

人権救済の逆説

——欧州人権裁判所における国境管理の位相

目次

- 1 〈国家ファースト〉のメンタリテイ
- 2 「確立した国際法」という障壁
 - (1) 帝国の遺制
 - (2) 家族分離の促進
- 3 退去強制／国外追放の正統化
- 4 国境管理への歴史的視座

阿部浩己

1 〈国家ファースト〉のメンタリテイ

国際人権保障の旗艦的役割を担ってきた欧州人権裁判所（以下、裁判所）が「自律的解釈」や「発展的解釈」といったダイナミックな解釈手法を掲げ、同時代の重要な人権問題に積極的に関わりゆく姿勢に転じたのは一九七〇年代後半のことであった。^①「生ける文書」たる欧州人権条約（以下、人権条約）は起草者の制限的な意図に拘束されはならず、「理論上または架空の」ではなく「実際的かつ効果的な」権利を保障すべきものでなくてはならない、との認識^②がそれ以降一貫して司法判断の基調をなし、今日に至っている。起草の時点で想定されておらずとも、あるいは、明文の規定がなくとも、体罰や婚外子の処遇、経済的に困窮した者への法律扶助等をめぐる諸問題を条約上の案件として取り扱^③いたのは、それを現実化しようとする裁判所の能動的で創造的な姿勢のゆえにほかならない。

だが奇妙なことに、能動的で創造的なその姿勢は出入国がかかわる事案になると倏忽として抑制され鈍磨されてしま^④うことが少なくない。その端緒ともなったのが、英国を被告として一九八五年に示されたABC事件判決である。移民（外国人）の処遇に焦点をあてた初の判決において裁判所・全員法廷が開陳したのは、条約（私生活・家族生活の尊重について定める第八条）は自国領域に住む者の家族を入国させる一般的義務を締約国に課してはならず、「確立した国際法（well-established international law）の問題として、国は、条約上の義務に従うことを条件に、自国領域に外国人（non-nationals）が入ることを管理する権利を有している」という「実際的かつ効果的な」権利保障とはおよそ対局に位置する法認識であった。^⑤原告らは初手から人間ではなく外国人に類型化され、国民に劣後する扱いを「確立した国際法」の名の下に正当化されることとなった。出入国について国家主権を優位させる「確立した国際法」は、その後も、外国人の訴えを退ける多くの司法判断の礎となって再述されていく。

裁判所が「確立した国際法」と名指したものは、出入国管理法に関心を持つ者であれば誰しもが各所で何度となく接してきた定型句に相違ない。日本にあつて最もよく知られている出典をあげるとすれば、当然ながら最高裁判クリン事件判決の説示⁽⁶⁾に想到するだろうし、英国でも貴族院が「外国人を受け入れ、受け入れを拒否し、および国外に退去させる権限は、最も早くから最も広く認められた主権国家の権限の一つであつた⁽⁷⁾」と判示している。

後述するように、こうした司法判断の淵源を探りゆけば、米国連邦最高裁が一九世紀末に下した問題含みの判断に逢着することになるのだが、もとより、国民国家を範型として歴史的に形成されてきた憲法(学)の枠組みにおいては、国民/外国人という二分法は基本的に維持されてしかるべきものと了解されてきたところがある。憲法学者の柳井健一は、安念潤司と長谷部恭男という専門を同じくする二人の泰斗の言に依拠しつつ、この点を肯認して次のように言葉を継いでいる。⁽⁸⁾

憲法および国際慣習法上、一般的に、外国人が他国に入学し在留することを権利であるとは認められておらず、その反面、主権国家がいかなる外国人をいかなる条件のもとで受け入れるかについての専管的決定権を有するという前提のもとで「あらゆる人に国内でいかなる活動を行うかを顧慮することなく入学・在留の自由を認める制度は『ほとんど戦慄すべきもの』であつて、実施しうるとはわかには考えにくい」のだとすれば、「現実には実施可能なのは、同国人をまずは権利主体として想定し、つぎにそれをどこまで拡張しうるかを考えるアプローチのみである」、ということになりそうである。

つまりは、入学し在留する国の国籍を持たぬ者の権利保障を語る場合には(国家(主権)ファースト)という前提

のもとにこれを行うことは避けられず、その認識が日本や英国における最上級審の判断に端的に現れ出てきたということでもあろう。国内裁判所が国民を構成員とした政治共同体に立脚する憲法に基づき設置された国家機関であることを想起するに、(国家(主権)ファースト)の思考回路を辿りゆくその姿勢に——けつして妥当とは思えぬもの^⑨——特段の摩訶不思議を覚えるものではない。しかし、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認」し、「すべての人民とすべての国民とが達成すべき共通の基準として」公布された「世界人権宣言に掲げる権利のあるものについて集団的な実施を確保する」ことを決意して協定された人権条約の履行を確保するための裁判所が(国家(主権)ファースト)の立場をとることはけつして自明の理ではあるまい。それどころか、人権を初手から国家主権に劣位させる立場の選択は、「人類社会のすべての構成員の権利」を最重視するはずの条約の趣旨に本来的にそぐわないのではないか。

むろん裁判所は、出入国管理の局面に条約の適用はないなどとは言明していない。正確に記せば、裁判所は欧州人権委員会(以下、委員会)の従前からの見解を踏襲し、次のようにいう。「締約国の領域に入りまたは在留する外国人の権利自体は条約によって保障されていない。しかしながら、出入国管理は条約上の義務に適合するようになされなければならない^⑩」。条約八条は自国領域に住む者の家族を入国させる一般的な義務を締約国に課しているわけではないものの、出入国管理権限の行使は条約上の義務の範囲および限度内で制約されている、ということである。

こうした「間接的保護」の形をとるにせよ、外国人の権利保障の可能性を排除しない論旨自体は歓迎すべきものには違いない。とはいえ、その保障はあくまで出入国を管理する国家の権限を前提にして、という限定つきのものである^⑪。別言すれば、国家の国境管理権限を所与の前提(原則)に、それを条約上の権利(第八条)によって制限できるかどうかを問う規範的枠組みが設定されているのであって、両者の配置はその逆ではない。条約の基本的な趣旨に

すぐわかないのではないかという思念が募るのはこのゆえである。¹²⁾

A B C事件判決で明示された両者の関係性は現在に至るまで変わりなく維持されている。このような法認識はいかにして生み出され、再生産されてきているのか。以下、本稿では、裁判所における国家の国境管理権限と人権との関わりを批判的に辿り直し、その含意について思惟を巡らせてみることにする。

2 「確立した国際法」という障壁

(1) 帝国の遺制

人権条約の母体である欧州評議会の設立背景には、「ヨーロッパ統合運動と、急速に形成されつつあった東欧圏への対抗があり、さらにその根底には、ヨーロッパ文明の内部からナチズムの出現を阻止できなかつたという危機意識があった」。「欧州評議会」が発足後直ちに作成しはじめたヨーロッパ人権条約も、このような背景に照らして理解できるものである¹³⁾。

小畑郁のこの指摘が示唆するように、条約は、過去の破綻（ナチズム）と喫緊の脅威（共産主義）を前に、欧州が自らの民主主義と自由を集団的に保障しようとして急ぎ立ち上げた一大プロジェクトにはかならない。その際、最重視されたのは「欧州＝私たち」の自由の確保であり、他者たる外国人の権利保障は必ずしも排除されたわけではない。とはいえ、その扱いは劣位のものに押しとどめられた観がある。留意すべきことに、条約には表現・集会・結社の自由および差別禁止規定が外国人の政治活動に制限を課すことを妨げぬ旨を特別に記した条項（第一六条）がおかれているのだが、条約が依拠する世界人権宣言にはこのような定めはない。のみならず、同宣言が謳う国を離れる権利、

庇護を求め・享受する権利、国籍への権利といった、外国人にとって格別の重みを有し得る諸権利についても条約は明らかに沈黙する体を装っている⁽¹⁴⁾。

もとよりこうした沈黙の背景に欧州のおかれた特殊な歴史・政治的事情があずかっていることは言を俟つまいが、特殊な事情といえ、条約が英国、ベルギー、フランス、オランダといった一群の植民地保有国を中核として作り出された法文書であることも、外国人（移民）の権利保障を論ずる際には看過し得ない点である。それを端的に伝える第五六（旧六三）条は、実態に即していえば植民地条項と称すべきものだが、そこには、締約国が植民地（条文上は「自国が国際関係について責任を有する地域」）の全部または一部に条約を適用する宣言を行えること、ただし、植民地において条約の規定は「現地の必要に妥当な考慮を払って適用されること」、さらに、植民地に条約を適用する宣言を行なった国はいつでも当該植民地について個人申立を受理する裁判所の権限を受諾できること、が定められている。

本稿は、ベルギーや英国代表等の意見を組み入れて制定されるに至ったこの条項の起草過程あるいはこの条項が各国の条約締結・個人申立ての受諾に及ぼした影響について具体的に検討するものではない⁽¹⁵⁾。ただ一つここで確認しておきたいのは、この条項の制定を導いた植民地主義の遺制は「独立」の達成によっても清算されることはなく、その後旧植民地から旧宗主国に向けた人の越境移動を構造化する形をとって継続したことである⁽¹⁶⁾。ベルギーや英国等にとってみれば、植民地住民への条約の適用を排除・制限しようとして導入したこの条項は、図らずも後年、自国領域にたどり着く旧植民地住民への条約適用の可否を争う事態の出来を予示するものにもほかならなかったわけである⁽¹⁸⁾。

旧宗主国への人の移動は、西欧一般における第二次世界大戦後の高次の労働力需要と重なりあつて促進されてもいたのだが、一九七〇年代半ばに至り、国際経済の変動の波濤を浴びて労働需要は急速に縮減する。その中で、「南」か

ら西欧諸国に入る手立てとして代わって援用されるようになったのが家族再結合 (Family reunion・家族呼び寄せ) の原則であった。¹⁹⁾だが労働力の受け入れが厳しく制限される一方で、移民に供された入国の扉は、西欧諸国によってけつして寛大に開けられたわけではない。そこに、家族生活の尊重を求める条約八条の介入を必要とする契機が生み出されることになった。その主たる舞台の一つとなったのが旧植民地大國・英国である。

英国ではすでに一九六二年以降、植民地当局により発給された旅券による英国入国の拒否・制限を可能とする移民法改正がなされていたが、一九七〇年代にはこれに血統主義も追加され、国内労働市場保護の観点からとりわけ新コモンウェルス諸国出身のカラード移民受け入れへの警戒心が増幅されていた。そうして厳格化された一九八〇年移民規則により、自らがもしくは自らの両親が英国生まれでないため夫の入国を拒否されることになった女性たちが委員会に救済を求め、そのうちの三件が同委員会の判断を経て裁判所で検討される段となった。それらの事件の申立人が、英国永住権をもつマラウイ出身の Abdulaziz (インド系) とフィリピン出身の Cabales (裁判所に事案が付託されるまでの間に英国に帰化)、そして前婚の際に英国市民権を取得していたエジプト出身の Balkandali であった (A B C 事件)。

(2) 家族分離の促進

第八条のみならず、一四条 (差別禁止)、三条 (非人道的処遇等の禁止) および一三条 (効果的救済の提供) の適用の可否が争われた本件において、裁判所は委員会とはほぼ同様の結論を提示した。

第八条について裁判所は、まず本件申立が同条の適用範囲に入り得ることを是認し、争点を、夫の入国・在留を認める積極的義務を英国が負っているかどうかという形で定式化した。そのうえで、積極的義務に関わって家族生活を

どう尊重するかは事案により異なるので、「条約の遵守を確保するためにとる措置の決定にあたり、締約国は広範な評價の余地を有する」と述べるとともに、「定住移民の親族の入国を認める国の義務の範囲は、当人のおかれた事情により異なる」とし、さらに続けて、本件は家族生活だけでなく出入国にもかかわっており、「確立した国際法の問題として、および、条約上の義務に従うことを条件に、国は自国領域に外国人が入ることを管理する権利を有していることを裁判所としては無視できない」と判じた。そして「第八条により課せられる義務は、夫婦の居所選択を尊重し、外国人配偶者を定住のため自国に受入れる一般的義務を締約国に及ぼすものと考えすることはできない」と説くに及んでいる。²⁰⁾

第八条の適用にかかるこうした認識は、外国人の入国・在留管理につき日本の法廷の多くが連綿と依拠する広範な自由裁量の論旨を彷彿させ、同条の帰趨について裁判所がどのような判断を下すのかを容易に想像させるものでもあった。実際のところ、裁判所は念入りにも、申立人らが、自らの出身国あるいは夫の本国で生活を営む障害があることを示していないこと、さらに、婚姻時において夫の定住が英国法上困難であった事情を知り得たはずであること、にも言及し、よって家族生活の尊重を欠いていたとはいえないとの結論を導くに至った。²¹⁾

申立人らが訴えを起こした後背に、既に示唆したような人の越境移動を促す構造的な要因が広がっていたことは紛れもない。移民規則の改正も、もっぱら英国側の事情によるものであった。申立人らは英国で婚姻生活を営むことを望んでいたものの、裁判所は、それがかなわぬ責任を申立人自身の怠慢や不注意に帰した。²²⁾そしてその理由付けの基礎に国家の広範な国境管理権限を据えている。裁判所のまなざしが根幹において国家(英国)²³⁾の側に寄せられていることをうかがい知れるところである。

A B C事件判決で示されたこの判断枠組みの基本は他の事件でも踏襲されていくのだが、それを別して言えば、国

家の国境管理権限を基軸に据え、これとの関係で申立人のおかれた事情を変数として評価する、というものである。換言すれば、国家の利益は所与のものとしてその内実を具体的に追究せず、申立人側の事情のみを評価の対象にする、ということである。その際、国家の国境管理権限は「確立した国際法」により自在のものとしてされ、個人の被る不利益は相当な水準に達しないかぎり条約違反の結論を導くことができないう構図になっている。²⁴⁾

むしろそれでも、外国人の権利保障をすべからず在留資格の枠内に押し込める日本の最高裁判決（マクリーン事件判決）に比べれば個人の権利が実現される扉は塞がれているわけではない。現にいくつかの事件において裁判所は条約（八条）違反を認定し、申立人の側に軍配をあげている。一例を挙げると、エリトリアでの内戦のさなか夫を殺害されて避難してきた女性が、避難先のオランダで知り合った難民と婚姻して二人の子を儲け、さらに住宅を購入するなどして生活を整えた後、本国に残る子との合流を求めたところ、オランダ当局によってこれを拒否されたことが条約違反にあたりと訴え出た事案がある。²⁵⁾

オランダの主張によれば、申立人の女性はエリトリアに自らの意思で子を残してきたのであって、同人との「密接な家族の絆」はすでに消失している、とされた。だが裁判所は、子を残してきた事情にかかるオランダの見解に疑義を呈するとともに、申立人らが同国に定着し（市民権も取得）、二人の未成年の子が同国で生まれ育つていいること、さらにエリトリアに残してきた子（一五歳）が婚姻年齢に達したため養育している祖母から退学を強いられたこと等を勘案し、オランダの措置は申立人の利益との公正な均衡を欠いているとして第八条違反を認定した。これに先立つて示されていた別の判断において裁判所は、生まれ育ったオランダに合法的に在留する二人の子どもの存在を主たる理由として、トルコにいるもう一人の子とのオランダでの合流を認めぬ措置をやはり条約違反と認定していたが、判決文が伝えるとおり、この先行判断がエリトリア出身者の事例にも大きな影響を与えることになった。

その一方でデンマークが訴えられた事案では、帰化により同国民となった申立人が同国においてガーナ人妻との家族再統合を拒否されたことが問題とされた。市民権を取得して二八年を経過しないことには外国人配偶者との結合を認めぬ法令によるものだったが、なんとも名状しがたいことに小法廷は第八条（全員一致）についても一四条（多数意見）についても条約違反を認定しなかった²⁷⁾。この事件を付託された大法廷は、二八年の時の経過を求める当該規則が民族的出身 (ethnic origin) に基づく間接的な差別効果を生じさせているとして（八条とあわせた）一四条違反を認めためたものの、第八条単独の違反の訴えについては判断を回避した²⁸⁾。

この大法廷判決がそうであるように差別を禁ずる第一四条違反の訴えを第八条と関連づけて認容する事例は漸増する傾向にあり、また、上記オランダの事例のように子どもの最善の利益を（默示的であれ）重視する潮流も顕在化している。これによって家族再統合の訴えに新たな地平が広がっていることはたしかであるが、第八条に基づき主張を退ける裁判所の基本認識自体に特筆すべき変化は看取できない。「南」から到来する人々にとってみれば、裁判所の提示する「確立した国際法」の法理は、西欧諸国への入国・在留を妨げる巨大な障壁のままであり続けている。

3 退去強制／国外追放の正統化

条約八条についての裁判例を調査していくと、入国・在留にかかるものよりも退去強制／国外追放に関する事例が多いことが分かる³¹⁾。その理由として、前者に比べ、後者の条約違反を争うほうが訴えを認容される可能性が高いという実務的判断に想到する向きもあるかもしれない。たしかに、一九八八年に示された *Berrehab* 事件判決³²⁾を嚆矢として、裁判所は立て続けに退去強制措置の条約八条違反を認定する判断を公にした³³⁾。申立人の多くを占めていた者が移民第二世代であったことに着目し、国民と移民第二世代との間の差異を除去することを裁判所が密かに企図してお

り、「外国人の追放に関する慣習国際法の基本原則が変容しつつある」と論じる者がいるほどであった。³⁴⁾

そうした論調が馴染む時期の前史として想起しておくべきことに、Berrehab 事件判決が示される一九八八年までの間、退去強制措置に処せられた者から家族生活の尊重を求める申立てが委員会に九〇件も提出されていた。だが、この種の訴えがなされ始めた一九五〇年代後半以降、委員会はそれらすべてを「明らかに理由がない (manifestly ill-founded)」として却下する不受理 (inadmissible) 判断を示し続けていた。³⁵⁾ 西欧諸国に入国・在留を求める者の場合と同様に、退去強制を受ける者の多くもまた「南」の出身者である。英国から追放されるパキスタン人やフランスから追放されるチュニジア人等の例を見るまでもなく、その背後には植民地主義の遺制ともいべき構造的・歴史的要因が広がっている。Dembour が的確に批判するとおり、委員会の不受理判断は、そうした要因への関心を欠くことに加え、カラード移民はその家族も含め容易に出身国に戻り定着できるはずだ、という実証的根拠をまったくもたぬ人種化された人間観を濃厚に湛えるものであった。また、退去強制という出入国管理権限の行使を、条約八条を無条件に凌駕するものとも捉えていた。「委員会の決定は、申立人の退去強制がいつたいいかなる意味で国家の正統な利益に資するのかを説明していない。詳細な理由づけは、明らかに必要なものとはみなされていなかったのである」³⁶⁾。

そうであっただけに、Berrehab 事件判決は待望久しきものとして立ち現れた。事案の概要は次のとおりである。オランダ人との婚姻により同国に居住し、就労許可も得た Berrehab (モロッコ国籍) は、その後、婚姻関係の破綻により離婚に至る。同人は離婚後ほどなくして生まれた娘と定期的に面会していたのだが、離婚を理由に在留許可の更新を拒否され、国外退去を命じられる。きわめて異例なことに、当該措置が第三条および八条違反にあたるとの訴えは、元妻および娘をも申立人として委員会に提出された(ただし、元妻の申立は不受理となる。なお、申立人は元妻と再婚し、オランダ在留が再び認められるに至っていた)。裁判所は、長年オランダに正規在留していた Berrehab

が、在留資格を喪失したこと以外ならぬ違法行為も行なっておらず、娘との関係も緊密であったことから、オランダの追求した目的と採用した手段（追放措置）との間に不均衡があるとして、第八条違反の認定に踏み込んだ。⁽³⁷⁾

この判決の後、裁判所は、*Mustaqim* 事件を手始めに、犯罪を犯し退去強制に処せられた移民第二世代の処遇について第八条の観点から判断を求められるようになる。前述のように、申立人に有利な判断が引き続いた際に移民第二世代の退去を阻止する裁判所の隠された企図の存在を指摘する向きもあつたが、その真相がどうあれ、違反認定に至った理由について明確な基準は必ずしも示されず、その後、違反なしとの判断が出されるようになってからは、「違反」と「違反なし」とを分かつ境界がどこにあるのが判然としない事態に陥ることにもなつた。家族・私生活に干渉する措置を正当化するには、目的と手段との均衡（民主社会に必要なものであること）が判断の要であることは確かだとしても、どのような要素にどのような重みをもたせて評価を行うのかがいかにも不分明であつた。現に、一九九六年に移民第二世代の事件で初の違反なしとの判断になつた *Boughanemi* 事件判決では、反対意見を表明した *Martens* 裁判官が、多数意見の採用するケースバイケース・アプローチを予測不能な「くじびき (lottery)」になぞらえて論難してゐた。⁽³⁸⁾

こうした批判に應えるべく、裁判所は二〇〇一年に判断基準を次の八つに整理して提示する。⁽⁴⁰⁾ すなわち、申立人の犯した犯罪の性質・重大性、当該国での滞在期間、犯罪後に経過した時間とその間の申立人の行動、関係する者たちの国籍、家族状況（婚姻期間その他夫婦の家族生活の真正を示す事情）、家族関係に入った時点で配偶者による犯罪の了解、子の存在と年齢、配偶者が申立人の出身国（送還先）で遭遇する困難の深刻さ、である。ただし、第八条違反を導くにあたり、これらの基準が裁判所によつてどのように評価されるのかは判決文からは明らかにされなかつた。⁽⁴¹⁾

こうしてその後もケースバイケースで安定性を欠く判断が続いていくことになるのだが、二〇〇六年に至り、基準の明確化を託されて大法廷が退去強制事案について判断を示す機会が訪れた。大法廷は、二〇〇一年に示されていた上記八つの基準にさらに二つの基準（子どもの最善の利益・福利（とりわけ送還先で遭遇する困難の深刻さ）、滞在国・送還先の国との社会的・文化的・家族的結びつきの強さ）を追加したうえで、第八条につき違反なしとした小法廷判決を踏襲し、申立人の退去強制を是認する判断を導いた。⁴³ 判断の指針が拡充されたことの善し悪しはともかくも、大法廷判決はこれらを本件事案に当てはめるにあたり、どの基準をいかに評価して申立人（オランダ在留）のトルコへの退去強制が「公正な均衡」を欠かないと判ずるに及んだのかをまったく説明しなかった。基準の数自体が増やされても、「くじ引き」のごときケースバイケースの判断が変わることはおよそなかったといわなくてはならない。

大法廷は二〇〇八年に、未成年時に犯した非暴力的な犯罪により申立人をブリガリアへ退去強制したオーストリアの措置を「民主的社会に必要な」ものではなかったとして第八条の違反を認定しているが、判断基準のあてはめについては一人の裁判官から異なる評価も示された。⁴⁴ この判決以降も条約違反の判断こそ出されてはいるものの、不受理あるいは違反なしの判決はさらに多数に及び、⁴⁵ 子どもの最善の利益の比重が増しているとはいえ、判断の仕方はケースバイケースの位相を払拭し得ているようには見受けられない。そして一連の判断が立ち至る結果を見やるに、裁判所への訴えは退去強制の取り消しではなく、是認に逢着する例があきらかに多い。裁判所への救済申立がもたらしているのは、申立人の願いと裏腹に、退去強制を正統化する非人道的な結末ということである。⁴⁶

本稿との関連でさらに留意しておくべきは、この間、「確立した国際法」の定型句が強化されて出来るようになってきたことである。退去強制にかかる事案では、Berrehab 事件など初期の判決に見当たらなかった「確立した国際法」への言及が、*Uner* 事件判決にあつてはABC事件判決をバージョンアップする形で次のように提示されている。⁴⁷

当裁判所は、確立した国際法の問題として、および、条約上の義務に従うことを条件に、自国領域に外国人が入ることおよびその在留を管理する権利を国が有していることを冒頭で再確認しておく。「欧州人権」条約は外国人が特定の国に入りまたは在留する権利を保障しておらず、国は、公の秩序を維持する任務を遂行するため外国人を追放する権限を有している。しかしながら、この分野における国の決定は、第八条一項により保護される権利に干渉する場合には、法律に従いかつ民主的社會において必要なものであること、すなわち、差し迫った社会的必要により正当化され、とりわけ追求される正統な目的と均衡していなくてはならない。

当裁判所は、外国人が受入れ国に成人としてまたはきわめて若年時に入国したかどうかにかかわらず、これらの原則が適用されると考える。これに関連して、当裁判所は長期滞在移民の退去強制禁止に関する勧告一五〇四（二〇〇一）に触れておく。これは、受入れ国で生まれ育った長期滞在移民がいかなる事情によっても退去強制されないことをとりわけて保障するよう閣僚委員会が加盟国に勧奨することを欧州評議会議員会議が勧告したものである。自国で出生しあるいは幼少期に入国した長期滞在移民をその犯罪歴に基づき退去強制させることはできない旨の立法を行ったかまたはその旨の政策を採用している一群の国があるとはいえ、退去強制されぬ絶対的権利は条約第八条からは生じ得ない。現に、同条二項は一項が保障する一般的権利への例外を明瞭に認める文言になっている。

上記議員会議勧告はまた、「上記」段落で言及した範疇の者を除くほか、刑事犯罪を實行した長期滞在移民は国民に適用されると同一の通常法の手続きおよび制裁に服するべきであり、また、退去強制という「制裁」は国の安全に影響を与える特に重大な犯罪であつて有罪と認められたものについてのみ適用されるべきであるとして

いる。しかしながら、当法廷は、外国人がきわめて強い居住資格を有し、高度の統合を成し遂げていようとも、条約八条二項に掲げる一またはそれ以上の理由により外国人を退去強制する締約国の権限の行使にあたり、その立場は国民と同一にはなり得ないと考える。当裁判所はさらに、有罪判決を受け刑事法上の制裁に処せられた定住移民に居住許可を取消しおよび／または退去強制命令を発する決定は、第七議定書四条の適用にあたっては、また、より一般的にも、二重処罰ではないという見解である。

締約国は、社会を保護するため、刑事犯罪により有罪となった者について措置をとる権利を有している——むしろ、第八条一項の保障する権利に干渉する限りにおいて、それらの措置が民主的社会において必要で、追求される目的と均衡していることを条件にしてだが。そうした行政措置の性格は、処罰的というよりも予防的とみるべきものである。

やや長めの引用になったが、国家主権を防護する「確立した国際法」への裁判所のコミットメントがますます強まっていることが感じられる。⁽⁴⁸⁾「確立した国際法」は、いまや退去強制事案にも欠かせぬ原則として判決を彩るようになっている。⁽⁴⁹⁾ちなみに上記判決で言及されている欧州評議会議員会議の勧告は、裁判所が再述しているとおり、長期滞在している移民を退去強制しないよう加盟国に勧奨するものであり、欧州に広がる退去強制の非人道的実態への強い懸念の表明にはかならなかつた。判決にはこの勧告に従って国内法・政策の変更を手がけた国があることも記されている。

しかしそうした事実を了知しつつも、裁判所は上記勧告に公然と異議を唱えるに及んだ。幼少時に入国して以来長期にわたって滞在している移民であっても、退去強制する権限を国が変わらずに有していることが念入りに強調され

ている。裁判所が「人権」裁判所であることを想起するに、なぜこれほどまでに主権国家の代弁者よろしく国境管理権限の刻印に固執する必要があるのか理解に苦しむところである。判決からうかがい知れるものを端的に表すれば、裁判所は、国家の利益（国境管理権限）を人間の利益に優先させる機制を奥深く身体化した司法機関として、⁵⁰その存在を移民（外国人）に向けていっそう高く屹立させているということになる。⁵¹

4 国境管理への歴史的視座

冷戦が終結し条約が「東方」に拡張されていくことでその様相には少なからぬ変化が見られるとはいえ、裁判所にとってみれば、普遍的な人権の理念を世界に（善導）してやまぬ西欧諸国（とりわけ中核諸国）へのまなざしは、本来的には信頼に基づくものであり続けている。大規模人権侵害国が溢れかえった中南米やアフリカ諸国を相手にするのでは、原則的な構えが大いに異なるのも由なきことではない。人の越境移動という点でいえば、西欧に浸潤するメソタリテイは「受け入れ国側」のそれであって、このゆえに「送り出し国側」のそれが支配的な地域とは違った国境観が無意識にせよ裁判所全体に刻印されてきたともいえる。⁵²

見過ごせないことに、裁判所が移民の権利にかかる事案を扱い始めた一九八〇年代は、近年の日本のように西欧（欧米）において「庇護の危機」が煽られ始めた時期であった。「偽装難民 (bogus refugee)」という語が案出され巷間に流布したのもこの頃である。そして Dauvergne の言うように、「こうした傾向にあって最も重要なのは、庇護申請の取締まりが、移民の流入一般（特に非正規移民）の取締まりと織り合わさったことである。…庇護の危機を非正規移民の取締まり全般から切り離すのは困難である。…庇護の危機は一九八〇年代半ばに始まったが、一九九〇年代半ばまでには非正規移民のグローバルな取締まりが本格的に手がけられるようになっていた」⁵³。国境を超えて移民が流

入することへの恐怖心が裁判所の所在する西欧を席卷する時代状況が広がっていたわけである。移民流入の恐怖は、二一世紀が深まる中でさらに深刻化していることはいうまでもない。

国境管理権限にチャレンジする多くの訴えを門前払いし続けた委員会の実績を基層に据えつつ、国家主権にいつそう謙抑的な立場を推進するにあたり、裁判所にとって「確立した国際法」は欠かすことができぬ法命題であった。先述のとおり、「確立した国際法」を評して英国の最上級審は「最も早くから最も広く認められた主権国家の権限の一つであった」と評している。⁽⁵⁴⁾ ABC事件判決は、裁判所自らが以後、連禱のごとく引用していく「確立した国際法」の存在についてなんらのためらいなく自明の理として扱っていたのだが、英国貴族院がいうように「最も早くから最も広く認められた主権国家の権限」だったのであれば、それも当然の扱いということにもなるのだろう。

たしかに、世界的に最も権威のある国際法テキストの一つである Oppenheim の著書もこう記す。「外国人の受け入れは裁量の問題である。いずれの国も、その領域的至高性によって、自国領域のすべてであるはずのいづれの部分からも外国人を排除する権限を有する」⁽⁵⁵⁾ こうした法認識を先駆的に示した司法判断として知られるのは、一九世紀末に米国連邦最高裁判所が宣明した次の一節である。「主権に固有のものとして、かつ、自己保存に欠かせぬものとして、あらゆる主権国家が自己の統治下への外国人の受け入れを禁止すること、または、もっぱら自己が適当と認める場合に適当と認められる条件に基づいて外国人の受け入れを認める権限を有していることは、国際法上認められた格言である」⁽⁵⁶⁾

しかし、歴史的・実証的にいえば、国家の国境管理権限は、米連邦裁がいうように「国際法上認められた格言」でも、英貴族院がいうように「最も早くから最も広く認められていた権限」だったわけでもない。むしろ、一九世紀末に至るまで、欧米においては、国内での移動や国民の出国が制限されこそすれ、外国人の受け入れは国力の源泉とし

て大いに歓迎されていた。外からの入国にはほぼ制限がなかったのが実態である。⁽⁵⁷⁾

国家が外国人の入国管理権限を国際法に基づいて主張し始めたのは、一九世紀末からである。その端緒を開いたのは米国であった。一八八二年以降、米国は、それまでのリベラルな法思潮を一変させて人種・国籍に基づく入国禁止政策を法定していく。国境での排斥の対象はまず中国人に向けられた。この差別的措置の憲法適合性について判断を求められた連邦最高裁は、後に「中国人入国拒否事件 (Chinese Exclusion Case)」として知られることになる判決の中で、自己保存権を有する主権国家の固有の権限として、国家は外国人の入国を拒否できると断ずるに及んだ。ついで排斥の対象は日本人に拡張されたのだが、この事案もまた連邦最高裁まで争われることになり、結果として上記一九二二年判決がもたらされることになる。

米連邦裁の判断は歴史的・実証的根拠を欠く問題含みのものであったものの、同趣旨の判断は英国やカナダなどの裁判所でも示されていく。Plenderは、こうした不精確な司法判断がもたらされた事情として、代理人弁護士が外国人の受け入れを国家に義務づける一連の学術文献や国家実行の存在に裁判所の関心を引き寄せなかったことに言及している。⁽⁵⁸⁾ 国際法の実情についてきちんとした議論が行われていれば、まったく異なる判断が後世に残されたのかもしれない。

ともあれ、一八八二年に中国人入国拒否を打ち出した法律が米国で制定されて以来、まるでドミノ倒しのように各国で同様の法律が作られていった。第一次世界大戦に入ると国境管理は他の多くの国にも伝播し、さらに、適用の期間も対象も限定のない一般化した形の国境管理が顕現していった。戦時下に広がった国境管理は、一九二九年の大恐慌を機にさらに強化されていく。Chetailは、こうした状況を次のようにまとめている。「要するに、一九世紀の終わりから二〇世紀の中葉にかけて、出入国管理は、主として人種的理由で導入され、それが戦時法制下で一般化し、さ

らに経済危機によって強化されて近代国家の標準となったのである⁽⁵⁹⁾。国家の国境管理権限は、このように一九世紀末に立ち上がり、二〇世紀を通して、各国の判例や国際法・憲法学者らの自己言及的な引用の積み重ねに力を得て世界化したものにほかならない。「最も早くから最も広く認められた」ものでは到底なく、一片のためらいもなく「確立した国際法」というにはその起源も系譜も実に脆弱なものといわなくてはならない。

外国人の出入国管理にかかる裁判所の判断には、国境管理権限の生成にかかるこうした歴史的視座への関心があまりにも希薄である。既に述べたことをこれに重ね合わせて言葉を継げば、人の移動を促す構造的要因を等閑に付す姿勢にも顕著なものがある。そこには、時空を超えて動かぬ絶対的な存在たる国境と、自己責任原則の下に専ら自発的に移動しているかのごとき抽象的な外国人像が佇みあるだけである。「確立した国際法」を歴史的に相対化し、外国人の入国拒否あるいは退去強制が体現するとされる利益の内実を個別具体的に突き詰めていく判断姿勢が、「人権」を掲げる裁判所であればなおのこと求められるのではないか。

「確立した国際法」を墨守する裁判所の認識を支えているものを追究していく先に佇立しているのは、おそらく、人間を国籍によって区分（差別）することを自然視する思考に相違ない。自由主義に領導された根深きその思考の深層に稿を改めて接近していくことで、「確立した国際法」への根源的批判を深めていくことができばという思いである。

注

(1) 小畑郁『ヨーロッパ地域人権法の憲法秩序化』（信山社、二〇一四年）四五―四六頁。一九七〇年代後半は、国際社会全般において人権保障を強化する機運が高まった時期でもあった。阿部浩己「国際法における人権」『時の法令』二〇五六号（二〇一八年）六

一一六三頁参照。

- (2) *Tyner v. United Kingdom*, appl 5856/72, Judgment, 25 April 1978, para. 31; *Airey v. Ireland*, appl 6289/73, Judgment, 9 Oct 1979, para. 24.
- (3) 江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所の解釈の特徴」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、二〇〇八年）所収、二九頁。
- (4) *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, apps 9214/80, 9473/81, 9474/81, PC Judgment, 28 May 1985. 本稿においてこの判決はABC事件判決と略称する。
- (5) *Id.*, Paras 67, 68.
- (6) 「憲法二条一項は、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ものであり、このことは、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ものとされていることと、その考えを同じくするものと解される。したがって、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、所論のように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もない」と解すべきである」(最大判一九七八年一〇月四日、LEX/DB 27000227)。なお、判決文中の引用は省略した。
- (7) *European Roma Center and Others v. Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55, para. 11 [Lord Bingham].
- (8) 柳井健一「国民と外国人の間：判例法理における『外国人の人権』論の再検討」『法と政治』六〇巻一(二〇〇九年)四頁。柳井は別稿で次のようにも言う。「憲法という制度自体が、そもそも特定の政治共同体Ⅱ国家と不即不離しか存在しえないのだとすれば、そこで保障された権利については、当該政治共同体の枠内あるいはそれとの相関でしか考慮しえない。…そもそも外国人に対する権利保障は、必然的に国民との関係で劣後することとなるだろう」(「外国人の人権論—権利性質説の再検討」『愛敬造』二編「人権の主体」『講座人権論の再定位2』(法律文化社、二〇一〇年)所収、一七〇頁)。もともと、後藤光男は次のように論ずる。「外国人に保障される権利を、外国人在留制度の枠内に限定する議論は、実質的には外国人の人権否定論である。……こうした見解の帰結は、外国人の人権肯定論からいってほとんど戦慄すべきものである」(「外国人政策と入国・在留・再入国の自由」大浜啓吉編『公共政策と法』(早稲田大学出版部、二〇〇五年)七三頁)。
- (9) フランスのコンセイユ・デタがとってきた対照的な姿勢について、馬場里美「出入国管理における『私生活及び家族生活を尊重さ

- れる権利』『早稲田法学会雑誌』第五〇巻（二〇〇〇年）二〇六一―二〇七頁。
- (10) ABC, *supra* note 4, para. 59.
- (11) 馬場、前掲論文（注9）一九八頁。同「外国人の在留と私生活・家族生活の尊重 犯罪を犯した外国人の追放と家族生活・私生活の尊重―ブルティフ判決―」戸波編、前掲書（注3）二五二―二五六頁も参照。
- (12) 裁判所の判断において人権と国家主権の立場が倒置されるありようを、Dembour は「Strasbourg reversal」と名付けている。Marie-Bénédicte Dembour, *When Humans Become Migrants* (Oxford University Press, 2015), p. 4.
- (13) 小畑、前掲書（注1）四〇頁。
- (14) 国を離れる権利については、外国人の集団追放の禁止等とともに、一九六三年の第四議定書に規定されるところとなった。なお、世界人権宣言と同じ年に米州諸国会議で採択された米州人権宣言にも、庇護を受ける権利と国籍への権利が規定されている。
- (15) 起草過程における議論については、European Court of Human Rights, *Preparatory work on Article 63 of the European Convention on Human Rights* (information document prepared by the registry, 2 March 1978, available at [https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour\(78\)8_eng.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TP_Art_63_Cour(78)8_eng.PDF)).
- (16) たとえば英国におけるその実態については、原田桃子「ヒース保守党内閣における移民問題―一九七一年移民法の成立をめぐって」『ヨーロッパ文化史研究』第一六巻（二〇〇五年）第一章、佐久間孝正『移民大國イギリスの実験』（勁草書房、二〇〇七年）第二章参照。
- (17) 植民地条項は条約の適用範囲を原則として「欧州の法的空間」（欧州諸国「本土」の領域）に局限しようとするものでもあったが、植民地が次々に独立していくことによりこの規定は歴史的な遺物となった感を漂わせていたところ、二一世紀を迎える時期に、再び「欧州の法的空間」が屹立する事態が出来る。北大西洋条約機構（NATO）によるセルビア爆撃の条約適合性が問われた一件において、裁判所は、条約が「締約国の法的空間において」適用されると説示し、非締約国たるセルビア領内における条約の適用を排除したのである（*Banković v. Belgium*, appl. 52207/09, GC Judgment, 12 Dec 2001）。イラクにおける英兵の射殺行為が問題となった事案において、英国貴族院のロジャー卿（裁判官）は、欧州の領域を超えて条約を適用するのは、「他の人権機関の管轄と衝突するだけでなく、人権帝国主義と非難される危険性がある」と説いている（*Al-Skeini*, [2007] UKHL 58）。この言は非西洋国の主権を尊重する姿勢の表われのようにも見えるが、そもそも本件事案は英国による違法なイラク侵攻がもたらした無法状態の中で生じたものである。管轄概念を領域と同視する考え方からは、「権利を守られる西洋人」と「無権利状態におかれる非西洋人」という非対称な図式が浮き立ってくる。他方で、国際司法裁判所や自由権規約委員会、さらに米州人権委員会等は法的空間を欧州に限定するよ

うなことはしてきていない。興味深いことに、右記Balkovic事件判決の妥当性について各方面から痛烈な批判を受けた裁判所も、二〇一一年に至り、条約の適用を「欧州の法的空間」に局限しない立場に転じてはいる(Al-Skeini v. United Kingdom, appl. 55721/07, GC Judgment, 7 July 2011)。

(18) 委員会が移民の処遇に関して本案判断(条約違反)に踏み込んだ初期の代表例も、英国を相手としてなされたものであった。East African Asians v. the United Kingdom, appl.4403/70 and 30 others. Report adopted by the Commission, 14 December 1973, available at https://lovdata.no/static/EMDN/emd-1970-/004403_pdf#search=%27european+commission+on+human+rights+african+asian+uk%27.

(19) 人の越境移動の実態については、主に次の文献を参照。Stephen Castle and Mark J. Miller. *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World* (Macmillan, 2009)。

(20) ABC, *supra* note 4, paras 67, 68.

(21) 一九八〇年移民規則は国内労働市場の保護を眼目としていたのだが、外国人労働者を男性と等視していたこともあり、女性の入国が男性に比べて緩和されているところがあった。裁判所はその性差別的な側面をとらえて(第八条とあわせて)第一四条の違反を認定し、第一三条についても同様に違反を認定した。その反面で、裁判所は、人種による差別も、(英国市民権を有していた Balkandali について)出生による差別も認めず、第三条の違反もなかったと判じた。

(22) 他国(出身国)で生活を営むことを妨げる障害の有無と、家族生活が形成され始めた時点で在留にかかる法的障害を知り得ていたかどうか、裁判所はその後も一貫して関心を寄せてきた(ただし、他国で生活を営む障害とのかかわりでは、在留先での再統合が唯一の方法であることを示す必要はなくなり、現在では在留先での再統合が「最も適切である」ことを示せば足りると解されている。Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Realizing the right to family reunion of refugees in Europe*, Issue Paper, June 2017, p. 21, available at <https://rm.coe.int/prems-052917-gbr-1700-realising-refugees-160x240-web/1680724ba0>)。この要因に加えて、実際の家族生活が破砕される程度、入国を阻止すべき公の秩序上の要因が考慮されるべきものとされ、近年はさらに子ども、の最善の利益にも相当の重みを与える(ただし決定的ではな)ようにもなっている(Ejimson v. Germany, appl. no. 58681/12, Judgment, 1 March 2018)。See Mark Klaasen, "The Best Interests of the Child in Deportation Cases: An Analysis of Ejimson v. Germany", *Strasbourg Observers*, March 30, 2018, available at <https://strasbourgobservers.com/2018/03/30/the-best-interests-of-the-child-in-deportation-cases-an-analysis-of-ejimson-v-germany/#more-4158>.

(23) コモンウェルス諸国市民が英国への入国の自由を喪失するに至った移民法改正過程に人種的動機の伏在を認め条約三条違反を認

- 定した委員会の従前の判断 (*East African Asians v. the United Kingdom*, *supra* note 18) を看過するかのようだ。裁判所は、「移民の急増と国家の吸収能力を超えたる移住率をもたらす危険性」を同法の改正理由でもととして (ABC, *supra* note 4, para. 12)。
- (24) *Dembourg*, *supra* note 12, p. 121.
- (25) *Tunabo-Tekle v. the Netherlands*, appl. 60665/00, Judgment, 1 Dec. 2005.
- (26) *Sen v. the Netherlands*, appl. 31465/96, Judgment, 21 Dec. 2001.
- (27) *Bio v. the Netherlands*, appl. 38590/10, Judgment, 25 Mar. 2014.
- (28) *Bio v. the Netherlands*, appl. 38590/10, GC Judgment, 24 May 2016.
- (29) 千々子の最善の利益の確保を主たる理由として「こころ」配偶者との再統合を認めぬ措置を第八条違反と認定した初の事例として、*Jenness v. the Netherlands*, appl. 12738/10, GC Judgment, 3 Oct 2014.
- (30) 最近の判例として、Commissioner for Human Rights, *supra* note 22, pp. 23-25.
- (31) 退去強制との関連で裁判所における条約八条の適用状況を批判的に分析したものととして、阿部浩司「国際法の暴力を超えて」(岩波書店、二〇一〇年)一三三-一四〇頁。なお、本稿では「退去強制」と「(国外)追放」という述語を互換的に用いる。
- (32) *Berrehab v. the Netherlands*, appl. 10730/84, Judgment, 21 June 1988.
- (33) *Monstaquin v. Belgium*, appl. 12313/86, Judgment, 18 Feb. 1991; *Beldioudi v. France*, appl. 12083/86, Judgment, 26 Mar. 1992; *Nazri v. France*, appl. 19465/92, Judgment, 13 July 1995. 裁判所が実体判断を行わぬ場合にのみ、委員会の判断(条約違反)を受けて友好的解決が図られ、退去強制の取消しを留許可が認められしこと。See e.g. *Dieroud v. France*, appl. 13446/87, Judgment, 23 January 1991. もっとも一九九六年に至り、裁判所は移民第二世代の関わる事案において違反なしとの判断を示すようになった (Bouhane-mi v. France, appl. 22070/93, Judgment, 24 April 1996)。
- (34) Ryszard Cholewinski, "Hidden Agenda? The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 12 (1994), p. 305. 同語訳「出入国管理に家族生活の保護」(法学ジャーナル)一九九二年三月号、一六二-二〇頁を参照。
- (35) Mark Villiger, "Expulsion and the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8 of the Convention) - An Introduction to the Commission's Case-Law", in Franz Matscher and Herbert Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension* (Carl Heymanns Verlag, 1988), pp. 657-662.
- (36) *Dembourg*, *supra* note 12, p. 171.

- (37) ただし、一人の裁判官は、国外（モロッコ）でも父と娘の接触が可能であったことから、第八条の違反はないという反対意見を付した。 Dissenting Opinion of Judge Thor Vilhjálmsson.
- (38) Marie-Benedicte Dembour. "Human Rights Law and National Sovereignty in Collision: The Plight of Quasi-Nationals at Strasbourg", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 21 (2003), p. 70. 馬場の言葉を借用すれば、次のようになる。「一九九六年以降の判決では、以前とはほとんど同じ事案についても八条違反は認められていない。このため、人権裁判所の判断には一貫性がなく予測可能性に欠け、法的安定性を阻害すると批判されるようになった。裁判所は…一般的な基準を立てることなく、個別の事情に基づく判断を行なったため、それが、判断が恣意的であるという批判を招く一因になったのである」(馬場「外国人の在留と私生活・家族生活の尊重」(前掲・注11)「三一一頁」)。
- (39) Dissenting Opinion of Judge Martens, para. 4.
- (40) *Boullif v. Switzerland*, appl. 54273/00, Judgment, 2 Aug. 2001.
- (41) もともと、同意意見を表した三名の裁判官たちは「犯罪後七年が経過し、その間、申立人が再犯に及んでいないことから社会復帰し得たとみて第八条違反に同意した旨を明記した」。Concurring Opinion of Judges Baka, Wildhaber and Lorenzen.
- (42) *E. g., Mehemti v. France*, appl. 53479/00, Judgment, 10 Apr. 2003.
- (43) *Uner v. the Netherlands*, appl. 46410/99, GC Judgment, 18 Oct 2006.
- (44) *Maslov v. Austria*, appl. 1638/03, GC Judgment, 23 June 2008. Dissenting Opinion of Judge Steiner.
- (45) See, European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights* (updated on 31 August 2018), paras 289-302.
- (46) 圧倒的多数の申立が単独裁判官および三人構成の委員会の段階で却下されていることも看過してはならない。たとえば二〇一七年の統計によれば、European Court of Human Rights, Annual Report 2017, p. 163 *et seq.*, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf.
- (47) *Uner, supra note 43*, paras 54-56. (引用箇所の訳は省略。)
- (48) それゆえに、申立人の事情を「例外的 (exceptional)」とみる場合にはじめて均衡性の評価を国家に不利なものとする判断が生まれることになる (*Jeunesse, supra note 29*, para. 122)。
- (49) 裁判所は、「出入国を管理する国の権利のコロラリーは、申立人のような外国人が、入国または在留を適法に拒否されて締約国を離れるよう命じられた場合において、出入国管理および手続に従い国を離れる義務である」とも説いている (*Id.*, para. 100)。

- (50) ブルドューのいうハビトゥス (habitus) という語がこの文脈でも妥当するものと考えられる。ハビトゥスという概念については、ピエール・ブルドュー「原山哲訳」『資本主義のハビトゥス』(藤原書店、一九九三年) 参照。
- (51) もともと、Jnet 事件判決には三名の裁判官が共同反対意見を付しており、そこでは、議員会議の勧告に沿い長期滞在移民が国民と同一の公正な取扱いを可能ならびり受けるべきだとが説かれている (Joint Dissenting Opinion of Judges Costa, Zupancic and Turmen)。この三名に限らず、裁判所を構成する裁判官の中には人権を損なう国境管理権限行使への強い警戒心を隠さぬ者も常に存在してきた。たとえば、裁判所のケースバイケース判断を「くじ引き」と評した Martens 裁判官は、Boughanemi 事件判決 (前掲注 33) の反対意見のなかで次のように述べていた。「統合された外国人一すなわち、その国で人生のすべてであるいはほぼすべてを過ごした外国人一は、国民と同じく退去強制されるべきでない」という認識から裁判所は始めるべきである。退去強制事案において判断が安定していない背景にも、国境管理をめぐる認識の相違が裁判所内で絶えない実情が与っているのだから、内部におけるそうした「亀裂」の中に、「確立した国際法」を身体化した司法機関を変容させる芽を見出すことが出来るのかも知れない。
- (52) Denbaur, *supra* note 12, pp. 10-11, 14-15.
- (53) Catherine Dauvergne, *The New Politics of Immigration and the End of Settler Societies* (Cambridge University Press, 2016), pp. 44, 45.
- (54) *Supra* note 7.
- (55) Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* Vol. 1, (9th ed., Oxford University Press, 1992), pp. 897-898).
- (56) 142 US 651, 659 (1892).
- (57) 阿部浩二「グローバル化する国境管理」『世界法年報』三七号 (二〇一八年) 四二一-四四頁。
- (58) Richard Plender, *International Migration Law* (Revised Second ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p. 88, n. 80.
- (59) Vincent Chetail, "The Transnational Movement of Persons under General International Law- Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law", in *Research Handbook on International Law and Migration* (Chetail and Celine Bauboz eds., Edward Elger, 2014), p. 32.

※本稿で引用したHPの最終閲覧日は、いずれも二〇一九年一月一〇日である。