

オーストラリアにおける入国そして居住の権利

奥 野 圭 子

アブストラクト

憲法上の家族の権利については、以前より様々な角度から論じられてきた¹。しかし、憲法上の権利保障の対象が国民であることを鑑みると、外国人をも構成員とする家族に関しては、十分に論じられてこなかったのは、ある意味当然のことかもしれない。

それでも、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、以前からなされていたし（小畑郁（2001） 4ページ）、現在では、最高裁でも続けて家族の多様化を認め、これを保障する方向を示唆している（最高裁2013年9月4日判決、12月11日判決）。

すなわち、わが国で国境を越えた家族の権利を考察するにあたって必要なことは、①移民制度を採用する国が、このような家族の権利をどのように考えているのか、②多様化する家族にどのように対処しているのかという点が要となると考えられる。

移民国家は、周知の通り、アメリカ、カナダ、オーストラリアに代表される。しかし、国境を越えて家族生活を営む権利について考えるのであれば、建国当初から、家族を呼び寄せて、ともに生活をおこなう（家族再会）という理念を移民法・政策の根底においてきたオーストラリアが最も適しているだろう。同国は、このような理念の下、家族生活を営むことについて、出入国・在留法に詳細な規定をおいている。従って、オーストラリア法の研究を深めることは、国際社会に求められる家族生活に関する権利とは何か、また、それを実現すべき法制はどうあるべきなのかということについて、極めて大きな示唆をもたらすことが期待できると考える。

¹ たとえば、米沢広一『子ども・家族・憲法』有斐閣 1992年、徳川信治「自由権規約と家族概念」立命館法 1994年5号、横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊『これからの家族』1985年 等

はじめに

これまで、わが国における「家族」は、法に従い形式的に捉えられてきた。今日では、夫婦の形骸化に重点を置き、有責配偶者からの離婚を認める破綻主義に変更されてきたが、それでもやはり実態よりも形式で判断されることが多いといえよう。

これに対し、外国人の出入国、在留、再入国を管理する出入国管理及び難民認定法（以下、入管法）は、とりわけ家族において形式よりも実態を重視する実務を行っていた。それが、同法の2009年（2012年施行）大改正で立法化されるに至ったというべきであろうか。これにより、たとえば、外国人配偶者が6か月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、退去強制を実施することが可能となった²。

このため、同法の大改正を「移民制度」へ転換したというより、「出入国管理体制を厳格にした」との分析も可能であろう。だが、この制度が「偽装」防止を主目的とするならば、オーストラリアの制度と比較することができる。

オーストラリアでは、法律上の家族の呼び寄せだけでなく、事実上の配偶者（Partner）³、婚約者（Prospective Marriage）、相互依存（Interdependency）⁴ 等も呼び寄せることができる。そして、法律上の配偶者、事実上の配偶者、相互依存関係の場合、①まず、一時的な配偶者ビザを申請し、これを取得、②2年経過後、永続的な配偶者ビザの審査を経て、同国の永住権を得る。これに対し、婚約者の場合には、

①まず、同国外で婚約者ビザを取得し、②9か月以内に渡豪した上で、法律上の婚姻を行い、一時的な配偶者ビザを申請して取得、③2年経過後、永続的な配偶者ビザの審査を経て、同国の永住権を取得することとなる。

この待機期間は、かつては、存在しなかったが、同国の永住権、市民権取得のために偽装が増加したため設置された。日本のこの度の入管法大改正は、やはり偽装を防ぐために当事者の関係が真正なものかどうかを判断することに目を向けているが、それでは、事実上の関係については、どうなのであろうか。

「朝鮮半島出身者とその子孫、文脈により在日朝鮮人や在日韓国・朝鮮人、現在ではオールドカマーや在日コリアンとも呼ばれる外国籍の人口（のような）、『デファクトな移民』やその子孫の法的地位の安定化を進めて（明石純一（2012） 10-11ページ）」いることは評価できるが、婚姻や家族という非常にデリケートで個人的な関係をたった半年で見極めることが可能というのだろうか。

また、「家族の権利」に関する憲法上の規定は、わが国もオーストラリアも一見明白でないように思われる。しかし、その一方で、わが国では、「家族が引き離されない権利（家族とともに生活する権利）」を、24条2項の趣旨に照らして解釈された13条（見方によっては25条）によって保障される一つの憲法上の権利として構成し、その侵害を問題とすることも、理論的には可能（内野正幸（1987） 79ページ）」であると解されるし、オーストラリアでは、下記

² 日本人の配偶者等の在留資格（日本人の配偶者の身分を有する者（兼ねて日本人の特別養子（民法（明治二十九年法律第八十九号）第八百七条の二の規定による特別養子をいう。以下同じ。）又は日本人の子として出生した者の身分を有する者を除く。）に係るものに限る。）をもつて在留する者又は永住者の配偶者等の在留資格（永住者等の配偶者の身分を有する者（兼ねて永住者等の子として本邦で出生しその後引き続き本邦に在留している者の身分を有する者を除く。）に係るものに限る。）をもつて在留する者が、その配偶者の身分を有する者としての活動を継続して六月以上行わないで在留していること（当該活動を行わないで在留していることにつき正当な理由がある場合を除く。）。（入管法22条の4 1⑦）

³ かつては、de facto relationship visa であったが、現行法では、Spouse visa に包含されている。

⁴ 同性愛者カップルのためのビザと理解されがちだが、「離れられない強い絆で結ばれている全く血縁関係のない家族同様の依存関係」であれば満たされる。日豪プレス
http://nichigopress.jp/visa/visa_arekore/2179/ 2013.12.29

のような理論を足掛かりに解決を試みる者もいる。

必然といえるであろう。

1. オーストラリアにおける家族再会の 具体的制度

主な国際法源を超えて示されるものとして、オーストラリアの家族保護が記されている。最初に、国際人権規約第17条、第23条は、家族のいかなる「恣意的に若しくは不法な干渉」を禁じ、「社会の自然かつ基礎的単位」であり、「すべての者は、干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利」を享受する。子どもの権利を認める、子どもの権利条約は、国家の行為者によってなされる全ての行為において「子の最善の利益の」考慮を要求する（Gregor Heissl (2009) 2, p.8）。

今日、多くの国では、たとえ自国民ではなくとも家族生活を営んでいる者に対する送還、退去強制、国外追放等については、何かしらの配慮がなされているのではないと思われる。その際の判断基準が形式的ないし実態のどちらに重きが置かれるのか、どのような方法において判断なされるのか。また、その長短所はどの点になるのかを探究することは、国際社会でのわが国の立場を鑑みれば、必要不可欠であろう。その上で、オーストラリアの法理論を参考にし、国籍国を保持しながらも他国で生活を営むことを選択した人々の居住権ともいえる長期から永続的な生活にかかわる権利を迫及することは、急務である。当該国家で生活を営むことを決めた外国人を受け入れた国家は、その者の人生に関して多大なる影響を与えることを考えれば、

オーストラリアでは、入国してくる外国人を市民か非市民（non-citizen）に区別し、前者に移民法（2007年市民権法）を、後者には出入国管理といえる法（1958年国際移動法）を適用する。「永住者」に関しては、厳密に言うとも市民権を有していないので「非市民」のカテゴリーに分類されるはずであるが、通常、同国に居住しているのが前提となっているためか、原則として、市民権法の対象となっている⁵。従って、同法での「オーストラリアに居住する者」等の表現は、全て市民権ないし永住権を有したオーストラリア居住者を意味する。また、1958年国際移動法によると、その他に有資格者であるニュージーランド人も含まれるが、必ずしも永住へと通じる訳ではないので、本稿では、これを含まない。

また、以下のカテゴリーでは、オーストラリア国内から申請できるものもあるが、「家族再会」という理念の見地から、海外からの申請のみを対象とする。

永住を目的とするビザのカテゴリーは、大別して、①技術独立移住ビザ（General Skilled Migration）⁶、②雇用主指名ビザ（Employer Nomination Scheme）⁷、事業関連ビザ（Business Owner, State / Territory Sponsored Business, Investor etc…）⁸、家族関

⁵ 拙稿「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—」2013年10月 神奈川大学国際経営論集No.46 63ページ

⁶ 2012年7月の1958年国際移動法の大改正により、6種類が3種類に整理され、対象年齢は、18歳以上50歳未満（それまでは、45歳未満）と引き上げられたが、実質としては、他の永住権取得のためのビザである「雇用主指名ビザ」を優先させる意図があり、ポイントテスト到達後に新たな条件が加わる形で取得が困難になっている。
<http://www.immi.gov.au/skilled/general-skilled-migration/pdf/points-tested-visas.pdf> 2013.12.30

⁷ 技術独立移住ビザとは異なり、ポイント選考はないが、2012年の1958年国際移動法の大改正により年齢は緩和されたものの（45歳未満から50歳未満）、直接申請することが困難になった。
<http://www.immi.gov.au/allforms/booklets/1131.pdf> 2013.12.30

⁸ かつては、事業主（Business Owner）、投資家（Investment Linked）、上級役員（Senior Executive）、優良事業主（Established Business）と4つにカテゴリー分けされていたが、2012年の大改正により事業実績（Business Talent）、事業導入・投資（Permanent Business Innovation and Investment）の2つに集約され、より条件が厳しくなった。

連ビザ (Spouse, Prospective Marriage, Family Migration etc…), 州移住計画 (State Migration Plan)⁹がある。いずれのカテゴリーにおいても、申請者は、オーストラリア政府、州/準州、企業、市民権者ないし永住権者等の身元引受人が必要である。

ただし、本稿の目的は、国境を越えて相当長期ないし永続的に他国で生活する者の居住権について模索することにあるので、ここでは、家族関連ビザに焦点を当てることにする。

まず、オーストラリアでの永住者の受入れは、同国の経済的かつ社会的必要性を満たすことを目的としている。そのため、毎年、各カテゴリーでの受け入れ人数は決まっており、たとえば家族であつてもビザの基準を満たし、申請したからといって全員がビザを付与される訳ではない(配偶者、子どもを除く)。家族関連ビザは、「家族再会」というカテゴリーとして構成されており、家族関係の多様な身分 (degree) の上に政府 (およびオーストラリア社会) が成り立っているという価値観を反映している (Mary Crock (1998), p.68)¹⁰。

同カテゴリーのビザで入国対象者およびその手続きは、以下の通りである。

I パートナー (配偶者、事実上の配偶者、婚約者、相互依存者)¹¹

18歳以上で、オーストラリア国籍または永住権を有する者と婚姻関係、事実上の婚姻関係、同棲関係¹²、相互依存関係のいずれかにある者

は、このビザのカテゴリーから申請でき、最優先に処理される。配偶者であれば、オーストラリア内外の法による婚姻であることを証明しなければならない。事実婚、相互依存であれば、断続的に12か月以上一緒に生活していた事実が必要で、同性同士でも申請が可能である。そして、婚約者であれば、互いに直接会ったことがあり、ビザの付与された日 (筆者傍点) から9か月以内にその相手と婚姻しなければならず、同性であつてはならない。その上で、このカテゴリーの者は、将来も同居し、ともに生活していくという約束があり、真正かつ唯一の関係である必要がある¹³。

II 子ども (子ども、孤児、養子)

このカテゴリーには、子ども (Child)、孤児 (Orphan Relative)、養子 (Adoption) が含まれ、配偶者と同様に最優先で処理される。また、2009年に1994年国際移動規則 (1994 Migration Regulations) が改正され、同性の事実婚夫婦と異性の事実婚夫婦間の差別と同性の事実婚夫婦の子どもと異性の事実婚夫婦の子どもの差別を排除した¹⁴。同カテゴリーのビザを申請する親は、親権を必須とする。

通常、扶養されている子どもは、その親のビザ申請の一部として処理される。たとえば、親と同居しておらず、親の申請するビザで考慮されない等であれば、子を家族として呼び寄せることができる。その際、子は、原則として18歳未満であるか、オーストラリアに居住する親

⁹ 2010年11月にビクトリア州が最初に発表した制度。連邦政府とは別基準で、各州が独自に申請できる職種や審査基準を定めた移民受入れ計画である。

¹⁰ また、1980年代のホーク労働党政権期には、呼び寄せられる「家族」の適用範囲が拡大されたが、1996年3月のハワード政権確立で減少するなど政治的要因も強く影響する。最近の割合は、以下の一覧表で確認できる。

<http://www.immi.gov.au/media/statistics/statistical-info/visa-grants/migrant.htm> 2013.12.30

¹¹ http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/29overview_family.htm 2013.12.30

¹² 事実上の婚姻関係は、法律上の手続きを行っていないだけの婚姻関係、同棲関係は、オーストラリアに婚約者として入国するには、最低1年の同棲期間を必要とするので婚約者を示している。

¹³ パートナーのカテゴリーの諸条件

<http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/30partners.htm> 2013.12.31

¹⁴ <http://www.lawhandbook.org.au/handbook/ch22s01s03.php> 2013.12.31

<http://www.immi.gov.au/legislation/amendments/2009/090701/lc01072009-13.htm> 2013.12.31

に経済的依拠をしている必要がある¹⁵。また、18歳以上であっても25歳未満であれば、①婚約していない、②配偶者がいない、③かつて婚姻したことがない、④正規労働者ではない、⑥フルタイムで学校に通っているといった条件を満たせば、認められる可能性もある。

孤児は、両親が死亡、永続的に行為能力(permanently incapacitated)を喪失、ないし所在不明のため、養育する親がいない子を指す。このような孤児を同国に呼び寄せるには、オーストラリア人かその者の配偶者(同棲相手)の兄弟、姉妹、祖父母、叔母、叔父、姪や甥というような関係を有する必要がある。そして、呼び寄せ側は18歳以上で、孤児は18歳未満でなければならない¹⁶。

養子は、原則として、州および準州中央当局(State and territory central authorities)によって管理されており、当局を通じて養子縁組が実施されている。当局では、ハーグ条約が順守されているため、個人が海外で行った養子縁組については、①養父母が養子縁組時に12か月以上住んでいた海外で行われたことを示し、②養父母が合法的に養子縁組を行い、養子と実父母の法的関係を断ち、完全かつ永続的な親権を獲得し、③養子の国籍国の当局が養子をオーストラリアに出国させることを承認していなければならない。オーストラリアの州および準州中央当局が当該養子縁組を認めなければ、呼び寄せることはできない¹⁷。

また、子どもの最善の利益の観点から養親と養子の関係を評価するために、連邦警察が要求する証拠を提出しなければならず、有罪判決を受ける等の問題がある場合には、ビザは交付さ

れない¹⁸。

Ⅲ 両親(両親、貢献型両親)

このカテゴリで申請するには、まず、家族バランステスト(balance of family test)を満たしていなければならない。家族バランステストとは、申請者の子どもの人数が、半分以上オーストラリアにいるかどうかであり、いるならば、これを満たすことになる。

このビザには、通常の両親(Parent (non-contributory)) ビザと貢献型両親(Contributory Parent) ビザが存在する。前者のビザは、年齢制限はないものの、ビザの発給数が少なく、取得までの期間が非常に長い(2014年1月現在で、約13年かかるが、改善を試み9年半ほどにする努力をする(筆者傍点)との政府発表がある)。その反面、申請費用が安く抑えられ、保証金(Assurance of Support (AoS))も安い、その保証期間は2年と短い。

これに対し、後者のビザも年齢制限はないものの、ビザの発給数が多くて取得までの期間が短く(1~2年)、保証期間も10年と長期である。しかし、非常に高額な申請費用と保証金を必要とする。また、同ビザには、一時的なビザ(temporary contributory parent)もあるが、貢献型両親ビザへ切り替えることを前提としたものであるので割愛する¹⁹。

Ⅳ その他の家族(高齢者親族、最後の親族、介護)

このカテゴリには、高齢者親族(Aged dependent relatives) ビザ、最後の親族(Remaining Relative) ビザ、介護(Carer)

¹⁵ <http://www.lawhandbook.org.au/handbook/ch22s01s03.php> 2013.12.31

¹⁶ <http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/33child.htm> 2013.12.30

¹⁷ http://www.thinkingaustralia.com/migration/faqs/adopted_child.asp 2013.12.31

¹⁸ <http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/33child.htm> 2013.12.31

¹⁹ <http://www.immi.gov.au/migrants/family/parent-visa-processing-priorities.htm>

http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/39contributory_parent.htm

<http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/31parents.htm>

<http://www.immi.gov.au/media/fact-sheets/31parents.htm> 全て、2014.1.1

ビザが含まれる。まず、高齢者親族ビザとは、オーストラリアで年金を受給されるに十分な年齢で（男性65歳、女性資料参照²⁰）、海外に独身で居住しており、3年以上、オーストラリアにいる親戚からの財政的援助に依存している者が前提となる。その上で、①オーストラリアの年金を受領せず、②未亡人ないし男やもめか、正式に離婚しており、オーストラリアにいる親戚に完全または強度に依存していて、その者が親戚関係にあることを要する²¹。

最後の親族 (Remaining Relative) ビザは、親族の内、ひとりだけオーストラリア外に住んでいる兄弟姉妹やそれ以上に遠い関係の親族を呼び寄せるためのものである。このため、呼び寄せる親族は、親、兄弟姉妹、継父母、異父異母兄弟姉妹等迄かなり広く認められる。その代わり、呼び寄せる側は、通常オーストラリアに居住していなければならない。その上、割り当てられる数は少なく、申請してから付与されるまで時間がかかる（10年以上）²²。

介護ビザは、オーストラリアに居住する家族が病気等に苦しんでいるため、介護をしに行くためのものである。介護されるオーストラリア居住者は、最後の親族と同様に通常オーストラリアに居住している必要があるが、このビザでの呼び寄せは、かなり遠縁の親戚関係にまで認められている。しかし、その他の家族のカテゴリー内では、人道的見地から順位が非常に優先されているため、①オーストラリアに居住する他の者が介護することができず、②日常生活で実質上、身体や精神面に深刻な損傷を負っており、③その者に対する介護がオーストラリアの福祉、病院、介護サービス、地域サービスで賄

えず、④医師や専門家から2～3年後の予後を受け、それらの者から必要と判断される必要がある。

そして、介護する者は、介護する障害や病気と同一ビザの性質を正確に把握しており、十分に責任能力があり、介護に当たっての十分な知識や経験が求められるのである²³。

V 家族移住者の永住権取得までの手続き

オーストラリアでは、建国当初から度重なる市民権法の改正があった上、2014年現在でも市民権概念、国籍概念をも含め、法的地位に関する概念があいまいなままとなっている²⁴。その上であえていうならば、1986年まで同国で生まれた者は、父系血統主義の下で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²⁵、1996年までは、海外で申請したオーストラリア人と婚姻した者および婚約した者（当時は、6か月以内に婚姻することが義務付けられていた。現在は、9か月以内）に対して、海外での申請に基づき自動的に永住権が認められており、オーストラリア人のパートナーに身元引受人になってもらわなくてはならないということさえ定められてなかった (Mary Crock (1998), p.69)。このため、国境を超えてオーストラリアで家族生活を営むにしても、同国での居住は、安定していたといえるであろう。

しかし、オーストラリアは、同制度を悪用する偽装結婚や家族、または、それを請け負うオーストラリア人の増加に悩まされることとなる。そのため、国家政策として、永住権のために「偽装」する国際移動者の排除を法務大臣の広範な裁量権でおこなっていた。裁判所は、この裁量権による判断に閉鎖的な政策の色が強くでる

²⁰ 女性の年齢については、一覧で示されているため、下記を参照。

<http://www.iarc.asn.au/LiteratureRetrieve.aspx?ID=65312> 2014.1.1

²¹ http://www.thinkingaustralia.com/migration/faqs/aged_dependent_relative.asp 2014.1.2

²² http://www.australia-migration.com/page/Remaining_Relative/84 2014.1.2

²³ <http://myaccessaustralia.com/subclass-836-116-carer-visa/> 2014.1.2

²⁴ 拙稿、前掲47-52ページ

²⁵ 1948年国籍および市民権法11条 (1) (a)

http://foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth13_doc_1948.pdf 2014.1.3

と、自由権規約、家族再会の理念、人道的配慮等から、法務大臣の判断を否定してきた。その結果、その関係を判断するための新たな制度の導入が試みられたのである。

この新たな制度とは、オーストラリア人の配偶者のカテゴリーでの申請で、オーストラリア人が身元引受人となる²⁶。この申請の際、配偶者との関係を同国政府に証明し、認められれば「延長される資格がある短期的入国許可（extended eligibility temporary entry permit）を取得することができる。そして、2年経過すると、再度、面接や証拠書類の提出により「真正で、継続している」婚姻関係（genuine and continuing relationship）の実態を証明できれば²⁷、永住権を付与されることになった²⁸。

永住権を付与された後、2年経過すれば市民権を申請できていたが、1997年の法改正によって4年に変更されることとなった。

日本では、オーストラリアのように実態から判断するのは、時間や労力等々がかかりすぎると一刀両断にし、この度の入管法の大改正でも「実態を法によって形式から判断する」という手法を採用しているように見える。しかし、国境を超えて家族生活を営んでいる者たちからすれば、国外追放や強制送還、退去強制は、家族離散につながる深刻な人権問題となることは明らかであろう。このことは、オーストラリアでは、どのように捉えられているのだろうか。

2. オーストラリアの退去強制と家族保護

オーストラリアにおいて出入国を規律するのは、1958年国際移動法である。同法の制定当時に関する外国人の退去強制は、「入国したときから5年以内に罪を犯した外国人を退去強制できる（12、13条）」というもののだけであった²⁹。1973年の改正では、この犯罪が暴力や強盗、売春等の特定の犯罪を行った者や1年以上の懲役を受ける有罪判決を受けた者と特定され、精神病院や公共の慈善施設（public charitable institution）に収容された者も退去強制の対象となり、その判断は、大臣の広範な自由裁量に委ねられることとなったのである。フォスターによると、その後の法改正により、同国の退去強制制度が迷走することとなった。

1983年に、ホーク政権は、（とりわけ）国際移動法の憲法上の基礎を再考することを意図した。この変更に対する主要な論理的根拠の一つは、移民権限のいかなる制限を無効にし、人（外国人）は、ゆくゆくは（オーストラリアに）吸収され、その結果、移民権限の範囲外になる可能性の模索であった。そこで、意図的に10年間の期限が導入された。

しかし、重大な問題があった。それは、改正前に連邦の国民（「外国人」は、考慮されていない）と非連邦諸国からの永住外国人とを事実上区別し、前者が入国から5年経てば退去強制させられないのに対し、後者はポチ事件³⁰で

²⁶ 1989年国際移動（一般基準）規則（Migration（Criteria and General）Regulations 1989）66条によって、家族を呼び寄せる場合には、オーストラリア人が身元引受人となることが定められた。
http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_reg/magr1989n365400/ 2014.1.3

²⁷ あくまでも実態が重視であるので、二人の間に子どもがいる、渡豪以前から長期にわたって生活している事実等が証明できれば、2年の待機期間が短縮されることもある。

²⁸ <http://www.australianimmigrationvisas.com.au/australian-immigration-visas-for-migrants/partner-visa-program/> 2014.1.3

²⁹ Division 2-Deportation 12. Aliens convicted of crimes 13. Deportation of immigrants in respect of matters occurring within five years after entry（現在では、膨大な条文を有するが、当初は、たった67条しかなかった）。

<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004C05340> 2014.1.4

³⁰ ポチは、オーストラリアに永住するつもりで二十歳のときにイタリアから入国し、継続的に15年居住しており、市民権取得の申請をした。しかし、政府の瑕疵により市民権付与に至っていなかった。その間に法が改正され、過去の犯罪歴を理由に退去強制が命じられた事件である。

<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1982/60.html?stem=0&synonyms=0&query=title%20and%20macphee%20> 2014.1.4

あまりにもはっきりと強調されたように常に退去強制の可能性を前提としたままであった。そのため、同規定は、国籍に基づくあらゆる差別を排除するとして、全ての永住者を対象とすることを意図したが、解決されないままとなっている (Michelle Foster (2009), pp.504-507)。

この問題は、1998年に国際移動における常任合同協議会 (Joint Standing Committee on Migration) で再検討されることとなった。ここでは、「犯罪者となった非市民とその家族に対するオーストラリアが負う国際的および人道的な義務 (Joint Standing Committee on Migration (1998), p.iii)」の観点から、この10年という期間 (以下、10年ルール (ten year rule) とする) についての適否を中心に協議された。

そして、①10年ルールで退去強制に直面した者には、青少年、難民、重罪を犯した者、罪を重ねる者等が含まれており、一律に適用するには、公益の面から考えても不平等な結果をもたらす可能性があること、②10年ルールは、(非市民が) 市民になることの意義と重要性を強調している。この期間オーストラリアにいた非市民がオーストラリアと密接した関係を確立しているという見解もあるが、国際移動法の適用なしに同国に再入国する権利、留まる権利を有しているのは、オーストラリア市民のみであること、③(非市民である) 犯罪者の退去強制に関する権限を大臣が有することから、犯罪歴が証明された場合、彼らを退去強制することができるという当時の現状を確認した。これに対し、市民的自由のためのニューサウスウェールズ州評議会 (New South Wales Council for Civil Liberties) は、永住者を市民と同様に扱うべきと主張した (ibid, pp. 31-32)。

これらについて、協議会は、①青少年には、特定の苦難や潜在的な不平等を考慮して、18歳未満の者にも10年ルールを適用し続けること (ibid, p.36)、②重罪は、殺人、深刻な婦女暴行、麻薬取引、武装強盗を含むと (国際移動法) 規則で指定することができるので、重罪を犯した者に10年ルールを適用しないこと (ibid, p. 42)、③以前に有罪判決を受け、警告を発せられた者、継続的に犯罪を繰り返す者は、退去強制になるのは自明であることを閣僚政策声明 (Ministerial Policy Statement) で修正すること (ibid, p.44)、④1958年国際移動法は、12か月以上の有罪判決になる非市民と、(たとえ初犯が10年経過した後であっても) 二度以上の有罪判決を受けた者を退去強制に処すべき修正を加えること (ibid, p.45) を推奨した。

また、家族保護については、1995年に「子の最善の利益」が論点となり、有名になったテオ事件が争点となった。テオ事件とは、オーストラリアで麻薬犯罪により有罪判決を受け退去強制を言い渡されたけれども、彼の子ども7人とその内3人の母親である妻が彼の扶養に極度に依存していたため、高等法院が「子どもの権利条約」に定められている「子の最善の利益」を直接適用し、彼の退去強制を無効にしたものである³¹。

これに対し、移民・多文化問題省 (Department of Immigration and Multicultural Affairs)³²は、犯罪者の退去強制に影響を受ける子どもの利益を考慮することが、国際的な義務を満たしていることを確認するための協議会であり、現在の閣僚政策声明は、退去強制判決が下されるまでにその者の子どもにどれ程重きをおくのか指定していない。改正した政策声明案に子どもの権利条約に基づく国際法上の義務を反映し、明確な条件を発することで解決されたと意見した。

³¹ Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh (1995) 128 ALR 353

³² 2007年に内閣改造があり、移民・市民権省 (Department of Immigration and Citizenship) に、2013年に移民・国境警備局 (Department of Immigration and Border Protection) に変更されている。

この上で、協議会は、①オーストラリアが1990年に子どもの権利条約を批准したこと、②テオ事件では、「子の最善の利益」が考慮されていなかったため、高等法院の大多数がテオの退去強制を無効としたこと、③テオ事件のような事例の場合には、同様な判決になるという「正当な期待 (legitimate expectations)」を生じさせたこと、④外務大臣と司法長官によって発行された共同声明でこの「正当な期待」を否定したこと等を考慮し、閣僚政策声明に退去強制手続きの主要考慮事項の一つとして「子の最善の利益」を含むことを承認することを推奨した (ibid, pp. 65-66)。

しかし、協議会の退去強制させられる者の家族への配慮は、これだけでは終わらなかった。子どもの権利条約だけではカバーできない配偶者や他の家族についても言及した。

これについて、協議員の多くは、特定の要因に与える重きを声明が明らかにすることを望み、行政不服申立機関 (Administrative Appeals Tribunal (AAT)) は、指針で一部不明確な点に着目し、とりわけ退去強制に関連するさまざまな要因に与えられるべき趣を明確にするために (指針を) 変更することを示唆した。クローニン博士は、そのような事例を明確にするために、バランスのとれた執行をこの指針で明らかにできると議論し、難民支援組織の一つであるクウィーンズランド・エスニックコミュニティ協議会 (ECCQ=Ethnic Communities Council of Queensland) は、判決を下す段階で子どもや他の家族の利益を考慮することを支持した。だが、復員兵士同盟 (RSL=The Returned and Services League of Australia) だけは、「非常に例外的な状況で、社会的利益よりもはるかに重きをおくべきときだけにすべきである」と否定的であった。

これらの意見を踏まえ、協議会は、閣僚政策声明が退去強制手続きで考慮される家族の意見を取入れ、それらの意見に与えられる趣は、同声明案に従っていることを確実にするために修正することを推奨したのである (ibid, pp. 66-

67)。

この協議会が、わが国と比べて参考になる点は、国際移動して家族生活を営む者とその家族に退去強制が与える影響について、国家の恩恵としての保護ではなく、子どもの権利条約に基づく権利としても考慮しているところである。ところが、政府は、この協議会の結果を待つこともなく、10年ルールを維持することを決め、むしろ人格テストによる入国の拒否に力を注ぐようになった (Michelle Foster (2009), pp.509-510)。

その結果、現在、オーストラリアで生活をする期間が10年以下の者は、永住者であっても最低1年以上の拘禁刑判決を受けた場合、大臣の決定によって退去強制される可能性がある (1958年国際移動法201条)。それ以外で国外追放の可能性があるのは、安全保障事由 (同202条)、明白かつ重要な犯罪での有罪判決 (同203条) になる。

また、人格テストによるビザの取消も最低1年以上の拘禁刑を理由にビザを拒否できる。1年以上の拘禁刑を理由とする退去強制と人格テストに基づく決定は、行政不服申立機関で再審査することができる。しかし、これらの再審査は、大臣の介在対象となるので、大臣が自らの決定を再審査で覆すとは、一般に考えにくい。このため、公正な適正手続に従っていないと指摘される (Susan Kneebone (2005), p11)。

そこで、オーストラリアの研究者たちは、永住者、長期滞在者の居住権の法源を国際法に見出そうとし始めた。

3. オーストラリアにおける居住権 (right of abode)

現在、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

たことのようにある³³。これを受けてか、2007年から導入された市民権テスト対策のためのパンフレット「市民になるために」の中に、「オーストラリア市民だけが、自由にオーストラリアに入国し留まる権利を有する」と記されている (Australian Government (2007), p.3)。

他国の制度と比較したり、憲法、国際法から解釈を試みて永住者や長期滞在者の国外追放されない権利を模索する研究者の中でも、注目されているのは、ヘイシルとフォスターであるように思える。

外国人と市民との間で、もっとも重要な違いは、後者が、完全な居住の権利を享受しているということで、それ故に、退去強制の禁止がある。これは、都合よく平等にされた非市民が、人生最善の時期を送るかもしれない国を離れることを強制される結果を導く可能性がある。他方、禁固は、一般に、文明国家において、最も重い刑罰の形式として認識されており、「ある者が、母国と認める場所に住む権利」の喪失は、「自由を失うことよりもいっそう深刻な（権利の）剥奪として考えることができる (Gregor Heissl (2009) 1, p.22)。

ヘイシルのように、永住者、長期滞在者に対する退去強制が与える影響については、ポチ事件の高等法院判決においてブレナン裁判官もこのように述べている。

（ポチの）退去強制は、成長中のオーストラリアの家族を破壊し、深刻な損害を与え、彼らに対してばかりでなく、オーストラリアに対しても重大な損害となるであろう。ポチをオーストラリア人の妻や子どもから離別させる、または子どもを見たこともないポチの国籍国へ随伴することを要求する退去強制は、さらに生活に

ついでの見通しを一層破壊するだろう。

しかし、2005年のニストロム事件³⁴のときに、国際移動法501条の人格テストが政府の本当の狙いを明らかにした。ニストロムは、生後27日に渡豪し、以来、一度も国籍国であるスウェーデンには帰国していない。彼は、31歳のときに犯罪歴を理由に人格テストの条件を満たしていないと永住権を取消された。連邦裁判所 (Full court) は、「これは、確固たる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」として、これを取消した。

これに対し、高等法院は、「10年以上居住していたので、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関わらず、犯罪歴のある非市民に対し、501条に基づくビザの取消、送還をすることができる」として、連邦大法廷の判断を覆し、ニストロムの送還を実現した。こうして、10年ルールは、人格テストの前では無力であることが証明されたのである。

このような事例の場合、行政不服申立機関で不服申立できるが、先にも少し触れたように、501条の再審査には、大臣が干渉することができるので覆る可能性はないに等しいことになっている。

これらのことから、オーストラリア政府や司法の考えは、退去強制や送還の対象になるのは、永住者も包含した非市民ということになるだろう。ただ、ニストロムのように事実上、オーストラリアが「自国」であるような者に対しても国際慣習法上の「自国に戻る権利」は拡大されないのであろうか。

わが国において、人権規定を定めているのは、憲法である。しかし、オーストラリア憲法の人

³³ Helen Irving (2008), pp.150-151, Gregor Heissl (2009) 1, p.1, Kim Rubensteinも1990年代にそのような主張をしていた。ただし、オーストラリア市民の「居住権 (right of abode)」を打ち出したのは、アーヴィングである。

³⁴ Nystrom v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (2005) 143 FCR 420, 422 ('Nystrom (Full Court))

権規定は、投票権（41条）、裁判所による裁判（80条）、宗教の自由（116条）、国内居住地を理由とする差別からの自由（117条）しかない。あえて経済的自由に分類できると思われるのは、項目上の財産取引（51条 x x x i）、州間自由取引、商業、通信（92条）等の条文だろうか。だからといって、アメリカのような権利章典の類もない。

フォスターは、犯罪者である長期滞在者の追放は、オーストラリアが従う国際人権義務に関する多くの問題を生じさせると指摘する（Michelle Foster（2009）, p.514）。その上で、国連の「国際人権規約草案の条文に関する注釈³⁵」を頼りに12条（4）の初期草案が、「彼らの国に『入国』する」国民の権利のみを扱っていたのに対し、「自分の国に帰る権利が、国籍または市民権の規則（rules）によってではなく、永続的な国（permanent home）の認識によって規定されたので、（この認識についての解釈の）困難が各国で生じた」ことを説明していた。

従って、オーストラリアは、10対2の投票によって受け入れられた「彼自身の国」の言葉を「彼が国民である国」の内容に置き換えるために、世界人権宣言13条（2）に基づく修正を提案した。あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約、子どもの権利条約、そして、最も新しい障害者の権利に関する条約を含む多くの後の条約で、「自身の国」の言い回しは、自国を離れて戻る権利として採用された（Michelle Foster（2009）, pp.516-517）。

これに関して、励みとなる進展は、2009年6月15に施行された501条に基づくビザの拒否および取消に関する2つの指針（Direction）No.21³⁶、No.41³⁷であった。これは、もちろん立法上の改正ではないので、長期滞在者を501条によ

り裁くことから逃れられないが、（大臣より）行政決定権者を拘束するので、今後の501条の施行と適用に影響を与えることが期待できる。この上で、議会が201条を改正することによって、オーストラリアの長期滞在者が、（オーストラリアを）「自身の国」として決して奪われないことを確実にする（ibid, pp.525-527）。

この大臣の指針については、ヘイシルも評価する。ヘイシルによると、これらの指針は、家族保護の手段の欠缺が明らかになったことがきっかけで出され、国益と家族保護の利益の均衡を図るに当たり、考慮される利益の優先度が確立されたという。これを受け、指針は、①個人の関係、②他の結びつきの強さ、③居住期間、④（追放される者の）出身国との結びつきの程度と範囲について考慮する一方で、いくつかの規定は、刑罰の重要性を明らかに強調しているので、非市民が重罪を犯したときには、どれだけ長くオーストラリアに居住していたとしても、居住する権利を剥奪することは明らかであるという。

ただし、退去強制やビザ取消は、その特定の者からオーストラリア社会を守ることが目的であるので、刑罰に服し終えた非市民の退去強制を正当化することは、禁止されている二重処罰に相当すると警鐘を鳴らす（Gregor Heissl（2009）1, p.23）。

4. 永住者、長期滞在者の家族保護

オーストラリアでは、同国で家族生活を営んでいる永住者ないし長期滞在者が退去強制や送還されそうな事件に接すると、頻繁に同国の批准している国際人権規約17条、23条、そして、

³⁵ Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, UN GAOR,10th

³⁶ Migration Act 1958 - Direction under section 499 - Visa Refusal and Cancellation under section 501 (Direction No.21 of 2001)

<http://www.comlaw.gov.au/Details/F2006B11706> 2014.1.8

³⁷ Administering the Character Requirements of the Migration Act 1958

<http://www.anao.gov.au/~ /media/Uploads/Audit%20Reports/2010%2011/201011%20Audit%20Report%20No%2055.pdf> 2014.1.8

子どもの権利条約の「子の最善の利益」について論じられる。

その中でも著名な判例は、ヘンドリック事件、マダフェリ事件であろう。ヘンドリック事件では、超過滞在で不法な非市民となった元インドネシア国籍の夫婦に、オーストラリア国籍を持つ13歳の息子がいた。同夫婦は、宗教による迫害を理由に保護ビザの申請をしたが、これが拒否され退去強制令が命じられた。しかし、両親が退去強制になれば、息子は、親と離れてオーストラリアに暮らすか、両親とともに出国して慣れ親しんだ国を離れなければならないという選択を迫られることになる。そこで、裁判所は、国際人権規約が締約国に自国の出入国管理政策を行う裁量権があることを認めた上で、主に息子の立場から、出生から13年間オーストラリアで育ってきたこと、普通の子どもと同様に同国の学校へ通い社会関係を築いていること、同国で家族として過ごした期間が10年以上あることを理由に、大臣の裁量権は無制限ではなく、一定の諸状況の下では「恣意的」かつ家族に対する「干渉」となる場合があることを指摘した。そして、「このような在留期間の長さには照らせば、締約国には、恣意的であるとの認定を避けるために、出入国管理法を単純に執行するという以上の、両親の退去強制を正当化するに足る付加的要素を示す義務が存する」として、申立人に対する退去強制が、申立人及びその息子との関係で、国際人権（自由権）規約23条との関連で同17条1項違反となると判断した³⁸。

また、マダフェリ事件では、2年服役経験の

あったイタリア国籍の男性が、オーストラリアに観光ビザで入国し、その後、超過滞在になったが、オーストラリア人女性と婚姻したことにより自動的に合法な滞在になったと思い込んでいた。彼らには、4人の子どもがおり、入国から7年目に配偶者ビザを申請した。オーストラリア政府は、ビザの発給を拒否したため、彼は行政不服申立機関に訴えた。しかし、ここでも大臣が自由裁量権を行使し、彼の永住ビザを拒否した。これに対し、人権委員会は、退去強制を行うことによって、オーストラリア人妻と子どもに未知の国であるイタリアへ一緒に渡るか、マダフェリと別れてオーストラリアで暮らすかの選択を余儀なくさせ、相当な苦難を強いることになるから、当該退去強制は、国際人権（自由権）規約23条との関連において同17条1項に違反し、子どもたちとの関係においては同24条違反となるとの見解を示した³⁹。

このような人権委員会の見解についてのオーストラリア政府の回答は、「マダフェリの送還（removal）は、彼の家族、個人や互いのプライバシーに干渉しておらず、むしろ、彼の行為は、違法かつ任意であったのだから、規約第23条に基づくオーストラリアの家族保護の責任は、オーストラリアの国民との間に家族を作ったという理由だけで、不法な非市民を送還することができないということを意味するものではない」といったように否定的であった。

このような事実を受けてか、ヘイシルは、子どもの保護と退去強制または送還の正当性に関する大臣の二つの指針（No.9⁴⁰とNo.21）を支

³⁸ Hendrick Winata and So Lan Li v. Australia, Communication No. 30/2000, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/930/2000 (2001).

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/930-2000.html> 2014.1.8

マダフェリ事件とともに、在留特別許可のあり方への提言 2010年（平成22年）11月17日 日本弁護士連合会 16-17ページ 事件日本語訳

http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/101117_4.pdf 2014.1.8

³⁹ Francesco Madaffer v. Australia, Communication No. 1011/2001, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001 (2004).

<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/1011-2001.html> 2014.1.8

⁴⁰ Migration Act 1958 - General Direction under section 499 - Australia's Criminal Deportation Policy - Criminal Deportation under section 200 (Direction No.9 of 1998)

<http://www.comlaw.gov.au/Details/F2006B11685> 2014.1.8

持するものの、次の点を指摘する (Gregor Heissl (2009) 2, p.12)。

オーストラリアが子どもの権利条約を批准していることから生じる「正当な期待」の程度を両指針が成文化していると判断されていることを根拠に、両指針は、オーストラリア市民の家族が退去強制になることに考慮を与えるが、犯罪者を国外退去する利益にも当然に重点がおかれることも考えれば、過度に期待されるべきでないこと、両指針が大臣によって発効されるが、大臣は政治家であるので、有権者の決定次第、すなわち、移民の分野は、選挙と密接かつ一時的な関係のなかで社会の感情や動向に弾みをつけるため、繰り返し利用され、悪用されうることである (ibid, pp.13-14)。

しかし、このことについては、1983年の人権委員会 (人権と有罪判決を受けた外国人および移民の退去強制) は、パラグラフ40で、「人権委員会法が、退去強制に関するそれら判決について想定することは、人権に従わなければならない、人権が政治に従わなければならないことはない」ということが委員会の見解と一致するとした (Human Rights Commission (1983), paragraph40)。

なお、このレポートは、ヘイシル、フォスターも引用しているが、ヘイシルが少々保守的なものに対し、フォスターは、これからの運用に期待を抱いているように見える。結論としては、両者ともに行政不服申立機関への運用に目を向けているが、ヘイシルは、毎年の「退去に関する不服申立」の多くは、別の規定が根拠となっていることから、家族保護の再審査がなされていないことを指摘する。

これに対し、フォスターは、新しい指針を以

下のように評価した。

指針No41は、No21より広範な家族生活の権利に関係している「他の考察」の一覧を発表する重大な改善をなした。「本質的で継続的な」市民または永住者とのいかなる婚姻関係または事実上の関係を含む「いかなる関係の家族の絆、種類、範囲」、「配偶者が、非市民に経済的、身体的、心理的に依拠している範囲」、「オーストラリアからの人の追放から生じる離別の影響」と付け加え、より明確に、人が追放 (される) 国で、いかなる「重要な家族の絆または支援」を有しているのかどうか考慮することを決定権者に要求し、「全ての付随する家族とともに新しい語学能力を獲得する能力、支援を得る能力」を含む「最も近い関係にある家族構成員」と同様、「人によって経験されそうな苦痛」についての考慮も要求する。これらに備えることは、欧州人権条約8条で具体化された家族の権利⁴¹を含む、国際的かつ地域的な国際人権法の発展に一致する (Michelle Foster (2009), pp.534-537)。

この上で、フォスターも大臣の人格テストによるビザの取消 (501条) の行政不服申立てで、この決定を無効にするのも大臣の権限であることを指摘する。また、近年の国際移動法の実施は、むしろ同法が長期滞在者への適用を意図してこなかったことを明らかにし、たくさんの深刻な問題を引き起こしていると厳しく批判し、欧州人権規約8条 (私生活及び家族生活が尊重される権利) と比較し、緊急に改革すべしと意見している (ibid, pp.538-541)。

また、ヘイシルも同様、オーストラリアとオーストラリアの比較研究論文で同様の指摘をしてい

⁴¹ ① (受入国) での (非市民の) 滞在の長さ、②関係する様々な人の国籍、③婚姻の長さ、夫婦の家族生活の有効性を表す他の要因のような (非市民の) 家族状況、④配偶者が家族関係を始めるときに罪について知っていたかどうか、⑤婚姻に属する子どもがいるかどうか、いるならば、彼らの年齢、⑥配偶者が、退去させられる (非市民の) 国で直面しそうなあらゆる困難の深刻さ、⑦子の最善の利益と幸福、とりわけ、(非市民の) いかなる子どもが、(非市民の) 退去させられることになっている国で直面しそうな深刻な苦難、⑧受入国と移送先国との社会的、文化的、家族的繋がりを。

る (Gregor Heissl (2009) 3, pp.3-5)。ところが、今年 (2014年) 1月1日に、欧州連合 (EU) で「最貧国」とされるルーマニアとブルガリアの出稼ぎ労働者に対する就労規制が撤廃されることになると、英国は「移動の自由は、自活できない者が福祉をもらうためにあるのではない」と表明し、1月以降に入国するEU加盟国の出稼ぎ労働者に失業手当の申請を3か月間禁止し、物乞いは強制送還した上で再入国を1年禁じることを決定した⁴²。つまり、移動の自由よりも政治を優先したということになる。ヘイシルは、自身の論文で「難民の専門家メアリークロックは、『皮膚の色、信条、国籍に関係なく、基本的人権を』尊重するために立ち返ることを主張し続けている。これらの基本的権利の一つは、家族保護の権利であることは疑いない」と締めている (Gregor Heissl (2009) 2, p.24)。

家族保護の権利をこのように捉えるならば、前国家的権利であるということができよう。ならば、1983年の人権委員会の「(政治は)人権に従わなければならない、人権が政治に従わなければならないことはない」ことがこの権利の核心であると考ええる。

5. 結びにかえて一わが国の外国人の居住権、家族生活の再考のために

オーストラリアの研究者たちが世界的にも稀有な国籍と市民権に関する自国の歴史に翻弄されながら、「オーストラリア市民権」の揺るぎのない定義として出した答えは、「オーストラリア市民は、居住権 (Right of abode) を有する」ということだった。故に、オーストラリア市民は、たとえ重罪を犯しても国家からオーストラリアに居住することを拒まれることはないということである。

わが国の判例では、「日本国民の場合は、そ

の我が国への帰国の自由は、国民が国の構成員である以上、憲法による保障以前ともいふべき絶対的な権利として認められるもの」(キャサリン事件 東京地裁昭和61 (1986) 年3月26日) とされており、「国民にとっては、入国の権利は、憲法明文の保障規定が存在するわけではないのに、概念必然的で空気みたいにあるのが当たり前と考えられている」が、「この種の権利は、暗黙のうち『憲法の保障する権利』と理解して一向に差支え」ないと考えられてきた (奥平康弘 (1993) 65ページ)。

これに対し、オーストラリアでは、近年になってやっと「オーストラリア市民 (ここでは、国籍の意味) には、自国へ戻る権利がある」という結論にたどり着いたようである。しかし、これは、移民国家である故であろうと考える。すなわち、1958年国際移動法も立法当時の国外追放は、居住期間5年未満の者に対してのみであった。わが国の入管法の制定時は、第二次世界大戦後のアメリカ支配の下で成立したもので、原則としては、アメリカ人以外の外国人の入国を制限したところから始まった。

すなわち、日本とオーストラリアの出入国および滞在 (豪は、移住) に関する法は、まさに対極した形で始まったといえよう。その意味で、日本は、公式な移民受入の経験はないが、ないからこそ外国人と国民の出入国および滞在等に関する概念は、オーストラリアより明確かつ正確に古くから議論されてきたのであろう。

しかし、移民や多文化の受入の歴史は、オーストラリアに到底敵うことはできない。その事実は、オーストラリアの入国時に認める家族概念の広さが物語っている。血縁者はもちろんのこと、相互が必要だと思ふ関係や遠い親類まで呼び寄せの対象となっていることには、実に驚かされる。それでも、悲観することばかりではない。わが国でも、婚外子の遺産差別違憲判決⁴³、性同一性障害による性別変更と嫡出子認

⁴² 朝日新聞 2014年1月3日

⁴³ 平成24年 (ク) 第984号, 第985号 遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件 平成25年9月4日 大法廷決定

定⁴⁴が、家族の多様性を理由の一つとして立て続けに出された。そして、これらの判決を受けて、日本産婦人科学会が、婚姻届を出していない「事実婚」の夫婦が体外受精を受けられるよう指針を見直す方針を決め⁴⁵、内閣は、婚外子差別撤廃へ向けて民法改正案を閣議決定する見通しだとの報道も流れる⁴⁶。この一連の動きが、外国人の受入、滞在、居住等にも反映してくることを期待したい。

オーストラリアでは、頻繁に国際移動法が改正され永住者、長期滞在者の居住を複雑にしていることは先に述べた。わが国も入管法の大改正が2012年に行われ、表向きは、外国人登録証明が廃止され、特別永住者証明が交付されるようになり、みなし再入国許可が導入され、再入国許可の有効期間の上限が4年から6年に延長されるという一見、特別永住者、永住者、中長期滞在者に利便性があるというような宣伝が政府により出されている⁴⁷。

だが、忘れてはならない。特別永住者は、1952年4月19日に講和条約発効直前に日本国籍を喪失し、出入国管理令の対象となった者たちで、大半の朝鮮半島出身者は、有効な旅券を所持していなかった。このため、新制度は、『有効な旅券』の所持を要件としているため、日本政府により有効な旅券とみなされていない朝鮮民主主義人民共和国旅券等の所持者は同制度の対象と」ならず、有効な旅券を有しない「無国籍者も同様にこの制度から排除」されることとなる（鄭宋恒（2012） 34, 37-38ページ）。

このように、原則として外国人を一時的な存在と考え、いつか出国していく者として捉えている出入国管理制度を改正したといいながら、管理を強化している個所もいくつもみられる。これは、家族に関しても同様で、たとえば、外国人配偶者が6か月以上、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規定も盛り込まれた。

配偶者に関していえば、かつての有責主義が破綻主義へと訂正された著名な判決（昭和62年9月2日最高裁大法廷判決）が存在し、現在もその判例が適用されている。それにもかかわらず、外国人配偶者のみに政府の都合の良し悪しで形式主義を押し付けるか、実態主義を押し付けるかというのは、内外人平等の観点から非常に疑問が残る。形式でみるのであれば、日本人同様に離婚届が提出されるまでか、裁判所により破綻が認められるかを待てば良いし、実態をみるというのであれば、オーストラリアのように数年にわたってじっくりと観察し、見極める必要があろう。多様な家族の在り方を認めるのであれば、なおさらである。オーストラリアでは認められている同性の（法律婚によらない）カップルが、2005年にロシア人女性に代理母を依頼し、二人で男の子を大事に育てているといった美談として2010年に報道された⁴⁸。しかし実は、幼き頃から性的虐待をしており2011年に逮捕された⁴⁹。日本でも、このような事がありうる可能性は否定できない。

最後に、行政不服申立機関については、以前

⁴⁴ 平成25年（許）第5号 戸籍訂正許可申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件 平成25年12月10日 第三小法廷決定

⁴⁵ 朝日新聞 2014年1月7日

⁴⁶ たとえば、日本経済新聞

http://www.nikkei.com/article/DGXNASFS12001_S3A111C1MM0000/ 2014.1.9

⁴⁷ 法務省 入管管理局

http://www.immi-moj.go.jp/newimmiaact_2/index.html 2014.1.9

⁴⁸ <http://winteryknight.wordpress.com/2013/07/01/why-two-dads-are-better-than-one-pro-gay-adoption-ab-c-profile-of-convicted-pedophile-mark-newton/> 2014.1.9

⁴⁹ <http://theothermccain.com/2013/07/01/two-gay-men-used-russian-surrogate-mother-to-create-boy-for-sex-abuse-ring/> 2014.1.9

から第三者機関を設ける声があった。先の日本弁護士連合会の「在留特別許可のあり方への提言」3(4) 審査機関の箇所でもみられる。ここでも、オーストラリアのように「大臣が自分の判断を再審査すること」がないよう、憲法・人権法などの研究者や人権問題にも知見のある弁護士等の法曹実務家などが参加する第三者機関をつくり、具体的なケースについて判断することが提案されている。フォスターは、永住者や長期滞在者たちがこのような機関を必要としなくなることを将来の展望として望んでいた。しかし、わが国の出入国管理制度の歴史と馴染んだ法制度は根強い。いつか、政府自身が「入国してくれば、移住する可能性がある」ことを理解し、これに適応する法を整備し、対応をできるようにするまでは、第三者機関の必要性は非常に高いし、設置することは急務だと思われる。

判例一覧

- 1 平成24年(ク)第984号, 第985号 遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件 平成25年9月4日 大法廷決定
- 2 平成25年(許)第5号 戸籍訂正許可申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件 平成25年12月10日 第三小法廷決定
- 3 Francesco Madaffer v. Australia, Communication No. 1011/2001, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/1011/2001 (2004)
- 4 Hendrick Winata and So Lan Li v. Australia, Communication No. 30/2000, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/930/2000 (2001)
- 5 Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh (1995) 128 ALR 353
- 6 Nystrom v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (2005) 143 FCR 420, 422 ('Nystrom (Full Court)')
- 7 Pochi v Macphee [1982] HCA 60; (1982) 151 CLR 101 (22 October 1982)

文献一覧

- 1 明石純一「日本の『移民政策』の変遷における2009年入管法改正」2012年 有斐閣 法律時報84巻12号
- 2 内野正幸「法学基本セミナー」法学セミナー 1987年4月号
- 3 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』有斐閣 1993年
- 4 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84巻12号
- 5 鄭宋桓「入管法改定と再入国許可制度の再編—「みなし再入国許可」制度と在日朝鮮人 法律時報 日本評論社 2012年84巻12号
- 6 徳川信治「自由権規約と家族概念」立命館法学1994年5号
- 7 横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊『これからの家族』
- 8 米沢広一『子ども・家族・憲法』有斐閣 1992年
- 9 Australian Government (2007), *Becoming an Australian Citizen*, Commonwealth of Australia
- 10 Gregor Heissl (2009) 1, *Family Protection and Deportations or Removals: The Relevance of the Protection of Family Life for the Assessment of Deportations or Removals in Australia*, University of New South Wales Faculty of Law Research Series Paper 45
- 11 Gregor Heissl (2009) 2, *Deportation from Australia: Is there any Protection of Family Life? 'Human Rights Defender volume 18: Issue 2*
- 12 Gregor Heissl (2009) 3, *Family Protection and Deportations in Australia and Austria*, University of Vienna, Visiting Research Fellow at the Australian Human Rights Centre in Spring 2009
- 13 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
- 14 Human Rights Commission (1983), *Human Rights and the Deportation of Convicted Aliens and Immigrants report No.4*
- 15 Joint Standing Committee on Migration (The Parliament of the Commonwealth of Australia) (1998), *Deportation of Non-Citizen Criminals*, Commonwealth

- of Australia
- 16 Mary Crock (1998), *Immigration Refugee Law in Australia*, The Federation Press
- 17 Michelle Foster (2009), 'An "Alien" By the Barest of Threads' - The Legality of the Deportation of Long-Term Residents From Australia, This article was first published in the Melbourne University Law Review, Volume 33, Issue 2
- 18 Susan Kneebone (2005). Submission to the Senate Legal and Constitutional References Committee on Inquiry into the administration and operation of the Migration Act 1958, For the Castan Centre for Human Rights Law, Faculty of Law Monash University