に対する法的保護というのは、現在の国際法では確立されていない。同性愛者に対し、異性同士の婚姻と同じような婚姻を認める国や、戸籍上の性別変更を認める国が増加する一方で、その性的指向を理由にして極刑が科される国も未だに存在する。このように、個人のセクシュアリティが人権としての地位を確立しているとは言い切れず、各国（または国内の行政単位）ごとに対応にかなりの差があるのが現状である。

実際に性的指向の自己決定が人権の一として認められたとしても、この問題は簡単には解決できるものではない。何故なら、性的指向を理由とする差別は、差別の主体が国家など公権力である場合が圧倒的に多く、そのような国家は宗教的な理由で同性愛者を排除することが多いからである。仮に性的指向を理由とする差別禁止条約などが採択されたとしても、そのような国家が批准するとは思えず、同性愛者が保護されない現状が改善されるとは考えにくい。

それでは、同性愛者が自己の性的指向を理由とする科刑や差別から逃れるためにはどうしたらいいのか。国内での人権保護が望めない場合、他国に難民として保護を求めるといった手段が考えられる。しかし、現在同性愛者の難民該当性は議論の段階にあるため、認定されるには越えるべきハードルが多い。申請を認めず本国に強制送還し、または第三国へ亡命させる国もあり、諸国によってその実行には差がある。

このような現状を鑑み、国連難民高等弁務官事務所（以下 UNHCR）では、ジェンダーに関連した迫害に関する難民申請のガイドライン<sup>1</sup>を示している。難民申請の認定の際の具体的な要件を示した点で、画期的なものといえる。このガイドラインや他の UNHCR に

---

<sup>1</sup>「国際的保護に関するガイドライン:1951年の難民の地位にかんする条約第1条A(2)および/または1967年の難民の地位に関する議定書におけるジェンダーに関連した迫害」2002 UNHCR

より示された認定基準が遵守されることにより、同性愛者の人権が保護される可能性が高まると考えられる。そこで、本稿では、同性愛者のおかれた現状や難民認定要件からの考察、重要な事例の検証を通して、UNHCRの認定基準の法的位置づけや効力について論じていく。

## 第1章 同性愛者のおかれた現状

### 1-1 「同性愛者」とは

一般的には、「身体の性別と性自認<sup>2</sup>が一致した状態で、かつ男性が男性に、女性が女性に性的指向<sup>3</sup>が向いている状態」と定義される。性的マイノリティ者<sup>4</sup>という同性愛者を連想することも多いが、同性愛というのは、セクシュアリティ<sup>4</sup>の一種の性的指向の中の一分類なのである。社会の中では通常少数であるため、差別を受けることもある。しかし、近年、「性の権利宣言」<sup>5</sup>が採択され、性的指向の自由を条文に取り入れる地域的人権条約<sup>6</sup>が作成されるなど、個人の性的な事柄（＝セクシュアリティ）への権利意識が高まってきている。

### 1-2 同性愛者に対する各国の法的対応

同性愛者は、主に宗教的・文化的な見地から差別の対象となることが多い。一方、社会によっては同性愛という性的指向の選択が個人の権利として認められ、同性どうしの婚姻やそれに準ずる法的地位を認める国家もある。性的指向の選択が人権とみなされつつある現在、各国はどのように同性愛者の権利を認め、または否定しているのだろうか。以下では、同性愛者に異性愛者と同じような権利を保障しているケース、そのような権利を与えるか否かが議論されているケース、同性愛者の人権に否定的なケースの3つに分類し、諸国の対応を比較する。

まず、同性愛者に異性愛者と同じように婚姻やパートナーとしての権利を認めている国家は、圧倒的に欧州諸国が多い。オランダ、ベルギー、スペインは同性婚を制度として確立している。他にも、アメリカのマサチューセッツ州やカナダ、南アフリカ<sup>7</sup>が同性婚を認めている。それに対して、異性の夫婦とは異なり養子縁組ができない、相続権がない等同性婚よりもその権利が制限されるが、夫婦に準じる権利を認めるパートナーシップ法を定

<sup>2</sup> 「自分は男/女である」という自己認識のこと。性同一性障害を持たない人の場合、通常は戸籍上の性、身体の性、社会的性役割（ジェンダー）と一致している。

<sup>3</sup> 性欲や恋愛感情の方向を表す概念で、sexual orientation と英訳される。性的指向が自分にとっての異性に向けられている場合には異性愛者（ヘテロセクシュアル）、自分にとっての同性に向けられている場合は同性愛者（ホモセクシュアル）、男女両方に向けられている場合は両性愛者（バイセクシュアル）と表現される。

<sup>4</sup> 日本性科学会幹事長の針間克己氏の定義によれば、「外的なものの強要・決定を受けず、個人に属し、由来し、関係し、個人の人格の一部を構成し、個人の基本的人権の一つとして不可欠なものであるという理念を含有する個人の性的なことがらを包括的に示す概念」とされる。

<sup>5</sup> 1999年8月26日、香港における第14回世界性科学会において採択。セクシュアリティについての自己決定権を認め、それを行使する権利（セクシュアル・ライツ）の認知・尊重、その詳細をうたっている。

<sup>6</sup> EC条約第13条では、人種・年齢等と同様に性的指向を理由とする差別を禁止している。

<sup>7</sup> 南アフリカ共和国最高裁判所は、2005年に「同性婚を認めないのは憲法違反」とする判決を下し、12ヶ月以内の法改正を要求。2006年11月に憲法が改正され、同性どうしでの婚姻が可能となった。南アフリカの憲法は、性的指向を理由とした差別を禁じると明記する世界で唯一の憲法である。

めている国家も多い。欧州では 13 カ国<sup>8</sup>、アメリカの 6 州、ニュージーランド、オーストラリアのほとんど全ての州が、認める権利は多少異なるがパートナーシップ法を定めている。また、異性で婚姻関係にない男女と同等の権利を同性どうしのパートナーに認める地域もある。欧州では 4 カ国<sup>9</sup>、中東ではイスラエルがこのような非登録の同棲制度を採用している。以上に挙げた国の中でも、同性どうしのパートナーに更なる権利を認めていく方針でいる国が多く、これらの国々では、同性愛者の権利が、程度に違いこそあれ認められているといえる。

次に、同性婚やパートナーシップ法の制定・同性愛者の権利保護に関して、議論が行われている段階の諸国を挙げる。欧州ではリヒテンシュタイン、アイルランド、チェコが該当し、アジアでも台湾、中国、カンボジアなどがこの段階にある。日本は、同性婚に関する議論はなされているとは言えないものの、同性どうしのパートナーを異性の内縁関係と同等のものとし、共有財産の分配に関する判決が下される例がみられ、同性愛どうしのパートナーであっても、その生活実態によっては権利が認められる場合もある。ただ、日本は憲法 24 条 1 項で婚姻が「両性」の合意のみに基づいて成立すると定めており、これには同性どうしのパートナーは含まれない。そのため、同性婚やパートナーシップ法の制定に向けた具体的な議論は今のところ期待できないだろう。

最後に、同性愛者に対して否定的であったり、同性愛を禁じる法律を制定したりしているケースの例を挙げる。アメリカでは、テキサス、アラバマ、アイダホの他 15 の州で同性愛行為を禁じる「ソドミー法」が存在する。これは実際に行為をしたとわかった者に対し、懲役刑・罰金刑を課すものである。2003 年にはテキサス州のソドミー法に連邦最高裁判所で違憲判決が出ているが、宗教的理由からのソドミ行為や同性婚に対する反発は根強く、アメリカ国内で意見が分かれている。また、最も同性愛に対して厳しいのが中東イスラム圏である。同性愛はシャリーア(イスラム法)によって禁じられているため、同性愛者であると発覚した場合には、重罰が科される。イスラム圏の国々の中でも、同性愛者に対する対応の程度は様々で、トルコのように刑事罰は科されないが社会的差別がある国、イランのように同性愛行為が異性に対する強姦と同じように裁かれ、場合によっては極刑が言い渡される国もある。

### 1-3 同性愛者に対する科刑の是非

イランの他にもサウジアラビア等で同性愛者の性的指向を理由とした刑罰が行われている。国内の法律の範囲を定めるのは国内管轄事項であるが、例えばアパルトヘイトのように重大な人権侵害が行われていれば、これはもはや国内だけの問題とはいえなくなる。同性愛者に対する科刑の是非をここで検討する。

まず、行為が発覚した時点で死刑となりえる点について、これは自由権規約への抵触で

---

<sup>8</sup> デンマーク・スウェーデン・ノルウェー・グリーンランド・アイスランド・フランス・ドイツ・フィンランド・イギリス・ルクセンブルク・イタリア・アンドラ・スロヴェニア（他にもスイスが 2007 年施行予定）

<sup>9</sup> ハンガリー・ポルトガル・オーストリア・クロアチア

はないかと考えられる。自由権規約 6 条 2 項は死刑を「もっとも重大な犯罪についてのみ」科することができるとしている。サウジアラビアは自由権規約締約国ではないが、もっとも死刑例の多いイランは締約国であるので、この条文に拘束される。それでは、同性愛行為が果たして「もっとも重大な犯罪」といえるのだろうか。

「もっとも重大な犯罪」の解釈については、自由権規約の加盟国が独自に行っているのが現状である。しかし、自由権規約 6 条に関して出された一般的意見(General Comment)<sup>10</sup>では、死刑が極めて例外的な措置であること、判決には独立の裁判所による公正な審理と再審を受ける権利が保障されなければならないことが明記されている。また、国連で採択された決議<sup>11</sup>では、「もっとも重大な犯罪」とは「その範囲が生命の損失またはその他の極度に重大な結果を伴う故意の犯罪を超えてはならない」とし、生命の剥奪こそが人権の享受にとっても最も重大な犯罪であることを示している。同性愛行為が生命の剥奪とは到底考えられず、「もっとも重大な犯罪」に該当するとは思われない。

このような一般的な基準はあるものの、どのような罪を犯した者を死刑とするかは各国の裁量に任せられており、「もっとも重大な犯罪」か否かの評価権限は国内裁判所にあるため、人権保護の点から非難することはできても、やめさせることは現実的にいって難しい。取りうる手段としては手段からの追及が考えられる。主にイスラム圏で頻発している非公開裁判、「残虐な」刑罰、弁護人や再審理等の制度的保障の欠如といった手段を、国際社会は非難していくしかない。ただしこれも、処刑の内容を非難する場合と同様、宗教的根拠を理由とされ、正当化されてしまうという弱点がある。

このように国家及び地域により同性愛者が深刻な迫害を受けている現状に対して、彼らの権利保護のためには何ができるのだろうか。

同性愛者が自らの性的指向の実践を虐げられることなく生活するには、セクシュアル・ライツが周知のものとなり、それを制限するような法律が廃止されることが最も望ましい。しかし、そのような法律は文化的・宗教的な理由付け・価値観に基づいていることが多いため、法律の廃止を求めたとしても、すぐ廃止に結びつくとは思えない。

そこで、次善の策としては、他国から難民として逃れてきた同性愛者を難民として認定し、その人権を保護することが挙げられる。同性愛者の難民申請は各国で認定の可否が分かれているのが現状であるが、同性愛者が難民として認められうるのかを、難民の地位に関する条約(以下、難民条約)にある定義の文言、また国連難民高等弁務官事務所(以下 UNHCR)の発行している認定基準に関するガイドラインに照らして考察する。

<sup>10</sup> 条約のさらなる実施を促進し、かつ締約国による報告義務の履行を援助するために(子どもの権利委員会暫定手続規則 73 条) 作成される文書。自由権規約 6 条に対する一般的意見は 1982 年に出された。

<sup>11</sup> 経済社会理事会決議「死刑囚の権利保護のための保護基準に関する決議」1984/50

## 第2章 難民認定要件からの考察

### —UNHCRのハンドブック、ガイドラインをもとに—

#### 2-1 難民の定義

1951年にジュネーブで採択された難民条約には、以下のように難民の定義が定められている。

難民条約第1条A(2)

「…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…」

個人が難民として認定されるためには、この定義に挙げられた5つの属性（人種・宗教・国籍・特定の社会的集団の構成員・政治的意見）に該当し、かつ迫害を受ける恐れと十分に理由のある恐怖を有することの両方を示すことが必要となる。

同性愛者に関連すると思われる属性には「特定の社会的集団の構成員」と「政治的意見」がある。その属性とともに、「迫害を受ける恐れ」、「十分に理由のある恐怖」という観点から、同性愛者が難民の認定要件に該当するかどうかを検証する。

#### 2-2 「特定の社会的集団の構成員」

UNHCRの発行している「難民の地位に関する1951年の条約及び1967年の議定書」の下の『難民の地位の認定の基準および手続きに関する手引き』（通称「難民認定基準ハンドブック」、以下「ハンドブック」）によれば、「特定の社会的集団」は「似通った背景、習慣又は社会的地位を有する者から成っている」<sup>12</sup>集団と定義される。但し、難民認定の際にはその集団が国策に障害となる伝統や方針を持っていることが条件となる。なぜなら、ハンドブックによる定義のみでは、ありとあらゆる集団を連想させてしまうからである。

このようにハンドブックが定義しているとはいえ、「特定の社会的集団の構成員」は難民の属性の中でも最も分かりにくい用語である。これまでも、この用語は様々に解釈されてきた。その集団の信念や行為に注目し、他者からの認知を重視する立場もあれば、集団の特徴の固有性・歴史性に重点を置く立場もある。立場によって難民認定の結果に差異が出てしまう状況に対して、UNHCRは「特定の社会的集団の構成員であること」に関するガイドライン<sup>13</sup>を発行している。このガイドラインに従えば、どの基準によって同性愛者が難民と認定されるのであろうか。

UNHCRは、従来の主な解釈のアプローチ<sup>14</sup>を融合させ、「特定の社会的集団」を以下の

<sup>12</sup> ハンドブック para.77

<sup>13</sup> 「国際的保護に関するガイドライン：1951年の難民の地位に関する条約第1条A(2)および/または1967年の難民の地位に関する議定書における「特定の社会的集団の構成員であること」2002年 UNHCR（以下『特定の社会的集団』に関するガイドライン）

<sup>14</sup> 主な解釈には二つのアプローチがある。一方は集団の変更不可能な個人の尊厳の根源を成す特性の有無を重視し（「保護される特性」アプローチ）、他方はその集団が認識可能で社会全体から区別される特性を共有しているか否かを重視する立場（「社会的認知」アプローチ）である。



ように定義している。

『特定の社会的的手段』とは、迫害のおそれ以外に共通の特性を共有する者、あるいは、社会により一つの集団として認識される者の集団をいう。ここにいう特性とは、多くの場合、生来の、変更不可能な特性若しくはアイデンティティ、良心又は人権の行使の根源をなすものを指す」

同性愛者は、彼ら、彼女らが有する特性により、結婚や戸籍の登録等の際にはしばしば異なった基準が適用される場合があったり、行政による取り扱いが異なったりするため、「迫害のおそれ以外に共通の特性を共有する」といえる。そのセクシュアリティは生来のものであるし、変更可能であればわざわざ社会的偏見や抑圧を受けやすい同性愛者であることを明かさないのであろう。

さらに、UNHCR の発行しているもうひとつのガイドライン<sup>15</sup>は、女性が生まれつきの変更不可能な特性によって定義されるのと同様に、「特定の社会的集団の構成員」には同性愛者、トランスセクシュアル、異性装者も含まれると明記している。

また同ガイドラインによれば、集団の規模や構成員同士の密接な連携、集団に帰属するすべての者が迫害の恐れを有すること等は、特定の社会的集団の要件として求められない。上記のような理由から同性愛者が「特定の社会的集団の構成員」の項目に該当することは明らかである。

### 2-3 「政治的意見」

UNHCR は「政治的意見」を国家機関、政府、社会若しくは政策が関与するあらゆる事項についてのあらゆる意見、と広く定義する。

同性愛者でということと政治的意見を持っていることを結びつけるのは無理があるとする意見もある。確かに、同性愛者であることそのものは政治性を伴うものではない。

しかし、政治的意見に基づく申請が、申請者の活動や行為が政治的か否かということが問われているのではないことに注意しなくてはならない。UNHCR の定義に従うなら、この定義には異なる性的指向を持つ人々への処遇に関して意見をもつ人々や、性的役割に関する意見<sup>16</sup>も含まれる。なぜなら、同性愛者に対する社会的・宗教的嫌悪感というのは、特定の社会的規範や伝統に従わないものに対する排除であって、定義中の「社会が関与するあらゆる事項」に含まれると解することが可能だからである。

また、前章でみたように、国家や政府が同性愛者を迫害するような法を施行している地域

---

<sup>15</sup> 「国際的保護に関するガイドライン：1951年の難民の地位に関する条約第1条A(2)および/または1967年の難民の地位に関する議定書におけるジェンダーに関連した迫害」2002年 UNHCR  
(以下「ジェンダーに関するガイドライン」)

<sup>16</sup> 例えば、イランで出された女性の服装と外見を制限する法令に対する女性の抗議などが挙げられる。抗議活動は弾圧されるが、彼女たちはベールを着用拒否することによって抵抗の意を表した。ベールの着用自体は単なる服装の選択であり、私的な行為であるが、この場合では政治的・宗教的な意見の表明とみなすことができる。

も存在する。この場合、同性愛者自身はなんら政治的な思惑が無かったとしても、自らの性的指向を尊重し実行することそのものが刑罰の対象となり、同性愛を禁ずる国家および政府の政策に反対している行為とみなされるため、彼らは「政治的意見」の属性にカテゴライズされる。

同性愛行為そのものは政策に反対する意図をもって行われるものではないため、「意見の表明」ではないという考え方もある。しかし、UNHCR は「政治的意見」を理由とする迫害の認定には、意見が既に表明されていることを要件としていない。そのため、政策で同性愛が禁じられている場合に、その行為を行ったため迫害された申請者は、理論上「政治的意見」の項目に該当すると考えられる。

ただし、自らの属性を「政治的意見」であるとする同性愛者の難民申請には問題もある。それは、受入国にとって同性愛者の難民が「政治的意見」に属しないと様々な理由から結論付けることが容易だからである。

たとえば、UNHCR による「政治的意見」に基づく認定基準によれば、「政治的意見」には異なる性的指向に関する意見を含むと明示している。しかし一方で、その基準は、申請者が当局または社会の政策、伝統に批判的で容認されない意見を有しており、その意見が当局または社会の関係する派閥に知られていること、知られえたことが前提とされている。このことは、申請者が出身国で当局や社会と相容れない意見を表明したことはないことを理由に、申請者が「政治的意見」の属性に基づかないとして、受入国が申請を却下しうることを示す。

前述のように、UNHCR のガイドラインは、意見が既に表明されたことは認定の要件ではないとしている。意見が表明された事実は要件とならない反面、意見は知られている又は知られえたことが前提とされていることは一見矛盾しているようだが、申請者の身近な者の密告<sup>17</sup>などのケースを考えると、そのようなケースもありうるといえる。しかし、難民条約においては難民の保護が各締約国の義務ではなく権利にとどまっていることや、状況の立証の難しさなどを考慮すると、やはり「政治的意見」の項目に該当すると受入国が認めるには相応の条件が必要である。より広範に難民適格を認めている UNHCR のガイドラインに沿うのが最善ではあるが、国家実行を見る限り必ずしもガイドラインを重視しているとは言いがたい。

より現実的な結論を出すならば、やはり同性愛者であると同時にその地位向上や待遇是正を求めて意見を主張する者のみが、「政治的意見」を有することを理由にした難民認定を得られるだろう。実際、申請者は同性愛者の解放運動や権利獲得運動にかかわっている活

---

<sup>17</sup> 米国在住のイランの人権問題専門家、グダーズ・エグデダリー氏は、イラン人の同性愛者が日本で難民申請を却下されて起こした裁判の口頭弁論で以下のように証言している。「シャリーア法においては、宗教的に不道德な行為を行った人を私人が罰することを認めている。それは「神の召使」としての行為になるからである。また、シャリーア法は人々の日常生活に大きな影響力をもっており、特に都市を離れ地方に行けば行くほどその傾向は強く、家族によって当局に密告される可能性もある。」東京地方裁判所 退去強制令書発付処分取消請求事件証人尋問速記録

動家である場合も比較的多い<sup>18</sup>。

以上で難民条約のあげる 5 つの属性のうち、同性愛者は「特定の社会的集団の構成員であること」「政治的意見」の二つに該当するということが分かった。次項では、これら二つの属性を理由とした迫害と、その迫害を受ける恐れがあるという十分に理由のある恐怖とをいかに示していくかを検証する。

## 2-4 「迫害」

難民条約は、迫害の定義を明確にしていない<sup>19</sup>。第 33 条は、締約国が「難民を、いかなる方法によっても、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のためにその生命又は自由が脅威にさらされる」おそれのある領域へ追放することを禁じている。難民たりうる 5 つの属性を理由として生命又は自由が脅威にさらされること、が「迫害」の内容として推測されるが、その程度や主体、形態に関しては明らかになっていない。ここでは、同性愛者という性的指向の自己決定権の侵害が迫害にあたるかどうかを、基準・主体・形態の三点から考察する。

### i 迫害の基準

UNHCR によれば、迫害は単なる差別や訴追・処罰とは区別され、累積的事由をもつものとされる<sup>20</sup>。難民条約 33 条の「生命又は自由が脅威にさらされること」という文言は、生命・身体の不可侵や人格的自由、経済的生存に関する脅威も含むとする解釈は多数の諸国において支持されている。近年では更にこの解釈を拡大し、文化的国家において包括的に保障されている権利に対するいかなる侵害をも、迫害概念の範囲に加えるべきとする説もみられる。

UNHCR の認定基準は、上記のような制限的な基準と拡大された基準の中間説を採用している。拡大された基準のように、文化的国家の水準で保護される法益の侵害を迫害概念に含むのには反論<sup>21</sup>もあるが、中間説においては法治国家として保護すべき範囲内のその他の権利侵害を迫害とみなすとする。これは、UNHCR がハンドブックの中で「人種、宗教、国籍、特定の社会的集団の構成員または政治的意見の理由によるその他の人権に対する重大な侵害も迫害を構成する」と指摘していることによる<sup>22</sup>。

但し、人権侵害がすべて迫害になるというわけではない。問題となるのは、人権侵害がどのような場合に「重大」であると理解され、迫害と認定されるかである。UNHCR の示した基準が、難民認定に積極的な諸国の実行の集積であると考えれば、生命・身体不可

---

<sup>18</sup>同性愛者の権利保護活動家は、政治的意見の露出が多く迫害の対象になりやすい。同性愛者解放運動の活動家が長時間に渡り尋問を受けたことで、北アイルランドのソドミー法が問題になった Dudgeon 事件や、第 3 章でとりあげる同性愛者解放団体「ホーマン」の活動家であったシェイダ氏の事例等。

<sup>19</sup>その理由には二説あり、迫害の意味は経験則上十分に理解されていたという見解と、新しく生じる迫害の形態をもカバーするため意図的になされなかったという見解がある。同性愛者のように比較的新しい人権の概念を扱うため、ここでは後者を支持したい。

<sup>20</sup> ハンドブック para.51~53

<sup>21</sup>参政権や移動の自由などの特定の権利は外国人には一般的に認められていないため、包括的な保障を与えるのは困難であるという批判がある。

<sup>22</sup> ハンドブック para.51

侵や人格的自由、経済的生存に関する脅威は迫害であるという諸国の見解に差異はない。すなわち、ありとあらゆる人権侵害の中でも、「迫害」とは「人種、宗教、国籍、特定の社会的集団の構成員または政治的意見」の理由によって継続的で一貫性のある「生命・身体の不可侵や人格的自由、経済的生存」の脅威を伴うもの、とその範囲を特定することが可能となる。

また、1998年に採択された国際刑事裁判所規程（以下ICC規程）の中で用いられた「迫害」の定義も参考になる。人道に対する罪に関して、「迫害」とは「集団または団体の同一性を理由とした、基本的権利に対する国際法違反の意図的かつ過酷な剥奪」と定義されている（7条2項(g)）。ICC規程は人道に対する罪を定義しようとしているため、迫害の対象を集団として想定している点で難民条約とは異なるが、「意図的かつ過酷な剥奪」と侵害する主体の姿勢や侵害の程度を示している点に留意したい。UNHCRの認定基準と諸国の実行から導き出した先程の定義に加えて、権利を侵害する主体が意図的にそれを行っているかどうかという要素は、迫害とそれ以外を区別するために有益な視点となると思われる。

## ii 迫害の主体

国家及び非国家主体は双方とも迫害の主体と認められる<sup>23</sup>とされる。これはUNHCRだけでなく、難民認定に積極的な諸国<sup>24</sup>の多数派の意見でもある。迫害は国家機関によって行われる場合が多いが、地域住民や個人による重大な人権侵害行為も迫害とされうる。特に、非国家主体による侵害行為を国家が容認し、若しくは国家が効果的な保護を与えることを拒否し、保護を与える能力をもたない場合には、非国家主体による侵害行為<sup>25</sup>は結果的に国家が加担しているのと同じ<sup>26</sup>である。

しかし、難民認定に積極的な諸国の中には、少数ではあるが迫害を国家自体あるいは国家の機関によってなされた危害に限定する見解も存在する。国家あるいは国家の機関以外によってなされる人権侵害の例はいくつもあることから、このように迫害主体により区別をすることは、難民認定の制度趣旨から外れるものである。UNHCR自身もこのような見解をとる国家<sup>27</sup>を特定してはたらきかけを行っており、中には現在方針変更を目指している国家もある。難民が国家のコントロールの範囲外で生まれる可能性を否定できないので、迫害の主体は国家主体及び非国家主体の両方を想定するのが妥当であろう。

## iii 迫害の形態

迫害は単なる差別とは量的及び質的に区別されなくてはならない。単なる差別であっても、それが蓄積的であって一貫性を持つ場合は迫害と認定されうる。また、差別や差別的な措置が生計を維持する権利や宗教を实践する権利等、生活の本質に関わってくる場合に

<sup>23</sup> 「ジェンダーに関するガイドライン」 para.19

<sup>24</sup> カナダ・フランス・オーストラリア・ニュージーランド・デンマーク・ベルギー等の諸国の判例もこちらを支持する傾向が強い。

<sup>25</sup> アフガニスタン内乱時、ハズラ人に対して他民族が行った軍事攻撃などは典型的な非国家主体による迫害の例である。

<sup>26</sup> ハンドブック para.65

<sup>27</sup> フランス・ドイツ・スイス等西ヨーロッパの諸国はこのような見解を採用するところが多い。

は、迫害と認められる場合もある<sup>28</sup>。但し、何をもってその差別が「蓄積的」であるか、又どこまでが「生活の本質に関わる」権利であるのかに関して一概に基準を設けることは不可能である。迫害と差別とを峻別するためには、出身国の情報や申請者の生活背景などあらゆる条件を考慮に入れた上での判断が不可欠となる。

また、迫害は普通犯罪<sup>29</sup>に対する訴追・処罰とも区別されなくてはならない<sup>30</sup>。正当な訴追・処罰と区別するためには、申請者の出身国で一般適用されている国内法の検討が必要である。国内法は国家が制定し施行するものであるため、この検証によって侵害行為に対する国家のかかわり方（受容・黙認、制御不能）も明らかになる。以下、国内法の検討を法律自体の性質、手続と処罰の内容、法律の実効性の3点から行う。

まず法律自体の性質であるが、これは法律の内容そのものが人権の基準から逸脱していないかどうかの問題となる。ただ、生命・身体の不可侵、人格的自由や経済的生存を脅かすような文言を含む法律の存在は想定しにくいいため、実際は文言が迫害的な要素を内在していないか否かを調べることになる。例えば、ある特定の思想を奨励する法律自体は人格的自由を奪うものではないが、その文言によって他の思想が排除されるような効果を生む場合は迫害的な要素を含んでいると認められる。

次に、法律の手続きと刑罰が正当であるかが問題となる。難民条約上の属性を理由として正当な法的手続が否定されていないか、訴追や刑罰が差別的でないか、刑罰そのものが残虐でないかどうか等、国家の差別的な方針が最も現れやすい部分である。

例えば理にかなった法的手続が整備されていたとしても、難民条約上の属性（人種・宗教）を理由に手続が受けられなかったり、同じ罪で訴追されても刑罰の内容が異なったりするケースが該当する。また正当な手続で公平に訴追・処罰が行われていたとしても、刑罰そのものが拷問を含むような残虐なものであれば、受入国は人道的な理由から強制送還するのを控えるべきとされる。

3つ目は法律の実効性の問題である。上記の二つの理由により施行されている法律が迫害にあたるとしても、その施行が確保されていない又は法律に実効性がまったくない場合に関しては、それを迫害と認め難民の地位を認定するのは難しい。なぜなら、法律や手続・刑罰が迫害にあたったとしても、迫害を受ける十分に理由のある恐怖があるとは考えにくいからである。また、侵害行為を禁止する法律があったとしても、現状ではその侵害行為が容認、許容されている状態が続いていて、実質的に差別の停止に至っていない場合がある。この場合には、国家が法律の施行を徹底せず効果的な保護を与えていないという観点から、迫害と認定される場合もある。この場合、申請者は保護が効果的でないという現状を証明する必要がある。

以上の3点を考慮し、受入国は各自正当な訴追・処罰と迫害を区別していくこととなる。

---

<sup>28</sup> ハンドブック para.53~54

<sup>29</sup> 「普通犯罪」とは政治犯罪と対峙する概念としてここでは言及されている。政治的意見を持つことによって訴追の恐れがある者が難民認定の要件に合致することは前述の通りである。

<sup>30</sup> ハンドブック para.56 「難民は、不正義の被害者であって、正義からの逃亡者ではない」とされる。

#### iv 同性愛者に対する権利侵害は迫害とみなされるか

前項までで、迫害をどう認定すべきかを迫害の基準・主体・形態から考察した。これらの基準を用いたとき、同性愛者に対する差別行為は難民条約上の迫害にあたるのだろうか。

まず、「人種、宗教、国籍、特定の社会的集団の構成員または政治的意見」の理由によって継続的で一貫性のある「生命・身体への不可侵や人格的自由、経済的生存」の脅威を伴うか否かが迫害の基準となる。同性愛者が特定の社会的集団の構成員に該当し、場合によっては政治的意見を持ちうるのは既に見たとおりである。同性愛者に対する差別や偏見は宗教的・文化的理由に基づいていることが多いため、その差別的な感情が一朝一夕に変化することは考えられない。個人差、地域差はもちろん考えられるが、同様の宗教・文化を有する土地にあっては差別されることが容易に想像できる。この点で、同性愛者に対する差別は継続的で一貫性があると言える。また、その差別によってセクシュアリティの自己決定に障害があり、同性愛者であることを明かせば職業の選択の幅が大きく狭まることを考慮すれば、「人格的自由、経済的生存」に対する脅威を伴うだろう。

次に、侵害行為の主体については、国家主体と非国家主体の両方が考えられる。同性愛を犯罪とする法を制定している国に関しては、国家が主体となって人権侵害に関与していると言える。また非国家主体による同性愛者、トランスジェンダーに対する粛清が行われている地域もある<sup>31</sup>。このような地域からの難民の地位申請者に対しては、国家主体の権利侵害のみを迫害とみなす受入国であったとしても、別の見地から保護を検討<sup>32</sup>しなければならないだろう。

同性愛者に差別的な法律が実効性を持っているかどうかの判断には、事例を個別的に判断することが必要となる。例えば累積的な同性愛行為に対して死刑を科している国であれば、近年でも法が適用され刑が執行されている事例があるかどうかの問題となる。また差別行為を禁じる法律がある国家であっても、実際に国内で施行が確保されているかどうかを厳密に調査しなくてはならない。

上記の 3 点を考慮すると、同性愛者に対する権利侵害はその基準・主体の面では迫害であるといえることが分かった。あとは、個別の状況に応じて差別的な法律や差別を禁止する法律の実効性を調査し、その結果を考慮に入れた上で難民の地位が認定されることになる。

#### 2-5 十分に理由のある恐怖

同性愛者に対する迫害がどのような形態で行われるかは前項で述べた。難民条約は、迫害を受けるといふ十分に理由のある「恐怖」を有することも認定要件に加えている。この要件が既に迫害を受けたという事実は必ずしも必要ではないことを示していることに争い

<sup>31</sup> アムネスティ・インターナショナルによれば、イラク内で反政府武装勢力が同性愛者などの性的マイノリティ者を標的にした拘禁や拷問を行っていると言われる。ただし、イラク内務省直属の特別警察組織も加害者である疑いが強いとされ、国家主体の迫害の要素も持ち合わせている。(2006年8月10日付アムネスティ国際発表ニュース MDE14/03/2006)

<sup>32</sup> 実際にドイツでは、難民条約よりも広範な保護を認める庇護権を自国の憲法で定めている。

はない。締約国の難民認定機関はその主観的な「恐怖」が客観的に見て「十分に理由のある」ものかどうかを審査することが求められている。客観的基準においては、通常の人が申請者の立場であれば同様の恐怖を抱く背景や状況があると判断されれば、十分に理由のある恐怖であると認められる。

この両方の基準の考慮には、次の二点が必要となる。一つは、申請者の状況の精査である。同じ状況に対して、恐怖を抱く者とそうでないものがあるように、申請者の性格、経歴、社会的影響力、財力、活動の公然性などを考えれば難民認定の結果も変わってくる可能性がある。二つ目はその恐怖が経験に基づく必要がないことである。実際に権利侵害を受けた可能性がないとして申請を却下していたのでは、死刑等執行された場合取り返しのつかない侵害に対する恐怖であった場合に対応できない。難民条約が「迫害」だけでなく、「十分に理由のある恐怖」を文言に加えた趣旨を考えれば、実際に権利侵害を受けたか否かは問題とならないだろう。

しかし、十分に理由のある恐怖を理由とした難民申請が認定されるにあたり、ここでいくつかの障害が考えられる。以下でそのような2つの場合を検討する。

#### **i 国内避難の可能性**

現在の居住地以外に避難することで権利侵害の回避が可能である場合、難民申請は十分に理由のある恐怖を有さないとして認定されないのではないだろうか。「迫害」の認定にはその一貫性が必要であることを考えると、国内の他地域に避難することで回避できる程度の権利侵害であれば、迫害であるという主張は却下される可能性が高いし、同様に恐怖も十分に理由のあるものとは認められない。

権利侵害の主体別に考えてみると、国家機関が主体である場合は、国内避難の可能性は原則否定される。なぜなら、通常国家機関の権力は国家の全領域に及んでいると考えられるため、国内のどこに避難しても、迫害から逃れることはできないからである。要するに、国家機関による迫害の実行・容認・許容がある場合は、原則として国内避難可能性を理由にした申請拒否の対象から除外される。ただし、国家が事実上その全領域に実効的支配を及ぼしていると言えなくても、国内避難が不可能な場合<sup>33</sup>や、内紛状態にあり避難が事実上困難な場合<sup>34</sup>などの例外も考えられる。

また権利侵害の主体が非国家機関である場合でも、国家による権利侵害の許容・容認がある場合には申請拒否の理由とはならない。反対に、国家が権利侵害に対して許容・容認をせず何らかの対策をとり、申請者の権利を保護している場合には、国内避難の選択が妥

---

<sup>33</sup> 北イラクには「クルド民主党」(KDP)「クルド愛国連合」(PUK)という二つの準国家が統治する地域がある。このような状況ではイラク当局が全国家領域に支配を及ぼしていないといえる。KDPやPUKがイラク当局から迫害される人物を保護する可能性も否定できないが、それにはKDPやPUKがその保護の永続性を国際的に確保しなくてはならない。この点でこれらの準国家が個人に保護を与えるとは考えられないため、北イラク地域もイラク当局からの迫害から避難できる土地とはみなされない。(Swiss Asylum Appeal Commission, Decision of July,2000 より抜粋)

<sup>34</sup> ハンドブック para.91 及び UNHCR の国内避難可能性に対するポジションペーパー UNHCR's Position Paper "Relocating Internally as an Alternative Seeking Asylum" February,1999

当<sup>35</sup>であれば難民申請が拒否される可能性が高い。

## ii 立証責任

申請者が、難民認定を申請する際に国内避難の不可能性から「十分に理由のある恐怖」を主張しうるのは前項で明らかになった。次に問題となるのは、申請者に国内避難の不可能性を証明する必要があるかということである。申請者が出身国の同性愛に関する法律の施行に関する地域差に詳しいことは想像しにくい。

しかし、UNHCR は申請者がその国のどこにおいても保護されえないことを証明するのは履行不可能な義務としている<sup>36</sup>。申請者が、自身が同性愛者（難民条約にいう「特定の社会的集団の構成員」）であることを理由に迫害をうける恐れがあるという十分に理由のある恐怖を示した上で、客観的要件をすべて考慮して認定の可否は決められるべきである。結論としては、UNHCR のガイドラインが示すように申請者は国内避難の不可能性を立証する責任を負わず、それを理由として認定は拒否されるべきではない。

## 第3章 事例検証

第2章では、同性愛者が難民認定要件に該当するという結論に達した。しかし、同性愛者は当初からそのセクシュアリティを理由とした難民申請を認められてきたわけではない。個人のセクシュアル・ライツの普及に伴い、近年徐々に諸国の実行が集積してきている段階である。そこで、本章では同性愛者が難民として認定されるようになった経緯と、最近の難民認定ではどのように難民条約が適用されているかを検証する。

### 3-1 ヴィースバーデン行政裁判所判決（ドイツ）

同性愛者を難民として認めた初めての判決は、ドイツのヴィースバーデン行政裁判所の1983年の判決である。

ドイツで生活していたイラン人の男性同性愛者が、その性的指向を理由に本国では死刑を含む刑事罰を受ける恐れがあり、本国での生活は不可能として難民申請をした。1次審査機関であるドイツ連邦難民認定庁は、迫害に「十分に理由のある恐怖」が認められないとして、その申請を却下した。その理由として、申請者に有効な旅券<sup>37</sup>を発行することでイラン政府が保護の意思を示していること、申請者が同性愛者であると本国政府が認識しているとは認められないこと、同性愛者であることを隠していれば迫害を受けずに生活できることなどが挙げられた。

ドイツでは、難民認定庁により難民と認められなかった者は行政裁判所に異議申立訴訟

<sup>35</sup> 国内避難を選択することによって迫害を受けないだけでは妥当とは言えない。その移動によって国内の標準レベルの生活を安全に送ることのできる環境がなくてはならないとされる。「1951年難民の地位に関する条約 第一条の解釈」（以下「第一条の解釈」）UNHCR 2001年4月 para.13

<sup>36</sup> 「第一条の解釈」p.16注28

<sup>37</sup> 旅券の発行は、国際法的に発給国の外交的保護権等の保障という効果がある。すなわち本国の有効な旅券を所持していることは本国の保護を受けていることを意味するため、旅券を保持する申請者には難民条約が適用されない。しかし政治的意見や特定の社会的集団の構成員であることを隠し旅券を取得した場合も考えられるため、総合的な状況判断が必要である（UNHCR ハンドブック para.124）



を起こすことができる。行政裁判所で申請が却下された場合でも、退去強制の執行前に本国での迫害の状況を再確認し、そこで迫害のおそれがある場合には退去強制令が中止される制度になっており、迫害のおそれについての判断の正確さを制度的に保障している。本件原告のイラン人男性も、難民認定庁による不認定後ヴィースバーデン行政裁判所に異議申立を行った。

異議申立に対して、ヴィースバーデン行政裁判所は i)同性愛者に対する迫害の事実、ii)申請者が同性愛者であることの信憑性、iii)性的指向を隠した生活を強制することの不当性を理由に難民認定庁の決定を覆し、原告に難民の地位を認めた。

i)に関して、イランにおいて同性愛者が死刑を含む刑罰を科されているという現状を裁判所は認め、同時に新聞や報道などから推察する限り<sup>38</sup>、イラン国内で同性愛が継続的・一貫的差別を受けていると判断した。これにより、旅券の発行をもって本国の保護を受けているとする難民認定庁の判断を否定している。

また、難民認定庁は本国が原告の性的指向を認識していないとしたが、難民申請を却下されて強制退去させられた場合、本国の法制度を考慮すると、当局による訴追・処罰の可能性は高いと考えられる。難民認定庁の審査では原告が同性愛者であることそのものも疑われたが、その性的指向を明かすことで、原告は多大な不利益を本国で被ることが予想される。そのため真に同性愛者でなければそのような主張をすることは考えられず、ii)に関して原告が同性愛者であるという主張には信憑性があると認めた。

iii)のように、同性愛者が本国で性的指向を隠し、迫害を受けずに生活してきた事実を理由に難民申請を却下する判例<sup>39</sup>もある。ただし、本件で裁判所は同性愛という性的指向 (sexual orientation) が性的嗜好 (sexual preference) とは異なり、自分の意思でコントロールできるものではないという「一般的な」理由を確認した。裁判所の判決で最も注目すべきは、性的指向の不可変性を確認した上で、それを変更したり隠したりするよう強制することは、宗教的信念を変更させたり、皮膚の色を強制的に変更させるのと同様の権利侵害であって正当化されないと判断した点である。個人の性的指向がセクシュアル・ライツとして未発達の時期にあつて、難民条約上の他の属性である宗教や人種(皮膚の色)と同様に性的指向も尊重されるべきだと示した本判決は大変画期的である。

また、裁判所は同性愛者が「特定の社会的集団」に該当することも主張している。判決によれば、「特定の社会的集団」と認定されるためには構成員の相互認知や組織性が必要である<sup>40</sup>が、核心となるのは本国の一般人が当該集団を「容認できない」集団とみなしている

---

<sup>38</sup> 諸国は国内にある各国外交機関からの情報に依拠して出身国情報を分析するが、国家によっては偏った情報であったりする場合がある。そのため、ドイツでは連邦難民認定庁内に地域状況分析部署を設置し、より客観的な情報収集を確保している。

<sup>39</sup> 次項で検証する日本で同性愛者のイラン人男性が難民申請を却下された例でも、最高裁は同様の理由で迫害をうける十分に理由のある恐怖がないとした。

<sup>40</sup> 後に UNHCR は、『「特定の社会的集団の構成員であること」に関するガイドライン』の中で当該集団が結束した集団である必要はなく、構成員により共有される共通の要素があるか否かが問題であると述べている。そのため、現在ではこの要件は問題にされないであろう。

かである、とした。UNHCR による各国情報によれば、イランで同性愛者が「容認されない」集団であることは明らかであり、この点で同性愛者は「特定の社会的集団」を構成している。「迫害」の要件についても、同性愛者に対して科刑や一般市民による排斥が行われている状況は申請者にとって明白な脅威であるため、「迫害」の要件も満たす、とした。

この判決によって、難民のもつ属性に同性愛という性的指向が該当するということと、「特定の社会的集団」を同性愛者が構成しうる、ということが明らかにされた。特に「特定の社会的集団」への該当性は、UNHCR が 2002 年に「特定の社会的集団の構成員であること」というガイドラインを発行した後も様々な判例で議論され、同性愛者の難民申請を考える上でひとつの重要な争点となっている。そこで、次に「特定の社会的集団」の認定基準を初めて明確に示したカナダの判決を検討する。

### 3-2 ワード事件（カナダ）

原告パトリック・ワードはアイルランド民族解放軍<sup>41</sup>(INLA)のメンバーであった。死刑を言い渡された INLA の人質を監視していたが、彼は良心から死刑を言い渡された人質を逃がしてしまい、それがきっかけとなり INLA は彼を拷問し死刑を言い渡した。ワードは INLA を事実上脱退したが、INLA による報復を恐れてカナダに亡命し、そこで難民申請を行った。カナダ移民難民委員会は、ワードが特定の社会的集団の構成員であることを理由に迫害の恐れを有しているとは言えない<sup>42</sup>が、人質を逃がした行為は彼の政治的意見のあらわれであるとし、政治的意見を理由として迫害される十分に理由のある恐怖を認め、難民の地位を与えた。

原告ワード自身は同性愛者ではないが、この事件の判決が注目に値するのは、難民条約の「特定の社会的集団」として認定する際の基準を初めて明確にした点である。本判決は「特定の社会的集団」を以下のように分類している。「生来的・不可変の性質により定義される集団」（変更不可能性基準）、「集団の構成員であることが自らの人間的尊厳にとって非常に根源的であるために、その繋がりや断絶を強制されるべきではない集団」（根源性基準）、及び「当初は自由意志により形成された集団であったとしても、その歴史的な永続性から変更不可能である集団」（歴史性基準）の 3 つである。裁判所はこれら 3 基準のうちいずれか、もしくは複数の基準に基づいて、特定の社会的集団は難民条約上の意味をもつ。

裁判所は、判決文の中で性的指向がジェンダーや言語的出自（linguistic background）と同様に第 1 の分類に入ると述べている。「性的指向」は当然に同性愛も含む用語であるため、同性愛者はそのセクシュアリティの変更不可能性を主張・立証することにより、特定の社会的集団の構成員として認められることになる。

この特定の社会的集団についての基準に法的拘束力はないが、この事件以降同性愛者や

<sup>41</sup> 1974 年に IRA（アイルランド共和国軍）に在籍していた Seamus Costello によって結成された武装テロリスト組織。70 年代～80 年代にかけて最盛。

<sup>42</sup> 裁判所の示した 3 つの分類にあてはめると、生来的で不可変の性質は見受けられず、所属していることが人間の尊厳にとって根源的でもなく、歴史的永続性があるとも言えないため、INLA 自体が特定の社会的集団ではないとしている。また、ワード自身既に INLA から脱退しているため、INLA が特定の社会的集団であったとしても、その構成員とは言えない。

ジェンダーに関するカナダ最高裁の判決や、難民審査委員会の決定<sup>43</sup>において踏襲されている。また同性愛者の難民申請が一般的でなかった 90 年代初めにこの基準が示されたことで、それ以降の他国の難民認定基準は大きく影響を受けている。

ただし、同性愛者が特定の社会的集団の構成員にあたることの要件に関しては諸説ある。ワード事件判決では変更不可能性、根源性、歴史性の 3 つの基準が提示され、そのうちの変更不可能性によって同性愛が特定の社会的集団にあたり、ドイツ連邦行政裁判所はこの判決を踏襲し、変更不可能性が主要な根拠であるとした。一方でアメリカではテノリオ事件<sup>44</sup>において変更不可能性を根拠としつつも、性的指向は個人のアイデンティティに密接に関係しているので変更を強制してはならないとし、根源性の基準も合わせて述べている<sup>45</sup>。

### 3-3 イラン人男性シェイダ氏の事例（日本）

最後の事例として、わが国で初めて同性愛者の男性が難民申請をした例を取り上げる。

イラン人男性で同性愛者のシェイダ氏<sup>46</sup>は、1990 年に来日した。入国の際、渡航目的に「BUSINESS-FORWARDER」（商用従事者）、滞在期間を短く記入することで「短期滞在」として 90 日間の在留期間を許可された。上陸後は福島県で不法就労し、その後 2000 年に不法残留の容疑で逮捕されるまで、外国人登録や旅券の有効期限を更新しながら生活していた。逮捕後東京入管収容場に収容されたシェイダ氏は難民申請を行ったが不認定となり、本国イランへの退去強制処分が言い渡された。彼は不認定処分に関して異議を申し立てたが、法務大臣は異議の申出には理由がないとする裁決を行った。本件訴訟は、シェイダ氏はその裁決の取り消し及び退去強制処分の取り消しを求めて東京地方裁判所に提起したものである。

この事例では、裁判所はイランにおける同性愛者に対する迫害があることや、同性愛者が難民条約上の要件に該当しうることを否定しているだけでなく、イランにおいて原告が受けるかもしれない石打ち刑が拷問にあたらないと主張した。難民認定の申請をする同性愛者はイスラム圏の出身であることが多いが、特にその中でもイスラム法であるシャリーアを厳格に国内法に採用しているイランからの申請者は後を絶たない。イランからの難民申請者が何を根拠に迫害の存在を主張するのか、またそのような人々の保護を拒む国はどのような主張を行っているのかを、この事例の第一審東京地方裁判所判決を通して検証す

---

<sup>43</sup> 1994 年、ソマリア人の母・娘・息子が、ドメスティックバイオレンスと FGM の拒否を理由にカナダで難民申請をした事例。カナダ難民審査委員会はワード事件を引用し、「女性」という性質は生得的で不可変であると認めた。離婚した母と FGM を受ける恐れのある娘は難民条約上の「特定の社会的集団の構成員」とであるとされ、息子は子どもの権利条約 9 条「親からの分離禁止」により、全員が難民の地位を与えられた。

<sup>44</sup> 1993 年、ブラジルの準軍事組織で同性愛者であることを理由に暴力・脅迫などを受けてきた男性が、アメリカで難民申請をして認定された事例。

<sup>45</sup> ニュージーランド難民控訴局も、アメリカと同様の理由で難民の地位を認めている。

<sup>46</sup> イラン当局が、各地の大使館を通じて国外のイラン人コミュニティや反体制運動等を取り締まるため諜報活動を行っており、本名を明かして拘束される恐れがあるため、本人はシェイダという仮名を使っている。

る。

#### i イラン国内における一般的な同性愛者の状況

第 1 章で述べたように、イランでは同性愛行為に対して刑事罰が科される。イラン刑法は男性<sup>47</sup>の同性愛行為をソドミーと規定しており、その罪が証明された場合、当事者双方は死刑となり、その処刑手段はイスラム法判事が決定する（110 条）。ただし、ソドミーの告白者が 4 回の告白を行ったとき、またはこれを目撃した 4 人の権利ある男性が証言するとき、この罪が証明されるとしている（イラン刑法 114 条・117 条。以下条文番号のみ）。これによると、4 回の当事者による告白若しくは 4 人の目撃証言が必要であるため立証が難しいように思われるが、イスラム法の判事は慣習的な資料に由来する自らの知識にしたがって刑罰を宣告できるとしている（120 条）。この宣告は証拠に拘束されないため、厳格な立証が必要とする 114・117 条の規定は実質保障されていないといえる。

実際にいくつものメディアがイラン国内の同性愛者の死刑執行を報じている。ロイター通信やバイエリア・リポーター<sup>48</sup>によれば、1980 年代には銃殺、1990 年代に入ってからには主に石打ちの刑によって同性愛者の処刑が行われている。また、英国難民控訴委員会は、イラン国内で準軍事組織が同性愛者を誘拐・処刑している事例を認定している。科刑など国家による権利侵害だけでなく、前述のように、一般社会からの迫害も多く見られる。本件でもシェイダ氏は「同性愛行為はいかなるものでも認められないこと、また行為を行っていなくても、「同性愛者」というレッテルを貼られた場合社会的嫌悪の対象となることを主張し、イラン国内における迫害の状況を訴えた。

イラン当局自身も、そのような現状を認めている<sup>49</sup>。嫌悪の感情が宗教的・社会的に深く根ざしていることや、近年でもイランからの同性愛者の難民申請が続いていること等を考慮すれば、イラン国内では同性愛者に対する差別が現在も継続していると考えるのが当然であろう。

#### ii 原告の主張—難民条約上の根拠

シェイダ氏は、難民条約上の定義から「特定の社会的集団の構成員」であること、「政治的意見」、「迫害を受けるといふ十分に理由のある恐怖」を理由に自分が難民であると主張した。

特定の社会的集団の構成員であることに関して、原告側は UNHCR 発行のハンドブックの解釈を援用した。第 2 章でも触れたように、「特定の社会的集団」と認定されるためには、

---

<sup>47</sup> 女性の同性愛行為はレズビアン行為とされ、100 回の鞭打ちが科される。3 度鞭打ちが執行された場合、4 度目は死刑となる（イラン刑法 129・131 条）。

<sup>48</sup> サンフランシスコを拠点とする、性的マイノリティの人々に関する情報・ニュースを主に掲載している新聞。http://www.ebar.com/

<sup>49</sup> 同性愛者の死刑執行があったとされる 1990 年当時のイランの司法長官は、「同性愛という卑劣な行為に対する宗教上の処罰は、それらを犯した人間を両方とも死刑に処することである」と声明を出し、同年にイランの最高裁判所長官は「イスラムは、同性愛者については、男女男性を問わず、最も厳しい刑罰を科している。」と述べた。その翌年には国際人権委員会特別代表からの問い合わせにたいして、イラン政府は「イスラム法によれば、同性愛者が自らの行為を告白したうえ、その行為に固執する場合は、死刑が宣告される」と回答している。

その集団のもつ価値観や行動が国家の政策や方針にとって障害となるかどうか指標となることにも原告は言及している。同性愛行為に対して死刑を科すような国家の方針によって同性愛者の存在は大きな障害となるため、この指標にも適合すると考えられる。

一方、シェイダ氏は「ホーマン」というイラン人の同性愛者団体に所属している活動家でもある。イランの現体制を批判する彼の意見は、「ホーマン」の機関紙に掲載されており、他にもアムネスティ・インターナショナル日本支部が主催した「人権のためのパレード」に参加して同性愛者の権利保護についてアピールしてきた経歴がある。同性愛者に対する権利侵害を続けるイランに対して、体制の是正を主張する彼の姿勢は、確固たる「政治的意見」を持っているといえる。また、本件訴訟について共同通信が紹介したため、世界的に著名な日刊紙や UNHCR のデイリーニュースにも訴訟の概要が掲載された。イラン当局がその訴訟を把握し、原告の存在やその主張をイラン当局が知っている可能性も高いだろう。

しかし、「ホーマン」のような団体が有るからといって、イラン国内で同性愛者の権利解放の主張が可能なのではない。ソドミー禁止規定などの改善を求める同団体も、迫害を恐れて本拠地はスウェーデンに設置し、活動する支部もすべて国外にある。彼らの主張は同性愛者の人権を認め、同性愛行為を刑罰の対象から外すことを目指しているが、このような考えはイスラム法の忠実な執行を徹底しようとするイランの国家体制と相反するものであり、厳しい取締りや科刑をはじめとする迫害の対象となる。迫害のおそれが認められないとして退去させられた場合、本件訴訟によってイラン当局が彼や彼の所属団体に関する情報を知りえていることを考えれば、出国前よりも強い「迫害を受けるおそれ」を感じるようになる。

以上から、難民条約の「特定の社会的集団の構成員」であること、「政治的意見」、「迫害を受けるという十分に理由のある恐怖」の 3 点の文言に原告が該当すると判断できる。それにも関わらず、裁判所はなぜ難民と認定せず、再び退去強制を命じたのだろうか。

### iii 被告の主張とそれに対する反論

裁判所は、在留特別許可<sup>50</sup>と原告の難民該当性から、裁決の合法性を主張している。

在留特別許可制度は、入管法上退去させられるべき外国人に恩恵的に与えうるものにならず、在留期間の更新と異なり、外国人には申請権も認められていない。裁判所は、治安・善良な風俗の維持、労働市場の安定、外交姿勢、国際情勢など日本の国益を「害せず、むしろ積極的に利すると認められるか否か」を考慮して許可を与えるか否かを判断しなければならないとする。確かに、シェイダ氏が来日後 10 年近くにわたり不法滞在・不法労働していたことは事実であり、難民申請が収容後であったことを考慮すれば、法務大臣に広範な裁量が認められている在留特別許可が下りる可能性は極めて低いと言わざるを得ない。

<sup>50</sup> 出入国管理及び難民認定法（以下入管法）50 条 1 項 4 号は「その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」に不法滞在者の在留を認める、としている。在留特別許可は主にオーバーステイ等不法滞在の場合問題となり、不法滞在者であっても日本人と真の婚姻関係にある・子供がいるといった特別の事情がある場合には、在留許可が受けられる場合がある。

とはいえ、難民であると推定される者を、迫害の待っている国へ追放・送還するのは難民条約第 33 条に規定されたノン・ルフールマン原則に反する。原告の難民該当性を裁判所は否定し、その主な理由は原告が難民の要件に該当しないこと、イランに送還された場合に迫害を受ける可能性は低いこと、イランで受ける刑罰は拷問には当たらず、迫害ではないことの 3 つであると述べた。しかし、これらの 3 つの理由は、いずれも国際的な基準に合致するものではなく、反論すべき点が多くある。

まず、シェイダ氏が難民の要件には該当しないことについて、裁判所は同性愛者が「特定の社会的集団」に該当すると判断する国も確かにあるとした上で、難民条約の解釈上、その該当性に国際的な合意があるとは言えないとしている。しかし、この判決が出たのは 2004 年であるが、2002 年には「特定の社会的集団の構成員であること」という要件に関するガイドラインが既に発行されている。そのガイドラインには同性愛者が「特定の社会的集団」として認定されてきた経緯や、同性愛者に対する迫害が例示として書かれており、このことは当然「特定の社会的集団」に同性愛者が該当することを表している。前述のように、UNHCR のガイドラインは難民認定に積極的な諸国の実行の集積により作成されているため、事実上このガイドラインをもって「国際的な合意」があるとみなすことができるだろう。また裁判所は「政治的意見」の項にも原告は該当しないとしている。「ホーマン」における講演や機関紙への投稿、日本で行われたパレードへの参加といった行動を原告がペンネームや匿名で行っていること、それらの活動がそれほど知名度の高いものではないことを理由にイラン政府が原告の政治的意見を知っている可能性は少ないと判断した。

第二に、イランに送還された場合の迫害の恐れがないことについて、裁判所は二つの理由を挙げている。一つは、原告の性的指向に関係する政治的意見がイラン政府に知られているか、早晚知られるだろうとは思えないという主張である。難民該当性を認めるためには難民条約にある迫害事由に該当するものであることが当局に知られているか、知られるであろうという十分に理由のある恐怖があることを示さなくてはならない、というのがその根拠だが、前述のように本訴訟が様々なメディアを通じて世界に配信されている状況では、イラン当局がその該当性を認識していたとしても不思議ではないだろう。もう一つは、性表現を抑制されることが迫害にはあたらないという主張である。「公序良俗を理由とする性表現への規制は、各国がその主権に基づき、社会情勢や風俗・習慣に照らし最善と考える思索を採用しているもの」であるため、「同性愛者としての活動を本邦と同じように行うことができないとしても、これをももって迫害にあたるとみることはできない」としている。確かに、主張にあるように公序良俗を理由とした性表現の規制は各国の裁量で行われるべきものである。しかし、原告が主張したいのは同性愛者の権利侵害の停止を訴える「政治的意見」であり、自身の性的指向の実践<sup>51</sup>であって、「性表現」とは区別されるべきものである。以上のことから、シェイダ氏が送還された後に本国で迫害を受けないという裁判

<sup>51</sup> 東京弁護士会の諮問に対し、UNHCR は「性的指向が周囲に分からないように「目立たないようにすること」は、申請者にとって「根拠ある恐怖」の理由に援用しようと判断する」諸国の実行が存在すると回答し、「イランの同性愛者も政治的意見に基づいて条約の定義を満たしうる」と国名を挙げて言及している。

所の理由は妥当ではない。

最後に、本国に送還された後に受けるかもしれない刑罰は拷問<sup>52</sup>ではなく正当な手続を経た処置であり、その内容からも迫害にはあたらないと裁判所は主張している。報道によれば、同性愛者で死刑を科されたものは銃殺もしくは石打ち刑<sup>53</sup>が多く、イラン刑法上合法に処刑されている。裁判所の主張する通り、拷問等禁止条約は合法的な制裁を定義から除外しているので、拷問にはあたらない。しかし、同条約は16条で「締約国は、自国の管轄の下にある領域内において、第一条に定める拷問には至らない他の行為であって、残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に当たり、かつ、公務員その他の公的資格で行動する者により又はその扇動により若しくはその同意若しくは黙認の下に行われるもの」の防止を締約国に義務付けている。石打ち刑が合法的な制裁だとしても、その多くが公開で大勢の処刑者によって行われることから品位を傷つけられるものであることは間違いない。

以上の反論から、難民条約への該当性、送還後の迫害を受ける可能性を否定した裁判所の主張は成立しえないといえることができる。在留特別許可の観点からはシェイダ氏が保護されるべきとはいえないが、難民該当性の観点から日本政府は彼を強制的に送還することはできないのである。

#### iv 国際的標準からの乖離

訴えを棄却された第一審後、シェイダ氏は控訴し、東京高等裁判所で再び本件が争われた。第一審と異なるのは、第二審が始まるまでの間に、シェイダ氏をUNHCRがいわゆる「マンダート難民<sup>54</sup>」であると認定していたということである。しかし第二審でも判決は変わらず、シェイダ氏は結果として第三国への出国という形で日本を去ることとなった。UNHCRが彼を「マンダート難民」として認定したことは、その定義から彼が難民条約上の定義に該当する難民である、と認めたことになり、締約国である日本は彼に難民としての地位を認定するのが筋である。

しかし東京高等裁判所は、UNHCRが条約難民だけでなく国内避難民なども保護の対象としているため、原告が厳密な意味で難民とは断定できないこと、及び原告がUNHCRに提出した書類と法務省に提出した書類・証拠が異なっていたかもしれず、それならばUNHCRと裁判所が異なる判断を下すこともありうる、という2つの理由から控訴を却下した。

この第二審における裁判所の主張はこじつけと言わざるを得ない。というのも、UNHCRは確かに国内避難民なども保護の対象にしているものの、そのような人々は保護の対象に

<sup>52</sup> 拷問等禁止条約第1条1項前段は「この条約の適用上、「拷問」とは、身体的なものであるか精神的なものであるかを問わず人に重い苦痛を故意に与える行為」と定義しているが、同項後段で「「拷問」には、合法的な制裁の限りで苦痛が生ずること又は合法的な制裁に固有の若しくは付随する苦痛を与えることを含まない。」としている。

<sup>53</sup> イスラム法による処刑方法の一。下半身を地中に埋めるなどして身動きを封じた受刑者に対し、死亡するまで石を投げつける。

<sup>54</sup> UNHCRは「UNHCR事務所規定の第6条に規定されているUNHCRの中心的な任務（マンダート）の下にあり、すなわち1951年条約の第1条A(2)の定義をも満たす者」を厳密な意味での「マンダート難民」として定義している。

なるだけであって「マנדート難民」と認定されるわけではないからである。マנדート難民は、難民条約上の要件に該当する厳密な意味での難民(core mandate refugees)と、紛争や暴力など人権を侵害される事件から逃れてきた拡大マנדート難民(extended mandate refugees)とに分類されるが、この事例の場合、シェイダ氏が拡大マנדート難民とは考えられない。すなわち、彼は厳密な意味での難民なのである。それに加えて、UNHCRに提出した書類が異なっていたかもしれないという主張も仮定の域を出ないため、根拠となるものではない。

以上で見てきたように、裁判所の主張は妥当でないということが分かった。第二審の判決で注意しなくてはならないのは、裁判所がUNHCRの認定基準や見解と裁判所のそれが異なってもよいとしたことである。第二審の判決文で、裁判所は「難民かどうかの判断が条約加盟国との間で分かれることは十分にあり、UNHCRの判断は加盟国を拘束しない」と述べている<sup>55</sup>。

UNHCRは難民の保護のために総会決議により設立が決定された機関であり、難民条約及び難民の地位に関する議定書は、それぞれ締約国の機関とUNHCRが協力して任務を遂行することを約束させている<sup>56</sup>。この事例に関しては、UNHCRがマנדート難民と認め、東京弁護士会からの諮問に対して同性愛者を難民として認めるべきとの回答が裁判所に提出されたにも関わらず、シェイダ氏は難民として認められていない。ここから、UNHCRの認定基準の法的位置付けと締約国に対する法的効力の問題が生じる。これに関して次章で詳細に検討したい。

## 第4章 UNHCRの認定基準に関する考察

UNHCRは、1979年に発行された難民条約全体に関する基準を示したハンドブックの内容を軸としながら、随時認定基準の要件に関して個別にガイドラインを発行し、難民の保護に努めている。それにも関わらず、前章で挙げた例の他にもUNHCRとは大幅に異なる基準での難民認定や、難民条約の根幹とも言えるノン・ルフールマン原則に反した退去強制命令が下される事例は多い。本章では、UNHCRが難民条約上また締約国の国内法にどのように位置づけられているかを踏まえた上で、その認定基準に関する法的効力について検証する。

### 4-1 難民条約上のUNHCRの位置づけ

難民条約の前文では、UNHCRが難民条約の適用を監督すること、締約国とUNHCRとの協力により難民問題の処理が可能になることの二点が挙げられている。これに対して、難民条約35条では、締約国のUNHCRへの協力、難民の状態や条約の実施状況に関する情報・統計の提供を定めている。ただし、35条は各締約国が協力を「約束」とし

<sup>55</sup> 2005年1月21日付朝日新聞より抜粋

<sup>56</sup> 難民条約第35条、難民の地位に関する議定書第2条



ているものの、拘束力のある条文ではなく、締約国はUNHCRに対して何ら義務を負わない。すなわち、難民条約の適用やUNHCRとの具体的な関わり方については、締約国がそれぞれ裁量によって決定する。この見解については、締約国間で特に争いが無い。

各締約国が独自に難民条約の適用やUNHCRとの関わりを決定できるということは、見方を変えれば、どこまでUNHCRの関わりを認めるかがその国の人権意識の高さを表すということでもある。もしその国が人権の保護に積極的であれば、自国の難民認定の実情を公にし、UNHCRの監督を積極的に受け入れることによって、認定制度をより適切なものにしようとするだろう。ここでは、難民認定に最も積極的な諸国であるドイツとフランスがどのようにUNHCRの監督を自国の制度に採り入れているかを例として挙げ、その後で日本の制度と比較する。

まず、ドイツでは、難民認定機関である難民認定庁の下した認定の内容とその理由付けをUNHCRに送付することを認めている。送付はUNHCRの申請があるときのみに限られているとはいえ、この制度はドイツの難民認定の決定をUNHCRに監視させ、国際的基準から評価を受けることを可能にすることで、認定及び不認定の理由付けが正当で公正なものになる効果を生んでいる。また、申請者は迫害のおそれについてUNHCRに相談することが許されており、その申立は難民認定庁に伝達される。事情聴取に関しては、申請者のプライバシー等の面から原則非公開となっているが、その場にUNHCRの代理人や、連邦の代理人、欧州議会の難民問題特別代表代理人等が同席することが認められており、より公正な事情聴取が行われている。以上のようなドイツの難民認定プロセスは、その手続と審決双方において人権が保護されるよう意図されたものといえる。

次にフランスの例を挙げる。フランスは、難民条約加入当時から自国の難民認定にUNHCRの積極的な関与を認めており、法が改正された現在でも、その傾向は変わっていない。UNHCRは、難民認定機関である難民・無国籍者保護フランス事務所(以下、フランス事務所)に設置された運営評議会に代表を出席させることができ、代表者は意見を述べ、提案を行うことが認められている<sup>57</sup>。UNHCRは、不認定とされた者のための異議審査委員会の委員の一人を、条件付<sup>58</sup>ながらもフランス国民から選出する権限を持つ。中でも最も重視すべき制度は、UNHCRによってマンデート難民であると認定された者が、難民条約上の地位を与えられることを認めている制度である。これは、難民認定の手続は自国の基準で行うとしても、事実上認定・不認定の裁決にUNHCRの関与を認めている制度といえる。

それでは、日本の制度はどのようになっているのだろうか。難民認定手続上、または認定・不認定に関して、日本はUNHCRとの関わりが制度の中に採用されていない。手続の際、必要であればUNHCRによる情報提供を受けることができるが、情報提供を受け

<sup>57</sup> ただし、あくまで発言権・提案権に留められており、議決権は有さない。

<sup>58</sup> 異議審査委員会の3名中1名を、国務院副長官の同意があれば任命することができる。

たとしても、逆に申請者にとって不利な情報を重視する場合がある<sup>59</sup>。また、不認定とする行政処分の取消を求める訴訟が判決を待つ間に、UNHCRが当該申請者に対してマンドレート難民であると認定したが、裁判所は再び難民不認定の判決を下し、本国へ退去させられ、また退去を強制されそうになった事例<sup>60</sup>さえある。手続・認定の双方において、日本はUNHCRとの関わりに消極的な国家だといえるだろう。

#### 4-2 UNHCRのマンドレート難民認定の法的拘束力

前項でみてきたように、難民条約上の規定を尊重する限りにおいて、手続面は各締約国の裁量により行うことが可能である。では、難民認定・不認定の基準に関して、UNHCRの見解と異なる決定を下すことはどのような意味を持つのか考えてみたい。

結論から言えば、認定・不認定の最終的な決定は各国の判断に委ねられ、UNHCRのマンドレート難民認定が法的拘束力を持つわけではない。フランスのように、UNHCRの基準の適用を国内法に取り入れている国家以外には、その基準を適用する責任はない。

しかし、難民条約 35 条によれば、各締約国にはUNHCRの任務遂行に協力するという一般的責務がある。35 条に法的拘束力がないことを理由に、UNHCRがマンドレート難民として認定した個人を締約国が不認定とすることは、難民の保護というUNHCRの任務遂行上、大きな障害となる。特に問題となるのは、UNHCRがマンドレート難民と認定する個人<sup>61</sup>の中でも、難民条約の要件に該当するとされる厳密な意味でのマンドレート難民であると認定した個人に対して、各国が不認定の判断を下す場合である。条文上は 35 条が義務規定ではないので、UNHCRと異なった判断を下すことも可能ではあるが、その判断についての合理的で説得力のある理由を説明することが必ず求められる。厳密な意味でのマンドレート難民とされた個人を不認定とするだけの説得力のある説明を締約国ができるとは思われないが、申請者の諸事情を考慮し不認定とする場合には、その判断の正当性を示さなくてはならないだろう。

#### 4-3 事例考察—クルド系トルコ人退去強制事件

実際に何度かUNHCRからマンドレート難民として認定する旨の証明書が裁判所に提出されながらも不認定となり、帰国を強制された日本の事例を例として挙げる。

難民の地位を申請していたクルド人親子 5 人は、不認定を不服として訴えた第一審で勝訴、難民として認められた。しかし、一審判決を終え国側が控訴し、2003 年の 5 月 22 日に行われた第二審では一審判決が取り消された。ここで注意すべきは、一審判決から二審判決の間の同年 5 月 1 日にUNHCRによってこのクルド人親子がマンドレート難民として認定を受けていたことであり、それを判決に全く考慮に入れなかった第二審の判断の正当

<sup>59</sup> 第 3 章でとりあげたシェイダ氏の事例でも、イラン国内で同性愛者の処刑は近年減っている、迫害を受けるおそれは比較的少ない、といったUNHCR締約国の情報を重んじ、同時にUNHCRから提供された各国メディアの死刑の報道には判決の中でほとんど触れられていない。

<sup>60</sup> この事例については 4-3 で述べる。

<sup>61</sup> 前注 54 で述べた難民条約の要件に該当する難民を厳密な意味でのマンドレート難民の他に、庇護希望者や無国籍者等もマンドレート難民とされることがある。

性には疑問がある。また、同申請者家族に対する退去強制の令書取消を争った同年5月14日の裁判の第一審でも彼らの請求は棄却され、彼らは控訴した。その後10月に再びUNHCRが彼らをマンドート難民であると再確認する旨の証明書が発行され、裁判所に提出されたが、第二審でもその証明書は考慮されず、控訴は棄却された。更に、翌年1月に上告中の原告の家族のうち、父親と長男が仮放免期間延長のために入国管理局に出頭したときに強制収容され、翌日退去強制令書によってトルコに強制送還させられるという事態に発展した。

原告が上告中で、退去強制令書はまだその効力が争われていたこと<sup>62</sup>、また収容されてからわずか一両日中に、家族の一部だけ<sup>63</sup>を強制送還したこと等から、入国管理局の対応はとも筋が通っているとは言えない。裁判中に二度もUNHCRからマンドート難民として認める内容の証明書が提出されていたのに、事実上裁判所がそれを無視する形で判決を下したことは、難民条約35条の締約国の協力に関する一般的義務に反していると考えられる。

この事態に対してUNHCRは、プレスリリースとして「前例のない難民の強制送還に対して懸念」という題の声明を発表した。この声明は、日本政府はこれまで日本国内で司法的救済措置が尽きてしまった申請者に対しては、第三国定住等の解決策を追及するとUNHCRに回答してきたが、今回の強制送還執行はその慣行及びノン・ルフールマン原則に反するという趣旨のものである。UNHCRは同声明の中で、法務大臣に対し、ノン・ルフールマン原則に反して難民を送還しないようにという内容の口上書を送ったと述べた。

この事件のように、明らかに難民認定の手續に関して問題があるケースであっても、UNHCRにできることはプレスリリースでの懸念の表明や、抗議の申し入れに留まる。これは、難民条約35条の監督機能の範囲を超えて、各国の手續や運用のあり方について積極的に関与する権限がUNHCRにはないことを改めて示している。この判断に関して、難民に対する日本の司法や入国管理局の姿勢は内外から批判を浴びることとなり、後に起こった同様のクルド難民の家族の申請に関しては、UNHCRからマンドート難民の認定と、第三国への出国に関する勧告に法務省は従っている。

#### 4-4 UNHCR と締約国の関係のあり方

以上でみてきたように、UNHCRへの協力に関する一般的義務の明らかな違反は、国際的な批判にさらされることによって是正されていくことが期待される。しかし、先に挙げたクルド人親子の例のように、難民条約の解釈や適用基準の裁量性から、難民条約がUNHCRによって人権を完全に保障するシステムとなっているとはいえない。理想を言えば、ドイツ・フランスのように国内法によってUNHCRの監督機能を採用していくことが、難民条約の履行確保、ひいては難民の人権保護につながる直接的な手段であるの

<sup>62</sup> 難民条約31条2項は、申請者が不認定となった際にも、第三国による入国許可を得るのに必要な期間、暫定在留許可等の必要な便宜をあたえ、国外退去強制措置の執行を猶予しなくてはならないとしている。ハンドブック para.192(vii)にも「申請が審査されている間はその国に滞在することを認められねばならない」とある。

<sup>63</sup> ハンドブック第6章には「家族統合の原則」が定められており、それに相反する行為といえる。

は確かである。しかし、難民条約が普遍性を要請する条約であることを鑑みれば、締約国にUNHCRからの監督義務を課すような新たな条文の挿入は非現実的であるといわざるをえない。

それでは、UNHCRと締約国が協力して難民の保護という目的を達成するには、他にどのような手段があるのだろうか。

私が考えるに、現在取りうる手段は二つある。一つは、難民不認定者の第三国出国に関する規定の取り決めである。現在、第三国による受け入れの仕組みに関する国際的合意は確立されておらず、当然その手続や暫定的に在留している者に対する処遇に関しても、国際的基準は存在しない。ある国家で不認定とされた者であっても、他国の基準では保護されるべき者であるとして認定されうるし、このような場合には人権保護の観点からも第三国出国という手続が適当であろう。現在UNHCRの発行しているハンドブック・ガイドラインは難民条約の文言の解釈、運用の指針等に関するものが大半であるため、それらに加えて早急にこの分野に関する国際的基準を示すことが必要となってくる。第三国出国という手段も、難民認定のプロセスの中の一つの手続という面では、国家の裁量の範囲だと考えられるが、それに関して国際的合意がなされることによって、諸国の実行が収束していく効果が期待できる。

もう一つは、難民の発生する原因を解明し、その解決に向けて締約国とUNHCRが協力していくという手段である。難民条約 35 条は各締約国のUNHCRの任務遂行に対する協力を定めているが、これはUNHCRがマンデート難民と認定した難民を締約国が保護する、という文脈でのみ考えられるべきではない。UNHCRの任務の本質は難民に対する保護と支援であり、難民が流出しないような国際社会を造る事こそがその最終目標である。同性愛者の難民の例などは原因の根本的な解決は難しいと思われるが、紛争の起きている地域や、国内で特定の民族の人権が蹂躪されている地域など、難民の発生が予見される地域に関して積極的に提言し、現状を国際社会に対してアピールしていくことが国連機関であるUNHCRの任務である。難民が発生するような状況に注目が集まることで、その状況の打開に向けて国際社会が打つ手を検討する場も設けられるだろう。難民条約の履行確保という次元に留まらず、難民の保護や難民を発生させる事態への対処に関しては、各締約国とUNHCRが協力できる分野はまだ存在する。

現在、同性愛者のように、難民の属性にも近年新たな視点が加わってきている。UNHCRは難民認定に生じている問題については比較的迅速にその見解や基準を表明しており、締約国の中にもその趣旨に沿うような認定をしている国は多く見られるが、依然として難民の人権が守られているとは言い切れない。しかし、上に挙げたような新たな基準の創設、締約国の協力の姿勢を再考することによって、各締約国の難民保護はより改善されると考えられる。

## おわりに一

国際法を二年間西立野ゼミで学び、人種差別・従軍慰安婦・PKOの要員保護・テロの加害者側の視点など、様々な角度から人権の保護を考えてきた。その中で扱った判例・事例は数え切れないが、それらを通して、私は日本が国際法違反として訴えられた事例というのが本当に数少ないということに気づかされた。戦後国連に復帰してからというもの、日本は国連を中心として、国際法や国連の決議・決定を遵守しながら国際社会と関わってきた存在なのである。

しかし、難民問題やジェンダーの問題に関しては、必ずしも日本が国際法や国際法の一般原則に忠実であるとは言い切れない。日本が難民の受け入れに対して非常に消極的な国家であるのは周知のことであり、事例を通して検証したように、難民保護の一番の原則ともいえるノン・ルフールマン原則に違反したと言われても仕方のない行動をとる場合さえある。現在、人権という概念が拡大するとともに、難民として認定されることによって保護されるべき個人の範囲は徐々に広がっている。難民問題に対する新たなアプローチが続々と出てくるのにも関わらず、日本の難民認定はまだその現状に追いついていない。

今回は、難民問題に対する新たなアプローチの中でも、申請者が同性愛者である場合に焦点を当てて論じてきた。同性愛者が難民として初めて認定されてから既に20年以上が経過しており、数々の判例を通して、国家が認定する際の基準にも一定の収束が見られ、その結果が紹介した3つのUNHCRのガイドラインという形で発行されている。UNHCRのハンドブックやガイドラインに法的拘束力はないものの、諸国がこれ以外の基準を採用して難民認定をする場合には、それなりの合理的な理由が必要となることも分かった。同性愛者に対する差別・排斥が早晩なくなるとは考えられないだけに、彼らの保護のためには締約国がこれらの基準をよく検討し、自国の認定プロセスの中に組み込んでいくことが必要であろう。

第3章でもとりあげた事例の申請者であるシェイダ氏は、口頭弁論の最終意見陳述で以下のように自分の希望を語っている。

「裁判長殿。誰でも人間であるなら、生まれながらに人を愛し、自分の意志に従って生きる権利を持ち、そのすべをそれぞれの人生の中で、自然に学んでゆくものです。しかし私は、母国において、この人間の基本的な権利さえ与えられず、どのように愛し、生きればよいのかを、考えることさえも許されていませんでした。私は願っています、裁判所の判決が、恐怖も不安もなく、自由に生き、自由に愛することを学ぶ権利を、私に与えて下さることを。私は願っています、私の裁判の判決が、未来のための第一歩となることを。」

(2004年1月6日、原文ペルシア語)

性的指向が個人のアイデンティティと不可分のものであり、保護されるべき人権だという

ことが主張されてきたのは、彼のような意見を持ち、その人権を脅かされつつ生活してきた人々の多さを物語っている。欧米諸国だけでなく、難民条約の締約国がその基準を尊重し判例が集積することで、UNHCR の基準が国際的な基準へと昇華し、彼のような難民が一人でも多く保護されていくことを期待する。

## 参考文献

- ・ 稲場雅紀「難民たちの「拒絶の意志」は誰にも止められない～「ニッポンノミライ」を治者の視点から読み解かないために～」青土社『現代思想』11月号 2002年
- ・ 児玉晃一「難民判例集」現代人文社 2004年
- ・ 財団法人法律扶助協会「難民認定基準ハンドブック―難民の地位の認定の基準及び手続に関する手引き―（改訂版）」2000年
- ・ 谷口洋幸「同性愛者の庇護申請と難民条約―諸国の実行に関する一考察―」『法とセクシュアリティ』第1号 2002年
- ・ 谷口洋幸「ヨーロッパ人権条約における同性愛」『大学院研究年報』法学研究科篇(中央大学) 2001年
- ・ 谷口洋幸「国際人権法にもとづく性同一性障害者の人権保障―ヨーロッパ人権裁判所の判例を契機として―」『日本性=研究会議会報 (JASS PROCEEDINGS)』第16巻第1号 財団法人日本性教育協会 2004年
- ・ 長島美紀「ジェンダーに基づく迫害の視点―庇護をめぐる新たな領域」『法学セミナー』600号 2004年難民問題研究フォーラム「難民と人権―新世紀の視座―」現代人文社 2001年
- ・ 本間浩「同性愛者の難民該当性」『平成16年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 1291号 2005年
- ・ 本間浩「国際難民法の理論とその国内的適用」現代人文社 2005年
- ・ 本間浩「ドイツにおける難民保護と難民庇護手続法」『外国の立法―立法情報・条約・解説』第216号 国立国会図書館調査及び立法考査局 2003年
- ・ UNHCR「1951年難民の地位に関する条約第1条の解釈」2001年
- ・ UNHCR「国際的保護に関するガイドライン：1951年の難民の地位に関する条約第1条A(2)および/または1967年の難民の地位に関する議定書におけるジェンダーに関連した迫害」2002年
- ・ UNHCR「国際的保護に関するガイドライン：1951年の難民の地位に関する条約第1条A(2)および/または1967年の難民の地位に関する議定書における「特定の社会的集団の構成員であること」」2002年
- ・ UNHCR「東京弁護士会に対する国連難民高等弁務官事務所の助言的意見」2004年
- ・ UNHCR Position Paper : Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum - (The So-Called "Internal Flight Alternative" or "Relocation Principle")

## 参考 URL

### 【セクシュアリティ関連】

- ・ 日本性科学連合 (WAS) 2006/12/20  
<http://www.worldsexology.org/index.asp>
- ・ 国際基督教大学ジェンダー研究センター 2006/12/22  
<http://subsite.icu.ac.jp/mt/cgs/>
- ・ FGM 廃絶を支援する女たちの会 2007/1/8  
<http://www.jca.apc.org/~waaf/index.html>
- ・ Trans News 2007/1/15  
<http://transnews.at.infoseek.co.jp/top.htm>
- ・ TS と TG を支える人々の会 2006/10/29  
<http://www.tn-japan.com/home.htm>
- ・ 国連人口基金東京事務所(UNFPA) 2006/11/28  
<http://www.unfpa.or.jp/index.html>

### 【難民一般】

- ・ UNHCR Japan 2007/1/20  
<http://www.unhcr.or.jp/index.html>
- ・ JLNR 全国難民弁護団連絡会議 2006/1/5  
<http://jlnr.net/>
- ・ 難民支援協会 2007/1/5  
<http://www.refugee.or.jp/index.html>
- ・ 全国難民弁護団連絡会議 2007/1/5  
<http://jlnr.net/>
- ・ Oxford Journals/International Journals of Refugee Law 2007/1/13  
<http://ijrl.oxfordjournals.org/>
- ・ Australasian Legal Information Institute 2007/1/5  
<http://bar.austlii.edu.au/>
- ・ The REFUGEE LAW READER 2007/1/11  
<http://www.refugeelawreader.org/index.d2>
- ・ International Association of Refugee Law Judges 2007/1/11  
<http://www.iarlj.nl/>

### 【難民判例】

- ・ 最高裁判所 2007/1/19  
<http://www.courts.go.jp/saikosai/>



- ・ スイス連邦難民局 2006/12/5  
<http://www.ark-cra.ch/>
- ・ カナダ最高裁判所 2006/12/5  
[http://www.scc-csc.gc.ca/Welcome/index\\_e.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/Welcome/index_e.asp)
- ・ チーム S・シェイダさん救援グループ 2007/1/10  
[http://www.sukotan.com/shayda/shayda\\_top.html](http://www.sukotan.com/shayda/shayda_top.html)

【その他】

- ・ Wikipedia 2007/1/5  
<http://ja.wikipedia.org/wiki/>
- ・ @ビザ！ビザ・永住・帰化—古川峰光がビザを読み解く 2006/11/29  
<http://www.lawyersjapan.com/index.html>
- ・ 拓殖大学イスラーム研究センター 2006/12/21  
<http://www.cnc.takushoku-u.ac.jp/~islamken/index.htm>
- ・ amnesty international Japan 2007/1/18  
<http://www.amnesty.or.jp/>