

論
説

国際人権条約からみた「強制退去」問題

荒
牧
重
人

目 次

はじめに

第一 退去強制事件における国際人権条約の適用

第二 国際人権条約による行政裁量の制約

第三 本件における子どもの権利条約の適用

おわりに

はじめに

小論は、正規の在留資格をもたずに日本に滞在し、国籍も異なる外国籍カッパルおよびその子ども（母親と同国籍）に対して出された退去強制令書発付処分取消請求事件（平成一〇年「行ウ」第二四一号・平成一一年「行

ウ」第二二号)について、二〇〇二(平成一四)年に東京地方裁判所へ提出した意見書である。この意見書では、弁護団の依頼により、当該事件に関連する国際人権条約、とりわけ国際人権規約(経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約「昭和五四年八月四日条約第六号、以下「社会権規約」と略す。)、市民的及び政治的権利に関する国際規約「昭和五四年八月四日条約第七号、以下「自由権規約」と略す。)、および児童の権利に関する条約(平成六年五月一六日条約第二号、以下「子どもの権利条約」と略す。)の関連条項の適用について、主に意見を述べている。

なお、意見書の性格上、注は最小限のものにとどめ、本文に()で入れている。また、この意見書の作成にあたり、子どもの権利条約が設置した「子どもの権利委員会」における締約国報告審査をすべて傍聴している平野裕二氏の助言と協力を得た。さらに、国際人権法研究者の今井直氏による意見書(平成一二年「行ウ」第四三号 特別在留許可不許可処分等取消請求事件)を参考にさせていただいた。二人は、国際人権に関する研究と実践における筆者のパートナーとも言える方で、長く活動をともにしている。記して感謝申しあげる。

本論に入る前に、国際人権条約機関から日本に対して次のような勧告あるいは懸念が示されていることを紹介しておきたい。

・「子どもの権利に関する条約が国内法に優位しかつ国内の裁判所で援用できるとはいえ、実際には、裁判所が国際人権条約一般およびとくに子どもの権利条約を判決の中で直接適用しないのが通例であることに、懸念とともに留意する。」(子どもの権利委員会「総括所見・日本」パラグラフ七、一九九八年、子どもの人権連ほか編『子ども

の権利条約のこれから』エイデル研究所「二〇〇〇年」などを参照)

・「委員会は、規約上の人権についての、裁判官、検察官および行政官に対する研修を定めた規定が存在しないことに懸念を持っている。委員会は、このような研修が受講できるようにすることを強く勧告する。裁判官に関しては、規約の規定に習熟させるため、裁判官協議会およびセミナーが開催されるべきである。委員会の一般的意見、および第一選択議定書による通報に関して委員会が表明した見解が裁判官に配布されるべきである。」(自由権規約委員会「総括(最終)所見・日本」パラグラフ三三、一九九八年、日弁連編『日本の人権 二一世紀の課題』現代人文社「一九九九年」などを参照)

・「委員会は、規約のいずれの規定も直接の効力を有しないという誤った根拠により、司法決定において一般的に規約が参照されないことに懸念を表明する。締約国がこのような立場を支持し、したがって規約上の義務に違反していることはさらなる懸念の対象である。」(社会権規約委員会「総括所見・日本」パラグラフ一〇、二〇〇一年、社会権規約NGOレポート連絡会議編『国際社会が見た日本の社会権』現代人文社「二〇〇二年」などを参照)

このように、日本が批准している主要な国際人権条約の実施状況については、条約の設置した委員会によって審査を受けており、そのなかで日本の裁判所における国際人権条約の適用状況も国際人権条約機関の審査の対象になっている。そして、いずれの委員会からも日本の裁判所が国際人権条約を適用して司法判断するよう要請されていることに留意されたい。

第一 退去強制事件における国際人権条約の適用

一 国内裁判所における国際人権条約の適用

1 国内法体系における国際人権条約の地位

(一) 日本では、憲法九八条二項により、条約を含む国際法について一般的受容体制を採用していると解されており、国際人権規約および子どもの権利条約をはじめ、日本が批准した人権条約は公布とともに自動的に国内法としての効力を生ずる。そして、国内法の序列上、条約が少なくとも国会の制定法よりも優位の法的効力をもつことについては学説上も実務上も争いが無い。人権条約を批准するということは、少なくとも憲法の人権規範のなかに条約の人権規範を組み入れることを意味することに留意すべきであろう。

また、裁判所には、憲法九八条二項に定める国際法の誠実遵守義務にしたがい、法律、命令、行政行為等の合法性を国際人権条約の規定に照らして審査し、前者が後者に違反する場合には前者を無効と宣言して適切な対応を命ずる義務がある。

(二) 批准した国際人権条約が裁判規範であることは当然であるとしても、裁判において条約の規定をどのように適用すべきであるかについて、すなわち当該規定の直接適用可能性ないし自動執行力について問題となる場合があ

る。この点については、日本政府は、自由権規約の実施に関する第四回政府報告書（一九九七年六月）、子どもの権利条約の実施に関する第一回政府報告書審査のさいの子どもの権利委員会からの質問に対する回答（一九九八年五月）などで説明しているとおり、「当該規定の目的、内容及び文言等を勘案し、具体的場合に応じて判断すべきものとされている」としている。しかし、実際の裁判においては国際人権条約はほとんど適用されず、国際人権機関から懸念や勧告を受けていることは「はじめに」で指摘したとおりである。

なお、憲法その他の国内法を条約に適合するように解釈・運用し、または国内法の解釈・運用を補強するものとして条約を考慮する方法も考えられる（間接適用）。その場合、裁判所は条約違反の有無を直接認定する必要はなく、また条約規定の直接適用可能性ないし自動執行力を前提とする必要もない。このような方法は、後述のとおり、条約を含む国際法について一般的受容体制を採っておらず、条約の規定の適用のために別途立法措置を必要とするオーストラリア、ニュージーランド、カナダ等の裁判所でもしばしば用いられているところである。

2 国際人権条約の解釈・適用原則

(一) 国内裁判所が国際人権条約の規定を解釈・適用するにあたっては、条約法に関するウィーン条約（昭和五六年七月二〇日条約一六号、以下「ウィーン条約」と略す。）第三部の各規定にしたがうことが必要である。まず、裁判所は、条約当事国の司法機関として、「条約を誠実に履行」する義務を立法機関・行政機関とともに分担する（ウィーン条約二六条）。そのさい、「条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用すること」はできない（同二七条）。

(二) また、裁判所が条約の規定を解釈するにあたっては、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈」しなければならない(ウィーン条約三一条一項)。ここでいう文脈には、「条約文(前文及び附属書を含む。)」のほか、(a)「条約の締結に関連してすべての当事国の間でなされた条約の「関係合意」および(b)「条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」が含まれる(同二項)。また、解釈にあたっては、文脈とともに、(a)「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」、(b)「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」、(c)「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」を考慮しなければならない(同三項)。ただし、特定の用語に特別の定義が与えられている場合には当該定義が優先される(同四項)。

以上が条約解釈に関する一般的な原則である。ここに掲げられた要素は条約解釈の際に参照しなければならない(いわゆる必要的参照要素)。これらの原則に照らして解釈を行なっても意味が曖昧もしくは不明確である場合、または明らかに常識に反したもしくは不合理な結果がもたらされる場合には、「解釈の補足的な手段」として「特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情」に依拠することができる(同三二条)。これとの対比により、ウィーン条約三一条三項に掲げられた要素は第一義的解釈補助手段と位置づけることができる。

(三) 国際人権条約のように、国際機関で採択され、しかも当事国が多い条約の場合、解釈において特に重要になるのは、ウィーン条約三一条三項にいう「国際法の関連規則」をはじめとする第一義的解釈補助手段である。これら

は必要的参照要素であり、他の条約の類似の規定や宣言・指針等を含む関連国際文書、条約機関・地域人権機関による当該規定または類似の規定の解釈（一般的意見、個人通報に関する見解、総括「最終」所見、判決等）、国連・専門機関による関連文書、締約国の慣行（立法・行政措置、国内裁判所による判決等）、権威ある研究者の見解などさまざまなものがある。これらの要素を参照するさいにどの程度の比重を置くかは、当該要素の法的性質、関連性、説得力、当該要素を作成した機関・者の権威、当該要素の生成過程・生成後における締約国の行動等に照らし、個々の要素に応じて、または個別事案に応じて判断されるべきものである。ただし、当該要素（文書）に直接の法的拘束力がないからといってなんらの考慮もせずに一蹴することは許されない。行政機関・司法機関には、条約の解釈・適用にあたって当該要素に表明された解釈を採用しないのであれば、当該解釈が不適切であること、または当該要素が特定の事案に関連しないことを立証する責任が存するのである。

(四) 上記の必要的参照要素のなかには、国際人権条約の解釈にあたって一定の比重を有するとして、すでに日本の裁判所によって認められてきたものがある。

その一つが、ヨーロッパ人権条約（一九五三年発効）の規定に関するヨーロッパ人権裁判所の判例である。たとえば徳島地裁平成八年三月一五判決は、ヨーロッパ人権条約の同種の規定に関するヨーロッパ人権裁判所の判例について、自由権規約の「解釈に際して一定の比重を有することは認められよう」と述べている。このような認識は、同裁判所が「高等の司法官に任せられるのに必要な資格を有する者、又は有能の名のある法律家」（ヨーロッパ人権条約三九条三項）によって構成される地域的司法機関であり、その決定は欧州評議会加盟国を事実上拘束す

る(同五三条)ことから、肯定しうるものである。ヨーロッパ人權裁判所の判例は、ウィーン条約三一条三項にいう合意・慣行・国際法規則を常に構成するとまでは言えないものの、場合によってはそのようなものとして、またはそのような合意・慣行・国際法規則の成立に貢献するものとして見なしうる。

(五) また、自由権規約委員会など条約機関が採択する「一般的意見 general comments」や「見解 views」について同様である。たとえば大阪高裁平成六年一〇月二八日判決は、裁判所が自由権規約を解釈適用する場合にはウィーン条約二七条、三一条および三二条の定める「解釈原則にしたがってその権利の範囲を確定することが必要である」と判示し、さらに自由権規約委員会の一般的意見や見解、ヨーロッパ人權条約等の同種の国際条約の内容およびこれに関する判例について「B規約(自由権規約)の解釈の補足手段として依拠すべきものと解される」と述べている。自由権規約委員会は、「法律関係の経験を有する者の参加が有益であることに考慮を」払って任命される「人權の分野において能力を認められた」個人で構成される委員会であり(自由権規約二八条二項)、自由権規約の規定の解釈について豊富な経験と高い権威を有する機関であることから、その解釈が有権的解釈として依拠されるべきことは当然である。これも、ヨーロッパ人權裁判所の判例と同様に、場合によってはウィーン条約三一条三項にいう合意・慣行・国際法規則として、またはそのような合意・慣行・国際法規則の成立に貢献するものとして見なしうる。

(六) 条約解釈にあたっては、自由権規約委員会、子どもの権利委員会等の条約機関が各締約国に宛てた「総括所見

(最終見解) concluding observations」も重要である。総括所見は当該国の人権状況に直接関係するものであり、条約の解釈・適用のあり方がある程度具体的に明らかにしているからである。条約機関は、締約国が提出した報告書を審査した後に総括所見を採択し、特定の問題・分野等について懸念を表明するとともに、当該問題を解決するために必要と考える措置を提案・勧告するという報告制度のもとで、条約の実施を監視・促進している。

子どもの権利委員会の委員であったマルタ・サントス・パイス氏が指摘するように、総括所見は「当該国に対する委員会の権威ある声明」であるとともに「締約国一般がとるべき行動の指針的文書」(OHCHR et al., *Manual on Human Rights Reporting*, United Nations, 1997)として位置づけられている。子どもの権利条約についての国際機関による解説書等においても、各規定の解釈にあたり子どもの権利委員会の総括所見が参照されることが少なくない(たとえば、UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 1998)。したがって、条約機関が採択する総括所見は、ウィーン条約三一一条三項にいう合意・慣行・国際法規則の成立に貢献する文書として見なしうるものである。

総括所見は、現在の報告制度の性質上、締約国に対して直接的な法的拘束力はないが、正当に尊重され誠実に履行しなければならぬ。なぜなら、総括所見は、条約が実施措置として採用している報告制度の一環であり、それを誠実に履行することは条約上の義務の一部といえるからである。「政府の見解と違う部分がある」などという理由でこの所見の実現を怠ることは、報告制度が成り立たなくなるといってもよく、条約の実施措置上許されない。したがって、政府や国会は即時的とは言わないが、総括所見の実施にむけて何らかの措置をとることが必要になる。誠実な検討の結果、「受け入れられない」場合は委員会に対して説得力ある説明をしなければならぬ。同様

に、総括所見は当該人権条約についての権威ある見解として司法判断においても尊重していくことが条約上要請されているといえる。裁判所としては、当該事件の判断に関係する総括所見が出されているか否かを検討し、該当するものがあれば、まずその総括所見の内容を踏まえて判断することが要請され、その総括所見と異なる見解をとる場合は、その説明責任を果たすことが求められるのである。

他に、締約国によって作成される報告書の形式・内容を指示するために条約機関が作成している報告書ガイドラインも、条約の各規定についての条約機関の解釈をうかがい知るうえで役に立つことがある。

上記のことは、国際人権規約や子どもの権利条約など人権条約についての解釈を学説として展開する場合においてもふまえておくべき視点である。日本においても、国際人権規約や子どもの権利条約など国際人権条約についての研究書は少しずつではあるがふえてきている。ところが、条約の国際的発効後において一般的意見・総括所見等の条約機関の見解をふまえず、条約の制定過程の議論に基づいて条文解釈をしたり、日本の学説を基にして条約の文理解釈をしているような文献もみられるが、学説としては有効とはいえない。

(七) 最後に、国際人権条約の解釈・適用に関わる各国の判例や行政慣行も、ウィーン条約三一条三項(b)にいう「条約の適用につき後に生じた慣行」であって、将来的に「条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」となる可能性があるものであり、条約の解釈・適用にあたって適宜参照する必要がある。

(八) 以上のような解釈原則は、ウィーン条約にしたがって国際人権条約を「誠実に」(ウィーン条約二六条・三一

条一項）履行・解釈するための不可欠な前提であり、翻つて、条約や国際慣習法を「誠実に遵守する」よう求めた憲法九八条二項の要請でもある。次のような学説にも留意されたい。「ここにいう条約及び確立された国際法規の『誠実』な遵守という語句は、帝国議会における憲法草案の審議において『従来あまり条約が守られなかつたという印象がわが国に対してもたれているので、それを払拭しようとする意図から』提案されたものである。ゆえに、憲法九八条二項でいう条約の『誠実な』遵守とは、外国や国際機関からわが国が国際法を守らないという批判や非難を招かぬよう義務づけた規定である」（北村泰三『国際人権と刑事拘禁』日本評論社（一九九六年）七三頁）。

二 不法に滞在する者に対する国際人権条約上の権利の保障

(一) 国際人権条約の規定は、一般的に言つて、在留資格の有無を問わず、締約国の領域内・管轄下にあるすべての者に差別なく適用されなければならない。この原則の適用が除外されるのは、条約に特別の定めがある場合、規定の文言・内容に照らして外国人または市民（国民）にのみ特定の権利が保障されている場合などに限られる。前者の例としては、たとえば、「開発途上にある国は、人権及び自国の経済の双方に十分な考慮を払い、この規約において認められる経済的権利をどの程度まで外国人に保障するかを決定することができる」と定める社会権規約二条三項を挙げることができる。後者の例としては、外国人の追放に関して定める自由権規約一三条、「市民」の参政権に関して定める同二五条などがある。

(二) したがって、自由権規約で保障された諸権利も、前項のような例外を除き、「その〔締約国の〕領域内にあり、

かつ、その管轄の下にあるすべての個人」に対し、「いかなる差別もなしに」尊重・確保されなければならない（自由権規約二条一項）。自由権規約委員会が、一般的意見一五において以下のように述べているとおりである。

「一般的に言つて、規約に規定された権利は、相互保障の有無や国籍の別にかかわらず、無国籍者を含むすべての人に適用される」（パラグラフ一）

「したがつて、規約のそれぞれの権利は、市民と外国人との間で差別されることなく保障されなければならないというのが一般原則である。（自由権規約）二条で規定されているように、外国人は、規約で保障されている権利に關して差別されないという規約の一般要件の適用を受ける。この保障は、外国人と市民の両者に同様に適用される」（パラグラフ二）

(三) 子どもの権利条約についても同様のことが指摘できる。条約二条一項が「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、……いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する」と規定しており、条約上の権利は日本の「管轄の下」にあるすべての子どもにも保障されるのであり、子ども自身またはその親・法定保護者等の在留資格の有無は問われない。合法的にか違法にかを問わず、外国人の子どもがいったん日本の管轄下に入った以上、条約の規定を当該の子どもに關して適用する義務が日本政府には存するのである。このことは、条約の起草過程において、条約の適用対象とされる子どもの範囲が「その（締約国の）領域内にある」子どもとなつたところ、アメリカが「合法的に」という語を挿入するよう求め、その後当該提案を撤回した経緯からも明らかである。

(四) 子どもの権利委員会も、その定期報告書ガイドライン（「条約第四四条一項(b)に基づいて締約国によって提出される定期報告書の形式および内容に関する一般指針」(CRC/C/58)）において、差別の禁止の原則（条約二条）との関連で「外国人、難民および庇護申請者を含めて締約国の管轄下にある子ども一人ひとりに対し、いかなる種類の差別もなしに条約に掲げられた権利を確保するためにとられた措置」（パラグラフ二五）に関する情報を求めており、条約上の権利が在留資格の有無に関わらず外国人等の子どもにも保障されるべきであるという立場を明らかにしている。

子どもの権利委員会は、締約国にあてた総括所見においても同様の見解を示してきており、たとえばポルトガルに対しては、差別の禁止の原則との関連で「非合法移民の子ども……の権利が全面的に保護されるようにすること」（ポルトガルの第一回報告書に関する総括所見、パラグラフ二一）を勧告した。ルクセンブルグに対しても、「社会が多国籍的側面を有していることを踏まえ、……締約国が、条約第二条、第三条および第二条に照らし、条約に掲げられたすべての権利を管轄下のすべての子どもに保障するために、法的措置も含めたあらゆる適切な措置をとる」ことが勧告されている（ルクセンブルグの第一回報告書に関する総括所見、パラグラフ二七）。

(五) 以上のように、国際人権条約に規定された諸権利は、明示的に適用除外の規定がある場合を除き、在留資格の有無を問わずあらゆる者に保障されなければならないという認識は、すでに国際慣行として確立しているものと評価できる。したがって、国際人権条約に規定された権利が在留制度の枠内においてのみ保障されるかのような解釈は、国際人権条約の解釈としては誤りであると言わざるをえない。

第二 国際人権条約による行政裁量の制約

一 家族の保護等の見地からの行政裁量の制約

(一) 上記の前提を踏まえれば、在留資格の認定を含む出入国管理制度の運用にあたっては、自由権規約および子どもの権利条約を含む国際人権条約上の規定を遵守する義務が締約国には存在する。国際法上、外国人が自国以外の国に自由に入国・在留する権利が確立されていないことは確かである。しかし、このことは、在留資格の認定を含む出入国管理制度の運用が締約国の完全な自由裁量に委ねられていることを意味するものではない。締約国は、出入国管理制度の運用によって国際人権条約上の権利が不当に制約・侵害されないことを確保する責任を負う。とりわけ、出入国管理制度の運用の過程で家族の保護に十分な考慮が払われなければならないという見解は、以下に述べるとおり、国際的合意を形成しつつあると評価しても過言ではない。

(二) この点につき、自由権規約委員会も、一般的意見一五号において、「規約は、外国人が締約国の領域に入り、またはそこで居住する権利を認めていない。領域内に誰を受け入れるかは、原則として当該国家が決める事項である」としながらも、「しかし、たとえば、差別の禁止、非人道的取扱いの禁止、家族生活の尊重について考慮する場合など、ある状況の下においては、入国または居住に関しても外国人が規約の保護を受ける場合がありうる」と

の見解を明らかにしている（パラグラフ五）。すなわち、一定の状況下においては、家族への恣意的・不当な干渉からの保護（自由権規約一七条一項）および家族に対する保護（同二三条）を含む自由権規約の規定にしたがって、出入国管理分野における行政裁量が制約される場合があるということである。

(三) また、国連において一九九〇年に採択された「すべての移住労働者およびその家族構成員の権利の保護に関する国際条約」（日本は未批准）は、締約国に対し、非正規な状態にある（合法的な在留資格を有していない）移住労働者およびその家族構成員に関して「そのような状態が持続しないことを確保するため、適切な措置をとる」（六九条一項）ことを求めている。同項にいう「適切な措置」に当該移住労働者・家族構成員の正規化（合法的な在留資格の付与）が含まれることは、同条二項において「関係締約国が、適用可能な国内法および二国間または多国間協定にしたがい前項の者の状態を正規化する可能性を検討するさいは……」という文言が用いられていることから明らかである。そして、そのような正規化を検討するさいには「入国の状況、雇用地国における滞在期間その他の関連事項、とくに家族に関わる事項に関して、適切な考慮」を払うよう求めている（六九条二項）。同条の規定は、合法的な在留資格を有していない移住労働者等に対し合法的な在留資格を付与することまでは義務づけていないものの、在留特別許可を含む正規化の過程で「とくに家族に関わる事項」を適切に考慮することを義務づけるものである。日本は同条約の締約国ではないとはいえ、当該規定は、出入国管理制度の運用において家族の保護が重視されなければならないという国際合意を反映したものと評価できるのであり、その事実を十分に認識する必要がある。

(四) 以上の点を踏まえれば、家族の保護に関わる国際人権条約の規定が合法的に在留する外国人にのみ適用されるかのような日本政府の解釈は明らかに妥当性を欠くものである。日本の判例においても、東京地裁平成十一年一月一二日判決は、「条理及びB規約（自由権規約）二三条の趣旨に照らしても好ましくない結果を招来する」との理由でパングラディシユ人男性に対する退去強制処分を取り消している。この判決は、在留許可等の処分についても、家族の保護に関する規定（自由権規約二三条）を含む自由権規約の規定が適用されることを前提としたものである。

(五) 日本政府および裁判所は、退去強制処分・在留特別許可不認定処分等の合法性が争われる事件において、いわゆるマクリーン事件最高裁判決（最高裁昭和五三年一〇月四日大法院判決）をしばしば引用する。当該判決は、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由の有無の判断について、「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するに当たっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使となされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実を誤認があること等により右判断がまったく事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法であることができる」と解するのが相当である」と判示したものである。

しかし、同判決は日本が自由権規約や子どもの権利条約を批准する以前に出されたものであり、その後の国際法

の発展に照らせば同判決の論旨をそのまま援用することはできない。東京地裁平成七年五月二六日判決も、不法に在留する外国人の退去強制処分につき、「原告らの家族生活の保護や子の福祉等の観点から、原告らの在留を認めないことが、人道上著しく正当性を欠くとか、著しく正義の観念にもとるといような結果を生じさせる場合には、被告〔法務大臣〕の裁量の逸脱または濫用となりうる可能性がないわけではない」として、退去強制・在留特別許可認定等の処分において家族生活の保護や子どもの福祉を正當に考慮する必要性を指摘している。退去強制・在留特別許可等の処分において法務大臣に一定の裁量権があることを前提としても、そこではまったくの自由裁量が認められているのではなく、国際人権条約等の規定を踏まえた羈束裁量が認められているにすぎないと解するべきである。

二 自由権規約委員会の解釈

(一) 家族・子どもの保護等を定めた国際人権条約の規定により出入国管理制度における行政裁量が制約されるといふ上記の解釈は、自由権規約委員会による最近の「見解」でも明らかにされている。自由権規約委員会は、自由権規約第一選択議定書にもとづく個人通報の審査の結果、二〇〇一年八月一六日に本件事案にも関連する「見解」(通報番号 No.930/2000, CCPR/C/72/D/930/2000)を採択している。当該事案は、オーストラリアに在留する元インドネシア国籍(申立て時は無国籍)の夫婦が、オーストラリア政府による退去強制決定は申立人およびその子ども(オーストラリア国籍、申立て時一三歳)の権利を侵害するものであるとして、自由権規約委員会の判断を求めて通報を行なったものである。

(二) 自由権規約委員会は、「見解」において、申立人夫婦を退去させることにより、一〇年に渡つて同国に居住してきた子どもが親と離れて同国に在留するかまたは親とともに出国するかを選択を家族に余儀なくさせるのは、少なくとも、長期的に安定した家族生活に相当の変化が生じると予想される本件のような場合には家族に対する「干渉」になると認定した(パラグラフ七・一)。また、「締約国には、出入国政策を執行し、不法に滞在する者の退去を求める余地が相当に存在する」ことを認めながらも、「しかしながら、当該裁量は無制限ではなく、一定の状況下においては恣意的に行使されることに至る場合がある」ことに注意を促した(パラグラフ七・三)。

そのうえで、自由権規約委員会は、本件事案においては申立人の息子が出生後一三年間オーストラリアで育つてきており、普通の子どもと同様にオーストラリアの学校に通学しており、固有の社会的関係を育んできていることを踏まえ、以下のように本件退去強制の執行が自由権規約違反となることを認定している。

「このような在留期間の長さに照らせば、締約国には、恣意的であると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。したがって委員会は、本件の特定の状況下においては、締約国が申立人の退去強制を実行することが、被害者とされる者全員(申立人およびその息子)との関連で、規約第二三条とともに規約第一七条一項に反する恣意的干渉を構成すると考えるものである。加えて、当該退去強制の実行は、Barry Winata(申立人の息子)との関連では、未成年者として必要な保護措置を提供しないことにつながるために第二四条一項違反を構成する。」(パラグラフ七・三)

(三) 自由権規約委員会の当該見解においては、規約違反の認定を導くにあたり、子どもがオーストラリアに長期間

在留し、オーストラリア社会にすでにかかなりの程度統合していること、両親が退去強制されることにより子どもに保護が提供されなくなることが主として重視されている。いずれにせよ、退去強制が家族の分離や不安定化につながる場合には、家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足りる根拠が締約国によって示されなければならないと解される。なお、申立人の息子はオーストラリア国籍を有しているが、自由権規約委員会の見解ではオーストラリア国籍の有無にはそれほど比重が置かれていない。このことは、たとえ子どもが締約国の国籍を有していない場合であっても類似の判断が下されることを推測させるものである。自由権規約上の権利が締約国の国籍の有無に関わらず保障されることを踏まえれば、このような推測も妥当なものと言える。

三 ヨーロッパ人権裁判所の解釈

(一) 欧州評議会による人権および基本的自由の保護のための条約(ヨーロッパ人権条約)は、八条において、家庭生活の保護について以下のように定めている。

「一、すべての者は、その私生活及び家族生活、住居並びに通信の尊重を受ける権利を有する。

二、この権利の行使については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあつてはならない」

同条をめぐり、ヨーロッパ人権裁判所においては、同条約締約国による退去強制処分・在留許可不認定処分等が

本条にいう「家族生活」への「公の機関による干渉」として正当かどうか争われてきており、一定の判例が積み重ねられてきている。ヨーロッパ人権裁判所の判断は個々の事案によつて異なるものの、全般的には、当該処分が家族生活への干渉を構成しうることを前提として、そのような干渉が出入国管理政策の正当な目的に比例するかどうかをさまざまな要素の比較衡量にもとづいて判断するというアプローチが採られてきた。ここでは判例を二件のみ参照する。

(二) まず、モロッコ国籍を有する男性が、オランダ国籍を有する配偶者と離婚したことによりオランダ政府から在留資格の更新を拒否された事件の判決 (*Berrehab v the Netherlands*, 21 June 1988) において、裁判所は当該処分がヨーロッパ人権条約八条の違反であることを認定した。すなわち、家族生活に対するそのような干渉が「民主的社会において必要なもの」と見なされるためには、「当該干渉が差し迫った社会的必要に対応したものであり、かつ、とりわけ追求されている正当な目的に比例したものであること」が必要とされる(パラグラフ二八)。申立人は元配偶者が引取った幼い娘と緊密なきずなを形成しており、独立の在留許可を与えずに国外退去させることはそのようなきずなを破壊するおそれがあることから、本件においては「関連する諸利益のあいだで適切な均衡が達成されておらず、したがって、採られた手段と追求されている正当な目的が比例していない」(パラグラフ二九)。そのような措置を民主的社会において必要なものと見なすことはできず、そのため当該処分は条約八条違反であるとされた(同)。

(三) 同様に、アルジェリア国籍を有する男性が麻薬密輸に関与したことを理由にフランス領域からの永久追放処分を受けた事件の判決 (Meheri v France, 26 September 1997) においても、犯罪行為への関与という申立人にとって不利な条件にもかかわらず、ヨーロッパ人権条約八条の違反が認定されている。

申立人はイタリア人妻と結婚して三人の子どもを設けている。子どもはいずれもフランス国籍である。裁判所は、「公の秩序を維持すること、とりわけ、確立された国際法上の問題としてかつ条約上の義務にしたがうことを条件として外国人の入国および在留を管理し、かつとくに有罪判決を受けた外国人の送還を命ずる権利を行使することによって当該管理を行なうこと」は締約国次第であることを認めつつも、上記 Berrehab 事件と同様に、そのような決定が比例原則にしたがうべきことを指摘した (パラグラフ三四)。そのうえで、諸般の要素を考慮し、申立人が麻薬密輸に関与したことは「申立人にとってきわめて不利な要素である」にもかかわらず、「とくに、フランス領域からの永久追放が申立人をその未成年である子および妻から分離すること」に照らして当該処分が目的比例性を欠くことを認め、八条違反とした (パラグラフ三七)。

なお、本件においてフランス政府は、申立人の妻がイタリア国籍を有することを挙げ、「フランスで生活することとは、当該カップルが同棲を再開するための唯一の可能性ではない」と主張している (パラグラフ三三)。これに対して裁判所は、「イタリアにおいて世帯を設けることについて言えば、それも考えられなくはないものの、そうすることは当該カップルの子どもにとって根本的な激変を意味することになる。さらに、とくに申立人の前科にかんがみれば、申立人がイタリアに入国して居住権を得ることに法的障害が生じることには疑いの余地がない。(フランス) 政府は、それが克服可能であることを示していない」と述べた (パラグラフ三六)。すなわち、国に

は、退去強制等の処分を行なうさいに、その対象となる家族が国外で再統合できる蓋然性があることを立証する義務が存するということである。

(四) 以上のように、家族生活を尊重する必要性によって出入国管理制度の運用における裁量権が制約されることは、ヨーロッパ人権裁判所の実行によって確立されていると言ってよい。このことは、退去強制・在留特別許可等の処分における法務大臣の裁量が多かったくの自由裁量ではなく、国際人権条約等の規定を踏まえた羈束裁量が認められているという本意見書の主張を裏づけるものである。

次に、本件において子どもの権利条約をどのように適用すべきかについて意見を述べる。

第三 本件における子どもの権利条約の適用

一 子どもの権利条約における家族の位置づけ

(一) 家族や子どもの保護の重要性は、一九四八年に採択された世界人権宣言においてすでに認められていた。家族の保護については、「何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に干渉され……ない」(一二条) こと、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する」(一六条三項) ことが宣言され、また子どもの保護については、「児童は、特別の保護及び援助を受ける権利を有する。す

すべての児童は、嫡出であるかどうかを問わず、同一の社会的保護を享受する」(二五条二項)が承認されたのである。

このような考え方は、世界人権宣言とともに国際人権章典を構成する国際人権規約においても再確認されている。社会権規約においては、「できる限り広範な保護及び援助が、社会の自然かつ基礎的な単位である家族に対し、特に、家族の形成のために並びに扶養児童の養育及び教育について責任を有する間に、与えられるべきである」(二〇条一項)こと、「保護及び援助のための特別な措置が、出生その他の事情を理由とするいかなる差別もなく、すべての児童及び年少者のためにとられるべきである」(二〇条三項)ことが定められた。自由権規約においても、家族に対する恣意的・不法な干渉の禁止(二六条)、家族の保護(二三条)に関する規定が置かれたのに加え、すべての子どもに、いかなる差別もなく「未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であつて家族、社会及び国による措置についての権利」(二四条一項)が認められた。自由権規約において「家族」による保護の権利が子どもに明示的に認められたのは、子どもにとつての家族の重要性が承認されたものとして大きな意義がある。

(二) 子どもの権利条約は、こうした国際人権法の発展を踏まえ、子どもの権利の保障という観点から、家族に与えられるべき保護・援助をいっそう詳細かつ具体的に定めるに至った。条約は、「家族が、社会の基礎的集団として、並びに家族のすべての構成員特に児童の成長及び福祉のための自然な環境として、社会においてその責任を十分に引き受けることができるよう必要な保護及び援助が与えられるべきこと」および「児童が、その人格の完全かつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであること」(前文)

を再確認するとともに、さまざまな規定で家族、とくに親の役割の重要性について規定している。列記すれば、以下のとおりである。

- ・締約国は、子どもの福祉に必要な保護・措置を確保するにあたっては「児童の父母、法定保護者又は児童について法的に責任を有する他の者の権利及び義務を考慮に入れ」なければならない（三条二項）。
- ・締約国は、子どもの権利行使に関して親・法定保護者等が「適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務」を尊重しなければならない（五条・一四条二項）。
- ・子どもは、「できるかぎりその父母を知りかつその父母によって養育される権利」を有する（七条一項）。
- ・子どもは、不法な干渉なしに、「家族関係」を含むアイデンティティを保持する権利を有する（八条）。
- ・子どもは、原則として、親の意思に反して親から分離されてはならない（九条一項）。親から分離されている子どもは「定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利」を有する（同三項）。
- ・家族の再統合のための出入国の申請は、九条一項にもとづく締約国の義務にしたがい、「積極的、人道的及び迅速な方法で」取り扱われなければならない（一〇条一項）。親と異なる国に居住する子どもは、「定期的に父母との人的な関係及び直接の接触を維持する権利」を有する（同二項）。
- ・いかなる子どもも、家族に対する恣意的または不法な干渉を受けない（一六条）。
- ・親または法定保護者は、子どもの養育・発達についての第一義的責任を有する。「締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を」払わなければならない（一八条一項）。締約国は、「この条約に定める権利を保障し及び促進するため、父母及び法定保

護者が児童の養育についての責任を遂行するに当たりこれらのものに対して適当な援助を与える」(同一項)。

・難民または庇護申請者である子どもが親等に同伴されていないときは、締約国は、国際機関・NGOが「難民の児童の家族との再統合に必要な情報を得ることを目的としてその難民の児童の父母又は家族の他の構成員を捜すため」の努力に協力する(二二条二項)。

・障害のある子どもの親等に対し、十分な援助が提供されなければならない(二三条二・三項)。

・親または子どもに責任を負う他の者は、「自己の能力及び資力の範囲内で、児童の発達に必要な生活条件を確保することについての第一義的な責任」を有する(二七条一項)。締約国は、親等が当該責任を果たすことを援助するための適当な措置をとらなければならない(同一項)。

・自由を奪われた子どもは家族との接触を維持する権利を有する(三七条(c))。

条約は、子どものケア・発達および権利保障のための親のあり方、家族観・家族関係の形成を要請しているといえよう。

(三) 家族の重要性は、子どもの権利条約が採択されて以降も、国際的な場で繰り返し確認されてきている。とりわけ、一九九四年は国連総会によって「国際家族年」に指定され、家族に関連するさまざまな活動が国際社会・地域・国・自治体の各レベルで行なわれた。その結果、「平和、人権、民主主義、持続可能な発展および社会的前進を達成する努力の不可欠な一環として家族を支援し、かつ家族の領域で積極的な変化を実現することの重要性がますます認められる」ようになり(国際家族年の実施に関する国連事務総長報告書、一九九五年、A/50/370, para.

や、「あらゆる行動と政策が家族に影響を及ぼすものであり、また、家族を支援および強化しようとするとりくみのなかで否定的な結果を排除するための具体的な措置が必要であるという共通の理解が存在する」(国際家族年のフォローアップに関する国連事務総長報告書、一九九〇年、A/54/256, para.3)に至っている。一九九〇年代に開催された各種の世界会議・国際会議においても家族の支援・強化が共通の重要テーマとして扱われており、とりわけ子どもの保護に対して特段の注意が向けられてきたところである(国際家族年に関する国連事務総長報告書、一九九七年、A/52/57, paras.7-8)。

このように、家族・子どもの保護は国際社会の共通の関心事となっており、出入国管理政策の実施にあたってもこの点に十分な注意が向けられなければならない。

二 親子の分離禁止原則(条約九条)

(一) 以上のような前提を踏まえたうえで、以下、本件にもつとも密接に関連する二つの条項について検討する。まず、子どもの権利条約九条一項は以下のとおり規定している。

「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続きに従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。このような決定は、父母が児童を虐待し若しくは放置する場合又は父母が別居しており児童の居住地を決定しなければならぬ場合のような特定の場合において必要となることである。」
no.1

(二) 本規定は、親の意思に反する親子の分離が行なわれてはならないという原則を定めたものである。ここには、できるかぎり親によって養育される子どもの権利(条約七条一項)、親の第一義的養育責任(同一八条一項)をはじめとして、子どもの権利を保障するうえで親の役割および家族の統合がきわめて重要であるという条約の認識が反映されている。本規定の解釈にあたっては、このことを踏まえる必要がある。一方、当該原則は、親による子どもの虐待・放任、親の別居・離婚等のように、親からの分離が「子どもの最善の利益のために必要である」場合には適用されない。本規定の但し書きは、子どもの最善の利益を確保するためには、親子の分離禁止原則にかかわらず締約国が積極的に介入しなければならぬ場合があることを確認したものである。

(三) 一方、「子どもの最善の利益のために必要である」場合でなくとも、親の意思に反した親子分離が行なわれることがある。条約九条四項で例示されている「締約国がとつた父母の一方若しくは双方又は児童の抑留、拘禁、追放、退去強制、死亡(その者が当該締約国により身体を拘束されている間に何らかの理由により生じた死亡を含む。)等のいずれかの措置に基づく場合」がその例である。このような場合には、締約国による積極的な介入にもとづく親子分離ではなく、締約国が正当な政策目的のためにとつた何らかの措置の結果としての親子分離が生ずることになる。条約がそのような分離の可能性を排除していないことは、九条四項の例示に含意されている。

(四) ただし、このことは、正当な政策目的の追求のためであれば親子分離を自由に行なつてよいことを意味しない。条約全体を通じて親の役割および家族の統合が重視されていることに表れているように、親子の分離禁止

原則は子どもの権利を保障するうえで核となる原則の一つである。政策目的を追求するためにこの原則の適用を除外するには、家族の統合に対する子どもの権利を保障する利益よりも当該政策目的を追求する利益のほうが上回ることを立証しなければならぬと解される。自由権規約委員会の「見解」においても、前述のとおり、退去強制が家族の分離につながる場合には、家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足りる根拠が締約国によって示されなければならないという解釈が表明されている。

さらに、子どもの権利条約においては自由権規約やヨーロッパ人権条約よりも子どもの権利保障が強化されていることから、子どもの権利条約の締約国には、ヨーロッパ人権裁判所が採ってきた「目的比例性アプローチ」における場合よりもさらに強い立証責任が課されていると解しなければならない。そのさいの重要な判断基準となるのが、後述するように、子どもの最善の利益の原則（条約三条）である。

(五) なお、日本政府は子どもの権利条約の批准にあたり、「日本国政府は、児童の権利に関する条約第九条一は、出入国管理法に基づく退去強制の結果として児童が父母から分離される場合に適用されるものではないと解釈するものであることを宣言する」との解釈宣言を行なっている。

解釈宣言とは、条約法に関するウィーン条約には明文の規定がないものの、「採択された条約の特定の規定、文言または事項の適用について複数の解釈が許容されている場合に、自国の了解を示しまたはそのなかの一つの解釈に限り拘束されるとの意思を表示するための一方的な宣言」であり、「このように自国の立場を明確化するためだけのものであり、採択された条約の文言の適用を変更したり排除したりするものではないと理解されている国際

慣行である（条約法条約に関する国連国際法委注釈・山本草二『国際法【新版】有斐閣・六〇五〜六〇六頁）。

留保は、「日本国は」が主語であり、国会の批准承認案件の内容になつてはいるが、当該解釈宣言は、「日本政府は」を主語にし、批准承認案件に含まれていない。このことから明らかなように、日本政府の認識としても、当該解釈宣言はあくまで政府による条約九条一項の解釈・運用を示したものにすぎず、その解釈の妥当性は当然司法審査の対象となる。しかも、当該解釈宣言は国際法上有効であるかどうか疑念が持たれるところであり、当該解釈宣言が行なわれた事実のみをもって条約九条一項の本性における適用を排除することはできない。解釈宣言とは「複数の解釈が許容されている場合に」認められるものであるところ、九条一項が「退去強制の結果として児童が父母から分離される場合」に適用されないという解釈は成り立つ余地がないためである。家族の再統合を目的とした出入国申請の取扱について定めた条約一〇条において九条一項への明示的言及が見られるように、親子の分離禁止原則が退去強制を含む出入国管理制度に適用されることは条約において前提とされている。親子の分離禁止原則を考慮してもなお退去強制が正当であるという判断が成り立つ可能性はあるものの、はじめから親子の分離禁止原則を適用しないとは許されない。かかる解釈宣言は、九条一項の事項的適用範囲の一部を適用除外にする効果を有する実質的な留保であり、かつ条約五一条二項にいう「この条約の趣旨及び目的と両立しない留保」にあたると言えよう。

このような日本政府の解釈が成り立つ余地がないことは、これまでの子どもの権利委員会の議論においても明らかである。たとえば、イギリスが、同国に入国・滞在する資格のない者の出入国については適宜必要と思われる法律を適用する権利を留保していることに對し、子どもの権利委員会は、「委員会は、締約国が条約に對して行なつ

た留保が幅広い性質のものであることを懸念する。このことは、条約の趣旨および目的との両立性に関して疑念を生ぜしめるものである。とくに、国籍・出入国法の適用に関わる留保は、第二条、第三条、第九条および第一〇条も含む条約の原則および規定と両立しないように思える」として、条約九条に明示的に触れながら懸念を表明し（イギリスの第一回報告書に関する総括所見、パラグラフ七）、留保の再検討（同、パラグラフ二二）および関連の法律・手続の見直し（同、パラグラフ二九）を勧告・提案している。また、カナダに対しては、「条約九条に照らし、家族の分離を生ぜしめる追放を避けるための解決策も模索されるべきである」（カナダの第一回報告書に関する総括所見、パラグラフ二四）との勧告も行なわれている。条約の規定の解釈・適用にあたって条約機関の判断を尊重する義務が締約国にあることは前述のとおりであり、このことから、九条一項を退去強制手続に適用しないとす政府の解釈宣言は許されない。

さらに、子どもの権利委員会は、日本の第一回政府報告書を審査した後に採択した総括所見（一九九八年六月、CRC/C/15/Add.90）において当該解釈宣言に懸念を表明し（パラグラフ六）、その撤回を勧告している（パラグラフ二八）。国際人権条約に対する留保・解釈宣言の妥当性を判断する権限と責任が条約機関に存することは、自由権規約との関連で自由権規約委員会が述べているとおりである（自由権規約委員会の一般的意見二四号、パラグラフ一八）。実際、これまでにノルウェー、パキスタン、イギリス、ユーゴスラビア等の国々が、子どもの権利委員会から勧告を受けた後に条約に対する留保・解釈宣言（またはその一部）を撤回しており、国際的にも子どもの権利委員会の判断は尊重されている。したがって日本政府が行なった九条一項に関する解釈宣言は本来撤回されるべきものである。

三 家族の再統合を目的とした出入国申請の取扱い（条約一〇条）

(一) 次に、子どもの権利条約一〇条一項は、九条一項の規定を踏まえて以下のとおり規定している。

「前条一の規定に基づく締約国の義務に従い、家族の再統合を目的とする児童又はその父母による締約国への入国又は締約国からの出国の申請については、締約国が積極的、人道的かつ迅速な方法で取り扱う。締約国は、更に、その申請の提出が申請者及びその家族の構成員に悪影響を及ぼさないことを確保する。」

(二) 本規定は、家族の再統合のための出入国の申請が「積極的、人道的かつ迅速な方法」で取り扱われるべきことを定めたものである。本規定の文言上の適用対象は「締約国への入国又は締約国からの出国の申請」であるが、前述のように親の役割および家族の統合を重視する条約の趣旨および目的に照らせば、家族の統合の維持のための申請、すなわち退去強制に対する異議申立てや在留特別許可の申請にも適用されると解される。すなわち、家族の統合の維持を目的とした申請も、家族の再統合を目的とした出入国申請と同様に、「積極的、人道的かつ迅速な方法」で取り扱われなければならないということである。

この規定は、確かに、家族の統合の維持または再統合を目的とした申請を常に認める義務を締約国に課したものである。しかし「積極的」および「人道的」という文言は、条約の趣旨および目的に照らせば、単に出入国管理法の要件を満たさないからという理由に留まらず、申請を認めない積極的な正当化事由があることを立証できる場合にのみ当該申請の却下が許されると解するべきである。すなわち、申請を却下するのであれば、家族の統合の維

持または再統合を子どもに保障することの利益と、当該申請を却下することの利益を比較衡量し、後者の利益のほうが上回ることが立証されなければならない。ここでも、子どもの最善の利益原則が重要な判断基準となる。

(三) なお、日本政府は、本規定についても、「家族の再統合を目的とする締約国への入国又は締約国からの出国の申請を『積極的、人道的かつ迅速な方法』で取り扱うとの義務はそのような申請の結果に影響を与えるものではないと解釈する」旨の解釈宣言を行なっている。当該解釈宣言についても、日本の第一回政府報告書を審査した後に採択した総括所見において、九条一項に関する解釈宣言とともに子どもの権利委員会から懸念が表明され、撤回を勧告されている。いずれにせよ、当該解釈宣言は家族の統合の維持または再統合を目的とした申請を「積極的、人道的かつ迅速な方法」で取り扱う義務まで放棄するものではないため、本件において一〇条一項の適用を除外する理由とはならない。

四 子どもの最善の利益

(一) 最後に、九条一項および一〇条一項をはじめとする子どもの権利条約の規定に照らして本件処分の妥当性を判断するさいにもっとも重要な基準となる子どもの最善の利益の原則について述べる。これは、子どもの権利条約三条一項において、「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」として定められている原則である。

この原則は、子どもの権利委員会による締約国報告書作成のガイドラインにおいて、差別の禁止(二一条)、生命・生存・発達への権利(六一条)、子どもの意見の尊重(一二一条)とともに、条約の一般原則に位置づけられている。三条一項は単なる理念規定に留まるものではない。これは、子どもの権利委員会の委員であったマルタ・サントス・パイス氏が述べるように、子どもの利益を親その他の主体や社会一般の利益から独立したものと位置づけ、「子どもに影響を与えるあらゆる状況、あらゆる決定において、可能性のあるさまざまな解決策を検討し、子どもの利益を正当に重視すること」(OHCHR et. al, *Manual on Human Rights Reporting*, United Nations, 1997, pp. 19-20)を求めた判断基準であり、手続上の原則である。このことは、たとえば、子どもの権利委員会による日本に対する総括所見で次のように提言されていることから、指摘しうる。すなわち、「条約の一般原則、とりわけ差別の禁止(第二条)、子どもの最善の利益(第三条)および子どもの意見の尊重(第一二条)の一般原則が、政策に関する議論および意思決定の指針となるのみならず、いかなる法改正ならびに司法上のおよび行政上の決定においても、かつ子どもに影響を与えるあらゆる事業および計画の発展および実施においても適切に反映されることを確保するために、さらなる努力が行なわれなければならないというのが委員会の見解である」(パラグラフ三五)。

条約三条一項の「児童の最善の利益が主として考慮される」(the best interests of the child shall be a primary consideration)という規定について若干付言しておこう。「主として考慮」という日本語訳の文言からすると、他の考慮事項よりも優先して考慮されることを求めたものとは言えないようにみえる。しかし、英語の正文 primary を、日本政府は三条一項では「主として」と訳出し、親の子どもに対する養育・発達責任を規定した一八条一項や

二七条二項では「第一義的」と訳しわけているように（これ自体、翻訳上問題がある）、「主として」という日本語訳の文言だけで解釈するのは誤りである。「主として考慮」という意味は、条約の審議過程からすると、各条において子どもの権利が具体的に規定されていること、また、子どもの最善の利益確定における子どもの意見表明権保障という手続が導入されていることなどにより、子どもの権利の具体的な内容というような考慮事項より常に優先しなければならぬ考慮事項ではなくなったということである。しかし、子どもの最善の利益がその他の考慮事項に比べて一段高い位置づけを与えられていることには変わりがない。

子どもの最善の利益原則は、条約の実施過程においては、上の日本に対する総括所見でも指摘されているように（パラグラフ三五）、条約の一般原則として位置づけられるとともに、法改正、司法上の決定、行政の決定などにおいて primary に考慮しなければならないものとして、解釈・運用されている。したがって、子どもの最善の利益に部分的にまたは全面的に反する決定を行なう場合、決定権者には、子どもの最善の利益以外の考慮事項を優先させる正当事由を示す責任があると解される。また、本原則は裁判所が法あるいは法に基づく制度・施策・措置等についての条約適合性を判断する上での重要な一般原則である。

(二) 子どもの最善の利益原則が退去強制等の出入国管理手続にも適用されることは、子どもの権利委員会および各国の国内裁判所が認めてきたところである。したがって、本件のような退去強制処分・在留特別許可不許可処分等の可否を判断するにあたっては子どもの最善の利益原則が適用されなければならない。当該処分が法務大臣の自由裁量にもとづくものであるということではできない。

(三) たとえば子どもの権利委員会は、定期報告書ガイドラインにおいて、子どもの最善の利益(三条)との関連で「家庭生活、学校生活、社会生活および次のような領域において、子どもの最善の利益がどのように第一義的に考慮されているかについての情報を提供されたい」とし、「次のような領域」に「出入国管理、庇護申請および難民認定の手続」を含めている(パラグラフ三五)。

子どもの権利委員会は、各締約国に宛てた総括所見のなかでも、出入国管理において子どもの最善の利益原則が適用されるべきことを表明してきた。たとえば、イギリスが行なった関連の留保について、「国籍・出入国法の適用に関わる留保は、第二条、第三条、第九条および第一〇条も含む条約の原則および規定と両立しないように思える」と、三条に言及しながら懸念を表明したことは前述のとおりである。カナダに対しても、「強制送還手続も含む難民および移民の子どものための保護に関わる事柄において、条約第二条および条約の一般原則、とくに子どもの最善の利益および子どもの意見の尊重を実施することに、同国がとくに配慮するよう」勧告を行なっている(カナダの第一回報告書に関する総括所見、パラグラフ二四)。ドイツに対しても、「亡命を希望している子どもおよび難民の子どもの特別なニーズおよび権利がどの程度考慮に入れられているのかについて、依然懸念を覚える。亡命を希望している子どもに関わる手続、とくに家族再会、安全な第三国への子どもの送還および『空港規制』に関する手続は、懸念の根拠となるものである。これとの関連で、委員会は、条約、とくに第二条、第三条、第一二条、第二二条および第三七条(d)に規定されている保障が遵守されておらず、かつ、条約第九条および第一〇条の実施に充分な関心が払われていないように思えることに、留意する」旨の懸念を表明し(ドイツの第一回報告書に関する総括所見、パラグラフ一九)、「条約の規定および原則、とりわけ第二条、第三条、第五条、第九条三項、第一〇

条、第二二条、第二二条および第三七条(d)と両立するかどうかという点をよく考慮しながら関連の手續の改革を構想するよう勧告した(同、パラグラフ三三)。ノルウェーに対する勧告はさらに直截なもので、「退去強制が親から子どもを分離することを意味する場合には子どもの最善の利益が考慮されることを確保するため、締約国が、退去強制決定が行なわれる手續を再検討するよう」勧告している(ノルウェーの第二回報告書に関する総括所見、パラグラフ三一)。

このように、退去強制等の手續において子どもの最善の利益原則を適用することが締約国の義務であるという見解は、子どもの権利委員会によって確立されている。

(四) 子どもの最善の利益が退去強制等の手續に適用された事例は、各国の国内裁判所においても少なからず見られる。たとえば、在留資格を有しない夫婦に対する国外退去強制命令についてフランス最高行政裁判所(コンセーユ・デタ)が一九九七年一月二九日に言い渡した判決(CEASSI73470C, TORESS)においては、条約三条一項が援用され、退去強制命令が「明らかに判断を誤っている可能性がある」ことが指摘されている。

(五) また、一九九七年七月九日のカナダ連邦最高裁判所の判決は、子どもの最善の利益原則をはじめとする子どもの権利条約の規定を援用して、ジャマイカ国籍を有する母親 Baker に対するカナダ入管当局の退去命令を取り消した。その主要な論旨は以下のとおりである。カナダが子どもの権利条約を批准したこと、およびカナダが批准した他の国際文書において子どもの権利と最善の利益が重要視されていることは、連邦移民法一一四條二項に基づく

決定を行なうさいに子どもの利益を考慮することの重要性を示す。すなわち、子どもの権利条約にみられる価値・原則は、子どもの将来に関連し、それに影響を及ぼす決定を行なうさいに、子どもの権利とその最善の利益に注意深くあることの重要性を認める。また、同様のことを強調する他の国際文書もある。したがって、条約その他の国際文書の諸原則は、本件決定の合理性の有無の判断にあたって中心的となる諸価値を示す一助となる（村上正直「カナダの出入国行政における子どもの権利の考慮の一端——カナダ連邦最高裁判所 *Baker* 判決を中心に——」藤田一久・松井芳郎・坂元茂樹編『人権法と人道法の新世紀』東信堂（二〇〇一年）一一九―一四七頁）。

ここでは、退去強制等の処分を行なうにあたり、子どもの最善の利益原則をはじめとする子どもの権利条約の規定・原則が「中心的」な諸価値として考量されなければならないことが示されている。その後、カナダ下級審裁判所においては、「決定者は、カナダに滞在する子どもがカナダ国民ではないからといって、その子の最善の利益を無視することはできない」として退去強制命令を取り消す判決も出されており（前掲論文・一二五頁）、締約国の国籍の有無が子どもの最善の利益原則の適用を排除する理由とならないことも確認されているところである。

(六) さらに、オーストラリア最高裁判所は、一九九五年四月七日、子どもと家族を残して退去強制命令を出された男性からの司法審査請求事件であるテオ事件（Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh [1995] 128 ALR 353）判決において、とくに子どもの権利条約三条一項を援用し、当局が子どもの最善の利益を主たる考慮事項として扱うだろうという「正当な期待」（legitimate expectation）が生じているとして、当局による再審査を求めた。同判決は、子どもの最善の利益原則の適用方法についても、「条約に定める原則に目を向ける決定権者で

あれば、一つの主要な考慮事項として子どもの最善の利益に注意を払い、何らかの他の考慮事項の比重がそれを上回るかどうかを問うたであろう」と述べ、そのような手続が踏まれないかぎり手続的公正さを欠くと判示している。すなわち、「退去強制が家族の分離につながる場合には、家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足りる根拠が締約国によって示されなければならない」という、本意見書で繰り返し述べてきた主張がここでも確認されているのである。

(七) このように子どもの最善の利益を考慮しながら、「家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足りる根拠」の有無を判断するにあたっては、子どもの生存・発達の権利（条約六条二項）、意見を正當に尊重される権利（同一二条）、父母の共同養育責任（同一八条一項）、教育への権利（同二八条・二九条）をはじめとする条約上の諸規定を踏まえ、退去強制された場合に予想される影響等も念頭において総合的な判断を行なうことが求められる。

そのさい、憶測や希望的観測にもとづくのではなく、ある程度の客観的な裏付けにもとづいて判断を行なうことが必要である。たとえば子どもの権利委員会は、ノルウェーに対し、「刑事犯罪で有罪とされた外国人を退去強制する決定が行なわれるさい、退去強制の対象とされる者の子どもに当該決定が及ぼす影響に関する専門家の意見が制度的に参照および考慮されていないこと」についての懸念を表明し（ノルウェーの第二回報告書に関する総括所見、パラグラフ三〇）、退去強制の結果として子どもに及ぼされる影響について専門家の意見が制度的に参照・考慮されなければならないという解釈を示している。また、父母が異なる国の国民である場合には、前述のとおり、

「国には、退去強制等の処分を行なうさいに、その対象となる家族が国外で再統合できる蓋然性があることを立証する義務が存する」旨の判断がヨーロッパ人権裁判所において出されている。

この点は、本件の判断においても、重要な考慮事項の一つであると言えよう。

おわりに

政府および裁判所には、本件において争われている処分の合法性について判断するにあたり、以上申し述べてきたような形で自由権規約や子どもの権利条約等の国際人権条約の規定を適用する義務が存する。現行出入国管理制の枠内で形式的に国際人権条約の規定を参照するという姿勢は、憲法九八条二項にいう条約の誠実遵守義務に照らして許されない。当該事件においても、憲法の要請に基づき、国際人権条約に照らした判断が行なわれることを望みつつ、本意見書を終えることとする。