

UNITED NATIONS

HIGH COMMISSIONER
FOR REFUGEES

Regional Representation
in Japan



NATIONS UNIES

HAUT COMMISSARIAT
POUR LES REFUGIES

UNU Building 6F
5 -53 -70 Jingumae, Shibuya-ku
Tokyo 150-0001, Japan

Telephone 03-3499-2075
Facsimile 03-3499-2272
E-mail jpnto@unhcr.ch

(仮訳 / 原文英語)

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

1. 2004年7月30日、東京弁護士会は国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）に対し、以下の点に関して追加的情報を提供するよう要請しました。
 - (i) 性的指向に基づく難民申請は1951年の難民の地位に関する条約（以下、「1951年条約」）の第1A条(2)に列挙された理由の一を満たし得るか。
 - (ii) その理由に基づき迫害を受ける現実的なおそれが存在するか。
2. UNHCRは、世界の難民に国際的保護を与え、恒久的解決策を模索するという責務に基づき、1951年条約の適用に直接の関心を有します。¹ 更に、UNHCRは、1951年条約第35条により、同条約規定の適用を監督する義務を負っています。UNHCRは、第1段落で言及された問題に適用されるべき原則について、詳細な意見を提供することにより、貴弁護士会の一助となる機会を歓迎します。

性的指向と難民の定義

3. 1951年条約は、ジェンダー又は性的指向について具体的に言及していません。しかし、難民の定義にジェンダーに配慮した解釈を与えなければならないことは、確立された原則となっています。² しかし、これは、（例えば、同性愛者など）特定の性的指向を有する者のすべてが、難民の地位を得る資格を自動的に有することを意味しません。異なる性的指向に基づく難民申請は、当該申請者が条約上の一またはそれ以上の理由に基づいて迫害行為を受けた又はそのおそれがある場合にのみ正当化されます。
4. 刑罰又は処罰が罪に対して不当に厳しく、それが条約の定義に挙げられた理由によるものである場合、それ自体が迫害に相当する可能性があります。³ 同様に、特定の社会において同性愛が非合法である場合、過酷な刑罰を科すことが迫害に該当する可能性があります。さらに、法律自体が迫害的である場合もあります。⁴ これは、特に、その法律が、必ずしも国際人権基準と合致しない宗教的・文化的規範から派生する場合に該当します。加えて、申請者が恐れる危害が迫害に相当するかどうかは、国際社会によって認められた核心的な人権に照らして評価されなくてはならず、文化的相対主義によって正当化されるべきではありません。

¹ 1950年12月14日、国際連合総会決議428(V)、国際連合難民高等弁務官事務所規程を参照。

² UNHCR、「1951年難民の地位に関する条約第1条の解釈」（原題：“*Interpreting Article 1 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*”）（2001年4月）第2段落から第6段落を参照。同様に、UNHCR執行委員会結論第87号（1999年）(n)段落も参照のこと。

³ UNHCR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 - （「ハンドブック」、1992年1月に改定）第56 - 57段落を参照。

⁴ しかしながら、すべての事例において、申請者は、迫害的な法律が依然として存在し、執行されていることを証明しなくてはなりません。

5. 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は、一またはそれ以上の条約上の理由に基づくものでなくてはなりません。条約上の理由は、相互に相容れないものではありません。例えば、同性愛など社会的・宗教的規範からの逸脱は、政治的意見、または特定の社会的集団の構成員であることの文言において分析できるでしょう。この意見は、出身国当局又は迫害を行なう非国家主体によって申請者に帰属させられたものであることもありえます。この点に関して、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 - 第 82 段落は、有用な手引きを提供してくれます。

「政治的意見を理由とする」迫害とは、既に表明され又は当局の知るところとなった意見を申請人が有していることを暗示している。しかしながら、申請人はまだ自らの意見を表明していないという場合もありえよう。しかしながら、その確信の強さによっては、その意見が早晚表明されることになり、その結果申請人が当局と衝突することになると考えることが合理的であることもあろう。このように考えるのが合理的であるような場合には、申請人は政治的意見を理由として迫害を受けるおそれがあると考えられることになろう。

6. 条約上、「政治的意見」の文言は、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を含むよう、広義に理解されるべきであると考えられます。⁵ この広義の理解には、異なる性的指向に関する意見を含む性的役割に関する意見も含まれでしょう。UNHCR は、特にイスラム教の原理・規範を掲げる国家においては、異なる性的指向に関連する主張は国家政策の根本に反するものとして国家に容認されないことに留意します。UNHCR は、そのような場合、性的指向に関連する意見は迫害の理由として 1951 年条約にいう「政治的意見」の概念に含まれ、イランの同性愛者もこの理由に基づき、条約の定義を満たし得ると考えます。
7. 性的指向に基づく難民申請は、「特定の社会的集団の構成員であること」の枠組みにおいても分析することができるでしょう。1951 年条約においては、この文言は以下のように定義されます。

特定の社会的集団とは、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成すものを指す⁶。

8. 性的指向も、現在、生まれつきで変更不可能な特性、若しくはアイデンティティ又は人間の尊厳の根源を成すものであるため、その変更が強要されるべきでないものとして理解されています。また、集団が「結束した」ものでなくてはならないという要件は存在しません。つまり、申請者は、特定の社会的集団の構成員がお互いに面識を持ち、一つの集団として連携していることを示す必要はありません。関連して問うべきことは、集団の構成員において共有される共通の要素が存在するかどうかということです。また同様に、特定の社会的集団の存在を証明するためには、推測される集団のすべての構成員が迫害を受けるおそれがあることを示す必要もありません。以上の要件を考慮した上で、UNHCR の見解では、共通の特性を共有する集団として、若しくは社会において認識可能な集団として認知されていることが

⁵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 5 月 7 日 (HCR/GIP/02/01)、特に第 32 段落を参照。同様に、Guy S Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2nd ed), Clarendon Press, 1996, p.49 及び James C Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Butterworths, 1991, p.149。

⁶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 5 月 7 日 (HCR/GIP/02/02) を参照。

ら、同性愛者は社会的集団のカテゴリーの範囲に入り得ると考えられます。⁷ このことは、様々な司法機関の実践においても、広く受け入れられています。⁸

出身国情報

9. 同性愛者がイランにおいて迫害を受ける可能性があるかという質問に関しては、同性愛はイスラム法によって処罰され、ソドミー罪は死刑に値する罪とされていることが、複数の情報源により確認されています。⁹ 同性愛者に対する刑罰は、「シャリーア法」に基づくものであり、イラン刑法が適用されます。¹⁰
10. 実際の法の適用に関して、UNHCR は、実際には、イランで同性愛は処罰されていないことを示す外部の情報源が存在することに留意します。¹¹ UNHCR の見解では、この情報の扱いには注意が必要であり、イランの特殊な状況におけるすべての要素を考慮して解釈しなくてはなりません。更に、特定の庇護申請に関して、単一の情報源を決定的なものと見なすべきではありません。加えて、同性愛関係のみを理由とした死刑執行の事例に言及した利用可能な外部の出身国情報は存在しないもの（迫害的行為に相当する刑罰を受けた個別の事例で、一般に知られていない事例が存在し得ます）、相対的な寛容又はイランにおいて同性愛者を告発する組織的な動きが存在しないという事実を示す情報源をもとに、死刑の存在を完全に無視することは不適切といえるでしょう。死刑執行の具体例が存在しないことは、死刑判決又は死刑執行の可能性を、あらゆる事例について、そして常に、合理的に否定するものではありません。また、そのことは、累積された根拠による迫害の十分に理由のある恐怖を合理的に証明することを妨げるものではありません。¹² 最終的には、個別の庇護申請の内容が主観的及び客観的要素（出身国情報を含む）に基づいて評価されることとなります。¹³
11. さらに、同性愛者は刑事罰を含まない方法により、迫害を受ける可能性があります。同性愛行為が刑罰化されていない場合においても、国家が申請者に対する差別的慣行又は危害を容認・許容する場合、若しくは国家が効果的な保護を与えることができない場合は、申請者は有効な申立を行うことができると考えられます。迫害は、通常は国の当局による行為に関

⁷ 脚注 6 を参照。同様に、Heaven Crawley・Trine Lester 著『ヨーロッパ各国の庇護に関する国内法及び実行におけるジェンダーに関連する迫害の比較分析』（原題：*Comparative analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*）、EPAU/2004/05、2004 年 5 月も参照のこと。

⁸ 付属書の外国判例の概観を参照。

⁹ 付属書の出身国情報の抜粋を参照。特に、以下を参照のこと。UNHCR 調査・研究センター（Centre for documentation and research）、「イラン・イスラム共和国からの難民及び庇護申請者に関する背景的情報」（原題：*Background Paper on Refugees and Asylum Seekers from the Islamic Republic of Iran*）、2001 年 1 月、英国内務省移民国籍局、「イラン情勢 2004 年 4 月」（原題：*Iran Country Report April 2004*）、及び国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）/オーストリア出身国・庇護国情報研究・調査センター（Austrian Centre for Country of Origin and Asylum Research and Documentation・ACCORD）、2001 年 6 月 11 日、ベルリン・ヨーロッパ出身国情報セミナー（2001 年 6 月 11-12 日）における Drewery Dyke 報告、及び Bernard Quah による追加的意見「イラン情勢」（原題：“Iran: Country Report.”）、<http://www.ecoi.net> で入手可能。

¹⁰ 刑法第 4 条の規定によると、国家のすべての法律はイスラム法に合致するものでなくてはならない。

¹¹ オタワ移民難民委員会調査部「イラン：同性愛者の状況及び実行における同性愛に対する刑事罰の適用に関する情報についての 1998 年 2 月 11 日 IRN28636.E 報告書を更新する報告書」（原題：“Iran: Update to IRN28636.E of 11 February 1998 concerning information on the situation of homosexuals and whether legal penalties against homosexuality are applied in practice”）（2003 年 1 月 20 日）。

¹² UNHCR 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 -、第 54 段落及び 55 段落を参照。

¹³ ハンドブック、第 40 段落及び第 42 段落を参照。

連するものですが、当事国の法令により確立された基準を尊重しない一部の人々によって引き起こされることもあります。¹⁴

関連するその他の考察

12. 異なる性的指向に基づく申請を評価するにあたり、UNHCR は申請者の性的指向に関する申立が信憑性のあるものかどうかを審査します。過去の迫害に関する要件はなく、申請者が本人の性的指向に基づいて実際に迫害を受けたことが一度もないという事実は、難民が迫害の十分に理由のある恐怖を有しないということを意味しません。難民申請の有効性を判断する際には、他の要件も関係するでしょう。例えば、庇護国における申請者本人の行動が決定的な要素となり得ます。そのような行動の例として、申請者の出版活動及び様々なデモンストレーションへの参加を通じた同性愛者の平等及びソドミー条項の廃止を主張する意見の公的表明が挙げられます。UNHCR は、そのような場合、申請者の活動が出身国の当局に知られているかどうか、また、出身国の状況を考慮してこのことが迫害の可能性につながり得るかを審査します。
13. UNHCR は、以上のコメントが貴弁護士会の一助となることを確信しております。

UNHCR
2004年9月3日

付属書として以下を添付:

1. UNHCR による基準/ガイドライン及びその他関連する研究報告書
2. 各国判例の抜粋
3. 出身国情報
4. 国家実行に関するその他の情報

¹⁴ ハンドブック、第 65 段落を参照。

付属書

I. UNHCR による基準/ガイドライン及びその他関連する研究報告書

- **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 - (日本語版)

40. 主観的要素の評価は申請人の人格の評価と切離すことはできないであろう。というのは、人の心理的な反応は同一の状況下においても人により同一とは限らないからである。強い政治的又は宗教的な信条を持っている者は、それを無視されることによりその生活が耐え難いものになると考えるであろうが、別の人間はそのような強い信条をもたないかもしれない。また、ある人は衝動的に逃亡を決意するかもしれないが、別の人には注意深く出発を計画するかもしれない。

42. 客観的要素として、申請人の行う陳述を評価することが必要となる。難民の地位の認定を求められている権限のある当局は、申請人の出身国における状況についての判断を経ることを必ずしも要求されるわけではない。しかしながら、申請人の陳述は抽象的な形のままで考えられることはできず、関連ある背景事情の文脈のもとで考察されねばならない。こうしてその者の出身国の状況を知ることは、第一義的な目的ではないが、申請人の信憑性をはかる上において主要な要素となる。一般に、申請人の有する恐怖は、その出身国での居住を継続すれば定義にあるような理由で申請人が耐えがたいような状況になったであろうこと又は出身国に戻るならば同一の理由により耐えがたくなるであろうことを申請人が合理的な程度に立証すれば、十分な根拠があるとみなされるべきであろう。

(c) 差別

54. 様々な集団の処遇上の差異は、多かれ少なかれ、多くの社会に存在している。このような差異の結果としてより劣等的な扱いを受けている者が必ずしも迫害の被害者であるわけではない。差別が迫害に当たることがあるのはごく特定の場合だけであろう。そのような差別的措置が当該者にとって本質的に偏見性のある結果を招来するとき（例えば、生計を維持する権利、宗教を實踐する権利又は通常は利用しうる教育施設で学ぶ権利に対する重大な制約）には、迫害になるであろう。

55. 差別措置が、それ自体としては重大な性質のものでないとしても、当事者の内心に自らの将来の生存に関する危惧感及び不安感を醸成するのであれば迫害を受けるおそれがあるという合理的な恐怖があるということになる。差別措置がそれ自体として迫害に当たるか否かはすべての事情を勘案して決せられねばならない。迫害を受けるおそれがあるという恐怖を有するという主張は、その者が多くのその種の差別的措置の被害者であって、累積的な要素が含まれる場合には、より強いものとなる。

(d) 処罰

56. 迫害は普通犯罪に対する処罰とは区別されなければならない。このような犯罪に対する訴追又は処罰をのがれるために逃亡する者は通常、難民ではない。難民は、不正義の被害者（又は潜在的な被害者）であって、正義からの逃亡者ではないことが想起されねばならない。

57. しかしながら、上記の区別は時としてあいまいになる。まず第1に、普通犯罪を犯した者が苛酷な刑罰を課されるかもしれず、これは定義の意味での迫害に当たるであろう。更に、定義に述べられた理由による刑事訴追（例えば、子供に対する「違法」宗教教育に関しての刑事訴追）は、それ自体迫害に当たるであろう。

(g) 迫害者

65. 迫害は、通常は国の当局による行為に関連するものである。それはまた、当事国の法令により確立された基準を尊重しない一部の人々によって引き起こされることもある。問題となる事案は、それ以外の点では世俗的な国家において国民の一定の部分が隣人の宗教的信条を尊重しないような国における宗教的な不寛容であって、迫害に当たるものである。地域住民により重大な差別的又はその他の攻撃的な行為が行なわれる場合であって、それが当局により故意に容認され、又は当局が効果的な保護を与えることを拒否し若しくはできないときは、そのような行為は迫害に当たると考えることもできよう。

(f) 政治的意見

82. 先に述べたように、「政治的意見を理由とする」迫害とは、既に表明され又は当局の知るところとなった意見を申請人が有していることを暗示している。しかしながら、申請人はまだ自らの意見を表明していないという場合もありえよう。しかしながら、その確信の強さによっては、その意見が早晚表明されることとなり、その結果申請人が当局と衝突することになると考えることが合理的であることもあろう。このように考えるのが合理的であるような場合には、申請人は政治的意見を理由として迫害を受けるおそれがあると考えられることになる。

83. 政治的意見の故に迫害を受けるおそれを主張する申請人は、出身国を出国する前に出身国の当局がその意見を知っていたことを示す必要はない。自らの政治的意見を隠しており一度も差別や迫害を蒙っていないかもしれない。しかしながら、自国政府の保護を拒否し又は帰国を拒否するという事実が申請人の真情を吐露することになり、迫害のおそれを導くことになるかもしれない。このような場合においては、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の査定は、帰国すれば申請人が遭遇するであろう政治的措置の結果を評価することになる。このことは、ことにいわゆる「現地に滞在中に難民となる者 (refugee “sur place”）」にあてはまる。

- **国際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5月7日 (HCR/GIP/02/01) (仮訳)**

特に、第16-17段落を参照。

(引用)

16. 異なる性的指向に基づく難民申請はジェンダーの要素を含む。申請者が本人の性的関心や性的習慣のために迫害行為（迫害に相当する差別的行為を含む）の対象となっていた場合、性的関心及び性的習慣は、難民申請の根拠として適切とされる可能性がある。そのような場合、申請者たちは、本人の性別に対して社会的・文化的に規定される役割や期待される行動に従うことを拒否していることが多い。最も一般的な申請は、激しい社会的嫌悪、暴力、虐待、あるいは深刻な、累積された差別に直面した同性愛者、トランスセクシュアル及び異性装者によるものである。
17. ある社会で女性がベール着用を拒否することが迫害につながるのと同様、同性愛が非合法とされる社会では、同性愛行為に対する厳しい刑事罰は迫害に相当する。同性間性行為が非合法ではない社会でも、国家が継続的な差別や迫害を容認・許容する場合や、そのような迫害から申請者を効果的に保護できない場合、条約の定義を満たすことができるであろう。

- 国際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5月7日(HCR/GIP/02/02) (仮訳・別紙参照)
- Alexander Aleinikoff 著、Background Paper for “Track Two” of the Global Consultations on International Protection, “Membership in a particular social group” : Analysis and proposed conclusions’ (国際保護に関するグローバル・コンサルテーション第2部のための主要報告書、『国際法における難民保護』「特定の社会的集団の構成員であること: 分析及び結論案」)。Refugee Protection in International Law (『国際法における難民保護』) 中で出版。
- Heaven Crawlay・Trine Lester 著、Comparative analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe(「ヨーロッパ各国の庇護に関する国内法及び実行におけるジェンダーに関連する迫害の比較分析」) 2004年5月
- Rodger Haines 著, “Gender-Related Persecution”(「ジェンダーに関連する迫害」) Refugee Protection in International Law (『国際法における難民保護』) 中で出版。

II. 各国判例の抜粋

オーストラリア

難民再審査審判所

1. N01/37352(2001年4月24日)

審判所は、イランの男性同性愛者が条約にいう特定の社会的集団を構成するかについて検討した。特定の社会において、ある集団が、条約にいう特定の社会的集団であるかどうかは、状況により判断される。審判所は、イラン法は同性愛者に関する規定を持ち、また、独立した証拠が、イランにおける同性愛者の存在に言及していることに留意する。これらの証拠に基づき、審判所は、イランにおける同性愛者はイラン社会において認識可能な集団と見なされると判断する。

審判所は、同性愛行為がイランにおいて珍しいものではない事実にも関わらず、法律は同性愛を有罪としているという独立した証拠を受け入れる。審判所は、イランにおいて組織的な同性愛者の活動はおそらく存在しないものの、イランの同性愛者は、彼らを一つの集団として結びつけ、社会全体から区別する属性を有すると認識されているとの意見である。独立した証拠に基づき、審判所は、同性愛者はイラン社会において認知可能な集団であり、条約にいう特定の社会的集団を構成することを認める。

審判所は、申請者がイランにおいて同性愛関係を望んだ場合、目立たないようにする必要があることを受け入れる。同時に審判所は、目立たないようにする必要があるということが、状況により、申請者が迫害の十分に根拠にある恐怖を有するという結論を支持することを認める。

(Woudneh v Inder & MILGEA 事件,連邦裁判所判決(未報告), Gray J 判事,1988年9月16日, 18-19を参照。同様に、Applicant A 事件における McHugh J 判事 359-360 及び Kirby J 判事 388 も参照のこと)。

2. N01/37891(2001年10月16日)

審判所は、「イランにおける男性同性愛者」が「特定の社会的集団」を構成することを受け入れる。カナダの移民難民審査委員会の報告書が示すとおり、西洋社会で言う「同性愛」の用語はイランでは通用せず、またはイランにおいて同じ意味を持たないかもしれないが、男性間の性的関係を指す複数の用語がイランに存在し、また、明らかに「ソドミー」と同一視されることなく存在しうる状態である同性の人に対して感情的に引き付けられることを指す用語も存在する。審判

所は、カナダ移民難民審査委員会が指摘するように様々な種類の同性愛が存在するとしても、「イランにおける男性同性愛者」は不定形の集団ではないことを受け入れる。

同性愛者は人口の一部として一般に「不可視」であるが、審判所は「イランにおける男性同性愛者」が、イランにおいて「特定の社会的集団」を構成することを受け入れる。なぜなら、カナダ移民難民審査委員会が指摘するように、同性愛者は社会において集団として話題にされ、必ずしも個別の行為によって定義されるのではなく、彼らに対する偏見や、個人としてだけでなく集団として家族及び社会秩序を崩壊させる潜在力と見なされることによって定義される。

オーストラリア連邦裁判所

1. *Singh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* 事件 (2001 年 11 月 27 日)

9 裁判所は、申請者の同性愛が、申請者が条約第 1A 条 (2) にいう特定の社会的集団の構成員であったことを意味することを受け入れる。このことは、多くの機会において、裁判所に認められてきた。Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Gui [1999] FCA 1496 ("Gui"); "Applicant LSLS" v Minister for Immigration and Multicultural Affairs [2000] FCA 211 ("Applicant LSLS"); Minister for Immigration and Multicultural Affairs v "B" [2000] FCA 930 ("B"); Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Guan [2000] FCA 1033 ("Guan"); 及び MMM v Minister for Immigration and Multicultural Affairs [1998] 90 FCR 324 ("MMM")。高等裁判所(McHugh 判事及び Kirby JJ 判事)も、Guo Ping Gui v Minister for Immigration and Multicultural Affairs 事件(2000) 21(11 LegRep SL3b)で、これを認めている。

2. *Appellant S395/2002 v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2003 年 12 月 9 日)

43. 迫害的危害を回避する行動を取ることが合理的だという考えは、実のところ、その者が国籍国に送り返された場合、現実的な迫害のおそれがあるかどうかを適切に判断するに当たり、審判所を誤りに導くものである。迫害者の行動が、自らの宗教的信念、政治的意見、民族的出自、国籍、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によって、迫害の影響を受ける者の行動を修正する原因となっていた場合は、特にそうである。

49. 従って、問題は、申請者が同性愛のために訴追される現実的なおそれがあるかどうか、また、そうであれば、訴追及び潜在的な刑罰が迫害に相当するほど、イラン社会の正当な目的を達成するために不適切に採用されたものであるかどうかということである。申請者の行動の妥当性は、どちらの問題にも関係しない。申請者が迫害の現実的なおそれに直面するかを判断するにあたり、審判所はイラン当局の訴追政策のみならず、申請者が、不注意または意図的に当局の注意を引く可能性についても検討する資格がある。しかし、申請者の行動の合理性については争点にされなかった。

50. 審判所または連邦裁判所の判決に、庇護申請者は迫害的危害を回避するために合理的な手段をとることが要求又は期待されるとの記述が含まれる限りにおいて、原則として間違っており、追隨されるべきではない。

オーストラリア高等裁判所

S 395/2002 v Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S [2003] HCA 71 (2003 年 12 月 9 日)

公然と同性愛者として生きること

41. 難民条約の目的は、出身国政府が迫害を行なう場合、若しくは迫害を阻止する能力を欠く場合に、全ての国の個人を条約で特定された理由に基づく迫害から保護することである。迫害は、身体的危害から無形遺産の喪失、また死刑や拷問から国家により支持又は容認された社会生活や雇用における差別に至るまで多くの形態をとる。危害がどのような形態をとるにせよ、その強烈さ又は継続性から、迫害を受ける者がそれを耐えることを合理的に期待できなければ、迫害を構成する。しかし、迫害を受ける者が、国籍国において迫害を回避するための行動を取る

ことによって危害を免れたとしても、迫害は迫害ではなくなる。もし仮に、迫害を受ける者は、迫害者の望みに反することを避けるための（合理的又はその他の）措置をとらなければならないというのが保護の条件であったならば、難民条約は宗教又は政治的意見を理由とした迫害に対して保護を与えなかったであろう。また、特定の社会的集団の構成員は、迫害を回避するために構成員であることを隠さなければならない、若しくは、集団の属性又は特性を修正しなければならないというのが保護の条件であったならば、難民条約は、多くの特定の社会的集団の構成員であることに對し、保護を与えなかったであろう。同様に、もし仮に人種又は国籍を隠すための措置をとることが保護の条件であったならば、条約は人種又は国籍を理由に迫害される人に対して保護を与えられなかったであろう。

42. 宗教的信念又は政治的意見を有する者、特定の社会的集団の構成員、あるいは特定の人種・国家的出自を有する者が、出身国当局による迫害に特に脆弱であることは歴史が物語っている。条約署名国の目的は、国籍国がそのような者たちを保護しない場合、署名国内で保護を与えることによって、そのような信条、意見、帰属及び出自を保持することを守ることであった。もし、署名国が、それらの者に条約による保護を与える前に、彼らの信条や意見の修正又は人種、国籍又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とすれば、条約目的を傷つけることとなる。 *Secretary of State for the Home Department v Ahmed* 事件において Simon Brown LJ 判事も以下のように述べている。

「帰国した際の迫害を回避するために、庇護申請者に特定の政治的活動、あるいは宗教的活動さえも慎むことを要求することが合理的であるということもあるだろう。しかし、もし実際に庇護申請者が帰国した際にそのような活動を控えないようだとしたら、つまり、もし彼は実際に非合理的に行動することが証明されれば彼は難民の地位を受ける権利はないと言ったとしたら、それはかなり違う意味合いを持つ。」（強調原文）

43. Simon Brown LJ 判事は、次のように続ける。

「庇護に関する事例においては、つまるところ、尋ねられるべき質問は唯一つ、帰国した場合、申請者が条約上の理由で迫害される重大な危険が存在するかである。もしそのような危険があれば、彼は庇護を受ける資格を得る。本人の行動が非合理的なものであったとしても、迫害の危険が出身国での本人の行動から生じるものであるかは問題とならない。」

44. 迫害の危害を回避する行動をとることが合理的だという考えは、実のところ、その者が国籍国に送り返された場合、現実的な迫害のおそれがあるかどうかを適切に判断するに当たり、裁判所を誤りに導くものである。迫害者の行動が、自らの宗教的信念、政治的意見、民族的出自、国籍国、あるいは特定の社会的集団の構成員であることを隠すことによって、迫害の影響を受ける者の行動を修正する原因となっていた場合は、特にそうである。申請者が本人の行動を修正していた場合、裁判所は実際に申請者は過去において迫害を受けていなかったから、将来においても迫害を受けることはない」と判示する傾向がある。このアプローチの根底にある誤りは、申請者の行動が迫害者の行動に影響されず、また、関係する迫害的行為は実際に与えられる危害であるという想定である。しかしながら、多くの場合、おそらく大多数の場合において、申請者はただ危害のおそれが原因でそのように行動していた。そのような場合、申請者が有する迫害の十分に理由のある恐怖は、その者が危害行為を回避するよう行動しない限り、危害を被るという恐怖である。迫害行為を構成するのは、迫害が脅迫的に暗示されることによる深刻な危害のおそれである。修正された行動が危害のおそれに影響されたものであったかを判断せずに、現実的なおそれの問題を判断することは、問題の適正な検討を誤ることを意味する。

45. 他の個人又は集団がその者の結社又は特定の生活様式に対しどんなに不賛成であっても、法の下で、すべての人は他の人と結社し、自分の望むように行動する自由を有する。これは法の支配の根底をなす想定である。自分が住む社会の法の下で、同性愛者及び両性愛者は、自分が望むようにそのような者と結社し、生活する自由を有する。

カナダ

最高裁判所

Canada (Attorney General) v Ward [1993] 2 SCR 689

(引用)

(a) 迫害と国家による関与

716-717

国際社会は、迫害を受ける者にとって第二の手段のフォーラム、つまり国内保護が欠如する際にアプローチ可能となる「代理」となることを期待されていた。国際難民法が依拠する原理は、単に国家による迫害を受ける者にシェルターを与える必要のみならず、さらに広く、出身国が迫害から保護できない又は保護を与えない者に対して避難所を提供することにある。前者はもちろん後者に含まれるが、条約の起草者は、後者の広い目的を想定していた。条約に列挙される理由の一に基づく迫害から、国家が個人を保護できない場合、それは国内保護の欠如を構成する。

従って、条約にいう迫害は、厳密に国家が迫害に関与していないが、国民を保護できない場合も含むと結論する。

(b) 迫害

733-734

条約の基調を成すのは、無差別の基本的な人権の保障への国際社会の関与である。このことは、以下にあげる条約前文に示されている。

国際連合憲章及び1948年12月10日に国際連合総会により承認された世界人権宣言が、人間は基本的な権利及び自由を差別を受けることなく享有するとの原則を確認していることを考慮し、

この主題は、達成が目指され、代表により同意された条約目標の大枠を描くものであり、一般的な方法で起草者の意図を定め、条約で扱われる事例の内在的限界を提供するものである。ハサウェイ教授は、この一般的基調の難民法への影響を以下のように説明した。

支配的な見解は、難民法は人間の尊厳を否定する行動に関与せねばならず、核心的な人権の持続的且つ組織的な否定がその適切な基準であるというのが、支配的な見解である。

この主題は「難民条約」の定義の多くの要素の大枠を設定する。

例えば、条約では定義されていない「迫害」は、「国家による保護が与えられないことによる、持続的且つ組織的な基本的な人権の侵害」との意味を与えられてきた。グッドウィン・ギル教授も同様に、「包括的な分析は、迫害の一般的概念を様々な分野の発展と結びつけることを要求する。」と述べている。

(c) 特定の社会的集団

737

当裁判所は「特定の社会的集団の構成員であることに基づく迫害」の文言を、すべての者が共通の、不変の特性を共有する集団の構成員である個人に向けられた迫害と解釈する。(中略)その集団を定義する共通の特性がどのようなものであっても、変更できない、若しくは個人のアイデンティティ又は良心の根本をなすものであるために、変更が要求されるべきでない特性でなくてはならない。

ニュージーランド

難民地位控訴局

1. *Refugee Appeal No.74665/03* (2004年7月7日)

(引用)

(p.14)

[26] 実際における法の適用に関する証拠は、時として曖昧であり、慎重に解釈する必要がある。いくつかの証拠は同性愛の非処罰を断言している。そのような断定は、いつも額面どおりに受け取ることはできず、その文脈において解釈されなければならない。人権の概念を過度に狭めることは避けられなければならない。同性愛者は、必ずしも刑事罰を含まない方法で迫害され得る。(略)

[27] 同性愛によって処罰された者に関する報告は得られなかったという(カナダ移民難民審査委員会報告書の)記述は、更新版報告書に含まれる情報と完全に対象をなすものであり、額面どおりに受け取ることはできない。同性愛者が家族や親類から抑圧され、メディアにより強姦者や児童性虐待者として描かれているという事実は、この点を明確に示すものである。(略)

2. *Refugee Appeal No.1312/93 RE GJ* (1995年8月30日)
(p.57-58)

難民地位控訴局は、提出されたに基づき、イランの同性愛者が、性的指向という共有された内在的特性により結ばれた認知可能な社会的集団であることを認める。当控訴局は、また、同性愛は生来若しくは変更不可能な特性、あるいはアイデンティティまたは人間の尊厳の根本をなすものであるため、変更が要求されるべきではないものであると考える。

(...) 控訴人がイランに戻った場合、迫害の現実的なおそれがある。また、専門家による鑑定書はイランにおける同性愛者の状況は、特に危険であることを証明している。同性愛者はホメイニ氏などによって、墮落し、危険な「西洋化」の現れであると挙げられている。アヤトラ・ホメイニ氏の著作の広範な影響及びイラン刑法の明確な規定から、ほぼ不可避免的にイランの国家機関は同性愛者を、国家に寄生し、墮落させるものとして排除すべき者と捉えているという結論を導くことができる。従って、現実的なおそれの基準は満たされる。

控訴人は、決して自分の性的指向を明らかにすることなく、隠れた、目立たない生活をするよう注意することで迫害を回避できると言われるかもしれない。控訴人と会い、話をする中で、当控訴局は、彼のアイデンティティの不可欠な一部の完全な否定を彼に期待することは、不適切で受け入れ難いとの結論に至った。

イギリス

最高裁判所, *Shah and Islam v. Secretary of State for the Home Department* 事件(1999年3月25日)

LORD MILLETT

同性愛者が別個の社会的集団を形成することを認める。同性愛行為を実際に行なっている同性愛者は迫害の対象となるが、同性愛者であってもそのような行為を実際に行なっていない者は迫害の対象とならない社会においても、関連する社会的集団は依然として、同性愛者から構成される。同性愛行為を実際に行なっている同性愛者という小集団から成るのではない。同性愛行為を実際に行なっていない同性愛者が、彼が迫害される集団の構成員であることを立証するのは困難なことではない。彼が同性愛行為を実際に行っていないという事実を考慮して、唯一困難なのは迫害の恐怖が十分に根拠のあることを立証することである。これは証拠の問題であるが、そのような社会においてすべての同性愛者が直面する敵意及び申請者の性的禁欲に対して嫌がらせをする人々を満足させるのに申請者が問題に直面することが明らかなことからして、本当にそれが困難であるかは疑わしい。

III. 出身国情報

1. 英国内務省移민국籍局, 「イラン情勢 2004 年 4 月」 (引用)

同性愛者/トランスセクシャル

6.186. 法的見地からすると、イラン法、とりわけ、同性愛行為に対して以下の規定を持つイスラム刑法を参照することが重要である。同法の通り規定する。

第 110 条：性器の挿入を含む同性愛関係に対する処罰は死刑であり、執行の方法はイスラム法判事の指示に基づく。

第 111 条：挿入者と被挿入者がともに成人であり、健康な精神状態で自由意志により同性愛行為が行われた場合、これを死刑に処する。

第 112 条：成人が未成年者と同性愛行為を行った場合、挿入者は死刑とし、合意がなかった場合を除き、被挿入者は 74 回の鞭打ち刑に処す。

第 113 条：未成年者が未成年者と同性愛行為を行った場合、合意がなかった場合を除き、両者を 74 回の鞭打ち刑に処す。

第 114 条 - 126 条は、同性愛行為の立証方法について規定。

第 127 条 - 134 条は、女性同性愛者間の性的関係について規定。女性同性愛者間の同性愛行為に対する処罰は、100 回の鞭打ち刑である。犯行が 3 回繰り返された場合の処罰は死刑である。

6.188. 昨年、ソドミー及び墮の殺害の罪を問われた男性が、袋詰めになされ、崖から突き落とすという刑の言い渡しを受けた。この事件は、英国内のイラン反対派によって広く伝えられ、他の情報網にも取り上げられたが、刑が執行されたとの報告は受けていない。

6.189. しかしながら、厳格な立証責任にも関わらず、裁判では確かに同性愛の罪状が挙げられてきた。更に、被告に対する複数の罪状の一つとして同性愛を挙げることは間違いなく行われている。例えば、同性愛の罪状は、明らかに政治的理由で告訴されたスンニ派指導者に関する 1996 / 97 年のシラズにおける事例のように、不公平な裁判において使われてきた。近い過去ではないものの、他の政治的事例も存在した。

6.190. 1983 年 11 月の矯正刑（タアジュール。1996 年 6 月まで有効）によると、1 年以上 10 年以下の懲役刑又は 74 回の鞭打ち刑の可能性がある。また、当該行為が「神に対する罪及び地上の墮落」と見なされた場合は、死刑が求刑され得る。1996 年 6 月の以降、改正矯正法により、鞭打ちあるいは死刑の直接のおそれはなくなった。しかしながら、改正法には明記されていないものの、鞭打ち刑及び死刑は依然として法的に可能な選択肢である。報告によれば、1996 年以降、それらの刑罰はほとんど使われていない。最近の処刑例は、1995 年に行われた男性 1 名の石打ちによる死刑であり、罪状は「姦淫及びソドミー」の累犯であった。ソドミー罪のみによる死刑の求刑及び執行の報告を立証することはきわめて困難であり、ありそうもない刑罰であると考えられる。それよりも、鞭打ち刑が通常である。

2. オタワ移民難民審査委員会調査部, 「イラン: 同性愛者の状況及び実行における同性愛に対する刑事罰の適用に関する情報についての 1998 年 2 月 11 日 IRN28636.E 報告書を更新する報告書」(2003 年 1 月 20 日) (仮訳)

(引用)

イランでは、同性愛は依然として非合法であり、死刑の可能性がある (ILGA1999 年 10 月 10 日; BBC2002 年 7 月 19 日; アイリッシュ・タイムズ 2001 年 6 月 23 日; AFP 通信 2001 年 6 月 20 日; 同 2001 年 3 月 25 日)。しかしながら、調査部が参照した情報源からは、同性愛により罰せられた者に関する報告は得られなかった。

(略)

2002年7月、BBCは、イラン国内紙からの情報として、16歳の甥を強姦の上、殺害した容疑について有罪判決を受けた男性が、「袋詰めにし、崖から突き落とす」という方法による死刑を言い渡された と伝えた(2002年7月19日)。この記事はさらに、「男性は、断崖からの落下によって死亡しなかった場合、絞首刑に処せられる」と続けている(同上)。男性は、判決に対する異議申立のため、20日が与えられている(同上)。

BBCの記事は、活動家数名からの情報として、「イランのメディアは、逮捕された同性愛者を強姦犯や児童性虐待者として描写する傾向にあり、同性愛に対して社会は一般的に無知であることを示している(2002年7月19日)。BBCの記事は、同様に、同性愛者が「家族及び親類により抑圧されていることを指摘している(BBC2002年7月19日)。

2001年6月にニューヨークで開催された国連エイズ特別総会において、イラン代表団は「性的少数者に対するあらゆる承認」を批判する立場であった(HRW 2002)。総会により採択された最終案は、「多くの国において、性的少数者がHIV感染の高い危険性に晒されているという事実にも関わらず、レズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスセクシャルに対する明確は言及は含まれなかった」(同上)。

2001年11月、スウェーデン外国人控訴局は、同性愛者である十代のイラン人に対して在留許可を付与する決定をした。同少年は、イランにおける同性愛者に対する不当な取り扱いを申し立てていた。(AP通信2001年11月14日)。同局によると、「男性又は女性の同性愛者は、イランでは迫害されていないが、同性愛者に対する不当な取り扱いについてイスラム国家を非難することは、迫害の原因となり得る政治的行為である」(同上)。具体的には、同局のスポークスマンは、「(イランの)同性愛者は、その者が同性愛者であることのみを理由として迫害を受けるおそれはない...しかしながら、同性愛行為を行った場合は、厳しい処罰、さらには死刑を受けるおそれがある」(同上)。

3. 国連難民高等弁務官事務所/オーストリア出身国・庇護国情報研究・調査センター (Austrian Centre for Country of Origin and Asylum Research and Documentation・ACCORD)、2001年6月11日、ベルリン・ヨーロッパ出身国情報セミナー(2001年6月11-12日)におけるDrewery Dyke報告、及びBernard Quahによる追加的意見「イラン情勢」(原題: "Iran: Country Report.")、<http://www.ecoi.net>で入手可能。

(引用)

厳格な立証責任に関わらず、裁判では確かに同性愛の罪状が挙げられてきた。更に、被告に対する複数の罪状の一つとして同性愛を挙げることは間違いなく行われている。例えば、同性愛の罪状は、明らかに政治的理由で告訴されたスンニ派指導者に関する1996/97年のシラーズにおける事例のように、不公平な裁判において使われてきた。近い過去のものではないものの、他の政治的事例も存在した。

(中略)

難民性の判断及び同性愛を理由とした迫害に基づく申請に関しては、以下の要素を考慮する必要がある。

(厳格な)立証基準/責任に関わらず、同性愛に対する処罰は死刑であるという事実は、如何なる判断においても大変重要な要素である。高い立証責任、相対的な寛容さ、若しくは同性愛者を告発する組織的な動きが見られないことなどにより、死刑の存在を軽視することは不適切である。

主観的要素は不可欠である。自分の性的指向を、社会的事情のみならず、それが法に反し、死刑により罰せられるものと見なされる為、公然と表明できないことがその庇護申請者においてどれだけ耐え難いかは個別に検討すべきである。

イランにおいても積極的な同性愛者であったと主張する者と受入国にやって来た後、同性愛行為を始めた者は区別すべきである。しかし、審査をする者が当該庇護申請者の信憑性について疑いを持たない場合は、後発難民の原則が適用されるべきである。

性的指向を理由とした迫害を主張する庇護申請者の難民申請を認定する場合、これは特定の社会的集団の構成員であることを理由とした迫害のおそれに基づくものとなる。

4. UNHCR 調査・研究センター (Centre for documentation and research, 「イラン・イスラム共和国からの難民及び庇護申請者に関する背景的情報」(原題: *Background Paper on Refugees and Asylum Seekers from the Islamic Republic of Iran*), 2001 年 1 月

(引用)

(p.35)

4.5 同性愛者

イラン・イスラム刑法は、ソドミー、女性間同性愛、売春について広く扱う。同性愛は、イスラム法によって禁止され、刑罰の対象となる。ソドミーは、「男性との性交」と定義され、両者が共に成人であり、健康な精神状態で自由意志を有する場合は死刑による処罰が可能である。同罪は、容疑者による四回の自白または当該行為を目撃した 4 人の「同義ある男性」による証言、または「慣習的方途に由来する」シャーリア法判事の知見を通して立証されなければならない。容疑者が目撃者が証言する前に懺悔を行った場合、刑罰は取り消される。

1983 年 11 月の矯正刑 (タアジュール。1996 年 6 月まで有効) によると、1 年以上 10 年以下の懲役刑又は 74 回の鞭打ち刑の可能性がある。また、当該行為が「神に対する罪及び地上の墮落」と見なされた場合は、死刑が求刑され得る。1996 年 6 月の以降、改正矯正法により、鞭打ちあるいは死刑の直接のおそれなくなったが、当該行為が行われた場所の公表が課され得る。(中略) 最近の処刑例は、1995 年に行われた男性 1 名の石打ちによる死刑であり、罪状は「姦淫及びソドミー」の累犯であった。

IV. 国家実行に関するその他の情報

領域的庇護、難民、無国籍者の法的側面に関する特別委員会 (Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons, CAHAR), 男性又は女性の同性愛者である庇護申請者に関する質問書への回答, 2001 年

(引用) 国名: カナダ

3. カナダでは、同性愛者に対する迫害は、難民条約第 1 条 A にいう、特定の社会的集団の構成員であることを理由とした迫害と見なされますか？

はい。条約にある難民の定義の性的指向に関する問題への適用に関する基本的原則は、1993 年 Canada (Attorney General) v. Ward 事件最高裁判決から始まりました。同事件では、カナダ最高裁判所は、「特定の社会的集団」の文言の意味について意見を述べました。同裁判所は、以下のように述べています。

(移民)法にいう「特定の社会的集団」の意味は、国際的難民保護イニシアチブの基礎を成す、人権保護と非差別という一般的根本主題を考慮するべきものである。

更に、同裁判所は、考えられる特定の社会的集団の 3 つのカテゴリーを特定した。

- a. 生来の、若しくは変更不可能な特性によって定義される集団；
- b. その構成員が自発的に連携する集団であり、その連携の理由がその者達の人間の尊厳にとって根本的なものであるために、その放棄を強要されるべきでない者の集団；
- c. 歴史的永続性により変更不可能は、以前の自発的地位によって連携する集団；

そして、裁判所は以下のように述べている。

第一のカテゴリーは、ジェンダー、言語的背景若しくは性的指向などを理由とした迫害をおそれる個人を含み得る。

このカナダ最高裁判所の判決の結果、男性又は女性の同性愛者、両性愛者は条約にある難民の定義にいう特定の社会的集団を構成し得ることは疑問視されていない。

4. ある者の（実際の若しくは推測された）性的指向を理由とした迫害が存在する場合、カナダ当局は、難民の地位又はその他の補完的保護を与えますか？また、どのような考慮が払われますか？

難民委員会が「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」が存在すると判断した場合、申請者は難民の地位を付与されます。その結果、その人はカナダでの永住を申請する資格が与えられます。難民の地位は否定されたものの、帰国した際に危険がある場合（生命の危険、若しくは非人道的な取り扱い又は極端な処罰の危険）、彼又は彼女は、カナダ国籍・移民当局によって行われる再審を申し立てることができます。当該申請者が危険にあると判断された場合、彼又は彼女は永住申請を行う資格を得ます。当該申請者が危険にないと判断された場合、最後の手段として、彼又は彼女は、人道上の理由に基づきカナダ国内から上陸申請を行なうことができます。

5. ある者の（実際の又は推測された）性的指向を理由とした迫害に関する問題についての判例は存在しますか？存在する場合、詳細を記述してください。

はい。わが国では 1990 年代に判例が発達し始めました。これには、カナダ最高裁判所やカナダ連邦裁判所の判決も含まれます。

カナダ最高裁判所は、Ward 事件において、「特定の社会的集団」の定義について、更に、「迫害」の文言に付与される意味についても、意見を述べました。同裁判所は、国際人権法の解釈的枠組みに依拠し、「迫害」は国家の共犯の要素を必要とする見解を斥けました。この判決の結果、迫害者が非国家主体である場合の申請について重要な問題は、有効な国家による保護の存否とされました。すべての申請と同様に、同性愛に関するケースは個別の申請内容が分析されなくてはなりません。

迫害に相当する差別/迫害に至らない差別

性的指向に基づく申請の性質により、しばしば迫害と迫害に至らない差別の間で区別がなされません。差別が迫害に相当するには、執拗で、組織的もしくは反復的なものでなくてはなりません。例えば、同性愛が依然として精神的病と考えられ、非常に大規模な社会的差別が存在するような国では、迫害の十分に理由のあるおそれが認められます。（略）

迫害と国家の保護 / 国家による関与

同性愛が非合法であり、懲役刑のような刑罰により処罰可能である場合、難民委員会は、申請者は迫害の十分に理由のあるおそれを有すると判断する傾向にあります。同局は、国家による保護の存在について審査する必要があります。Ward 事件において、カナダ最高裁判所は「申請者は、国家の保護能力の欠如について明確且つ説得力ある立証を行わなければならない」と判示しました。品位を傷つける取り扱い・暴力的取り扱いを受け、警察当局又は政治家の関与を求めたとしても救済をほとんど若しくは全く得られない申請者は、難民委員会がこのことを国家による共犯と同等のものと見なした場合、この申請者は難民と見なされるでしょう。警察又は軍の構成員による性的少数者に対する人権侵害（恣意的逮捕や収容、拷問や殺害）は、申請者の迫害の恐怖の客観的根拠となります。反対に、同性愛が非合法ではなく、同性愛に対する寛容が生まれつつあり、証拠書類が多くの大都市に有名なゲイ・コミュニティが存在することを示している場合は、難民局は申請者は差別の対象となり得るが、迫害の深刻な可能性には直面しないと結論する傾向にあります。