

性的マイノリティの親子関係と人権

——ヨーロッパ人権条約の判例から学ぶ——

谷 口 洋 幸

- I はじめに
- II 性的マイノリティと親子関係
- III 国際人権法と親子関係
- IV ヨーロッパ人権条約の判例
- V 若干の考察
- VI おわりに

I はじめに

一九八九年、デンマークで登録パートナーシップ制度が導入されて以降、世界各国で同性どうしのパートナー関係を法的に認知し、制度的な保障を整備する動きが続いている。二〇〇一年にはオランダが同性どうしにも婚姻を認め

性的マイノリティの親子関係と人権（谷口）

るに至り、二〇二〇年六月現在、二八の国と地域において婚姻する相手方についての性別による制限が撤廃された⁽¹⁾。日本では二〇一五年に東京都の二つの自治体が同性どうしのパートナーシップの認証制度を導入して以降、同様の制度を設ける自治体は五〇を超え、これには札幌市、大阪市などの指定都市や茨城県、大阪府などの広域自治体も含まれている⁽²⁾。二〇一九年には婚姻の性別による制限を撤廃する「婚姻平等法案」が衆議院に提出されたものの⁽³⁾、本格的な議論は始まっていない。

性別による婚姻の制限をなくしていくことは「世界的潮流」と表現されることがある。この表現は正しさを欠く。宗教的な禁忌を介して、婚姻はおろか、同性どうしの性的関係を刑事処罰の対象とする法規定（ソドミー法）をもつ国は、現在でも約七〇カ国にのぼる⁽⁴⁾。国連加盟国一九三カ国から比すれば、実数的にはこちらの方が根強い多数派である。確かに、性別による婚姻の制限を撤廃した国々にも、かつてはソドミー法があり、それが撤廃された上で、現在の状況に至った経緯がある⁽⁵⁾。しかし、このような法政策の「発展」は、すべての国に妥当しうるものでもない。

各国の多様な状況に鑑み、国連は、二〇一〇年頃から、これらの問題に通底する取り組みを本格化させた。その基礎となるのが、人権の視点である。二〇一一年、国連人権理事会は「性的指向・性自認と人権」決議を採択し、その方向性を明確にした⁽⁶⁾。もともと、性的指向・性自認に関する人権保障の取り組みに反対する意見も根強い。今日、国連の場において直接的に性的マイノリティへの嫌悪感や否定的見解を示す加盟国は少ない。反対意見の多くは、伝統的価値や家族の保護、あるいは「女性」の権利保護という、一見すると人権間の調整や段階的な議論を喚起する形で主張されている。伝統的な婚姻観や家族観の保護、子どもの権利の擁護といった主張がその典型例である⁽⁷⁾。これらは国連の場に限らず、日本を含めた国内法政策の議論にもみられる主張である⁽⁸⁾。

本稿では、ヨーロッパ人権条約の判例を素材として、性的マイノリティの親子関係について、人権の視点から考察する。まず、性的マイノリティがかかわる親子関係のあり方を概観した上で、具体的にどのような人権が関連しうるか整理する。その後、ヨーロッパ人権条約のもとで争われた性的マイノリティの親子関係に関する判例の変遷をたどり、子の最善の利益がもつ意味を中心に若干の考察を加える。

II 性的マイノリティと親子関係

1 論争の的として

性的マイノリティに関連する法政策において、親子関係はひとつの重要な論争の的となる。法政策の実現そのものに消極的な立場だけでなく、性的マイノリティの権利保障に積極的な立場からも、親子関係については慎重な見解が示されることも珍しくはない。

たとえば、同性どうしのパートナー関係の法的保障の議論では、制度の枠組みに親子関係を含めるか、また、含めるならば権利義務をどこまで盛り込むかが争点となる。各国におけるパートナー関係の法的保障は、事実婚としての保護から、特別な枠組みによる制度的保障、そして性別による婚姻の制限の撤廃へと進んできた⁽⁹⁾。ただし、この共通点はパートナー関係に着目したものであり、親子関係が同時に法的保障の対象となってきたわけではない。性別にもとづく婚姻の制限を撤廃する段階へと至っても、親子関係については、なお同性どうしのパートナー関係と差異があることも多い⁽¹⁰⁾。

また、出生時に登録された性別を変更する際、生殖能力の放棄ないし機能喪失が要件として規定される例は多い。生物学的に父子としての繋がりをもち法律上の母、またはその逆の親子関係は、従前の法政策において想定されていない。伝統的家族観の保護や子にとつての性別指標の「混乱」なども、当該要件の理由となってきた。日本法のように、未成年の子がいることも性別変更の不許可事由となるなど、トランスジェンダーがかかわる現実の生活実態を度外視し、その親子関係を徹底的に忌避する立場もある。¹¹⁾

2 親子関係と生物学的つながり

このように、性的マイノリティに関連する法政策において親子関係が論争的となるのは、親子関係が、男性と女性それぞれの配偶子を用いて受精、妊娠および出産すること、すなわち、パートナー関係にある両者と生物学的つながりのある子を出発点として想定していることに由来する。性的マイノリティの場合、一部の状況を除いて、基本的にはパートナー関係の間だけでの自然生殖により、両者と生物学的な繋がりがあつた子をもつことは想定しづらい。

たとえば、シスジェンダーの女性¹²⁾し、または男性¹³⁾どうしのパートナー関係の間での自然生殖は、現時点で利用可能な医学水準にもとづけば、不可能である。この点、第三者の精子提供をうけること、または、代理懐胎を通じて子をもつことは可能であるが、生物学的な繋がりは一方当事者のみとなる。また、バイセクシュアル女性／男性の場合などでは、以前の異性ととのパートナー関係の間で、子をもうけている—いわゆる「連れ子」がいる—こともあるが、こちらも現在のパートナーとの生物学的繋がりは生じない。

トランスジェンダーの女性／男性が、性自認にもとづく生殖機能を獲得することは、現時点で利用可能な医学水準

にもとづけば、不可能である。出生時から有している生殖機能が残されていれば、自然生殖ないし自らの配偶子を用いた人工生殖により両者と生物学的な繋がりのある子をもつことは可能だが、これはパートナーが他性の生殖機能をもつ場合に限定される。また、従前の生殖機能が残されている場合には、第三者の精子提供や代理懐胎を通じて、子をもつこともできるが、この場合、生物学的な繋がりは一方向当事者のみとなる。

もつとも、パートナー関係にある一方のみと生物学的つながりをもつ、あるいは両方と生物学的つながりをもたない親子関係は、性的マイノリティではないシスジェンダーの男女間でも生じうる。シスジェンダーの男女のパートナー関係におけるこれらの親子関係については、様々な議論がありつつも、一定の法的保障が実現してきた。生物学的つながりをもたない親子関係という点について、論理的にみれば性的マイノリティもこの議論の系譜で論じうるが、他方で、観念的な妊娠不可能性のみを根拠に、区別して論じる傾向もある。

もちろん、パートナー関係にない性的マイノリティの単身者が生物学的つながりのある子をもつ／子がいる場合もある。妊娠する側の身体機能をもつ者が第三者の精子提供により子をもつ場合や、「連れ子」がいる場合などである。これもシスジェンダーかつヘテロセクシユアルの単身者と同じ系譜で論じられそうだが、後に検討するとおり、殊更に「子の最善の利益」が議論される傾向もある。

3 法的な親子関係の創設

生物学的つながりがない場合にも、各国の法政策は、法的な親子関係の創設を予定している。養子縁組がその代表例である。性的マイノリティの親子関係について、養子縁組は、主に次の三つの場面で論争の的となる。⁽¹⁴⁾

一つめは単独養子 (individual adoption)、すなわち、単身者として養子縁組をする場合である。国内法が単身者による養子縁組を認めている場合、養親の性的指向ないし性自認は、縁組の可否の判断する基準となりうるかが問題となる。

二つめは「連れ子」養子 (second-parent adoption)、すなわち一方パートナーの「連れ子」と他方パートナーが養子縁組をする場合である。一方パートナーの「連れ子」には、たとえば、バイセクシュアル女性／男性が以前の異性とパートナー関係で生まれた子、単身者として養子縁組した子、第三者の精子提供により生まれた子などが含まれる。特に、養子縁組は父母一人ずつを前提としている場合が多いため、パートナー関係にある両者の法律上の性別の変更可能性や、同性どうしのパートナー関係の制度的保障の有無と密接に関連した争いとなる。

三つめは共同養子 (joint adoption)、すなわち、同性どうしのパートナー関係のもとに養子を迎える場合である。異性どうしのパートナー関係に認められている養子縁組が、同性どうしのパートナー関係にも認められるかが争点となる。ここでいう異性・同性は法律上の性別の関係性であるため、一方がトランスジェンダーであるパートナー関係では、性別の変更可能性や性別による婚姻制限の有無も関連してくる。また、いずれの場合にも、パートナー関係にある両者の国籍が異なる場合や外国から養子を迎える事案など、他にも複数の要素から交差的な影響が生じることに注意が必要である。

Ⅲ 国際人権法と親子関係

1 親子関係に関連する権利

国際人権法において、親子関係と人権に関連する実体的権利は、主に三つあげられる。⁽¹⁵⁾ 家族生活 (family life) の尊重をうける権利、家族を形成する (found a family) 権利、および、子どもの権利である。

(1) 家族生活の尊重をうける権利

家族生活の尊重をうける権利は、私生活の尊重をうける権利／プライバシーの権利⁽¹⁶⁾に含まれている。一九四八年に国連総会において採択された世界人権宣言⁽¹⁷⁾の二二条、一九六六年に採択された自由権規約 (市民的・政治的権利に関する国際規約)⁽¹⁹⁾の二七条⁽²⁰⁾がこれにあたる。本稿が素材とするヨーロッパ人権条約 (人権および基本的自由の保護のための条約)⁽²¹⁾は八条において、次のように規定する。

「一 すべての者は、その私生活および家族生活 (family life)、住居および通信の尊重をうける権利を有する。

二 この権利の行使については、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干渉 (interference) もあつてはならない。」

そもそも、家族 (family) という概念は「歴史的、社会的および法的に所与のものではない」⁽²²⁾。家族生活の尊重をうける権利は、第一義的に国家には不当な介入を控えることを義務づける (消極的義務)。ただし、個々人が望んでいる平穏な家族生活を営むためには、法律や制度による一定の介入も必要となる。このため、家族生活の尊重をうける権利に実効性をもたせるべく、国家が具体的な措置を講じることと求められる (積極的義務)。「家族」という文言は、……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⁽²³⁾とされ、ヨーロッパ人権条約のもとでは、たとえば、婚外子の親子関係⁽²⁴⁾、養育者と被養育者の関係⁽²⁵⁾、同居の事実がない親子・兄弟姉妹の関係⁽²⁶⁾、叔父叔母と甥姪の関係⁽²⁷⁾などが、八条の家族生活に位置づけられてきた。

(2) 家族を形成する権利

家族を形成する権利は、婚姻する権利において規定されている。世界人権宣言一六条一項・三項⁽²⁸⁾、自由権規約二三条一項・二項⁽²⁹⁾などがこれにあたる。ヨーロッパ人権条約は一二条において、次のように規定する。

「婚姻をすることができ年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って婚姻をしかつ家族を形成する権利を有する。」

この権利には、他の権利規定にはみられない二つの特徴がある。ひとつは、家族を形成する権利が婚姻する権利と関連づけられており、その婚姻が「男女 (men and women)」を享有主体としている点である。他の権利規定は「すべ

ての人 (everyone)] や「何人も (no one) 」といった文言が用いられているため、意図的な文言の選択と解されている。⁽³⁰⁾ もっとも、家族生活の尊重をうける権利と同じく、「家族の概念は何らかの点において国により異なり、一国内でも地域ごとに異なりうるため、概念に標準的定義を与えることは不可能」である。そこで関連するのが、この権利のもつもうひとつの特徴、すなわち、国内裁量が広く認められている点である。他の権利規定には存在しない「権利を規制する国内法に従って (according to the national laws governing the exercise of this right) 」という制約事由が、その特徴をあらわしている。自由権規約についても、「人の集団 (a group of persons) が、国の法令および実行において家族とみなされる場合、二三条の保護を与えられなければならない」⁽³¹⁾ (強調筆者) と解されている。

(3) 子どもの権利

一九八九年に採択された子どもの権利条約⁽³²⁾は、子どもを保護の対象から権利行使の主体へと位置づけ直した。条約の四つの一般原則のうち、二条の差別の禁止は「児童⁽³⁴⁾又はその父母若しくは法定保護者の人種、皮膚の色、性、……出生又は他の地位」⁽³³⁾ (強調筆者) にもとづく差別の禁止を規定する。また、三条の子の最善の利益 (the best interest (s)) は、明示されていない条文も含め、すべての権利に通底する原則である。⁽³⁵⁾ 九条 (子の分離)、一八条 (親の責任)、二〇条 (家庭環境を奪われた子)、二一条 (養子縁組) などの親子関連の権利規定でも追加的に明記されている。一九七九年に採択された女性差別撤廃条約⁽³⁶⁾が、親子関係に関連する五条二項 (家庭教育の共同責任) および一六条一項d号 (子についての同一の権利) において、子の利益は「最初に考慮する (primordial consideration) 」「至上である (paramount) 」と規定していることも合致する。

本稿が素材とするヨーロッパ人権条約には、自由権規約二四条のような子どもの権利に関する実体的権利は規定されていない。しかしながら、後にみるとおり、子の最善の利益は親子関係の事例において、最優先の考慮事項として用いられてきた。

2 性的指向・性自認にもとづく差別禁止

上述の三つの実体的権利に関連して、差別禁止規定も重要である。性的マイノリティと性的マジョリティは、主に性的指向 (sexual orientation) や性自認 (gender identity)³⁷⁾、ジェンダー表現 (gender expression)、身体の性的特徴 (sex characteristics) にもとづいて区別される概念である。しかしながら、世界人権宣言や自由権規約および社会権規約、その他の各種人権条約の差別禁止規定に、これらの文言は差別禁止事由として明記されていない。ヨーロッパ人権条約一四条も例外ではない。

「この条約に定める権利及び自由の享受は、性 (sex)、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、少数民族への所属、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしに、保障される。」

国際人権法に規定される差別禁止事由は、日本国憲法と同様に、網羅列举ではなく例示列举である。今日、性的指向は「性 (sex)」または「他の地位等 (or other status)」に含まれることが、条約機関等の解釈実践により確立してい

る。⁽³⁸⁾「性」という言葉は、広義に捉えれば、身体的・生物学的な意味における性別の差異だけでなく、社会や文化により規定される性別のあり方の差異 (gender) や性に関する行動や欲求のあり方の差異 (sexuality) などが含まれる。また、例示列挙であることを端的に示している「他の地位等」から、「性 (sex)」への該当性を判断するまでもなく、性的指向を差別禁止事由に含める解釈もみられる。⁽³⁹⁾ いずれにせよ、差別禁止事由に性的指向が含まれることに争いの余地はない。⁽⁴⁰⁾ 性自認も差別禁止事由に含まれるものと解されているが、条約機関等の解釈実践はそれほど多くない。⁽⁴¹⁾ 性自認は、性的指向とは異なり、国連人権理事会における議論を通じて、差別禁止事由としての地位を確立したものである。⁽⁴²⁾

性的指向や性自認は、人格の最も内面的な部分 (a most intimate part) ⁽⁴³⁾ であり、関連する権利および自由は最大限かつ実効的 (effective) に尊重されなければならない。⁽⁴⁴⁾ このため、性的指向や性自認のみにもとづいて処遇に差異をもうける場合、関連する権利および自由の享有の制約には特に説得的かつ重大な理由 (particularly convincing and weighty reason) が示されなければならない。⁽⁴⁵⁾ 性的指向や性自認にもとづいて権利および自由を制約する目的としては、たとえば、他者とりわけ未成年者の心理的発達に与える影響や否定的な感情をもつ人々が抱く拒否感・拒絶感への配慮、⁽⁴⁷⁾ 伝統的な意味における家族概念の保護や子の利益の保護などがあげられてきた。⁽⁴⁸⁾ これらの目的には一定の正当性が認められてきた。ただし、いずれの目的も抽象度が高く、当該目的を達成するために採りうる手段は多岐にわたる。⁽⁵⁰⁾ したがって、性的指向や性自認にもとづく処遇の差異については、選択された手段が目的を達成するために必要不可欠—その手段を用いなければ目的が達成できない—と立証されない限り、条約上で禁止されている差別と認定される。特に性的指向や性自認のみを理由とする権利および自由からの全面排除 (blanket exclusion) は、主にこの目

的と手段の比例性の観点から、差別と認定される傾向がある。

IV ヨーロッパ人権条約の判例

1 家族生活への該当性

性的マイノリティに関する判例の中で、八条に規定される家族生活には性的マイノリティの關係性は含まれないとの判断が続いていた。⁽⁵¹⁾しかしながら、親子關係が介在している事例では、家族生活への該当性が早くから認められてきた。

たとえば、一九九七年のX Y Z対イギリス事件判決⁽⁵²⁾では、八条には事実上の家族の多くが含まれうるとの原則に照らして、次のように三人の關係が家族生活に該当することが認定された。

「Xは性別適合手術を終えたトランスセクシュアルである。彼は一九七九年以降、あらゆる面でYのパートナーの男性として生活してきた。Yの妊娠・出産のためのA I D治療は二人で申請し、承認されている。Xはその全過程に関与し、Zの誕生後からあらゆる場面で『父親』として行動してきた。これらの状況から、当裁判所は、事実上の家族としての繋がりが三人の申立人には存在するものと考える。(強調筆者)」(Para. 37)

ただし、本件で家族生活への該当性が認定されたのは、XとYが外形的には異性どうしのパートナー關係として、

父性・母性指標それぞれにもとづく親子関係を構築していたことが前提となっている。事実、申立人らもXは出生時に女性として登録されたものの、現在は身体的にも男性となっており、YとZに財政的・情緒的な支援を行っているとして、自らの関係性が伝統的家族に当てはまることを主張していた。⁽⁵³⁾ これをもとに家族生活の存在を認め裁判所の解釈論理は、外形上も同性どうしのパートナー関係そのものが家族生活の概念から排除されてきたことと照らし合わせる、家族概念に含まれる異性愛規範を浮き彫りにするものであった。⁽⁵⁴⁾

もつとも、シスジェンダーの同性どうしのパートナー関係と一方パートナーの子との関係について、たとえば一九九二年のケルクホーフエン・ヒンケ・ヒンケ対オランダ事件⁽⁵⁵⁾では、大人二人の関係は八条の家族生活に該当しないと述べつつ「法そのものは申立人三人が家族として (as a family) 生活することを妨げてはいない」とも位置づけている。明確な該当性の認定とはいえないものの、親子関係の事例を八条の家族生活と捉える傾向をなぞる解釈ともとらえられる。一九九九年のモウタ対ポルトガル事件判決^(後述)では、離婚後の子の監護に関する争いについて、当該親子関係は八条の家族生活に該当するとの前提で解釈が展開されている。

なお、二〇一〇年のシャルク・コップ対オーストリア事件判決⁽⁵⁶⁾において、シスジェンダーの同性どうしのパートナー関係が八条の家族生活に該当することが認められて以降、パートナー関係・親子関係ともに、家族生活への該当性に関する争いはなくなっている。⁽⁵⁷⁾

2 親の性的指向・性自認

八条の家族生活の尊重について、一九九九年のモウタ対ポルトガル事件⁽⁵⁸⁾では、離婚後の子の監護権の決定に親の性

的指向を考慮することの正当性が問われた。性的指向は「私生活の最も内面的な事項 (a most intimate aspect)」であり、その領域への介入には「特に深刻な理由 (particularly serious reasons)」がなくてはならない。⁽⁵⁹⁾ 本件の四ヶ月前に下されたラスティック・ブリン・ベケット対イギリス事件およびスミス・グレディ対イギリス事件では、性的指向に関する尋問や性的指向のみを理由とする軍隊からの除隊が、人種、出自、皮膚の色の違いに対する否定的態度と同様のものとして八条の権利侵害が認定されていた。⁽⁶²⁾ 両事件において裁判所は、性的指向のみを理由とする権利の制約には、「特に説得的かつ重大な理由 (particularly convincing and weighty reason)」の立証を求めている。⁽⁶³⁾ モウタ対ポルトガル事件判決は、直接的に両事件に触れていないものの、基本的には同じ論理構造のもとで八条に関する一四条⁽⁶⁴⁾の権利侵害を認定した。

「……「リスボン控訴裁判所がモウタの監護権を否定した」判決は、政府が主張するような単なる言葉足らず (clumsy) ないし遺憾なもの、ないし、単純な傍論からは程遠く、むしろ真逆のものとして、申立人の同性愛が最終結論の決定的要因であったことを示している」⁽⁶⁵⁾

「したがって当裁判所は、「リスボン」控訴裁判所が申立人の性的指向に関する考慮にもとづいて区別をしており、その区別は条約のもとで容認しえないものと言わざるを得ない」⁽⁶⁶⁾

また、性自認についても一四条の差別禁止事由に含まれるとの解釈がみられる。同じく離婚後の子の監護が争われたP.V.対スペイン事件⁽⁶⁷⁾において、裁判所は次のように述べた。

「……本件において問題となっているのは性的指向ではなく、性別違和 (dysphorie de genre) である。申立人はトランスであること (la transsexualité) は間違いなく一四条の範疇にあると主張しており、当裁判所も『等によるいかなる理由 (notamment)』の文言に示されるとおり、一四条は網羅列举ではなく例示列举であることを再確認する。」(para. 30)

裁判所は本件において、はじめて性自認ないし性別違和やトランスであることにもとづく処遇の差異を一四条の文脈に明確に位置づけたことは注目に値する。もともと、本件はモウタ対ポルトガル事件判決に示された解釈論理に沿って、申立人P.V.の性自認が子の監護に関する判断の決定的要因ではなかった——P.V.の情緒的不安定や養育意思の欠如などが理由であった——ことから、事件は不受理扱いとなった。仮に、申立人の性自認が決定的要因であった場合、性自認にもとづく差別として八条に関する一四条の権利侵害が認定されていた可能性は高い。

関連する論点として、自らの子をもつこと、すなわち生殖能力に関する争点も確認しておきたい。法律上の性別変更の要件として、かつて多くの国では当然のように生殖能力の喪失が求められていた。一九九七年のレーツハイム対ドイツ事件⁽⁶⁸⁾ではこの要件の権利侵害が争われたが、申し立ては不受理であった。しかし、二〇一五年のYY対トルコ事件判決⁽⁶⁹⁾では性別適合手術の認可要件としての生殖不能が、また、二〇一七年のA.P.・ギヤルソン・ニコ対フランス事件⁽⁷⁰⁾では出生証明書の性別変更のために生殖能力の剥奪が実質的な要件となることが、それぞれ八条の権利侵害にあたると認定された。後者の判決では、意に反する生殖能力の剥奪は三条の「拷問または非人道的もしくは品位を傷つける取扱い」に該当することも指摘されている⁽⁷¹⁾。人がもつ生殖能力は、性自認にかかわらず、すべての人に

とって身体の一体性 (integrity) に係る重要な権利として保護される。生殖能力の保持を八条のもとで権利として認識しつつ、子の最善の利益などの視点から、性自認のみを理由として子をもつこと、その子と平穩に生活する権利の制約を正当と解するならば、それは解釈上の深刻な論理矛盾となる。

3 養子縁組

ヨーロッパ人権条約において養子縁組についての権利規定は存在しない。八条は第一義的に現にある家族生活への不当な介入の排除や実効的尊重のための措置を締約国に義務づけており、養子縁組についての権利を八条そのものから導き出すこと難しい⁽⁷²⁾。家族を形成する権利が一二条に規定されているものの、先に述べたとおり、同権利の行使は「規制する国内法に従」うとの制約から、広い国家裁量が認められている。

以下、先述の三つの争点ごとに判例をみていく。

(1) 単身者による養子縁組

単身者による養子縁組は、二〇〇二年のフレテ対フランス事件⁽⁷³⁾および二〇〇八年のEB対フランス事件⁽⁷⁴⁾において争われた。いずれも対フランス事件であることからわかるとおり、後者は前者の判断を覆したものである。フランスでは単身者でも養親となることができ、養子縁組のためには事前承認が必要となる(家族社会福祉法六三条)。両事件では性的指向を理由とする養子縁組の不承認について、八条に関する一四条の権利侵害が争われた。

いずれの事件も八条には養子縁組についての権利が明記されないという前提のもと、国内法が単身者による養子

縁組を認めている以上、その事前承認の手続きは八条に関連することを認定した。E B対フランス事件判決において裁判所は次のように述べ、一四条の検討へと移っている。

「国が八条のもとで課せられる義務を超えて「単身者による養子縁組の」権利を創設している場合、その権利の適用について、一四条の意味における差別的措置を用いてはならない。」(para 49)

二つの事件において、国内裁判所が養子縁組を不承認とした理由は異なる。フレテ対フランス事件では申立人の生活様式、すなわちフレテが自らの性的指向を公言して生活していることが決定的理由であった。⁽⁷⁵⁾一方、E B対フランス事件では父親指標の不在およびパートナーの無関心な態度の二つが不承認の理由とされていた。⁽⁷⁶⁾モウタ対ポルトガル事件判決が性的指向のみを理由とする処遇の差異を原則として八条に関する一四条の権利侵害に位置づけたことに鑑みれば、むしろフレテ対フランス事件こそ、性的指向のみを理由とした不承認の事案である。にもかかわらず、権利侵害が認定されたのがフレテ対フランス事件ではなく、E B対フランス事件だったことは、両判決をさむ六年間において、裁判所の性的指向にもとづく差別への態度変化を示している。このことは、フレテ対フランス事件で権利侵害を否定する根拠のひとつとなったヨーロッパ共通基準について、E B対フランス事件判決がその点には触れず、特に説得的かつ重大な理由の立証が不十分であることを理由に権利侵害を認定した部分にも表れている。⁽⁷⁷⁾

また、E B対フランス事件判決は父親指標の不在を理由とする不承認について、次のように述べている。

「……国内機関が養子縁組の承認を求めている家庭内の父親または母親指標の不在に依拠すること自体に問題はない。しかし、その理由は、単身者が養子縁組の承認を求める権利を有名無実化する危険がある……。このような理由は、申立人の承認申請の恣意的な拒絶に繋がり、申立人の同性愛にもとづく不承認の口実にされたといえる。」(Para. 73)

父親指標または母親指標の不在は、フレテ対フランス事件でも国内裁判所が申立人の生活様式がもつひとつの要素としてあげられていた。⁽⁷⁸⁾単身者による養子縁組を認めておきながら、父親指標または母親指標の不在を理由に事前承認を拒否することは明らかな矛盾である。「異性指標の要求が、現実には異性愛指標要求として機能していた⁽⁷⁹⁾」ことを鋭く指摘した同判決は、子の最善の利益への考慮によって隠されがちな同性愛嫌悪を白日のもとに晒した点において重要な意味をもつ。

(2) パートナーの子との養子縁組

パートナーの子との養子縁組が争われた二つの事件では異なる判決が下された。二〇一二年のガ・デュボア対フランス事件⁽⁸⁰⁾判決では八条に関する一四条の権利侵害が否定され、翌年のXほか対オーストリア事件⁽⁸¹⁾判決では一部の権利侵害が認定されている。ただし、結論を先取りすれば、二つの判決の論旨は同じものである。

二〇〇二年のフレテ対フランス事件判決でも確認されたとおり、養子縁組そのものは八条から直接導き出される権利ではない。しかし、国内法が養子縁組を認めている以上、それは八条の範疇に含まれ、したがって、性的指向にも

とづく処遇の差異は一四条の審査に服することとなる。両事件はこの前提を共有する。

判決の結論における差は、二人目の親としての養子縁組が、ガ・デュボア対フランス事件では婚姻関係のみに、Xほか対オーストリア事件では婚姻関係だけでなく、異性どうしの非婚関係にも認められていたことに由来する。ガ・デュボア対フランス事件において、裁判所は次のように述べる。

「……一一条は同性どうしのカップルによる婚姻の利用を保障することを締約国に義務づけていない。同性どうしで婚姻する権利は、八条に関する一四条から導き出せるものでもない。」(para 66)

「婚姻は、その関係にある者に特別の地位 (special status) を与えるものであり」、……婚姻する権利の行使は一二条の保護をうけ、社会的、人的および法的効果を生じさせる。……したがって、二人目の親としての養子縁組について、申立人の法状況は婚姻関係の者と比較可能な状況とはいえない。」(para 68)

この見解はXほか対オーストリア事件判決でも踏襲⁽⁸²⁾され、異性どうしの婚姻関係との処遇の差異については、八条に関する一四条の権利侵害は否定された。両判決は、同性どうしのパートナー関係について、異性どうしの婚姻関係を比較対象とすることは、少なくとも現時点での国際人権法上、「予め敗北を運命づけられた戦略である」⁽⁸³⁾ことを示している。

ガ・デュボア対フランス事件の当時のフランスでは、婚姻関係に認められる二人目の親としての養子縁組が異性どうしの非婚関係には認められておらず、この点の同性どうしのパートナー関係との比較は、むしろ八条に関する一四

条の権利侵害を否定する根拠となっていた。⁽⁸⁴⁾一方、Xほか対オーストリア事件当時のオーストリアでは、婚姻関係だけでなく、異性どうしの非婚関係でも二人目の親としての養子縁組が可能であったため、裁判所は比較軸を次のように慎重に限定した。

「……裁判所は同性どうしのカップルにおける二人目の親としての養子縁組の問題そのものを取り扱うことは求められておらず、まして、同性どうしのカップルによる養子縁組の問題についてでもない。判断すべきは、二人目の親としての養子縁組に関して、非婚の異性どうしのカップルと同性どうしのカップルの間にある差別という狭く限定された問題である。」(para. 134)

Xほか対オーストリア事件において注目すべきは、この比較において、いわゆる間接差別 (indirect discrimination) の視点をういた点にある。

「……同性どうしのカップルにおける二人目の親としての養子縁組は法律的に不可能である。これは養親となる者が同性の生物学的親に置き換わるとする民法一八二条二項に由来する。……したがって、養子縁組は、生物学的親である第三申立人との関係に加えて第一申立人〔＝第三申立人の同性パートナー〕と第二申立人〔＝第三申立人の子〕の間の親子関係を創設する形では機能しえない。一見すると中立的 (neutral) であるが、民法一八二条二項は同性どうしのカップルにおける二人目の親としての養子縁組の余地を与えてない。」(para. 114)

「……民法一八二条二項は、暗黙にであれ、同性どうしのカップルによる二人目の親としての養子縁組の絶対的禁止 (absolute prohibition) を含んでいる。」 (para. 142)

養子縁組の法規定が親の性別について男女一人ずつしか想定していない場合、同性どうしのパートナー関係の排除を意図せずとも、その効果として、同性どうしのパートナー関係は全面的に排除される。裁判所は、二人目の親としての養子縁組から同性どうしのパートナー関係を「排除することについて、特に説得的かつ重大な理由」⁽⁸⁵⁾が示されていないと判断し、八条に関する一四条の権利侵害を認定した。異性どうしの関係性に限定する理由ではなく、同性どうしの関係性を全面的に排除する理由の立証を求めた同判決は、性的指向にもとづく処遇の差異に高い正当性を要求するものである。

ただし、この判断過程において「伝統的意味における家族の保護 (the protection of the family in the traditional sense)」という制約が「重大かつ正当 (a weighty and legitimate)」な理由にあたると位置づけられた点は注視すべきである。EB対フランス事件判決でも裁判所は、表現こそ違うものの、父親指標および母親指標の不在による養子縁組の不承認そのものは問題ではないとの立場を示していた。その上で、EB対フランス事件判決は単身者による養子縁組を認める法制度との矛盾をつき、八条の権利侵害を認定したのである。Xほか対オーストリア事件では、異性どうしの非婚関係に限定することは「生物学的家族の再形成 (recreating biological family)」のためだとする政府の主張に対して、登録パートナー制度のもとで実質的に同性の二人の親と子による家族形成を認めていることと矛盾する点が、絶対的禁止という手段の比例性に疑問をはさむ根拠となっていた。いずれも、子の最善の利益に直結する形で言

及されおり、「法律上の両親は異性たならねばならないという要求一般の合理性⁽⁸⁶⁾」を前提としているものと推察できる。

(3) パートナーと共同での養子縁組

現在まで、同性どうしのパートナー関係による共同での養子縁組について、ヨーロッパ人権条約上の判例はない。ただし、条約の親機関にあたるヨーロッパ評議会において制定されたヨーロッパ養子縁組条約 (European Convention on the Adoption of Children) が、二〇〇八年の改正において、一つの方向性を示している。養子縁組の要件として婚姻関係および単身者のみを規定していた旧六条は、新七条として次のように改正された。

1. 法は以下の場合に子が養子縁組することを認めなければならない
 - (a) 異性の二人
 - (i) 婚姻関係にある場合、または、
 - (ii) 制度の存するところで登録パートナー関係にある場合
 - (b) 単身者
2. 締約国は、本条約を同性の婚姻関係または登録パートナー関係にも適用することができる。また、締約国は、本条約を安定した関係性のもとで生活する異性または同性のカップルにも適用することができる。

同条約は、このように、同性どうしの婚姻関係および登録パートナー関係のみを養子縁組の共通要件として定め、

同性どうしのパートナー関係への適用については、締約国の裁量に委ねている。パートナー関係の制度的保障には一定の共通傾向がみられるものの、親子関係については多様な各国の実行に配慮した現実的な改正といえる。

V 若干の考察

1 子の最善の利益

これまでみてきたとおり、性的マイノリティと親子関係に関連する事例において、子の最善の利益は、伝統的な意味における家族の保護と並び、権利の制約や処遇の差異を正当化する側の常套句であり続けている。裁判所も、これが制約や差異を維持する目的として正当であることを一旦容認した上で、権利侵害そのものは比例性の有無、すなわち、目的達成のために当該手段が必要か否かによって決している。親子関係において子の最善の利益が最優先かつ最大限に考慮されるべきことは、たしかに、今日の国際人権法にとっては基本原則であり、子どもの権利に関する規定がないヨーロッパ人権条約でも、当然に考慮されてきた。

ただし、この点について、子どもの権利委員会の下記の指摘は重要である。

「子どもの最善の利益の概念は柔軟なものであることから、個別の子どもの状況を敏感に受けとめ、かつ子どもの発達についての知識を発展させていくことが可能になる。しかし、都合のいいように使われる余地が残る場合もある。子どもの最善の利益の概念は、たとえば人種主義的政策を正当化しようとする政府および他の国家機

関によって、監護権をめぐる紛争で自分自身の利益を擁護しようとする親によって、また面倒を引き受けられず、関連性または重要性がないとして子ども最善の利益の評価を行なおうとしない専門家によって、濫用されてきた。(強調筆者)⁽⁸⁷⁾

子の最善の利益は、「都合のいいように使われる余地」があり、「濫用されてきた」歴史がある、との指摘は、性的マイノリティの親子関係にも当てはまる。

たとえば、二〇〇八年のE B対フランス事件において、父親指標の不在を理由に同性のパートナーをもつ女性単身者による養子縁組を不承認としたことは、「申立人の同性愛にもとづく不承認の口実」⁽⁸⁸⁾であると裁判所は指摘している。単身者による養子縁組を認めておきながら、父親指標または母親指標の不在を養子縁組不承認の根拠とするならば、事実上、単身者による養子縁組は不可能となる。にもかかわらず、本件でそれを主張することは、子の最善の利益に名を借りた同性愛者の排除を意味する。裁判所は、いわば、フランスの主張に潜む同性愛嫌悪(Homophobia)を暴くことで、子の最善の利益が都合よく使われることを防いだといえる。

2 誰の、どのような権利の侵害か —— 米州人権裁判所のアタラほか対チリ事件

性的マイノリティと親子関係の制限について、子の最善の利益から正当化が主張されるとき、そこには、シスジェンダーの異性どうしのパートナー関係とその子からなる家族の中で生活することこそが子の最善の利益である、との前提が容易に読み解ける。二〇一二年に米州人権裁判所で下されたアタラほか対チリ事件⁽⁸⁹⁾判決は、この前提のもつ矛

盾を的確に指摘しており、注目される。特に、米州人権条約⁹⁰には、ヨーロッパ人権条約には存在しない子どもの権利が明確に規定されており⁹¹、親子関係については多面的な解釈がなされている。

(1) 事件の概要

裁判官であるカレン・アタラ・リッフォは一九九三年にハイメ・ロベス・アジェンデと婚姻し、二人の間には三人の子M、V、Rが生まれた。二〇〇二年に離婚し、子らはアタラが養育・監護し、週一回ロベスの家を訪問することで合意が成立した。アタラは同性のエマ・デ・ラモンと交際をはじめ、アタラがアジェンデとの婚姻の前に生んだ子も含め、六人での同居生活となった。ロベスは、女性どうしのパートナー関係は子の発育に影響があるとして、監護権の移行をビジャリカ少年裁判所に申請した。少年裁判所は、暫定監護権を一旦アジェンデに認めたものの、親の性的指向は子に何らの影響も与えていないことを理由に申請を棄却し、テムコ控訴裁判所もこれを支持した。しかしながらチリ最高裁判所は、同性のパートナー関係のもとで暮らすことが子に与える影響や家庭に父親指標が存在しないこと、子らが差別に遭遇する危険性などを理由に、ロベスに監護権を認める判決を下した。二〇〇四年、アタラは米州人権委員会に米州人権条約一条一項などの権利侵害を申し立て、二〇〇九年には友好的解決にもとづく報告が採択されたものの、チリは委員会による勧告を履行しなかった。このため、事件は米州人権委員会から米州人権裁判所に付託された。

(2) 裁判所の判断

米州人権裁判所は、一条一項の「他の社会的条件 (any other social conditions)」という文言や二〇〇八年以降の性的指向にもとづく差別撤廃に向けた米州機構の一連の決議、および、他の国際人権法の豊富な実行から、同条には性的指向が含まれることを認定した。性的指向のみにもとづく処遇の差異について、チリ最高裁判所の判断は子の最善の利益の保護という正当な目的をもつものの、同性どうしのパートナー関係のもとで生活する子が直面する危険性や損害について、明確な証拠が示されていないことから、二四条(平等保護)と一条一項(権利享有における差別の禁止)の権利侵害を認定した。チリ最高裁判所の判断根拠は固定観念や根拠のない仮定にもとづいており、制限は子の最善の利益という目的達成のためには不十分であること (para. 11)、また、子らが差別に遭遇する危険性を理由に権利を制限することは、差別の正当化につながる (para. 12) が主な理由である。また、子らについて、子どもの権利条約二条一項にも示されるとおり、母親の性的指向にもとづく差別が認定される場合、それは子らにとっての差別でもあることから (para. 154)、一九条(子どもの権利)に関する一条一項の権利侵害を認定した。また、アタラら六人は家族として実際に生活していることから (para. 176)、二条二項(家族生活の尊重をうける権利) および一七条一項(家族の保護) に関する一条一項の権利侵害も認定されている。

3 目的としての正当性を問う

米州人権裁判所の判断は、子の最善の利益にもとづく正当化の典型的な主張の問題点、すなわち、子への負の影響が偏見や固定観念にすぎないこと、また、子が差別に晒される危険性は、差別そのものが問題であり、権利の制約を

正当化しないことを端的に示している。

子の最善の利益という目的は、ともすると、援用する側にある偏見や固定観念、嫌悪感や憎悪の隠れ蓑として機能しかねない。たとえば、バイセクシュアルやパンセクシュアルの場合、異性のパートナーと子からなる家族を形成した後に離別し、法律上の同性のパートナーと生活を始めた途端、権利享有の制約は「子の最善の利益」により正当化されてしまう。新たなパートナーの性別のみによって子の養育環境に差異をもうけることが、どのような意味で子の最善の利益なのか。パートナー関係の一方がトランスの場合、生物学的に異性どうしではない、あるいは法律上同性どうしのままである、という理由から、親子関係は適切な保障をうけづらい。そこにはトランスの存在が子の最善の利益に反するとの前提も透けてみえる。また、自らの性的指向や性自認が典型とは異なることを自覚する子にとって、伝統的な意味における家族以外の権利享有の制約を正当とみなすことは、自らのあり方や存在を否定的ないし悲観的に捉える原因となりかねない。多様な性を生きる子らの存在を否定的ないし消極的に解することが、子の最善の利益なのだろうか。

子の最善の利益の保護は、親子関係の事例において、最優先かつ最大限に考慮されるべき事項であることは間違いない。ただし、それが性的指向や性自認に関する偏見や固定観念、ないし、同性愛嫌悪やバイ嫌悪 (Biphobia)、トランス嫌悪 (Transphobia) を覆い隠すために強調されがち―それは往々にして無自覚に―な点には注意が必要である。親子関係の事例における子の最善の利益の考慮は、現に営まれている親子関係や多様な性を生きる子らの存在の無視ないし否定する口実へと繋がりがかねない。子の最善の利益の保護は、目的達成のための手段の比例性もさることながら、目的そのものに潜む偏見や固定観念も慎重に読み解かれなければならない。子の最善の利益の考慮において、子

は出生時の性別と同じ性別を生き、異性とパートナー関係を築くように育つことだけが想定されるならば、それは子の最善の利益の名を借りた性的指向や性自認にもとづく差別構造の維持および強化への加担である。

VI おわりに

本稿では、性的マイノリティの親子関係について、ヨーロッパ人権条約の判例を素材として、人権の視点から考察してきた。一連の判例を通じて、性的指向や性自認のみを理由とする親子関係の制限は人権侵害に該当しうること、その制限を正当化するためには、目的と手段の比例性が保たれていなければならない、特に手段の必要性が高度に立証されなければならないことが明らかとなった。

もちろん、日本はヨーロッパ人権条約の締約国ではないため、ヨーロッパ評議会を通じてこれらの判例に直接影響をうけることはない。しかしながら、ヨーロッパ人権条約が国際人権法の解釈に及ぼす影響や人権の普遍性や越境性という基本原理に照らせば、本稿で取り上げた解釈論理は、異なる世界線のできごとではない。国内における人権ないし憲法の解釈、その具体的な発現形態である個別の法律や政策を検証するにあたり、人権という同一線上にあるヨーロッパ人権条約の判例に学ぶべきことは多いのではないだろうか。

(1) 最近の状況について、藤戸敬貴二〇一八「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」『レファレンス』六八(2)：六五―九二など。

- (2) 最新情報は認定NPO法人虹色タイパシティの公開資料「自治体パートナー登録件数」にて確認できる (<https://nijirodiversity.jp/category/open-data/regional-partners/>)。
- (3) 民法の一部を改正する法律案 (<https://www.sangiin.go.jp/japanese/ijoh/kousei/gian/201/pdf/t0901980151980.pdf>)。
- (4) The Office of the High Commissioner for Human Rights. 2011. "Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity." Report of 17 November 2011. U.N. Doc. A/HRC/19/41, para.40.
- (5) Kees Waaldijk. 2000. "Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-Sex Partners in Europe." *Revue Canadienne de Droit Familial* 17: 66.
- (6) Human Rights Council. 2011. "Human rights, sexual orientation and gender identity". Resolution of 17 June 2011. U.N. Doc. A/HRC/RES/17/19. 同決議のふたつは、谷口洋幸二〇一五「国連と性的指向・性自認：人権理事会のSOGI決議の意義」『国連研究』一六：一二三―一四〇。
- (7) 谷口洋幸二〇一七「LGBT／SOGIの人権と文化多様性」北村泰三・西海真樹編著『文化多様性と国際法：人権と開発の視点から』（中央大学出版部）二二五―二四一。
- (8) 最近の例として、沖縄県宜野湾市「市男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例案」の否決について、琉球新報二〇二〇年七月一四日参照。
- (9) 谷口洋幸二〇一三「同性間パートナーシップと法的保障」『ジェンダーと法』一〇：一〇五―一七。
- (10) 各国の法政策に関する比較資料として、国際NGOであるILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) が毎年刊行するState-Sponsored Homophobia Report (<https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report>)参照。
- (11) Hiruyuki Taniguchi. 2012. "Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act: The Sex Reassignment Surgery, No Marriage, & No Child Requirements as Perpetuation of Gender Norms in Japan." *Asia Pacific Law and Policy Journal* 14 (2) : 108-117. University of Hawaii.
- (12) 出生時に登録された性別と同じ性別に属する者として生活する人々を指す言葉。
性的マイノリティの親子関係と人権(谷口)

- (13) i P S細胞の潜在的可能性との関連で生じうる家族法上の論点をまとめたものとして、和田幹彦二〇一三「i P S細胞・卵子・精子・『同性間の実子』の限界と新たな可能性」『法学志林』一一〇(4)：一一五六。
- (14) Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2011, "Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe", p.120.
- (15) 性的マイノリティという語彙から、マイノリティの権利(自由権規約二七条など)との関連が指摘されることもある。ただし、国際人権法上のマイノリティの権利は、近代国民国家の形成におけるマイノリティ(宗教、言語、民族、国民)が対象であり、性的マイノリティにとつて実体的権利性をもつものと理解するのは困難である。谷口洋幸二〇〇六「性的マイノリティの人権保障…国際人権法を素材として」矢島正見編『戦後日本女装・同性愛研究』(中央大学出版部)五八六―六一六。
- (16) 日本語の「プライバシー」の概念と(国際)人権における「私生活の尊重をうける権利／プライバシーの権利」とのずれについては、谷口洋幸二〇〇六「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』一七：四五―五〇。
- (17) U.N. General Assembly, 1948, "Universal Declaration on Human Rights," U.N. Doc. A/RES/217 (III).
- (18) 「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。」
- (19) International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, UNTS I:14668.
- (20) 「一 何人も、その私生活、家族、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。／二 すべての者は、一 の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。」
- (21) 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.
- (22) See, European Court of Human Rights (hereinafter ECHR), 2000, *Mazurek v. France*, Judgment of 1 February 2000, Application no. 34406/97.
- (23) Human Rights Committee, 1988, General Comment No. 16: Article 17 (The right to respect of privacy, family, home and

correspondence, and protection of honour and reputation), 8 April 1988, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), p.191, para.5.

- (24) ECHR 1979, *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 June 1979, Application no. 6833/74.
- (25) ECHR 1986, *Johnston and Others v. Ireland*, Judgment of 18 December 1986, Application no. 9697/82.
- (26) ECHR 1991, *Moustaguin v. Belgium*, Judgment of 18 February 1991, Application no. 12313/86.
- (27) ECHR 1988, *Boyle and Rice v. the United Kingdom*, Judgment of 27 April 1988, Application nos. 9659/82, 9658/82.
- (28) 「一、成年の男女は、人種、国籍又は宗教によるいかなる制限もなしに、婚姻し、家族を形成する権利を有する。／三、家族は、社会の自然かつ基礎的な集団単位であって、社会および国の保護を受ける権利を有する。」
- (29) 「一、家族 (family) は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会および国による保護を受ける権利を有する。／二、婚姻をするものが過ぎる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。」
- (30) Human Rights Committee, 2002, *Joslin et. al. v. New Zealand*, Communication No.902/1999, Views of 17 July 2002, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999; ECHR, 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, Judgment of 24 June 2010, Application no. 30141/04. なお二〇〇〇年に採択されたヨーロッパ連合基本権憲章は、同性パートナーのパートナー関係に制度的保障を与える。国々の増加をうけ、「婚姻をする権利および家族を形成する権利は、これらの権利の行使を規律する国内法に従って保障される。」(九条)として、享有主体としての「男女」という文言を意図的に回避している。
- (31) Human Rights Committee, 1990, General Comment No. 19: Article 23 (Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses), 27 July 1990, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), p.198, para.2.
- (32) Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, UNTS I:27531.
- (33) Committee on the Rights of the Child (hereinafter CRC), 2003, General Comment No.5 (2003): General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para.6), U.N. Doc. CRC/GC/2003/5, 27 November 2003, para.12.
- (34) 日本語の公定訳において Child (ten) は「児童」と訳されている。
- (35) CRC, 2013, General Comment No.14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary

性的マイノリティの親子関係と人権 (谷口)

- consideration (art.3, para.1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013, para.4.
- (36) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18 December 1979, UNTS-I-20378.
- (37) 最初の二つの頭文字からの「O」と「U」の用語も浸透しはじまっている。また、最初の三つからの「OUE」の四つを含まれた「OUE」の二つが省略形も用いられている。
- (38) かじつは「性」を狭義、すなわち身体的・生物学的な意味における性別の差異と理解し、性的指向は該当しなごとの解釈もなされた。E.g., European Court of Justice, *Lisa Grant v. South West Trains Ltd.*, Judgment of 17 February 1998, Case C-249/96. なお、「性」は「性」の迫害が明記されていないが難民条約は「性的指向を理由とする迫害を受けるおそれのある人々」は「特定の社会的集団 (particular social group)」に含められるとの解釈が確立している。United Nations High Commissioner for Refugee, 2012, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/ or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23 October 2012, U.N. Doc. HCR/GIP/12/01.
- (39) E.g. Human Rights Committee, 2007, *X v. Columbia*, Views of 30 March 2007, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (Separate opinion by Mr. Abdelfattah Amor and Mr. Ahmed Tawfik Khalil).
- (40) E.g. ECHR, 1999, *Mouta v. Portugal*, Judgment of 21 December 1999, Application no. 33290/96, para.28; ECHR, 2020, *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, Judgment of 14 January 2020, Application no. 41288/15, para.113.
- (41) Human Rights Committee, 2017, *G v. Australia*, Views of 17 March 2017, U.N. Doc. CCPR/C/119/D/2172/2012.
- (42) Human Rights Council, 2011, “Human rights, sexual orientation and gender identity”, Resolution of 17 June 2011, U.N. Doc. A/HRC/RES/17/19.
- (43) E.g. ECHR, 1999, *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1999, Applications nos. 31417/96 and 32377/96, para.82.
- (44) E.g. ECHR, 2007, *Bączkowski and Others v. Poland*, Judgment of 3 May 2007, Application no. 1543/06, para.64.
- (45) E.g. ECHR, 2008, *E.B. v. France*, Judgment of 22 January 2008, Application no. 43546/02, para.91; ECHR, 2010, *Kozak v. Poland*, Judgment of 2 March 2010, Application no. 13102/02, para.92.

- (46) ECHR. 2003. L. and V. v. Austria, Judgment of 9 January 2003. Applications nos. 39392/98 and 39829/98.
- (47) ECHR. 1981. Dudgeon v. the United Kingdom, Judgment of 22 October 1981. Application no. 7525/76.
- (48) ECHR. 2016. Taddeucci and McColl v. Italy. Judgment of 30 June 2016. Application no. 51362/09.
- (49) ECHR. 2013. X and Others v. Austria. Judgment of 19 February 2013. Application no. 19010/07.
- (50) ECHR. 2003. Karner v. Austria. Judgment of 24 July 2003. Application no. 40016/98, para.41.
- (51) 谷口洋幸二〇一五『同性婚は国家の義務か』『現代思想』四三(16)：四六一―五九。
- (52) ECHR. 1997. X, Y. and Z. v. the United Kingdom. Judgment of 22 April 1997. Application no. 21830/93.
- (53) XYZ Case, supra note 52, para.33.
- (54) 谷口洋幸二〇〇四「国際人権法における異性愛の規範化：ヨーロッパ人権条約の性的マイノリティ事例を手がかりに『ジェンダーと法』」一：一四八。もともと、XYZ対イギリス事件判決では家族生活の存在は認められたものの、XをZの父親として法的に承認する積極的義務までは国家に課せられていないとして、八条の権利侵害性そのものは否定されている。
- (55) European Commission of Human Rights (hereinafter ECmHR). 1992. Kerkhoven, Hinke and Hinke v. the Netherlands, Decision of 19 May 1992. Application no. 15666/89.
- (56) ECHR. 2010. Schalk and Kopf v. Austria. Judgment of 24 June 2010. Application no. 30141/04.
- (57) E.g. ECHR. 2012. Gas and Dubois v. France. Judgment of 15 March 2012. Application no. 25551/07; ECHR. 2013. X and Others v. Austria. Judgment of 19 February 2013. Application no. 19010/07; ECHR. 2013. Boeckel and Gessner-Boeckel v. Germany. Decision of 7 May 2013. Application no. 8017/11.
- (58) Mouta Case, supra note 40.
- (59) See. Dudgeon Case, supra note 47, para.52.
- (60) Lustig Case, supra note 43.
- (61) ECHR. 1999. Smith and Grady v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1999. Applications nos. 33985/96 and 33986/96, para.97.
- (62) Lustig Case, supra note 43, para.90; Smith Case, supra note 61, para.97.

- (63) Lustig Case, supra note 43, para.87; Smith Case, supra note 61, para.94.
- (64) 一四条は付随規定であるため、差別そのものではなく、条約に規定される実体的権利に関する差別の有無が審査される。
- (65) Mouta Case, supra note 40, para.35.
- (66) Mouta Case, supra note 40, para.36.
- (67) ECHR 2010, P.V. v. Spain, Judgment (in French) of 30 November 2010, Application No. 35159/09, para.30.
- (68) ECmHR, 1997, Rötzeim v. Germany, Decision of 23 October 1997, Application no. 31177/96.
- (69) ECHR 2015, Y.Y. v. Turkey, Judgment of 10 March 2015, Application no. 14793/08.
- (70) ECHR 2017, A.P. Garçon and Nicot v. France, Judgment of 6 April 2017, Applications nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13.
- (71) AP Case, supra note 70, paras.127, 131.
- (72) Pascual, Maribel and Aida Pérez eds., 2018, *The Rights to Family Life in European Union*, Routledge.
- (73) ECHR 2002, Fretté v. France, Judgment of 26 February 2002, Application no. 36515/97.
- (74) ECHR 2007, E.B. v. France, Judgment of 22 January 2008, Application no. 43546/02.
- (75) Fretté Case, supra note 73, para.37.
- (76) EB Case, supra note 74, paras.73 and 75.
- (77) EB Case, supra note 74, para.94.
- (78) Fretté Case, supra note 73, para.36.
- (79) 齊藤笑美子二〇一一年「性的指向と養子縁組：EB対フランス」谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編著『性的マイノリティ判例解説』（信山社）二〇九。
- (80) ECHR 2012, Gas and Dubois v. France, Judgment of 15 March 2012, Application no. 25951/07.
- (81) ECHR 2013, X and Others v. Austria, Judgment of 19 February 2013, Application no. 19010/07.
- (82) X others Case, supra note 81, para. 109.
- (83) 齊藤笑美子二〇一九「同性カッブルによる養子：非婚の同性カッブルによる連れ子養子禁止と家族生活の尊重・性的指向に基づく別異取扱い」小畑郁ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』（信山社）三〇一。

- (84) Gas Dubois Case, supra note 80, para. 69. 7の比較軸7が差別にあたることの判断として ECHR, 2016, Tadducci and McCall v. Italy, Judgment of June 2016, Application no. 51362/09. 7の違ふところは別稿で論ずる。
- (85) X others Case, supra note 81, para.151.
- (86) 齊藤二〇一九、前掲注(82)、三〇三。
- (87) CRC, 2013, supra note 35, para.34. 翻訳は主に平野裕二訳「子どもの権利委員会・一般的意見一四号：自己の最善の利益を第一次的に考慮される子どもの権利(第三条第一項)」(https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/child_gc_ja_14.pdf)を参照した。
- (88) EB Case, supra note 74, para.73.
- (89) Inter-American Court of Human Rights, 2012, Atala Rifo and Daughters v. Chile, Judgment of 24 February 2012, Ser. C, No. 239, available at http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf. 7の事件は性的マイノリティに亘つて初めて米州人権裁判所で争われた事例として注目される。See: Jessica Stern, 2012, "Creating Legacy Today: The First LGBT Ruling by the Inter-American Court of Human Rights," City University of New York Law Review 15(2): 247-253.
- (90) American Convention on Human Rights "Pact of San José, Costa Rica", 22 November 1969, UNTS 1147955.
- (91) 一九条(子どもの権利)7一七条四項(婚姻解消における子の最善の利益)など。

【付記】

筆者は現在、国際人権法の領域で研究をしているが、中央大学法学部在籍時は野澤教授の家族法ゼミに所属していた。一九九六年当時、私的な関心にもとづいて「同性婚」をゼミ発表で取り上げた際、このテーマのもつ学術的な意義を教えてください。ところが、現在の筆者の研究テーマの引き金となっている。二〇〇五年には、ご多忙にもかかわらず、博士学位申請論文「国際人権法における性的マイノリティ事例の研究」の副査を快くお引き受けいただいた。その後も、折にふれて、暖かいお言葉をかけていただけたことを、この場を借りて改めて深く感謝申し上げます。

(金沢大学国際基幹教育院准教授)