

オーストラリアにおける国籍をめぐる法的変遷

－市民権概念との対抗において－

奥 野 圭 子

アブストラクト

周知の通り、オーストラリアは、アメリカ、カナダと並ぶ移民国家である。移民国家の特徴として挙げられるのは、帰化しなくても自国の国籍を保持したまま永住権を取得し、安定した居住を送られることにある。同国に限っては、二重国籍も認められているため、国籍国の法が許すのであれば二つの国籍を有し、さらなる安定した居住も可能である。このため、いろいろな国の人々が集まり、多文化主義を成功させている国のイメージが保たれている。

しかし、現在のオーストラリアでは、高等法院が、永住者をも「外国人」として取り扱い、相当長期にわたって同国で居住していた者まで、退去強制令の対象とするという判決を下したため、一概にそうとも言えなくなってきた。

何故、そのようなことになったのか、永住者には、同国に居住する権利はないのか。移民国家へ相当長期または永続的に居住することを目的とする移民は、永住者だけではない。このような者が、居住国を本拠地として選び、安定した居住を保障されることは、基本的人権にかかわることではないのか。

本稿の目的は、相当長期ないし永久に居住する者に対する「居住の権利」についての探求にある。この点を明らかにするためには、まず、同国の歴史、法の変遷、判例を分析し、当該権利の性質を明らかにすることが必要不可欠である。

従来の考え方において、「居住する権利」ないし「自国に戻る権利」は、国民特有の権利として認識されてきた。しかし、現在の国際化社会に求められることは、国民以外の者に対する当該権利の探求にある。この考え方に特化しているのは、外国人を自国に有益な存在として長期ないし永続的に受け入れることに長けている移民国家であることは間違いないだろう。

そこで、本稿では、移民国家のなかでも、かつて「家族再会」の理念の下に移民政策を行ってきた歴史のあるオーストラリア法を明確にし、この先、わが国が考えなければならない外国人受入れに関する法制度の再構築について検討する。

キーワード：オーストラリア、国籍法、市民権法、居住の権利

はじめに

今日、自国籍を維持しながら、他国で生活を営むということは珍しいことではない。それにもかかわらず、わが国の出入国・在留に関する法制度では、入国してきた外国人は、出国することを前提とした出入国法制度を維持し続けている。このため、たとえ日本人の配偶者であったとしても、安定した在留を保障されているとはいえない¹。

このような制度は、国際化社会の要望に沿わないことを理由に、永久ないし長期的な外国人の移住を可能にするために、いわゆる「移民制度」を取り入れるべきだという主張は、以前からなされてきた²。

このため、より在留外国人の居住が安定することを目的に、この制度の中心となる出入国及び難民認定法の2009年の大改正(2012年施行)³が行われた。この大改正により、「移民制度」へ転換したという見方もあるが、たとえば、外国人配偶者が6か月間以上、配偶者としての活動をしていないとみなされた場合に退去強制できるというような出入国管理体制を厳格にした部分もみられる⁴。この事実が、「外国人の安定した居住」という目的からかけ離れるのではないだろうか。

このように、わが国の現行法制は、「家族生活を営む者」に関する規定に関して是正することが急務である。この点については、建国当初から移民法制度の根底に「家族再会」の理念を置いてきたオーストラリアの法制度が大いに参考になるだろう。

また、「外国人の安定した居住」について考

える場合には、「永住者」と「一時滞在者」とを同列に扱うことは不合理であるため、その者の法的地位が重要になってくる。

わが国において、国籍とは、日本国の構成員たる資格である。そして、国民のなかに、市民権をもつ市民と、市民権をもたない非市民との区別はない。これに対し、オーストラリアでは、国籍と市民権の違いが「一応」ある。さらには、出入国、在留、国外追放ないし退去強制について、市民か非市民か、非市民であるならば、永住者か外国人かということが非常に深くかわってくる。

「一応」としたのは、同国では、現在でも「国民」、「市民」、「永住者」、「外国人」等の法的立場の概念が曖昧であるからである。概念が曖昧であれば、当然、同国での出入国、在留、国外追放ないし退去強制も曖昧になる。その結果、以前には手厚かった、相当長期にわたって居住している者、永住者等の法的保護に支障が出てきている。

本稿では、国籍概念を明らかにしつつ、その問題性を適示したい。まずは、国籍に関する関連法の変遷を確認する。そして、判例と学説を丁寧に辿り、法的判断の是非とその影響について考える。その上で、まず「家族」ではなく、その前提である個人の「居住の権利」について明らかにしていく。

¹ 在留資格更新時に日本人配偶者の協力が得られない場合、その更新はできず、帰国ないし出国を余儀なくされるからである。

² 小畑郁「入管法2009年改正と日本移民政策の『転換』」法律時報 日本評論社 2012年11月号 4ページ

³ 外国人に外国人登録書を常時携帯義務を負わせる外国人登録法を廃止し、継承する内容を新しい入管法に取入れ、より外国人の在留を安定させることを目的としている。

⁴ これまでも日本人配偶者の不貞によって、外国人配偶者の存在が邪魔になった場合等に、在留資格の更新に協力しないことで退去強制に追い込み、事実上、遺棄する事例もあった。判例は、別居期間で判断することが多かったが、この期間を法で短縮するということは、今まで以上に外国人配偶者の立場を弱くすることになる。

1. オーストラリア国籍、市民権法の成立過程

(1) 国籍と市民権の違い

国籍と市民権は、同義に捉えられていることが多いが、法律上の概念は、異なる。

この違いが容易に理解できる例は、戦争であろう。たとえば、A国とB国が戦争を行う。結果、A国が勝ち、B国を植民地とした場合、一般に、B国の国民もA国のものになると考えられる。つまり、この場合、B国の国民の国籍は、A国となる。

一方、市民権は、参政権と同義のように扱われるが（これも、正確ではない）、市民権の代表的な権利ではあるので、同権利で表すと、B国の国民にA国の参政権は与えられないのが一般である。すなわち、国籍を有するからといって、必ずしも市民権を有している訳ではないことがわかる。

この点について、ルーベンステインは、以下のように述べている。

市民権と国籍の用語は、法律上の専門的意味において異なる。本質的に同じ概念である一方で、二つの異なった法体制に反映する。双方の言葉は、国家構成員の観点から個人の法的地位を明らかにする。しかし、市民権の用語は、主に国内法フォーラムと国際法フォーラムに対しての国籍の用語に限定されている……つまり、「国籍」は、国際的に、「市民権」は、国内的、地方的局面で強調されるのである(11⁵, Kim Rubenstein (2004), p.4)。

オーストラリア市民権と国籍を長く専門とする彼女の分析らしく、説得力がある。しかし、市民権と国籍を「本質的に同じ概念」としているのは、オーストラリアの研究者だからである

うかと邪推させられる。それほどまでに、オーストラリアの市民権法、国籍法の変遷は、奇異であり、それ故に国籍と市民権を混同あるいは同義として考えられていることが多いと思われるからである。

それでも、同国の移民に対する家族の呼び寄せ、家族再統合に関する理解は深く、これに関する法を探究し、わが国に取入れるべく検討することは十分に意義があろう。その前提となる法的立場について模索することは、必要不可欠である。

そのために、まずは、同国における市民権、国籍に関する法の変遷とその背景の概略について論じる。

(2) 初期の国籍と市民権に関する法

17世紀のイギリスでは、大きな社会変動に伴う貧困が生じ、犯罪数が増加していた。これに対処するため、同国は、微罪であっても厳格に処罰する刑法⁶を設け、アメリカに流刑していた。しかし、1776年のアメリカ独立により、新たな流刑先を見つけることを余儀なくされた。ここで白羽の矢が立てられたのが、オーストラリアである。

その後、1880年代のゴールドラッシュ時以来、他の国からの多くの入植者が来豪し、定住していたが、金の利権を白人のものとするために、同国は、1901年移民規制法(Immigration Restriction Act 1901)を制定した。同法は、移民志願者にヨーロッパ言語の書き取りテストを課すものであるが、出入国管理官に広範な自由裁量が認められており、意図的に有色人種を落とすことができた。

このように、最初に同国に渡って来た多くの者は、イギリス人であったので、1920年国籍法では、英国臣民を呼び寄せられるという条文以外は、英国法を踏襲していた。

⁵ 著者名前の番号は、文献一覧で示した番号である。

⁶ 1718年 囚人移送法 (Transportation Act of 1718)

それでも、帰化や婚姻等によってオーストラリア国籍を取得する外国人は、存在した。ただし、当時、同国国籍を取得するための法は、連邦法ではなく、各州に委ねられていた州法であった。このため、ある州では、中国人やアフリカ人に厳しい制限を置き、別の州では、婚姻後、3年間過ごすだけで国籍を与えられるなど、州間で国籍の取扱いに大きな隔たりがあったため、連邦法による統一が必要となった。

(3) 国籍と市民権に関する法の大きな転換期

オーストラリアの国籍と市民権に関する法律は、移民政策、移民元の状態、居住者方針、国民のアイデンティティの概念が変化するにつれて、30回以上改正されてきた(14, Michael Klapdor et al. (2009), p.1)。なかでも、国籍と市民権に関する大きな転換期を迎えたのは、1948年国籍および市民権法、1987年市民権法である。これらは、後の大きな問題へと発展する原因となった。その象徴となる現象は、以下の3つである。

(a) 重国籍

1948年国籍および市民権法は、アメリカの国籍および市民権法を参考にして立法されたため、生地主義が採用された。つまり、同国で生まれた者は、出生と同時に国籍と市民権を自動的に取得することができた。そして、当該主義は、1986年まで維持された。

一般に、生地主義を採用する国では、補足として、血統主義すなわち、血統関係に重きを置き、子の出生地の如何にかかわらず、その父または母の国籍を取得するという規定を設け、出生した子を重国籍にしておき、一定の期間内に

子が自己の国籍を決めることを定めている。これは、兵役等の義務が生じた場合、どの国の義務に従うのか、また、個人の外交的保護が必要となった場合、どの国がその個人を保護するのかという問題を明らかにするため、国際法上、国籍を国家と国民の紐帯とみなし、国籍単一であることが望ましいとした原則（国籍単一の原則）に則るものである。

しかし、オーストラリアは、違っていた。同法は、名称からしても国籍法の役割も担う連邦法であり、その意味で、「オーストラリア国籍」を有する者を明らかにするもののはずであった⁷。だが、同法は、それまで英国臣民⁸ (British Subject)であった彼らの法的身分を「オーストラリア国民」にするのではなく、「オーストラリア市民でありながら、英国臣民」であるとした。

これは、一見、国籍単一の原則に従って英国臣民（国籍）を有し、本来の意味である「市民権」をオーストラリア市民権にしたようにも解釈できる。

しかし、実態としては、「オーストラリア人は、オーストラリアと英国の双方に忠義を示すことができるし、示すべきであると感じていた」、すなわち、市民権を国籍と同義にし、英国とオーストラリアの二重国籍を可能にする法であったとされる⁹ (12, Kim Rubenstein (2008), p176)。

(b) 国籍の自動的喪失

1948年国籍および市民権法は、上述のように「オーストラリア市民権」を確立し、当該市民権を自動的に付与するための要件をここに定めた。そして、翌年に施行され、①オーストラリアで出生したすべての者に自動的に英国臣民の国籍を与え、国籍を通じてオーストラリア市民

⁷ 1948年国籍および市民権法(Nationality and Citizenship Act 1948)は、1973年に「オーストラリア市民権法」(Australian Citizenship Act 1973)と改名された。

⁸ 英国「臣民」は、イギリス王に「忠誠」を誓うことを条件とし、後に立法によって定義される英国国籍者、英国市民とは区別される。

⁹ 「オーストラリア国籍」を規定しなかったのは、もちろんオーストラリアの事情だけではなく、英国との関係が強く影響している。詳しくは、岩崎正洋編『民主主義の国際比較』一藝社 2000年 226-229ページ参照。

権を付与し、②オーストラリアの委任統治領であったニューギニアで出生した者、③オーストラリア人と婚姻し、永住者となった女性、④同法に基づいて帰化した者、⑤オーストラリア人父をもつ海外で出生した者には、市民権を付与したのである¹⁰。

一方で、同法第17条は、オーストラリアおよびニューギニアの外にいて、「婚姻以外の任意で自発的な行為によってオーストラリア以外の国籍または市民権を取得した、成人した行為能力(full capacity)を有するオーストラリア市民は、取得後直ちにオーストラリア市民権を喪失する」とも定めていた¹¹。そのため、この規定に気付くことなく他の国の国籍や市民権を取得し、知らぬ間にオーストラリア市民権を喪失してしまった者、親の市民権喪失とともに自己の市民権を喪失する子ども等がかなり存在した¹²。

その一方で、同法は、生来的な他の市民権者で、後天的にオーストラリア市民権を取得した者に対し、二重市民権になることを妨げなかった(ibid, 12, Kim Rubenstein (2008), pp.178-179)。すなわち、オーストラリア市民が他の国籍ないし市民権を取得するには、オーストラリア市民権を無自覚なまま、自動で喪失しなくてはならなかったのに対し、他の国の国籍ないし市民権を有する者が、オーストラリアとの二重市民権を有することを許可した。

この時に市民権を失った者は、2002年の同法改正により市民権回復への道が開かれ、オーストラリア人も二重国籍(市民権)が認められるよ

うになった。この出来事によって、政府は、事態を解決できると考えたが、1948年の改正でオーストラリア市民権を失った者は、2002年法改正によって「生来的なオーストラリア市民」に戻ることはできなかった。本来、生来的なオーストラリア市民であれば、自己の意思に関係なく、市民権を剥奪されることはないはずであるのに、同国は、一定の犯罪を行った者、親が他国の市民権を取得したことによって、オーストラリア市民権を失った子どもに対し、同改正による市民権の回復に制限を付したのである¹³。

(c) 英国臣民の特権排除

1918年におけるオーストラリア連邦選挙法は、1984年に改正されるまでの間、第93条1項(b)(ii)で、少なくとも6か月同国に居住している英国臣民であれば、選挙人名簿に記載しオーストラリアの連邦選挙権と国民投票権を付与することを明記していた¹⁴。

このため、一方では、オーストラリア市民権を有さない英国臣民が同国で選挙人名簿に記載され、連邦選挙および国民投票に参加できた。しかし、他方では、明らかなオーストラリア市民権者であるにもかかわらず、3年ないしそれ以上の刑期に服する囚人は、投票する資格を剥奪された¹⁵。

また、1984年オーストラリア市民権(改正)法は、1948年法によって自動的に与えられた英国臣民の法的地位を、同法から排除した。そして、オーストラリア市民権をもたない英国臣民

¹⁰ <http://www.dual-citizenship.com/dual-citizenship-australia/> 2013.8.7.

¹¹ 1948年国籍および市民権法 http://foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth13_doc_1948.pdf#search=the+Australian+Citizenship+Act+1948 2013.8.7.

¹² http://www.citizenship.gov.au/current/losing_citizenship/ 2013.8.7.

¹³ http://www.citizenship.gov.au/current/losing_citizenship/ <http://www.dfat.gov.au/publications/passports/Policy/Citizenship/General/LossofAustraliancitizenship/index.htm> 2013.8.10.

¹⁴ http://www.aec.gov.au/Enrolling_to_vote/British_subjects.htm 2013.8.7.

¹⁵ 当時、判例に基づき取り消されていた投票権は、2011年の連邦選挙法第93条(8AA)で明文化された。倉田玲「自由刑と選挙権(下)ーオーストラリア選挙法の新局面ー」立命館法学2011年3号(337号)38ページ
なお、同国で、3年以上の刑期に服する囚人より選挙権を剥奪した事件は、Roach v Electoral Commissioner (2007) 239 ALR 1 である(see Helen Irving (2008), Still Call Australia Home: The Constitution and the Citizen's Right of Abode, Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 08/36 p139)

がこれまで享受していた市民権者としての特権、主に選挙権を封じたのである。

続いて、1986年の同法の改正は、これまでの出生地に基づき市民権を与える生地主義から「血統主義」へと変更した。そして、翌年、市民権法から「英国臣民」を完全に排除した。さらに、数次の改正を経て、2007年、同国では、①少なくとも一方の親がオーストラリア市民権を有するか、②少なくとも一方の親が永住権者で、オーストラリアで出生した者であるか、若しくは、③海外で出生したオーストラリア市民の子であれば、オーストラリアで出生登録を行うことで同国の市民権を得ることができるとされた。

また、例外として、両親の法的地位にかかわらず、オーストラリアで出生し、出生の日から起算して10年間オーストラリアで通常居住していた者は、市民権を取得できることとし、同国の市民権を取得できる者の条件をさらに厳しくした。こうして、元英国臣民という肩書は、同国での入国、在留に関して、何も意味を有さなくなったのである。

(4) 不安定な国籍、市民権となった背景

本来、国籍を有する「国民」とは、国家に忠誠義務を負い、その保護を受ける権利を有する者であり、市民権を保持する「市民」とは、国民と同じく国家に忠誠義務を負い、その保護を受けるほか、市民であることにに基づく各種の権利を有する者である(3, 萩野 27ページ)。

つまり、国籍、市民という法的地位は、非常に人権と密接なものであるということがいえよう。たとえば、前述の1(3)(b)でみたように、同国の生来的市民であれば、一定以上の罪を犯したとしても市民権を剥奪されることはない。しかし、後天的な市民であった場合、市民権の回復から除外され、外国籍ないし他国の市民権を選択するしか余地がなくなった。換言すると、生来的市民であるなら、本来、どんなことがあろうとも自国から追放されることはないのに対

し、後天的な市民なら、一定の条件の上で市民権を剥奪される可能性(この場合は、回復されない可能性であるが)もあることが否めないということになるろう。

何故、同国は、このような重要な法的地位に関する法を幾度となく改正し、不安定な国籍、市民権概念としてしまったのだろうか。

アーヴィングの分析によると、以下のような歴史の変遷を辿ったことに起因するという。

1880年代、オーストラリア憲法起草者は、アメリカ合衆国憲法に強く影響を受けたが、合衆国憲法修正第14条は、南北戦争後の混乱時に、明確にアフリカ系アメリカ人、とりわけ、解放された奴隷を「帰化」することが目的だったので、オーストラリアでは、一部しか適用できなかった。

19世紀後期になると、アメリカは、憲法に基づき、事実上、イギリスのコモンローを鏡映しにした市民権規定で生地主義をとった。ここでのアメリカ市民権と英国臣民の地位は、双方とも関連する領土の出生の事実によって、若しくは、帰化によつての二者択一であった。

一方、オーストラリア憲法起草時、同国を含む大英帝国の個人構成員を表す正確な言葉は、「市民」でなく「臣民」であったため、1914年まで「英国臣民」の地位(帰化以外)は、制定法でなく、コモンローによって決められていた。

その時、英国は、帝国としての統一性の維持を求めており、その段階で、オーストラリア連邦議会に「市民権」に関する法を可決する権限を与えることは、コモンローからの逸脱であったと思われる。

臣民を規定する制定法は、1914年にイギリスで導入された。同規定は、英帝国自治領で可決され、「共通法典 (common law)」として使われたが、市民権を規定する法は、より複雑に、より安定せず、かつ、より政治的变化に影響を受けやすかった。

それにもかかわらず、オーストラリアでは、出生に基づく市民権取得を1989年まで継続した

のである。

また、アメリカでは、取得した市民権が、喪失、または、譲渡されないという保障はなく、1907年連邦法により、外国人男性と結婚したアメリカ人女性は、自動的に市民権を失った。失った市民権を再取得できるようになったのは、1922年であった。

イギリスでは、1870年国籍法の可決後、外国人男性と結婚したイギリス人女性は、王に対する忠誠を止めたという法的推定が働き、英国臣民の地位を失った¹⁶ (9, Helen Irving (2008), pp.133-135)。

つまり、オーストラリアの国籍、市民権に関する法は、イギリス法とアメリカ法の影響を強く受けている。それならば、両国の国籍法と市民権法は、どのようなものか確認する必要がある。

まず、イギリスは、コモンローで統治され、国籍は、生地主義を採用している。そして、原則として、英国王の領土で出生した者は、英国臣民であり、英国臣民は、英国王に忠誠義務を負うとされていた¹⁷。同国における最初の国籍に関する法は、1914年英国国籍および外国人の地位法であったが、これは、コモンローを踏襲し、同法によって英国籍を有する者は、英国臣民、それ以外を外国人と定めていた¹⁸。

同法は、英帝国自治領で可決されたので、これが、アーヴィングのいう「共通法典」であろう。それならば、「より複雑に、より安定せず、

かつ、より政治的变化に影響を受けやすかった」というのは、1926年のロンドンでの帝国会議、1931年のウェストミンスター憲章を通じて英国自治領の内政、外交の自治権が法的に認められたことにより、自治領の独立が次々と行われていったことではないかと思われる。とりわけ、カナダ、アイルランド自由国は、すぐにこれを批准し、独自の国籍、市民権に関する法を制定したのは周知の事実であるが、オーストラリア(1942年まで)とニュージーランド(1947年まで)は、なかなか批准しなかった¹⁹。

また、憲法起草者が、アメリカ憲法に強く影響を受けたというのは建前であった。1901年にオーストラリア連邦が発足したが、同国憲法がアメリカ憲法に倣ったのは連邦主義と、権力分立だけであった。そこでは、元首は、英国国王で、上訴権は、依然として英国枢密院に置かれ、首相の職務や内閣体制等には言及しておらず、連邦議会で作られた法でさえ、英国国王は、無効ないし取消すことができた(18, Tony Blackshield and George Williams (2010), pp.1-4)。

このように、オーストラリアは、長きにわたって異常な程、英国に依存していた。

しかし、一般的に、①二つの世界大戦をイギリスとともに戦い、軍人にオーストラリア人としての自覚が促されたこと、②第二次世界大戦のときに、かなりの犠牲を払ったのに、イギリスの十分な支援を得られなかったこと、③1973

¹⁶ その後、イギリスでは、1914年英国国籍および外国人の地位法により、英国臣民の地位の保有を宣言することで回復させることを可能とし、1933年法での同法の改正により、外国人男性との婚姻によって、王に対する忠誠を止めたという法的推定を排除した。

<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/nationalityinstructions/nisec2gensec/resumption?view=Binary> 2013.8.11.

¹⁷ Calvin's Case <http://www.uniset.ca/naty/maternity/77ER377.htm> 2013.8.11.

スコットランド王国内で出生した者の法的地位と、その条件(生地主義、王への忠誠)、臣民が保護を求める権利を、王に対して有する権利として明らかにした著名な裁判である。

¹⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/4-5/17/enacted> 2013.8.12.

¹⁹ この流れについて、詳細に書かれているのは、宮内紀子「1948年イギリス国籍法における国籍概念の考察：入国の自由の観点から」関西学院大学紀要『法と政治』62号2巻 2011年 <http://hdl.handle.net/10236/8202> 2013.8.12.

年にイギリスがEUに加盟したことにより、主要な経済取引先でなくなったことを理由に、イギリス離れが始まったといわれている。

そして、ついに、1987年に同国の市民権法は、「英国臣民」という言葉と、何故か「外国人」の定義を削除したのである。同法のこの改正により、オーストラリア市民権のない人々は、外国人になると考えられた(10, Kim Rubenstein (2002), p.86)。

上記のような、国籍および市民権法にかかわる度重なる改正は、「不合理と差別を排除し、より容易な市民権の取得を可能にし、市民権獲得期間を迅速にすることで、住民の市民権の取得を推奨し、次の政府の目標に反映させるためである(ibid, 14, Michael Klapdor et al. (2009), p.1)」と説明されているが、果たしてそうだったのだろうか。

上記1(3)の(a)(b)(c)の要因は、国家と個人に密接に関係する法的地位に関する法を、国家や政治の立場で頻繁に変更したことにある。二重国籍は、上述したように兵役のような国家に対する義務や個人の保護国の問題はあるものの、いわば、居住国を2つ有することになる。これに対し、オーストラリアを居住国としているのに、法改正によって英国臣民の地位をなくし、同国の市民権をも取得できなかった者への対応が気になる。そこで、以下、検討する。

2. 生活の居住地と本拠地、そして、自国

(1) 外国人を国外追放する権限の行使と法的根拠

(a) アーイン対クリスティ事件²⁰を中心に —外国人に対する連邦の追放権限

アーインは、中国で中国人の両親の元で生まれた15歳の少年であった。彼の母は、決して中国から出ることはなかったが、父は、彼が生まれる前にオーストラリアを訪れ、居住申請を行っていた。彼は、1906年に母を亡くしたため、父と住むべく渡豪してきた。

アーインは、入国後、1901-1905年移民制限法によって、書き取りテストを科され、合格できず、禁止された移民として有罪になり、追放を命じられた。

そこで、彼は、自分の父が同国の合法的な居住者であること、自分は、その息子なのであるから、父と同じく居住者になるであろうこと、そして、居住者なのだから、移民規制法の対象である「移民」ではないことを訴えた。

これに対し、高等法院は、「外国人」であろうがなかろうが、いかなる者でも追放するための憲法の権限に基づき、連邦は、これを行うことができる判断し、却下した²¹。

これと同時期、太平洋諸島労働者法は、1906年の終わりを期限と設定し、最初の連邦議会によって法を可決した。その内容は、主にバヌアツ、ソロモンからの何千もの島民に対し、期限内に、オーストラリアを離れるか、他へ追放されるかという一方的なものであった。これは、同国における最初の大規模な追放であった。

そして、同法の施行は、高等法院に対し、「議会は、国外追放する権限を有するのか」という初めての難問を突き付けたのであった(6, Glenn Nicholls (2006), pp.1-2)。

これが、ロブテルメス対ブレナン事件である。高等法院は、この難問の判断を回避し、外国人を入国させるか否かを定める権限と追放する権限は、政府の権限であり、統治国家固有の権利であると濁す判断をした²²。

²⁰ 判例は、原則として「原告(上诉人)诉被告」の順で表記される。このため、事件内容では、一方の当事者のことについて審議されている。

²¹ Ah Yin v Christie (1907) HCA 25; 4 CLR 1428.

²² Robtelmes v Brennan (1906) HCA 58; 4 CLR 395 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1906/58.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(Robtelmes%20and%20Brennan%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1906/58.html?stem=0&synonyms=0&query=title(Robtelmes%20and%20Brennan%20)) 2013.8.20.

また、チャギー対マーチン事件では、1901年移民制限法において、「移民」という言葉の意味は何であるのか、出入国管理の一般的な内容は、古い国の故郷(home)を離れ、どこか他の国で新しい故郷をつくることまで拡張されるのか、非市民(non-citizen)のオーストラリアへ永久ないし一時的な入国に関するすべての行為を法によって取り扱うことが可能なかが論点となった。これに対し、高等法院は、外国人を除外する権限および追放するための公的権限は、大臣に与えられているという法規の有効性を支持した²³。

オーストラリアは、1901年に形式上国家として、イギリスから独立して成立した。その際、自国の憲法をつくったのであるが、実態としては、イギリスに多くを依存していたため、憲法をはじめとする様々な法は、不十分な内容であった。

そのような不十分な内容の憲法から、外国人を追放する権限等を見出そうとしていたのが、これらの判例である。この頃の彼らは、オーストラリア人である以前に、自分たちは英国人だという思いが強く、同国は、母国であるイギリスの一部と思っていたため、どちらかという、英国人をはじめとする白人は優先的に入国させる傾向があるのに対し、有色人種は排除する傾向が強かった(白豪主義)。

このため、好ましくない移民、とりわけ、アジアからの移民を規制するために、1901年移民制限法を制定した。そして、好ましくない移民には、同法に基づき「書き取りテスト」を行い、不合格にさせ、入国規制をかけていた。

上記の判例は、この移民制限法の正当性と、入国でせき止めるだけでなく、政府の外国人を追放できる権限を模索したものである。結果、連邦は、憲法に基づき、外国人を追放すること

ができるという司法判断に至っただけであった。

しかし、次の段階では、「外国人」とは、誰なのか、どこまでを含むのかということが問題となった。

(b)-1 ポッター対ミナハン—外国人以外の者に対する連邦の追放権限

ミナハンは、5歳から26年間、中国で生活を送っていたが、31歳の時(1908年)にビクトリアの出生証明を持って入国してきた。それにもかかわらず、彼は、不法な移民の嫌疑をかけられ、1901年移民制限法による書き取りテストを受けさせられた。

この書き取りテストの内容は、おおよそ以下のようになっている。

同テストが適用されると、入国管理官は、ヨーロッパ言語の中の少なくとも50語の一節を書き取らせた。正確にこの一節が書き取れなかった場合、禁止された移民と宣言される。

移民管理官は、誰にテストを課するか自由に選択ができ、(高等法院が、初期に認めていたように)どの言語を選択することも自由であった(ibid. 9, Helen Irving (2008), pp.141-142)。

このときのヨーロッパ言語は、英語であったが、中国での生活が長かったミナハンは、不合格となり、「禁止された移民」と判断され、その罪を科された。その刑に服した後、彼は、ビクトリア州治安裁判所 (Victorian Court of Petty Sessions)へ出頭した。そこでは、彼の出生証明が争点となった。

彼にテストを課した入国管理官は、「ミナハンが出生証明で証明されていた男性であったということに納得できなかった」と証言した。ビクトリア州と中国の双方で、子どもだったミナ

²³ Chia Gee v Martin (1905) HCA 70; 3 CLR 649

[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1905/70.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(Chia%20Gee%20and%20Martin%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1905/70.html?stem=0&synonyms=0&query=title(Chia%20Gee%20and%20Martin%20)) 2013.8.17.

ハンに会ったことのある、ビクトリア州の中国人居住者を含む複数の証人は、反対の証拠を示した。とりわけ、彼の「欧亜混血」を特徴づけることによって、ミナハンを認識していたことを釈明した。ミナハン自身、外見のせいで中国では社会的に追放された存在で、「外国のやつ」として他の者に嘲笑われていたことも併せて証言した(ibid. 9, Helen Irving (2008), p.142)。

これらの証言は、ミナハンが移民でなく、英国臣民であること、オーストラリアに来たのではなく、「自国に戻ってきた」(筆者傍点)ことを治安判事を納得させるのに十分であった。その結果、彼の罪は、破棄された。

しかし、連邦は、「彼が、オーストラリアにいなかった間、英国臣民の地位を失った」とし、高等法院に上告した。これを受けた高等法院は、以下のように判断した。

法律上の結論は、被上訴人(ミナハン)が、「ビクトリアにいる英国人母から生まれた英国臣民であり、彼の法的居住地が、ビクトリアであることから明白」である。しかし、「当該事例は、単に国籍か本拠地かの法の適用によって(構成員かどうか)判断」できるのではない。

「人間社会概念の基礎的な部分は、社会の中にある人間の区分である。このことから、何人も出生によってどこかの社会の構成員となり、合法的権限によって除外されない限り、そこに留まる資格を有している(筆者傍線)」といえる。すなわち、「(違法とされない限り)全人類は、ある社会の構成員であり、彼が適当だと考えるとき、その社会によって占有される世界の一部を彼が頼ることのできる場所としてみなす権利を与えられる」のである。

そして、「通常、(領土権の人為的諸規則に基

づく例外があるかもしれないが)彼は、出生する場所に留まる権利を有する。彼の両親が、他の場所を本拠地にしたならば、おそらく彼もその場所へ行き、そこに留まる権利を得るであろう。しかし、出生地に留まらないし戻る権利が失われない限り、(出生した場所に)その権利は、継続しなければならず、彼は、その場所を占有する社会の構成員として認められる資格がある」²⁴。

しかし、高等法院の判断は、一定しなかった。それを次の事例が示している。

(b)-2 ドノホー対ウォンスー

ウォンスーは、オーストラリアに帰化した中国人両親の子であり、同国で出生したため、法に基づき、英国臣民と推定された。しかし、ミナハン同様、子どものときに同国を離れ、長年、中国で生活を送っていた。

ウォンスーは、ニュー・サウス・ウェールズから市場向け菜園経営者の妻としてオーストラリアに戻ってくることを求められたが、オーストラリアは、彼女の母国でないということを理由に入国を拒否した。その上、書き取りテストに合格しなかった彼女は、「禁止された移民」とされてしまったのである(ibid. 9, Helen Irving (2008) p.146, 13, Mary Crock (1998), p.18)。

これにより、彼女は、同国からの出国を命じられたが、これに従わず、治安判事によって拘留期間を宣告された。ニュー・サウス・ウェールズの四季裁判所²⁵は、この有罪判決を無効としたが、連邦は、高等法院に上告したのである。これを受けた高等法院は、以下のように判断した。

²⁴ Potter v Minahan (1908) 7 CR 277 [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1908/63.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(potter%20and%20minahan%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1908/63.html?stem=0&synonyms=0&query=title(potter%20and%20minahan%20)) 2013.8.6.

²⁵ Quarter Sessionsは、定期的に刑事事件の処理を行う司法機関であり、地方行政機関である。年4回以上行われることから、四季裁判所と呼ばれるが、季節の四季とは無関係である。

一人の裁判官は、「入国することを熱望している者の入国の瞬間に、連邦の一人としてみなせるかどうか、オーストラリアに不在だったにもかかわらず、彼女は、居住の場所として、この国に関係するという、あるいは決して見捨てられない一般的居住者であるという公平かつ本質的な要求ができるのかどうか(筆者傍線)」ということについて、「私は、その者が、オーストラリア社会構成員(constituent part)であるかどうかというテストとしてみなしている」とし、被上訴者の申立を認めた。

しかし、結局は、オーストラリアで出生したという事実に関して、「オーストラリアに不在期間の後、彼女がそこへ戻ることを強く望んだときにはいつでも、法の意味する範囲内で、彼女を移民とすることを」妨げないとした。

裁判官の補足意見ではあるが、「自国に」ついて探求するものがあった。「被上訴人は、新しい自国(new home)として来豪したのか、それとも、故郷である自国(old home)として帰豪したのであろうか。私は、彼女は、ここで生活をしていて夫と婚姻したこと、新しい自国に来豪したのだと考える。もし、中国にいる家族の構成員に、彼女の父が他界する前、そして、彼女が婚姻する前に、彼女の自国はどこかと尋ねたら、彼女の自国は、中国であったと必ずや答えるであろう」²⁶。これは、高等法院におけるミナハンと当該事件との捉え方の違いを、実に明確に表していると考えられる。

この二つの判例の事実関係は、ほぼ変わらないのに、判決が全く違っていた。

そもそも、居住できるかどうか、帰国できるかどうかを判断する基準は、国籍の所在のほずである。これに関しては、どちらも英国臣民で

あることが認められている。当時は、まだ、オーストラリア市民権も存在していなかったのだから、「自国に戻ってきたかどうか」といった心情的なことを法的判断基準にすることは、裁く者の恣意的な判断によると考えられる。

そのような指摘があったのかどうかは不明であるが、その後の判例では、どれだけオーストラリア社会に「吸収」されているかどうかという判断基準が確立されていく。

(2) 移民または外国人がオーストラリア社会の一員になれる可能性

(a) 申立人ウォルシュ対イエーツ

ウォルシュは、アイルランドで生まれた。22歳のとき、オーストラリアに国際移動²⁷してきたが、その後、32年間もの間、居住し続けた。

客観的にみれば、出身国で過ごした期間よりも、オーストラリアでの生活の方がはるかに長く、同国が本拠地であるといっても過言ではなかろう。

しかし、移民法は、彼が一時渡航して帰国しても再入国を認めず、送還が適用されることとなった。

この状況について、高等法院は、以下のよう

に述べている。

高等法院は、まず、先例となったドノホー事件で使ったミナハン事件からの引用文を示した(同事件傍線部分)。そして、続けて、「オーストラリアに戻ってくる前の25年という期間、被上訴人の本拠地は、何処であったのか」ということについて検討した。この後は、ミナハン事件の引用が示されたのである(同事件傍線部分)。同判決では、憲法上で保障される国会の権限に

²⁶ Donohoe v Wong Saw (1925) HCA 6; 36 CLR 404

[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1925/6.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(donohoe%20and%20wong%20sau%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1925/6.html?stem=0&synonyms=0&query=title(donohoe%20and%20wong%20sau%20)) 2013.8.21.

²⁷ Immigrantは、入国のときから相当長期にわたって移民してくる意思をもって入国する者を指す。これに対し、migrantは、一時的な滞在目的や、他の国への中継として入国する者も含まれる。この区別をするために、本稿では、immigrantを移民、migrantを国際移動(者)と訳す。

も詳しく触れられた。

この点については、オフラハーティ事件²⁸で強調される見解である「一度、オーストラリアで移民になった者は、常に、解釈に基づく国会の権限に左右されることは、真実」であり、「私は、“一度移民であった者は常に移民である”という私の見解を、最大限に透明化していく努力を」行い、「連邦に移民としてきた者は、オーストラリアの憲法上の全ての権限を前提として来るのである。彼の入国許可は、条件付き、または、条件なしのどちらかにできる。彼は、自らの意思で、再度オーストラリアへ入国する権利をもたない。

連邦は、彼らが妥当だと考える如何なるときに許可することも…取消すことも、憲法上の権限を前提としてできるのである」。

「国会は、単に人々の立法の道具であり、国家の権限を作為ないし無作為にしたり、もしくは、弱めたり、喪失させたりできない。オフラハーティ事件は、これまで、ただの外国人通過客や乗り物ですぐに立ち去る客(the momentary leap barrier)に関しては」、移民ではないと判断した。

そして、誰が移民か否かという判断に関しては、「(移民である彼がオーストラリアに上陸するときにはいつでも (whenever he arrives in Australia)、オーストラリアを絶対に離れない意図で、最終的に選ぶ本拠地として、オーストラリアに実際に彼の家を所有して落ち着くまで、彼は、まだ移民で、出入国管理のいう未成熟な過渡期である²⁹。」と言及している。

つまり、ドノホー事件のときには、「一度移民であった者は常に移民である」という言葉に

象徴されるように、どれだけ長期にわたって同国に居住し、それに伴い家族をつくり、生活を通じてコミュニティを形成したとしても、移民である以上、居住に関してオーストラリア市民と同じ保護が与えられないとの見解が示されていた。

この見解は、当該事件以前より、主だった理論として使われてきた。しかし、裁判所は、この理論を踏襲しながらも、変更せざるを得ない「例外」があることに段々と気付いていった。オフラハーティ事件は、初期に、その「気付き」を裁判所に与えた事件の一つと言っていいだろう。

この事件で、裁判所は、三つの定義をなした。まず、憲法を根拠に連邦の権限とされる追放の対象となる「移民」は、「自己の意思で入国してきた者」であるということであった。

当該事件の要は、生活の本拠地を同国で築いたといえるようにも思える、相当長期にわたって同国に居住している「移民」の再入国の権利についてである。同国で骨を埋める気でいたとしても、母国の家族に会いに一時渡航することであろう。もちろん、このようなことは、一時的に同国に入国するような者には馴染まない。故に、一時的に同国に立ち寄った者は、「移民」ではないと示した。

判例の中では、触れられていなかったが、「移民」に再入国の権利がないとするならば、同国に戻れないのを覚悟で一時出国するのか(その場合、また入国する場合には、新規で入国申請することになるのか)、一時出国を諦めなければ同国の「移民」ではなくなることを意味するのか。仮に、前者であつたら、一時渡航後、再び新規入国申請を行い、これを認められなかったとしたら、数十年にわたって同国内で築き上げてきたもの、すなわち、生活の基盤

²⁸ R v Macfarlane; Ex Parte O'Flanagan and O'Kelly (1923) HCA 39 (23 August 1923), (1923) 32 CLR 518.

²⁹ Re Yates; Ex parte Walsh (1925) HCA 53; 37 CLR 36

<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1925/53.html?stem=0&synonyms=0&query=Ex%20parte%20Walsh> 2013.8.22.

をなくすことになる。

次に、「移民」でなくなる条件かつ目安が、「オーストラリアを絶対に離れない意図で、最終的に選ぶ本拠地として、オーストラリアに実際に彼の家を所有して落ち着くまで」と示されたことであった。同国を「絶対に離れない意図で」というのは、内心で思うことで、それをどうやって政府が判断するのだろうか。「実際に、彼の家を所有」、「落ち着く」までというが、これも移民の能力の差に大きく関係するように思える。たとえば、財政力のある移民が、(法で土地の買収等が可能か否かは別として)入国後、すぐに家を建築して10年居住している場合と、身一つで来豪した移民が20年かけて自分の家を購入し、3年間居住している場合であったら、どちらが同国で「落ち着いている」と判断されるのか疑問である。

上記二つの判断は、連邦の「移民」に対する権限を見出す理論から導き出されている。同判例では、入国を諾否することも、そこに条件を付けるか否かも、「移民」を政府の考えで国外追放することも連邦権限であると明示しているのだから、この不明瞭な「オーストラリアを絶対に離れない意図で、最終的に選ぶ本拠地として、オーストラリアに実際に彼の家を所有して落ち着くまで」という基準は必要なのか。必要ならば、この条件を満たすことを目標に相当長期にわたって居住している「移民」は、突然、連邦権限によって国外追放される可能性が否めないことになる。

再入国についても同様で、相当長期にわたって生活の基盤をつくっていたとしても、再入国が認められなければ、結果は同じとなる。換言すれば、憲法から導き出される連邦権限によって、「移民」の生活基盤を奪うことも許されるということになりかねない。

次は、この連邦権限がおよぶ「移民」の地位に、一時的に上陸ないし入国した者、通過する者は、含まれないということであった。これを高等法院は、「自己の意思によって入国していない者」と定義した。この定義では、幅が広く、いろいろな状況が考えられるので疑問が残る³⁰。しかし、実態からみれば、「移民」と一時的な滞在者、通過者は、性質上著しく異なるので、その意味では、妥当であると考ええる。

このように、オーストラリアの初期の判例は、まずは、憲法から導き出される連邦権限を極めて強力なものとして構築していったように見える。

しかし、度重なる法的地位を揺るがす改正は、さらに「移民」の定義づけを複雑にし、やがては、「一度移民であった者は常に移民である」は、全く貫けなくなっていく。

ヘンリー事件³¹で直接争われたのは、子の福祉についてである。しかし、彼は、「移民」の地位であったので、連邦の国外追放権限に「移民」は甘受するしかないのかという点についても議論が及んだ。この点につき、高等法院は、「移民が、オーストラリア社会に吸収されたとき(筆者傍点)、彼に対し、それから先、(連邦の)出入国管理権限に基づく追放をすることができない」とし、ヘンリー等への追放命令を取消した。

先のウォルシュ事件で、高等法院は、「最初は、移民としてオーストラリアに入国した者が、時が経つにつれ、そして、環境によって移民をやめ、オーストラリア社会の構成員になる可能性がある。彼は、いわば、移民であること条件から脱し、移民権限の効力から免除されるようになるかもしれない」と示唆する程度であっ

³⁰ たとえば、家族で移民してきた時に、親についてきただけの子等も存在するため。

³¹ R v Director-General of Social Welfare; Ex parte Henry (1975) 133 CLR 369

[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1975/62.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(R%20and%20Director-General%20of%20Social%20](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1975/62.html?stem=0&synonyms=0&query=title(R%20and%20Director-General%20of%20Social%20) 2013.8.22.

た。この点について、ヘンリー事件は、これを実現化した初の判例と思われる。

しかし、「吸収による移民からの脱却」の理論もやがて限界を迎えるのである。

(3) 社会に吸収された移民と退去強制令

(a) ポチ対マクフィー

ポチは、1939年にイタリアで生まれ、彼の永続的な自国(permanent home)をオーストラリアにつくる目的で、1959年来豪し、その時以来、(短期海外旅行を除き)途切れなく永続的な自国として同国に留まる意思を持ち続けるオーストラリア居住者で、オーストラリア社会に完全に吸収されていた。

そして、彼は、1974年にオーストラリア市民権証明書付与のための申請をし、翌年、移民大臣によって承認されたが、大臣、移民省、連邦は、彼にその報告をしなかったのである。不通知の結果、ポチは、1948年オーストラリア市民権法第15条に定められた宣誓や確約をしない内に、同条が改正されてしまった。1974年の改正は、犯罪歴のある外国人を退去強制するもので、ポチは、かつての麻薬での有罪判決のため、退去強制を命じられた。

これに対し、高等法院は、次のように判断した。

「非市民が、オーストラリア社会に吸収されているため、移民権限の範囲外にあるかもしれない」が、彼は、常に(少なくとも帰化するまで)外国人のままであることから、「彼は吸収されているにもかかわらず」、退去強制できることを支持し、退去強制令を取消さなかった³²。

ポチ事件は、高等法院の判断からみても、大きな憲法上の問題を露呈させたのではないだろ

うか。

まず、用語について、「オーストラリア社会に完全に吸収された」ら市民と同一視されるようになるのは、「移民」ではなかったのだろうか。この点については、フォスターも指摘しており(15, Michelle Foster (2009), p.493)、この事件では、「移民」と「外国人」の用語を同じように解釈している。どちらも法的地位を示す言葉であるにもかかわらず、である。

フォスターは、この点について、「基本的に、法定の非市民と外国人を同一視するこの論証は、実質的に、議会の権限の範囲を議会自体に定めることを許可している問題がある憲法解釈の手法」だと述べている。

本来、どの国においても、その処罰が、追放ないし退去強制になるような、その者の生活基盤を奪うかもしれない処分を行う場合には、基本的人権を念頭に慎重の上にも慎重を重ねてやらなければならないと考える。

次に、上記したオーストラリアの法の変遷で少し触れたように、同国の国籍、市民権に関する法の頻繁な改正は、より事態を複雑にしている。建国当初から1948年の改正までは、殆どの者が英国領の出身か、英国臣民であった。このため、区別は、英国臣民、そして、外国人、移民だろうか。法改正後は、英国臣民でありながらオーストラリア市民権を有するということを基本的立場にしたので、英国臣民でありオーストラリア市民、あるいは、英国臣民ではあるがオーストラリア市民権をもたない者、英国臣民でないオーストラリア市民権者等が存在することになった。もちろん、ここでも外国人や移民という言葉も使われている。

その上、同法第17条によって、知らぬ間にオーストラリア市民権を失ったオーストラリア人を多発させ、その一方では、外国籍ないし外国の市民権保持者には、二重国籍(市民権)を認めた

³² Pochi v Macphee (1982) HCA60; 151 CLR 101

[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1982/60.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(pochi%20and%20macphee%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1982/60.html?stem=0&synonyms=0&query=title(pochi%20and%20macphee%20)) 2013.8.4.

ため、憲法の解釈上の問題をさらに複雑化させた。

1987年の改正では、英国臣民の地位を排除したので、オーストラリア市民か非市民以外に、非市民であるが非外国人である者³³等が出現した。また、2002年の改正により、1948年法で市民権(国籍)を失った者を救済したにもかかわらず、これは、後天的ないし条件付きの回復でしかなく、さらなる複雑化の一途をたどった。

前述以外の区別も含め、いずれにしろ、憲法解釈上の国会(連邦)の権限に関する基礎理論は、議会の権限で立法できる対象の一覧が記されている憲法第51条(19)「帰化と外国人」と、(28)「移民と移出民(emigrant)」を根拠としている。

しかし、他国に類をみない多様な法的地位を「帰化」と「外国人」、「移民」と「移出民」という言葉だけで網羅できるのであろうか。むしろ、憲法解釈から導かれるというのであれば、これだけの種類の法的地位全てに、明確な憲法上の定義が与えられているとは考え難い。

また、同判決は、一見すると、ポチの市民権証明手続きに瑕疵があったため、市民権を得ることができずに退去強制令を発せられたようにみえる。しかし、ヘンリー事件での条件を鑑みると、移民(ポチ事件では、「外国人」であるが)が、連邦権限による追放の対象から免除されることに「市民権取得」までは含まれていない。「吸収された」ことだけが条件である。

これに対し、高等法院は、(少なくとも帰化するまで)外国人のままであるので、彼の場合は、移民(この場合、外国人)権限の範囲内であると判断した。すなわち、この判断は、ヘンリー事件の「移民が、オーストラリア社会に吸収されたとき、彼は、それから先、(連邦の)出入国

管理権限に基づく追放をすることができない」という判断を基本的に踏襲しており、この理論に限界を付したと考えられる。

しかし、「吸収」によって、市民と同等になるのであれば、いかなることが生じようとも、決して、「追放」される立場ではない。それにもかかわらず、ポチ事件で、「連邦権限による追放の対象から免除されることに『市民権取得』までは含まれていない」とするならば、たとえ「吸収」されたとしても、厳格に言えば、市民と同等でないことになる。

それだけではない。1948年国籍および市民権法により、オーストラリア市民権を失った者を2002年改正法で回復させたときも、効果は遡及せず、後天的取得という形式での回復であり、市民権を失っている間に一定以上の犯罪歴がある者を対象から除外した。ならば、同じ市民権であっても、生来的取得と後天的取得とは、その取扱いに差異を設けていないのだろうか。

ポチの場合、市民権証明書手続き中の瑕疵であり、本来なら、既に市民権を取得していたはずであった。しかも、その瑕疵は、ポチ自身でなく、連邦側にあるのに、その点には全く触れられておらず、退去強制を命じられたことに疑問が残る。同国の司法判断は、建国当初から英国臣民に対して優遇している。それは、ポチが英国臣民でもなく、出入国管理上で「外国人」であったからなのではなかろうか。

同事件の6年後、同様の事件が生じた。英国臣民であるノーランは、9歳11か月のときに、同じく英国臣民である両親と一緒に来豪し、約18年間、同国に居住していた。

その間、彼は、帰化も市民権取得のための申

³³ アイルランド市民と保護された者(in Re Ho (1975) 10 SASR 250)で、高等法院は、1948-1973年オーストラリア市民権法第5条(1)について、国家の意図がみられない限り、「外国人」とは、英国臣民の地位を有しておらず、アイルランド市民ないし保護された者でない者を意味すると判断。その一方で、同条(3A)の意味する範囲内で、市民権規則第5条(2)(b)は、連合王国法に基づき、英国領の保護した国の者として、保護された者となった。これにより、アイルランド市民と保護された者は、「非市民」ではあるが、オーストラリア国内で退去強制の対象となる「外国人」ではなく、「非外国人」となる地位が定義された。

請も行わなかったため、有罪判決を受け、9年以上投獄された。そして、刑期を終えたとき、退去強制を命じられたのである。

これに対し、高等法院は、ポチ事件での理論を踏襲し、「非市民」と「外国人」の憲法上の地位を同義と認めた上で、ノーランの法的地位は、憲法の目的により「非市民である英国臣民」とし、退去強制令を取消した³⁴。

1987年市民権法は、これまで認めていた英国臣民の地位を一掃し、オーストラリア市民権に統一した。さらに、それまで生来的な市民権の取得に関しては、生地主義であったのを、血統主義に変更し、英国からの真の独立を目指した。

ノーラン事件は、1988年であるので、この変更が反映される可能性が大きくあったにもかかわらず、そうならなかった。変化が見え始めたのは、テイラー事件からである。プリンス(16, Peter Prince)は、テイラー事件の翌年にあったテ事件、ダング事件と合わせてみると、より問題点がみえてくるように思えるという。それは、次のような背景があるからであろう。

高等法院では、「この国で正式に市民にならなかった、オーストラリアに居住する何千人もの英国臣民の地位について意見が一致」しておらず、この対象となる人々が「オーストラリアに自由に留まる権利」は、あるのだろうか。

「(2003年)現在、1977年以来ここに居住しているイギリス人国際移動者を退去強制することを試みている。問題は、1970年代、1980年代の間に退去強制に対して憲法上の保護を有するイギリス(あるいは、他の英連邦国家)からの移住者(settler)であったかどうか、または、在留外国人のような憲法上の意味における「外国人」で、たとえば、重罪に対する有罪宣告をされることで追放(expelled)できるかどうかである³⁵。

プリンスの指摘通り、テイラー事件、テ事件、ダング事件は、同じような経緯を有する者が提訴した事件であり、また、ポチ事件、ノーラン事件も同様であった。テイラー事件では、テイラーが子どもに対する性犯罪という非常に重大な事件で有罪判決となったのにもかかわらず、罪を犯す以前にすでに同国で15年過ごしていたことから、「社会に十分に吸収された」と判断され、退去強制令を取消された³⁶。

これに対し、テ事件とダング事件は、麻薬での有罪判決により、彼らの同国での長期にわたる居住は、吸収になるのではなく、「社会に反し、重大な罪を犯すことは、結果として、刑務所で過ごす責任が生じ、一定の期間、刑務所で過ごすことは、正反対のことである」と一蹴され、退去強制令の取消にはならなかったのである³⁷。

この点について、プリンスは、「この異なった取扱いの理由が、犯罪の種類の相違でなく、

³⁴ Nolan v Minister for Immigration & Ethnic Affairs (1988) HCA 45. 165 CLR 178
[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1988/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(nolan%20and%20minister%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1988/45.html?stem=0&synonyms=0&query=title(nolan%20and%20minister%20)) 2013.8.3.

³⁵ Peter Prince (2003), The High Court and Deportation Under the Australian Constitution, Current Issues Brief no. 26 2002-03
http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/Publications_Archive/CIB/cib0203/03cib26 2013.8.23.

³⁶ Re Patterson; Ex parte Taylor (2001) HCA 51; CLR 391; 182 ALR 657; 75 ALJR 1439
<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2001/51.html?stem=0&synonyms=0&query=Re%20Patterson> 2013.8.1.

³⁷ Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs (2002) HCA 48; 212 CLR 162; 193 ALR 37; 77 ALJR 1
[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2002/48.html?stem=0&synonyms=0&query=Ex%20parte%20Te%20\(2002\)%20193%20ALR%2037](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2002/48.html?stem=0&synonyms=0&query=Ex%20parte%20Te%20(2002)%20193%20ALR%2037) 2013.8.24.

罪を犯す前のオーストラリアで過ごした期間がテイラーより長いならば、まさにその本質によって、社会的対価の『公的な放棄』に等しく、オーストラリア社会の構成員と『相容れない』という裁判官の主張は、矛盾しているように見える(ibid. 16, Peter Prince (2003))と指摘する。

私見では、この相容れない理論以前に、テイラーは、「英国臣民」であり、テとダングは、ベトナムないしカンボジア³⁸から難民として来豪した「外国人」であったことは、判決に本当に無関係であったのか疑問が残る。

いずれにせよ、オーストラリア政府の言い分としては、そのまま同国での安定した居住を続けたいのなら、オーストラリア市民権を申請する期間が2年あったので、同市民権への変更は、促進されたであろう(ibid. 10, Kim Rubenstein (2002), p.84)ということだった。

しかし、国籍、市民権(同国のように、国籍と同義というならば)は、国家との紐帯である。今日、国際化社会が益々発展し、二重国籍を推奨する動きも多々みられるが、たとえば、わが国のように国籍単一の原則を頑なに維持している国も少なくないだろう。このような国の出身者が、同国の国籍、市民権を取得することは、母国との紐帯を切ることを意味する。

その場合、何かしらの影響で、母国との往来に支障が出る可能性も否めないし、ましてや同国との戦争等の非常事態が生じた場合、母国を攻撃する側に回ることも否定できないのである。

さらに追及するならば、同国の「自動的に」法的地位を移動させるような法改正は、確実に周知されていたのだろうか。もしなされていたのならば、同国市民が、1948年法により市民権を失っているのを理解していなかったり、1987年法で、非市民である長期居住者が、「自分は、もう同国の社会に吸収されている」と錯誤していたりすることが多すぎるのではないだろうか。「社会へ吸収」されることが、「一定の期間」で

あるならば、上記の一連の事件の者たちより、はるかに長く同国へ居住していた者への判断は、どうなるのであろうか。

(b) ニストロム対移民・多文化および先住民問題省(Department of Immigration and Multicultural Affairs)

ニストロムは、スウェーデンで1973年に出生して生後27日のときに渡豪し、それ以来、ずっと同国で居住していた。そのため、彼は、スウェーデンの言葉を一度も学んだことはなく、英語しか話せない。

しかし、彼が31歳のときに、彼の犯罪記録を理由に、1958年国際移動法(Migration Act)第501条の「人格テスト」を満たしていないとされ、永住権を取消された。そして、取消後、送還までの間を無期収容で、同国からの永久追放、さらには、一度も訪れたことのない故郷、スウェーデンへの退去強制を言い渡された。

これは、彼が、単にオーストラリアで生まれていなかったという偶然(happenstance)がもたらした信じがたい出来事であった。

これに対し、連邦大法廷(Full court)は、以下のように述べ、退去強制令を取消した。

オーストラリア社会のために、誰を入国させ、居住を許可するのかを決定する責務を負う大臣の行為は、信頼できるものでなくてはならず、「これは、適切な紐帯のないどこか他へ、オーストラリア社会に受け入れられた構成員の永久追放である。上訴人は、確かにひどいが、偶然に市民である生涯オーストラリアの構成員として生活する彼の同世代の多くの者より、ひどくふるまってははいない。違いは、もっともわずかな専門的事項である。出生の偶然、上訴人の両親の不作为、そして、高等法院判決のいくつかの抗弁の思いがけない結果である。巻き込まれた個人に災難をもたらす罰だけでなく、オース

³⁸ テ、ダングは、カンボジア・ベトナム戦争(1975-1977)の結果、ベトナムがカンボジア侵略を始め、1989年までベトナムがカンボジアを統治する間の混乱期に難民として来豪した。

トラリアは、どこか他の所へその問題を移すことをしていると推測する³⁹⁾。

これに対して、高等法院では、①国際移動法第501条に基づき、人格を理由に退去強制することができる大臣の広範な権限は、相当な犯罪を含んでいる犯罪記録を理由に、同法のいう人格に抵触するとして、ニストロムのビザを取消せるかどうか、②長期にわたる居住を理由に、退去強制等から長期在留者を保護する第201条に基づき、大臣特有の権限が、重大な罪を犯した非市民の退去強制を制限できるのかどうか論点となった。高等法院は、第501条に基づき、人格を理由に個人のビザを取消することができる大臣の広範な権限は、第201条に基づき退去強制するための大臣特有の権限とは、全く異なった別個のものであることを確認した。

そして、ニストロムは、2つのビザを同時に取得していたが、1958年国際移動法第501条Fの適用によって、大臣がニストロムの永住ビザを取消したことにより、自動的に吸収された者のビザが取消された。しかしながら、ニストロムの永住ビザと比較して、彼の吸収された者のビザのために、大臣がなさなければならない判決に重大な影響を及ぼすほどの考慮を見出せなかったと判断した。

その結果、ニストロムは、10年以上、オーストラリアに居住していたので、1958年国際移動

法第200条、201条によって退去強制令から保護される一方で、居住の長さ、オーストラリア社会との繋がりにかわらず、犯罪歴のある非市民に対し、第501条に基づくビザ取消、送還をすることができるとした。そして、連邦大法院の判断を覆し、ニストロムの退去強制を実現させた⁴⁰⁾。

同国の報道によると、ニストロムの犯罪歴は、10歳から退去強制されるまでの間に87回、その内、強盗、放火、婦女暴行等で8回投獄されている⁴¹⁾。しかし、これらの罪は、すでに同国の法によって裁かれ、償われている。

また、ニストロムの同国での居住歴は、10年どころか、30年以上にもわたっており、退去強制させられたスウェーデンにいたのは、わずか生後25日だけであった。しかも、彼は、オーストラリア市民権こそは取得していないけれども、同国の「永住者」として家族と生活を送っていた。彼が「吸収」されたことは、高等法院さえ認めているのに、何故、退去強制なのだろうか。「吸収」された者は、「市民権」を有する者と同じだとする判例を築き上げていったのは、同国の司法ではなかったのか。

2007年オーストラリア市民権法をみても、フォスターの指摘通り、出生による市民の市民権を無効(revocation)にするいかなる規定も含まれていないし、血統や授与による市民は、第34条(1)、(2)、(5)⁴²⁾に基づく一定の事情があるな

³⁹⁾ Nystrom v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (2005) 143 FCR 420, 422 ('Nystrom (Full Court)').

[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCAFC/2005/121.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(Nystrom%20and%20Minister%20for%20immigration%20and%20Multicultural%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCAFC/2005/121.html?stem=0&synonyms=0&query=title(Nystrom%20and%20Minister%20for%20immigration%20and%20Multicultural%20)) 2013.8.25.

⁴⁰⁾ Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v Nystrom (2006) A 50; 230 ALR 370; (2006) 81 ALJR 1

[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2006/50.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(Nystrom%20and%20Minister%20for%20Immigration%20and%20Multicultural%20and%20Indigenous%20Affairs%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2006/50.html?stem=0&synonyms=0&query=title(Nystrom%20and%20Minister%20for%20Immigration%20and%20Multicultural%20and%20Indigenous%20Affairs%20)) 2013.8.26

⁴¹⁾ George Williams (2012) 'Human rights hypocrisy hurts Canberra's role on world stage', The Age, 8 May 2012,

<http://www.theage.com.au/federal-politics/political-opinion/human-rights-hypocrisy-hurts-canberras-role-on-world-stage-20120507-1y8yi.html> 2013.8.26.

⁴²⁾ 授与による市民とは、養子縁組等を理由に市民権を与えられた者等である。詳しくは、2007年オーストラリア市民権法第34条を参照。

http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/aca2007254/s34.html 2013.8.26.

らば取消することができるが、それは、前市民権(ex-citizenship)のときの行いに全て関係している(ibid. 15, Michelle Foster (2009), p. 499 note 105)。

ニストロムの両親は、ニストロムが生まれる前からオーストラリアにおり、彼の姉は、同国で出生している。ニストロムの母は、彼を身ごもったときに、姉を父の家族へと合わせるためにスウェーデンへ行ったのだが、出産が早まり、飛行機での移動が難しかったため、ニストロムは、スウェーデンで生まれることとなった。

しかし、この事実だけを除けば、彼の実態は、オーストラリア人としがたいようがない。この偶然さえなく、彼が出生とともに同国市民権を取得できていれば、2007年法に基づき、市民権を剥奪されることはなかったはずである。

換言すると、「オーストラリア市民が、ニストロムと同様の犯罪行為のために市民権を剥奪され、どこか他の国へ追放することを求めることができる論拠はない」。これは、刑罰の形式として「追放」を設定しろというのではなく、「追放によらずに市民の犯罪行為を罰するか、禁固刑によって罰し、結果として、社会への再統合を与えられる」ことを意味する。

つまり、長期滞在ができていてこと自体が、同国での信用と社会への繋がりを証明しているのであり、このような者の国外追放は、「罪を犯した社会の構成員」を「どこか他の所へ移す」ことにしかないので、「犯罪行為が、非市民の兆候であるという考えは支持」できない(ibid. 15, Michelle Foster (2009), pp.499-500)。

3. オーストラリアにおける生活基盤の保護と退去強制

―法的地位の違いは、どのように表れるのか

(1) 現在のオーストラリア出入国、在留に関する法制度

出入国管理制度は、国際法上認められた国家の主権によって、外国人の出入国を管理するものである。文字通り、出国することまでを前提とするので、帰国ないし出国を前提とする「外国人」を対象としている。

これに対し、移民法制度は、相当長期ないし生涯にわたって生活することを目的として入国してくる外国人を審査し、承諾した場合、「移民」として受け入れる制度である⁴³。

移民国家で知られるオーストラリアでは、入国してくる者を「市民」か「非市民(non-citizen)」かに区別し、前者に対しては、2007年市民権法を、後者に関しては、1958年国際移動法⁴⁴を適用している。ただし、「永住者」は、市民権を所有していないので、厳格な意味では、「非市民」であるが、通常、同国に居住しているのが前提になるためか、原則として、市民権法の対象となっている。

例外的に永住者について、国際移動法で規定されているのは、①労働目的で渡豪する非市民の保証人になるための条件等(140AA条)、②有罪判決を下された、居住10年以下の永住者に退去強制を科すことが可能であること(200条、201条)である。200条、201条に関しては、ニストロム事件でその趣旨が明確にされたが、同条のいう10年未満でなく、その居住が10年以上になれば、「オーストラリアに吸収」された者として、原則として退去強制は科せられない。

この10年の期間として加算されない期間につ

⁴³ Bryan A. Garner (2001) Black's Law Dictionary, Second pocket Edition

⁴⁴ 拙稿「1958年国際移動法(1)、(2)、(3)(翻訳)」神奈川大学大学院法学研究論集(9)～(10) 2001～2002年参照

いて、たとえば、刑務所に服役していた期間は含まれないとか、かつて禁止された移民であった者を200条、201条の保護から除外するといった内容が、204条で規定されている。

同条(2)では、[永住者(オーストラリア市民を含む)とは、引き続きオーストラリアにいる者で、法により課せられる時間の制限を受けない]と明示されている。

これに対し、2007年市民権法は、①自動的な市民権の取得(11A-15条)、②大臣に対する申請によつての市民権の取得(16-19A条)、③(ハーグ条約に従つた)養子縁組による市民権取得(19B-19F条)、④元市民であった者の子や、無国籍など事情がある者に大臣が授与する市民権取得(19G-28条)、⑤喪失した市民権の回復(28A-32条)、⑥市民権の放棄(32A-36条)、⑦市民権証明発行手続き(37-39条)、⑧個人的な市民権証明取得手続き(37-39条)、⑨特定個人情報の取扱い(40-45条)、⑩同法で定められた各手続の詳細規定(46-54条)、⑪市民としての宣誓により成り立っている。

ただし、市民権法を理解するための副読本によると、同法は、市民権の得喪とその手続きについて以外は掲げられておらず、市民権を有することによる法的結果については、説明が見当たらない。この法的結果は、たとえば、選挙法(Electoral Act)で投票権を考慮するように、他の法によつて判断することとの紹介に留まる。

しかも、オーストラリア憲法には、市民権についての規定がなく、未だ市民権の憲法上の権利は明確でない。この判断は、高等法院の判決によるか、議会の判断によるかであるのが通説であった(17, Reader's Guide: Australian Citizenship Act 2007 (2007), pp.2-3)。

ところが、2005年、オーストラリア市民権法の権限が問題となった唯一の判例であるファン

対連邦事件⁴⁵で、変化があった。ファンは、同国で出生したのに市民権法の下では市民権を得る資格がなかった。そこで、ファンは、これを「連邦が、市民権に関する法をつくる憲法的権限を欠いていた」と主張して争った。

マクヒュー裁判官は、退職前に単独で、この事件の最終的な判断を行った。そこで、彼は、憲法の言及する「連邦の人々」が、「連邦の市民権と同義語」だったことに「疑いはない」ことを見出し、彼は、二つの言葉を同義に考える判断を下した。

この判断に対しては、大別して、「やっと、高等法院が憲法から根拠を導き出した」という意見と、「高等法院は、憲法上の根拠がないことを認めた」という意見の賛否両論が出されたが、結局、2013年現在においても、これに対し明確な答えを見いだせていないように思える(ibid. 9, Helen Irving (2008), pp.137-138, 8, Guttman, Daniel (2007), pp.302-304, 5, Christopher Tran (2012), pp.199-227)。

それでも、これまでまともに定義もつけられなかった用語を高等法院が多発していたことを考えれば、近年、主に文言解釈によつて、それらを整理し、不合理な結論を導かないようにしていることは、評価できるのではないだろうか。

また、2007年に市民権取得の条件として、市民権テストが導入された。同テストは、基礎的英語力、基本的なオーストラリアに関する知識が求められる。これは、オーストラリアの文化、歴史、地理、政治等から出題され、60%以上の正解率で合格できるという性質をもつ。

しかし、導入当初は、合格率が20%程度であり、オーストラリア人でも知らない雑学的なクイズが多いとして、テスト内容に問題があるのではと指摘され、批判も強かった。このため、テストの内容をオーストラリア市民であること

⁴⁵ Hwang v Commonwealth (2005) 80 ALJR 125

[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2005/66.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(Hwang%20and%20Commonwealth%20\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/2005/66.html?stem=0&synonyms=0&query=title(Hwang%20and%20Commonwealth%20)) 2013.8.29.

の責任と権利について個人が学ぶ機会を提供するよう改正案が浮上した。

そして、テストの内容は、オーストラリア市民としての誓約(Pledge of Commitment)をその中核に据え、同国の民主的信条、権利、法体系等に関する設問を中心としたが、正解率も75%に引き上げられたのである。この新テストは、2009年10月から実施された⁴⁶。

ただ、同国のこのようなテストは、かつての悪名高き「書き取りテスト」を彷彿させなくもない。憲法に人権規定をもたず、かといって米国のように権利章典のような法ももたない国でもあり、未だ市民権に関する憲法上の根拠も見出せていないため、議会の権限が出やすい。すなわち、政治色が色濃く出やすい分野でもある。

今後も、これらの法体制の動向に注意が必要であろう。

(2) 政治に揺らぐ出入国管理制度と移民法制度

オーストラリアは、移民国家の代表として挙げられるが、現在もそういうのであろうか。たとえば、より移民国家の代表として知られているアメリカ合衆国も、開拓されていない広大な土地が存在する限り、移民政策は、完全な開放政策でありえたかもしれない。

しかし、19世紀に、資本主義経済が急速に発達して、合衆国および世界の資本主義が高度化し、植民地的支配のもとにおかれたか、おかれようとしていた国々からの貧民が合衆国に大量流入してくると、開放政策は、管理的政策に転換していった。その後も、中国人排斥法に代表されるように、管理的政策への転換期は何度もある(3, 萩野 197-200ページ)。

オーストラリアは、アメリカと比較すると、独立がかなり遅かったため、建国当初から白豪

主義政策をとり、白人移民の積極的受入れの開放政策と、有色人種の締め出しである管理政策を同時に始めた。しかも、当時から約半世紀以上、自国を英国の一部のように捉え、英国に依存していた分、憲法をはじめとする国家と国籍ないし市民権、司法権に至るまで完全な法をもつことを目指そうとはしていなかったように思える。

1987年改正法をきっかけに、やっと英国との分離に本格的な意気込みが感じられるが、それは、段々とオーストラリア市民権を取得しなかった(同国での)元英国臣民の締め出しへと法の解釈が変わり、その結果、一度は、「市民と同義」とまで判断した「吸収された」永住者まで不安定な立場におかれる理論に変貌を遂げた。

また、その一方では、同国へ移住する条件は、年々厳しくなっている。オーストラリアは、建国当初から、「家族再統合」の理念を掲げ、一昔前まで「家族」の受入れを最優先にしていた。しかし、現在では、市民権を有する者と婚姻しても、その繋がりでも市民権を認められるのには4年(以前は、2年)かかるようになり、永住者は、最初に発行される永住ビザであれば、5年の内2年以上は同国に居住しておかなければ、維持できないように改正され、その維持は、難しくなっている。

かつて、技術者としての市民権の申請については、希望する者が各自申請し、その結果を待つ制度であった。しかし、2012年から、スキル・セレクト制度が導入された。スキル・セレクト制度は、希望者がオンライン上で登録し、この登録の中から、同国の雇用主や州政府が指名し、招待するもので、いわゆるドラフト制度のような指名制度である。

このように、近年のオーストラリアでは、入国、再入国、在留の条件は、厳しくなっており、

⁴⁶ 武田美智代「オーストラリア市民権法の改正—市民権テストの見直し」国立国会図書館調査及び立法考査局2009年 <http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/legis/24102/02410211.pdf#search='%E3%82%AA%E3%83%BC%E3%82%B9%E3%83%88%E3%83%A9%E3%83%AA%E3%82%A2+%E5%B8%82%E6%B0%91%E6%A8%A9%E3%83%86%E3%82%B9%E3%83%88'> 2013.8.27.

その一方で、「吸収された者」の保護は手薄になってきている。換言すれば、最近のオーストラリアでは、出入国管理体制の強化ばかりが目立っており、移民国家の色が褪せてきているようにも感じられる。

(3) 現在のオーストラリアが確認しなくてはならないこと

オーストラリアにおける市民権概念の根拠が、憲法上にあるかどうかは、未だ決着をみないのは先に述べた通りである。ただ、明確に理解できるのは、同国の市民は『オーストラリア市民』ではなく、長らく「英国臣民」と捉えられてきたことにあろう。これは、次々と「英国臣民」の地位を与えて、あるいは、確認していった国籍、市民権に関する法の変遷をみれば、一目瞭然と思われる。

そのため、同国でのこの分野に関する最初の問題点は、「誰が市民なのか」ではなく、「誰が市民以外なのか」ということだったのではないだろうか。そうであれば、初期の判例が好ましくない移民の到来に対し、これを阻止する連邦の権限についての判断を求められたのは当然のことであろう。

その一方で、実態としては「外国人」であるミナハンやウォンスーの帰属国の判断をも求められ、全く同様の事例であったにもかかわらず、その判断基準を国籍や市民権等の法的身分に委ねるのではなく、「自国に戻って来たかどうか」という主観的要素での判断とした。

この点について、フォスターは、「移民」に関して法を制定する連邦の権限の探求のはじまりであり、ミナハン事件で「移民としてオーストラリアに入国する者は、結局、オーストラリアの社会の構成員として受け入れられるようになる可能性」がある。従って、「移民」に関する連邦の権限の範囲内にあることを終える可能性を示唆し、この理論をウォルシュ事件で踏襲したとみる(ibid. 15, Michelle Foster (2009), pp.490-491)という。

確かに彼女のいう理論も一理ある。しかし、この理論だとウォンスー事件の説明がつかないため、同時に「好ましくない移民」に対する理論の働きがあるのではないかと考えられる。いずれにしろ、ミナハン事件は、ドノホー事件で「一度移民であった者は常に移民である」と判断されたものを、「吸収」理論へ進めた第一歩であったことは間違いないだろう。

この後、オフラハーティ事件、ヘンリー事件、ボチ事件、ノーラン事件、テイラー事件、テ事件、ダング事件を経て、「吸収」理論の固定とその限界がせめぎ合ったのは、本稿2(a)で触れた通りである。この一連の事件では、憲法上の観点から、「外国人」または「非市民」なのか、それとも「非外国人で英国臣民」なのか、「吸収され」ていわば後天的市民権を取得した立場になっているのかといった、それぞれの法的地位についての判断に、高等法院は、翻弄された。

1987年になるまで、完全には、英国から離れられず、二重国籍のような形で、「オーストラリア市民」と「英国臣民」の地位を認め続けてきたしわ寄せであろう。しかも、しわ寄せは、これだけではない。人々の人生の左右が決まりかねない国籍、市民権にかかわる法の幾度となく行われた改正、不十分な改正等の告知、その時の自国に都合の良い解釈、そして、差別を生む立法とその制度もそうである。

現在、すぐに取り掛かれる人権救済の側面からの是正は、長期滞在者、永住者の居住の保護制度の再構築であろう。

4. 小結

オーストラリアの場合、市民権の法源を憲法に求めることは可能なのだろうか。現在、同国のこの分野の研究者の間で、概ね争いのないと考えられる理論は、「市民権は、居住権である。すなわち、市民である限り、強制的に国外追放をされることはない。同権利が、憲法上のものであれば、議会は、オーストラリア市民から、同国で生活する権利を奪ういかなる法もつくる

ことを許されない」といったことのようなものである (ibid. 9, Helen Irving (2008), pp.150-151, 7, Gregor Heissl (2009), p.1, Kim Rubenstein も1990年代にそのような主張をしていた)。

とりわけ、アーヴィングは、同論文の結論部分として、「概念的に満足でき、かつ、判例法により裏付けられた定義をわれわれに与えて」おり、「法に従って市民権を取得している者が、オーストラリアで生活する権利を持つものというのが市民の定義」であるとし、その一方で、「少なくとも部分的には、居住の権利は、市民に限定し、(永住者、長期移住者をも含む)外国人は、排除や追放を受けやすいままにしておくことが望ましいのかどうか」が大きな問題であると括っている。

オーストラリア市民が、同国に居住する権利を有することは確かであろうし、彼女のいうように、「居住の権利」を市民特有の核と捉えれば、派生する様々な権利が憲法上理論づくであろう。

しかし、本来、オーストラリアは、「家族再統合」を移民政策の根底におき、「家族の呼び寄せ」を最優先し、多くの移民を受け入れてきた歴史がある。そして、そのような国であるからこそ、複雑な国際関係の立ち位置に居たときでさえも、「吸収」理論へとたどり着いたのではないだろうか。

いずれにしても、既に不安定にしてしまった長期滞在者および永住者の立場を、今一度、考え直さなければならない。かつては、同国の市民と同義といわれるほど、オーストラリア社会に「吸収された者」である彼らは、その長きにわたる生活故に、家族や社会との深いつながりもあろう。そのため、個人の権利義務だけでこの問題を考えることは、現実を無視した考えに見える。

同国に必要なのは、むしろ、「自国はどこなのか」、「自国に戻る権利」の構築は可能かという法議論ではないだろうか。

これは、わが国でもいえることである。旧帝国憲法下では、国民は天皇の臣民であった。そ

の一方で、統治領内の臣民以外の者は市民権を持たない日本国民であり、それ以外の者は、外国人であった。日本国憲法下では、臣民は国民となり、日本国籍を持たない者は外国人となつて、その概念は単純化した。

しかし、その反面、先日 (2013.9.4) の最高裁判決で裁判長が指摘した「家族形態の多様化」等に伴う様々な居住形態も存在する。このように様々な実態をもつ外国人への対応は、適切であるのだろうか。この点について他国と比較しながら考えることも重要であろう。これについては、別稿で考察する。

判例一覧

1. Ah Yin v Christie (1907) HCA 25; 4 CLR 1428.
2. Calvin's Case 7 Coke Report 1a, 77 ER 377
3. Chia Gee v Martin (1905) HCA 70; 3 CLR 649
4. Donohoe v Wong Saw (1925) HCA 6; 36 CLR 404
5. Hwang v Commonwealth (2005) 80 ALJR 125
6. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v Nystrom (2006) A 50; 230 ALR 370; (2006) 81 ALJR 1
7. Nolan v Minister for Immigration & Ethnic Affairs (1988) HCA 45. 165 CLR 178
8. Nystrom v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (2005) 143 FCR 420, 422 ('Nystrom (Full Court)').
9. Peter Prince (2003), The High Court and Deportation Under the Australian Constitution, Current Issues Brief no. 26 2002-03
10. Pochi v Macphee (1982) HCA60; 151 CLR 101
11. Potter v Minahan (1908) 7 CR 277
12. Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs (2002) HCA 48; 212 CLR 162; 193 ALR 37; 77 ALJR 1
13. Re Patterson; Ex parte Taylor (2001) HCA 51; CLR 391; 182 ALR 657; 75 ALJR 1439

14. Re Yates; Ex parte Walsh (1925) HCA 53; 37 CLR 36
15. Robtelmes v Brenan (1906) HCA 58; 4 CLR395
16. Roach v Electoral Commissioner (2007) 239 ALR 1
17. R v Director-General of Social Welfare; Ex parte Henry (1975) 133 CLR 369
18. R v Macfarlane; Ex Parte O'Flanagan and O'Kelly [1923] HCA 39 (23 August 1923), (1923) 32 CLR 518.

文献一覧

1. 岩崎正洋編『民主主義の国際比較』一藝社 2000年
2. 武田美智代「オーストラリア市民権法の改正—市民権テストの見直し」国立国会図書館調査及び立法考査局2009年
3. 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法』勁草書房 1982年
4. 宮内紀子「1948年イギリス国籍法における国籍概念の考察：入国の自由の観点から」関西学院大学紀要『法と政治』62号2巻 2011年
5. Christopher Tran (2012), “NEW PERSPECTIVES ON AUSTRALIAN CONSTITUTIONAL CITIZENSHIP AND CONSTITUTIONAL IDENTITY, ADELAIDE LAW REVIEW”, Volume 33 Number 1 2012
6. Glenn Nicholls (2006), ONE HUNDRED YEARS OF AUSTRALIAN DEPORTATION, Institute for Social Research, Swinburne University of Technology
7. Gregor Heissl (2009), 'Deportation from Australia: Is there any Protection of Family Life?' Human Rights Defender volume 18: Issue 2
8. Guttman, Daniel (2007), “Vicki Roach v Commonwealth: Is the Blanket Disenfranchisement of convicted Prisoners Unconstitutional?”, SydLawRw 11; (2007) 29(2) Sydney Law Review 297
9. Helen Irving (2008) , Still Call Australia Home: The Constitution and the Citizen's Right of Abode, Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 08/36
10. Kim Rubenstein (2002), Australian Citizenship Law in Context, Lawbook Co.
11. Kim Rubenstein (2004), Globalisation and Citizenship and Nationality, The University of Melbourne Faculty of Law Legal Studies Research Paper No.69
12. Kim Rubenstein (2008), Loyalty and Membership; Globalisation and Its Impact on Citizenship, Multiculturalism, and the Australian Community, ANU College of Law Research Paper No. 08-25
13. Mary Crock (1998), Immigration Refugee Law in Australia, The Federation Press
14. Michael Klapdor et al. (2009), Australian citizenship: a chronology of major developments in policy and law
15. Michelle Foster (2009), 'An “Alien” By the Barest Of Threads' - The Legality Of The Deportation Of Long-Team Residents From Australia, This article was first published in the Melbourne University Law Review, Volume 33, Issue 2
16. Peter Prince (2003), The High Court and Deportation Under the Australian Constitution, Current Issues Brief no. 26 2002-03
17. Reader's Guide: Australian Citizenship Act 2007 (2007), the National Communications Branch of the Department of Immigration and Citizenship
18. Tony Blackshield and George Williams (2010), Australian Constitutional 5th Edition: Law and Theory, The Federation press