

マクリーン事件判決の抜本的な見直し

—— 入国・在留に関する国際慣習法の5つの原則 ——

近 藤 敦

目次

はじめに：問題の所在

- 1 ノン・ルフールマン原則
- 2 家族結合原則
- 3 恣意的な収容禁止原則
- 4 差別禁止原則

おわりに：入国・在留に関する国際慣習法の5つの原則

はじめに：問題の所在

1978年10月4日の最高裁大法廷判決、いわゆるマクリーン事件判決では、次の3つの命題について判示している。①「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされている」。すなわち、国際慣習法上、外国人の入国および在留の許否については、国家の自由な裁量により決定することができる（以下、第1命題と呼ぶ）。

また、「憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入国することについては

なんら規定していない」と判示する。この点および①を前提として、②「憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、…在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでない」と解すべきである」という。すなわち、憲法上、外国人の入国の自由および在留の権利は、保障されない（以下、第2命題と呼ぶ）。

さらに、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」との「性質説」の立場を表明する。そのうえで、②を前提として、③「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、…外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。在留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を当不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者であると推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといってなんら妨げられるものではない」と判断している。すなわち、憲法の基本的人権は、外国人の場合、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き等しく及ぶが、入管法上の在留制度の枠内でしか保障されない（以下、第3命題と呼ぶ）。

外国人の人権に関するリーディング・ケースと呼ばれるこの判例は、今日の判決においても、ほぼ無批判に踏襲されており、外国人に対する憲法の基本的人権の保障を著しく弱めている。しかし、今日の裁判所がマククリーン事件判決の①②③の判決部分を援用することは、少なくとも、3つの点で大きな問題がある。

第1の問題は、①について、難民条約や人権諸条約の発展により、外

国人の受入れは「国家が自由に決定できる」という国家主権の原則だけが国際慣習法なのではない。今日、ノン・ルフールマン（追放・送還）原則、家族結合、恣意的な収容禁止、差別禁止なども国際慣習法といわれている（さらに、出国の自由、自国に入国する（または戻る）権利、領事保護へのアクセス、集団的追放の禁止なども移民法に関する国際慣習法といわれている¹。とりわけ、世界人権宣言 13 条が「自国に戻る権利」を定め、自由権規約 12 条 4 項が「自国に入国する権利」を定めていることもあって、「長期の在留期間、密接な個人的・家族的つながり、在留目的、その種のつながりが他のどこにもないことなどの考慮」のもとに「自国」とみなしうる特別永住者などの長期滞在外国人の入国の自由や在留権の保障にも留意すべきである²）。したがって、今日の国際慣習法は外国人の入国・在留について、「国家が自由に決定することができる」無制限の裁量があるのではなく、「ノン・ルフールマン原則、家族結合、恣意的な収容禁止、差別禁止などに反しない限りで、国家が自由に決定することができる」という内容であることを理解する必要がある。

第 2 の問題は、②について、国際慣習法上、外国人の入国・在留は、国家の自由裁量という第 1 命題を前提に、憲法 22 条 1 項が「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住・・・の自由を有する」と定めているのにもかかわらず、憲法の不文の要件として「日本国内における」という制約を導いて、「在留の権利」の保障を否定している。しかし、入国して居住する自由を保障していないとしても、すでに日本に居住している人の在留の権利が憲法の「居住の自由」とは無関係というのは、いささか無理な解釈といえよう。また、憲法 13 条が「生命、自由及び幸福追求」権については、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要と

1 V. Chetail, *International Migration Law* (OUP, 2019), pp. 119-164.

2 HRC, *Nystorm v. Australia*, UN Doc CCPR/C/102/D/1557/2007 (2011); HRC, *Warsame v. Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/102/D/1959/2010 (2011); HRC, *Deepan Budlakoti v. Canada*, UN Doc. CCPR/C/122/D/2264/2013 (2018); 近藤敦「自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利」『名城法学』64 巻 4 号 (2015) 26 - 27 頁。

する」と定めているにもかかわらず、外国人の居住の自由については、尊重を必要とせず、公共の福祉に反する行為をしたわけではなく、憲法で保障された表現の自由の範囲内の政治的意見の表明が、居住の自由の制約根拠となるのは恣意的である。

第3の問題は、③について、憲法上、外国人の入国の自由および在留の権利は、保障されないという第2命題を前提にすると、なぜ「憲法の基本的人権の保障」が入管法上の「外国人在留制度のわく内」なのだろうか。本来、在留制度は、居住の権利と労働の権利の制約条件を定めるだけで、原理的には他の基本的人権の制約根拠とは、いえないはずである。外国人の人権をめぐる憲法解釈は、「文言」ではなく、権利の「性質」で判断するとの立場を最高裁は表明したものの、性質の判断基準は、必ずしも明らかでない。おそらく、諸外国の憲法実務や国際慣習法から、権利の性質を導くものと思われるが、第3命題の論理に従うと、在留資格も性質の判断基準となると想定されているのかもしれない。しかし、この第3命題の論理は、入管法を憲法よりも上位の規範とするものである。これでは、外国人に対する人種・性・信条などの差別に基づく入管行政であっても合憲となることを意味しかねず、不合理な結果となりかねない。マクリーン事件判決では、法務大臣の政治信条に反する「外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえないと評価」する信条差別を許す論理となっていないだろうか。憲法で保障された表現の自由の範囲内の政治的意見の表明が、在留期間更新のマイナス要素として考慮されるのであれば、法務大臣は憲法の基本的人権の保障を無視してもよいことになる³。

かつて、自由権規約委員会は、モーリシャスの入管法が男性国民の外国人配偶者にだけ在留権を認め、女性の外国人配偶者は裁量とすることは、性差別として規約違反としたことがある⁴。第3命題の論理によれば、こ

3 泉徳治「マクリーン事件最高裁判決の枠組みの再考」『自由と正義』62巻2号(2011)21頁。

の種の性差別的な入管法改正も、合憲となりかねない。また、かつてアメリカの連邦最高裁は、人種的な偏見から中国人や日本人を排斥する退去強制を国家主権の絶対的権限を根拠に合憲とした時代があった⁵。しかし、このような人種差別的な入国規制が今日でも許されるかということ、この時期のアメリカの平等保護は、修正 14 条による州の法律規制に対してのみ適用されると考えられていたことを踏まえておく必要がある。すでに 1903 年の判例上、入国間もなく英語を解さない日本人に対する英語による退去強制の聴聞などが修正 5 条の適正手続違反とした⁶。また、2001 年の判例上、外国人の無期限収容を修正 5 条違反とすることで連邦議会の移民法に関する絶対的権限も重要な憲法上の制約に服すると判示している⁷。そして 1954 年の判例以後⁸、連邦最高裁は、修正 5 条により連邦の法律の平等保護もカバーするようになったので、この種の人種差別的な敵意が明確な連邦の法律や命令は、今日では違憲となりうる⁹。したがって、第 1 命題を前提として、第 2 命題、第 3 命題を導くマクレーン事件判決の論理は、時代錯誤的であり、人種差別禁止、適正手続などの憲法の人権保障により、重大な見直しを必要とする。

本稿は、とりわけ第 1 の問題について、以下に、ノン・ルフールマン原則、家族結合、恣意的な収容禁止、および差別禁止の順で検討する。最後に、

4 HRC, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 Other Mauritian Women v. Mauritius*, U.N. Doc. CCPR/C/12/D/35/1978 (1981).

5 *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Nishimura v. United States* 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).

6 *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903).

7 *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).

8 *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

9 なお、*Trump v. Hawaii*, No. 17-965, 585 U.S. 38 (2018) では、宗教差別が争われた事例であるが、トランプ大統領の入国禁止令は 7 カ国中 5 カ国がイスラーム教徒を多数派とする国であっても、2 カ国は別であり、当初のイスラーム教国が対象からはずれるなど、イスラーム教をターゲットとするものではなく、宗教への敵意は推察されないため、修正 1 条の宗教の自由な行使を侵害するものではないと判断している。このように、在留制度の枠にかかわらず、憲法上の人権保障が審査されうる点にも注意を要する。

外国人の入国・在留をめぐる今日の国際慣習法のあり方について整理する。

そもそも、国際慣習法（ないし慣習国際法）とは、国際司法裁判所規程 38 条 1 項 b に「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」と表現される。したがって、国際慣習法の成立には、「一般慣行」（客観的要件）と、その慣行が義務となっているとの「法的信念」（主観的要件）の 2 つの要件を必要とする¹⁰。もっとも、今日、国家数の増加とともに客観的要件の緩和がみられるとともに、より認定が容易な国連総会の宣言決議などで主観的要件を認定する傾向にあるという¹¹。

かつての国家主権の原則による無制約な裁量が、国際的な人権保障の進展とともに、他の原則によって大幅に制約されることは、入国の自由だけではない。国籍の取得と喪失について、国家が自由な裁量を有するという、かつての国家主権の原則も、国際的な人権保障の進展とともに、今日、差別禁止原則、無国籍防止原則、恣意的な国籍剥奪原則によって大幅に制約されている¹²。無国籍防止原則、恣意的な国籍剥奪原則も、今日、国際慣習法といわれる¹³。差別禁止原則については、日本の国会も、女性差別撤廃条約の批准に際して、国籍法を父系血統主義から父母両系血統主義に改正し、最高裁も、親が婚姻関係にない日本国民の父と外国人の母との間に生まれた婚外子（非嫡出子）の届出による日本国籍の取得を認めない差別を違憲としている¹⁴。伝統的な国家主権の原則に基づく国籍をめぐる裁量の幅は、人権保障の発展とともに大幅に狭まっている。

同様に、伝統的な国家主権の原則に基づく入国・在留の自由に関する国の裁量は、今日、差別禁止原則をはじめ、ノン・ルフールマン原則、家族

10 岩沢雄司『国際法』（東京大学出版、2020）55 - 56 頁。

11 森川俊孝・佐藤文夫『新国際法講義〔改訂版〕』（北樹出版、2014）31 頁。

12 近藤敦『多文化共生と人権』（明石書店、2019）239 - 40 頁。

13 K. Hailbronner, 'Nationality in Public International Law and European Law', in R. Bauböck et al. (eds.), *Acquisition and Loss of Nationality, Vol. 1: Comparative Analyses: Policies and Trends in 15 European States* (Amsterdam University Press, 2006), pp. 65, 70.

14 最大判 2008（平成 20）年 6 月 4 日民集 62 巻 6 号 1367 頁。

結合原則、恣意的な収容禁止原則などの国際慣習法により制約されていることを本稿は確認しながら、マクレーン事件判決の第1命題の抜本的な見直しの必要性を検討するものである。

1 ノン・ルフールマン原則

まず、外国人の入国に関する国際慣習法の規範として、ノン・ルフールマン原則がある。迫害の危険や重大な人権侵害のある国への人のノン・ルフールマン（追放・送還・引渡禁止）原則は、世界人権宣言や自由権規約には明文規定がない¹⁵。しかし、明示のノン・ルフールマンの義務を課す国連の条約として、以下の3つがある。第1に、難民条約33条1項が「締約国は、難民を、いかなる方法によっても、人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であること、または政治的意見のために、その生命または自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放し、または送還してはならない」と定めている。第2に、1984年の拷問等禁止条約3条1項が「締約国は、いずれの者をも、その者に対する拷問が行われるおそれがあると信ずるに足りる実質的な根拠がある他の国へ追放し、送還し、または引き渡してはならない」と定めている。第3に、2006年の強制失踪条約16条が「締約国は、ある者が強制失踪の対象とされるおそれがあると信ずるに足りる実質的な理由がある他の国へ当該者を追放し、もしくは送還し、または当該者について犯罪人引渡しを行ってはならない」と定めている¹⁶。

加えて、明文のノン・ルフールマン原則を定めていない人権条約においても条約の履行状況を監督する以下の3つの条約機関が不文のノン・ル

15 また、地域的な人権条約としてはヨーロッパ人権条約やアフリカ人権憲章にはノン・ルフールマン原則の明文規定はない。

16 また、地域的な人権条約としては、1969年の米州人権条約22条8項、1985年の拷問を防止し処罰する米州条約13条4項、2000年のEU基本権憲章19条2項、2004年のアラブ人権憲章28条も、ノン・ルフールマン原則を定めている。

フルマンの義務を条約解釈上、導いている¹⁷。第1に、自由権規約委員会は、「何人も、拷問または残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない」と定める自由権規約7条に関する一般的意見20において、「締結国は個人を、犯罪人引渡、追放、または送還によって、他国に対する帰還の際における拷問または残虐な非人道的なもしくは品位を傷つける取扱い、または処罰の危険にさらしてはいけない」との見解を表明した¹⁸。また、同6条の「生命」の権利も同様であり、自由権規約委員会は、一般的意見31において、「領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、規約の権利を尊重し確保しなければならない同2条の義務は、移転が実行されることになる国もしくはある個人が結果的に移転させられる先の国において、同6条や7条に規定されているような回復しえない危害が及ぶ真のリスクがあると信じる十分な証拠があるとき、その者を本国に送還したり、国外追放したり、もしくは領

17 地域的人権条約においては、ヨーロッパ人権裁判所が、*Soering v. the United Kingdom* (1989)において、死刑のあるアメリカのヴァージニア州で殺人の罪に問われているドイツ国籍のゼーリングを、イギリス政府がアメリカに引渡すことは、死刑があること自体が「生命」の権利を定めるヨーロッパ人権条約2条に反するわけではないが、死刑執行を待ちながら収容される蓋然性があり、「何人も、拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない」と定める同3条に反するとした。2条や3条以外にも、同裁判所は、*Omar Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom* (2012)では、イギリスに難民として認められたヨルダン国民を反テロ法で拘禁した後、ヨルダンに送還することが、ヨーロッパ人権条約3条の虐待、同5条の恣意的な収容のおそれは認められないものの、同6条の公正な裁判を受ける権利を侵害するおそれがあるとした。また、同裁判所は、*Ould Barar v. Sweden* (1999) 28 EHRR CD 213では、モーリタニアで奴隷状態となることを逃れるためにスウェーデンに旅行ビザで入国し、難民申請したモーリタニア国民を送還しても、ヨーロッパ人権条約3条の拷問や虐待、(父を奴隷として所有していた人への年に一度簡単な仕事をすることはあっても)同4条の奴隷状態になるおそれもないとした。したがって、2条の「生命」の権利、3条の「拷問等」、4条の「奴隷状態」、5条の「恣意的な収容」および6条の「公正な裁判を受ける権利」がヨーロッパ人権条約におけるノン・ルフールマン原則の根拠規定といえる。なお、アフリカ人権委員会も、2008年(第2版)のアフリカにおける拷問等禁止ガイドラインの決議においてアフリカ人権憲章5条の奴隷・拷問等の禁止規定などを根拠にノン・ルフールマン原則を明示している。

18 自由権規約委員会・一般的意見20(1992年4月3日)9段落。

域から移転してはならない義務を必然的に伴う」という¹⁹。国家は人権侵害を控えるという消極的な義務を負うだけでなく、当該基本的権利の実効的な享受を確保するために侵害を防止する積極的な義務を負う。したがって、同6条や7条にとどまらず、規約のいかなる権利の侵害に対しても不文のノン・ルフールマンの義務を自由権規約は認めているという²⁰。

第2に、子どもの権利委員会は、一般的意見6において、「いかなる子どもも、拷問または他の残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない」と定める子どもの権利条約37条や「すべての子どもが生命に対する固有の権利を有する」と定める同6条の援用にとどまることなく、「条約上の義務を履行するにあたり、国は、子どもに回復不可能な危害が及ぶ現実の危険性があると考えらるに足る相当の理由がある国に子どもを帰還させてはならない」との見解を表明している²¹。

第3に、女性差別撤廃委員会は、MNN v. Denmark (2013)において、旅行ビザで入国し超過滞在者となったウガンダ国民の女性をデンマーク政府がウガンダに送還することが、女性性器切除の危険があることを認定しなかったものの、その種の事実が認定され、もしジェンダーに基づく深刻な暴力が起こることが予見可能な事情がある場合に、締約国が他国に人を送還することは、女性差別撤廃条約違反となるとの見解を示している²²。

こうした明文および不文のノン・ルフールマン原則の進展とともに、大多数の法学者は、ノン・ルフールマン原則を国際慣習法として認めるようになって²³。その論拠は、以下の3点にある²⁴。

19 同・一般的意見31（2004年4月21日）12段落。

20 Chetail, *op. cit.*, p. 196.

21 子どもの権利委員会・一般的意見6（2005年9月1日）27段落。

22 CEDAW, MNN v. Denmark (2013), para 8.10.

23 International Institute of Humanitarian Law の宣言として、Sanremo Declaration on the Principle of Non-Refoulement (2001) available at <<http://iihl.org/wp-content/uploads/2019/05/Sanremo-Declaration-on-the-Principle-of-Non-Refoulement.pdf>> (2020年12月25日閲覧); International Law Association の決議として、Resolution 6/2002 on Refugee Procedures (Declaration on International Minimum Standards for Refugee

第1に、「一般慣行」がみられるのは、大多数の国の実務からわかる。90%以上の国連加盟国が、明示のノン・ルフールマンの義務を定める条約を1つ以上締結している。さらに、これらの国で当該義務規定に留保を付しているのは（拷問等禁止条約3条を留保したパキスタン）1カ国だ

Procedures) (2002) available at <<https://www.refworld.org/docid/4280b2404.html>> (2020年12月25日閲覧)；専門家集団の宣言として、Declaration on the Protection of Refugees and Displaced Persons in the Arab World (1992) available at <<https://www.refworld.org/docid/452675944.html>> (2020年12月25日閲覧)。主な法学者の見解として、参照、F.de Weck, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture* (Brill, 2017), p. 2; E. Lauterpacht and D. Bethlehem, 'The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement', in E. Feller et al. (eds.), *Refugee Protection in International Law* (Cambridge University Press, 2003), pp. 140-64; G. Goodwin-Gill and J. Adam, *The Refugee in International Law, 3rd ed.* (Oxford University Press, 2007), pp. 345-54; W. Kälin et al., 'Article 33', para. 1, in A. Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Oxford University Press, 2011), pp. 1343-46; A. Duffy, 'Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law', *International Journal of Refugee Law* 20: 3 (2008), p. 389; S. Trevisanut, 'The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection', *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 12 (2008), p. 215; R. Bruin and K. Wouters, 'Terrorism and the non-derogability of non-refoulement', *International Journal of Refugee Law* 15: 5 (2003), pp. 25-26; C. M.- J. Bostock, 'The International Legal Obligations owed to the Asylum Seekers on the MV Tampa', *International Journal of Refugee Law* 14: 2 and 3 (2002), pp. 288-90; R. Marx, 'Non-Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims', *International Journal of Refugee Law* 7 (1995), pp. 391-92; T. Merton, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Oxford University Press, 1991), p. 23; R.C. Sexton, 'Political Refugees, Non-Refoulement and State Practice: A Comparative Study', *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 18: 4 (1985), pp. 738-39; D. W. Greig, 'The Protection of Refugees and Customary International Law', *Australian Year Book of International Law* 108 (1983), p. 133; P. Hybdman, 'Asylum and Non-Refoulement: Are These Obligations Owed to Refugees Under International Law?', *Philippines Law Journal* 55 (1982), p. 68; N. Coleman, 'Non-Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law', *European Journal of Migration and Law* 5: 23, (2003), p. 23; R. Plender, *International Migration Law revised 2nd ed.* (Martinus Nijhoff, 1988), p. 427.

24 Chetail, *op. cit.*, pp. 120-23.

けであった。しかも、他の複数の国からの反対意見があり、この留保は、最終的には撤回されている。

第2に、「一般慣行」がみられるのは、これらの条約を締結していない少数の国の実務からもわかる。どの国も、迫害やその他の重大な人権侵害の現実のおそれがある国に送還する無条件の権利をもつことを主張していない。逆に、(ミャンマー²⁵やバングラデシュ²⁶のように)これらの国は、条約上の明示の義務がないにもかかわらず、ノン・ルフールマン原則を承認してきた。むしろ、これらの国は、送還先の国に迫害や重大な人権侵害のおそれがないことを根拠に送還を正当化している。

第3に、「法的信念」がみられるのは、多くの公式文書やその他の関連規定で繰り返し表明されている。たとえば、2001年に、EUと(トルコを含む)その他の13カ国を代表して、ベルギーが「ノン・ルフールマン原則は、長く国際慣習法の一部であった」と表明している²⁷。同様の声明は、カナダ²⁸、スイス²⁹、UNHCR³⁰、アフリカ連合³¹なども行っている³²。また、

-
- 25 UNHCR, 'Summary Record of the 556th Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme held on 3 October 2001' (9 October 2001) UN Doc A/AC.96/SR.556, para 21.
 - 26 UNHCR, 'Summary Record of the 519th Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (28 November 1997) UN Doc A/AC.96/SR.519, paras 16 and 20.
 - 27 UNHCR, 'Summary Record of the 552nd Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (5 October 2001) UN Doc A/AC.96/SR.552, para 50.
 - 28 UNHCR, 'Summary Record of the 571st Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme held in Geneva on 29 September 2003' (16 October 2003) UN Doc A/AC.96/SR.571, para 28.
 - 29 UNHCR, 'Summary Record of the 557th Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (6 August 2002) UN Doc A/AC.96/SR.557, para 33.
 - 30 UNHCR EXCOM Conclusion No. 25 (1982), para (b).
 - 31 African Union, Kampala Declaration on Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons in Africa, 23 October 2009, para 6, available at <<https://www.refworld.org/docid/4af0623d2.html>> .
 - 32 中米諸国、メキシコ、パナマが1984年に採択したCartagena Declaration on Refugees (para 5)は、ノン・ルフールマン原則を強行規範としている。

デンマーク³³、バングラデシュ³⁴、ハンガリー³⁵、オーストリア³⁶、韓国³⁷、国連総会³⁸などは、関連する条約の批准の有無にかかわらず、「ノン・ルフールマン原則をすべての国の義務とする」見解を表明している³⁹。

以上のように、ほとんどの国が関連する諸条約を締結し、その諸条約を締結していない国も含む一般慣行が存在し、ノン・ルフールマン原則を国際慣習法と位置づける法的信念を示す多くの文書が存在する。したがって、今日、ノン・ルフールマン原則は、国際慣習法といえる。日本でも、難民条約上の難民に限らず、迫害の危険や重大な人権侵害のある国への送還は禁止すべきである。

2 家族結合原則

人の国際移動のおよそ3分の1は、家族移民である。そして多くの条約にみられるように、家族生活を尊重する権利⁴⁰は、国家に対し、家族の保護の積極的義務と家族生活の権利への恣意的な干渉を禁ずる消極的な義務を課している。この2つの義務から、家族結合（家族再統合）の義務

33 UNHCR, 'Summary Record of the 552nd Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (23 October 1997) UN Doc A/AC.96/SR.522, para 65.

34 UNHCR, 'Summary Record of the 509th Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (8 January 1997) UN Doc A/AC.96/SR.509, para 53.

35 UNHCR, 'Summary Record of the 501st Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (20 October 1995) UN Doc A/AC.96/SR.501, para 22.

36 UNHCR, 'Summary Record of the 600th Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (14 April 2009) UN Doc A/AC.96/SR.600, para 17.

37 UNHCR, 'Summary Record of the 619th Meeting of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme' (11 January 2010) UN Doc A/AC.96/SR.619, para 72.

38 Resolution adopted by the General Assembly (21 December 2010) UN Doc A/RES/65/225, para 1 (iii).

39 Chetail, *op. cit.*, pp. 122-23.

40 地域的条約としてのヨーロッパ人権条約8条が「家族生活」の尊重を受ける権利を定めている。

が生じる⁴¹。たとえば、自由権規約 23 条は、1 項で家族の「保護」を定め、2 項で「家族を形成する権利」を定めているので、家族結合や家族再統合を確保する適当な措置をとることを国に義務づけている⁴²。また、家族結合の拒否は、同 17 条の「家族」生活への「恣意的な干渉」と考えることができる⁴³。世界人権宣言 16 条が「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」と定め、同 12 条が「家族」の「恣意的な干渉」を受けない権利を定めている（また、ヨーロッパ人権条約 8 条が「家族生活」の尊重を受ける権利を定める）。そして、家族生活の権利、より厳密には家族の同居する権利としての家族結合の権利は、国際慣習法といわれる⁴⁴。家族結合は家族生活を実効的に尊重することに内在する国家の義務である。また、家族生活の干渉と恣意的な退去強制からの自由は、国際慣習法といわれる⁴⁵。

家族結合に関する不文の義務だけでなく、明示の義務を定める多くの文書もある。たとえば、移住労働者と家族の権利条約 44 条 1 項は、締約国の「移住労働者の家族の同居の保護を確実にするために適切な措置をとる」義務、同 2 項が「移住労働者と、その配偶者、法律の適用上婚姻に等しい扱いを受ける関係にある者および未成年で扶養を要する独身の子どもとの

41 厳密には、family unity（または family union, family unification, family integrity and association）を家族結合とし、離れて暮らす家族が再び同居する family reunification（または family reunion）を家族再統合ないし家族呼び寄せと呼ぶのであるが、家族再統合も家族結合の 1 つの形態であるので、ここでは両者を一般に広く家族結合と表記し、両者を区別する場合にだけ、家族再統合と表記することにする。

42 自由権規約委員会・一般的意見 19（1990 年 6 月 24 日）5 段落。

43 同・一般的意見 15（1986 年 7 月 22 日）5・7 段落。

44 S. Kadidal, 'Federalizing Immigration Law: International Law as a Limitation on Congress's Power to Legislate in the Field of Immigration', *Fordham Law Review* 7: 2 (2008), pp. 515-16; Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nation, Advisory Opinion (1989) ICJ Rep 170, pp.210-11 において、Evensen 判事は、個人の家族および家族生活の保全是、国際条約や国際慣習法にかぎらず、法の一般原則から導かれる国際法の支配的な原則により保障される基本的人権であるという。

45 *Maria v. McElroy*, 68 F. Supp. 2d 206, (E.D.N.Y. 1999), p. 234.

同居の再現を促進するために、その権限に属する適切な措置をとる」義務、同3項が「その他の家族についても、人道的な見地から、本条2項で定めたものと等しい措置をとるよう、好意的に配慮する」義務を定めている。子どもの権利条約9条1項は、父母による児童虐待などの例外的な場合を除いて、「子どもがその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する」義務を定めている。また、この一般的な義務にしたがって、同10条1項が「家族の結合を目的とする子どもまたはその父母による締約国への入国または締約国からの出国の申請については、締約国が積極的、人道的かつ迅速な方法で取り扱う」との義務を課している⁴⁶。「積極的」とは、家族再統合の申請をすべて認めなければならないということではなく、9条1項に照らして拒否する正当化事由について政府の側に立証責任があることを意味する。できるだけ早くという意味の「迅速」の期間要件は明確ではないが、1年以上は長すぎるとされる⁴⁷（イスラムにおける子どもの権利規約8条2項は「すべての子どもは、その意思に反して両親から引き離されてはならない」と定め、同4項が「子どもは、両親またはその一方の親と滞在するために他国に出国することが認められるべきである」との締約国の義務を定めている。ヨーロッパ社会憲章19条6項は「領土内での居住が認められた外国人労働者の家族の結合はできるだけ容易にする」締約国の義務を定めている。移住労働者の法的地位に関するヨーロッパ条約12条1項では「締約国の領土で合法的に雇用された移住労働者の

46 日本政府は、批准に際して、9条1項は「出入国管理法に基づく退去強制の結果として児童が父母から分離される場合に適用されるものではない」と解釈宣言し、10条1項の規定する「家族の再統合を目的とする締約国への入国又は締約国からの出国の申請を『積極的、人道的かつ迅速な方法』で取り扱うとの義務はそのような申請の結果に影響を与えるものではない」と解釈宣言している。いずれも、子どもの最善の利益という人権よりも、入管行政の裁量の方を重視するとの立場である。「家族」に関する「幸福追求」の権利について、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要」とする憲法「24条と結びついた13条」が保障する「子どもの最善の利益」違反として、速やかな解釈宣言の撤回が望まれる。

47 J. Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary* (Oxford University Press, 2019), p. 550.

配偶者、当該国家の法律上の未成年であり、移住労働者に扶養されている未婚の子どもは、移住労働者と同じ条件で入国が認められる」と定める)。2018年の国連移住グローバルコンパクトでも、「家族生活の権利と子どもの最善の利益の実現を促進する適切な措置により、あらゆる技能レベルの移民の家族結合の手続へのアクセスを容易にすること」を掲げている⁴⁸。

呼び寄せが可能な家族の範囲は、国内法によってさまざまである。多くの学説は、正規移民の核家族（未成年の子どもと配偶者を含む）の家族結合を容易にすることが国際慣習法であるという⁴⁹。また、多様な学説の最小限の内容として、少なくとも家族生活の権利を行使する他の選択肢がどこにもない場合に、未成年の子とその外国に合法的に定住する家族との再統合の義務があるとする国際慣習法が存在するという⁵⁰。フランスのコンセイユ・デタは、子どもと配偶者と共に家族結合する正規移民の家族生活の権利を憲法の前文や法の一般原則から導いている⁵¹。アメリカの連邦の地区裁判所は、アメリカが子どもの権利条約の締約国でないにもかかわらず、入管分野の国際慣習法として同条約3条の子どもの最善の利益を考慮しなければならないと判示している⁵²。日本でも、子どもの最善の利益を考慮して、家族結合が困難な形での退去強制は禁止すべきである。

48 UN General Assembly, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, para 21 (i).

49 Chetail, *op. cit.*, p. 126; K. Jastram, 'Family Unity', in T. A. Aleinikoff and V. Chetail (eds.) *Migration and International Legal Norms* (TMC Asser Press, 2003), pp. 193-97; G. Furlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens: With Special Focus on Family Unity and Refugee Law* (Almqvist & Wiksell International, 1986), pp.108-18.

50 Chetail, *op. cit.*, p. 127.

51 Conseil d'Etat, GISTI, CFDT et CGT - Rec. Lebon (8 December 1978), p. 493. 厳密には、条約や国際慣習法を補完する法の一般原則として位置づけているものと思われる。各国の慣行から積み上げられる国際慣習法に対し、国際組織等がコンセンサスにより文明国の国内法で共通に認められている法原則を法の一般原則として発展させてきたものという要素もある。

52 *Beharry v. Reno*, 183 F. Supp. 2d 584 (E.D.N.Y., 2002), p. 600.

3 恣意的な収容禁止原則

恣意的な収容の禁止も、国際慣習法といわれる⁵³。恣意的な収容の禁止は、多くの条約に法典化されている十分な根拠のある国際慣習法である⁵⁴。自由権規約9条1項は「何人も、恣意的に逮捕され、または収容されない」と定めている。子どもの権利条約37条(b)は「いかなる子どもも、不法にまたは恣意的にその自由を奪われない」と定める。移住労働者権利条約16条4項は「移住労働者とその家族は、単独にも集団的にも、恣意的に逮捕または収容されることはなく、また、法律で定める理由および手続によらない限り、その自由を奪われない」と定める。国連総会は、当該条約の締約国であるか否かにかかわらず、すべての国に「非正規移民の過度の収容を避けるために、必要な収容期間を審査し、代替収容を採用すること」を繰り返し表明している⁵⁵。今日、国連移住グローバルコンパクトでも確認されているように、国家の収容に関する裁量は、主に3つ

-
- 53 Human Rights Council, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, U.N. Doc. A/HRC/22/44 (2012), para. 43; F. F. Martin, et al. (eds.), *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis* (Cambridge University Press, 2006), pp. 265-66; F. d. Londras, *Detention in the 'War on Terror': Can Human Rights Fight Back?* (Cambridge University Press, 2011), p. 51; T.K.Wong, Rights, *Deportation, and Detention in the Age of Immigration Control* (Stanford University Press, 2015), No.963-96; M.I. Gwangndi, 'The Right to Liberty under International Human Rights Law: An Analysis', *Journal of Law, Policy and Globalization* 37 (2015), p. 213; H. Hannum, 'The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law', *Georgia Journal of International & Comparative Law* 25 (1996), pp. 305-06; E. B. Burton and D. B. Goldstein, 'Vietnamese Women and Children Refugees in Hong Kong: An Argument Against Arbitrary Detention', *Duke Journal of Comparative and International Law* 4: 71 (1993), pp. 71, 86.
- 54 Chetail, *op. cit.*, p. 133; American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (American Law Institute Publishers, 1987), § 702.
- 55 たとえば、UNGA Res 63/184 (17 March 2009) UN Doc GA/RES/63/184, para 9; UNGA Res 70/147 (25 February 2016) UN Doc GA/RES/70/147, para 4 (a).

の制約が課されている。

第1に、収容は法律に従ってなされなければならない。このことは、法の支配に内在する法的安定性の一般原理を反映し、すべての人権条約に定められている。非正規移民の収容が国内法の手続に従うだけでなく、すべての恣意の危険を避けるために国内法が十分にアクセス可能であり、明確でなければならない。

第2に、恣意的な収容の禁止は、自由の剥奪には合理性、必要性、比例性が必要であると一般に理解されている⁵⁶。たとえば、収容の必要性は、逃亡のおそれや（パスポートを廃棄するなど）協力を欠くような場合をさし⁵⁷、こうした理由なしに収容することは恣意的となる⁵⁸。無期限収容は、恣意的であり⁵⁹、長期の収容も比例性を欠き、恣意的である⁶⁰。比例性の一般原理として、自由と安全の権利を侵害することなしに、入管政策の遵守という同じ目的を達成する上で、報告義務を課したり、保証人その他の条件を付したりする、より制限的でない収容に代替する手段がとれないかを検討することが必要である⁶¹。

第3に、収容の適法性に関する裁判を受ける権利は、確立した国際慣習法である⁶²。裁判所の審査は、国内法上の適法性だけでなく、国際法にしたがって、収容の合理性、必要性、比例性を審査すべきである⁶³。

なお、自由権規約委員会は、一般的意見24において、恣意的な収容の禁止など国際慣習法に相当する規定は、留保の対象とはならないとい

56 たとえば、HRC, *MMM et al. v. Australia* (2013) UN Doc CCPR/C/108/D/2136/2012, para 10.3; HRC, *X v. Republic of Korea* (2014), U.N. Doc. CCPR/C/110/D/1908/2009, para 10.3.

57 HRC, *MGC v. Australia* (2015) UN Doc CCPR/C/113/D/1875/2009, para 11.6 では、逃亡のほか、他者への犯罪の危険、国家の安全へのリスクがある場合も挙げている。

58 HRC, *A v. Australia* (1997) UN Doc CCPR/C/59/D/560/1993, para 9.4.

59 Human Rights Council, *A/HRC/7/4*, para. 52.

60 Chetail, *op. cit.*, p. 135.

61 HRC, *C v. Australia* (2002), UN Doc CCPR/C/76/D/900/1999, para 8.2.

62 Human Rights Council, *A/HRC/7/4*, para. 67.

63 Chetail, *op. cit.*, p. 137.

う⁶⁴。その他、被收容者が領事にアクセスする権利も、国際慣習法である。また、收容に際しては、国際慣習法である拷問・非人道的な・品位を傷つける取扱いの禁止を守って、人間の尊厳を尊重する必要がある⁶⁵。したがって、日本でも、退去強制令書による無期限收容や、在留資格のない者の在留活動禁止を收容目的とする「全件收容主義ないし原則收容主義」を改め、仮放免において就労も生活支援も認めない、品位を傷つける取扱いをやめるべきである。

4 差別禁止原則

差別禁止は、国連憲章において唯一明示された人権である。したがって、すべての国を拘束する⁶⁶。国連憲章1条3項では「人種、性、言語または宗教による差別なく、すべての者のために人権および基本的自由を尊重するように助長奨励する」とある。世界人権宣言2条も「すべて人は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治上その他の意見、国民的もしくは社会的出身、財産、門地その他の地位またはこれに類するいかなる事由による差別をも受けることなく、この宣言に掲げるすべての権利と自由とを享有することができる」と定めている。同7条も「すべての人は、法の下において平等であり、また、いかなる差別もなしに法の平等な保護を受ける権利を有する」と定める。自由権規約、社会権規約、人種差別撤廃条約、女性差別撤廃条約、子どもの権利条約、移住労働者条約、障害者権利条約をはじめ、差別禁止は、ほとんどの人権条約に掲げられている。国籍が差別禁止事由に明示されていなくても、自由権規約委員会が確認したように⁶⁷、「他の地位」などの文言や起草過程から、国籍は差別禁止事由であり、差

64 自由権規約委員会・一般的意見24（1994年11月12日）8段落。

65 Chetail, *op. cit.*, p. 137.

66 Chetail, *op. cit.*, p. 145.

67 HRC, Ibrahima Gueye et al v France (1989), UN Doc CCPR/ C/ 35/ D/ 196/ 1985, para 9.4; HRC, Simunek v Czech Republic (1995), UN Doc CCPR/ C/ 54/ D/ 516/ 1992; HRC, Adam v Czech Republic (1996), UN Doc CCPR/ C/ 57/ D/ 586/ 1994.

別禁止は、外国人にも適用される。

多くの法学者は、差別禁止原理は、国際慣習法に組み込まれていることを承認している⁶⁸。また、個人を差別する権利があると主張する国はない⁶⁹。差別禁止は、別異の取扱いを一切禁じるものではないが、その区別は、合理的であり、客観的であり、正当な目的達成のために比例的である必要がある⁷⁰。したがって、ベトナム戦争に反対する思想を表明すべく合法的なデモに参加したことをもって、「日本国の利益を害する」として在留期間の更新を不許可にすることは、比例的でなく、信条差別に当たることを今後の入管行政では留意する必要があるだろう。

68 B. G. Ramcharan, 'Equality and Non-discrimination', in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press, 1981), p. 249; B. Saul, D. Kinley and J. Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2014), p. 176; M. Weller and K. Nobbs, *Political Participation of Minorities: A Commentary on International Standards and Practice* (Oxford University Press, 2010), pp. 98-99; D. Shelton, 'Prohibited Discrimination in International Human Rights Law' in A. Constantinescu and N. Zaiko (eds.), *The Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa* (Martinus Nijhoff 2009), pp. 273-74; D. Moeckli, *Human Rights and Non-Discrimination in the War on Terror* (Oxford Univ Press, 2008), p. 59; S. Besson, 'The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child', *International Journal of Children's Rights* 13 (2005), p. 440; H. Hannum, 'The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law' (1996) 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25 (1996), pp. 341-43; Lord Lester of Herne Hill, 'Non-Discrimination in International Human Rights Law', *Commonwealth Law Bulletin* 19: 4 (1993), p.1659; A. F. Bayefsky, 'The Principle of Equality and Non-Discrimination in International Law', *Human Rights Law Journal* 11(1990), p. 19; R. B. Lillich, 'Civil Rights' in T. Meron (ed.), *Human Rights in International Law vol 1* (Oxford University Press, 1984) p.133; M.S. McDougal, H. D. Lasswell and L. Chen, 'The Protection of Respect and Human Rights: Freedom of Choice and World Public Order', *American University Law Review* 24 (1975), p. 1068.

69 Chetail, *op. cit.*, p. 148.

70 自由権規約委員会・一般的意見 18 (1989年11月9日) 13段落、社会権規約委員会・一般的意見 20 (2009年7月2日) 13段落、人種差別撤廃委員会・一般的勧告 30 (2002年10月1日) 4段落。

おわりに：入国・在留に関する国際慣習法の5つの原則

自由権規約委員会によれば、規約は、締約国の領域に入り、またはそこで居住する外国人の権利を認めていない。誰に自国への入国を認めるかを決定することは、原則としてその国の問題である。しかし、一定の状況において、たとえば、差別禁止、非人道的な取扱いの禁止、または家族生活の尊重の考慮が生じるときに、外国人は、入国または居住に関連する場合においてさえ規約の保護を享受することができる⁷¹。非人道的な取扱いの禁止は、ノン・ルフールマン原則の問題でもある（なお、恣意的な退去強制の禁止が広義の概念であり、その中には、ノン・ルフールマン原則や集団的追放の禁止もあれば、家族結合の権利を侵害する退去強制もある）。

したがって、かつての国際慣習法として、マクリーン事件最高裁判決が前提とした、入国・在留に関する国家の無制約な自由裁量を認める国家主権の原則は、今日の国際慣習法では修正される必要がある。入国・在留に関する第1の国家主権の原則は、国際的な人権保障の発展に伴い、少なくとも第2から第5までの他の4つの原則により制約される。第2のノン・ルフールマン原則により、迫害やその他の重大な人権侵害の現実のおそれがある国に送還することを禁じられる。また、第3の家族結合の原則により、少なくとも、家族生活の権利を行使する他の選択肢がどこにもない場合に、未成年の子とその外国に合法的に定住する家族との再統合の義務がある。第4に、恣意的な収容の禁止の原則により、合理性、必要性、比例性を欠く収容は禁止される。第5に、差別禁止原則により、人種、性、言語、宗教などを理由とする差別的な入国管理は禁止される。したがって、今日の国際慣習法は外国人の入国・在留について、マクリーン事件最高裁判決の指摘するような「国家が自由に決定することができる」無制限の裁量があるのではない。そこで、修正第1命題は、「今日の国際慣習法上、

71 自由権規約委員会・一般的意見15（1986年7月22日）5段落。

外国人の入国・在留については、ノン・ルフールマン原則、家族結合、恣意的な収容禁止、差別禁止などに反しない限りで、国家が自由に決定することができる」となる。

マククリーン事件最高裁判決の第1命題、すなわち国際慣習法上、外国人の入国および在留の許否については、国家の自由な裁量により決定することができるという前提が修正される必要がある以上、これを前提とする第2命題も修正される必要がある。たとえば、憲法前文は、「全世界の国民」が「ひとしく恐怖…から免れ」る「権利」を有すると定め、憲法13条が「生命、自由及び幸福追求」の権利や、「個人の尊重」を保障していることから、生命、自由の迫害や、人間の尊厳に反する非人道的な・品位を傷つける取扱いのおそれがある国への送還禁止のために、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」ことを憲法13条は要請している。今後は、「居住・移転」の自由を定める憲法22条1項と結びついた13条が、ノン・ルフールマン原則を保障していることに目を向けるべきである。

その他にも、詳しくは、別稿に譲るが⁷²、今日の国際慣習法ないし日本が批准している人権条約に適合的な憲法解釈としての融合的保障が多文化共生時代の憲法学には求められている。自由権規約12条4項の定める「自国に入国する権利」も、憲法22条1項と結びついた13条が保障する。そこで、修正第2命題は、「憲法上、自国とみなしうる一定の長期滞在在外国人の入国の自由および在留の権利は、保障される」となる。

また、修正第3命題は、「国際慣習法ないし日本が批准している人権条約を指針として権利の性質を判断すべきであり、憲法の基本的人権は、在留資格の有無にかかわらず、保障されるものも少なくない」となる。とりわけ、恣意的な収容の禁止は、在留資格のない外国人にとって、重要な憲法の基本的人権である。憲法13条が「生命、自由及び幸福追求」の権利や、

72 さしあたり、近藤敦『人権法〔第2版〕』（日本評論社、2020）、同「移民法制と外国人の人権保障：多文化共生時代における憲法学」『公法研究』82号（2020）184-194頁、同「出入国管理と外国人の人権：国内法の人権条約適合的解釈に向けて」『国際人権』32号（2021予定）参照。

論 説

「個人の尊重」を保障していることから、自由が奪われ、人間の尊厳に反する非人道的な・品位を傷つける取扱いを防止すべく、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」ことを憲法 13 条は要請している。今後は、「正当な理由がなければ、拘禁されず」と定める憲法 34 条と結びついた 13 条が、恣意的な収容の禁止を保障していることに着目すべきである。