

# 第1章 同性愛者の権利（LGB・SO）の権利保障の進展における 私生活の尊重・人格権・差別禁止

建石真公子<sup>1)</sup>

近年、LGBT（SOGI）の権利保障について、日本でも様々な取り組みが開始されている。自治体のパートナーシップ制度<sup>1)</sup>や企業における福利厚生<sup>2)</sup>において具体的な保護が実現しつつあることは周知のことである。

スポーツにおいては、実践や教育、また観戦などを通じて、身体やセクシュアリティの問題は身近であると同時に社会に与える影響も大きいことから、スポーツ・フォー・オール<sup>3)</sup>の観点からも、また社会にモデルを提示するためにも先駆けて人権を保護することが課題となる。

さて、こうしたLGBT（SOGI）の権利は、なぜ最近になって可能となってきているのだろうか。また具体的には、どのような権利の保障が行われているのだろうか。

本稿では、LGBT（SOGI）の人権保護に取り組むための前提として、まずLGB（SO）の権利に関して歴史的に概観し、そのうえでどのような理解のうえで権利保護が可能となってきたのかを、日本、フランス、ヨーロッパ人権裁判所を取り上げて検討する。T（GI）の権利保護に関しては、また別稿で検討したい。

## 1. LGBT（SOGI）およびIという用語について

LGBTとは、用語的にはLesbian（女性同性愛者）、Gay（男性同性愛者）、Bisexual（両性愛者）、Transgender（性別違和者）を指している<sup>3)</sup>。またSOGIという用語も国連<sup>4)</sup>等をはじめとして使用されているが、これは、Sexual Orientation（性的指向）、Gender Identity（性自認）を意味している。LGBTが主体（誰）を示すのに対して、SOGIは状態（どのような課題か）を示すものである。つまり、SOGIは、同性愛、異性愛を区別することなく、セクシュアリティの在り方を示す

基準である。

本稿では、各主体についての固有の権利保護と、セクシュアリティという意味での権利保護の双方が必要という観点から、LGBT（SOGI）という形で表記していく。

また、LGBT（SOGI）の権利保障を考える上で、LGBとTの二者を、必要な場合は区別して考えていく。この二者は、セクシュアリティに関わるという意味では近接しているが、権利保護という観点からは全く同じというわけではないからである。

LGBの権利は、同性愛、すなわち性的指向を保護する権利という意味であり、そこには、同性愛固有の権利保護の面と、異性愛者と同性愛者の間の平等の面の二つの位相がある。

同性愛固有の権利とは、個人や集団の人格に関わる事柄についての尊重を意味し、他方、平等は、異性愛者に認められている権利や自由は、同性愛者にも平等に認められるべきであるという権利である。

Tの権利は、個人の性別の決定に関して、本人の性自認に基づくべきであるということが要請されている。それは、医療、法制度の両面で多岐にわたるが、性自認と身体の関係は個人によって異なるため、その政策は一律ではない。身体を、自認する性別の身体に変えるか否かについても、当事者個人によって考え方は異なっている。

その他に、Intersex（性分化疾患＝現在ではdisorder of sex development, DSD）を性的マイノリティとして分類する例もあるが、本稿では含めない。「性分化疾患」は、そのような単一の疾患があるのではなく、身体的性別に関わる様々な要因に基づく疾患群を指す用語である。この概念は、身体的性別に関する非定型な特徴を示すもので、性自認や性的指向を直接に指すものではない。身体に関わる課題としてスポーツ分野

1) 法政大学

にも密接に関連するが、医学的な介入の大きい事柄でありLGBTやSOGIとは区別された課題として取り組むことが必要である。

それでは、まずLGB (SO) の権利の在り方を歴史的に概観する。具体的には近代的人権保障の発祥の国であり、革命後の1791年にいち早く同性愛関係を非犯罪化したフランスと、近代的人権保障の開始が1946年憲法からという日本を取り上げて検討する。

## 2. 歴史の中のLGB (SO) –同性愛者の権利

### (1) フランスー宗教及び医科学によって形成された文化規範による制約

セクシュアリティに関わる権利は、西欧諸国では、宗教や道徳を理由とする文化規範との関係によって、黙認され、あるいは不道徳者や精神疾患として法的な処罰の対象となってきた国が多い<sup>5)</sup>。18世紀末、フランスやアメリカを端緒とする近代憲法の制定、それに伴う近代的人権保障の登場以降も、国によって対応の違いは残された。

#### a) 革命期における非犯罪化

フランス<sup>6)</sup>は、革命の成果としての近代的な人権宣言において、すべての人の自由と平等を認め、新刑法(1791年9月25日-10月6日)において、絶対王政期には火刑となっていたソドミー(男性同性愛)を犯罪から除外した(アメリカやイギリスでは、男性同性愛者に対して、去勢や絞首刑をも含む処罰規定を置いていた)。

#### b) 第2次世界大戦を契機とする再犯罪化

しかし、第2次世界大戦期の1942年、ヴィシー政権は刑法334条を改正し、革命後初めて、21歳未満の同性間の性交に関して「自然に反する」として懲役6ヶ月から3年および罰金刑を課した(異性愛者に関しては15歳未満)<sup>7)</sup>。これは、ヴィシー政権が、ナチスと同様に、優生学に基づき、人種の維持や道徳的見地からの青年の保護を目的とする政策を採用したことによる。この法律により、社会における同性愛嫌悪に基づく迫害や暴力が再び生み出された。

さらに、第2次世界大戦後の自由政府の下で行

われた1945年の刑事法改正でも、同様の処罰規定が残された。これにより、同性愛を理由としてドイツの収容所に移送された同性愛者に対する補償は行われることはなかった。

刑事法以外では、フランスでは、1946年の公務員法で、「善良な道徳を持たない者は公職に任命されない」とし、また1949年、パリ警察は、バーにおける男性同士のダンスを禁止するなど、1950年代を通じてこうした同性愛に対する制限的な法制度が継続していた。そのうえ、1960年、ドゴール政府は、アルコール中毒の対処とともに、道徳的な見地から同性愛の制約を目的とし、刑法改正においても330条の「自然に反する」同性愛行為を公然わいせつ罪として6ヶ月から3年の懲役とした規定を残した。さらに、1968年、フランスは、精神疾患において同性愛を性的異常とするOMSの分類を取り入れている。

#### c) 宗教と医科学による異端・異常視による文化規範の形成

このように、1970年代まで同性愛は未成年者また公然の行為に関して法的に制約しており、さらにカトリック教会は成人同士の同意に基づくものであっても同性愛を禁止していた。

こうした時期を通じての同性愛者の苦悩は、アンドレ・ジイド<sup>8)</sup>、コレット<sup>9)</sup>、ジュリアン・グリーン<sup>10)</sup>等の文学作品からうかがうことができる。これらの小説作品からは、カトリック教会の解釈による同性愛の禁止が、人々の精神や魂の核心の部分に縛り罪の意識を植え付け、自我や自尊心の形成を妨げていることがわかる。すなわち、同性愛が犯罪であることの根拠が、反自然、反道徳、宗教的な罪という文化規範であるために、人の内心において、生きていく事を困難にするような働きをすることが問題なのである。

さらに、宗教だけでなく、医科学においても、19世紀には同性愛は精神疾患と分類され<sup>11)</sup>、法的に強制的な入院措置の対象となっており、その治療も過酷であった。そのため、多くの人は社会において同性愛者であることを隠して生きざるを得ない状況が続いた。

医科学におけるこのような状況に変化が見られ

るのは、Foucaultが登場し、精神疾患、セクシュアリティ、病院などを分析し相対化し、脱権力化した1960-70年代以降である。精神疾患という診断自体に対する見直しが行われた<sup>12)</sup>。「同性愛を精神疾患とみなす科学的理論が存在しなかったにもかかわらず（・・・）1世紀以上にわたり証明のない理論が（同性愛を）精神疾患とする科学的パラダイムを支えてきたのだ」<sup>13)</sup>と、精神心理学者のM.Brikiは述べている。さらに、こうした科学者により「同性愛嫌悪は、強化され、同性愛嫌悪は、社会において、家族において、あるいは同性愛者個人に内面化され、彼ら自身を嫌悪し鬱病や自殺に導いてきた」と批判している。

#### d) 社会党政権による再度の非犯罪化へ

こうした状況が劇的に変わるのには、1981年の大統領選で同性愛者の権利保護を公約とした社会党のミッテランが大統領に選出されたことによる。ロベール・バダンテール法務大臣の提出した法律は、公然わいせつ罪及び18歳未満の性関係によって服役している同性愛者の恩赦を行い、また同性愛を精神疾患リストから削除した。翌1982年8月4日には、刑法331条を改正し、同性愛を刑事法の処罰規定から削除し、これにより同性愛に関する処罰規定は全く消滅し革命期の1791年にもどった事になる。他方、国際的には、OMSにおける精神疾患リストにおいて同性愛が削除されるのは、1993年5月17日のことである。

#### e) 同性愛カップルの法的承認へ—パックス (PaCS) から同性婚法へ

その後は、同性愛パートナー制度であるPaCS (Pacte Civil de Solidarité, 連帯民事契約) の制定が1999年9月15日、2013年4月23日には、EU諸国の中で9番目の国として同性婚を認めている。1982年の非犯罪化から後の権利保護の足取りは速いが、同性婚法の審議過程においてみられるように、同性愛嫌悪に基づく暴力も社会にはまだ根強く残っていた。1789年の革命によって「すべての人の自由と平等」を掲げたフランスにおいても、同性愛に対する非犯罪化や権利保護への道程は平坦ではなく、第2次世界大戦後、国連憲章や

世界人権宣言等の国際文書において個人の尊重や尊厳が登場した後も、「疾病」を理由とする差別は継続してきた。

こうしたフランスの歴史からは、社会や文化、宗教の中に存在する「異常な劣った者」を排除する規範は、宗教や科学、道徳の姿を借りて広まってきたのがわかる。また同時に、それらを解消するのも、国民に支えられつつも、国や科学アカデミー、宗教などの権威であったこともまた事実である。社会に広まった文化規範を打ち消すためには、1982年のフランスの法務大臣提出の法律に見られるように、法的な「新たな人権規範」も効果的であった。

#### (2) 日本—東京都青年の家訴訟における同性愛者の法的権利の承認

日本においては、法的に同性愛を犯罪とし処罰した例は少ない。が、そのことは権利として認められていたということの意味するものではない。明治期、近代法の制定により、民法の家制度規定は家父長制にもとづく家族のモデルを法制化した。これは、憲法上に平等規定がなかった事もあり、家族においては家長、社会においては性別役割分担に基づく男性優位の構造を定着させるものであった。そうした中で、家制度的な家族を形成することのない同性愛者の生きられる場所は、社会的には限られたものとなる。

また明治期以降、キリスト教文化及び西欧的な社会科学や自然科学が広く社会的に導入されるに従い、同性愛に対する宗教的な禁忌や科学に基づく異常視も広まっていく。法的に犯罪とされていなくても、同性愛は社会的に侮蔑の対象となり、こうしたなか当事者自身も自らの存在に苦悶する様子は、フランスの同時代と同様である<sup>14)</sup>。

#### a) 1970年代以降の社会運動

こうした閉塞した状況は、1960年代後半から1970年代にかけて、日本でも見られた学生運動やウイメンズリブのような社会改革運動の中で、身体やセクシュアリティの自己決定権の主張、同性愛者の権利主張、また性別役割分担への批判などによって少しずつ変化する。運動の中からいくつ

かの同性愛者のグループも作られ、自己確認と社会連帯を進めていくが、そのグループの一つであるアカー（OCCUR、動くゲイとレズビアン）の会、1986年設立）が、公設の施設利用が不許可となったことを契機として提訴した事件が東京都青年の家事件である。この裁判を通じて、同性愛者の権利に関する法的理解は格段に進んだといえる。

#### b) 東京都青年の家訴訟－東京地裁判決

この東京都青年の家事件は、アカーが同青年の家で勉強会合宿を行った際に、他の利用者から嫌がらせを受けたことについて、青年の家に善処を求めたことが発端である。3ヶ月後に同施設の宿泊の申し込みをしたが、教育委員会は最終的に同性愛者による青年の家の宿泊使用は、東京都青年の家条例8条1号（秩序を乱すおそれがある）及び2号（管理上支障がある）に該当するとして不承認処分とした。具体的理由としては、青年の家の「男女間の規律」の維持のため、「男女が同室で宿泊することを認めていない」ため、「複数の同性愛者が同室に宿泊することを認めるわけにはいかない」というものであった。アカーは、この公設施設の使用不承認処分が、憲法21条（表現の自由）、26条（教育を受ける権利）、14条（法の下の平等）に反すると主張した。さらに国家賠償法1条1項に基づき650万円の損害賠償請求を行った。

東京地裁判決（1994年3月30日）<sup>15)</sup>は、アカーの主張を大筋で容認し、教育委員会の使用不承認処分を違法とし国家賠償を認めた。判決は、まず同性愛に関する心理学、医学において「病的なものである」との従来の見方が近年大きく変化してきていること、また従前の状況下においては、「同性愛者は孤立しがちとなり、自分の性的指向に関し、悩み苦しんでいたことがうかがわれる」との認識を示している。

そのうえで、公的施設の利用は、憲法21条表現の自由によって保護されること、地方自治法244条2項は地方公共団体が正当な理由がない限り住民が公の施設を利用することを拒んではならないこと、同3項は、その利用に関して「不当な差別扱いをしてはならない」と定めることから、青年

の家条例8条1号、2号の「秩序を乱す恐れ」及び「管理上支障がある」という規定も、同法の趣旨において解釈されるべきとする。そして同条例8条1項、2項に関わる性的行為のなされる「具体的な可能性があるか否かを認定できず、あるいは具体的な可能性のあることを認めるにたる事実はなかったのに、本件不承認処分をなすに至った」点を、地方自治法224条及び青年の家条例に違反すると判断した。

#### c) 東京都青年の家訴訟－東京高裁判決による公権力の人権保護の責務の宣言

この判決を不服として都側は控訴したが、1997年9月16日の高裁判決<sup>16)</sup>も、基本的に地裁判決を踏襲した。すなわち、男女別の宿泊原則を同性愛者に適用させると結果的にその宿泊利用を一切拒否する事態を招来し、同原則が、やむをえない場合には例外を認めていることと比較しても著しく不合理であること、より制限的でない方法により利用権の調整を図ろうとした形跡が見られないことを理由に、「同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、実質的に不当な差別的取り扱いをしたものであり、施設利用の承認不承認を判断する際に、その裁量権の範囲を逸脱したもの」とし、不承認処分を地方自治法244条2項、と青年の家条例8条の解釈を誤った違法なもの」と判断したのである。

さらに続けて、「都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものと言うべき（太字は筆者）であって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである」と述べている点は注目される。

同判決は、争点が性的行為の有無にあったので同性愛の権利の性質自体についての議論は尽くされていず、さらに同性愛を理解するうえで心理学、医科学の基準以外は、イミダス、広辞苑等の辞書によっているなど、その理解は皮相にとどまっている。にもかかわらず、「少数者」である同性愛

者の権利、利益を十分に擁護することが、公権力に要請されているとしている点は、法的な同性愛者の権利の承認という意味で重要である。

また、都側は「何が青少年の健全な育成に当たるかは、教育的配慮に基づく高度の専門的・技術的判断に服する」として「決定権者の広範な裁量が認められる」とし、他の生徒、学生に与える悪影響について主張していたが、裁判所は「教育施設であるからといって、直ちに他の公共的施設の利用に比べて施設管理者に大幅な裁量権が与えられているとは直ちにいえぬ」と退け、都教育委員会の裁量に限界を示した点も注目される。

東京都青年の家訴訟が行われていた1990年代前半は、同性愛者について心理学、医学において、異常項目からの除外が確実にされた時期であり、またすでに1980年代後半からアメリカの州やデンマークでパートナーシップ法が制定されるなど、法による権利保護が開始され始めていた。

日本では、1995年には非嫡出子相続分差別について最高裁は合憲と判断するなど、子どもや社会的少数派に関する人権保障の事例が少ない中、同性愛の権利が、「表現の自由」という重要な権利に関わる事件であることも考慮されたと思われるが、行政が擁護すべき法的な権利であると位置づけられた点は画期的であろう。

そのような、法的な権利保護がさらに進展していくためには、同性愛者の権利が、人権として、たとえば憲法上、どのような権利によって保護されるのかを明確にする必要がある。というのは、同性愛者の権利は、差別禁止という「他と同じ権利」だけではないと考えられるからである。

### 3. LGB (SO) の法的権利－国際社会における文化規範による劣等の烙印から「私生活の尊重」及び「人格の発展の権利」への進展

上述のように、同性愛者であることは、文化規範の制約を受け、また医科学的にも精神疾患と判断されてきたため、社会の中で、異常、不道德、反自然な存在と位置づけられてきた。そのことは、社会的侮蔑や排除、自己卑下をもたらし、正常な人に比べて劣った地位におかれることを正当化す

る。つまり、「質的」な意味で、同性愛者を劣等の者とみなすことが社会的に同意されているといえる。

また同時にその地位は、正常な人々に与えられている権利や利益を、異常で劣等であるが故に与えないことを正当化する。

こうした、歴史の中で形成されてきた「質的」な差別要因と、結果としての「実際上の」差別構造を取り払うことが、同性愛者の権利保障には求められることになる。

一見すると難しく思われるこうした文化規範による意識や社会構造の変更であるが、しかし、近年、法によってその状況を変えつつある国も増えてきている。たとえば、同性婚を認める国は、2018年3月末日時点で24カ国<sup>17)</sup>あり、さらに2019年5月まで2カ国が承認する予定である<sup>18)</sup>。こうした諸国では、同性愛者の権利の法的な保護を推進するために、特に差別の原因である「質的」な差別要因をどのように変更することができたのだろうか。

これについて、まずヨーロッパ諸国に関して国際的な人権保障を行っているヨーロッパ人権裁判所の判例を検討し考察する。国内での少数派の人権保護を可能とするためには、国際的な人権保障制度は実効的であり、また同裁判所は、判決履行に関する強制力を強めてきており、国内の人権保障に対して影響力を有し、実際、同性愛者の権利保護に関してもいくつかの顕著な判決が存在するからである。

次に、上述のように、文化規範により同性愛嫌悪がヨーロッパ諸国の中では比較的長く続いたフランスだが、2013年に民法を改正し同性婚を認めている。こうした法的な権利保護は、どのように可能となったのだろうか。フランスの同性婚法に関する違憲審査から、その道筋を概観する。

#### (1) ヨーロッパ人権裁判所における同性愛者の権利－私生活の尊重を受ける権利

##### a) ヨーロッパ人権裁判所による国内法を監視する人権保障システム

ヨーロッパ人権裁判所（以下、人権裁判所）は、ヨーロッパ諸国47カ国が加盟する地域的な人権条

約であるヨーロッパ人権条約（1953年発効、以下、人権条約）に基づいた人権裁判所で、1957年に設立された。同人権裁判所は、加盟国が条約違反の行為により管轄にある人（国籍を問わない）の人権を侵害した場合、国内的な救済が尽くされた後（通常は最高裁判所の判決で敗訴した場合）に、被害者が、国を被告として提訴した事件を扱う裁判所である。

国内で救済されなかった人権でも、国際的な人権裁判所で審査されることにより、その国の社会的多数派によって構成されている国会で制定した法律や、行政権の施策によって権利侵害を受けた人に対して、人権条約の解釈という別の観点から裁判を行うことができるのである。同性愛者の権利は、当該社会の文化規範による制約であるため、こうした国際的な人権裁判所による審査によって救済された事例が多い。

#### b) ダジャン対イギリス判決を契機とする「私生活の尊重を受ける権利」の承認

まず、同性愛処罰規定に関して、1981年、イギリスに対するダジャン（Dudgeon）事件<sup>19)</sup>で、北アイルランド刑法における成人男性による同意のある同性愛行為に関する処罰規定は、人権条約8条で保障される「私生活の尊重を受ける権利<sup>20)</sup>」を侵害していると認定した。本判決は、LGB（SOGI）に関する人権侵害が国際社会で司法的に認定された初めての事例である。

ダジャン判決では、人権裁判所は、北アイルランド刑法による禁止は、モラルの保護及び未成年者のような自らの権利を保護し得ない脆弱な人々の保護を目的とすることを確認しつつ、同性愛者の権利に関して、「北アイルランド刑法によって申立人に課されている（権利）制約は、刑罰の厳しさに加えて、法律の規定内容や絶対的な性格が、（立法の）目的とは均衡がとれていない」と判断し、人権条約8条の私生活の尊重を受ける権利に違反するとした。

当時は、ヨーロッパ諸国において、まだ同性間の性交渉を犯罪として処罰する規定を有する国が見られるなか、人権裁判所は、加盟国の道徳分野に関する裁量を考慮しつつ、成人間の同意のある

同性愛関係の処罰を条約違反としたのである。翌、1982年、当該刑法規定は改正された。

#### c) 多様な権利の保護へ

以上のような刑事法上の処罰以外に、同性愛の権利保護として人権裁判所判例は多くの分野に関して判断してきている。代表的な判例のみをあげると、まず、警察によるゲイ・パレードに対する取り締まりを生命権（2条）、および非人道的な扱いの禁止（3条）に違反するとした *Identoba v. Georgie*（2015年5月12日）、難民申請に対する同性愛を理由とする拘留を人の自由と安全（5条）違反とした *O.M. c. Hongroie*（2016年7月5日）、同性愛者による養子申請の却下を私生活の尊重を受ける権利（8条）違反とした判決 *E.B.c France*（2008年1月22日）、パートナーの子に対する他方のパートナーからの養子申請の不許可を私生活及び家族生活の尊重（8条）と併合した差別禁止（14条）違反とした判決 *X and others v. Austrie*（2013年2月19日）。この判決は、非婚の異性カップルには認められているのと比較して同性愛カップルの権利が差別に該当するとしたものである。さらに、男性同性愛者に対して離婚後に子どもへの面会権を認めず、また裁判所から娘に会う際には性的指向を隠すことを命令された件について私生活及び家族生活の尊重の権利（8条）に違反するとした判決 *Salqueiro Da Silva Mouta c. Portugal*（1999年12月21日）、同性愛を理由とする外国人のパートナーの滞在許可証の拒否を家族生活の尊重（8条）違反とした判決（8条） *Palic c. Croatie*（2016年2月23日）、同性愛を理由とする疾病保険のパートナーへの支給を不許可とする法律を差別禁止（14条－差別禁止）違反とした判決 *P.B c. Autriche*（2010年7月22日）、同性愛を理由とする軍隊からの解職に対して私生活の尊重（8条）違反とした判決（8条） *Perkins et R c. Royaume uni*（2001年10月22日）、外国での同性婚を何らかの形の法的なカップルとして承認しないイタリア法に対して私生活の尊重（8条）違反とした判決（8条） *Orlandi et Autres c. Italie*（2017年12月14日）、同性愛の権利保護団体による出版物を発行禁止とした国の処分は表現の

自由（10条）違反とした判決Kaos Gl c. Turquie（2016年11月22日）、同じような事件に関するロシアに対する10条及び14条（差別禁止）違反判決Bayev et autres c. Rissie（2017年6月20日）、同性愛の権利保護を内容とするデモに対する許可を拒否した行政処分を結社の自由（11条）、実効的な救済を受ける権利（13条）、差別禁止（14条）違反とした判決Baczkowski et autres c. Pologne（2007年5月3日）等である。これらは代表的な事例のみで、同様な事例に関して多くの判決が出されている。

#### d) 私生活の尊重を受ける権利の登場—フランス、アメリカ、日本

このように、人権裁判所は、同性愛者の権利保護に関して、主として私生活を尊重される権利（8条）に基づき多くの解釈を引き出している。

私生活の尊重を受ける権利は、19世紀以降、フランスで「私生活」保護、アメリカ合衆国では「プライバシーの権利」として発展してきた権利である。18世紀以来の「古典的な」権利とは異なり、20世紀に法的な保護が確立し始めた「新しい権利」の一つである。新しい権利という意味は、その承認が比較的最近であるという時代的な意味と、他方、その性質から、何を保護する権利かという意味で、それまでの自由権、社会権とは異なる性質を持っているということを指している。

私生活の尊重を受ける権利やプライバシー権は、ともに、19世紀後半からのジャーナリズムによる私生活の暴露記事に対抗するために主張されたもので、フランスでは、1881年の出版法<sup>21)</sup>においてその保護が規定された。アメリカでは、1890年の有名な論文「プライバシーの権利<sup>22)</sup>」以降に進展を見る。この論文では、プライバシーの権利を「一人にしておいてもらう権利（Right to be let alone）」と定義していた。

その後、1965年、アメリカ連邦最高裁判所判決「Griswold v. Connecticut<sup>23)</sup>」で、憲法上の権利として認められた。この事件は、避妊禁止の州において、警察が寝室の捜索を行ったという事件に関する判決で、ここではプライバシーは私的な決定領域に対する侵害という点が問題とされた。つま

り、ジャーナリズムに対するプライバシーではなく、公権力との関係で「避妊」が私的な決定に属する領域であると判断されており、後のリプロダクティブ・ライツにつながる解釈といえる。

日本でも、1964年、東京地方裁判所の「宴のあと事件判決」において、「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法によって立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我が保護されることによって初めて確実なものとなるのであって、そのためには、正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならない」とし、「私事をみだりに公開されないという保障が、今日のマスコミュニケーションの発達した社会では個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なもので……その尊重はもはや単に倫理的に要請されるにとどまらず、不法な侵害に対しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的な利益であると考えるのが正当であり、それは、いわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶことを妨げるものではない」として、初めてプライバシーの権利を法的な権利として認めた。

こうした権利が保護するのは、他人には公開されない個人が自ら決定する領域がある、という権利である。この個人の決定領域に、何を含めるかが問われるが、私生活上の情報やセクシュアリティに関わる決定意外にも、ヨーロッパ人権裁判所の判例では多くの権利が含まれるようになって

#### e) ヨーロッパ人権裁判所における私生活の尊重を受ける権利

人権条約8条は、私生活及び家族生活の尊重を受ける権利を、すべての個人に対して保障している。この権利は、私生活や家族生活の概念が広いこともあり、ヨーロッパ人権裁判所裁判官は、同裁判所特有の「ダイナミックな解釈」理論によって、その解釈を広げ非常に広範な権利の保護をカバーして来ている。現在では、これまでの判例から、次のような権利が含まれていると考えられている。

### <私生活の親密性の保護>

私生活の尊重として、まず親密な領域に関する権利があげられる。この権利は、公権力による私生活への介入を避ける権利であるが、次第に、個人の親密な関係を保護するのみでなく、親しい人との関係を発展させる権利をも含む (Niemetz c. Allemagne, 1992年12月16日) として、社会的な面でも私生活の尊重が保護されるとしている。具体的な権利は次の通りである。

まず、私生活の保護を「人の身体的、精神的な一体性 (integrity)」の保護として、そこに「性的な生活」をも含むと判断した (X et Y c. Pays-Bas, 1985年3月26日)。ここから性的暴行、強姦、ドメスティック・ヴァイオレンス、警察留置における産科検診の禁止などにも拡大している。さらに、名誉権、健康保護も含まれる。第2に、私的な場所として、住居の尊重があげられる。住居には、自宅だけでなく弁護士事務所、ロマのキャラバンが含まれ、警察の家宅捜索に関してその「必要性」や「手続き」が問題となる。住居への権利も含まれる。第3に、通信の秘密があげられる。これは、人の個人的意見の秘密性を保護する者であり、いかなる方法であれ、個人の意見を公権力が収集等を行うことが禁止される。同じく、拘禁者や受刑者の通信の秘密も保護の対象となる。他に、肖像権、個人情報保護などが含まれる。

### <性関係の自由>

私生活の尊重の権利について、人権裁判所は、「特に愛情に関わる領域において、人格の発展と完成に向けて、他の人間と関係を築き維持する権利」が含まれると解釈し (Xc. Islande (1976年5月13日)、性的な関係も含ませている。この解釈は、民主主義社会にとって不可欠な価値である寛容と多元主義にその基盤が見いだされるとし、個人は、その根幹にある人格に適合するような選択によって、性的な生活を送る権利を認めている。

性的指向はこうした自由に含まれるとし、前述のダジャン判決でその自由を認め、さらに「安定した同性愛関係」に関しては、8条の「家族生活」としての保護を受け、また性的指向を理由とする排除や差別や政策を禁止している。

こうした人権裁判所の判例に基づき、加盟国47カ国は、国内法が判例に違反する場合には、人権裁判所による違反判決を避けるため、法制度の改正等が必要となる。たとえば、性関係に関する法定の同意年齢を、同性愛者、異性愛者と同じにすることが要請される (Let V. c. autriche, 2003年1月9日)。

また、本稿では直接の対象としていないが、トランスジェンダーの性別を決定する権利 (T, GI) に関しても、私生活の尊重を受ける権利において性的アイデンティティの権利として承認されている。特に、2002年7月11日のC.Goodwin対イギリス判決では、明確に「公益と個人の利益」との間の正当な均衡をとることが国には要請されているとして、国に対して性別変更 (手術) の法的な承認手続き (戸籍の性別や名前の変更及び婚姻等) をとる義務 (積極的義務) を課した。その根拠として、同人権裁判所は「個人が、非常な苦しみへの対価の上に自身で選んだ性的なアイデンティティに適合するような、尊重と尊厳のうちに生きることを可能とするような」、「人格の発展の権利」と位置づけている (C.Goodwin判決 § 91)。

### f) ヨーロッパ人権条約における婚姻の権利 (12条) - 加盟国の裁量の承認

2001年にオランダが同性婚を法的に認めて以来、ヨーロッパ諸国ではベルギー、スペイン、ノルウェー、スウェーデン、ポルトガル、アイスランド、デンマーク、フランス、英国、ルクセンブルグ、アイルランド、フィンランド、ドイツと同性婚を認める動きが続いている。また1990年代半ばから、旧東側諸国や一部の国を除き、婚姻とは異なるパートナーシップ制度を定めている国も多い。こうした動きを背景に、EUの基本権憲章(2009年発効) 9条も、婚姻の権利および家族を形成する権利を定めるが、ここには「両性」のような性別に関する記載がない。

他方、人権裁判所は、同性婚に関しては加盟国の広い裁量を認めている。同性婚を認めないオーストリアの法制度が、異性のカップルとの比較で同性カップルを差別しており婚姻の権利 (12条)

及び差別禁止（14条）に違反するかが問われた Schalk et Kopf c. Autriche 判決（2010年6月24日）では、同人権裁判所は、申立人カップルの生活は、異性愛カップルと同様の「家族生活」に該当することを認めつつ、しかし、条約は、加盟国に対して、同性カップルに婚姻の権利を認めることを強制するものではないとした。なぜなら、加盟国当局は、社会的要請を判断しそれに応えるのに適切な地位にあり、そもそも婚姻は、文化や社会的価値を内包し、そしてそれらは社会によって大きく異なるからである、としている。判決後の変化としては、現在オーストリアでは、2019年1月までに、同性婚を認める法律の準備中である。

このように、同性愛の権利は、まず「愛情に関わる領域において人格の発展と完成に向けて、他の人間と関係を築き維持する権利」（Xc. Islande, 1976年5月13日）として性的な関係を人格に関わる権利として私生活の尊重を受ける権利に含め、それに基づいて非犯罪化、差別禁止、親子関係や社会保障、軍隊における差別禁止等において広く認めてきた。現在残された課題としては、同性婚や生殖補助医療へのアクセス等がある。これらは、すでに認めている国もあるが、認めていない国に対しては条約上の権利か否かが問われている。

次に、当初は同性婚に対して強い批判があったフランスにおいて、2013年に同性婚が合法化されているが、この過程において同性婚法に対して違憲審査が行われ合憲となったが、どのような憲法解釈が行われたのかを明らかにし、同性婚の権利性を検討する。

## (2) フランスのパートナー登録制度及び同性婚法に関する違憲訴訟

### a) PaCS法による同性カップルの承認は合憲

フランスは、国民の90%がカトリックといわれ、同性婚に対しては政治的争点としてだけでなく、宗教的な観点からの反対も多い。1999年に同性カップルにも利用できる一種のパートナーシップ制度であるPaCS法が制定された折にも、社会的な批判が多く、国会でPaCS法が可決された後、大統領の審書前に憲法院（フランスの憲法裁判所）に違憲審査が提起された。

PaCSは、連帯民事契約と訳されているように、二人の成人が、共同生活を営むことと財産関係について明らかにするという内容の契約である。二人の成人には、同性、異性、また血縁の有無も問わない。PaCS契約を結んだ二人には、公法上、民法上、多様な措置が認められ、その意味では、身分関係を定める婚姻と類似の性質（家族の形成）も含んでいる。

こうした契約に関して、特に問題とされたのが契約の終了に関して、双方が納得する場合だけでなく、契約の一方が終了を決めることまたは婚姻することで終了すると定めている点は、契約法の根本原則に反するという批判である。

憲法院は、この点に関して、PaCSは婚姻と異なるから、その一方的解消は契約の「破棄」と形容することはできず、また一方の婚姻によるPaCSの即時解消は、婚姻の自由の尊重から認められるとした。さらに、1946年憲法前文10項に基づく家族の保護との関係で、PaCSが家族を構成するものかが問われたが、憲法院は、PaCSは婚姻とは異なり、また親子関係法にも影響がないとし、家族や共和国的婚姻を侵害しないとされた。この点は、PaCS賛成派にも反対派にも、直接にその疑問にこたえたものではない。

憲法院は、核心の問題には直接には答えずに、養子や生殖補助医療へのアクセス権を認めないことから、あくまでも婚姻とは異なる民事契約としてPaCSを位置づけつつ、同性間のパートナーシップを実現させた。その意味で、権利としての同性婚が不可能であることには何らの変化はない。しかし、同性間のカップルの法的保護を認める方向に社会的な流れを変えたという意味で、同性愛者の権利保護に資したといえよう。実際に、PaCSにより、同性愛者に対して、パートナーとしての権利を、公的にまた企業との関係等の私的な関係においても、異性カップルと同等に近い権利の保護を享受することを可能とした。

PaCS法制定後も、婚姻に関しては、民事の最高裁判所（破毀院）において「男性と女性の結びつき」であるという解釈がなされており<sup>24)</sup>、憲法院も、2011年1月28日、婚姻を男性と女性とする民法75条および144条に対する違憲審査を行って

いる。この判決では、民法規定は、「普通の家庭生活を送る権利<sup>25)</sup>」にも「法の下での平等」にも反しないとした。

しかし同判決は、国会が、婚姻の定義を変更し、民法を改正する権限をも認めていた。また、この判決の半年前に、前述のヨーロッパ人権裁判所 Schalk and Kopf c.Autriche 判決（2010年6月20日）も、同性カップルと異性カップルの間の平等をどのように確立するかは国会の権限である、と判示している。

#### **b) 同性婚法は合憲－異性婚は憲法原則ではなく、婚姻の形式は国会の裁量**

PaCS法から14年後、2013年、フランスはオランダ大統領の公約であった同性婚法（法務大臣の名前から Taubira 法と呼ばれている）を可決、施行した。同法が、同性婚を認めることと、異性婚と同様に養子を認めることに対して、国会での審議中、大規模な反対や賛成のデモが行われた。同法に関しても、国会での可決後に憲法院に違憲審査が申し立てられた。

憲法院は、2013年5月17日判決で、同性婚及び同性婚カップルに対して養子を認めることの合憲性について審査し、同性婚を認める法律は合憲であること、養子に関しては、「子どもの利益に適合的であること」という解釈を付加して合憲とした。これに対して、生殖補助医療に関しては、医学的な不妊の夫婦のみに認められるとした。

まず、同性婚の合憲性について、憲法院は、これまでの法制度が婚姻を男性と女性によるものとみなしていたとしても、この（異性婚）原則は、憲法上の基本権規定、国民主権、公権力の組織原則には関わりがなく、したがって1946年憲法の共和国の諸法律によって認められた基本原則を構成するものではない、と、婚姻が異性間のみ成立するということが憲法原則ではないとした。

次に、同性に婚姻を認めることは、婚姻に認められている諸権利を認めることになり、結果として養子をも認めることについて、「子どもを持つ権利」を否定しつつ、1946年憲法前文10項に基づき「子どもの利益」に適合的であることが、同性婚カップルにも異性婚カップルにも要請され、養

子の承認には行政的司法的な手続きによって検証されることを要件として合憲とした。

憲法院は、「同性カップルに婚姻制度を認めることによって、立法権は、同性カップルが婚姻に付随する法的保護を得られないというような、男女のカップルと同性カップルの間の異なる扱いをもはや正当化されないということを明らかにした」と述べ、立法権の判断を尊重するとしている。この判決により、同性婚を認める法律<sup>26)</sup>は、2013年5月17日に施行された。

法施行後も、カトリック教会を中心として反対が続き、市民的婚姻を執り行う職務にある公職者（市長など）から、「良心に基づく市民的婚姻拒否」が行われたが、これらは刑事罰の対象となり、また公務員法に反することから懲戒の対象となる。さらにヨーロッパ人権裁判所判決は、同性婚またはパートナーシップ制度が認められている場合、公務員が、このような身分上の措置に関して性的指向を根拠とする差別的取り扱いをすることを禁止している（Mme Ladele c.Royaume Uni, 15 janvier 2013）。

このように、フランスにおける同性婚に関する法的な判断は、憲法は婚姻を異性間のみに限定するような規定や原則を有していないという確認をしたうえで、同性婚に関してどのように決定するかは立法権の裁量であるというものである。

#### **おわりに**

以上のように、同性愛者の権利保護は、まずは「犯罪ではない」、「精神疾患ではない」ということを法的に確立するために、宗教や医学によって形成された「異常」、「不道徳」、「反自然」というような認識や言説が変わることが必要だった。社会の中でのある一定の人々に対する「劣等であるという烙印」は、「そうではない」という多様な証明とともに、そもそも、すべての人が「個人として尊重される」という人権観念の共有や、場合によっては法律や政策のような上からの新たな人権規範の確立もまた効果的であったと考えられる。

日本においても、フランスやヨーロッパ人権裁判所において確立している同性愛者の権利－愛情

に関わる領域において人格の発展と完成に向けて、他の人間と関係を築き維持する権利(ヨーロッパ人権裁判所判決)ーを踏まえ、また日本国憲法13条の「個人の尊重」も類似の解釈であることから、そうした個人の人格権を尊重するために、差別禁止や平等が求められるという認識を共有することが必要である。性的指向は、個人が私的な領域や親密な関係をどのように形成するかについての権利であり、そのことはセクシュアリティに限られず、全ての人の人格を発展させるための重要な要素なのであるから。

### 参考・引用文献

- 1) 2018年4月10日現在で、世田谷区、渋谷区、那覇市、三重県伊賀市、兵庫県宝塚市、札幌市、福岡市の自治体が同性パートナー制度を導入している。
- 2) 朝日新聞では2016年、結婚休暇と結婚祝い金を同性パートナーに認め、2017年には住宅補助の家族帯同扱いや転任旅費の家族分、弔慰金に拡大した。毎日新聞では、2018年3月結婚休暇、忌引き休暇、世帯手当などを同性パートナーに拡大している。 [http://www.data-max.co.jp/300404\\_dn1777\\_3/](http://www.data-max.co.jp/300404_dn1777_3/) そのほか、資生堂、ソフトバンクなどの施策もニュースとなっている。
- 3) 国連広報センター「LGBT：声を上げ、差別をなくそう」  
<http://www.unic.or.jp/activities/humanrights/discrimination/lgbt/>
- 4) UNITED NATIONS, HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHT, Ending Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, 7 march 2012.
- 5) Crompton, Louis. Homosexuality and Civilization. Cambridge & London : Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- 6) フランスに関する以下の記述は、J.Mossuz-Lavau, Les lois de l'amour, 2002, p.281以下に多く拠っている。
- 7) Loi no.744 du 6 aout 1942.
- 8) André Paul Guillaume Gide (1869年～1951年)。自伝的な『一粒の麦も死なずば』(1926年)において同性愛者であることを表明。
- 9) Sidonie-Gabrielle Colette (1873年～1954年)。初期の「クローディーヌ」シリーズや「Le pur et l'impur」(1932)など。
- 10) Julien Green (1900～1998)。『日記(journal)』(1919～1998)や『モイラ』(1950年)等。
- 11) R.von Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis, Newyork, Rebman Company, 1886. どのような精神疾患かは、その後の研究者によって異なるが、遺伝すると考えられたり、脳疾患や治療としてロボトミー手術、去勢手術、電気ショックなどが行われていた。
- 12) 1973年、アメリカの精神心理学会では「同性愛、これは診断か？」をテーマに議論が行われている。
- 13) Malick Briki, Psychiatrie et homosexualité, 2009, p.14.
- 14) 吉屋信子『屋根裏の二処女』(1920年)、宮本百合子『二つの庭』(1947年)、三島由紀夫『仮面の告白』(1949年)、福永武彦『草の花』(1954年)など。
- 15) 判例タイムズ, No.859, 163頁。
- 16) 判例タイムズ, No.986, 206頁。
- 17) 承認年代順に、オランダ、ベルギー、スペイン、カナダ、南アフリカ、ノルウェー、スウェーデン、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン、デンマーク、ブラジル、フランス、ウルグアイ、ニュージーランド、英国、ルクセンブルグ、米国、アイルランド、コロンビア、フィンランド、マルタ、ドイツ、オーストラリア。またオーストリア(2019年1月まで)、台湾(2019年5月まで)。
- 18) 他方、同性間の性交渉を犯罪としている国も、特定の地域においてはまだまだ多く見られる。たとえば北アフリカ諸国(アルジェリア、エジプト、リビア、モロッコ、スーダン、チュニジア)では、同性間の性交渉には懲役刑が課されている。
- 19) Dudgeon v. the United Kingdom, 22 octobere, 1981.
- 20) ヨーロッパ人権条約 第8条

1. すべての人は、その私生活および家族生活、住居ならびに通信の尊重を受ける権利を有する。
  2. この権利の行使に対しては、法律に基づき、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、または他の人の権利及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。
- 21) Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, article 32, 33, 35. この法律では、私生活 (la vie privée) として保護されている。
  - 22) Samuel D. Warren, Louis Brandeis, The right to Privacy, 4 Harvard L.R. 193.
  - 23) 388 US.1 (1967).
  - 24) Civ.1er, 13 mars 2007, no.05-16. 627.
  - 25) Le droit de mener une vie familiale normale. 「普通の家族生活を送る権利」は、フランス1946年憲法前文「国は、個人及び家族に対して、その発展に必要な要件を保障する」およびヨーロッパ人権条約8条「すべての人は私生活および家族生活の尊重を受ける権利を有する」に根拠をおく権利である。当初は、外国人が国民と完全な平等な享受するための基本的な権利として承認された。たとえば憲法院の1993年8月13日判決では、フランスに合法的に居住するし外国人は、普通の家族生活を送る権利を有する、として、パートナーや未成年の子の呼び寄せなどを含んでいた。
  - 26) La loi no 2013-404 du 17 mai 2013.