

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 (2)

A Study Note on the ILC's Draft Articles on the Expulsion of Aliens (2)

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, 第55巻第1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 (以上, 本号)
 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

III. 各条文のコメンタリー分析

本稿 (1) の記事 (比較法雑誌第55巻第1号, 2021年6月30日) におい

* 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国際交流学科講師

て、ILCの外国人の追放に関する条文草案(以下、本条文草案という)の意義および採択の経緯について、概略を述べ、また条文草案の仮訳を掲載した。引き続き今回は、ILCがどのような趣旨の下に各条をまとめたのかを確認するため、*遂条コメンタリー*¹⁾の内容を紹介しながら、本条文草案の意義について検討を加えることとする。本号では、本条文草案の第1条から第20条に関するコメンタリーの概要とその内容に関する筆者の所見についてまとめて掲載する。なお、本号では第1条から第12条までは、北村が執筆を担当し、第13条から第20条までは、佐々木が執筆を担当している。コメンタリーの下注はすべて割愛した。本稿中の脚注は筆者が付したものである。

まず本条文草案の起草の意図について、ILCは、今日の国際法、国際人権諸条約の発展的解釈に関する慣行が従来の国家の固有の権利としての外国人の追放の権利にどのように響いているかという観点から起草したものである。本条文草案の起草の経緯は、前稿で述べたように各国からの意見をも聴取した上で、全体会合を通じてとりまとめられたものである。第I部・一般規定(1条～5条)においては、伝統的な国家主権の尊重と外国人の人権への考慮との対立の下で、国家主権への配慮が色濃く出ている。これに対して、第II部・禁止される追放(6条～12条)、第III部・追放される外国人の保護(13条～25条)、第IV部・特別の手続規則(26条～28条)および第V部・追放の法的結果に関する規定(29条～31条)では、国家の主権的裁量を制限する規定となっており、人権に配慮した部分と国家主権を重視した部分とが折衷的に扱われている感がある。

遂条コメンタリーの冒頭部分では、一般的に外国人の追放についておよそ次のように捉えている。すなわち、少なくとも外国人の追放に関する種々の側面についての国家慣行が19世紀以来、展開してきており、国際条

1) Yearbook of the International Law Commission, 2014, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its sixty-sixth session, UN Doc., A/CN.4/SER.A/2014/Add.1 (Part 2).

約の規定も関連している。また、国際的な判例法も19世紀の半ば以後、実際に集積してきたし、国際法の多面的な側面に関する法典化を促進してきた。最近の判例法における基礎は、国際司法裁判所 (ICJ) の判決によって、強化されてきた。それにもかかわらず、外国人に関する全般的な問題を対象とする国際慣習法または普遍的な性格の条約は存在しないとする。

確かに、外国人の追放に関する各種の条約の規定 (例えば、難民条約32条、同第33条、拷問等禁止条約第3条、自由権規約第6条、同第7条および同第13条、ヨーロッパ人権条約第3条、第4議定書第4条等) は、それぞれの条約の一部に過ぎない。また、これらの条約は、第2次世界大戦後の国際社会において採択されたものである。

このような事情を考慮してとりまとめられた本条文草案は、国際法規則の法典化と漸進的発展との両面を含んでいる。ILCは、既存の国際法の法典化の任務においては、国家主権を重視する傾向がみられる一方で、新たに生じつつある国際法の漸進的発達を奨励するためには、伝統的国家主権を制限または修正する傾向をも視野に入れなければならない。したがって、本草案の起草作業では、ILCは、国際法の法典化と漸進的発達の任務を同時に果たすには、相互に矛盾または抵触の可能性のある規範の内容をどのように調整するかという困難な側面を扱っている。条文相互の間に残されている微妙な背反は、これらの両面を調整する際の苦慮の跡を偲ばせている。

1. 一般規定：第1条から第5条

第1部は、一般規定であり、第1条「範囲」、第2条「用語の使用」、第3条国家の「追放の権利」、第4条「法に従うべき要請」、第5条「追放の理由」について扱っている。

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1条は、本条文草案の適用範囲を定めている。1項では、「国家による追放」を対象としており、人的管轄（つまり、本条文草案の対象となる人）については、追放国の領域内にいるすべての外国人が適用対象とされる。領域内に合法的に滞在する外国人、不法滞在外国人、流民（displaced persons）、庇護申請者、庇護が認められた者および無国籍者などの区別はなく、「外国人」一般に対して適用される。また、本条文草案は、追放国の領域内に合法的に在留する外国人と不法滞在外国人の双方を対象としており、不法入国者だけでなく、追放国の領域内に合法的に在留する外国人にも不法滞在外国人の追放にも、一般的に適用する。ただし、条文草案の若干の規定は、特に、それぞれが享有する権利については、2つのカテゴリーの外国人の間を必然的に区別している。本条文草案は、空港等における外国人の「入国拒否」に関する問題を除外していることは留意すべきである。

本条2項は、外交官、領事官などの外交特権を享有する外国人または国際機関の職員、外国軍隊の構成員等については、各種の条約等により特別の地位が認められるので本草案の範囲から除外している。そうした外国人が除外の対象とされるのは、彼らが任務を遂行するために派遣された領域国を強制的に立ち去るよう強制される条件を定める国際法が存在しているからである（例えば、外交関係に関するウィーン条約第9条を参照）。

他方、国際法上、難民や無国籍者および移住労働者など特別の保護を受けるその他のカテゴリーの外国人であっても、この条文草案の適用範囲から除外されない。難民条約33条のノン・ルフールマンの原則のように領域国からの追放に関する若干の側面を規律する特別の規則²⁾の適用がある。

2) この意味で、本条文草案第6条および第7条に含まれる難民と無国籍者に関する「除外」(without prejudice)規定を参照のこと。

なお、我が国は1954年の無国籍者の地位に関する条約を批准していないけれども、無国籍者が一定の保護を受けることも認めれる。無国籍者による難民認定訴訟としては、旧ソ連崩壊に伴い無国籍になったジョージア生まれの男性が提起した訴訟において、東京高裁は2020年1月29日の判決により、難民認定しなかった国の処分を違法として取り消した例がある。

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。

本条(a)項は、「追放」とは、2つのタイプがあると指摘する。1つは国家が命令によって外国人を自国領域内から去るように強制する公的な行為（国内法の下で当該行為がなんと呼ばれているかはかわりがない）であり、他は、同様の結果を招く国家に帰属する行為としている。条文草案第2条は、「追放」の定義を定めるだけにとどめ、追放のさまざまな手段の合法性に関する問題については特に定めをおいていない。

結果的に追放となりうる（公式の決定の採用以外の）行為とは、国家の側の作為または不作為の形をとる。不作為は、特に、例えば国家が非国家的行為主体から生じる加害行為から外国人を適切に保護することに失敗した場合に、個人または私的団体による外国人に対する行為への黙認（tolerance）によって成立する。追放の定義において決定的な要素と思われるのは、国家に帰属する公式な作為または不作為（積極的、消極的を問わず）のいずれかの結果、当該国家の領域を去ることを「余儀なくされる」（compelled）ことであるとする。さらに、「行為」（conduct）の結果とし

て、追放があったと結論するためには、その行為によって、当該外国人を領域から立ち去らせようとする国家の意図を証明する必要がある。

明確性を重視するためには、条文草案の意味における追放の概念には、他の国家への犯罪人引渡し、国際的な刑事裁判所への引渡しもしくは外国人の入国拒否は追放に含まれない。若干の法制の下では、「送還」(return/refoulement) という用語が『入国拒否』の代わりに用いられることがあるが、本条文草案は、入国拒否とは外国人の入国を拒否する場合に用いるとしている。他方、すでに領域内に在留している外国人を(たとえ、合法的に在留している場合であっても)強制的に退去させるためにとられる措置は、条文草案第2条(a)に定められた『追放』の概念に含まれる。

この区別は、追放国の領域内にいる正規滞在者と非正規滞在者との双方を含む条文草案の人的管轄(ratione personae)の範囲の定義に照らして理解されるべきである³⁾。さらに本条文草案の範囲から入国拒否に関する事項を除外しているけれども、難民に関する国際法の規則の適用を害するものではない。この留保は、難民条約第33条の意味における送還(refoulement)の禁止(したがって、必然的に入国の問題にも関係している)に関する本条文草案第6条(b)により説明されている。

条文草案第2条(b)は、『外国人』とは、本人が在留する領域の国家の国籍を持たない個人と定義する。この定義は、他の国家の国籍を有する個人と他のいずれの国の国籍も持たない個人、すなわち無国籍者の双方を対象としている。在留する領域国の国籍を有する個人は、複数の国の国籍を有しているか、他のいずれかの国籍の1つが、実効性の観点から、在留する領域国の国籍との関係について顕在的であると認められる場合であっても、在留国との関係において外国人としてみなされることはない。

本条文草案の適用上、『外国人』とは、ある種のカテゴリーの外国人に対して、国内法上、国民が享有する権利と類似または同位の制度を享有することを認めることにより、追放についての特別の権利を付与する国家の

3) 条文草案第1条の注釈(2)項および(3)項を参照。

権利を害するものではない。我が国入管法第22条（特別永住者の退去強制の制限）は、その1例であろう。それにもかかわらず、自己が在留する領域国の国籍を有さない個人は、条文草案の適用上は外国人であり、また、領域国からの外国人の追放は、本条文草案に服する。

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、特に人権に関する規則の適用を害するものではない。

本条は、第1文により外国人を追放する国家の権利を規定する。「その権利は、慣行上も判例法上も、国際法学者の学説上も争いがないとする。追放の権利は、何らかの外部の規則によって国家に付与されるのではない。つまり、主権に由来する国家の固有の権利である。」とする。コメントリーの脚注では、多数の仲裁判決および国家間請求委員会の決定、ならびにヨーロッパ人権裁判所およびアフリカ人権委員会などの判例を挙げている。

本条の第2文は、国家による追放の権利の行使は、国際法の他の規則、特に人権に関する国際法規則の適用を害しないと定めている点は重要である。追放に関する国際法の発展の状況についてコメントリーは、「条文草案が一般的に条約法の意味において現行国際法を反映しているということの意味するものではない。それらは、国際法の法典化の結果であるとともに、漸進的発達の運用なのである。そこに含まれる規則の若干のものは、ある種の条約体制または慣習国際法によって堅固に確立しているが、ただし、いくつかの規則は、国際法の漸進的発展にあたる。」と述べる。周知のように、自由権規約、拷問等禁止条約などの国連レベルの人権条約とともにヨーロッパ人権条約の解釈によって、国家による追放の権利は制限を受けている。コメントリーは、「ここで人権への具体的な言及が正当化されるのは、人権の尊重が追放の文脈において重要性を有するからであり、

また追放に服する外国人の人権の保護に関するさまざまな側面に寄与する条文草案の多くの規定によっても重要性が強調されるからである。」と述べている。この指摘は、意義深い。

その他の適用可能な規則とは、緊急事態における権利保障の停止（derogation）に関する人権文書の規則が含まれる。これとの関係では、関係文書の下での国家の義務のほとんどは、その性質上、絶対的ではなく、また権利の保障停止は、例えば、国民の生命を脅かす公の緊急事態において可能とされている。したがって、条文草案第3条は、国際法上の他の義務と一致している限りは、一定の範囲から免脱（derogate）する措置をとる可能性を認めている。

第4条 [法に従うべき要請]

法律に基づき決定された場合に限り、外国人を追放することができる。

本条の趣旨は、追放国による追放の決定は、法に従って行われなければならないことを明らかにする点にある。言い換えるならば、恣意的な追放の禁止を意味するものであって、追放の決定を当該外国人に告知せずに追放することを禁止しており、また偽装的追放が禁止されるべきことは、条文草案の第10条1項に定められている。

法律との適合性の要請は、追放は、法の枠内において執行されなければならないという意味であり、国家は、外国人を自国の領域から追放する特権を有するが、同時に国家が追放に関する規定に服する義務を含んでいる。追放手続は、法律の規定に一致しなければならないという広範囲の合意が存在するとしている。さらに、その趣旨は、普遍的、地域的双方の国際人権法において十分に確立されている。

重要な点は、「法との一致の要請は、追放国における外国人の在留が合法的であるか否かにかかわりなく、適用しなければならない。」としていることである。

法との一致の要請は、手続的かつ実質的な要件についても当てはまる。

この場合、追放が法に従って行われるべきであるとの要請は、国内法との一致だけを求めているのか、それとも関連する人権条約との一致もこの要請に含まれるのかという問題がある。この点、コメンタリーでは、「法律との一致の要請は、国際法上の追放措置が合法であるための条件であるが、この問題は、追放のような文脈における国内法規との適合性審査権に関する国際的機関の審査権の範囲について問題が生じる。国際的実施機関は、その点で幾分抑制的にみえる。」として、1977年の自由権規約委員会の個人通報例を挙げる。すなわち同委員会は、「国内法の解釈は、基本的には関係締約国の裁判所および当局の問題であり、関係国の権限ある当局が本件において国内法を正しく解釈、適用したかどうかを評価することは、それらの当局が誠実に国内法を解釈、適用しなかったり、権限の濫用があったことが明白であったりした場合は別として、本来は、当委員会の権限または任務の範囲外である」としている。また、「ICJとヨーロッパ人権裁判所も、国家が、追放の事件において国内法に従っていたかどうかを評価する自己の権限については、類似のアプローチをとっている。」としている。ただし、ILCが参照しているのは、1977年の自由権規約委員会の見解や1986年のヨーロッパ人権裁判所の判例（*Bosano v. France*）であって、国際人権法の判例法としては「古典的」な部類に属している。以上のように、本条は追放の理由に関する国内法の規定を基本的に尊重する立場をとっているが、本条文草案の第26条では、追放対象の外国人の権利を規定していることと国内法をどのように整合的に解釈できるのか、検討する余地がある。

ILCのコメンタリーには言及されていないが、近年のヨーロッパ人権裁判所の判例では、締約国の権限ある当局による追放の決定においても個別の事情を斟酌せず外国人を追放する措置は、同条約第4議定書第4条の規定に違反するとしている⁴⁾。また、庇護申請の機会を制限し、否定することは、第13条の実効的な救済を受ける権利の違反となると判示した⁵⁾。

4) *Čonka v. Belgium*, 5 February 2002.

5) *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, Grand Chamber, 21 October 2014.

さらに、ヨーロッパ人権条約第7議定書（1984年署名，1988年発効）は、外国人の追放に関する手続的保障について定めており、「法律に基づいて行われた決定による場合のほか追放されない権利」をはじめとして、自己の追放に反対する理由を提示すること、自己の事案が審査されること、および権限ある機関において代理人の出頭を求める権利が規定されている。本条の違反を認定したヨーロッパ人権裁判所の判例もある⁶⁾。

第5条 [追放の理由]

1. いかなる追放の決定も、その根拠とな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。

本条は、恣意的な追放を禁止する趣旨である。恣意的な追放を禁止し、追放の決定が適法であるためには、追放の理由の提示、有効な理由の存在、および権限ある機関によるその理由の評価を挙げる。まず、ICJのディアロ（Diallo）事件判決に言及して、追放理由の告知については、「追放国が、追放の理由を示すべきことは、十分に確立した国際法の原則である。」と述べる。

本条2項は、追放の理由は、法律によって定められていなければならないことを定めたものである。コメントリーでは「法律」(law)への言及は、追放国の国内法への言及として理解されるべきであるとする。なぜな

6) Muhammad and Muhammad v. Romania, Grand Chamber, 15 October 2020.

らば、国際法によれば、追放決定の合法性は追放国の法律に定められた条件に依存しているからである。ILCは、この要請は第4条に定める法律との適合性に関する一般的な要請によって示唆されていると考える。外国人一般に適用される追放に妥当する理由を列挙するために国際法を調べるのは無駄であると述べる。つまり本条の4項を留保して、追放の理由を定め、定義するのは各国の国内法なのであるが、その国内法上の理由は、国家の国際法上の義務に違背しないことが求められる。入国および在留に関する（出入国管理法上の）違反は、追放のための最も一般的な理由に該当することに留意しなければならない。この理由は、多くの国の立法に定められており、国際法上も許容されている。「換言すれば、ある国家の領域における外国人の在留が不法であること自体が、追放のための十分な理由に相当する。」のである。さらに、国家的な安全保障や公の秩序も追放を正当化するために頻繁に引用される。

3項は、追放の理由に関する追放国の評価のための一般的な基準を定めたものである。この評価は、誠実にかつ合理的にあらゆる状況に鑑みて行われなければならない。追放を行う国は、事実の重要性、当該外国人の行動、および事実をもたらした脅威の実際の性質などの関連事情を考慮することができる。特に、「脅威の実際の性質」(the current nature of the threat) という基準は、追放の理由が国家の安全や公の秩序への脅威に関連する場合には、関連性がある。

第5条4項の目的は、もっぱら追放国の国際法上の義務に違背する理由に基づいて外国人の追放を禁止する趣旨である。例えば、差別的な理由に基づく追放がそれに当たる。「国際法上の義務（に反する）」という表現は、国家が、国際法上の義務に反するような制限的な方法でそれらの義務の内容を解釈することを禁止する趣旨である。

2. 禁止される追放：第6条から第12条

条文草案第Ⅱ部は、ノン・ルフールマン原則を中心として、難民および無国籍者の追放に関する規則を掲げている。また、集団的追放および偽装

追放の禁止についても定めている。

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共同体に対する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宣告を下されていた場合を除く。

本条は、難民の追放を扱っている。難民の追放に関しては、ノン・ルフールマン原則などの国際法の関連規則によって制限的な条件が設けられている。本規定の柱書に含まれる「適用を害するものではない」との文言は、難民の追放に関する規則と同様に難民保護に関するより有利な規則または慣行に関しても、難民に対して適用を確保する趣旨である。特に、本条(a)号および(b)号は、難民の追放または送還に関する2つの重要な規則を思い起こさせる。

「難民」とは、難民条約第1条による一般的な定義に照らして理解されるべきであるが、それだけでなく、国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）の慣行も含めてこの問題におけるその後の発展をも考慮するべきである。アフリカにおける難民問題のある種の側面に関する OAU 条約が採用した「難民」の広範な定義は、特に言及する意味があるとする。コメントリーでは、補完的保護という言葉を用いてはいないが、難民条約上の難民の定

義が拡張されていることに留意している。

また、本条は、難民条約第1条F号の除外条項および同条約第32条2項が定める難民の追放に関する手続的条件および同条3項の猶予期間を定めた規定に関連している。本条文草案は、難民の保護に関するより有利な規則または慣行の適用を害するものではない旨を追記している。国際法の規則に加えて、この分野における国家慣行は難民の重要な権利の源泉となりうるので特に重要である。これは、とりわけ (*inter alia*) 国家の国際的な義務または自国の条約上の義務に従って追放国が行った宣言と両立する限りは、追放国の国内法の関係規則を意味している。

第6条(a)号は、難民条約第32条1項の文言を引き写したものである。同項に含まれる規則は、追放国の領域内に合法的に在留する難民については、追放の理由を国の安全または公の秩序を理由とする場合に限定している。

国の安全または公の秩序以外の理由により追放国の領域に合法的に在留する難民の追放の禁止は、難民申請が審査中である限りは、拡張されてきた。しかし、そうした保護は、申請が係属中である場合に限るとしている。また、「この保護は、難民申請の真の意図が申請人に対し言い渡されるおそれのある追放決定を回避することにある場合には、除外される。」として難民認定申請をもっぱら追放から免れるために濫用する場合には保護がおよばないことを示唆している。この点で国家慣行は一定ではなく、脚注では、フランスの例を引いて、難民認定を申請している外国人は、裁定が下されるまでは、フランス領域内に暫定的に留まることが認められていることに触れている。

また、保護を受けられるのは、当該国における難民の地位を享有していても、難民条約上の難民の地位または若干の場合には、1969年のOAU難民条約のような他の関連文書における難民の定義を満たすことで国際法上の難民としてみなされる個人に限られる。関連する法文書の意味において難民の定義に相当しない個人は、追放からの保護を享有する資格がないし、(a)号に定められた理由以外でも、もっぱら追放国における不法

在留を理由とする場合であっても追放することができる。いずれにしても、第6条は、(a)号で言及した理由による場合を除き、一見明白に難民申請を濫用する外国人を追放する国家の権利を害することはない。

第6条(b)は、不送還(non-refoulement)の義務に関する規定であり、難民条約第33条1項と2項とを連結させた規定である。本条文草案は、基本的に入国拒否問題を対象としていないが、第6条の(b)号では「国家は、追放しまたは送還(refouler)をしてはならない」と定めているのは、入国拒否においてもノン・ルフールマン原則の適用が妨げられないとの趣旨である。さらに、(a)号とは異なり、(b)号で述べられている保護は、滞在国における在留が合法か不法かにかかわらず、すべての難民に適用する。この難民のノン・ルフールマン原則は、条文草案第23条(生命の危険がある場合)および第24条(拷問等のおそれのある場合)の対象となる国家に対する追放を禁止する規則の適用を妨げない。

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以外には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。

難民の場合と同様に、無国籍者も、追放に制限を課す有利な制度によって、かれら(かの女ら)の国際法上の関連規則の下で保護される。1954年9月28日の無国籍者の地位に関する条約第1条は、「無国籍者」(stateless person)とは、法律の運用上、いずれの国によっても国民としてみなされない者と定めている。

本条の趣旨は、とりわけ無国籍者の地位に関する条約の第31条2項に含まれる無国籍者の追放に適用される手続上の規則に関連している⁷⁾。同様

7) 本規定は、次の通りである。「2 この無国籍者の追放は、法の適正手続に従ってなされた決定に従ってのみ行なわれなければならない。国の安全のためやむをえない理由がある場合を除くほか、無国籍者は、追放される理由がないこ

に、本条は、他の国の合法的入国許可を求めるための妥当な期間の猶予を無国籍者に認めることを追放国に要請する規定（同条約第31条3項）に関連している⁸⁾。

難民に関する本条文草案第6条(a)号の類推によって、第7条は、無国籍者の地位に関する条約の第31条1項に類似した規定となっている。ここでも、追放の理由に関する制限は、追放国の領域内に合法的に居住する無国籍者にだけ適用する。

第7条は、難民の「不送還」の義務に触れている条文草案第6条(b)号に相当する規定を含んでいない。ただし、無国籍者も、追放に服する他の外国人と同様に、外国人一般に適用する以下の第23条と第24条によって認められた保護を享有する。

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。

本条は、もっぱら追放のための国籍剥奪を禁止する趣旨である。国家がもっぱら外国人を追放するために自国民から国籍を剥奪することは、権利濫用であって、世界人権宣言第15条1項の意味においてまさに恣意的である。したがって、「国家はもっぱら追放するためにだけ外国人から国籍を奪うことはできない。」と簡潔に述べるほうがより簡単であるが、本条文草案が対象とする特別な事情と外国人の追放問題とを結びつけることに加えて、「国籍の剥奪により国民を外国人としてはならない。」という現在の

とを明らかにする証拠の提出並びに、権限ある機関またはその機関がとくに指名する者（人数を問わず）に対する不服の申立およびこのための代理人の出頭を認められなければならない。」

- 8) 本規定は次の通りである。「3 締約国は、この無国籍者に対して、他の国の合法的入国許可を求めるための妥当な期間の猶予を与えなければならない。締約国は、この期間中必要と認める国内措置をとる権利を留保する。」

用語法が説明的であるから、より好ましいとした。

本条は、国家による自国民の追放の問題を扱うものではない。なぜならば、この問題は、もっぱら外国人の追放を扱う本条文草案の範囲の外にあるからである。

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。

本条1項の定義によれば、集団的追放とは、「集団(グループ)」としての外国人の追放を意味するものと理解される。この定義では、集団的な側面のみが取り上げられているのだが、その意味は、本条文草案第2条(b)号に含まれる追放に関する一般の定義に照らして解釈されるべきものである。

2項は、端的に外国人の集団的追放の禁止を定めている。この禁止は、各種の人権条約において明示的に規定されている。普遍的なレベルでは、国連移住労働者権利条約の第22条1項は、「移住労働者とその家族は、集団的追放措置に服することはない。各追放の事案は、個別的に審査し、決定されなければならない。」と定めている。地域的レベルでは、米州人権条約第22条9項は、「外国人の集団的追放は、禁止する。」と定めている。ヨーロッパ人権条約第4議定書第4条は、同条約と第1議定書にすでに含まれている権利とは別のある種の権利および自由以外の諸権利を保障しており、「外国人の集団的追放は、禁止する。」と明記している。バンジュール憲章第12条5項、アラブ人権憲章の第26条2項も集団的追放を禁止する

規定をおいている。

自由権規約第13条は、集団的追放を明示的に禁止していないが、自由権規約委員会は、外国人の集団的追放は、外国人が享有する手続的な保障に反するとの意見を表明した。コメンタリーは、同委員会の一般的意見15の以下の部分を長く引用している。

「第13条は、追放手続のみを直接規定しているにすぎず、追放の実体的理由を定めていない。しかし、『法律に基づいて行われた決定によって』行われる追放のみを認めることにより、その目的は、恣意的な追放を阻止することであることは明らかである。他方で、本条は、各々の外国人に対して事案毎に決定を受ける権利を与える。それゆえ、集団的もしくは大量の追放を認める法律または決定は、本条を満足しないであろう。こうした理解は、委員会の意見では、追放に反対する理由を提示しおよび権限のある機関またはその機関が指名する者によってその決定が審査されかつその機関またはその者に対する代理人による代理される権利に関するさらなる規定によっても確認される。外国人は、本権利が自らの事案に関するあらゆる状況において実効的となるように追放に対抗する救済をえるための十分な便宜が与えられなければならない。追放に対する訴えの提起および権限のある機関の審査を受ける権利にかかわる本条の諸原則については、『国の安全のためのやむをえない理由』がある場合にのみ例外が認められるにすぎない。第13条の適用上、在留資格が異なる外国人の間で差別を設けることはできない。(パラ10)」

条文草案第6条2項に定める外国人の集団的な追放の禁止は、外国人の集団の構成員が本条文草案の意味における集団的追放としてはみなされないが、随伴、帯同して追放するような場合は、3項に照らして解釈されるべきである。3項は、そのような追放が、集団の個々のメンバーについて「本条文草案の規定に従って」特定のケースごとに評価した後でかつそれ

に基づいて行われる場合には、容認されると規定している。括弧の文言は、特に第5条3項に関連している。コメントリーによれば、追放の理由は、事実の重大性、当該外国人の行動またはその事実が与える脅威の性質などのすべての事情に照らして、誠実かつ合理的に評価されなければならないとしている。

本条との関連では我が国の入管当局は、ベトナム、フィリピン、タイ、スリランカ、バングラデシュなどからの非正規滞在外国人をチャーター機に搭乗させて集団的に追放する措置をとってきたことが想起される。こうした措置は、本条文草案で禁止する外国人の集団的追放にあたるおそれがあると思われる。東京高裁は、2021年9月22日の判決によって、退去強制の決定を言い渡した直後に本人の意向に反して同決定の取消し訴訟を提起する機会を与えないままチャーター機に無理矢理に搭乗させ、スリランカに集団送還した措置が憲法に保障された裁判を受ける権利および法定手続の保障をうける権利を侵害したと認定した⁹⁾。また名古屋高裁も国際人権法の観点からも、このような集団的送還は、自由権規約に違反するとの解釈を示したことも注目される¹⁰⁾。

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。

9) 令和2年(※)第1423号，令和3年9月22日，東京高等裁判所判決，Law.com判例体系 [29059190]。

10) 名古屋高等裁判所判決，2021年1月13日（判例タイムズ1448号，126頁）は、次のように判示している。「難民不認定処分に対する異議申立てをした被退去強制者は、異議申立てを濫用的に行っている場合は格別、異議申立棄却決定後に取消訴訟等を提起することにより、難民該当性に関する司法審査の機会を実質的に奪われないことについて法律上保護された利益を有すると解するのが相当であり、このように解することが憲法の定める裁判を受ける権利及び適正手続の保障や各種人権条約の規定（自由権規約2条3項，14条1項，難民条約16条）に適合するものというべきである。」安藤由香里「難民申請者の裁判を受ける権利」新・判例解説 Watch，国際公法 No. 49，2021年4月16日。

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。

本条の趣旨は、国家は、追放の決定（すなわち外国人を自国領域から退去するよう強制すること）をすることによってえられるのと同様の結果を引き起こすために偽装的または間接的な手段・手法を用いる権利を持たないということを示すことにある。

第10条1項は、その形態または手段にかかわらず、いかなる形の偽装追放も国際法上禁止されることを示している。なぜならば偽装追放は、本条文草案第4部で言及している手続上の権利も含めて、本質上、当該外国人の人権を侵害するからである。

第10条2項は、偽装追放の特徴とその定義を定めている。その特徴は、追放国が、正式の追放決定によらずに、同様の結果（すなわち自国領域からの外国人の強制的な退去）をもたらし、また実際にそうした結果をもたらそうと意図した行動に携わるという点にある。2項の後段の語句の意味は、「偽装追放」は、国家に帰属する作為または不作為の「意図的な結果」であるような状況だけを対象としていることを示している。追放の定義において本来必然的である自国領域内から外国人を出国させようとする国家の意図は、偽装追放を実施する際にも決定的な要素になる。さらに、第10条2項は、法によらずに外国人を出国させようとする国の作為または不作為だけに関連している。こうした禁止は、特に、法律に従って、かつ国際法に適合的な理由に基づいて採択された決定によって追放が行われるような事情を対象とするものではない¹¹⁾。

11) ヨーロッパ人権裁判所は、自主出国であっても事実上は選択の余地がなく、半強制的な性格を帯びている場合にも国家の責任を肯定している。N. A. v. Finland, 2019年11月14日判決。

第10条の意味における偽装追放にあたる国家の行為には、私人によって個人的にまたは集団的に行われた不法な行為に対する国家による支援（support）または宥恕（tolerance）が含まれる。これらの行為の非合法的な性質は、国際法と追放国の国内法との双方に関連がある。私人によって行われた行為に対して国家によって示された支援または宥恕は、それらが外国人の自国領域からの出国を招く意図を伴うような国に帰属する作為または不作為にあたるならば偽装追放の禁止に該当する。言い換えれば、追放国によるそのような支援または宥恕は、2項の結びの文言が言及している具体的な意図という判断基準に従って評価されなければならない。特に、私人の行為に対する国家による支援という明確な行為を伴わない単なる許容が問題となっている場合には、（偽装追放のための）厳格な法的前提が満たされなければならない。

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。

条文草案第11条は、外国人の財産を不法に奪うための追放を禁止している。財産の不法な没収が追放の言外の目的であることも十分にありうる。例えば、追放の「権利」は、外国人財産を取用するために行使されることもある。そのような場合、権限の行使は、隠された不法な目的によって汚点を免れることはない。過去にはいくつかの国がそのような追放の挙にでたことがあるが、現代国際法の視点からは不法である。そのような追放の理由には欠陥があるという事実はさておき、「いかなる外国人も適法に取得した財産を恣意的に奪われることはない」と定める1985年に国連総会が採択した居住国における国民ではない個人の人権に関する宣言に定められた基本原則にも一致しないといわねばならない。

さらに、もっぱら当該外国人の資産を没収するための追放は、さまざまな人権条約において認められた財産権にも関係している。条文草案第11条に定められた禁止は、資産の没収を引き起こした外国人による犯罪の遂行

に対する適法な制裁としての没収にまではおよばない。

第12条 [繫属中の犯罪人引渡し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。

本条は、繫属中の犯罪人引渡しを回避するために追放を方便とすることの禁止を定めている。これは、いわゆる「偽装引渡し」を禁止する趣旨である。犯罪人引渡しは、刑事事件の容疑者等が他国に逃亡した場合に、国家間の引渡条約または条約がない場合には国際礼讓として容疑者等の身柄引渡しを行う手続きであって、入管法上の外国人の追放とは明らかに区別される。犯罪人引渡しは、一般的に政治犯不引渡しの原則や双方可罰性の要件、特定主義などの要請が満たされなければならないが、追放には、このような要件がないので、犯罪人引渡しに代えて追放手続きをとることがあれば、手続的には簡便だが、重要な権利の侵害になることが懸念されるので、偽装引渡しは禁止されているのである。

条文草案第12条の文言が明らかに示すように、この禁止は、犯罪人引渡し手続きが繫属中である場合に限る。言い換えるならば、外国人が滞在する領域国が他の国から当該外国人に関する身柄引渡しの要請を受けたときから、引渡しの要請について被要請国の権限ある当局により最終的決定が行われかつ執行されるまでの間にあてはまる。引渡しの要請が行われていない場合または引渡しの要請が拒否されるかまたは他の方法において解決した場合には該当しない。

さらに、条文草案第12条に定められた禁止は、追放の唯一の目的が犯罪人引渡し手続きを回避することにあるような事情にだけ関連する。「回避する」という用語は、犯罪人引渡し手続き上の義務を回避するためにだけ、追放手続きを利用しようとする国家の意図を前提としている。その目的が、犯罪人引渡し手続きを回避するためではない場合には、追放国は、条

件が満たされた場合には外国人を追放する権利を保持する。

(以上、執筆担当・北村泰三)

3. 追放される外国人の権利の保護：第13条から第15条

「外国人の追放に関する条文草案」(以下、「条文草案」または「本条文草案」)の第3部は、第1章(第13~15条)と第2章(第16~20条)からなっており、第1章には追放対象の外国人の人権保護に関する総則的規定、第2章は、追放国に義務付けられる保護措置に関する諸規定が置かれている¹²⁾。いずれも、新たな国際法規範を定立するよりも、既存の国際人権法規則を外国人の追放の場面に合わせて再構成した性格の強いものである。

国家は、管轄下にあるすべての個人の基本的な人権を保障する義務を負い、その対象に外国人も含まれることは、国際人権法上確立した原則である¹³⁾。追放対象の外国人は、追放国の決定に基づき、追放国の手によって追放先国へと送還される立場にある以上、追放国の管轄下にあることに疑いはなく、追放国が人権保障義務を負う。ゆえに、追放対象の外国人にも基本的な人権が保障されていることを前提に、追放対象者であることを理由とする人権の制約がどこまで許容されるのかが問われなければならない

12) *Supra* note 1.

13) 日本の憲法学の判例・通説は、日本国民のみを対象とする性格のものを除き、外国人にも基本的な人権の保障が及ぶという点で一致している(権利性質説)。しかし、この考えを初めて提示したマククリーン事件最高裁判決(1978年)は、「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」として、外国人の人権が、国家が認めた範囲でのみ保障されるかのような解釈をとっている点で問題視される(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2434号、2020年、133頁;本稿I(1)、本誌第55巻第1号、50-51頁)。近年の学説では、国民を人権保障の第一次的な対象とし、外国人に保障されない人権を特定するものだとして、権利性質説を批判したうえで、一応すべての人権が外国人を含むすべて

い¹⁴⁾。

条文草案の第1章「総則」は、第13条（人間の尊厳と人権の尊重）、第14条（差別の禁止）、第15条（脆弱な者の保護）の3条にわたって、追放対象の外国人が、基本的人権の尊重を受ける資格を有することを宣明している。

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の尊重を受ける権利を有する。

条文草案第13条1項は、追放のすべての段階において、人道および人間としての尊厳に対する尊重をもって、追放に服するすべての外国人を取り扱うべき追放国の義務を定めている。この規定は、自由を奪われた者の状況に関する自由権規約第10条に由来する¹⁵⁾。この規定は、追放手続の過程

の者に保障されることを前提に、外国人であることを理由とする権利制約の合理性を問う立場（高橋和之『立憲主義と日本国憲法』第5版、有斐閣、2020年、95頁）、人権条約と憲法が抵触する場面で、国際人権法に依拠して国家に最低限の人権保障義務を課す立場（柳井健一「外国人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二『人権の主体』法律文化社、2010年、173-174頁）などが主張されている。

- 14) 条文草案の注釈には、その対応関係が示されており、世界人権宣言、自由権規約、児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）、すべての移住労働者とその家族の権利保護に関する条約（移住労働者の権利条約）などの世界的文書のほか、ヨーロッパ人権条約、米州人権条約、人および人民の権利に関するアフリカ憲章（アフリカ人権憲章）、アラブ人権憲章、ヨーロッパ連合（EU）基本権憲章などの地域的人権文書への言及がみられる。

- 15) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 36, Art. 13, Commentary (1).

で、「残虐な、非人道的な、または品位を傷つける取り扱い」には必ずしも至らないが、人間としての尊厳を害する屈辱的な扱いが、追放対象となる外国人に対してなされることが稀ではないという事実を鑑みて、「人間に固有の尊厳」が、すべての人間に固有の属性であることを確認したものである¹⁶⁾。

条文草案第13条2項も、追放対象の外国人も基本的人権を享有することを述べた規定である。条文草案は、基本的人権の中でも、追放の文脈に妥当するものに特に言及している。このことは、条文草案で言及されている人権が、他の人権よりも重要であることを意味せず、追放国は、追放対象の外国人との関係で、締約国となっている人権条約と一般国際法双方から課せられているあらゆる人権保障義務を履行しなければならない¹⁷⁾。

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理由など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。

条文草案第14条は、外国人の追放の文脈で、差別なく権利を尊重する義務に関するものである。差別の禁止に関する国家の義務は、世界人権宣言第7条、自由権規約第2条1項・第26条、ヨーロッパ人権条約第14条・同第12議定書等の主要な世界的・地域的人権文書にも置かれている。また、外国人の追放にかかわる国際判例によっても、恣意的・差別的な追放は、

16) *Ibid.*, Commentary (2).

17) *Ibid.*, p. 37, Commentary (3). 関連するものとして、居住国の国民ではない者の人権に関する宣言(外国人の権利宣言、国連総会決議40/144)が挙げられる(UNGA, Res. 40/144, 'Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live' adopted on 13 December 1985)。

追放国の国際違法行為を構成することが認められている¹⁸⁾。自由権規約委員会の個人通報手続では、モーリシャス人男性の妻を追放から保護するのに対して、モーリシャス人女性の夫を保護しないとす同国の国内法が、性別に基づく差別を生じさせているとして、自由権規約に違反すると判示された例がある¹⁹⁾。

条文草案第14条には、自由権規約2条1項など、既存の人権条約の差別禁止規定には列挙されていない「民族的出自 (ethnic origin)」という事由と「国際法上許されない他のいかなる事由」という文言が明記されている。これは、民族的出自に基づく差別が、現代国際法において禁止されることに疑いがない点や、外国人の追放と民族問題が強い関連性を有しているためである。「国際法上許容されない他のいかなる事由」という文言が加えられたのは、条文草案第14条は差別禁止事由を例示列挙したものであり、非排他的性格であることを示すためである²⁰⁾。

条文草案第14条には、性的指向 (sexual orientation) という事由は明示されていない。しかし、自由権規約委員会やヨーロッパ人権裁判所によって、同規約第2条1項と第26条に列挙された「性 (sex)」の中に、性的指向を含める解釈が示されている²¹⁾。

18) *Ibid.*, p. 37, Art. 14, Commentary (1); e.g., Iran–United States Claims Tribunal, Rankin v. Islamic Republic of Iran, Award of 3 November 1987, p. 142, para. 22.

19) Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius, Human Rights Committee, Communication No. R 9/35, Views adopted on 9 April 1981, *Official Records of the General Assembly, Thirty-sixth Session*, Supplement No. 40 (A/36/40), annex XIII, pp. 139–142, para. 9.2. 関連して, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Judgment of 28 May 1985, European Court of Human Rights, *Series A: Judgments and Decisions*, No. 94, paras 78–85; L. –E. Pettiti, E. Decaux and P. –H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, pp. 482–483.

20) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 38, Art. 14, Commentary (5).

21) *Ibid.*, Commentary (4). See, HRC, Nicholas Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, Views adopted on 31 March 1994, *Official Records of the Gen-*

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。

条文草案第15条は、脆弱な立場に置かれた人々 (vulnerable persons) の追放に関する特別の要請についての規定である²²⁾。同条1項は、子ども、高齢者、障がい者、妊婦等が追放対象となる場合、その脆弱性と特別のニーズに対して、適切な考慮を払い、保護することを追放国に義務付けている²³⁾。特別の保護を受けるべき脆弱な人々のすべてを条文草案中に列挙することはできないことに鑑みて、「その他の脆弱な者 (other vulnerable persons)」という文言を置いて、第15条1項の前段が例示列挙であり、排他的な性格ではないことを示している²⁴⁾。

第15条2項は、子どもの権利に関する条約3条1項と同様の内容であり、子どもが追放対象となる場合に、子どもの最善の利益に主要な考慮を払うよう追放国に要請している。他の関連する要素の考慮を排除するわけではないが、2項は、追放に服する子どもに関するあらゆる決定において、子どもの最善の利益に主要な考慮が払われるべきことを規定している²⁵⁾。

eral Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 40 (A/49/40), vol. II, pp. 234 et seq., at p. 235, para. 8.7; ECtHR, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Judgment of 21 December 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-IX, para. 28, and E.B. v. France, Judgment of 22 January 2008, para. 50.

22) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 38, Art. 15, Commentary (1).

23) *Ibid.*, Commentary (2).

24) *Ibid.*, Commentary (3).

25) *Ibid.*, Commentary (4); see, Mubilanzila, Mayeka and Keniki Mitunga v. Belgium, Judgment of 12 October 2006, First Section, European Court of Human

4. 追放国において要請される保護：第16条から第20条

条文草案第16～20条は、追放の決定から執行に至るすべての段階において、追放国に課せられる義務を具体的に定めている。ここでは、締約国が保障すべき権利として、生命に対する権利（第16条）、拷問または残虐な、非人道的もしくは品位を傷付ける扱ひまたは刑罰を受けない権利（第17条）、家族生活の尊重を受ける権利（第18条）、追放のための収容が恣意的または懲罰的でないこと（第19条）、財産権（第20条）が扱われている。日本において、出入国管理及び難民認定法（入管法）に基づいて入管施設に収容された外国人に対してそれらの権利が適切に保障されず、その処遇が国際人権基準と両立しないことは、以前から指摘されているところである。最近では、2021年2月19日に閣議決定され、国家に提出された出入国管理及び難民認定法の改正法案（以下、「入管法改正法案」）に対して、国連人権理事会の移住者の人権に関する特別報告者、恣意的拘禁作業部会、思想信条の自由に関する特別報告者、拷問および他の残虐な・非人道的なもしくは品位を傷付ける扱ひまたは刑罰に関する特別報告者が共同で、国際人権基準、特に自由権規約との適合性について深刻な懸念（serious concern）を表明している²⁶⁾。

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。

条文草案第16条は、追放対象の外国人の生命に対する権利を保護すべき

Rights, *Reports of Judgments and Decisions* 2006-XI, para. 55.

26) Mandates of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Working Group on Arbitrary Detention, Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief & Special Rapporteur on Torture and Other Crucial, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, OJ JPN 3/2021, 31 March 2021, <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRMigrants/Comments/OL-JPN31-03-21.pdf>> accessed 30 April 2021（以下、「特別報告者共同声明」）。

追放国の義務を再確認する規定である。生命に対する権利は、自由権規約第6条1項において、「すべての者」に「固有の」ものとして保障されているほか、ヨーロッパ人権条約第2条、EU基本権憲章第2条、米州人権条約第4条、人および人民の権利に関するアフリカ憲章第4条、アラブ人権憲章第5条のような地域的人権条約によっても、さまざまな形で承認されている²⁷⁾。

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。

条文草案第17条は、外国人の追放の場面でも、拷問または残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける扱いまたは刑罰が、一般的に禁止されることを確認した規定である²⁸⁾。拷問や非人道的扱い・刑罰の禁止は、自由権規約7条のほか、拷問等禁止条約の前文第4段落、アフリカ人権憲章第5条；米州人権条約第5条2項、ヨーロッパ人権条約第3条などの世界的・地域的人権条約によっても定められている²⁹⁾。また、アマドゥ・サディオ・ディアロ事件国際司法裁判所判決では、外国人の追放の場面における非人道的または品位を傷つける扱いの禁止が、一般国際法の一部をなすと判示された³⁰⁾。

日本では、いわゆる「全件収容主義」または「収容前置主義」（入管法第24条・退去強制事由に該当する者を例外なく収容をして退去強制を執行

27) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 38, Art. 16, Commentary.

28) *Ibid.*, p. 39, Art. 17, Commentary (1).

29) 関連して、外国人の権利宣言第6条（前掲注17）も参照。

30) Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, judgment of 30 November 2010, *ICJ Reports* 2010, p. 671, para. 87.

する入管行政上の扱い) がとられ、在留資格を有しない外国人が、難民認定申請中であることや逃亡可能性の有無などの事情を考慮されずに収容される結果、条文草案第16・17条で保障されるべき権利の侵害が生じている³¹⁾。近年の例では、仮放免許可数の減少や収容期間の長期化³²⁾、収容環境が原因となって、被収容外国人が死亡したり、自殺に追い込まれたりする事件が度々発生していることが挙げられる³³⁾。「特別報告者共同声明」によれば、退去強制令書に基づく収容期間に上限が設定されておらず、その延長も行政庁の広い裁量に委ねられている結果、事実上の無期限収容が生じていることは、拷問および虐待に該当する³⁴⁾。

なお、拷問、残虐・非人道的・品位を傷付ける扱い・刑罰を受けるおそれのある国に外国人を追放しない義務(ノン・ルフールマン原則)や私人による非人道的扱いは、条文草案第24条と関連する問題であり³⁵⁾、次号掲載分で取り上げる。

31) 大橋毅、児玉晃一「『全件収容主義』は誤りである」移民政策研究1号、2009年、85頁。

32) 小坂田裕子「入管収容の現在—企画趣旨説明も兼ねて」法律時報92巻2号、2020年、58頁。なお、収容期間の長期化の問題については、後述の第19条との関連で改めて扱う。

33) 出入国管理在留管理庁・収容送還に関する専門部会、収容送還に関する論点メモ(第3回・宮崎真)、2019年11月25日、4頁、<<http://www.moj.go.jp/isa/content/930004737.pdf>>(2021年4月30日アクセス)。例えば、東京入国管理局成田支局における強制送還中の制圧による窒息死(2010年3月22日)、東日本入国管理センターにおける医療遅延による死亡(2014年3月29・30日、2017年3月25日)、大村入国管理センターにおける餓死(3年7ヵ月にわたる収容に抗議してのハンガーストライキによる・2019年6月24日)、最近では、2020年3月および2021年3月の名古屋入国管理局における被収容者の死亡(本稿執筆時には原因不明)など。2014年の自由権規約委員会の総括所見も、退去強制に係る手続中、不当な扱いが被収容者の死につながった事実があることを指摘し、懸念を表明している(自由権規約委員会、日本の第6回定期報告審査に係る総括所見、2014年8月20日、UN Doc., CCPR/C/JPN/CO/6, para. 19)。

34) 特別報告者共同声明、前掲注26)、3頁。

35) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 39, Art. 17, Commentary (2) (3)。

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。

条文草案第18条は、追放対象の外国人の家族生活を尊重する義務について定めている。これは、追放対象の外国人の家族が、追放先国に同行できない場合、家族の一体性を崩壊させるなど、家族生活に対する権利を侵害するおそれがあるため、追放の制限事由として、家族生活を考慮に入れるよう追放国に義務付けたものである³⁶⁾。追放によって、家族を分離させることは、家族生活に対する恣意的または不法な干渉に当たるおそれがあり、追放国の利益と追放対象の外国人の利益との公正な均衡 (fair balance) が認められない限り、追放国による家族生活への介入は許容されない³⁷⁾。

日本でも、退去強制の結果、未成年の子が両親と分離された事件があ

36) *Ibid.*, Art. 18, Commentary (1). 追放の結果生じる家族の分離は、子どもに対して、著しい不利益を生じさせるため、本条文草案の第15条2項が示す通り、外国人の追放においては、子どもの最善の利益を考慮することが要請される。移住労働者の権利委員会および子どもの権利委員会も、出入国関連法や移民政策の計画・実施・評価、出入国管理や収容、送還・追放の場面で、子どもの最善の利益の考慮が不可欠であることを指摘している（移住労働者の権利委員会一般的意見3・子どもの権利委員会一般的意見22「国際移住の文脈にある子どもの人権についての一般的原則に関する合同一般的意見」2017年11月16日、UN Doc., CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, paras 29-30）。

37) ILC Draft Articles, *ibid.*, Art. 18 Commentary (5) (6). 「公正な均衡」の基準は、私生活・家族・住居・通信に対する権利を定めた自由権規約17条との関連で、自由権規約委員会の個人通報手続の中で示されたものである（HRC, *Giosue Canepa v. Canada*, Communication no. 588/1993, views adopted on 3 April 2017, para. 11.4）。ヨーロッパ人権裁判所においても類似の基準が採用され、私生活・家族生活の尊重に関するヨーロッパ人権条約8条によれば、国家による家族生活への介入は、「民主的社会において必要 (necessary in a democratic society)」なものでなければならない（ECtHR, *Moustaquim v. Belgium*, judgment of 18 February 1991, paras 41-46）。

り、その決定の過程で、家族生活に対する権利や子どもの最善の利益が十分に考慮されていたとはいえない。例えば、カルデロン一家事件（2009年）では、在留資格のないまま10年以上にわたって居住していたフィリピン人夫婦と日本で出生した子からなる家族に関して、法務省が両親の帰国を条件に子の在留特別許可を認める方針を示し、結果として両親のみがフィリピンに帰国する結果となった³⁸⁾。関連して、子どもの権利委員会は日本に対して、庇護希望者たる親が収容され、親子が分離されるのを防止するための法的枠組を確立することや、保護者・養育者から分離された、庇護申請者・移住者の子どもの収容を防止するための即時的措置をとることを勧告している³⁹⁾。

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。

38) 最高裁判所第二小法廷平成20年9月26日決定。カルデロン一家事件について以下を参照：高佐智美「外国人の人権—現代国際社会における出入国管理のあり方」ジュリスト1378号、2009年、62頁。渡辺彰悟「カルデロン事件が明らかにしたもの」国際人権21号、2010年、80頁；門田孝「退去強制から保障されるべき人権」法律時報84巻5号、2012年、51頁。

39) 子どもの権利委員会、日本の第4・5回統合定期報告に関する総括所見、2019年3月5日、UN Doc., CRC/C/JPN/CO/4-5, para. 42.

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。

条文草案第19条は、追放のためになされる外国人の収容の場面で要請される人権保障に関する規定であり、追放の執行を目的として外国人を収容する場合に保障されるべき権利について定めている⁴⁰⁾。

外国人の追放のために行われる収容は、恣意的 (arbitrary) または刑罰的 (punitive) であってはならず、追放対象の外国人は、刑事罰の執行のために拘禁されている者とは分離して扱われる⁴¹⁾。自由権規約第9条1・2項に基づく適正手続の要請がおよぶ範囲が、刑事手続に限定されないことは、国連総会決議や自由権規約委員会の一般的意見、ICJ判決等で繰り返し述べられている⁴²⁾。追放のための収容が非懲罰的な性格である点に鑑

40) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 41, Art. 19 Commentary (1). ただし、追放の執行を目的とした収容に対しておよぶものであり、外国人が拘禁刑に服する場合、あるいは、刑事罰の付加的措置または代替として、外国人に退去が命じられる場合には、条文草案第19条に基づく保護はおよばない (*ibid.*, Commentary (5))。

41) *Ibid.*, Commentary (2); see, Commission on Human Rights, Specific group and individuals: migrant workers, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62 (E/CN. 4/2003/85 [and Add. 1 (and Add. 1/Corr. 1) and Add. 2-3 (and Add. 3/Corr. 1) and Add. 4]), 30 December 2002, para. 43.

42) UNGA, Res. 43/173, 'Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (あらゆる形態の収容または収監の下にあるすべての個人の保護に関する諸原則)' adopted on 9 December 1988, Annex, Principle 8; 自由権規約委員会, 一般的意見15, 'The position of aliens under the Covenant (規約上の外国人の地位)', 1986年7月22日, para. 9; ICJ, Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, *supra* note 30, p. 668, para. 77.

みて、逮捕・抑留における適正手続に関する自由権規約第9条、有罪判決を受けた者とは分離して扱われる刑事被告人の権利に関する同第10条に基づく保護は、追放対象の外国人に一層及ばなければならない⁴³⁾。

条文草案第19条2項は、追放の執行のために行われる収容に対する時間的制限について定めている。すなわち、追放対象の外国人の収容は、追放の執行のために合理的に必要な (reasonably and necessary) 期間に限られ、収容期間を延長する場合には、裁判所等の司法機関による決定に基づくか、または、収容の継続の必要性が、その都度審査されなければならない⁴⁴⁾。これは、行政機関の権限の濫用による身体拘束の防止を目的とした英米法上の「人身保護 (habeas corpus)」の法理に由来し、現在では、国際人権法にも浸透している⁴⁵⁾。さらに、条文草案第19条3項によれば、追放の執行ができない場合には、当人の責に帰する理由がある場合を除き、対象者の収容を終了しなければならない。追放対象者の責に帰する理由によって追放を執行できない場合も、過度に長期間の収容は許されない⁴⁶⁾。

日本における入管収容については、先述の「全件収容主義」に加え、憲法第31条 (生命及び自由の保障・科刑の制約) や第34条 (抑留及び拘禁の制約) など、刑事手続において要請される手続的保障がおよばない点で、数多くの人権保障上の問題が指摘されている⁴⁷⁾。まず、退去強制令書に基

43) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 41, Art. 19 Commentary (3).

44) *Ibid.*, Commentary (6); see, Commission on Human Rights, Specific groups and individuals: migrant workers, Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2002/62.

45) 地域レベルの実行例として、ヨーロッパ人権裁判所のシャムサ対ポーランド事件判決では、ヨーロッパ人権条約第5条4項が人身保護の権利を含むとして、予定された期間を超えて収容が行われる際には、恣意的な行政権の行使からの保護のために、裁判所の介入が必要であると判示されている (ECtHR, *Shamsa v. Poland*, judgment of 27 November 2003, para. 59)。

46) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 41, Art. 19, Commentary (9).

47) 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」法律時報92巻2号、2020年、64-65頁；退去強制令書に基

づく収容について、入管法第52条は、「送還可能のときまで […] 収容することができる」と規定し、収容期間の上限を定めていない⁴⁸⁾。実際に、退去強制令書に基づく収容期間は長期化しており、2019年6月の時点で、全国で1,253人の被収容者のうち、6ヵ月以上収容されている者が679人、3年以上の者が76人であり、最長の収容期間は、7年2ヵ月に達した⁴⁹⁾。仮放免を認めるか否かの判断は、行政機関に属する入管収容所長または主任審査官の広範な裁量に委ねられており、入管法上、収容を継続する合理的必要性を審査する仕組みが用意されていない。行政庁に幅広い裁量が認める制度であるため、行政事件訴訟法に基づいて退去強制令書や仮放免申請不許可処分、退去強制令書の執行停止を求めるとしても、処分の違法性の立証は極めて困難であり、実際に救済につながる可能性は低い⁵⁰⁾。このことについて、自由権規約委員会は、「十分な理由を示すことなく、また収容決定に係る独立した審査もない中で長期にわたる行政収容」であるとして懸念を表明し、「収容が、最短の適切な期間であり […] 代替手段が十分に検討された場合にのみ行われることを確保し、 […] 収容の合法性を決定しうる裁判所に訴訟手続をとれるよう確保するための措置をとること」を勧告している⁵¹⁾。「入管法改正法案」も全件収容主義を維持したまま、収容期間の上限に関する規定を置いていない。仮放免や

づく送還が行われた結果、裁判を受ける権利が侵害された場合に関するものとして、安藤、前掲注10)。

48) 詳しくは以下を参照：村上正直「入管収容と自由権規約」法律時報92巻2号、2020年、70-71頁。

49) 詳しくは、小坂田、前掲注32) 58頁。

50) 収容・送還に関する専門部会「送還忌避・長期収容問題の解決に向けた提言」(2020年6月)では、収容開始前または一定期間以上の収容の継続に際し、入国審査官による違反審査から法務大臣による裁決まで、法務省内で多段階の審査・判断が行われており、行政訴訟制度による救済も用意されていることを理由に、司法審査を要するものとするのは困難だとしているが(35-37頁)、本稿で論じている通り、条文草案や自由権規約の要請を満たすとはいえない。

51) 自由権規約委員会、日本の第6回定期報告審査に係る総括所見、前掲注33), para. 19.

「監理措置」⁵²⁾の適用も、引き続き主任審査官の裁量に委ねられており、司法審査を欠いたままの無期限収容を追認するものになることが懸念される⁵³⁾。

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。

条文草案第20条は、追放対象の外国人の財産保護に関する規定であり、当該外国人の財産保護のために追放国がとるべき措置と、外国人による財産の処分について定めている⁵⁴⁾。これは、財産の恣意的な剥奪を禁じた世界人権宣言第17条2項のほか、移住労働者の権利条約第22条、アフリカ人権憲章第14条、米州人権条約第21条、アラブ人権憲章第31条、ヨーロッパ人権条約第1議定書第1条などを反映した規定である。追放対象の外国人の財産を保護するための措置をとること、および、外国人自身が、法律に従って (in accordance with law)、自身の財産を処分することを認めるよう追放国に義務付けている⁵⁵⁾。

追放対象外国人の財産が、不法行為や犯罪によって取得されたものである場合には、追放国の利益に十分な考慮が払われる。本条文草案第19条は、国家が国際法上の原則に従って、外国人の財産を没収したり国有化し

52) 「監理措置」とは、収容・送還に関する専門部会「送還忌避・長期収容問題の解決に向けた提言」(前掲注50)の中で、「収容代替措置」として提案され(42-44頁)、改正入管法第44条の2、第55条の2で新設が検討されたもので、退去強制対象者のうち、逃亡の可能性が低いなど、一定の条件を満たした者について、入管施設に収容せず、親族や「監理人」と呼ばれる支援者のもとで生活することを認める制度である。

53) 特別報告者共同声明、前掲注26), p. 3.

54) ILC Draft Articles, *supra* note 1, p. 42, Art. 20, Commentary (1).

55) *Ibid.*, Commentary (2).

たりする権利を害するものではない⁵⁶⁾。また、本条文草案自体が、武力紛争時における外国人の追放の問題を扱っておらず、武力紛争時における敵性外国人の財産権の問題も、条文草案20条の範囲に含まれていない⁵⁷⁾。第20条では、第13条から第19条までと比較して、追放国側の利益も大きく考慮されている。

（以上、執筆担当・佐々木亮）

56) *Ibid.*, p. 43, Commentary (4) (5).

57) *Ibid.*, Commentary (6); 本条文草案第9条も参照。