

研 究

国際法委員会「外国人の追放に関する 条文草案」の研究（1）

A Study Note on the ILC's Draft Articles on the Expulsion of Aliens (1)

北 村 泰 三*
安 藤 由 香**
佐 々 木 亮***

目 次

はじめに——本研究の意義

- I. 本条文草案の意義および採択の経緯
 - 1. 我が国における外国人の送還・追放問題をめぐる最近の議論
 - 2. 国際法委員会による条文草案の起草
 - 3. 本条文草案の起草・審議経過
- II. 本条文草案の仮訳（以上、本号）
- III. 各条文のコメンタリー分析
 - 1. 一般規定：第1条から第5条
 - 2. 禁止される追放：第6条から第12条
 - 3. 追放される外国人の権利の保護：第13条から第15条
 - 4. 追放国において要請される保護：第16条から第20条
 - 5. 追放先の国家に関連する保護：第21条から第24条
 - 6. 特別の手續規則：第26条から第28条
 - 7. 追放の法的結果：第29条から第31条

* 所員・中央大学法科大学院教授

** 嘱託研究所員・大阪大学大学院国際公共政策研究科招へい准教授

*** 嘱託研究所員・聖心女子大学現代教養学部専任講師

はじめに——本研究の意義

本稿で取り上げる「外国人の追放に関する条文草案」(Draft Articles on the Expulsion of Aliens)とは、国際法委員会(International Law Commission, 以下、本委員会またはILCという)が2004年以来、10年あまりにわたって検討を重ね、本主題に関する現行国際法の法典化および漸進的発達を目指して条文形式でとりまとめた文書である¹⁾。本研究の目的は、同条文草案の内容を検討することによって、今日の国際法(特に、人権関係諸条約)の発展、展開の下で外国人の追放に関する国家の伝統的な権利がどのように捉えられているかを検証することにある。

外国人の「追放」(expulsion)とは、外国人の滞在国から、本国等に向けて強制的に帰国させることをいい、(強制)送還(return)、退去強制(forced deportation)などを含む言葉として使用される。本条文草案は、外国人の追放をめぐる国家の権利に関する一般的原則の確認から始まり、国際法による国家の権利の制約の範囲、追放に服する外国人の諸権利、追放の手續上の規則などを含んでおり、この問題に関する今日の国際法・国際人権法の理解にとって多くの示唆を含んでいると思われる²⁾。

- 1) 本条文草案およびコメントリーの仮訳等の基礎としたのは、国際法委員会の2014年版年報の第2巻である。Yearbook of the International Law Commission, 2014, Vol. 2, Part 2, pp. 22-24. UN Doc. A/CN.4/SER.A/2014/Add.1 (Part 2).
- 2) 本条文草案に関する研究論文には、以下のようなものがある。Gerald L. Neuman, "Human Rights and the International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens," *Harvard Human Rights Journals (Harv. Hum. Rts. J.)*, Vol. 30-3 (2017), pp. 3-14. Jacqueline Bhabha, "A Progressive Development, Children's Rights and the ILC Draft, Articles on the Expulsion of Aliens," *Harv. Hum. Rts. J.*, Vol. 30 (2017), pp. 15-27. Won Kidane, "Missed Opportunities in the International Law Commission's Final Draft Articles on the Expulsion of Aliens," *Harv. Hum. Rts. J.*, Vol. 30 (2017), pp. 77-88. Jonathan Bialosky, "Non-Refoulement in the ILC Articles on Expulsion of Aliens and Its Practical Value for U.S. Immigration Law," *Michigan State International Law Review*, Vol. 25-1 (2017), pp. 1-30.

また、本条文草案は法的拘束力を伴わない文書であるが、現下の我が国において関係省庁内で議論されている入管法の改正問題との関連からも、その検討は有意義である³⁾。すなわち、近年我が国では、退去強制令書発付後、その執行が容易でない外国人が増えるに従って、これらの外国人の収容が長期化する問題が生じた。これに対応するために、法務大臣の私的懇談会である出入国管理政策懇談会の下に、2019年10月以後「収容・送還に関する専門部会」⁴⁾を設置して、帰国要請に従わない外国人の送還を円滑に進めるための法改正を検討してきた⁵⁾。2020年7月には同部会の検討結果をとりまとめた提言が公表された⁶⁾。提言では、収容の期限を明示するかどうかは具体的に触れぬ一方で、代替収容措置を取り入れるとともに仮放免中の逃亡防止のために罰則を導入することとし、また繰り返し難民認定を申請するなどの形で送還を拒否し続ける外国人に対しては、難民認定申請中であっても本国への送還を可能とし、送還を拒否する者については罰則を導入することなどを含んでいた。これを受けて2020年12月に公表

Tamas Molnar, "EU Migration Law Shaping International Migration Law in the Field of Expulsion of Aliens; The Case of the ILC Draft Articles," *Hungarian Journal of Legal Studies*, Vol. 58 (2017), pp. 237-260.

- 3) 入管法改正法案は、次を参照。〈<http://www.moj.go.jp/isa/laws/bill/index.html>〉2021年3月30日最終閲覧。
- 4) 収容・送還に関する専門部会 〈http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/nyuu_kokukanri03_00001.html〉2021年3月30日最終閲覧。
- 5) もっとも、退去強制令に従わずに長期収容されている外国人のなかには、難民申請中の者がかなり多数含まれていることから、収容問題と難民認定制度との関連が問題となるが、これら問題の検討は、法律時報第92巻2号（2020年2月号）の小特集に掲載された以下の論文に委ねる。小坂田裕子「入管収容の現在—企画趣旨説明も兼ねて」58-62頁、北村泰三「入管収容における法の支配と国際人権法—ヨーロッパ諸国間における実践を中心に」63-68頁、村上正直「入管収容と自由権規約」69-73頁、安藤由香里「国際人権条約における入管収容とノン・ルフルマン原則」74-79頁。
- 6) 報告書（案）『送還忌避・長期収容問題の解決に向けた提言』（2020年7月）。〈http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/nyuukokukanri03_00001.html〉2021年3月30日最終閲覧。

された法務省の第7次出入国管理政策懇談会の報告書では、提言の内容がそのままの形で取り入れられており、着々と法案の準備が進められている⁷⁾。その間、専門部会における入管法の改正議論においても、国際的な基準との整合性についても検討されたが、それらの考慮は十分には活かされてはならず、提言は、入管当局の意向に沿うような形でとりまとめられている⁸⁾。

我が国における法改正において検討されている諸問題は、本条文草案において定められている追放の要件、追放の対象となる者の権利および追放の手続的保障などと密接に関連しているのであるが、入管法改正の議論のなかで本条文草案について、精査された形跡はない。したがって、本稿のような形で改めて本条文草案の意義を確認しておく意味があるだろう。

本条文草案は、今日の外国人の追放に関する現行国際法をどこまで忠実に反映しているかという点では、見方により異なるであろうが、少なくとも、ILCにおける議論の結果である本条文草案の内容を知ることが有益であろう。そこでまずは、条文の日本語による仮訳を作成して公表するとともに、コメントリーの内容についても重要な箇所を中心に紹介することとした。

本稿の構成は、次の通りとする。まず第I章では、本条文草案の採択に至るまでの経過を紹介し、第II章では、本条文草案の全文31カ条の仮訳を掲載する。続いて第III章では、条文ごとにコメントリーを紹介しつつ、主要な解釈上の論点について検討を加えることとする。

本稿は、北村泰三、安藤由香里、佐々木亮の3名による共同執筆であり、北村が全体を監修者としてとりまとめるが、各執筆者の担当部分を明

7) 入管庁・第7次出入国管理政策懇談会報告書『今後の出入国管理行政のあり方』(令和2年12月)。(http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/nyukan_nyukan41.html) 2021年3月30日最終閲覧。入管法改正案は、2021年2月19日に閣議決定され、国会審議に付された。

8) 北村泰三・村上正直・児玉晃一・宮崎真・高橋済・安藤由香里・坂東雄介・小坂田裕子「(特別企画・座談会) 収容・送還に関する専門部会による提言の検討」法律時報、第92巻11号(2020年10月)、56-77頁。

示し、それぞれの担当部分については各人の文責に委ねることとする。本稿は、全3回での分載を予定しており、本号では、「はじめに」と第I章「本条文草案の意義および採択の経緯」および第II章の「本条文草案の仮訳」までを掲載する。次号では、第III章の本条文草案のコメンタリー分析のうち、一般規定と禁止される追放（第1条から第12条）と第13条から第20条までを扱う。次々号では、第21条から第31条までの各条についてコメンタリーの分析を行う。

I 本条文草案の意義および採択の経緯

1. 我が国における外国人の送還・追放問題をめぐる最近の議論

外国人の追放問題、特に不法入国者やいったん入国が認められた後に適法な在留資格を持たない外国人を追放（送還、退去強制、国外退去など種々の用語が用いられる）することをいう。元来、ヴィトリアやグロチウスなどの黎明期近代国際法学説によれば、国家は外国人を追放する権限を有するが恣意的な追放は禁止されると説かれていた時代もあった⁹⁾。しかし、18世紀には近代主権国家体制の確立に伴い、国家の権力作用により外国人を本国等に追放することは国家の主権的権利の属性として捉えられてきた。その後、19世紀後半から出入国に関する国家主権の主張が強化されるようになって以後、外国人の追放に関する国家の権限が強調されるようになった。同時にまた、19世紀から20世紀の半ばにかけて、外に向けては欧米先進諸国は、在外自国民の保護のために、外国人の処遇に関する「最低基準」(minimum standard)の下で、外国人の恣意的な処遇の禁止（その中には、恣意的な追放の禁止が含まれる）が国際法の要請（国際標準主義）であると主張していたが、途上国側は、国内標準主義、すなわち自国の国内法による保護を越えて外国人を処遇することには異議を説いて対立していた。このように追放の問題を含めて外国人の処遇に関する国際法上

9) Julia Wojnowska-Radzinska, *The Right of an Alien to Be Protected Against Arbitrary Expulsion in International Law*, Brill, 2015, p. 24.

の基準については、何が確立した国際法規であるのか必ずしも明確ではない状況が続いていた¹⁰⁾。ただし、第2次世界大戦後の難民条約や各種の国際人権条約の発展は、外国人の権利にも影響を与えており、追放に関する国家の権利も制約を受けるようになったと考えられる。

今世紀になってからは、特に2001年にアメリカで起きた9.11同時多発テロ事件以後、国家はいかなる理由により外国人を追放することができるかが喫緊の課題として論じられるようになった。ILCが2004年に外国人の追放に関する条文草案の検討に取り組もうとした背景には、このような国際社会の問題がある。

他方、我が国における外国人の追放問題については、1978年の最高裁大法廷のマクレーン事件判決を契機として憲法上の権利の保障が外国人の在留する権利に影響を与えるかが注目された。同判決で最高裁は、「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¹¹⁾」と述べた。その意味は、外国人を追放する国家の裁量は広範であって、憲法上の人権保障の枠に拘束されないとの趣旨として理解されている。すなわち、最高裁は「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、

10) 例えば、我が国が難民条約を批准する以前に、退去強制令の執行と個人の人権との関係が争われたケースとして、ユン・スウギル事件がある。当時の日本では難民認定手続は存在しないので、国際慣習法としての政治犯不引渡しの原則が確立された国際法規であるか否かをめぐって争われた。第1審判決(東京地方裁判所、1969年1月25日)は、政治犯不引渡原則の国際慣習法性を認めて、退去強制令の発布処分はこれに違反し、違法であるとしたが、控訴審判決(東京高等裁判所、1972年4月19日)および上告審判決(最高裁第2小法廷、1976年1月26日)は、本原則は、一般的に確立した国際法規であるとはいえないと判示した。高野雄一「政治犯の本国送還は裁量行為か—尹秀吉最高裁判決(第2小法廷昭和51・1・26)は甚だ遺憾」法学セミナー 252号(1976年4月)、4-14頁。

11) 最高裁大法廷判決(昭和53年10月4日)民集第32巻7号、1223頁。

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斟酌されないことまでの保障を含むものではない。」と述べていた。すなわち、本来は外国人についても基本的人権の保障が及ぶという立場をとりながら、外国人の在留の許否の判断については法務大臣の裁量に委ねられるので、結局外国人の人権についても在留資格の枠内で認められるにすぎないというのである¹²⁾。ただし、同判決でも「特別の条約」がある場合は別であると認めていたが、当時我が国が特別の条約に加わっていた訳ではないので、国家の裁量に制限はないとの意味として理解されている。

ところがマククリーン事件判決以後、我が国は国連の下で採択された主要な人権条約に加入¹³⁾したことによって、最高裁判決の立場をそのまま維持できるかどうか疑問が生じている。なぜならば、これらの人権条約には、外国人の権利や退去強制に関連する規定も含まれるので、これらの条約上の義務を離れて退去強制を語ることはできなくなったからである。

難民条約第33条では、難民や庇護申請中の者を迫害の恐れのある国や場所に送還してはならない義務（ノン・ルフルマン原則）を定めているし、ほかにも「市民のおよび政治的権利に関する国際規約」（自由権規約）の第13条は、合法的に在住する外国人の追放に関しては法律の決定による場合にのみ可能とすると定めている。また自由権規約委員会は、同規約第6条および第7条の解釈において、合法的に在住しているか否かにかかわらず、拷問、非人道的な取り扱いをうけるおそれがある場合には、国家の追

12) マククリーン事件判決に関する最近の批判的見解として次を参照。曾我部真裕「外国人の基本権保障のあり方」法学教室、483号（2020年）、71-79頁。泉徳治「統治構造において司法権が果たすべき役割（第2部【第6回】）マククリーン判決の間違い箇所」判例時報、第2343号（2020年）、133頁。

13) 日本での効力発生日は、以下の通り。自由権規約1979年9月21日、難民条約1982年1月1日、拷問等禁止条約1994年7月29日、強制失踪条約2010年12月23日。

放権限に制約を課していると解している。同様に、「拷問および他の残虐な、非人道的なまたは品位を傷つける取り扱いまたは刑罰に関する条約（拷問等禁止条約）」第3条は、拷問のおそれのある場所への送還、引渡し等を明文によって禁止している。「強制失踪からのすべての者の保護に関する条約」（強制失踪条約）第16条も強制失踪の対象となるおそれのある場合への送還、追放等を禁止している。要するに、これらの条約は、追放の結果、当該外国人に回復不能の危険が及ぶおそれのある場合には、在留資格の有無にかかわらず追放に関する国家の裁量権行使を制限する条項を含んでいるのである。

また、ヨーロッパ人権条約第3条および同条約第4議定書第3条、第4条¹⁴⁾、米州人権条約第22条6項¹⁵⁾などに関する地域的人権機構の判例法やEUの共通庇護制度の下では、外国人の追放に関する国家の主権的権利が個人の人権保障との関係で一定の制限に従うことがもはや当然視されるようになってきている。このような国家の枠を越える多層的な法システムの下で同趣旨の規定が存在していることは、国際社会における一般法である国際慣習法の形成を示唆している。換言すれば、外国人の追放問題は、国家の自由な裁量から国際的な法の支配の原則の下に置かれるようになってきているとみることでもできよう。

このような変化にもかかわらず、我が国では、自由権規約や難民条約を批准してから約40年前後が経過しても、これらの条約の規定が、マクリーン判決の論理に実質的な影響を与えるまでに至っていないと思われる。しかし、憲法98条2項により一般的には我が国が締結した条約は、直接適用が可能であり、また国内の法律よりも上位の規範として位置づけられるのであるから、入管法の規定も我が国が批准した人権条約の要請に従って解

14) ヨーロッパ人権裁判所の判決は多数あるが、代表的な判決として、*Chahal v. the United Kingdom* (15 November 1996) に関する大法廷判決がある。

15) 米州人権裁判所の判決としては、次を参照。*The Pacheco Tineo Family v. Bolivia*, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights, November 25, 2013.

積されるべきであろう。ところが我が国では、国際人権条約が出入国の分野において具体的にどのような義務を課しているかあまり議論されないまま、行政当局の裁量的判断が司法においてもほぼそのまま認められている傾向が強い。

以上のような国際社会および我が国の問題状況からみると、ILCが本条文草案において、伝統的な国家主権と発展しつつある国際人権法に基づく個人の権利との関係をどのように関係づけているかを検討することは、出入国管理法の適用をめぐる実務的な観点からも意義があると思われる。

2. 国際法委員会による条文草案の起草

本条文草案は、国連ILCによって作成されたものであるが、一般にILCの条文草案がどのような法的意味があるのかについて、専門家以外には必ずしも十分に知られている訳ではないだろう。そこで、詳細は他の研究に譲るが¹⁶⁾、まずはILCによって採択された条文草案の法的意義について、簡潔に触れておくこととする。

国際社会においては、長年にわたる一定の国家慣行の積み重ねが法的信念を伴って行われている場合には、慣習国際法の成立がみとめられる。そのほかに、主権国家間の明示の合意により条約を締結することにより国際法の発展がみられる。しかし、国際社会には、主権国家における議会や国会のような中央権力に裏付けられた立法機関が存在しないので、国際慣習法の成熟を待つには、一般的には長い時間を必要とし、その内容についても常に明確であるとは限らない。このような国際社会において、国際法の成立を促進するために、19世紀初頭以後、国際法の法典化が試みられてきた¹⁷⁾。

16) 中村洸「国際法委員会の構成と機能」法學研究、第39巻5号(1966年)、37-59頁。萬歳寛之「国際法の法典化と国連国際法委員会(1)」早稲田法学、78巻3号(2003年)253-272頁。丸山珠理「国連国際法委員会の役割について」京都産業大学論集社会科学系列第21号(2004年3月)177-194頁。

17) 例えば、1815年のウィーン規則および1818年のエクス・ラ・シャベル会議に

第2次世界大戦後、国際連合の下では総会が、このような国際社会の統一的な合意を形成することにより規範形成の役割を担ってはいるが¹⁸⁾、総会決議は、勧告的性格でしかなく、総会は立法機関ではない。その点に鑑みて、国連憲章第13条1項では、総会の下に国際法委員会を設置して国際法の漸進的発達および法典化の役割を与えた¹⁹⁾。ILC 規程によれば、漸進的発達とは、便宜的に「国際法により未だ規律されない問題につき、または国家慣行において法が十分発達していない問題について、条約案を用意すること」と規定し、法典化とは、「既に広範な国家慣行・先例・学説の存在する領域における国際法規則の詳細な成文化と体系化」と規定している (ILC 規程第15条)。このように法典化と漸進的発達とは、異なる観念ではあるが、ILC は、これらの双方の任務を与えられている。

これまでに ILC が起草した条約には、海洋法4条約 (領海条約、公海条約、大陸棚条約、漁業資源保存条約)、外交関係に関するウィーン条約、領事関係に関するウィーン条約、条約法に関するウィーン条約、国際刑事裁判所規程、国際水路の非航行利用に関する条約などがあり、これらを通じて国際法の法典化と漸進的発達に寄与してきた²⁰⁾。ILC がこのような形で国際法の発展に寄与してきた役割は、極めて高く評価されている。

他にも ILC が取り組んできた問題には、条約として採択に直接結びつ

いて外交官の席次に関する統一的な規則が採択されたのは、国際法の法典化の嚆矢であった。また、1899年と1907年に開催された第1次、第2次のハーグ平和会議ではハーグ陸戦条約等の条約が採択された。国際連盟時代の1930年にもハーグ法典編纂会議が開催され、「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」が採択された。

- 18) 国連憲章第13条1項は、「総会は、次の目的のために研究を發議し、及び勧告をする。」として、「a 政治的分野において国際協力を促進すること並びに国際法の漸進的発達及び法典化を奨励すること」としている。
- 19) 国際法委員会規則によれば、委員は、理論および実務の双方において国際法において有能な名のある人物として、国連総会による選挙によって選任される。委員の定数は、34名である。
- 20) 村瀬信也「国際法委員会における成果文書の形式とその法的意味」国際法外交雑誌、第118巻第2号(2019年)、1-18頁。

いてはいないが、条約草案の形をとるものがある。今世紀になってから取り組んできたものには、国際的違法行為に関する国家の責任 (2001年)、危険行為による越境損害の防止 (2001年)、外交的保護 (2006年)、越境地下水に関する法 (2008年)、国際組織の国際責任 (2011年)、武力紛争の条約に対する効果 (2011年)、災害における人の保護 (2016年)、人道に対する罪 (2019年)、外国刑事管轄権から国家公務員の免除 (審議継続中)、国家責任に関する国家承継 (審議継続中) などがあり極めて多様である。

これら条約として最終的に採択に至らない文書であっても、例えば国際的違法行為に対する国家の責任に関する条文草案のように、一般に普及している国際条約集にも掲載されていて、国際法の理解にとって不可欠な文書となっているものも存在する。また ILC で起草された文書は、国際裁判等多くの場合で参照され、国際法の形成に大きな影響力を有しているものもある。こうした国際条約として将来、起草されることを念頭において採択される条文草案以外にも、国際法委員会がとりまとめた文書には、「指導原則」(guiding principle)、「ガイドライン」などの形式をとるものもある。外国人の追放に関する条文草案は、議論の末、条文草案の形をとることにしたことには、一定の意味があると思われる。

3. 本条文草案の起草・審議経過

ILC は、2004年の第56会期において、外国人の追放に関する条文草案の検討を開始した²¹⁾。同会期では、本条文草案に関する特別報告者として、カムト委員 (Maurice Kamto, カメルーン) が任命された²²⁾。翌2005年の

21) 本条文草案の審議過程については以下を参照。国際法委員会研究会「(資料) 国連国際法委員会第66会期の審議概要」国際法外交雑誌、第113巻4号(2015年)、150-154頁。Sean D. Murphy, "The Expulsion of Aliens (Revisited) and Other Topics: The Sixty-Sixth Session of the International Law Commission," *American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 1 (2015), pp. 125-145.

22) 国連総会は、2004年12月2日の決議59/41の第5パラグラフにおいて本主題を含ませる委員会の決定を承認した。国際法委員会による本条文草案の検討作業に関する資料は、以下のウェブ・サイトを参照。Analytical Guide to the Work

第57会期において、予備報告書が特別報告者により提出された²³⁾。特別報告者は、国家による外国人を追放する権利は、主権の属性とみなされるが、他方でこの国家の権利は絶対的ではなく、追放される外国人の人権との間のバランスの調整という問題があり、国際法による規制に服するとの基本的立場に立っている。

2012年の第64会期において、委員会は、外国人の追放に関する32カ条からなる条文草案を注釈とともに採択した²⁴⁾。委員会は、各国政府に対してコメントを求めるために事務総長を通じて、条文草案を伝達することを決定した。その結果、2014年1月1日までに12カ国の政府とEUがコメントを寄せた²⁵⁾。

ILCは、2014年5月に開催された第66会期において政府からの意見を踏まえて、条文草案の逐条審議を行った。その際委員会は、各国政府の意見、所見に照らして第1読会で採択された条文草案の修正案を含む、特別報告者の第9報告書を受理し、特別報告者の提案に基づいて条文草案全体に関する第2読会を開催した。

これらのコメントの内容には、条文草案の全般にかかわる問題と個別の条項に関するものがある。まず、全般的な問題としては、諸国の立場は、形式的に条文草案として将来の条約として採択を目指すべきとする意見と、それとも「指導原則」や「ガイドライン」などのより柔軟な形式とすべきという意見に分かれる²⁶⁾。条文草案としての採択に賛同する立場と

of the International Law Commission (https://legal.un.org/ilc/guide/9_12.shtml)

23) Expulsion of Aliens, Preliminary report on the expulsion of aliens, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, A/CN.4/554.

24) Sean D. Murphy, Current Development, *American Journal of International Law*, Vol. 107 (2013), p. 164.

25) Comments and observations received from Governments, A/CN.4/669, 21 March 2014. 日本政府は、意見を提出していない。

26) Ninth report on the expulsion of aliens submitted by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, A/CN.4/670, 25 March 2014.

しては、条文草案の内容は、外国人の権利と国家の主権との間の適切なバランスをとっていること、この問題に関する包括的な問題を含み、追放に関する実体法と手続法のほとんどの論点を取り入れていることなどを評価する意見があった。他方で、草案の内容が国際法の法典化というよりも漸進的発達としての性格が強いこと、地域的な条約メカニズムにおいて展開されている規則を一般化しようと試みている部分がみられることなどの点で条文草案の形をとることは強い疑問も表明された。またこの問題は、各国の国内法の規定に委ねられるべきであり、「条文草案」という形式により、将来的に条約化を目指すかのように受け止められかねない形で採択することについては消極的な意見があった²⁷⁾。

特別報告者は、これらの意見に対して条文草案の多くの規定は、20世紀後半以後発展してきた国家慣行を法典化したものであって、幅広い判例法によって補充されており、ILCは新たな新規立法を行おうとしているものではないなどと釈明した。また、地域法は国際法の一部であり、両者を切り離すことはできず、これまでもILCの作業においてそのように扱ってきたなどと反論した²⁸⁾。こうしたILCの立場を支持する意見もあった。特別報告者は、各国の意見を重んじ、考慮しているが、同時にILCは、規程第1条に明確に述べられているように国際法の漸進的発達と法典化の促進を目的としていること、また諸国からの懸念に対してはコメントリーにおいて示されている解釈の重要性に留意するように求めた。特別報告者としては、ILCが外国人の追放に関する条文草案を採択することによって、この問題の作業を完了するよう求めた²⁹⁾。ILCは、最終的にいかなる形式で採択するかは国連総会における各国の判断に委ねられる問題であるとして、2014年6月6日、外国人の追放に関する条文草案全体を採択し、続いて8月5日にはコメントリーを採択した。その際、総会に対して、可能な限り広く本条文草案を普及させるよう勧奨すること、後の段階で本条文草

27) 例えば、イギリス政府の意見参照。 *Ibid.*, p. 14.

28) *Supra* note 23, paras. 15 and 19.

29) *Ibid.*, para. 77. p. 30.

案を基礎として条約の精緻化を考慮することを勧告した。これを受けて総会は、ILCの意向に沿って、条文草案として採択することになった。

最終的に採択された条文草案の内容は、以下のⅡにおいて紹介するように、従来の国家主権に配慮した部分と第2次世界大戦以後、各種の国際人権諸条約の解釈を通じて展開してきた規範とを折衷したものとなっている。したがって、多くの条項は、伝統的な国家主権を重視する側からも、また個人の人権を重視する側からも、さまざまな批判が想定されるであろう。ただし、本条文草案が単なる妥協の産物と解することも適当ではない。むしろそれは、法的拘束力を有する文書ではないが、国連国際法委員会という国連の正式機関が外国人の追放に関する国際法の一般の規則を示した文書として、この問題に関する国際法の理解の典拠となるだろう。特別報告者は、著名な国際法学者で元 ILC 委員であったトムシャ（Christian Tomuschat）氏の論文から、次のような一節を引用して、本条文草案について大方の理解を得ようとしている。

「本条文草案は、誇張のない十分にバランスのとれた方法により、あらゆる意味で関連法制度を提示することに成功した。国際法委員会には、保守的なアプローチを採用した訳でも、また国家主権の伝統的な要素を払いのけた訳でもない。全般的に、本条文草案は、法の支配と人権とを真剣に取り入れており、公共の利益に関する他の考慮を優先的に扱っている訳でもない。したがって、国際社会から最終的に承諾印を受ける機会があれば、極めて好ましいものと考えられる。」³⁰⁾

結局、このような指摘をみても、外国人の追放に関する法については、国家の主権的権利に関する伝統的な法の側面と個人の権利に関して発展、

30) *Ibid.*, para.76. Quoted from, Christian Tomuschat, “Expulsion of aliens: the International Law Commission draft articles”, in Georg Jochum, Wolfgang Fritzmeyer and Marcel Kau, ed. *Grenzüberschreitendes Recht — Crossing Frontiers Festschrift für Kay Hailbronner*, (C.F. Müller, 2013), p. 662.

形成されてきた法の側面とを切り離すことはできないであろう。であれば、両者を可能なかぎり調和的に解釈していくしかない。それは、困難かもしれないが、具体的な文脈において議論を精緻化していくことが求められているといえよう。

（以上、文責・北村泰三）

II 本条文草案の仮訳

第 I 部 一般規定

第 1 条 [範囲]

1. この条文草案は、自国の領域内に滞在している外国人に対する国家による追放に適用する。
2. この条文草案は、国際法上の特権、免除を享有する外国人には適用しない。

第 2 条 [用語の使用]

この条文草案の適用にあたって

- (a) 「追放」とは、国家に帰属する公式の行為または措置であって、それにより外国人が当該国家の領域を離れるよう強制するものをいう。ただし、他の国家への犯罪人引渡し、国際的な刑事法廷に対する引渡し、または国家への入国拒否を含まない。
- (b) 「外国人」とは、その者が所在する領域国の国籍を所持しない者をいう。

第 3 条 [追放の権利]

国家は、自国の領域から外国人を追放する権利を有する。追放は、この草案の条項に従わなければならない。ただし、その他の国際法の規則、特

に人権に関するそれらの規則の適用を害するものではない。

第4条 [法に従うべき要請]

外国人は、法律に基づき決定された場合に限り、追放することができる。

第5条 [追放の理由]

1. いかなる追放の決定も、それを正当化する理由が伴わなければならない。
2. 国家は、法に従って定められた理由に基づく場合にのみ外国人を追放することができる。
3. 追放の理由は、あらゆる状況に照らして、特に、関連する場合には、事実の重大性、当該外国人の行動またはその事実が生じた脅威の実際の性質などを考慮して、誠実かつ合理的に評価するものとする。
4. 国家は、国際法上の義務に反する理由に基づいて外国人を追放してはならない。

第Ⅱ部 禁止される追放

第6条 [難民の追放に関する規則]

この条文草案は、難民に関する国際法の規則および難民の保護に関するより有利な規則、および特に次の諸規則の適用を害するものではない。

- (a) 国家は、国の安全または公の秩序を理由とする場合を除き、自国の領域内に合法的にいる難民を追放してはならない。
- (b) 国家は、人の生命または自由が、人種、宗教、国籍、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により、脅かされるおそれのある領域の国境に向けていかなる方法によっても追放しまたは送還 (return/refouler) してはならない。ただし、その者が在住する国の安全に対する脅威としてその者をみなす合理的な

理由がある場合およびその者が特に当該国の社会にとって危険を構成する重大な犯罪に関する最終的判決によって有罪の判決を下されていた場合を除く。

第7条 [無国籍者の追放に関する規則]

この条文草案は、無国籍者に関する国際法の規則、特に国家は国の安全または公の秩序を理由とする場合を除き、自国の領域内にいる無国籍者を合法的に追放してはならないとの規則の適用を害するものではない。

第8条 [追放のための国籍の剥奪]

国家は、もっぱら外国人を追放するために国籍の剥奪によって自国民を外国人としてはならない。

第9条 [集団的追放の禁止]

1. この条文草案の適用上、集団的追放とは、外国人を集団として追放することを意味する。
2. 外国人の集団的追放は、禁止される。
3. 国家は、外国人の集団の一員を同時に追放することができる。ただし、この条文草案に従って集団の個々の一員に関する特定の事案に関する評価のちにかつそれに基づくことを条件とする。
4. この条文草案は、追放国家にかかわる武力紛争において、外国人の追放に適用される国際法の規則の適用を害するものではない。

第10条 [偽装追放の禁止]

1. いかなる形態であっても外国人の偽装追放は禁止される。
2. この条文草案の適用上、偽装追放とは、その行為から直接結果する国家からの外国人の強制的な出国を意味するものであり、国家が、自国民またはその他の者によって、外国人を自国領域から非合法的な手段により出国させることを意図して行った行為に対する国家の支援また

は黙認を含む。

第11条 [資産の没収のための追放の禁止]

外国人の資産を没収するための追放は、禁止する。

第12条 [繫属中の犯罪人引渡手続きを回避するために追放を用いることの禁止]

国家は、繫属中の犯罪人引渡しを回避するために外国人の追放に訴えてはならない。

第Ⅲ部 追放される外国人の権利の保護

第1章 一般規定

第13条 [追放対象の外国人に関する人間の尊厳および人権を尊重する義務]

1. 追放対象のすべての外国人は追放手続きのあらゆる段階において人道的かつ人間に固有の尊厳を尊重して扱われなければならない。
2. すべての外国人は、この条文草案に規定されたものを含めて人権を尊重される権利を有する。

第14条 [差別の禁止]

追放を行う国家は、人種、皮膚の色、性別、言語、宗教、政治的もしくはその他の意見、民族的、種族的または社会的出身、財産、出生もしくは他の地位、または国際法上許されない他のいかなる理由に基づく差別もなく、追放対象の外国人の権利を尊重する。

第15条 [脆弱な者の保護]

1. 追放対象の子ども、高齢者、障がい者、妊娠中の女性その他の脆弱な

国際法委員会「外国人の追放に関する条文草案」の研究 (1)

者は、それらの者にふさわしい配慮を受け、それぞれの脆弱性に十分配慮して扱われ、保護される。

2. 特に、追放対象の子どもに関するすべての措置において、子どもの最善の利益が優先的に考慮されるものとする。

第2章 追放国において要請される保護

第16条 [追放対象の外国人の生命に対する権利を保護する義務]

追放を行う国家は、追放対象の外国人の生命に対する権利を保護する。

第17条 [拷問または残虐な、非人道的なまたは品位を傷つける取り扱いもしくは刑罰の禁止]

追放を行う国家は、追放対象の外国人を拷問または残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取り扱いまたは刑罰に服させてはならない。

第18条 [家族生活に対する権利を尊重する義務]

追放を行う国家は、追放対象の外国人の家族生活に対する権利を尊重する。国家は、これらの権利の行使を恣意的にまたは不法に干渉してはならない。

第19条 [追放のための外国人の収容]

1. (a) 追放のための外国人の収容は、恣意的かつ刑罰的 (punitive) な性格であってはならない。
(b) 追放のために収容されている外国人は、例外的な状況を除き、有罪の宣告を受けて身体的自由を剝奪されている者から分離される。
2. (a) 収容の期間は、追放を実施するために必要とされる合理的な期間に制限される。必要以上の期間にわたるいかなる収容も禁止される。
(b) 収容期間の延長は、裁判所または(司法審査の対象となることを条件として) 他の権限ある機関によってのみ決定することができる。

3. (a) 追放対象の外国人の収容は、法律に従って設けられた特別の基準に基づいて定期的な審査を受ける。
- (b) 2項に従うことを条件として、追放のための収容は、追放を実施することができない場合には終了しなければならない。ただし、当該外国人の責めに帰す理由がある場合を除く。

第20条 [追放対象の外国人の資産の保護]

追放を行う国家は、追放対象の外国人の財産を保護するための適当な措置をとる。また、法律に従って、外国人が自由に外国から自己の資産を処分することを認めるものとする。

第3章 追放先の国家に関する保護

第21条 [追放先の国家への出国]

1. 追放を行う国家は、追放対象の外国人の自発的な出国を勧めるために適切な措置をとる。
2. 追放命令が強制的に執行される場合、追放を行う国は、国際法の規則に従って、対象の外国人を目的国へ可能な限り安全に移送するための必要な措置をとるものとする。
3. 追放を行う国家は、あらゆる状況に配慮して、追放される外国人が出国を準備するための合理的な期間を与えるものとする。

第22条 [追放対象の外国人の目的地国]

1. 追放対象の外国人は、自らの国籍国または国際法上、当該外国人を受け入れる義務を有する国家または追放国の要請もしくは適切な場合には、当該外国人の要請によりその者を受け入れる意志のある国家に向けて追放する。
2. 国籍国または国際法上、外国人を受け入れる義務を有するその他の国家が特定されなかった場合でかついかなる国家もその者を受け入れる

意志を有さない場合には、当該外国人が入国の権利または居住資格を有する国、または追放する国へ入国する直前の国のいずれかへ追放することができる。

第23条 [外国人の生命が脅威にさらされている国家に向けて外国人を追放しない義務]

1. いかなる外国人も自己の生命が人種、皮膚の色、性別、言語、宗教、政治的もしくはその他の意見、民族的、種族的または社会的出身、財産、出生もしくはその他の地位、または国際法上認められない他のいずれかの理由により脅威にさらされている国家に向けて追放されることはない。
2. 死刑を適用しない国家は、外国人が死刑の判決を受けたことのある国家または死刑判決を下される実際のおそれがある国家に対して当該外国人を追放してはならない。ただし、死刑が科せられないかまたは死刑が言い渡されていた場合には、執行されないという保証をすでに得ていた場合を除く。

第24条 [外国人を拷問または残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取り扱いまたは刑罰を受けるおそれのある国家に追放してはならない義務]

国家は、当該外国人が拷問または非人道的な、品位を傷つける取り扱いまたは刑罰に処せられるおそれがあると信じるに足る十分な理由がある場合には、追放してはならない。

第4章 通過国における保護

第25条 [通過国における追放対象の外国人の人権の保護]

通過国は、国際法上の義務に従って、追放対象の外国人の人権を保護するものとする。

第IV部 特別の手續規則

第26条 [追放対象の外国人の手續上の権利]

1. 追放対象の外国人は、以下の手續上の諸権利を享受する。
 - (a) 追放の決定通知を受け取る権利
 - (b) 追放の決定に異議を主張する権利。ただし、国家の安全上のやむを得ない理由により別段の要請がある場合を除く。
 - (c) 権限のある機関により聴聞を受ける権利
 - (d) 追放の決定に異議を主張するための実効的な救済手段を利用する権利
 - (e) 権限のある機関の前で代理人の援助を受ける権利
 - (f) もし当該外国人が権限のある機関が使用する言語を理解しまたは話すことができない場合には、無料の通訳の援助を受ける権利
2. 1項に挙げられた権利は、法律により定められた他の手續上の権利または保障の適用を害するものではない。
3. 追放対象の外国人は、領事の援助を求める権利を有する。追放国は、この権利または領事の援助に関する規定の行使を妨げてはならない。
4. 本条に定められた手續上の諸権利は、短期間その国の領域内に不法に滞在していた外国人の追放に関する追放国の法律の適用を害するものではない。

第27条 [追放決定に対する異議申立の停止効力]

追放を行う国家の領域内に合法的に在留する外国人が追放に対して異議申立を提起した場合、回復不能の重大な損害を受ける現実的な危険がある場合には、追放の決定について停止効果を有するものとする。

第28条 [個人の訴えに対する国際的な手続き]

追放対象の外国人は、権限のある国際機関に対する個人の訴えを含めて

利用できる手続きを用いる機会を有する。

第V部 追放の法的結果

第29条 [追放国への再入国]

1. 追放される国家の領域内に合法的に滞在する外国人は、権限ある機関により追放が不法であることが確定された場合には、追放国に再入国する権利を有する。ただし、その者の再入国が国の安全または公の秩序に対する脅威をもたらすか、または追放国の法の下で再入国の条件をもはや満たさなくなった場合を除く。
2. いかなる場合にも、従前の不法な決定を外国人の再入国を妨げるために用いてはならない。

第30条 [不法な追放の場合の国家の責任]

この条文草案または国際法上の他のあらゆる規則において定められた国家の義務に違反して外国人を追放した場合には、当該国家は国際責任を負う。

第31条 [外交的保護]

追放対象の外国人の国籍国は、当該外国人について外交保護権を行使することができる。

（本条文草案の仮訳は、北村泰三、安藤由香里、佐々木亮の3名による共訳である。）

（追記） 本稿は、日本学術振興会科学研究補助金・基盤研究（C）「グローバル化した難民問題における多様性確保に向けた法的課題の研究」（研究代表者・北村泰三、2019年度～2021年度）による研究成果の一部である。