九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ジェンダーと性的指向をめぐる欧州の法と政治

ダニエル・ボリヨ
九州大学大学院法学研究院：助教授 | パリ大十大学講師

南野，森
パリ大十大学講師 | 九州大学大学院法学研究院：助教授

https://hdl.handle.net/2324/19655

出版情報：pp.89-99, 2005-04-30. 東北大学出版会
バージョン：
権利関係：

Ⅳ　ジェンダーと性的指向をめぐる欧州の法と政治

ダニエル・ボリヨ
南野　森訳

1．はじめに

ジェンダー・性的指向に基づく差別に対する闘いのための法的・政治的装置は，パラレルに分析することができる。ジェンダー差別に対する装置が実質的には欧州共同体の誕生以来存在してきたのに対して，性的指向による差別に対するそれは,差別に対する闘いに関する欧州の政治過程の最終段階に位置する。性的指向による差別をめぐる装置の斬新性と，そのジェンダー問題との関連性は，より徹底的な分析へと導くが，私見によれば，ジェンダー政策なしに性的指向の政策はありえない。フェミニスト運動によってセクシャリティーと生殖とが分離されたことにより，生殖につながらないさまざまなセクシャリティーのあり方，とりわけホモセクシャリティーを正当なものであると考えることができるようになったからである。つまりジェンダーは，性的指向の前提問題であると言えるのである。欧州人権裁判所（ストラスブール）の判断とは異なって，欧州司法裁判所（ルクセンブルク）は，性という概念によって性的指向差別からの保護が導かれるものではないとしていたが，このような解釈こそが，後にみるように政治論争へと道を開き，その結果，性的指向に関する法規定と固有の政策決定とをもたらしたのである。

欧州において少数者に対して与えられる政治的保障一般の観点からすると，性的指向の問題は，同性愛者保護という固有の問題としては，反差別の公的アクションにおける一つの新たな要素であると言える。1955年の人権委員会における初めての調査からローマ条約第13条（1997年アムステルダム条約により改正）および雇用の場面における性的指向の平等に関する欧州共同体指令の制定に至るまで，多くの政治部門の立役者たち――公的部門のアクター，NGO，訴訟提起者，消費者，知識人など――が同性愛問題を「市民の欧州」の建設過程における真の公共問題としてきた。

性による差別，そしてそののち性的指向による差別が，人権および基本的自由の保護のための伝統的な装置を用いて処理されうる問題となったのは，人種差別・反ユダヤ主義・外国人排斥主義といった，より古典的な問題に対する処理が行われた後のことであった。

主として欧州人権条約の適用機関に対する個別の訴えを契機とする司法的処理という第一段階に続いて，欧州評議会や欧州議会といった政治機関による原則の表明に特徴づけられる，宣言の段階がやって来た。原則の宣言段階に続いて，欧州委員会の工程表に完全に組み入れられたものとしての真の政治上のプログラムが策定されるのは，ごく最近のことでしかない。

性的指向による差別という問題が生じてから，さまざまな政治機関がそれを考慮するようになるまでの間，個人や団体，裁判所などの活動を通じてなされた法的な合理化を経て，性的指向という概念が社会的，政治的に形成されていくということが，個人の自由に関するパラダイムの根本的な変容をもたらした。1980年代に至るまで欧州のすべての刑法典において罪とされていた（なかには重罪とするものまであった）同性愛は，今日では，許容されているのみならず，性的多元主義を表明するものとして，徐々に，国家および，あるいは個人による差別的対応から保護されるようになっている。このような重要な変化およびその政治的な帰結は，レズビアン，バイセクシャル，ゲイへの差別に対する欧州の公的アクションのパースペクティヴを素描するものである。欧州では，20年間で，同性愛の可罰化から同性愛敵視の可罰化への変容が達成されたのであ

る。

2．進　展

欧州諸国が反差別のための措置としてとった最初のものは，主として信教の自由と少数者保護に関するものであった。

宗教的，民族的，言語的少数者のために特別なアクションがとられたのち，女性をめぐる問題が国際レヴェルにおける反差別政策の主要な対象となる。「女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」の採択（1979年）は，性の平等についての長い政治過程における，きわめて重要な一段階をなすものである。

同性愛者の保護についての政治論争およびアクションは，女性の平等を求める運動の延長線上において行われた。しかしながら，より伝統的な反差別政策とは異なって，基本的自由保障のための国際的な戦略が打ち立てられたときにも，性的指向に基づく差別からの保護についてはいかなる規定も制定されることがなかった。第二次世界大戦ののちも，そしてナチの暴力の犠牲者のなかに同性愛者が含まれていたという事実にもかかわらず，いかなる保護規定も採択されなかったのである。

裁判実務上の理由から，長い間一般的な法規定は不十分なものであり，さらには不毛なものですらあった。性的指向に基づく差別からの保護の試みが始まるのは，この20年来のことにすぎない。「プライヴァシー（私生活）」「非差別」「表現の自由」といった古典的概念に依拠するという間接的な方法によって，または平等原則の適用の要求によって，さらにあるいは新しい欧州連合条約に性的指向という概念をとくに導入することによって，欧州評議会加盟46ヶ国からなる大ヨーロッパも，また，欧州連合自体も，今日では，性的指向の保護という法的領域を作りだすために努力を続けている。

きわめて短期間のうちに，ラディカルな変容が達成された。すなわち，刑事罰の対象であった同性愛は，適法な行為とされるに至ったのみならず，今日で

はゲイやレズビアンに対するあらゆる敵対的な態度が欧州法によって処罰されるようになったのである。たしかに1980年代初頭に至るまで，欧州人権裁判所は同意した成人間の同性愛関係を処罰することを正当化し続けていたが，この裁判所は今日ではこのような処罰をプライヴァシー領域への国家による不当な介入として非とし，さらに，同性愛憎悪が刑事罰を課せられうる行為とされつつある。つまりことがらは進歩の過程にあるのである。まず，同意した成人間の私的領域における同性愛関係を処罰することが正当化されていた段階があった。次に，かかる行為の非可罰化という段階がやって来たが，しかしながら，同性愛を許容するということがそれを賞賛したりまたは承認したりすることを意味するわけでは全くないという考え方が強調されていた。そして差別的取扱いが非難されるようになり，最後に，同性愛者の「家族生活」の承認が始まりつつある，ということである。

同性愛の処罰から，同性愛行為の部分的な非可罰化や同性カップルに対する家族生活承認の萌芽的段階を経て，同性愛憎悪の処罰へと至るこのような進展の過程を分析するため，さまざまな装置を四つに分類したい。まず，(1) ハード・ロー，すなわち，欧州法という義務的法源（大ヨーロッパのもの。欧州人権条約，旧欧州人権条約委員会および欧州人権裁判所の判例），(2) ＥＵ法という拘束的法源（25の加盟国からなる欧州。欧州連合の設立諸条約，欧州司法裁判所の判例），(3) ソフト・ロー，すなわち，欧州評議会による原則宣言（勧告や意見など），(4) 欧州議会の決議，の四つである。そして最後に，国内レヴェルにおける差別からの保護についても述べることとする。

3．ハード・ロー

権利平等への遅くそして未完成の進展過程における第一段階は，同性愛行為の非可罰化であった。フランス革命は，1791年の刑法典からソドミーの罪を削除したが，欧州の複数の国においては，同意した成人間の同性愛行為が処罰され続けていた。たとえば，1955年から1977年の間，欧州人権裁判所の判例は，

性生活というものが欧州人権条約第8条に言うところの「私生活」の領域に属するとはいえ，同意した成人間の同性愛行為を処罰することは，「健全さと道徳の保護」あるいは「第三者の権利保護または社会の保護」という目的によって正当化されるからプライヴァシーの侵害にはあたらない，としていた。すなわち，人権条約委員会は，「民主主義社会において，私生活尊重を求める権利は，健全さと道徳を保護するために法律によって規定された介入の対象となりうるのであって，人権条約は，締約国に対して同性愛行為を処罰することを認めている」と宣言していたのである。

人権条約委員会に対する最初の申立が退けられてから26年を経て，ようやく1981年10月22日に人権裁判所は，同性間の肉体関係を罰する北アイルランド刑法を，プライヴァシー尊重を定める人権条約第8条に違反すると判断した[1]。この判決を受けて，北アイルランドは21歳以上の同意した成人間の同性愛行為を非処罰とした。しかしながら，人権裁判所がわざわざ述べていたように，「非処罰とすることは，それを賞賛することを意味するのではなく，刑事法の正当化できない部分を除くことを意味するにすぎない」。1988年10月26日の *Norris c/ Irlande* 判決においても，さらにまた，1993年4月22日の *Modinos c/ Chipre* 判決においても，人権裁判所は第8条違反を認定し，アイルランドとキプロスに対して，それぞれの自由制約立法を廃止するよう命じている。

成人間の同性愛行為の処罰が不当な介入であると考えられるようになっても，欧州人権裁判官は長い間，同性愛者と異性愛者との間に同意年齢の差を維持することが正当化されるとしてきた。ところが，ある非拘束的決定において[2]，人権条約委員会はついに，異性愛関係と同性愛関係における同意年齢の差はもはや民主主義社会においては正当化できないと判断した。そしてこのような考え方は，その後2003年に，人権裁判所の二つの判決においても確認された（*LV c. Autriche* および，*SL c. Autriche*）。

現時点での欧州の実定法の状況においては，同意した成人間の同性愛行為の非処罰化は，確定的になったかのように見える。たとえば，欧州人権条約の署名国はすべて，同性愛の非処罰化へと進まなければ，欧州評議会に加盟するこ

とができなくなっている[3]。また，セクシャリティーの平等に好意的な判例の進展も見られるようになっている。すなわち，1997年以降人権委員会は，同性愛関係への同意について異性愛関係と異なる年齢を定めることがもはやいかなる「客観的かつ合理的な」[4]理由によっても正当化されるものではないとしている（2003年のオーストリアに対する決定で確認された考え方）し，さらに，いくつかの，軍隊や家族制度といった実に微妙な領域に関する判決においても，同性愛者をより一層保護しようとする意図が垣間見えているのである。たとえば，長い間軍隊における同性愛行為の処罰は判例によって正当化されてきたものの[5]，1999年のある判決[6]において，人権裁判所は，「提訴者（軍人）の性的嗜好（ママ）の調査も，また（イギリス）国防省の政策に従って彼らが同性愛者であることを理由として免職することも，いずれも人権条約第８条との関係で正当化されるものではない。ゆえに第８条違反が存在した」と決定した。

同様に，1999年12月21日の *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* 事件もまた，欧州判例の新たな進展を示すものである。正面から「家族生活」に関する事案において，欧州人権裁判所は初めて，親権が，同性愛者であり別の男性と生活を共にしていた父ではなく母に与えられたことについて，性的指向[7]に基づく差別があったと判断した。家族生活の侵害と差別とが同時に存在したと判断することによって，人権裁判所は二重の保護を確立したといえる。すなわち，それ以前の考え方とは異なり，同性愛者はこれ以降，その家族生活においても保護されることとなり，抽象的になされる性的指向をめぐるいかなる議論も，家族問題に関して裁判所によってもはや受け入れられることがないことになるのである。子とその同性愛者である父との親子関係がこのように人権条約上保護されることになったとはいえ，養子により無から親子関係を創造することについては，人権裁判所はいまだ消極的である。たとえば，2002年の *Fretté c. France* 事件においては，ストラスブールの判事たちは，フランス国務院が，同性愛者である提訴者が物質的・精神的な適正を備えていたにもかかわらず彼に完全な養子を認めることを拒否したのを認容した。

2003年７月24日，人権裁判所は画期的な判例変更を行った。同性のパート

ナーの死去による賃貸借契約の移転を拒否するためにオーストリア最高裁判所が行った「共同生活」という概念の解釈を否定したのである。ストラスブールの判事たちは，賃貸借契約移転の拒否は私生活の尊重（第８条）の違反にあたり，差別的取扱である（第14条）としたのである。かかる判断は，それが同性愛者をその私的な領域において保護するのみならず，この保護をカップルの生活にまで拡大するものであるという点で，きわめて重要な進歩である。

４．ＥＵ法という拘束的法源

長い間，EU法はゲイとレズビアンの境遇について無関心であった。伝統的には彼らの問題はストラスブールの裁判所によって扱われてきたのである。しかし，1996年４月30日，状況は顕著に変化する。トランス・セクシャルの女性がＥＣ裁判所において[8]，その解雇が性別に基づく差別である[9]と認めさせたのである。性別に基づく差別という概念がトランス・セクシャルを保護するものであるのならば，このような保護がゲイやレズビアン，バイセクシャルにまで拡張されうるということもまた，想像に難くないところである。かかる議論は実際に，両性間の取扱の平等について定めるローマ条約第119条を援用してＥＣ裁判所に提訴したレズビアンの女性，Lisa Grant の弁護士によって主張されたものである[10]。

ＥＣ裁判所の論告担当官は，提訴者の弁護士の議論に従い，性に基づく差別という概念は，性的指向に基づく差別をも含みうるものであるとした。そのうえで論告担当官は，Lisa Grant のおかれた状況を，異性愛者の男性のおかれたそれと比較し，Grant 女史の性が差別の原因であり，彼女がレズビアンであるということが原因ではないと結論づけた。たしかに，もし提訴者が男性であって女性でなければ，彼女はある女性とカップルとして生活していることにより様々な便益を受けることができたはずである。それゆえ，問題はＥＣ裁判所の管轄に属する，性に基づく差別の問題であるということになる。一般的にＥＣ裁判所はその論告担当官の意見に従うが，この Grant 事件においては，その意

見を退け，性に基づく差別ではなく，性的指向に基づく差別が問題となっているという伝統的な分析を採用し，その結果，EC裁判所の管轄には属さない問題であるとした。このようなEC裁判所の解釈は，EC法において，性的指向に基づく差別からの保護のための固有の道具が必要であるということを明らかにしたといえる。そこで1997年10月20日のアムステルダム条約において，次のように定める第13条が設けられたのである。すなわち，「共同体に与えられたその他の権限を妨げることなく，理事会は，委員会の提案に基づき，かつ欧州議会への諮問の後に，全会一致の決定により，性，人種上あるいは民族上の出自，宗教もしくは信条，障害，年齢または性的指向に基づく差別と闘うために，あらゆる適切な行動をとることができる」と。この原則は，雇用の場面において，被雇用者の性的指向に基づくあらゆる形態の恣意的差別を禁じるEC指令[11]においてその適用を見ている。

5．ソフト・ロー（欧州評議会による原則の宣言）

欧州連合レヴェルでは，性的指向による差別に対する保護が正式に制度化されたのはごく最近のことでしかないが，欧州評議会は，かなり以前より多くの原則宣言や勧告を発してきた。1981年7月8日には，評議会は世界保健機構（WHO）に対し，その精神病分類から同性愛を削除するよう勧告する報告書を発表した。その自由主義的な観点は，個人における性的嗜好（ママ）を尊重し「人の平等および人権の保護」を目指したものであった。続いて，1981年の勧告第924号および同性愛者差別に関する決議は，この報告書の提案を部分的に踏襲し，とくに同性愛の非処罰化と非医療対象化とを強調した。

2000年1月16日，欧州評議会の協議総会は，人権条約により定められた「とくに不当な」差別事由のリストに性的指向を追加することが望ましいとする意見を発表した[12]。さらに同じ年，一つの勧告が出され，いまなお同性愛者が犠牲となっている差別の存在を非難し，加盟国に対し，登録制のパートナーシップを定める立法措置などが勧められた[13]。

６．欧州議会の決議

小ヨーロッパのレヴェルにおいては，この問題を扱ってきたのは，なによりも欧州議会である。たとえば，1984年３月13日，欧州議会は労働の場面における性差別に関する決議を採択した[14]。「性」という語は広い意味で用いられており，明示的に同性愛者に対する非差別が謳われている。その二年後，1986年３月13日には，欧州議会は加盟国に対し，その国内立法において，同性愛者に対して差別的なあらゆる法律を廃止し，反差別立法を行うよう求める決議を採択した。また1986年６月11日には，市民としての地位と性的嗜好の平等の原則が国内法によって明確に定められるよう要求している。

1994年２月８日には，ＥＣ内におけるゲイおよびレズビアンの権利の平等についての決議が欧州議会において採択された[15]。この決議は加盟国に対して同性愛行為と異性愛行為における同意年齢を同一にするよう促し，また，ゲイとレズビアンをあらゆる形態の差別から保護し，さらに，同性愛者団体を財政的に援助・助長することを促している。加えて，「同性愛者のカップルに対する婚姻の禁止に終止符を打つこと，あるいは異性愛者のカップルと同様の法規定を適用すること，および，ゲイとレズビアンに対する，親となる権利あるいは養子を行いもしくは子を育てる権利のあらゆる制限に終止符を打つこと」をも提案している。

以来，欧州各国およびブリュッセルの欧州委員会に対して，ゲイおよびレズビアンの人権を侵害するあらゆる法規定のすみやかな廃止，とりわけ，同性愛関係について異性愛関係と異なる同意年齢を定める規定の廃止を求める勧告や決議，さらに，加盟候補国の加盟交渉に際して同性愛者の権利保護を考慮するよう求める勧告等が数多く採択されている[16]。

性的指向が差別の理由として禁止されたものとして扱われることは，同性愛の非処罰化の過程における欧州人権裁判所の活動，および欧州評議会による原則の宣言によって特徴づけられる，裁判的および政治的第一段階を閉じるもの

であるように思われる。

残された問題は，欧州連合が差別の領域において将来いかなる権限を持つに至るかということである。雇用に関しては，欧州連合の権限は明確に定められたものの，その他の領域（サービス，教育，家族，健康，居住など）においては，いまなお欧州連合は加盟国と権限を共有しているからである。

国内立法の進展に沿って，また，欧州の国家レヴェルもしくは非政府組織全体の相互活動により，法体系および政治的アクションが今後も作られ続けていかねばならない。2004年６月に採択された欧州連合の新しい憲法条約は，設立諸条約および基本権憲章の権利保護規定を踏襲している。

歴史的には大ヨーロッパが小ヨーロッパに影響を及ぼしてきたとはいえ，後者はこれ以降，加盟25ヶ国のみならず，欧州大陸全体のために真の政治的アクションの原動力となっていくことであろう。

1　Arrêt *Dudgeon c/ Royaume Uni et Irlande du Nord*, Série A n° 45.

2　*Sutherland c/ Royaume-Uni*, 1 juillet 1997.

3　ルーマニアの欧州評議会加盟申請に対する協議総会の1993年第176号意見。

4　*Sutherland* 事件は欧州判例のターニングポイントであった。この事件において初めて，同性愛者の問題が，プライヴァシーの問題としてではなく，平等の観点から扱われたからである。

5　1983年10月12日の決定において，人権委員会は，同意した男性間における私的領域での同性愛行為の処罰が私生活尊重の権利に対する介入となるとしても，21歳以上という同じ年齢の軍人については，このような介入は道徳および秩序の維持のために必要なものと考えられる，とした。

6　*Smith et Grady c Royaume-Uni*。また *Lustig-Frean et Beckett c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1999　においても，裁判所は同じ結論を下した。

7　この概念について裁判所は，「条約第14条によってカヴァーされていることが疑いない概念」とした。

8　*P. c/S. Cornwall Country Council.*

9　それゆえ労働の領域における平等に関するＥＣ指令76/207号に対する違反であるとされた。

10　同様の議論は，英国海兵隊の被用者であるゲイの男性が性別に基づく差別を訴え，ＥＣ指令76/207号（解雇条件についての差別に関するもの）の適用を求めた際に，その弁

護士によっても主張された。

11　2000年11月27日のＥＣ指令2000/78号。この指令はフランスの立法を完成させるものでもある。指令の要求する主な措置は，2001年11月16日の反差別法（loi n° 2001-1066）および精神的ハラスメントを禁じる2002年１月17日の法律（loi n° 2002-73）によってとられている。これら二つの法律は諸法典に編入されている（主として労働法典に，また一部は刑法典に）。

12　Avis n° 216（2000）。欧州人権条約第12追加議定書案。

13　欧州評議会加盟国におけるレズビアンとゲイのおかれた状況に関する勧告1474号（2000）。

14　*J.O.* n° C 104 du 16-4-84, p. 46.

15　A3-0028/94, *JOCE* du 28 février 1994.

16　*JOC* 320 du 28/10/1996, p. 36; *JOC* 320 du 28/10/1996 p. 197; *JOC* 132 du 24/4/1997, p. 31; *JOC* du 16/3/1998，および欧州連合におけるゲイおよびレズビアンの権利の平等に関する1998年12月17日の決議 B4-824 et 0852/98。

監修者・編者紹介

監修者＝編者

辻村みよ子　東北大学大学院法学研究科教授（憲法学専攻）
主著：『人権の普遍性と歴史性』（創文社，1992年）
『女性と人権』（日本評論社，1997年）
『市民主権の可能性—21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』（有信堂，2002年）
『比較憲法』（岩波書店，2003年）
『憲法（第2版）』（日本評論社，2004年）
『ジェンダーと法』（不磨書房，2005年）

編者

山元　一　東北大学大学院法学研究科教授（憲法学専攻）
主著：『憲法学説に聞く　ロースクール・憲法講義』（共編著，日本評論社，2004年）
ルイ・ファヴォルー『憲法裁判所』（山元訳，敬文堂，1999年）
「《法》《社会像》《民主主義》—フランス憲法思想史研究への一視角(1)～(5・完)」『国家学会雑誌』106巻1·2号～107巻9·10号（1993年～1994年）
Révision de la Constitution, pacifisme et droits fondamentaux au Japon, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 24, 1995
「《一にして不可分の共和国》の揺らぎ——その憲法学的考察」『日仏法学』22号（2000年）

ジェンダー法・政策研究叢書　第3巻
ジェンダー法学・政治学の可能性
——東北大学COE国際シンポジウム・日本学術会議シンポジウム——

© M.Tsujimura, H.Yamamoto 2005

2005年4月30日　第1刷発行

監修者／辻村みよ子
編　者／辻村みよ子・山　元　一
発行者／久　道　茂
発行所／東北大学出版会
〒980-8577　仙台市青葉区片平2-1-1
TEL：022-214-2777
FAX：022-214-2778
http://www.tups.jp
E-mail：info@tups.jp
郵便振替：02230-8-11960

印　刷／株式会社小松印刷所
〒990-0821　山形市北町2丁目7番11号
TEL：023-684-2735

ISBN　4-86163-009-6　C3330
定価はカバーに表示してあります。
乱丁，落丁はおとりかえします。