

意見書

令和3(2021)年1月4日

金沢大学 国際基幹教育院 准教授

谷口洋幸

谷口洋幸

1. はじめに

本意見書は、国外で有効に婚姻した同性カップルの一方当事者につき、「定住者」への在留資格変更の不許可とした処分（以下、本件処分）が、国際人権法に規定される家族生活の尊重をうける権利（以下、家族生活権）の侵害にあたることについて、意見を述べるものである。以下、国際人権法における家族生活権を概観した上で、同性カップルについて家族生活権が争われた事例を中心に紹介しながら、本件処分が家族生活権の侵害にあたることを検証する。

なお本論に先立ち、国内裁判所が国際人権法にもとづいて判断を下すことの意義に関連して、国際人権法の歴史と現状も含めて確認しておきたい¹。

(1) 国際人権法の誕生史

国際人権法は、1948年に国連総会で採択された世界人権宣言に端を発する。同宣言は、「人権の無視及び軽侮が、人類の良心を踏みにじった野蛮行為をもたらした」ことへの反省のもと、「すべての人民とすべての国とが達成すべき共通の基準」として採択されたものである（前文）。この「野蛮行為」とは、ナチス政権による強制収容やホロコーストといった人権侵害を指す。そこではユダヤ民族だけでなく、次世代再生産（生殖）につながらず、社会の秩序や道徳観・伝統的価値観を脅かす存在として同性愛（Homosexualität）を理由とする強制収容が行われていたことも、よく知られた史実である。

当時の国際社会において、人権は専ら国内管轄事項に位置づけられていた。このため、選挙や議会という民主的手続きを経て実施される国内の法政策には、たとえそれが重大な人権蹂躪であっても、国際社会の統制が及ばない状況にあった。第二次世界大戦において、連合国側が戦争目的のひとつに「人権の保護」を掲げたのはそのためである。しかし、人権の保護のために武力を用いることは大いなる矛盾でもある。戦後に設立された国連は、これらの経緯を踏まえて、国連の目的のひとつに「人権及び基本的自由を尊重するように助長奨励することについて、国際協力を達成すること」（第1条3項）を掲げた。

(2) 国際人権法の生成と展開

このようにして国際関心事項へと位置づけられた人権保障のあり方を定めているのが、国際人権法である。国際人権法には規範と制度の2つの側面がある。

¹ 国際人権法の歴史と現状に関する記述は、主に Moeckli, Daniel et. al. eds., 2018, *International Human Rights Law*, 3rd edition, Oxford University Press; 申恵丰 2016 『国際人権法（第2版）：国際基準のダイナミズムと国内法の協調』（信山社）による。

(a) 規範

国際人権法は、権利の種類や内容、制約が正当化できる事由などが書きこまれた**規範**という側面をもつ。たとえば、世界人権宣言を法的拘束力のある条約とした自由権規約・社会権規約や人種差別撤廃条約、女性差別撤廃条約などの個別条約である。条約という性質上、締結者は国家であり、義務の直接的な名宛人も国家である(条約法条約2条1項a号)。

ただし、人権保障の領域は、経済関係や安全保障といった国家間の利益衝突を調整する法ではない。そのため相互主義(相手国が法を遵守することを条件として自国も当該法を遵守し、相手国が法を遵守しなければ自国も当該法を遵守する必要は無いとする原則)が働きにくく、**国際人権法上の義務の履行は各国の法政策に委ねざるをえない**。もちろん、これは**国家裁量への白紙委任ではなく、国際人権法との整合性を前提とする**。日本は国際法について一般受容方式を採用しており、自由権規約17条を含む国際法規範の一部が直接適用可能であることは周知のとおりである。各国の国家機関は、国内法上その国の憲法規範等の統制をうける立場にあり、国際人権法はこのことを当然の前提としているから、結果的に、各国の国家機関は、国内法上の統制と国際人権法上の統制に重層的に拘束される。ここで各国の法政策を国家主権や民主的手続きの結果として**過信することの危険性**は、(1)に示したとおり、われわれ人類が学んだ教訓であり、規範としての国際人権法の存在理由である。

(b) 制度

これらの規範が画餅に帰さないように設けられているのが国際人権法の**制度**としての側面である。合意のもとで形成された規範の**履行を監視し、国際社会全体としての人権の保護・促進**を図るための**機関や手続き**を指す。主たる役割を果たしているのが、各条約の履行監視を任務とする**条約機関**、国際協力の実現を任務とする**国連機関**、そして、各国における人権の実現を任務とする**国内機関**である。

(i) 条約機関

条約機関は、9つの主要人権条約のもとに委員会として各々設置され、条約が定める人権の専門家10名から20名ほどで構成される。専門家は各国から独立して行動する。条約の履行を監視するために、締約国の**人権状況の報告**にもとづいて改善策を話し合う**国家報告制度**(State Reporting)、個人が国家を相手どって通報し、委員会が**人権侵害の有無を判断する個人通報制度**(Individual Complaints)、条文の解釈指針をまとめた**一般的意見**／一

般勧告 (General Comments/ Recommendations)²の採択などが設けられている。

(ii) 国連機関・地域機関

国連機関は、各国の政府代表者により構成され、人権の領域については国連人権理事会 (Human Rights Council) がその中心的役割を果たしている。国連人権理事会で行われる普遍的定期審査 (UPR, Universal Periodic Review) は、加盟国の相互審査によって人権状況の改善を図る制度であり、人権に関する国際協力の中核に位置づけられる。審査は、世界人権宣言や各国が批准する人権条約にもとづいて行われる。国やテーマごとに特別報告者を任命し研究調査を通じて世界規模での人権状況の向上を図る特別手続 (Special Procedure) もある。

地域機関による規範の形成と制度による監視もある。たとえばヨーロッパ評議会が1950年に採択したヨーロッパ人権条約では、履行監視のために個人に出訴権をみとめたヨーロッパ人権裁判所が設置されている。年間1,000件超の事件をみつかつており、国際人権法上の諸権利の解釈基準として、条約機関や国連機関はもとより、ヨーロッパ人権条約の締約国以外の国内機関でも援用されている。その他、米州機構が採択した米州人権条約および米州人権委員会・同裁判所、アフリカ連合が採択したバンジュール憲章およびアフリカ人権委員会・同裁判所も、人権保障のための国際協力に重要な役割を果たしている。

(iii) 国内機関

国内機関には、主に立法・行政・司法などの国家機関、および、国家人権委員会など政府から独立して人権問題を扱う準公的機関が含まれる (日本にはこの意味での準公的機関は存在しない)。人権が国際関心事項となったとはいえ、人権の実現はなお各国の法政策に委ねざるをえない。ただし、第二次世界大戦時の教訓から、それぞれの国内機関には、自国の憲法や法律だけでなく、各国の法体系にもとづいて、国際人権法の義務履行を監視する役割が与えられている。

(3) 国際人権法上の貴裁判所の役割

貴裁判所は、日本において司法管轄権の行使を許された国家機関の一つであり、国際人権法の履行監視において重要な一翼を担っている。日本国憲法も「条約及び確立された国際法規」を「誠実に遵守」するとの規定をおいている (98条2項)。政府から独立した国内人権機関をもたない日本において、貴裁判所の役割は特に重要である。

² 条約機関により用いられる名称は異なるものの同一の性質をもつ文書である。

人権条約の義務の名宛人である締約国 (State Party, Contracting State) には、国家機関としての貴裁判所も当然に含まれている。このことは、たとえば自由権規約 2 条 (締約国の義務) に関する自由権規約委員会の一般的意見 31 (2004 年) にも明記されている³。規約上の義務は「すべての締約国を全体として拘束するもの」であり、「政府のすべての部門 (行政、立法および司法) …は、全国、地域、もしくは地方といかなるレベルにあっても、締約国の責任を引き受ける地位にある」(第 4 段落)。また、自由権規約 2 条は、「締約国が自らの法的義務を充足するために、立法上、司法上、行政上、教育上、もしくはその他の適当な措置をとることを要求」している (第 7 段落)。特に司法府の役割について、「規約の下で認められた権利の享受は、さまざまな方法により、司法府によって効果的に確保される」ものとし、その方法として、「規約の直接適用、規約と同等の権利を保障する憲法またはその他の国内法規定の適用、あるいは国内法適用の際の規約の解釈指針としての効果」を例示する (第 15 段落)。現に条約機関の国家報告制度における日本の人権状況審査でも、裁判所による国際人権法の的確な解釈と適用が要請されている⁴。

2. 家族生活権

(1) 権利規定

家族生活権 (家族生活の尊重をうける権利、Right to respect for family life) は国際人権法の規範として作成されるほぼすべての文書に含まれている。

規範としての国際人権法の先駆けである 1948 年の世界人権宣言 (国連総会決議 217A (III))⁵ は 12 条において次のように規定する。

「何人も、その私生活、家族 (family)、住居もしくは通信に対して、恣意的に干渉され、または名誉及び信用を攻撃されない。すべての者は、このような干渉及び攻撃に対する法の保護を受ける権利を有する。」(世界人権宣言 12 条)

いわゆる私生活の尊重をうける権利／プライバシーの権利 (以下、私生活権) の規定内

³ Human Rights Committee (HRCm), 2004, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/74/CPR.4/Rev.6, 21 April 2004.

⁴ E.g. HRCm, 2008, Concluding Observation: Japan, U.N. Docs. CCPR/C/JPN/CO/5, para.7; HRCm, 2014, Concluding Observation: Japan, U.N. Doc. CCPR/C/JPN/CO/6, para.6.

⁵ General Assembly, 1948, "Universal Declaration on Human Rights," U.N. Doc. A/RES/217(III), 10 December 1948.

に位置づけられ、国家による不当な干渉 (interference) なく家族生活を営む権利として保障されている。

世界人権宣言を法的拘束力のある条約とした再定式化した 1966 年の自由権規約⁶はこれを 17 条に規定する。

「何人も、その私生活、家族 (family)、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。」(自由権規約 17 条)

世界人権宣言の条約としての再定式化には 18 年の歳月を要し、結果的に自由権規約と社会権規約という 2 つの条約が採択されることとなった。これより先に、地域的な人権条約として世界人権宣言を法的拘束力のある条約として再定式化したのが 1951 年のヨーロッパ人権条約⁷である。正式名称である「人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約」も示すとおり、自由権を中心とした条約である⁸。同条約 8 条にも家族生活権が規定されている。

「1 すべての者は、その私生活および家族生活 (private and family life)、住居ならびに通信の尊重をうける権利を有する。

2 この権利の行使に対しては、法律にもとづき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、また、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由の保護のため、民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による介入もあってはならない。」(ヨーロッパ人権条約 8 条)

同条は、権利の制約について、世界人権宣言や自由権規約の「恣意的 (arbitrary)」「不法 (unlawful)」といった抽象的文言ではなく、①「法律にもとづくこと (in accordance with the law)、②正当化が可能な 7 つの事由にあてはまること、そして③民主的社会で必要 (necessary in democratic society) な範囲内であることの 3 つの具体的な条件を課している。

なお、自由権規約とヨーロッパ人権条約は、それぞれがお互いの解釈を参照し合いなが

⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, UNTS I-14668.

⁷ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (known as "the European Convention on Human Rights"), 4 November 1950, UNTS I-2889.

⁸ 社会権については 1961 年にヨーロッパ社会権憲章 (European Social Charter, 18 October 1961, UNTS I-7659) が採択されている。

ら、国際人権法における諸権利の解釈を発展させてきた。ヨーロッパ人権条約はヨーロッパ人権裁判所による司法解釈により、自由権規約は自由権規約委員会の個人通報制度における準司法的解釈および国家報告制度や一般的意見により、諸権利の内容を明確化してきた。両条約とも世界人権宣言を基盤とし、自由権が中心という共通の特徴をもつことから、諸権利の解釈には共通性がある。類似の事件ではそれぞれの先例が意識されており、特に司法機関であり歴史や件数で優るヨーロッパ人権裁判所の解釈は、自由権規約に規定される同じ権利の解釈にとっての重要な先例となる。日本はヨーロッパ人権条約の締約国ではないものの、締約国である自由権規約の諸権利および関連する憲法上の諸権利の解釈において、ヨーロッパ人権裁判所の関連事案および諸権利に関する解釈を参照すべき十分な理由がある。したがって本意見書の3章では、自由権規約およびヨーロッパ人権条約の関連事案を等しく参照すべき先例として検討する。

(2) 家族概念の多様性

私生活権の規定内におかれる家族生活権における「家族」は、法制度として明示的な保護の対象となっている以上に広い概念を包摂するものと解されている⁹。

たとえば、自由権規約委員会の一般的意見において、17条（私生活権）の「家族」は次のように位置づけられている。

「家族 (family) という文言は、本規約の目的として、17条について締約国の社会において認識されるあらゆる家族を含むように広く解釈されるべきである。」（一般的意見 16 (1988年)）¹⁰

社会権規約委員会による一般的勧告 4（11条1項「十分な住居についての権利」）でも、「家族 (family) の概念は、広い意味で理解されなければならない」と明記され¹¹、国際家族年に関する国連事務総長報告書も「家族 (families) は各国家および当該国内において、多様な形態および機能をもつものである」との認識が示されている¹²。

ヨーロッパ人権条約 8 条も多様な家族のあり方を包摂する形で解釈されている。先例と

⁹ 初川満 1994 『国際人権法概論』（信山社）215-216頁。

¹⁰ HRCm, 1988, General Comment No. 16: Article 17 (The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation), Adopted on 8 April 1988, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), p.191, para.5.

¹¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1992, General Comment 4: Article 11(1) (The right to adequate housing), U.N. Doc. E/1992/23, Annex III, para.6.

¹² Secretary General report on International Year of the Family, U.N. Doc. A/50/370, 6 September 1995, para 14.

なった1979年のマルクス対ベルギー事件判決¹³では、国内法規定にもとづく嫡出家族だけでなく、婚外子とその母および母方の親族も尊重をうけるべき家族に含まれるとの解釈が示された。以降、人々の多様なつながり方を家族として認定している。たとえば、養育者と被養育者の関係¹⁴、同居の事実がない親子・兄弟姉妹の関係¹⁵、叔父叔母と甥姪の関係¹⁶などである。今日では、8条に規定される家族 (family) の概念は「歴史的、社会的および法的に所与のものではない (not to be fixed)」¹⁷との理解が確立している¹⁸。

(3) 積極的義務

家族生活権が私生活権の規定内におかれていることから、自由権的側面、すなわち国家からの自由を求める権利の性質をもつことは明らかである。権利の実現のため国家には消極的義務 (negative obligation) が課されることとなる。ただし、「『国家からの自由』を本質とする権利であっても、現実の社会における権利の実効的な保障は、単なる国家の消極的な不作為によつてはなしえない」¹⁹。家族としての生活の実効的尊重もまた、国家による具体的な措置によりはじめて実現されうる側面をもつ。国家に課される積極的義務 (positive obligation) である。

積極的義務のために国家がなすべきことは、権利保護のための立法措置や私人による権利侵害の防止や排除のための行政措置、権利侵害への効果的救済や再発防止などである。ただし、「権利規定のみからアプリアリ (先験的) に…網羅的に列挙できるわけではなく、必要とされる具体的な措置は、現実の状況における権利の実効的な保障という要請から引き出される」²⁰。家族生活権の実効的尊重のための積極的義務の内容も、事案ごとに具体的に導き出されている。

¹³ European Court of Human Rights (ECtHR), 1979, Marckx v. Belgium, Judgment of 13 June 1979, Application no. 6833/74. 事実婚の場合に母子関係が生じず、認知をしても相続等で不利な取り扱いをうけたことが争われた事件。

¹⁴ ECtHR, 1986, Johnston and Others v. Ireland, Judgment of 18 December 1986, Application no. 9697/82. 離婚が認められていないため婚姻することができず、子を嫡出とすることもできないことが争われた事件。

¹⁵ ECtHR, 1991, Moustaquim v. Belgium, Judgment of 18 February 1991, Application no. 12313/86. 2歳でベルギー在住となったモロッコ国籍者が少年犯罪を理由に退去強制をうけたことが争われた事件。

¹⁶ ECtHR, 1988, Boyle and Rice v. the United Kingdom, Judgment of 27 April 1988, Application nos. 9659/82; 9658/82. 受刑者との手紙の制限や検閲、病床にある家族との面会を拒否されたことなどが争われた事件。

¹⁷ See. ECtHR, 2000, Mazurek v. France, Judgment of 1 February 2000, Application no. 34406/97. 婚外子であることを理由に相続分が不利に扱われたことについて争われた事件。

¹⁸ See. 三木妙子 2003「欧州人権裁判所に現れた家族」三木妙子ほか『家族・ジェンダーと法』(成文堂)。

¹⁹ 申 2016: 157 頁。

²⁰ 申 2016: 159 頁。

3. 同性カップルと家族生活権

(1) 性的指向と人権

国連機関や条約機関において、性的指向は「他者に対する個人の身体的、愛情的および／または情緒的魅力」と定義され、「性的指向はすべての人が有するものであり、アイデンティティの一部を構成している」と説明される²¹。この定義および説明は2006年に採択されたジョグジャカルタ原則に依拠する。同原則そのものは市民社会が作成した非拘束的文書だが、複数の条約機関（社会権規約委員会、自由権規約委員会など）や国連機関（国連難民高等弁務官事務所、国連エイズ合同計画など）により活用されはじめ、一般的な定義および説明として定着した。

性的指向が「アイデンティティの一部を構成する」との説明は、ソドミー法（同性どうしの関係性を処罰する法規定）が私生活権の侵害と認定されて以降の確立された国際人権法上の理解である。たとえば1981年のダジャン対イギリス事件判決において²²、ヨーロッパ人権裁判所は性的指向を「私生活の最も内面的な事項（a most intimate aspect）」と位置づけ、その制約には「格別に深刻な理由（particularly serious reasons）」が必要だと解釈した。後にはソドミー法が実質的に死文化していても、法の存在そのものが私生活権を侵害すると判断も下されている²³。自由権規約委員会も1994年のトゥーネン対オーストリア事件において、同様の解釈から、タスマニア州のソドミー法が私生活権の侵害にあたると認定した²⁴。また、性的指向を理由とするイギリス軍から除隊が争われたヨーロッパ人権裁判所のスミス・グレディ対イギリス事件判決でも²⁵、「格別に納得のいく重大な理由（particularly convincing and weighty reason）」が示されていないとして私生活権の侵害が認定されている。裁判所は士気の低下や戦闘力・作動効率への影響という政府の主張

²¹ "Sexual orientation refers to a person's physical, romantic and/or emotional attraction towards other people. Everyone has a sexual orientation, which is part of their identity." United Nations, 2016, *Living Free and Equal: What States are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, U.N. Doc. HR/PUB/16/3.

²² ECtHR, 1981, Dudgeon v. the United Kingdom, Judgment of 22 October 1981, Application no. 7525/76. 北アイルランドにあった同性どうしの性関係を処罰する刑法規定（ソドミー法）について争われた事件。

²³ ECtHR, 1988, Norris v. Ireland, Judgment of 26 October 1988, Application no. 10581/83; ECtHR, 1993, Modinos v. Cyprus, Judgment of 22 April 1993, Application no. 15070/89. いずれもそれぞれの国にあった同性どうしの性関係を処罰する刑法規定（ソドミー法）について争われた事件。

²⁴ HRCm, 1994, Toonen v. Australia, Communication No.488/1992, Views of 31 March 1994, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992. タスマニア州にあった同性どうしの性関係を刑法規定（ソドミー法）について争われた事件。

²⁵ ECtHR, 1999, Smith and Grady v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1999, Applications nos. 33985/96 and 33986/96. 性的指向への尋問にもとづいて軍隊から除隊処分をうけたことについて争われた事件。

を「同性愛の少数者に対する異性愛の多数者側からの偏見の表明」にすぎず、「人種、出自、皮膚の色の違いに基づく否定的態度」に等しいと一蹴した。権利の制約を周囲の嫌悪感や無理解に依拠して正当化することは、差別そのものの正当化に繋がるとの理解である。

また、ヨーロッパ人権裁判所は性的指向にもとづく差別が争点となった事案でも「格別に納得のいく重大な理由」の立証を求めている²⁶。ソドミー法における性行為同意年齢の差異²⁷、性的指向を理由とする監護権の否定²⁸、単身養子縁組の拒否²⁹、連れ子養子縁組³⁰などである。性的指向にもとづく差異ある処遇は、「道徳の保護」や「他者の権利及び自由の保護」などが正当な目的として認定されるものの、目的と手段の比例性審査において、制約が必要最小限度であることや他に選べる手段がないこと、目的の達成に必要不可欠であることなどが求められる。すなわち、アメリカ合衆国の連邦憲法の理論でいうところの厳格審査が要求される疑わしい分類に位置づけられている。自由権規約委員会でも遺族年金の受給資格が争われた2003年のヤング対オーストラリア事件³¹や2007年のX対コロンビア事件³²、米州人権裁判所でレズビアンであることを理由とする親権の否定が争われた2012年のアタラほか対チリ事件³³なども同様の解釈により、性的指向差別を認定している。

このように国際人権法上、性的指向は私生活権のもとで「アイデンティティの一部を構成する」ものとして個人の人格的自律に不可欠な要素と位置づけられ、その制約には正当な目的の存在だけでなく格別に納得のいく重大な理由の立証が求められている。

(2) 同性カップルの家族生活への該当性

家族生活権に規定される家族が、法制度として保護されている範囲を超える家族を包摂

²⁶ ECtHR, 2003, *Karner v. Austria*, Judgment of 24 July 2003, Application no. 40016/98. 契約当事者であった同性パートナーの死後に賃貸物件への継続居住が認められなかったことを争った事件。

²⁷ ECtHR, 2003, *L. and V. v. Austria*, Judgment of 9 January 2003, Applications nos. 39392/98 and 39829/98. 性関係の同意年齢が異性どうしよりも同性どうしで高く設定されていたことが争われた事件。

²⁸ ECtHR, 1999, *Mouta v. Portugal*, Judgment of 21 December 1999, Application no. 33290/96. 性的指向のみを理由として離婚後の子の監護権が認められなかったことが争われた事件。

²⁹ ECtHR, 2008, *E.B. v. France*, Judgment of 22 January 2008, Application no. 43546/02. 単身者による養子縁組が性的指向のみを理由に許可されなかったことが争われた事件。

³⁰ ECtHR, 2013, *X. and Others v. Austria*, Judgment of 19 February 2013, Application no. 19010/07. 同性パートナーの子との2人目の親としての養子縁組（連れ子養子）が認められなかったことが争われた事件。

³¹ HRCm, 2003, *Young v. Australia*, Communication No.941/2000, Views of 6 August 2003, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000. 退役軍人遺族年金が同性カップルであることを理由に不支給とされたことが争われた事件。

³² HRCm, 2007, *X. v. Columbia*, Communication No. 1361/2005, Views of 30 March 2007, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005. 年金受給権が同性カップルであることを理由に否定されたことが争われた事件。

³³ Inter-American Court of Human Rights, 2012, *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, Judgment of 24 February 2012, Ser. C, No. 239. 性的指向のみを理由として離婚後の子らの監護権が認められなかったことが争われた事件。

することは先述のとおりである。ヨーロッパ人権裁判所は2010年のシャルク・コップ対オーストリア事件判決において同性カップルもここに含まれるとの解釈を示している³⁴。

「…異性カップルとは対照的に、同性カップル関係が8条の『家族生活』を享受できないとの見解を維持することは表層的 (artificial) である。安定した事実上のパートナーシップのもとで同棲生活を送っている同性カップルである申立人らの関係は、同じ状況にある異性カップルとまったく同じように、『家族生活』の概念に当てはまる。」
(para.94)

ヨーロッパ人権裁判所はこれまで、移住や社会保障、居住権に関する事例において、同性カップルの関係性を私生活 (private life) の問題としてのみ位置づけてきた。本件の翌月に下された健康保険の適用に関するPB・JS対オーストリア事件³⁵も、同様に家族生活への該当性を認めており、同性カップルが8条の家族生活に該当性することは、現在では確立した解釈となっている³⁶。もっとも、従来の解釈であった私生活への該当性が否定されたわけではなく、同性カップルの関係性は私生活の重要な側面であり、かつ、家族生活にも該当すると位置づけられたものである。

(3) 家族生活権の実効的尊重のための積極的義務

同性カップルの家族生活権は、国家による不干渉によって自動的に実現できるものではない。安定した生活基盤の確保や平穏なカップル関係の維持、他者からの不当な介入の排除など、家族生活権の実効的な尊重のためには具体的な措置も必要となる。家族生活権に関する国家の積極的義務である。

たとえば、ヨーロッパ人権裁判所は2015年のオリアリほか対イタリア事件判決³⁷において、パートナーシップ制度などの法整備が国家の積極的義務に含まれるとの解釈を示している。裁判所は、次のように述べる。

「…婚姻できない状況において、申立人らのような同性どうしのカップル関係は、シ

³⁴ ECtHR, 2010, Schalk and Kopf v. Austria, Judgment of 24 June 2010, Application no. 30141/04. 同性カップルが婚姻できないことについて婚姻権の侵害が争われた事件。

³⁵ ECtHR, 2010, P.B. and J.S. v. Austria, Judgment of 22 July 2010, Application no. 18984/02. 同性のパートナーに公務員の疾病傷害保険が適用されなかったことを争った事件。

³⁶ E.g. ECtHR, 2016, Tomás v. Spain, Judgment of 14 June 2016, Application no. 35214/09. 同性パートナーであることを理由とする遺族年金の不支給が争われた事件。

³⁷ ECtHR, 2015, Oliari and Others v. Italy, Judgment of 21 July 2015, Applications nos. 18766/11 and 36030/11. 同性カップルに関する国レベルの制度的保障がないことについて争われた事件。

ビル・ユニオンまたは登録パートナーシップの関係に入る選択肢を獲得する特有の利益がある。なぜなら、それこそが、2人の関係性が法的に承認され、不必要な妨害なく関連する保護…（中略）…を受けるための最適な手段だからである。さらに、そのようなシビル・パートナーシップは、法的効果の強弱にかかわらず、申立人らのような立場にある人々にとって本質的な価値をもつ。このような承認はまた、同性どうしのカップル関係を正統とする感覚へと導いていく。」(para.174)

この判決は立法措置の不備について家族生活権の侵害を認定したものであるが、ここに示された論理は行政措置にもあてはまる。カップルとしての生活基盤の確保は、異性カップルと同じく同性カップルにとっても本質的な価値をもつものであり、行政が家族生活権の効果的尊重のために必要な措置を講ずる義務は、パートナーシップ制度そのものの存否に左右されるものではない。

(4) 外国で婚姻した同性カップルの処遇

現在 28 の国と地域で同性カップルの婚姻が可能となったものの、日本を含めたそれ以外の 170 近い国と地域において婚姻は異性カップルに限定されている。このため外国で有効に成立した同性カップルの婚姻に関する国内での当該婚姻の地位や効果の取り扱いは、国際私法上の扱いを含め、国家裁量の範囲が問題となる。

この点、ヨーロッパ人権裁判所のオランダィほか対イタリア事件判決では³⁸、外国で有効に成立した同性婚の関係性を認めないことは家族生活権の侵害にあたりと判断された。家族生活権の実効的尊重という観点から国家裁量にも一定の制限が加えられることが認定されたものである。カナダやアメリカで有効に婚姻した複数の同性カップルが原告となったこの事件では、同性カップルが国外で婚姻している場合も当然に家族生活の範疇に含まれることが確認された。国内法として同性カップルの婚姻やパートナーシップ制度が存在しない場合、外国で有効に婚姻した同性カップルは法の空白状態 (legal vacuum) におかれる。イタリア政府は婚姻を異性カップルに限定する国内公序 (internal public order) や国内で平穩に暮らしている事実状況による正当性を主張したものの、裁判所は次のように述べて家族生活権の侵害を認定した。

「いかなる形式においても外国での婚姻が登録できない状態は、法の空白を生み出し、

³⁸ ECtHR, 2017, *Orlandi and Others v. Italy*, Judgment of 14 December 2017, Applications nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12. 外国で有効に婚姻した関係性が国内で認められなかったことが争われた事件。

当該状況の社会的現実が考慮できないことを意味する。…このため申立人らは日常生活上の障壁に直面し、その関係性はいかなる法的保護にも値しないものとされてしまう。申立人らの関係性が承認や保護を欠く状態にあることを正当化する社会全体の優越した利益は示されていない。…何らの措置も講じずに申立人らの8条の家族生活に関連する状況を合理的に無視することはできない。」(paras. 209-210)

外国で婚姻した同性カップルについて、国がその家族生活のために措置を講じないことは、家族生活権の侵害にあたる。なお、同性カップルの婚姻を認めていないヨーロッパ人権条約の締約国27カ国のうち、外国で婚姻した同性カップルの関係性を国内で法的に承認しているのは3カ国にすぎない。その状況で下された同判決は、手段はさておき、外国での婚姻を何らかの形で承認や保護することが家族生活権から導き出される積極的義務であること認定した点において重要である³⁹。

(5) 等しからざる者と等しく扱う差別

国際人権法上、異性カップルに認められている権利や保護が同性カップルに認められないことが性的指向差別にあたることは、すでに確立された解釈である。たとえば2016年のパイェチ対クロアチア事件では事実婚状態の異性カップルに認められている在留資格が同性カップルに認められないことが、家族生活権に関する性的指向差別にあたるとの判断がくだされている⁴⁰。

同時に、ある権利や保護が婚姻した異性カップルのみに認められている場合、事実婚の異性カップルには認められていないことをもって性的指向差別がないと解釈することはできない。婚姻を選択可能な異性カップルと選択不可能な同性カップルは差異ある状況におかれているため、差異ある者を等しく扱うことは、結果として、解消不可能な性的指向差別を生じさせるからである。

³⁹ ヨーロッパ市民権に関連する事例であるが、2018年のコマン・ハミルトン対移民審査官・内務省事件においてヨーロッパ連合裁判所(CJEU)も家族生活権について同じ解釈を示している。これはルーマニア国籍のコマンとアメリカ国籍のハミルトンがベルギーで婚姻した後しばらくしてルーマニアに帰国する際、家族滞在許可が認められなかったことを争った事件である。判決の以下の部分は本件処分の判断にも参考になる。

「裁判所は…他の加盟国の国内法にもとづいて執り行われた同性どうしの婚姻を承認する加盟国の義務は、第三国の国籍者の派生的居住権を承認するだけのことであり、加盟国の管轄内にある国内法…により定義される当該国の婚姻の制度を毀損しない。[派生的居住権の]承認は、国内法において、同性どうしの者に婚姻という制度の提供を要請するものではない。EU法のもとで享受する権利 [=家族生活権] の行使を可能とする範囲で、他の加盟国の国内法にもとづいて執り行われた婚姻を承認することに限定された義務である。(para.45)」。

⁴⁰ ECtHR, 2016, Pajić v. Croatia, Judgment of 23 February 2016, Application no. 68453/13. 外国籍の同性パートナーの在留許可が認められなかったことを争った事件。

たとえば、ヨーロッパ人権裁判所は同性カップルの在留許可をめぐるタドゥーチ・マコール対イタリア事件において、この観点から家族生活権に関する性的指向差別を認定した⁴¹。イタリアではEU市民権をもつ者以外の家族滞在について、婚姻関係にない異性カップルも対象外とされていた。異性カップルも同性カップルも単なる同棲関係では在留許可がおりないため性的指向差別にはあたらないとのイタリア破毀院の判断について、裁判所はまず、在留許可に関する国家裁量は無制限ではないという1990年代から確立されてきた判例法理にもとづいて次のように述べた。

「…確立された国際法と条約上の義務として、国家は管轄する領域への外国人の入国および居住を統制する権利を有する。本条約は特定の国に外国籍者が入国または居住する権利を保障するものではない。」(para.55)

「8条が〔国家に〕課している義務は、ある家族の共通の居住国選択を尊重し、当該国に定住するために非国籍者であるパートナーを受け入れる締約国側の一般的な義務まで拡張されるものと解することはできない。…それでも、入国管理分野において国家が行った決定は、場合により、条約8条が保障する私生活権および家族生活権への侵害ともなりうる。とくに、関係者が受入国において当該措置による重大な影響をうける可能性のある強い個人的または家族的な結びつき (strong personal or family ties) を有している場合である。」(para.56)

その上で、申立人らが1999年からパートナー関係にあり、2003年からイタリアで居住していること、また同性カップルは異性カップルと等しく家族生活権を享受する関係性であることを確認した。さらに、同性カップルに在留許可を認めないことが性的指向差別にあたることについて、次のように述べている。

「申立人らの状況は、婚姻していない異性カップルと類似ではない。異性カップルとは違い申立人らは婚姻を締結できる見込みはなく、イタリア法のもとで配偶者とはなりえない。したがって、家族構成員概念の制限的解釈は、家族であることを理由とする在留許可の取得において、同性カップルだけが乗り越えられない壁にぶつかる。」(para.83)

⁴¹ ECtHR, 2016, Taddeucci and McCall v. Italy, Judgment of 30 June 2016, Application no. 51362/09. 外国籍の同性パートナーの在留許可が認められなかったことを争った事件。

このため、申立人らは家族として在留許可を取得すること事実上不可能であり、ここには性的指向差別が生じている。裁判所は、イタリア政府による**伝統的家族の保護**という正当化の主張も、性的指向差別にもとめられる「**格別に納得のいく重大な理由**」とはいえ、同性カップルの婚姻やパートナーシップ制度の可否にかかわらず、家族構成員として在留許可を得られないこと自体が家族生活権の侵害にあたる判断した。婚姻の選択可能性において差異のある異性カップルと同性カップルを等しく扱えば、自ずと権利および自由の享有に不均衡が生じうる。同性カップルの在留許可の取得を事実上不可能とする制限的解釈は、性的指向にもとづいて一定の關係性を包括的に排除する点において、性的指向差別となる。

4. 本件処分について

本件では外国において有効に婚姻した同性カップルの一方当事者による「定住者」への在留資格変更許可申請を不許可とした処分が争われている。国際人権法の解釈にもとづけば、本件処分は原告らの**家族生活権（自由権規約 17 条）を侵害し、ならびに、家族生活権の享有に関する性的指向差別（自由権規約 2 条・26 条）にあたるもの**と判断できる。

国際人権法において、性的指向は人間のアイデンティティを構成する一部であり、人格的自律のために不可欠の要素として、私生活権の中核と位置づけられている。家族生活権は、この規定内に位置づけられており、対象となる家族は、国の法令や実行により認められた家族にとどまらず、社会において認識されるあらゆる家族を包含する。したがって、家族生活権を享有する家族には同性カップルも含まれると解されている。本件の原告らは外国で有効に婚姻した同性カップルであり、国際人権法上の家族生活権を享有する關係性であることは明白である。

家族生活権は、国家による具体的な措置によりはじめて実現されうる側面をもつ。すなわち国家には権利の実現のための積極的義務が課されている。権利の実効的な尊重に必要な具体的な措置はアプリアリに決まるものではない。同性カップルが家族生活権を享受するためには一定の立法措置も要請される。本件の原告らのように外国で有効に婚姻している場合には、立法措置の存否にかかわらず、法の空白状態を避けるための措置が必要となる。家族生活権は性的指向にかかわらず享有される場所、日本において有効に婚姻できない同性カップルは、異性カップルと異なる地位におかれている。この差異を考慮すれば、同性カップルの一方当事者に「定住者」への在留資格変更を不許可とすることに、格別に納得のいく重大な理由は存しない。国内裁量論や国内公序、伝統的家族観の維持、

事実上の平穏な生活などの理由に、外国で有効に婚姻した同性カップルの家族生活権を軽視する合理性は認められない。

また、婚姻関係にある異性カップルには、適法に在留するための「日本人配偶者等」という在留資格が認められ、婚姻していない異性カップルには認められていないところ、同性カップルに適法に在留するための在留資格が認められないことは性的指向差別に該当しないと解することは失当である。婚姻を選択可能な異性カップルと選択不可能な同性カップルは差異ある状況におかれているため、差異ある者を等しく扱うことは、結果として、解消不可能な性的指向差別を生じさせるからである。同性カップルの在留許可の取得を事実上不可能とする制限的解釈は、性的指向にもとづいて一定の関係性を包括的に排除する点において、性的指向差別となり、本件処分は家族生活権の享有に関する性的指向差別に該当する。

5. おわりに

貴裁判所は、国際人権法の義務の名宛人である国家機関のひとつであるとともに、国内の三権分立のもと、司法機関として立法機関や行政機関における国際人権法上の義務の履行を監視する立場でもある。特に社会における少数派の人権が争われる場面では、司法機関は人権保障にとって最後の砦となる。同性カップルの家族生活権の保障ないし性的指向差別の禁止は、国家に課せられた国際人権法上の義務である。明確な解釈基準も示されており、具体的な適用事例も豊富に存在する。国際人権法上の義務を正面から精査し、本件処分について適切な判断が下されることを切に願う。

(了)

谷口洋幸 (たにぐち ひろゆき) 略歴

- 【現職】 金沢大学 国際基幹教育院 准教授 (平成 30 年 4 月～)
- 【経歴】 中央大学法学部卒業、中央大学大学院法学研究科博士課程修了 (平成 17 年 3 月)
日本学術振興会特別研究員 PD (学習院大学) (平成 17 年 4 月～平成 19 年 8 月)
早稲田大学法学学術院 (比較法研究所) 助手 (平成 19 年 9 月～平成 22 年 8 月)
高岡法科大学法学部准教授 (平成 23 年 4 月～平成 29 年 3 月)
高岡法科大学法学部教授 (平成 29 年 4 月～平成 30 年 3 月)
- 【専攻】 国際法・国際人権法、ジェンダー法
- 【委員】 日本学術会議連携会員、国際人権法学会理事、ジェンダー法学会理事、GID 学会理事
人権啓発推進会議 (京都)・性的指向と性自認の理解促進等に関する研究会 (座長)
(公財) 世界人権問題研究センター嘱託研究員ほか

【本件訴訟に関連する業績】

[共著書]

- ・谷口洋幸編 2019 『LGBT をめぐる法と社会』 (日本加除出版)
- ・谷口洋幸ほか編 2017 『セクシュアリティと法：身体・社会・言説の交錯』 (法律文化社)
- ・谷口洋幸ほか編 2011 『性的マイノリティ判例解説』 (信山社)

[論文]

- ・谷口洋幸 2017 「国際人権法における性の多様性：性的指向・性自認 (SOGI) と人権を中心に」二宮周平編『性のあり方の多様性』 (日本評論社) 241-260.
- ・谷口洋幸 2017 「『同性婚』の権利：欧州人権条約を中心に」国際人権 28: 54-59.
- ・谷口洋幸 2017 「国連の人権施策における LGBT/ SOGI」比較法研究 78:223-229.
- ・谷口洋幸 2016 「諸外国のパートナーシップ制度：国際人権法」棚村政行・中川重徳編『同性パートナーシップ制度：世界の動向・日本の自治体における導入の実際と展望』 (日本加除出版) 135-147.
- ・谷口洋幸 2016 「世界に広がる同性婚」同性婚人権救済弁護団編『同性婚：だれもが自由に結婚する権利』 (明石書店) 199-212.
- ・谷口洋幸 2016 「国際人権法における性的指向・性自認の人権」自由と正義 67(8):15-19.
- ・谷口洋幸 2015 「『同性愛』と国際人権」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法：尊厳としてのセクシュアリティ』 (明石書店) 148-174.
- ・谷口洋幸 2015 「国連と性的指向・性自認：人権理事会 SOGI 決議の意義」国連研究 16:123-140.
- ・谷口洋幸 2015 「同性間パートナーシップと法制度：日本法の現状と課題」アメリカ法 2015-1: 38-48.
- ・谷口洋幸 2015 「『同性婚』は国家の義務か」現代思想 43(16): 46-59.
- ・谷口洋幸 2012 「性的マイノリティと法制度：性別二元制と異性愛主義への問いかけ」ジェンダー法学会編『ジェンダー法学が切り拓く展望 (講座ジェンダーと法 4)』 (日本加除出版) 67-79.
- ・谷口洋幸 2009 「国際法における性的指向・性別自認と人権」法学新報 116(3・4): 523-548.
- ・谷口洋幸 2006 「プライバシーの権利と、私生活・私的生活の尊重：国際法の視点から」国際人権 17:45-50.
- ・谷口洋幸 2006 「性的マイノリティの人権保障：国際人権法と素材として」矢島正見編『戦後日本女装・同性愛研究』 (中央大学出版部) 586-616.
- ・谷口洋幸 2005 「国際人権法における性的マイノリティ事例の研究：法とセクシュアリティ序説」中央大学大学院法学研究科委員会提出、博士 (法学) 授与