

国際法委員会「外国人の追放に関する 条文草案」の研究（3・完）

A Study Note on the ILC's Draft Articles on the Expulsion of Aliens (3)

北 村 泰 三*
安 藤 由 香里**
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、第55巻第4号）
5. 追放先の国家に関する保護：第21条から第24条（以下、本号）
6. 通過国における保護：第25条
7. 特別の手續規則：第26条から第28条
8. 追放の法的結果：第29条から第31条

おわりに——総括

* 名誉研究所員・中央大学名誉教授

** 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

III. 各条文のコメンタリー分析

本稿(1) [本誌第55巻1号] では、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31か条の仮訳を掲載した。本稿(2) [本誌第55巻4号] では、第1条から第20条までのコメントリーの概要とそれに関する若干の分析を加えた。引き続き本号では、第21条から第31条に関するコメントリーの要約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Ⅲ部第21条から第25条および第Ⅳ部の第26条から第28条までは安藤が、第Ⅴ部第29条から第31条までは佐々木が、執筆を担当している。「おわりに」の部分は、各執筆者の所見を北村がとりまとめた。

(以上、執筆担当・北村泰三)

5. 追放先の国家に関する保護：第21条から第24条

本条文草案の第Ⅲ部第3章は、「追放先の国家に関する保護」と題して、追放を行う国家が外国人を追放するにあたって、追放先の国家において人権侵害から保護するために遵守すべき事項を定めている。本章の構成は次の通りである。すなわち第21条（追放先の国家への出国）、第22条（追放対象の外国人の目的地国）、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）、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）である。以下、各条のコメントリーを検討する。

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。

条文草案第21条は、自発的な出国および強制的な追放決定の実施の双方を対象としている。1項は、外国人の自主的な退去を望ましい解決策としてはいるものの、自主的に退去するように外国人に不当な圧力をかけることを許容していない¹⁾。この点、難民の恒久的解決のひとつである「自発的帰還」についても「自発的」かどうかが重要となる指摘がなされている²⁾。2項は、追放決定が強制的に実施される場合、追放を行う国家は、「国際法の規則」に従って、対象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ことを規定している³⁾。つまり、追放の対象となる外国人の権利を保護し、過剰な力の行使を避けるだけでなく、必要に応じて、対象の外国人以外の者（飛行機の乗客など）の安全を確保する必要性を示している。

コメンタリーでは「国際法の規則」の一例として、国際民間航空条約（シカゴ条約）および同第9付属書を挙げている。本規定は、入管収容一般ではなく、送還を行う航空機内において、被追放者が拘束されている場合に適用することを意図したものである。とりわけ、シカゴ条約第9付属書の「5.2.1 入国拒否された旅客や送還される者が管理下にいる間、担当の国家公務員は、その者の尊厳を維持し、尊厳を侵害するおそれのある行

-
- 1) Yearbook of the International Law Commission, 2014, 'Text of the draft articles on the expulsion of aliens' (pp. 22-24, para. 44) & 'Text of the draft articles and thereto' (pp. 24ff, para. 45), UN Doc., A/CN.4/SER.A/2014/Add.1 (hereinafter, 'ILC Draft Articles'), Art. 21, Commentary, p. 45.
 - 2) UNHCR "Handbook on Voluntary Repatriation", 1996. <https://www.unhcr.org/uk/3bfe68d32.pdf> (2022. 2. 12最終閲覧)
 - 3) ILC Draft Articles, Art. 21, Commentary.

為をしてはならない。」と定めている点は、退去強制時における人権尊重を求める規定として重要である⁴⁾。この「尊厳」とは、世界人権宣言前文および第1条で規定されている理念に基づくと考えられる。

また、シカゴ条約第9付属書によると外国人の追放は、不要な屈辱や困難を伴わずに行われるべきであることを強調し、追放される者の人格権尊重は、最も重要な自由権のひとつであることを明確にしている。仮に強制的な追放の執行の過程で、公務員による暴行などがあった場合、それに見合った損害賠償がなされなければならないことも明示されている。IILC 条文案には明記されていないが、同付属書に従って、日本の国内法を解釈すると、公務員による違法な行為の救済手段として、国家賠償法第1条1項に基づく損害賠償請求が考えられる。日本の裁判例として、ガーナ国籍の男性を成田空港から強制送還する際に、機内において入管職員による制圧に伴い同男性が死亡した事件がある。本件では、後に男性の遺族が入管職員による過剰な制圧行為が死亡の原因であったとして損害賠償を求めたところ、第一審の東京地裁判決は、入管職員の制圧行為は違法であるとして国に対して損害賠償金の支払いを命じた。しかし、控訴審、上告審では遺族側の訴えは斥けられた⁵⁾。しかし、本条文案では「可能な限り安全な移送」が求められているように、入管職員による過剰な制圧行為は厳しく慎むべきであろう。

本条3項は、当該外国人が退去の準備をするための合理的な期間を与えることを国家に要求しており、追放までの期間を決定するために考慮すべき状況は、追放される外国人がその国で築いた関係（社会的、経済的など）、問題となる外国人の行為に関連することを示している。ここでいう行為とは、その者が領域内にいることで、国家の安全保障や公序良俗に対する脅威となる性質などが含まれる。また、合理的な期間は、例えば、財

4) https://www.icao.int/WACAF/Documents/Meetings/2018/FAL-IMPLEMENTATION/an09_cons.pdf（2022. 2. 14最終閲覧）

5) 東京地判平成26年3月19日，判タ1420号246頁，東京高判平成28年1月18日判決，最高裁判所第二小法廷平成28年11月9日判決。

産を処分する時間的な猶予などを考慮しなければならないとされている。

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。

条文草案第22条は、いずれの国を追放先とすべきかという問題を扱っている。1項が、最初に外国人の国籍国に言及しているのは、国際法上、自国民を受け入れる義務があることに議論の余地がないからであり、重国籍者の場合、それぞれの国籍国を意味する⁶⁾。そして、国際法上、外国人を受け入れる義務を負う可能性のある国とそうでない国を区別しており、こうした区別は、国際法の規則によって義務づけられている場合を除き、国家は外国人を自国の領域内に受け入れる必要はないという原則を反映している。しかし、追放先国に優先順位があるわけではなく、国籍国が特定され、そこに追放することに法的な障害はないとしても、国際法上、外国人を受け入れる義務のある他の国や、外国人を受け入れる意志のある他の国へ追放する可能性を排除しておらず、追放される外国人が表明する希望を可能な限り考慮すべきであることを示している。

このように、本条1項は、追放の対象となっている外国人が追放先の国について希望を述べられることを認めており、従前の居住地、出生地、家

6) ILC Draft Articles, Art. 22, Commentary.

族や経済的に特別なつながりのある国など、自分にとって最も密接なつながりを持つ国を当局に知らせることを認めている⁷⁾。

ところで、「国際法上、外国人を受け入れる義務を有する他の国」とは、国籍国以外の国が、条約または国際慣習法上の規則に基づき、その者を受け入れることを要求されている場合である。例えば、コメンタリーは自由権規約第12条4項に関する自由権規約委員会の一般的意見を参照している⁸⁾。すなわち、「自国の範囲は、国籍国の概念よりも広いのである。形式的な意味での国籍、つまり出生や授与によって得られた国籍に限らず、少なくとも、ある国との特別な結びつきや主張のために、単なる外国人とは考えられない個人を含む。例えば、国際法に違反して国籍を剥奪された国民、国籍国が他国に組込まれたり、移されたり、その国の国籍が否定される個人などが該当する。第12条4項の文言は、他のカテゴリーの長期滞在者を含む、より広い解釈を可能にしている。恣意的に居住国の国籍を取得する権利を奪われた無国籍者も含まれるが、これらに限定されるものではない。状況により、他の要因によって人と国との間に密接かつ永続的な関係が築かれる可能性があるため、締約国は、永住者がその居住国に戻る権利に関する情報を報告書に含めるべきである。」とされる。

日本では特別永住者の再入国の権利が問題となった崔善愛（チェ・ソンエ）事件⁹⁾がある。同事件では、特別永住資格を有する原告が指紋押捺拒否をしたまま再入国許可を受けずにアメリカ留学のため出国し、留学期間を終えて帰国したところ、特別永住資格を失うことになったのは、自由権規約第12条4項の「自国に戻る権利」に違反するかどうか争われた。同判決では、自国とは国籍国であると判断された¹⁰⁾。しかし、同事件当時よ

7) ILC Draft Articles, Art. 22, Commentary.

8) CCPR General Comment No. 27: Article 12 Freedom of Movement, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para. 20.

9) 福岡地判1989（平成1）年9月29日，判時1330号15頁。

10) 本件については、例えば、芹田健太郎『永住者の権利』信山社，1991年。

りも、現在の日本では外国人との多文化共生化は進み¹¹⁾、また、外国人が退去強制されれば、拷問のおそれや生命に対する重大な損害を被る場合に代表される国際的な補完的保護に関する国際人権諸条約の解釈も拡大している。同時に「家族」は、人が生きていく上で必要不可欠な構成要素として考えられる。その家族が共に生活を継続できなければ「重大な損害」をもたらすため、永住者については自国＝国籍国ではなく、自国＝アイデンティティを形成した国とし、再入国拒否や退去強制は、日本人と同様に取り扱うことが合理的であろう。

2項は、国籍国や国際法上、外国人を受け入れる義務を有する他の国を特定することができなかった場合に関する規定である。外国人は入国する権利や滞在する権利を有する国へ追放される場合があり、また入国する直前の国に追放することができるとされている¹²⁾。入国する直前の国とは、主に飛行機、船、列車に搭乗した国と理解するべきであるが、通常的手段以外で入国した場合にも対応できるように、本規定は一般的なものとなっている。例えば、日本は領域を海に囲まれているため、陸路での密入国はあり得ないが、船底やコンテナに潜んでの密入国は十分想定可能である。

また、再入国協定は、追放先の国を決定する上で、国際協力の広範な範囲が含まれるものの、法典化による規範の標準化に適さないさまざまな考慮事項に照らし、国家が主権を行使するとされている。しかし、これら諸協定は、国際法の関連規則、とりわけ追放対象者の人権保護を目的とした規則を遵守して実施されるべきであることを示している。

本条は、人権保護のために、条文草案第6条(b)項（ノン・ルフールマン原則）、第23条および第24条（拷問、非人間的な取り扱いを受ける可能性のある国への追放禁止）の義務を遵守して、追放先国を決定しなければならないことも示している。

11) 例えば、出入国在留管理庁「外国人材の受入れ・共生のための総合的対応策」。https://www.moj.go.jp/isa/policies/coexistence/nyuukokukanri01_00140.html（2022.2.12最終閲覧）

12) ILC Draft Articles, Art. 22, Commentary.

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，政治的またはその他の意見，民族的，種族的または社会的出身，財産，出生またはその他の地位，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既に得ていた場合を除く。

条文草案第23条は、「生命が脅威にさらされる国家への」外国人の追放を禁止しており，1項の差別の禁止は自由権規約第2条1項を念頭においている¹³⁾。また，「その者の生命が脅威にさらされるような状態」とは，難民条約第33条のノン・ルフールマン原則に規定されている理由のみでは，本条文草案の射程にとって狭すぎることを明確にしている。なぜならば，本条文草案が「難民」だけでなく，外国人一般を対象としているからである。もっとも例えば，性的指向を理由とするあらゆる差別の禁止について，国際的慣行や判例法の方向性は示されているものの，その禁止が普遍的に認められているわけではないことを例に挙げている。日本でも，近年，LGBTIQなどの性的マイノリティーへの迫害は，「特定の社会的集団の構成員」に対する迫害に該当するとして難民認定された例もあるが¹⁴⁾，その判断基準が確立しているわけではない。

13) ILC Draft Articles, Art. 23, Commentary.

14) 出入国在留管理庁「難民と認定した事例等について」令和3年3月31日。
<https://www.moj.go.jp/isa/content/001345020.pdf> (2022. 2. 12最終閲覧)。また，ヨーロッパ人権裁判所の判決として，B and C v. Switzerland (2020年11月7日)がある。

2項は、死刑の執行によって、追放対象の外国人の生命が脅かされるような特定の状況に関するものである。本項の但書では、死刑とならない保証を得た場合は除くとされている。しかし、単なる外交的保証のみでは足りず、十分な検討や追放後のフォローアップも必要であるという拷問禁止委員会や UNHCR の見解があり¹⁵⁾、外交的保証の適用には慎重な審査が必要である。

自由権規約委員会は、アメリカからカナダに逃亡した死刑の宣告を受けた容疑者の引き渡しに関して、個人通報を受理した（ジャッジ対カナダ事件）¹⁶⁾。同委員会の見解では、第6条に基づき、死刑制度を持たない国や廃止した国は、死刑を宣告された者を死刑存置国に追放することはできないという立場を採っている¹⁷⁾。

「死刑廃止国」とは、死刑制度がない国や廃止された国のみではなく、死刑制度を法律上は維持しているが、実際には執行していない国も対象としている。また、保護の範囲については、既に死刑判決が言い渡されている場合だけでなく、死刑が言い渡される実際の危険性がある場合にも拡大される傾向にある。ILC は、こうした規範は国際法の漸進的發展であるとする。日本は死刑存置国ではあるが、死刑の執行方法によっては、死刑が科せられるおそれのある国へ追放、送還することが自由権規約第6条および第7条の残虐な刑の禁止に抵触する可能性がある。例えば、大阪高裁は、イランに送還した場合、公開処刑に処せられる蓋然性が高いとして、入管法第53条2項の送還することができない場合に相当すると判示した事例がある¹⁸⁾。

15) 例えば、Agiza v. Sweden, Communication No. 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003, 20 May 2005. UNHCR “UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection” 2006. <https://www.refworld.org/pdfid/44dc81164.pdf> (2022. 2. 12最終閲覧)

16) Judge v. Canada, Communication No. 829/1998, CCPR/C/78/D/829/1998, 5 August 2003. 自由権規約委員会, 一般的意見36, para. 34.

17) ILC Draft Articles, Art. 23, Commentary.

18) 大阪高判2015（平成27）年11月27日，判時2298号17頁。

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。

条文草案第24条は、外国人が拷問または残虐な、非人道的なまたは品位を傷つけるような扱いや刑罰を受ける危険があると信じるに足る相当な理由がある国に、当該外国人を追放しないことを国家に義務づけるものである。本義務は、1984年の拷問等禁止条約第3条から導かれたものではあるが、拷問等禁止条約は「拷問」行為からの保護のみに限定されている。同条約が拷問のみに限定されたのは、拷問以外の概念が十分に明確ではなく処罰規定を厳格に適用することが適当でないと考えられたからだとされている¹⁹⁾。また、条約起草過程のスウェーデン案では、ノン・ルフールマン原則は、拷問以外にも含める案であったが、採択されたのは拷問からの保護のみであったため、拷問等禁止条約のノン・ルフールマン原則は拷問のみに限定されていると解されてきた²⁰⁾。さらに、拷問禁止委員会は、2017年の一般的意見4で、ノン・ルフールマン原則の適用は、拷問のみであることを確認し²¹⁾、拷問以外の非人道的な取り扱いを保護する他の条約による保護を妨げないと述べている²²⁾。同時に、委員会は、拷問以外の非人道的な行為が拷問に発展する可能性を送還する前に考慮することを締約国に求め

19) 今井直「拷問等禁止条約とは何か」自由と正義52巻9号（2001年）、33頁。

20) European Legal Network on Asylum (ELENA) Document of the International Course on the European Human Rights Convention in Relation to Asylum, 23-26 May 1997, Strasbourg.

21) CAT General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, CAT/C/GC/4, para. 11.

22) *Ibid.*, para. 26.

ている²³⁾。

このように拷問のみに限定されている拷問等禁止条約よりも、本条文草案第24条は保護の適用範囲が広く、拷問だけでなく、その他の残虐な、非人間的な、または品位を傷つけるような扱いや刑罰も保護の対象としている²⁴⁾。こうした禁止範囲の拡大は、普遍的レベルでも、地域的レベルでも導入されている。普遍的レベルでは、自由権規約委員会の一般的意見20が「締約国は、身柄の引き渡し、追放、送還の際に、個人を拷問または残虐、非人道的もしくは品位を傷つける取り扱いや刑罰の危険にさらしてはならない。」と明確に述べている。また、地域的レベルでは、ヨーロッパ人権条約第3条に関するヨーロッパ人権裁判所の判決において、同様のアプローチが採られている。さらに、これらの禁止は、ヨーロッパ人権条約第3条で保護される権利の絶対的性質に基づいて、公共の秩序を根拠とする、いかなる例外や制限も課すことはできず、戦争や他の公の緊急事態においてさえ、逸脱できないとしている²⁵⁾。

本条における「実質的な理由」は、拷問等禁止条約第3条第2項を念頭においている²⁶⁾。拷問禁止委員会は、第3条の実施に関するガイドラインを一般的意見1として採択した。その後、同委員会は2017年に一般的意見4で従来の一時的意見1を書き換えた²⁷⁾。そこでの大きな変更点は、拷問等禁止条約第3条のノン・ルフールマン原則は、「公務員以外」による拷

23) *Ibid.*, para. 16.

24) ILC Draft Articles, Art. 24, Commentary.

25) 910 Meeting, 6 January 2005, 10.1 Ad Hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons, Draft Recommendation Rec (2004) of the Committee of Ministers to member states on exclusion from refugee status in the context of Article 1 F of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951, Explanatory memorandum, CM Doc.CM (2004) 216 Addendum, 9 December 2004, preamble para. 3.

26) ILC Draft Articles, Art. 24, Commentary.

27) CAT General Comment No. 4 (2017).

問行為にも適用される立場を明確にしたことである²⁸⁾。

拷問等禁止条約は、当初、「公務員」の拷問行為のみを禁止していた²⁹⁾。拷問を行う主体が誰であろうが、行為主体を問わないのがヨーロッパ人権条約および自由権規約であるのに比べ、保護の適用範囲が狭かったといえる。そのために、拷問等禁止条約第3条のノン・ルフールマン原則の適用も当初は「公務員」による拷問行為のみに限定されていた。しかし、拷問禁止委員会は、2017年の一般的意見4によって、「破綻国家」や国家がその責務を果たせなかったり、果たそうとしなかったりする場合には、非国家主体や私人が行為主体となる拷問にあうおそれもノン・ルフールマン原則が適用されることを明確にした³⁰⁾。これは、拷問等禁止条約第3条のノン・ルフールマン原則は、「公務員以外」による拷問行為にも適用されるとの個人通報例の判断を一般化したものである³¹⁾。

この変更により、拷問禁止委員会の意見修正に従ってコメントリーの内容を読み替える必要がある。例えば、コメントリーの「通報者は、過去に公務員その他公的な立場で行動する者によって、またはその扇動により、またはその同意・承諾を得て、拷問または虐待を受けたことがあるか。ある場合、それは最近のことか」³²⁾は、公務員に限定されないと考えるのが拷問禁止委員会の現在の見解である。また、「第17条の場合と同様に、国際法委員会は、第24条の文脈で、拷問や残虐、非人道的、または品位を傷つけるような扱いや刑罰の危険性が、私的な立場で行動する個人やグルー

28) CAT General Comment No. 4 (2017) para. 30.

29) 第1条1項に「公務員その他の公的資格で行動する者によって若しくはそれらの者のそそのかしによって又はそれらの者の同意若しくは認可の下に加えられる場合をいう。」とあるからである。

30) 例えば、S.S. Elmi v. Australia (CAT/C/22/D/120/1998) 25 May 1999, paras. 6.8 and 6.9; M.K.M. v. Australia (CAT/C/60/D/681/2015) 30 June 2017, para. 8.9.

31) Manfred Nowak, Moritz Birk and Giuliana Monia eds. *The United Nations Convention Against Torture and Its Optional Protocol: A Commentary*, Second Edition, Oxford University Press, 2019, pp. 127–129.

32) ILC Draft Articles, Art. 24, Commentary.

プから生じる状況を取り上げないことにした」も、拷問禁止委員会の一般
的意見1を根拠にしているため、私的な立場で行動する個人やグループか
ら生じる状況も考慮すると読み替える必要があるように考えられる。国際
的動向からも、ヨーロッパ人権裁判所が述べたように、絶対的性格から、
「公務員ではない個人または個人のグループ」から発生している場合も対
象となり得るのである。

日本において、誰が行為主体かは難民の認定手続においても、誰による
迫害がなされているかが問題とされてきた。伝統的な考え方では、国家に
よる迫害のおそれがある者が難民と認定されてきた。しかし外国の事例で
は、ジェンダーに基づく迫害が非国家主体によって行われるおそれが予見
される場合であって、国家が保護を提供する意思がない、あるいは国家が
保護を提供する意思は有していても、その能力がなく保護できない場合に
は「特定の社会的集団の構成員」を理由に、例えば女性器切除（FGM）³³⁾
を理由に難民認定される事例もあるが、まだいくつかの課題がある³⁴⁾。

日本においては、ジェンダーに基づく迫害で難民認定された事例はまだ
少ないが、2020年に強制結婚とドメスティック・バイオレンス（DV）³⁵⁾
を理由に難民認定がなされ「特定の社会的集団の構成員」の解釈は広がりつ
つある。同様に、誰による行為かは国際人権条約による保護でも重要な要
素となる。保護すべき者は、「国家」による侵害の被害者、すなわち、「人
権侵害の行為者は国家」であると伝統的には国際人権法の分野でも考えら
れてきた。しかし、現在では、基本的な考え方に変化はないが、国家が保
護しないかまたは国家が保護したくても保護できない場合、人権の被害者

33) 安藤由香里・猪口絢子・栗山智帆・川口奈穂「翻訳：シェラリオネ FGM 事
件における法人類学者の鑑定書英国移民難民上訴審判所 AF 対内務省大臣
(2014.1.30決定)」国際公共政策研究第19巻2号（2015年）、129-144頁。

34) 例えば、小宮理奈「ジェンダーの視点を取り入れた難民認定審査を考える—
DVをめぐる国際人権法と国際難民法の関係を中心に」難民研究ジャーナル11
号（2022年）、107-118頁。

35) 上掲注14)。高見智恵子「強制結婚とDVを理由とする日本における難民認
定事例」難民研究ジャーナル11号（2022年）、119-128頁。

を保護するために、「効果的な救済」を与える義務を締約国は負っていると考えられる。

6. 通過国における保護：第25条

第Ⅲ部第4章は、「通過国における保護」と題して、第25条（通過国における追放対象の外国人の人権の保護）に関する1条のみで構成されている。

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。

追放命令を実施するために、追放先の国へ到着する前に、追放される外国人が複数の国を通過することがあるため、第25条は、国際法上の義務に従い、当該外国人の人権を保護する通過国の義務を定めている³⁶⁾。通過国が批准している国際条約や一般国際法の規則に基づく義務を尊重することを課しており、国際法上の義務は追放する国のみの義務ではないことを明確にしている。仮に追放される者が日本を通過する場合、日本が批准している国際条約に基づいて、当該外国人の権利保護をする必要性が日本政府にあることを示している。

7. 特別の手續規則：第26条から第28条

条文草案第Ⅳ部は、「特別の手續規則」として、第26条（追放対象の外国人の手續上の権利）、第27条（追放決定に対する異議申立の停止効力）、第28条（個人の訴えに対する国際的な手續）の4か条によって構成されている。

36) ILC Draft Articles, Art. 25, Commentary.

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。

条文草案第26条1項は、追放国の領域内に外国人が合法であるか不法であるかを問わずに滞在している限り、当該外国人が享有する手續上の権利を規定している。

第1項(a)は、追放の決定について通告を受ける権利を定めており、この保障を追放する国が尊重すべきことは、追放される外国人が自己の手續上の権利を行使するための「必須条件」であるとされている。この条件とは、1990年の移住労働者権利条約第22条3項にあるように、追放決定は「追放される者が理解する言語で通告される」と具体的に明示されていることに触れている。また、1892年に万国国際法学会は、「追放命令は、追放される者に通告されなければならない。」とし、また「追放される者が、司法または行政機関に対して訴える権利が認められているならば、追放決

定は、このことを明示しなければならず、訴えを提起するための期限に触れていなければならない。」との見解を紹介している³⁷⁾。この点、日本で退去強制令書が発付された場合、追放される者に母国語などのその者が理解できる言語で説明すべきことを意味している。それと同時に、追放決定に不服がある場合、行政事件訴訟法第14条に基づいて6か月間訴訟を提起できる旨を明示しなければならないことを意味する。

第1項(b)は、国際法上、十分に確立している追放決定に異議を申し立てる権利を規定している。普遍的レベルでは、自由権規約第13条が「国の安全のためにやむを得ない理由がある場合を除くほか、外国人は、自己の追放に反対する理由を提示することおよび権限のある機関またはその機関が特に指名する者によって自己の事案が審査される権利」を定めており、同様の権利は、1985年12月13日国連総会決議40/144付属書の自身が居住する国の国民ではない個人の人権宣言の第7条に見いだすことができる。それによれば、ある国家の領域内に合法に滞在する外国人は、国家の安全その他のやむを得ない理由により必要な場合を除き、なぜ自身が追放されるべきではないかに関する理由を提出することが認められる。また、ヨーロッパ人権条約第7議定書第1条(a)は、自己の追放に反対する理由を提示することが容認されている。ヨーロッパ居住条約第3条2項は、他のいずれかの締約国の領域内に、2年以上合法に居住している締約国の国民は、国家の安全その他のやむを得ない事情により必要とされる場合を除き、自らの追放に反対する理由を提示する機会を与えられることのないままに追放されることはない³⁸⁾と定めている。

第1項(c)の権限ある機関により審査される権利は、第1項(b)の追放決定に異議を申し立てる権利の行使にとって不可欠である。自由権規約第13条は、外国人に対して審査を受ける権利を明示的には認めていないが、自由権規約委員会は、外国人に審査される機会を与えることなく行われた追放

37) ILC Draft Articles, Art. 26, Commentary.

38) ILC Draft Articles, Art. 26, Commentary.

の決定は、「当委員会は、移民委員会および外国人請求審査会が本人に対して事前に適切な審査の機会を認めないままに追放することは、移民や難民申請の決定において政府の管轄権の問題を生じさせる点に懸念を有する。当委員会の意見では、こうした慣行は、ある種の場合には、第13条の下で問題を生じさせる。」³⁹⁾と第13条の違反になり得るという見方を採ってきている⁴⁰⁾。

多くの国内裁判所は、追放手続が採られている間に外国人に審査を受ける権利を認めている。本分野における国家慣行の相違を考慮すれば、国際法は追放の対象となる外国人に権限ある機関の前で自らの主張を説明する機会を与えているとはいえず、外国人が権限ある機関の前で自分の事情を説明し、理由を述べる機会を与えられることが必要であり、場合によっては、書面手続でも国際法の要請を満たすとされている。自由権規約第13条および第14条に関する自由権規約委員会の見解について「係争中の追放に反対する理由は、一般的には口頭審査において主張されるべきであるが、第13条は、第14条第3項(d)とは対照的に個人の出頭を求める権利を生じさせないとの意見を採用している。」と問題点を指摘している⁴¹⁾。

日本の現行入管法では、難民認定申請中の退去強制を停止する送還停止効がある⁴²⁾。送還停止効は、2004年入管法改正で創設され、在留資格の有無にかかわらず、難民認定申請中のすべての者の退去強制を停止する。2021年入管法改正法案では、送還を免れるために難民認定申請を繰り返す者が少なくないと説明され、難民認定申請の回数を2回までに限ることとした。しかし、難民認定率が極めて低い日本の現状を何ら改善することな

39) Concluding observations of the Human Rights Committee: Sweden, 1 November 1995, Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 40 (A/51/40), vol. para. 88.

40) ILC Draft Articles, Art. 26, Commentary.

41) *ibid.*

42) 現行入管法61条の2の6第3項。加藤聡「条約と行政法規」藤山雅行・村田齊志編『新・裁判実務体系25 行政争訟 改訂版』青林書院（2012年），62頁。

く、申請回数だけを制限する場合、ノン・ルフールマン原則に抵触するおそれがあることが懸念される。また、現行法上、難民認定申請の異議棄却後に送還することは違法ではないが、法務省は司法審査中に送還しない運用を行っている⁴³⁾。

本条1項(d)は、追放決定に対する異議申立の効果的な救済手段のアクセス権を定めている。自由権規約第13条は、追放国に合法的に滞在している外国人に追放の決定につき審査される権利を認めている一方で、いかなるタイプの機関がこの救済を行うのかについて特定しておらず、自由権規約第2条3項の「効果的な救済」との関係でさらに議論を詰める必要がある。

自由権規約委員会は、審査を受ける権利について、第13条が定める他の保障と同様に、「国家の安全というやむを得ない理由」で必要とされる場合にのみ付与しないことができる点に留意し、同委員会は、追放される外国人の利用できる救済手段は効果的なものでなければならないと強調してきた。自由権規約委員会は、追放国の駐留外交機関または領事機関にする抗議の提起は、自由権規約第13条の下では十分な解決法ではないと考えているのである。

ヨーロッパ人権条約第13条は、追放の場合を含めて、同条約上の権利または自由の侵害に対して「本条約に定める権利および自由の侵害を受けたすべての者は、その侵害が公的資格において行動する者によって行われた場合であっても、国家機関の下で効果的な救済を受ける権利を有する。」と効果的な救済を受ける権利を認めている。

ヨーロッパ人権裁判所は、チャハル対英国事件判決において、ヨーロッパ人権条約第3条（拷問、非人道的な取り扱いの禁止）との関連で、第13条について以下のように述べた。

43) 第7次出入国管理政策懇談会「収容・送還に関する専門部会」報告書「送還忌避・長期収容問題の解決に向けた提言」2020（令和2）年6月，7頁。<https://www.moj.go.jp/isa/content/930005829.pdf>（2022. 2. 15. 最終閲覧）

「虐待のおそれが現実化した場合、回復不能な危害が生じることおよび当裁判所が第3条を重視している点に鑑みて、第13条に基づく効果的な救済の概念は、同条に反する処遇の実際の危険をおそれる十分な理由が存在するという申立について独立の審査を必要とする。この審査は、当該人物がいかに追放を正当化するようなことを行ったのか、または追放国の国家の安全に対して脅威が予想されるかにかかわらず、実施されなければならない。」

ヨーロッパ人権条約第7議定書第1条は、追放される外国人に自己の事案を権限ある機関によって審査される権利を認めている。さらに第1項bでは、「自己の事案が審査される」権利を認めている。ただし、同条2項では、「外国人は、公の秩序の観点からまたは国の安全を理由とする場合、本条の1-a, b および c の下での権利を行使する以前に追放することができる。」としている。

コメンタリーでは、各種の人権関係の国際文書を挙げて、追放決定に対する異議申立の権利が重視されていることに留意している。それらには、移住労働者権利条約第83条、難民条約第32条2項、無国籍者の地位に関する条約第31条2項、移住労働者の法的地位に関するヨーロッパ条約第9条5項、アラブ人権憲章第26条2項などがある。

追放に関する審査手続に対する権利は、国連総会の「居住国の国民ではない個人の人権に関する宣言」（総会決議40/144）の第7条では自由権規約第13条の規定と同様の用語で定められている。すなわち、「国家の安全その他のやむを得ない理由がある場合を除き、外国人は、追放に反対する理由を提出して、権限のある機関またはその機関によって特に任命された者によって、事案の審査を受け、その機関の前に出頭することが認められる。」と定めている。人種差別撤廃委員会は、一般的勧告30で、追放の場合の効果的な救済の必要性を強調し、同条約の締約国に対して「非市民に対して、追放命令に異議を申し立てる権利を含めて、かつそれらの救済を追及することが効果的な救済への平等のアクセスを保持するよう確保す

る」べきであると勧告した。

本条文草案第26条3項は、追放対象の外国人が、領事の援助を求める権利について定めている。各国在外公館は、自国民の保護を領事任務の一環としている。

自国民が滞在国において、逮捕、勾留または拘禁された場合、領事との面会権が領事関係条約第36条1項bおよびcに規定されている。本コメントでも、国際司法裁判所(ICJ)のラグラン事件(La Grand case)判決⁴⁴⁾およびアベナ事件(Avena)判決に言及し、刑事被告人に領事面会権の告知義務を果たさなかったとして国際義務違反を認定した。同裁判所は、さらに、ディアロ(Diallo)事件判決で、追放の場合であっても、領事との面会権を告知しなかったことが違法であると判示した⁴⁵⁾。

本条1項の手續上の諸権利は、原則、正規滞在であると非正規滞在であろうとすべての外国人の追放の際の手續上の諸権利を定めたものであるが、4項では、短期間、超過滞在している外国人の追放、送還に関して略式手續を採用している国があることに鑑みて、本条の適用除外を認める趣旨であるとしている。しかし、仮にそうだとしてもILCは、国際法の漸進的発達により、最少期間(6か月程度)しか滞在していない外国人に対しても、本条1項の手續上の諸権利は保障されなければならないとしている。この点、自由権規約委員会は、一般的意見15において、「外国人の入国または在留の合法性が争われている場合、当該外国人の追放または退去につながる判断は、第13条に従って行われるものとする。」⁴⁶⁾として、同規約13条の外国人の追放の場合の手續上の諸権利については、在留資格のな

44) La Grand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001. 森川幸一等編「国際法判例百選(第3版)」有斐閣, 94頁。

45) Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, Judgment of 30 November 2010, p. 672, para. 95.

46) HRC General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (1994), para. 9.

い外国人についても適用が認められるとしていることを想起すべきであろう。

本条では、法律扶助を受ける権利に関する記載がない。ILCの特別報告者による第6報告書では、法律扶助を受ける権利の記載があったが、その後、最終的な条文案から当該規定は削除された⁴⁷⁾。

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27条は、追放決定に対して異議が申し立てられた場合、その判断が下されるまでの間追放の決定を一時的に停止することを定めている。追放する国の領域内に合法的に存在する外国人が追放決定に異議を申し立てる権利の承認は、国際法の漸進的發展であるとしている⁴⁸⁾。各国の慣行は、追放の対象となる外国人が回復不能の重大な損害を被る現実的な危険性がある場合、追放決定に対する不服申立の効力を停止することを規定する一般的な国際法の規則の基礎を形成するほどには統一的ではない。しかし、コメントリーでは、本条文案案で送還停止効を規定することは必要であり保証されているとする。その理由のひとつは、追放決定の執行が停止されない限り、送還後に、追放決定が違法であるとの決定が下されたとしても、その間に追放国の領域から離れなければならなかった外国人が被る潜在的損害（経済的損害を含む）を考慮すると、異議申立を認めただけでは効果がないことを挙げている。

47) この点の指摘につき次を参照。Won Kidane Missed Opportunities in the International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 30, 2017, p. 77. <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/801>

48) ILC Draft Articles, Art. 27, Commentary.

そして、ヨーロッパ人権裁判所は、追放決定の執行に対する異議申立の効果について、締約国が有する裁量を認めつつ、追放の影響が不可逆である場合、国内当局が人権条約との両立性について判断する前に追放を執行すべきではないと指摘している。コメンタリーが紹介する、*Čonka v. Belgium* 事件⁴⁹⁾においてヨーロッパ人権裁判所は、第13条の効果的な救済の概念は、条約に違反し、不可逆的な影響を及ぼしうる措置の執行を避けることを必要とすると判示した。したがって、締約国は本規定に基づく義務に適合させる方法についてある程度の裁量権が与えられてはいるものの、このような措置が条約に適合しているかどうかを裁判所等の権限ある機関が検討する前に国内当局が執行することは第13条と整合しないとされている。

また、ヨーロッパ評議会（Council of Europe）の議員会議は、加盟国の領域から追放される外国人は、追放決定日から3か月以内に検討すべき停止効果を有する異議申立の権利を持つべきであると勧告した。さらに合法的に滞在していない外国人にもこのような異議申立の権利があるという見解を示している。他方、有効な滞在許可証を有さない外国人は、政治的または宗教的な理由以外の特定の法的根拠に基づいてのみ、加盟国の領域から追放することができるが、追放される前に、独立した異議申立機関に異議を申し立てる権利と可能性を有し、代替的に、裁判官に訴え出る権利があるかどうかは更なる検討を要するが、自己の権利について知らされるものとする。裁判所または上級行政機関に異議を申し立てた場合、事件が係争中である限り、追放することはできないとされている。

日本の現行法は、行政手続終了後から司法審査提起までの間に強制送還の実施を可能とするおそれがある点で法の欠缺がある。その欠缺が現実の問題となった事件として、チャーター機で退去強制されたスリランカ人が、自由権規約第14条1項および日本国憲法32条の「裁判を受ける権利」の違反があったと主張して争った事件がある⁵⁰⁾。本件では、難民不認定の

49) ECtHR, *Čonka v Belgium*, Application no. 51564/99, 5 February 2002.

50) 名古屋地判2019（令和1）年7月30日判時2436号、小畑郁「難民不認定処分

決定および退去強制令書の発付処分を実際の決定よりも40日程度遅らせ、予定されていたチャーター機による集団送還の1日前に本人に通知することにより、弁護士と連絡する機会を奪い、難民不認定に対する異議申立を行う機会が奪われたかどうかが問題となった。名古屋高裁は、自由権規約第14条1項（公正な裁判をうける権利）の違反を認めた点では画期的であったが、違憲判断には踏み込まなかった。同様の事件が東京でも訴訟となり、東京高裁は、憲法32条と憲法31条を併せて裁判を受ける権利とする考え方⁵¹⁾、および意見書として提出された、憲法第32条、第31条と結びついた第13条の主張を受け入れ、第32条、第31条、第13条違反に反して違憲とした⁵²⁾。これらの判例は、ILC コメントリーが示すように、在留資格がない者にも、独立した異議申立機関に異議を申し立てる権利と可能性を認めている点で評価することができる。入管実務にこれらの判例の趣旨が採り入れられる必要があるだろう。

なお、有効な滞在許可証を有する者は、裁判所の最終的な命令によってのみ追放されるが、委員会の議論はここまで至らなかったとされている。

第28条 [個人の訴えに対する国際的な手続]

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を用いる機会を有する。

と裁判を受ける権利」臨増ジュリスト令和元年度重要判例解説1544号（2020年）、276頁。名古屋高判2020（令和3）年1月13日、判タ1488号、安藤由香里「難民認定申請者の裁判を受ける権利：司法審査を受ける実質的な機会の保障」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch』29号、日本評論社（2021年）、319-322頁。北村泰三「難民不認定処分と裁判を受ける権利」臨増ジュリスト令和3年度重要判例解説1570号（2022年）、250-251頁。

51) 松井茂記『裁判を受ける権利』日本評論社（1993年）、197頁。

52) 東京高判2021（令和3）年9月22日、近藤敦「強制送還と裁判を受ける権利」臨増ジュリスト令和3年度重要判例解説、（2022年）、12-13頁。近藤敦「人間の尊厳と日本における難民申請者の裁判を受ける権利」『憲法研究』第3号（2018年）、77-88頁。

条文草案第28条の目的は、追放対象の外国人が、権限のある国際機関に個人の訴えを行うことができることを明確にしており、個人の訴えの手続きとは、主に普遍的および地域的な人権条約の下で設立されたものである⁵³⁾。普遍的な個人の訴えとは、国際人権諸条約に基づく委員会への個人通報であり、自由権規約委員会や拷問禁止委員会への個人通報手続が該当する。しかし、日本においては国際人権諸条約に基づく個人通報に訴えることは現時点では不可能である。個人通報手続に服するためには、政府が事前に各委員会の権能を受け入れていることが必要である。例えば、自由権規約委員会の個人通報手続は、自由権規約第一選択議定書の批准が必要であり、拷問禁止委員会の個人通報手続は、拷問等禁止条約第42条に基づく宣言が必要である。他方で、人権諸条約に基づく制度とは別に、国連人権理事会の恣意的拘禁作業部会に対しても個人通報が可能である⁵⁴⁾。2020年9月25日に国連恣意的拘禁作業部会から、退去強制を拒んだために日本で収容されているトルコ国籍クルド人とイラン人の2人の入管被収容者について、彼らの長期収容は恣意的拘禁に該当し、自由権規約第9条などに違反するという意見が提出された⁵⁵⁾。日本政府はこれに対して「わが国の

53) ILC Draft Articles, Art. 28, Commentary.

54) 申恵丰『国際人権入門—現場から考える』岩波新書、2020年、17-19頁。高尾栄治「国連人権理事会・恣意的拘禁作業部会『Deniz Yengin 及び Heydar Safari Diman（日本）に関する意見 No. 58/2020』の紹介」武蔵野法学第14号（2021年）、124-198頁。

55) Human Rights Council Working Group on Arbitrary Detention Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention at its eighty-eighth session, 24-28 August 2020 Opinion No. 58/2020 concerning Deniz Yengin and Heydar Safari Diman (Japan) A/HRC/WGAD/2020/58, 25 September 2020. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions/Session88/A_HRC_WGAD_2020_58_Advance_Edited_Version.pdf (2022.2.12最終閲覧)、国連人権理事会 恣意的拘禁作業部会の日本に対する見解2020年9月25日（仮訳）Deniz Yengin と Heydar Safari Diman（日本）に関する意見58/2020. https://migrants.jp/user/media/ijuuren/page/news/pdf/WGAD_Opinion_JPN_final.pdf (2022.2.12最終閲覧)

出入国在留管理制度を正しく理解せず、明らかな事実誤認に基づくものと主張している⁵⁶⁾。その後、同2人は、2021年1月13日に国際人権規約に違反する長期入管収容によって精神的苦痛を受けたとして、約3000万円の損害賠償請求を東京地裁に提訴した⁵⁷⁾。

（以上、執筆担当・安藤由香里）

8. 追放の法的結果：第29条から第31条

第V部は、第29条（追放国への再入国）、第30条（不法な追放の場合の国家の責任）および第31条（外交的保護）の3か条によって構成されている。

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ほぼ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。

条文草案第29条1項は、ある国家の領域に合法的に滞在している外国人が、不法に追放されたことが証明され、かつ、同項但書きに列挙された再入国の拒否事由の存在を追放国が示すことができない場合に、当該外国人

56) 出入国在留管理庁「令和2年9月28日付け送付の国連の恣意的拘禁作業部会による意見書に対する日本政府の対応」令和3年3月30日。https://www.moj.go.jp/isa/publications/press/05_00008.html（2022.4.6最終閲覧）

57) 東京新聞 Web, 2021年1月14日 <https://www.tokyo-np.co.jp/article/154077>（2022.4.6最終閲覧）

は追放国に再入国する権利を有する旨を定めた規定である⁵⁸⁾。慣習国際法上、外国人の入国の可否の判断には、国家の広い裁量が認められており、国家は外国人の入国を認める義務を負わない。ある国家への在留が一旦認められた外国人は、当該国を出国した後、再入国を希望する場合も、当然に入国が認められるわけではない。追放国の安全や公の秩序にとって脅威となる場合、または、外国人が国内法上の入国要件を満たさなくなった場合には、追放国は外国人の再入国を拒否できる⁵⁹⁾。

ただし、条文草案第29条2項は追放国に対して、追放された外国人の再入国の可否を誠実に（in good faith）判断することを要請しており、追放国は、過去になされた不法な追放の決定のみを理由として、外国人の再入国を拒否してはならない⁶⁰⁾。

日本の入管法第5条1項9号ロ・ハ・ニの各規定では、退去強制を受けた者について5年間（ただし、過去に退去強制や出国命令手続による出国をしたことがある者は10年間）、出国命令手続により自主的に出国した者については1年間の上陸拒否期間を設け、再入国を禁止している。日本から退去強制された外国人にとって、裁判を受ける権利を行使することにより、追放の違法性を争うことは著しく困難である。条文草案第29条に照らせば、追放対象の外国人の家族的統合を考慮して上陸拒否期間を弾力的に運用したり、追放の違法性を争う機会を保障し、追放が違法であった場合には再入国を認めることが求められるであろう。

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。

58) ILC Draft Articles, Art. 29, Commentary (2).

59) *Ibid.*, Art. 29, Commentary (6).

60) *Ibid.* なお、条文草案第29条2項の内容は、移住労働者権利条約第22条5項と部分的に重複している。

条文草案第30条は、国際違法行為に対する国の責任（国家責任）条文の第2部（第28～41条）を反映し、外国人を不法に追放することが国際違法行為であり、追放国の国際責任を生じさせることを明らかにした規定である⁶¹⁾。

国家責任条文第34条以下には、国際違法行為から生じる責任の回復（reparation）の方法として、原状回復（restitution, 第35条）、金銭賠償（compensation, 第36条）、精神的満足（satisfaction, 第37条）が示されている。国家責任に関する初代特別報告者ガルシア・アマドールが、「恣意的な追放の場合には、追放命令の取消しと追放された外国人の帰還という形態によって、満足が与えられてきた」⁶²⁾と述べたように、不法な追放の場合、原状回復として、追放された外国人の追放国への帰還という方法がとられてきた⁶³⁾。例えば、2人の米国民がニカラグアから追放されたランプトン（Lampton）およびウィルトバンク（Wiltbank）事件（1894年）では、米国の請求により、彼らのニカラグアへの帰還が認められた。他方で、4人の英国国民がニカラグアから追放され、英国が追放命令の取消を請求した事件では、先住民族であるモスキート（Mosquito）族の反乱に参加し、ニカラグア国内で有罪判決と恩赦を受けていたことを理由に、ニカラグアは英国の請求に応じることを拒否した⁶⁴⁾。また、米州人権委員会は、グアテマラがドイツ人司祭を恣意的に追放したとして、本人が希望するならば、グアテマラ領域への帰還と滞在を許可するよう決定した⁶⁵⁾。

61) ILC Draft Articles, Art. 30, Commentary (1).

62) Sixth report by F. V. Garcia Amador, Special Rapporteur on State Responsibility (Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens - Reparation of the injury), *Yearbook of the International Law Commission 1961*, vol. II document A/CN.4/134 and add.1, p. 26, para. 99.

63) ILC Draft Articles, Art. 30, Commentary (3).

64) ILC Draft Articles, Art. 30 (3), footnote 202; J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1906, pp. 99-101.

65) ILC Draft Articles, *ibid.*, footnote 203; Inter-American Commission on Human

不法な追放によって生じた物質的・精神的損害に対して、金銭賠償がなされることは少なくない⁶⁶⁾。また、不法な追放そのものに限らず、正当な目的を伴わない長期間の隔離や拘禁に対して⁶⁷⁾、あるいは、不法な追放に起因して、自己と結び付きのない国で、家族や友人と引き離された生活を余儀なくされたことに対しても⁶⁸⁾、損害賠償が命じられることがある。

国家責任条文第37条に定められた精神的満足について、国際法委員会は、「国家に対する精神的・非物質的損害の場合に用いられる最も一般的な精神的満足の態様は、権限を有する裁判所または法廷による行為の違法性の宣言である」と述べる⁶⁹⁾。外国人に対する不法な追放の文脈では、追放の決定が不法であった場合に、当該決定が執行されていない状況では、裁判所等の権限ある機関が追放の違法性を認めることが、適切な精神的満足だとされることがある⁷⁰⁾。ヨーロッパ人権裁判所の判例の中には、追放の命令が執行されていないことを理由に、申立人による金銭賠償の請求を棄却し、追放命令の違法性を明らかにする判決自体が、適切な形態の精神

Rights, resolution 30/81, Case No. 7378 (Guatemala), 25 June 1981, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II. 54, doc.9 rev. 1, 16 October 1981.

66) *Ibid.*, Art. 30, commentary (4). See, e.g., *Paquet (Expulsion)*, Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, 1903, UNRIAA., vol. IX (Sales No. 1959.V.5), p. 325; *Oliva*, Italy-Venezuela Mixed Claims Commission, 1903, UNRIAA, vol. X (Sales No. 60. V. 4), p. 602 (Agnoli Commissioner); *Yeager v. the Islamic Republic of Iran*, Award of 2 November 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17 (1987-IV), paras. 51-59, 61-63.

67) *Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Award of 3 October 1928, Mexico-U.S.A. General Claims Commission, UNRIAA, vol. IV, p. 369.

68) ECtHR, *Moustaquim v. Belgium*, 8 February 1991, *Series A*, No. 193, paras. 52-55; *Čonka v. Belgium*, Application no. 51564/99, Judgment on merits and just satisfaction of 5 February 2002, Third Section, *Reports of Judgments and Decisions 2002-I*, paras. 42 et seq.

69) *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol. II (Part Two) and corrigendum, pp. 106-107, paragraph (6) of the Commentary to article 37.

70) ILC Draft Articles, Art. 30, Commentary (5).

的満足であると判示したものがある⁷¹⁾。また、国際司法裁判所（ICJ）のディアロ事件判決（2010年）によれば、外国人に対する不法な追放から生じる国際責任の回復は、国際法違反の状態を法的に明らかにすることに加えて、不法な追放から生じた権利侵害に対する金銭賠償の形態をとる⁷²⁾。

日本の国内判例でも、近年重要な動きが見られる。すなわち、難民不認定処分に対する異議申立を行っていた外国人が、異議申立棄却決定の通知を受けた後、第三者と連絡をとることが認めれないまま、通知の翌日に退去強制令書に基づいて送還された。2021年の東京高裁判決は、難民該当性に対する司法審査を受ける機会を実質的に奪ったものだとし、裁判を受ける権利を保障した憲法第32条、適正手続の保障を定めた第31条およびこれと結び付いた第13条に反し違法であると判断した⁷³⁾。

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。

条文草案第31条は、外交的保護に関する規定であり、2006年に国際法委員会で採択された「外交的保護条文」を反映したものである。不法な追放の対象となった外国人が、追放国内における救済手段を尽くした場合、当該人物の国籍国が、国籍を介した連関関係を根拠として、追放国に対して

71) ECtHR, *Beldjoudi v. France*, Application no. 12083/86, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 26 March 1992, *Series A*: vol. 234, p. 30, para. 86; *Chahal v. the United Kingdom*, Application no. 22414/93, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-V*, para. 158; *Ahmed v. Austria*, Application no. 25964/94, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 17 December 1996, paras. 50–51.

72) ILC Draft Articles, Art. 30, Commentary (6); ICJ, *Ahmed Sadio Diallo case*, *supra* note 37, p. 691, para. 161.

73) 東京高判2020（令和3）年9月22日，前掲注52）。

外交的保護権を行使できることは、国際法上確立した原則である⁷⁴⁾。

（以上、執筆担当・佐々木亮）

おわりに——総括

本条文草案は、ILCが外国人の追放という問題に関して、従来の国家主権を前提とする把握に対して、特に人権分野における国際法の今日の発展がどのように影響を与えているかという観点から検討を加えた結果を条文形式でまとめたものである。正式の「条約」草案の形とするには至らなかったのは、追放に関する主権的裁量に基づく既存の国際法と近年の国際人権法の漸進的発達をどのように調整して、条文案に反映させるのかという点で各委員および諸国間の意見の折り合いがつかなかったからである。そうした意見の対立の背景には、この問題の複雑性と困難性がある。

外国人の追放という主題と密接に関連している出入国および庇護法の分野においては、従来、難民であるかどうかの判断権は、国家の主権事項に属しており、庇護および難民申請者は、各国の国内法に定められた難民認定手続に従って認定されて初めて難民条約上の恩恵に浴することができるという構図をとっていた。国家は、「条約」難民として認定しない外国人を受け入れる義務はないし、そうした外国人を退去強制処分に附する国家の裁量権は幅広く認められていた。

そうした伝統的な国際法を基礎として、本条文草案第3条では、外国人の追放に関する国家の権利を確認しているが、一方で、「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。」として、国家の主権的裁量行為に国際人権法の規制が及ぶことを認めている。もっとも、第4条により国家は、「法律」に基づいて決定した場合にのみ追放することができる」と定めている際の「法律」とは、（誠実に国内法を解釈し

74) ILC Draft Articles, Art. 31, Commentary (1)(2); ICJ, Ahmadou Sadio Diallo case, *supra* note 37, p. 582, at p. 599, para. 40.

ていない場合や権限の濫用がある場合には別として）、基本的には国内法であるとしている。したがって、いったん国際人権法による追放の権利に制約を認めながら、再び国内法に従って、追放を実施する権限を認めている点では、本条文草案の下でも国家の専断による追放を許容するおそれも懸念される⁷⁵⁾。

本条文草案は、国家主権と人権との対立の構図を認めながらも、第5条では恣意的な追放を禁止し、第6条から第12条において追放が禁止される場合を列挙し、さらに第13条以下では、追放の対象となる外国人の諸権利を尊重すべきことを掲げている。すなわち、それらは国際人権諸条約に掲げられている「生命に対する権利」、「拷問・非人道的な取り扱いを受けない権利」、「人道的処遇を受ける被拘禁者の権利」、「退去強制に際して法定手続の保障を受ける権利」、「家族生活の尊重を受ける権利」、「子どもの最善の利益の保護を受ける権利」、「人として認められる権利」などが挙げられる。これらの権利は、外国人の追放に関する国家の主権的裁量を規制する法原則として本条文草案に取り入れられている。これらの諸権利は、既存の人権条約中の諸権利を外国人の追放との関連において再構成したものであり、追放対象の外国人の権利に関する新たな国際法規則を定立するものではない。また、これらの諸権利は、元来外国人の追放との関連で意識的に取り上げられている訳ではないが、人権条約の実施機関による発展的解釈によって外国人の追放の場面で適用されてきたものであり、それらが本条文草案によって取り上げられ、外国人の追放の場面で要請される人権保障の内容が明確になった意義は大きい。

しかし、それにもかかわらず、これらの既存の国際人権法で認められた

75) 日本の場合を想定すると、例えば、難民認定申請者の裁判を受ける権利が争点となった、名古屋地裁での原告敗訴の理由は、国家賠償法1条に基づく「職務行為基準説」であった。原告側が公務員の故意・過失、違法性を立証することは非常にハードルが高い。本件は、名古屋高裁（名古屋高判2021（令和3）年1月13日判タ1488号）で翻ったが、「法に基づいて」によって、条文草案の趣旨・目的が骨抜きになりかねない危険性をはらんでいる。前掲注50）参照。

諸権利が、追放の文脈において必ずしも国家の法的取扱いに反映している訳ではない。特に我が国においては、退去強制に関する入管実務や判例法の傾向に見られる難民条約の狭い解釈によって制限されてきたといえよう。

そのような背景の下で、本条文草案を今日の国際法の姿を最も的確に示したものとして捉えるならば、ILC という国連機関によって採択された本条文草案が、我が国の退去強制にかかわる入管法制度および裁判の実務に及ぼす潜在的な影響は看過できないと思われる。もっとも、本条文草案自身がすべての点で、問題を明らかにしている訳ではないが、従来曖昧であった点を明確にしたことは大きな意味がある。

* * *

条文草案の中で、追放対象の外国人への人権保障に関する一般的規定である第13条は、追放手続のすべての段階において、追放対象の外国人を差別なく人道的に処遇し、基本的人権を保障することが、追放国の義務であることを指摘している。本条は、自由権規約10条に由来する規定であり⁷⁶⁾、同条1項では、「自由を奪われたすべての者は、人道的にかつ人間の固有の尊厳を尊重して」取り扱われるべき旨とし、同2項で刑事被告人、同3項で受刑者の処遇についてそれぞれ定めている。自由権規約委員会は、第10条が、刑事被告人や受刑者に限らず、自由を剥奪されているすべての者に適用されることを明らかにしている⁷⁷⁾。そこには、追放対象の外国人も当然に含まれるのであるが、追放手続の過程で非人道的な扱いがなされることが少なくないという事実に鑑み⁷⁸⁾て、条文草案第13条で追放対象の外国人が基本的人権の主体であることを改めて明確に述べたことは着目すべきであろう。

76) ILC, 条文草案, p. 36, Art. 13, Commentary (1).

77) CCPR, General Comment 21: Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of Their Liberty), 10 April 1992, para. 2.

78) ILC, 条文草案, p. 36, Art. 13, Commentary (2).

追放国に課せられた義務に関する個別的規定（第16～第20条）のうち、特に第19条は、日本との関係で重要性を持つといえる。同条は、追放のための外国人の収容が、恣意的・刑罰的であってはならないとして、収容が合理的な期間内に制限されること、収容期間を延長する決定が司法審査に服すること、追放を実施できない場合には収容を終了することを定めている。日本における入管収容は、司法審査に服さず、収容期間の上限も定められていないことによって、長期にわたる行政収容が常態化しており、自由権規約第9条1・2項に反するとして、総括所見等の中でも懸念が表明されている⁷⁹⁾。自由権規約第9条に基づく権利保護が、外国人の入管収容にも及ぶことは、自由権規約委員会の解釈実行等に基づき確立している⁸⁰⁾。自由権規約委員会によって示される規約解釈を尊重することは、同規約の締約国として当然だとしても、入管収容の場面で、対象となる外国人に国家が保障すべき人権の内容が本条文案中の条文として示されたことには、それ自体として意義がある。すなわち、国際人権基準に反する入管行政の違法性を追及する根拠を提供するとともに、国際人権基準を発展させる実行のひとつにもなるだろう。

他の点については既に検討したように、本条文案の各条は、追放先の国家に関連する保護（第21条から第24条）、通過国における保護（第25条）、特別の手続規則（第26条から第28条）および追放の法的結果（第29条から第31条）等に関して追放の対象となる外国人の権利を保護するために詳細な規定を置くことによって、外国人の追放に関する国家の裁量的権限に制約を課している。これらの規定は、諸国家の一般的慣行に加えて自由権規約、拷問等禁止条約およびヨーロッパ人権条約、米州人権条約などの人権諸条約の解釈を踏まえて条文形式にまとめたものである。その意味で、本条文案は、国際慣習法の法典化の試みであると同時に、国際法の漸進的発達を意識的に取り入れている面がある。

79) 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、para. 19.

80) 自由権規約委員会一般的意見35, paras. 18, 40.

今日、こうした個人の権利に関する条約を基盤とする国際法の漸進的な発達の傾向は顕著にみられるが、他方では主権国家の併存を前提とする国家間利益の調整という既存の国際法に変更を加える一面をも有している。そうした面だけを見れば、本条文草案を各国の国内法上の基準として受け入れるには抵抗があるかもしれない。しかし、本条文草案は、諸国の代表の意見をも聴取した上で、ILCによる慎重な起草作業を通じてとりまとめられたものである。したがって、用語の字義的な解釈等において異論が残っているかもしれないが、全体としてみれば、外国人の追放に関する国際法上の合意（コンセンサス）を最も注意深く体現した内容となっていると考えられる。そのような意味で、本条文草案は、外国人の追放に関する国際的なスタンダードとして、各国における外国人の追放、送還に関する法の解釈、適用においても斟酌すべき事項であるといえよう。

外国人の追放を国家の主権的権利として捉えて、もっぱら自国の法制度に則りさえすれば問題なく合法とはいえない。人の国境を越える移動が日常化している現代社会では、個人の人権の尊重は、重要な国益でもあり、国際社会における共通利益でもある。要するに、本条文草案の基底をなしているのは、人権と法の支配をの尊重を外国人の追放の文脈においても遵守することであって、それは、民主的な国家としての「国際社会全体に対する」（エルガ・オムネス / *erga omnes*）な義務なのである⁸¹⁾。

（以上、執筆担当・北村泰三）

以上（完）

（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～2022年度）による研究成果の一部である。

81) Third report on the expulsion of aliens, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/58, 2007, p.113.