

難民の国際的地位と人格

——戦間期における「住民 incola」論の援用による対抗——

東北大学法学研究科助教 加藤 雄大

1. 今日の法解釈学説における対立と課題
 - 1.1. 対立の所在
 - 1.2. 課題の特定
 - 1.3. 先行研究の散在と本稿の視角
2. 戦間期の国際実行における「保護」の実質的理由
 - 2.1. 戦間期の難民＝無国籍者問題に対する「住民 incola」論の援用
 - 2.1.1. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の構成
 - 2.1.2. 戦間期における難民＝無国籍者問題
 - 2.1.3. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の援用による対抗
 - 2.2. 難民の国際的地位の法典化
 - 2.2.1. 「ロシア難民とアルメニア難民の地位に関する国際取極」（1928 年）
 - 2.2.2. 「難民の国際的地位に関する条約」（1933 年）とその起草理由
 - 2.2.3. 「庇護」の範型との混同に伴う起草理由の忘却
3. 今日の法解釈上の論点との関連
 - 3.1. 迫害の主体
 - 3.2. 受忍可能性審査
 - 3.3. おわりに——法の外に置かれるおそれがある人の人格の承認

1. 今日の法解釈学説における対立と課題

1.1. 対立の所在

難民の地位は、なぜ国際法によって規律されているのか。それが規律されている理由は、次のふたつの点から不可解であった。第 1 に、もし「難民」に何らかの「地位」を保障するとしても、各国がその措置を執りさえすれば、それで十分ではなかったか。第 2 に、「人が人であるがゆえにもつ権利」の保障が大きく拡充してきたとすれば、もはや（「すべての人」ではなく）「特定の人」を指す「難民」という類型を規律する意味もはや残っていないのではないか。

その理由は、今日の諸国の実行に照らすとき、いっそう不可解である。その法は少なくとも国境を越えて人々が移動することを前提にしているようにみえるが、諸国は、むしろその移動を押しとどめるかたちで、査証の発行に不透明で煩雑な手続を求めたり、巡視船を配備したり、壁やフェンスを敷設したりしている。これらの国々がこの法を改廃する権能も握っているとすれば、難民の地位に関する国際法は、なぜ未だに廃棄されていないのか。もし廃棄されたとして、何が失われてしまうのか。

実際、今日の法解釈学説も、その法はいかなるなのか、という一般的構想の次元で対立している。今日の学説の対立は、グッドウィン・ギル (Guy G. Goodwin-Gill) の学説¹と、ハサウェイ (James Hathaway) の学説²とにそれぞれ代表される。この法を論じるに際してこれらの学説の影響を免れることは難しく、今日のほとんどの議論はいずれか一方に傾斜しているか、全面的に依拠しているといつてよい。

一方のグッドウィン・ギルは、この法を次のように形容する。「難民の地位に関する国際法は、国家主権という原則や国家主権に関連する領域管理、自己保存等の原則を一方として、(国際連合の目的および原則を含め) 一般国際法と条約を法源とする人道的諸原則をもう一方として性格づけられる、1つの法分野である」³。スペクトラムの両端に主権的権能と人道的要請を置き、難民の地位に関する国際法は、それらの調整を図るものとして構想されている。

これに対し、もう一方のハサウェイによれば、「難民法の目的とは、中核的人権が国内で十分に保護されるという合理的期待が存在しない場合にのみ国際社会の保護を与えることである。したがって、難民法とは『代行的保護』(surrogate protection) であり、国籍をもつために得られる通常の利益が奪われた場合の対応である」⁴という。スペクトラム型の構成は、斥けられている。

これらのうち特に、グッドウィン・ギルの学説は、国内裁判所や地域的人権裁判所への申立て、国際人権条約監督機関への個人通報など、行政当局と私人との間の対決の構図を採るものと理解されやすい紛争処理の場で、比較的強い支持を受けてきたようである。ところが、Ward 事件カナダ最高裁判所判決 (1993 年)⁵がハサウェイの構想を採用したことで、両学説の対立は先鋭化してきた。

¹ See Guy S. Goodwin-Gill, and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd, (OUP, 2007). See also Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 1st, (Clarendon Press, 1983); Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd, (Clarendon Press, 1996).

² See James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, (Butterworths, 1991). 両学説の難民の地位に関する国際法の体系に対する認識の相違を簡単に知るためには、次の教科書的記述の比較が便宜であるかもしれない。Guy S. Goodwin-Gill, "The International Law of Refugee Protection", Elena Fiddian-Qasimiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, (OUP, 2014), pp.336-47; James C. Hathaway, J.C., "Refugee and Asylum", Brian Opeskin, Richard Perruchoud and Jillyanne Redpath-Cross (eds.) *Foundations of International Migration Law*, (CUP, 2012), pp.177-204.

³ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, p.1.

⁴ Hathaway, *The Law of Refugee Status*, (1991), *supra* note.2, p.135.

⁵ *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada: Supreme Court, 30 June 1993. 本件の原告は、北アイルランドで「アイルランド国民自由軍」(Irish National Liberation Army: ILNA)に参加しており、その一員として無実の人質を護衛する命令を受けたものの、その人質が処刑される予定であるという情報を得たことで、その人質に逃避を促した。そのかどで INLA による「軍法会議」にかけられ、拷問を受けた後、死刑の決定を下されていた。原告は、カナダ当局に対し、ILNA という「特定の社会的集団の構成員であること」を理由として迫害を受けるおそれを主張したが、カナダ最高裁判所は、「特定の社会的集団の構成員であること」とは、(1) 生来のまたは不変の性格により定義される集団、(2) 離反を強いられるべきでないほど人間の尊厳にとって基本的である理由のため自発的に結びつく集団、(3) 歴史的経緯のためにかつての自発的地位によって結びつけられた集団のいずれかであるとの規範を定立した上で、原告の難民該当性を否定した。

グッドウィン・ギルは、マカダム (Jane McAdam) を共著者に加えた体系書の第3版において、『代行』surrogacy という概念は国際的保護体系のイントロダクションとして有用である⁶と認めながらも、それが「ミス・リーディングとなる」事例として Ward 事件判決の一部を取り上げ、次のように批判した。

すなわち、同判決によれば、「国家は、国家機構が完全に崩壊した事態を除くほか、申請者を保護する能力をもっていると推定されるべき」であり、「この推定は申請者の負担を増やす一方で [...] 申請者にいかなる選択肢も残されていない場合には、代行としての国際的保護が機能するための理論的基盤を強化する」⁷ものとされており、そのことに着目すれば、「代行概念は、本件 [=Ward 事件] でリスクに晒される人に焦点を当てることにより、保護の有無から出身国とその實際上・推定上の保護能力へ、さらにはそのコロラリーとして避難国とその義務の範囲へ、ひいては出身国に代わって保護を与える義務へと論点をすり替える」⁸。「このようにして、難民条約・議定書の趣旨および目的、保護の体制は、社会的・政治的な文脈のなかで把握される人間からまた一步遠ざけられることとなる」⁹と。

グッドウィン・ギル＝マカダムによる批判の射程は、この「保護の推定」という個別的な論点を越え、その一般的構想に及ぶ。いわく、「[難民の地位に関する] 条約は、難民を何よりもまず迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有する人として定義づけており、あくまで二次的に、この恐怖を理由に自国政府の保護を受けることができないまたは保護を受けることを望まない人として定義づけている。私たち [=グッドウィン・ギル＝マカダム] の見解によれば、同条約の一次的参照点は、個人、特に権利保持者としての個人であり、(十分に理由のあるものかどうかに関連している) 政府のシステムやその保護に関する効率性あるいは意思ではない」¹⁰。「判例にみられるように難民の定義に『代行』を読み込む行為は [...] 個人の迫害の恐怖を軽視し、それを凌ぐ傾向さえある。その後 [...] 重大な損害を受けるリスクという核心問題に回帰したとはいえ、イギリスの難民の弁護人たちはかつてこれが [...] Horvath 事件¹¹貴族院判決の本当の効果なのではないかと恐れていた」¹²。

⁶ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, p.9.

⁷ *Canada (Attorney General) v. Ward*, *supra*.note.5.

⁸ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, p.10.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Horvath v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 AC 489, [2000] UKHL 37; [2000] 3 WLR 379; [2000] 3 All ER 577; [2000] Imm AR 552; [2000] INLR 239, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 6 July 2000. 本件原告は、スロヴァキアのミハロフツェ地区に位置する村に、同国の10%程度を占めるロマとして暮らしていた。人種を理由としてスキンヘッドから襲撃を受けたことがあり、もし送還されれば、スキンヘッドから迫害を受けるおそれがあり、そのときスロヴァキア警察からの保護を受けることができないと予期されること、ロマであるために職を見つけることができずにおり、婚礼施設の利用や学校への通学を拒まれていること等を主張した。スキンヘッドは非国家主体であるため、そうした主体の性質に基づいて難民の定義に含まれる「迫害」に該当するかどうか争点とされた。

¹² *Ibid.*, p.11.

これに対し、ハサウェイは、フォスター（Michelle Foster）を共著者に加えた上記引用書の第2版¹³で、この批判が「Horvath 事件判決の本当の効果」と「代行」論を重ね合わせたことから、同じ判決にグッドウィン・ギルによる「デュー・ディリジェンス」論が参照されていた事実¹⁴を踏まえ、次のように反論した。

「国家責任の諸原則に密接に結びつく形式的なデュー・ディリジェンス基準を採る実行は、個人が保護を必要としているかどうかという難民法の中心論点から認定権者を引き離し、国家の保護を受けることができないという認定が国家を不当に『スティグマ化』しないかどうか、あるいは人権法上『比例性を欠く』とみなされるよう誤って『保障する義務を課』さないかどうかへと焦点をシフトする傾向がある。国家責任のプリズムを通じてこの論点を審査するとき、認定権者は、少なくとも『努力はしている』本国との関係を付度し、『否定的』認定を躊躇して、意思と能力という別個の概念を混同してしまう」¹⁵。

グッドウィン・ギル＝マカダムと同型の修辞を採るこの反論の主旨¹⁶は、（グッドウィン・ギル＝マカダムが採る）主権的権能と人道的要請との間の調整としての構想は、国家責任法や国際人権法に基づく責任追及の構図に親和的であるかもしれないが、しかし、難民の地位に関する法は、それ自体、出身国や避難先国の責任を追及するための法ではない、という点にあるようである。

こうした批判の応酬は、難民の地位に関する他の複数の個別具体的な論点に亘って続いていくが、ひとまず確認されるのは、それが「国家主権等の諸原則と人道原則との間の調整」なのか、それとも「代行的保護」なのかという一般的構想をめぐり両学説の間に鋭い対立がみられる、ということである。

¹³ James C. Hathaway, and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, [2nd], (CUP, 2014).

¹⁴ Goodwin-Gill, *The Refugee...*, (1996), *supra* note.1, p.73. *Ibid.*, pp.308-319.

¹⁵ Hathaway and Foster, *supra*.note.13, p.310. 同判決は、「スキンヘッドによるロマ人に対する人種的暴力が存在する」事実と、警察が「すべての事案で適正な捜査を行っていない」事実を認定したにもかかわらず（p.496）、最終的には、「警察が保護を与えるために干渉した」事実と「人種を動機とする犯罪に時として厳しい刑罰が科されている」事実（*Ibid.*）を決定的なものとした。

¹⁶ その後の判例の変化は、主として次の理由づけによるものと考えられている。「もし殺されるか拷問を受けるとして、警察が殺人犯や襲撃犯を裁判にかけるために訴追の措置を採るものと知っていても、そのことは申請者を慰謝しないだろう。殺されたり拷問を受けたりするリスクを懸念して、リスクを避けるために実効的な保護を与えることができないにもかかわらず、送還されるならば、それは条約の違反となろう。必要なのは、理論的な保護ではなく、実際の保護である」。Secretary of State for the Home Department v. Kacaj, [2002] ImmAR213 (UKIAT, Jul. 19, 2001), para.21; Michael Atkinson v. Secretary of State for the Home Department, [2004] EWCA Civ 846, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 1 July 2004, para.39; *Ibid.*, p.316.

1.2. 課題の特定

上記の学説の「対立」は、それぞれが自説の排他的正当性を主張してはじめて成立している。しかし、いずれもがこの法に混在している可能性はないのか。こうした疑いを抱くに十分な理由が、今や忘れられた 1960 年代の議論の内にある。難民の地位に関する条約第 1 条 A (2) に含まれる諸要素を用いて、今日の学説と 1960 年代の議論の構造的連関を明らかにしよう。同条項は、次のようにある。

「1951 年 1 月 1 日前に生じた事件の結果として、かつ、人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であって、[かつ] その国籍国の保護を受けることができない者またはそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護を受けることを望まない者 [...]。」

この文言は、便宜上、次の 5 つの要素に分けることができる。

- ①「1951 年 1 月 1 日前に生じた事件の結果として、かつ」
- ②「人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見を理由に」
- ③「迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために」
- ④「国籍国の外にいる」
- ⑤「その国籍国の保護を受けることができない [...] または [...] 受けることを望まない」

これらのうち、①は、「難民の地位に関する議定書」の締約国にとって、もはや「除かれたものとみなされる」。上記の両学説のうちグッドウィン・ギル＝マカダムの学説は、③は⑤に優越すると主張しており、ハサウェイ＝フォスターの学説は、⑤に含まれる「保護」を中核に据えている、と言い換えることができる。

このように抽象化できるとすれば、後者の立場を否定し、前者の立場を肯定する立場がすでに 1960 年代に一層素朴なたちで提示されていた事実が想起される。1960 年代以後しばらくの間、「庇護権」(droit d'asile) をめぐる議論を牽引したボレスタ・コズィエブロツキ (Léopold Bolesta-Koziebrodzki) が、その著作『庇護権』(1962 年)¹⁷のなかで、次のように主張していた。

「一般的な難民の定義のなかに、国民的保護の不存在 l'absence de protection nationale は、難民的特徴的・必要的な性質としては現れない。それは理論的にみて難民の本質的基準ではないのである。難民は、本人が逃れ、本人を追及する国家の支援を受けていない、と仮定されている。難民の 2 つの構成要素とは、政治的理由による亡命 l'expatriation pour des raisons politiques と 庇護 l'asile であり、それらが難民を特徴づけるに十分なものである。反対に、实际的に、個人の難民性を認定するにあたり理論的になされた定義の 2 つの要素は、非本質的基準によって支えられなければならない

¹⁷ Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *Le droit d'asile*, (A. W. Sythoff, 1962).

い。地理的・民族的出身は、証明に際してある程度の正確性をもたらす利点を備えているものの、それら自体、難民を類型化するにあたり完全な基準ではない。亡命の原因である政治的出来事は、提示が困難である。難民状態の実際の本質（消極的特質）が国民的保護の不存在なのであり、法上または事実上の無国籍状態なのである。[...]こうした無国籍の研究について、私たちはそれが難民問題の他の様々な側面の1つであり、しかも一義的には重要ではない側面であると結論づけることができる。[...]」
(下線追加)¹⁸

上記の構成要素にあてはめるならば、「国民的保護の不存在」は⑤に対応しており、ボレスタ・コズィエブロツキの構想のなかで、難民の「本質的基準」から排除されようとしている。「政治的理由による亡命」と「庇護」は③に対応しており、⑤に対する優越が主張されている。今日の対立にあてはめるならば、上記引用箇所は、グッドウィン・ギル＝マカダムの立場に与し、ハサウェイの立場に与しないことに相当する。

ただし、同じ1960年代には、もう1つ重要な研究が公表されていた。グラール・マッセン (Atle Grahl-Madsen) 『国際法における難民の地位』(第1巻は1966年、第2巻は1972年に発行)¹⁹である。本書は、今日まで唯一無二の質と量を誇る体系書であり、難民の地位を論じる膨大な論文と書籍に参照されてきた。しかし、あまり知られていないことに、未完である。1966年に副題を「難民性」(Refugeehood)とする第1巻、1972年に副題を「庇護・入国・在留」(Asylum, Entry and Sojourn)とする第2巻がそれぞれ刊行されたが、第1巻の冒頭では、「本書の概要」として「第1部 難民 (Refugee)」「第2部 庇護 (Asylum)」「第3部 保護 (Protection)」という全3部からなる構成が予告されていた²⁰。この第3部に取り上げられると予告されていた論点こそ、上記対立の接点となる⑤の要素「その国籍国の保護を受けることができない [...] または [...] その国籍国の保護を受けることを望まない」に関する研究であった²¹。

もっとも、この論点に関する予備的な分析がなされていないわけではなく、グラール・マッセンは、「難民」とは「本国政府との間の信用・忠誠・保護・援助という通常の紐帯が断たれた（または存在しない）人」とであると叙述しつつ、「こうした保護の不存在を難民性の本質的基準として考えるべきであるとは確信していない」²²と書き残し、予示的な含みを残す表現で、次のようにそれを「探求すべき問い」と位置づけていた。すなわち、

¹⁸ *Ibid.*, p.121.

¹⁹ Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1 Refugee Character, (A. W. Sijthoff, 1966); vol. 2 Asylum, (A. W. Sijthoff, 1972).

²⁰ *Idem*, *The Status of Refugees...*, (1966), pp.5-8.

²¹ *Ibid.*, p.8.

²² グラール・マッセンが「保護を欠く人」と「難民」を区別すべき可能性を示唆する理由は、次の2つの類型との関係によって説明されている。すなわち、第1に、「国家と当人との間の政治的不和以外の理由のため、国民である国家から保護を受けない人」である。「ほとんどの国がその国内法の下で他国に対して自国民を保護するよう義務づけられていない事実を想起しうる」。第2に、「個人をその国からの難民としている以外の理由のために、その本国政府の干渉を望まない人」である。「B国に暮らしているA国の一国民が、B国領域における自らの仕事その他の利益を害するおそれがあるために、その出身国当局の援助を得る機会を見送った」場合には、「『その国籍国の保護を受けることを望まない』事実、当人を

「その国籍が国際平面では保護に関して『実効的』であるとは考えられない、という意味において、難民は、無国籍者と同様、国際法上、保護されていないのかどうか。言い換えれば、当人がかつて国籍を保持していた国家が難民となった人に関する事項に適格を欠くかどうかは、私たちが探求すべき問いである。私たちの探求はたしかに、事実上のみならず国際法上、難民は保護されていない、という結論に至るだろう。その人 [= 難民] は、後者 [= 国際法] の点で無国籍者と同じところに立っているように思われるのである。[...]」²³

しかし、繰り返しになるが、その分析を予定した「第3部 保護」は未完のままとなり、それ以後、グラール・マッセンが十全な説明を展開することもなかった。かろうじて別の論文に難民の地位に関する国際法における2つの範型の伏在を示唆する次の箇条書きを残すのみである。

「一国際平面における保護 protection の不存在に帰結する、個人と出身国政府との間に断絶した紐帯の実現。

一（追放に代わる国内的措置の適用の付随的効果として許容される）引渡しと追放に対する制限の進展による（公共政策の重要な側面とみなされる）庇護 asylum の制度化²⁴。

難民とはしない」。Ibid., p.98-99. こうした記述から、グラール・マッセンが「保護」と書くときに想定しているのは「外交的保護」に他ならないと指摘されることがあるが、次の理由から誤誘導である。

20世紀に入り、ボーチャード (Edwin M. Borchard) がヴァッテルが提示した命題の批判的再構成を通じて自らの「外交的保護」論を展開したことは広く知られている。Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, (1758), Liv. II, Ch. VI, § 71; Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, (Banks Law, 1915). ヴァッテル自身は「外交的保護」という用語を用いていないものの、ボーチャードは、「国家による保護の理論」と題する一節 (§ 134, Ibid., pp.351-353) にヴァッテルの上記定式の全体を「その市民の人格の内にある国家への間接的損害が外交的保護を正当化するとする理論」として捉え、それに修正を加えるかたちで「外交的保護」とは「より適切には [...] 一定の状況の下で、国家の裁量の内に市民に与えられる例外的な法的救済として理解される」(Ibid., p.353) と主張した。

こうした「外交的保護」論における「保護」と、難民の地位に関する国際法における「保護」との異同について、やはり1960年代に難民法学を主導した法学者の1人であるキミニツヒ (Otto Kimminich) が「外交的保護の不存在は難民概念の要件または効果であるか否か」を検討している。キミニツヒは、(ヴァッテルが提示した「市民を保護すべき国」という点のみに関する)「保護する国家と保護される個人との関係としての外交的保護」と(ボーチャードが彫琢した)「(被告)国に対する保護国(または請求国)による干渉行為としての外交的保護」を区別した上で、難民の地位に関する「保護」を、前者の意味にのみ結びつけた。Otto Kimminich, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, (Carl Heymanns, 1962), p.47. グラール・マッセンが示した「探究すべき問い」は、キミニツヒによるこの結論に言及した後に提示された。Grahlmadsen, *The Status of Refugees...*, (1966), *supra.* note.19, pp.97-101.

²³ Ibid., p.100.

²⁴ Idem, "The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law", *Journal of Peace Research*, (1966), vol. 3, p.281.

1.3. 先行研究の散在と本稿の視角

では、1960年代以後、この「保護」の範型に関する研究は蓄積されてきたか。本稿は、この課題にとって必要とされる知見が散在したままであると考えている。

まず、ハサウェイ自身が、「代行的保護」を着想するきっかけとなったと思われる戦間期の関連国際法文書を素材とする論文²⁵を公表しているが、同論文は、「難民」概念の変遷を類型論的に叙述するに留まり、それ自体は「保護」を扱っていない²⁶。

これに対し、難民の国際的地位の形成過程を「国民国家体制のアノマリー」²⁷への対応と形容するホルボーン (Louise W. Holborn) らの実証的研究²⁸は、その実質的存在理由に近づくかもしれない。それらの研究によれば、(特に本稿冒頭第1の問いに関連して) 難民の「地位」とは、各国に対する各人の帰属が確定された国民国家群の並存状態を恒常化するために国際法によって規律され始めたものである。ただ、難民の国際的地位が実際に法典化されてくる実質的理由との間には、一定の開きが残るように感じられる。

この隙間を埋める可能性がある研究として、仏語圏には戦間期の在仏ロシア人の法的地位に関する諸研究²⁹があるが、今のところ他の言語圏にはほとんど知られておらず、今日の法解釈を念頭に置いたものでもないため、その意義を未だ十分に示していない。

本稿は、これらの先行研究を総合的に参照し、「保護」の範型の実質的存在理由を、難民の地位が初めて国際法によって規律された戦間期の文脈において、フランス革命期の市民法学者プルードン (Jean Baptiste Victor Proudhon [1758-1838]) の「住民 (incolat [仏]; incola [羅])」論が、いかなる立場に対抗して援用されたのかに着目することとした。

²⁵ James C. Hathaway, "The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950", *The International and Comparative Law Quarterly*, (1984), vol. 33, pp. 348-380.

²⁶ 関連する研究として、たとえば次があるが、いずれも同様にいうことができる。Susan Kneebone, "Refugees as objects of surrogate protection: shifting identities", Susan Kneebone, Dallal Stevens and Loretta Baldassar (eds.), *Refugee Protection and the Role of Law: Conflicting Identities* (Routledge, 2014), pp. 98-121; David James Cantor, "Defining Refugees: Persecution, Surrogacy and the Human Rights Paradigm", Bruce Burson and David James Cantor (eds.), *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*, (Brill/Nijhoff, 2016), pp.349-395.

²⁷ Louise W. Holborn, *Refugees: A Problem of our Time*, vol. I, (Scarecrow Press., 1975), p.5.

²⁸ See also Louise W. Holborn, "The Legal Status of Political Refugees, 1920-1938", *American Journal of International Law*, (1938), vol.32, pp. 680-703; Emma Haddad, *The Refugee in International Society: Between Sovereigns*, (CUP, 2008), pp.99-126; Phil Orchard, *A Right to Flee: Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, (CUP, 2014), pp.104-139. より多角的な研究として、次もある。Claudena Skran, *Refugee in Interwar Europe: The Emergence of a Regime*, (OUP, 1995).

²⁹ その一部として、次を挙げることができる。Catherine Gousseff, *L'exil russe: La fabrique du réfugié apatride (1920-1939)*, (CNRS, 2008); Dzovinar Kévonian, « Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt », *Archives Juives*, n° 34, (2001/2), pp.72-94; « Exilés politiques et avènement du 'droit humain': la pensée juridique d'André Mandelstam (1869-1949) », *Revue d'histoire de la Shoah*, n° 177-178, (2003), pp. 245-273; *Réfugiés et diplomatie humanitaire: les acteurs européens et la scène proche-orientale pendant l'entre-deux-guerres*, (Publications de la Sorbonne, 2004); Aline Angoustures, Dzovinar Kévonian et Claire Mouradian, (dir.), *Réfugiés et apatrides: Administrer l'asile en France (1920-1960)*, (PUR, 2017).

2. 戦間期の国際実行における「保護」の実質的理由

2.1. 戦間期の難民＝無国籍者問題に対する「住民 incola」論の援用

2.1.1. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の構成

「住民 incola」論自体はローマ法に由来し、むしろ Origo と Domicilium の区別の淵源として膨大な議論を派生させてきた。難民の地位に関する国際法が形成される最初期に援用されたヴァージョンは、1799 年にプルードンが公表した著作をその死後にヴァレット (Claude-Denis-Auguste Valette [1805-1878]) が編纂した同書第 3 版 (1842 年)³⁰ のそれであった。ローマ法から直接引用された一文は、同書中、次のように意識された³¹。

「出生 origine と帰化 naturalisation は、市の権利＝市民権 droit de cité を生じる。住所 domicile は、その人に住民 incolat の権利を生じる。」³²

プルードン自身による「住民 incola」論は、もともと共和国の成員資格——républicole とは誰か——を論じる抽象度の高い理論であったが³³、七月王政末期に第 3 版が刊行された時点では、同理論はすでにフランス革命に引き続く一連の混乱を経験し、既存の問題との関係で具体的に論じられた³⁴。次のような問題である。

³⁰ Jean Baptiste Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du code civil*, 3^e éd, par Claude-Denis-Auguste Valette (V. Lagier, 1842).

³¹ “Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio. Incolas vero domicilium facit.” L. 7, C. de incolis (10, 39). より原文に忠実で、後世に影響を与えた解釈論として、次がある。Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.8, (Veit, 1849), § § 351ss.

³² Proudhon, *supra*.note.30, (1842), par Valette, p.190.

³³ 1799 年に刊行された初版には、次のようにあった。「住民 [としての資格] Incolat は、来訪した外国人がフランスに定住することによって保障され、共和国民 républicole としての資格を得させるものである。その受け入れを妨げる法律がなければ、外国人は、フランス人と同じようにフランスに住所 domicile を得ることができる。それはまた、フランス市民の諸権利を得ることができる憲法的＝構成的 constitutionnelle 様式でもある。その人は、共和国内に合法的に自らの住所を得るや否や、本国生まれであるかのように共和国民となるのである。第 2 の祖国を採る新たな共和国民は、市民のために結集する人々の間に共通する利益や特権を、憲法の恩典の下に許容され、享受するのであり、いわゆる外国人 étranger proprement dit と混同されてはならない。後者 [=いわゆる外国人] の性質は他国に生まれ、フランスに定住していない人や短期間しかいない人、単に事実上の居所 une simple résidence de fait があるにすぎない人にもみ当てはまる。出生した祖国を離れ、もはや帰還せず永住しようとしていることを表明しない限り、外国人は、常にそのようにみなされる」。Jean Baptiste Victor Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence françaises* (Tissot, 1799), pp.88-90. その主な機能は、本国を離れ、移動先の国に住所を有し、もはや帰還する意思がなく、永住する意思がある外国人を「いわゆる外国人」から区別し、前者に共和国民 républicole と同じ処遇を与えることであるに留まる。

³⁴ 関連して、1851 年 2 月 7 日の法律は、民法第 9 条を修正し、フランスに出生した外国人を親としてフランスに出生した子はフランス人となるが、成人に達したとき、フランス国籍を放棄し、親の国籍を選択する旨を申請することができるものとしたが、1874 年 12 月 16 日の法律は、外国人であり続けることを希望する場合、当人に対し、出身国であると主張する国の国籍の保持を証明する義務を課すものとした。1889 年 6 月 26 日の法律は、フランスに出生しかつフランスに住所を有する外国人の第一世代のみに親の国籍を選択する権利を留保し (第 8 条 4 項)、フランスに出生した外国人を親としてフランスに出生した個人は、通常、親の国籍を選択したり、親の出身国に帰還したりすることができないものとした (第 8 条 3 項)。19 世紀末にかけて、国籍の保持に伴う義務を回避するために住所を有さない人々の存在がむしろ問題視された。同時代の国籍法を代表する 1 人であるヴェイス (André Weiss) は、1892 年に、次のように書いていた。「heimathlosat (ドイツ語の heimathlos、住所を有していない人 sans domicile) と私たち

「フランスには、出生上の外国人 *individus étrangers de naissance* であり、欧州各地からやって来て技術や技能を磨き、政府の許可を受けないまま、一生に亘ってずっと定住している人が無数にいる。戦乱に巻き込まれて捕虜等として連れてこられた後、情勢が落ち着き、帰還する意思がなく、かといって国王の特別の許可も受けずに、たくさんの人が定住しているのである。この人々の属人法＝人格的状态 *état personnel* は、いかなるものか」³⁵

革命後のフランス法は、住所に依拠した成員資格の確定とそれに附随する義務を廃止していたところ、ロシアに対して負う義務を免れるため、住所を移転する人々の存在が問題とされている。この問題に対して、ひとまず次のように述べられる。

「帰国する意思がなく外国に定住したフランス人は、フランス人としての資格を剥奪される。なぜなら、私たちは、破棄された社会契約を遵守できないからであり、そこから生じるあらゆる義務と負担も永久に放棄するからである。同じ理由から、自国を離れ、フランスに永住し、ふたたび帰還しないロシアの住民は、もはやロシア人とはみなされえない。そうでなければ、その人がせつかく隷属状態を離脱しても、自由の国のなかで依然として農奴であることになってしまう。」(下線追加)³⁶

この一文では(1) 帰国意思がないこと(すなわち *animus* の要素)と(2) 外国領域における定住(すなわち *corpus* の要素)とによって社会契約論を破棄せざるをえないことが述べられた後、それがフランス領域内にいるロシア人に延伸されている。フランスが「自由の国」であることも、その正当性を補強するものとされている。そして、国家への成員資格の変更に伴い、意思を喪失したり、そうして法において人であることをやめたりしない旨が確認されている。次のようにある。

「国を変えたために、出生上の外国人は、もはや祖国をもたないとみなすことはできない。その人は一方のみを捨て、もう一方を得ようとしたからである。国家を変えたからといって、その人をあらゆる法の外に置くことはできない。その人は *un mort civilement* [=生物としては生きているが法的には死亡したものとみなされる地位を指す] として扱われるべきではないのである。したがって、その人格は、その行為と

が呼ぶものを生み出すこの状況には非常に深刻な欠陥がある。*heimatlosen* は、国籍を何よりも負担や義務の淵源であると考え、それらから逃れるために喜んで国籍の利点を放棄しようとしている。彼らは、彼らが暮らす土地であらゆる保護を奪われているだろうか。否、どこでも、*humanité* が外国人に好意的な最低限の権利と保障を認めている。そして、その最低限は、彼らにとって十分である。公立学校と病院は彼らに開かれている；困窮状態にあれば、地方当局から支援と配給を受けることができる；地方裁判所も、祖国や判例を守ってきた人の主張を支持するより *peregrini sine civitate* の嘆願に耳を傾ける傾向がある。かくして、*heimathlos* は、いずれの土地でも国民でないまま、あらゆる土地で外国人の権利を援用していくこととなる」。André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t.1 De la nationalité, (L. Larose & Forcel, 1892), pp.20-21. このとき、社会契約論的な国籍の定義も同時に残しており、他面では、第一次大戦勃発に前後して、帰化市民から国籍を剥奪する措置の流行を許した可能性がある。クンツ (Josef L. Kunz) がヴェイスとルソーの社会契約論の同一性を指摘している。Josef L. Kunz, *Die völkerrechtliche Option*, Bd. 1, (F. Hirt, 1925), p.75. ただ、ヴェイス自身による社会契約論の肯定的参照は、イングランドの「永久的忠誠」論に批判的立場を採る文脈に置かれていた。*Ibid.*, p.12.

³⁵ Proudhon, *supra*.note.30, (1842), par Valette, p.191.

³⁶ *Ibid.*, p.193.

ともに、あらゆる法令に服さなければならない。ロシアの法は、もはや疎遠な＝外国的なもの *étrangères* となる。なぜなら、その人はもはや、その人がいた集団の一部ではないからである。そして「ロシア法」は、フランスにあるその人の住所に達することができないだろう。その人の行為がフランス法に服するのと同様、その人の資格は今や、フランス法によって規律されなければならないということも明らかである。」

(下線追加)³⁷

この一文では「資格 *qualités*」＝ある／ないの次元と「行為 *actions*」＝する／しないの次元との区別が前提とされていることが重要である。ある／ないの次元では、生物学的な人であってもそれ以上に法的な人であるか否かが問われうる。この次元において法上の死と市民との間に設定されるものとされたのが、ブルードン＝ヴァレットのヴァージョンの「住民 *incola*」論であった。

「この出生によって外国人となった人は、国王の許可を受けることなく定住したため、フランスですべての市民的権利 *droit civil* を享受しない。かといって、一切の市民的権利を享受しないのではない。完全な享受と完全な剥奪の間には大きな違いがある。法は、すべての権利を奪うわけではなく、すべての権利を与えるわけでもない。それが私たちがその人の地位と資格を規律する純粋に人格的な諸権利 (*les droits purement personnels*) を、その人が取得するのでであると主張する理由である。」³⁸ (下線追加)

また別の前提として、この「住民 *incola*」論において、「出生」は、自らの意思によらない成員資格の取得様式と位置づけられている。若干の補足を加えれば、時代が下り、人が意思と身体を兼ね備え、それぞれの意思と身体の連環を尊重されるべき存在として捉え直されてくるに従い、意思によらない出生は、意思による成員資格の取得様式（帰化や移住など）に劣後するものと想定されているようである。ただし、ここに具体的に想定されている人々は、国王の許可を受けていないため、保障されるのは、純粋に人格的な権利に留まると考えられたのである。

2.1.2. 戦間期における難民＝無国籍者問題

以上に確認したブルードン＝ヴァレットの「住民 *incola*」論は、戦間期のいかなる文脈に援用されたのか。この点について本稿が主張しなければならないのは、難民の地位に関する国際法は、しばしば想定されているように、第二次大戦後に突如形成されたものではなく、その全体的構成を戦間期に形成した、ということである。それを構成する個々の法規則の形成を実質的に担ったのは、国際連盟ロシア難民高等弁務官の下に設置された「民間団体諮問委員会」(*Comité consultatif des organisations privées: CCOP*) であり、同委員会に参集した外交官と法学者である。CCOP の各委員は、ロシア帝国とアルメニア第一共和国をかつて構成していた地域からフランス共和国等の領域に移住していた或る種の当事者であり、その形成に情熱を傾ける特殊な事情をもっていた。

³⁷ *Ibid.*, pp.193-194.

³⁸ *Ibid.*, p.196.

その戦間期、難民の地位に関する国際法文書を起草する動きが開始された契機は、十月革命とそれに引き続く赤軍と白軍の戦闘、飢饉の深刻化等により³⁹、多数の人がバルカン半島からコンスタンティノープルに至る地域に退避した事態である⁴⁰。1921年2月、他の民間団体とともにすでに現場に入っていた赤十字国際委員会の代表者アドー（Gustav Ador [1845-1928]）は、国際連盟理事会に宛て、物的援助の要請ではなく、「法的保護を受けず、十分に定義された法的地位をもたない」⁴¹まま欧州に散らばっているロシア難民のために行動を執るように請願を送付した。

この請願は、次の3点から構成されていた。第1に、「20世紀の欧州に国際法によって認められたいずれの法的組織によっても保護されていない人が80万人もいることはありえないことであるため、一切の政治的思惑を入れることなく、ロシア難民の法的立場を定義すること」⁴²（強調ママ）。第2に、「特にロシアへの本国帰還を見越して、最も望ましいと思われる国での就労を組織する措置を執ること」⁴³。第3に、「複数の民間団体により現時点ですで行われている活動を国際連盟の保護の下に結集し、国際連盟高等弁務官の包括的指揮の下でさらに展開させること」⁴⁴。

このような問題認識が示された背景には、第一次大戦後の国際秩序の再編が「国民性原理（le principe des nationalités）」に深く依拠したことも一因であったはずである。国際連盟理事会は、この請願を受け入れ、1921年3月、この問題を議論するための政府間会合を招集する決定を行った⁴⁵。そして、その第2回会合（1921年9月16日～19日）で、CCOPの設置が決定された。CCOPの委員には、大戦前までロシア帝国の大使としてコンスタンティノープルに駐在していた⁴⁶マンデリシタム（André Nikolaevitch Mandelstam [1869-1949]）や、サンクトペテルブルク大学の国際私法講座を担当しながらロシア帝国

³⁹ Madeleine de Bryas, *Les Peuples en marche: Les Migrations politiques et économiques en Europe depuis la guerre mondiale*, (Pédone, 1926), pp.55-56.

⁴⁰ League of Nations, *Official Journal*, (1921), vol.2 (2), pp.225-229.

⁴¹ League of Nations, *Official Journal*, (1921), vol.2 (2), p.228.

⁴² *Ibid.*, p.228.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, p.229.

⁴⁵ 1点目の法的定義について、「このことは一義的には難民が生活する国の政府の事項であると思われるものの、本理事会は、国際的な取極または協力が価値をもちうるものと認識して」と回答した。2点目のうち「本国帰還」については、「[連盟]理事会がソヴィエト当局との間で難民に関する議論に入ることは現時点では不可能である」と留保を示しつつ、「難民の就労または出移住の組織化の指揮」については、「諸政府がすでに執った措置、これから執ると予期される措置」に関する情報を事務総長が収集し、理事会に報告する予定を組むとの回答がなされた。請願の3点目（活動の組織化）については、このときには回答がなされなかったものの、やがてナンセン（Fridtjof Nansen）がロシア難民高等弁務官に任命された。

⁴⁶ Kévonian, « Les juristes juifs russes en France... », *supra*.note.28, pp.76-78. マンデリシタムの人物や経歴について、近年いくつかの論文が公表された。Helmut Philipp Aust, “From Diplomat to Academic Activist: André Mandelstam and the History of Human Rights”, *European Journal of International Law*, (2014), vol. 25, pp.1105-1121; Dzovinar Kévonian, “Andre Mandelstam and the internationalization of human rights (1869-1949)”, Pamela Slotte and Miia Halme-Tuomisaari (eds.), *Revisiting the Origins of Human Rights*, (CUP, 2015), pp.239-266; Hülya Adak, “The Legacy of André Nikolaievitch Mandelstam (1869-1949) and the Early History of Human Rights”, *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte*, (2018), vol.70, pp.117-130.

の外務省の法律顧問を務め、後に国際私法学会会長等を歴任したノルデ（Boris Emmanuelovitch Nolde [1876-1948]）⁴⁷、ロシア帝国の外交官であったグルケヴィッチ（Konstantin Nikolaïevitch Goulkevitch [1865-1935]）やマクラコフ（Vassili A. Maklakov [1869-1957]）らがいた⁴⁸。

第2回政府間会合にマンデリシタムがロシア人団体を代表して提出した請願は、第1に、在外ロシア人に革命前の旧ロシア民法 SVOD Zakanov を適用し続けること、第2に、旧ロシア外交代表の代表権限を認め続けることを求めた⁴⁹。やや下の世代に属し、同じく CCOP の委員であったヴィシュニャック（Mark Veniaminovich Vishniak [1883-1977]）も同様に、ハーグ国際法アカデミーの講義で、次のように講じたと記録される。

「ロシア人出移民 *émigrés russes* の属人法＝人格的地位 *statut personnel* を国内法ではなく、本国法によって決定することは、その市民生活の多くの点でその人々をネーションではなくする＝国籍が剥奪された状態にする *denationaliserait*。[...] 求められる唯一の解決策は、国際私法分野における旧ロシア民法 *Svod Zakonov* の承認である。それはボリシェヴィキ革命以前に様々な国で承認されていたのと同じ効果をもっている。」⁵⁰

「ロシアで権力を篡奪したボリシェヴィキ党は、ロシアの人民によって承認されておらず、したがって外国に対して正統政府 *un gouvernement de jure* の性格を備えているふりをすることはできない。国際条約によって割り当てられた限界の範囲内で難民の法的保護を確保することについて、かつてのロシア外交・領事代表がなお最大の権限をもっていることは明らかである。したがって、出移民の法的な保護は、この代表の手中に留められるのでなければならない。」⁵¹

端的にいいかえれば、2つの問題がある。第1は、本国政府から国籍を剥奪された人の属人法＝人格的地位であり、第2は、本国政府から代表権限を剥奪された外交官の代表権限である。

国際連盟は、これらの問題とは別に、より根本的な解決策として、ソヴィエト・ロシアとの間に本国帰還協定を締結し（1922年9月）⁵²、在外ロシア人をロシアに送還しようとしたことがあった。しかし、その履行に際しては、ロシア赤十字職員がスパイ容疑で逮

⁴⁷ *Ibid.*, p.78.

⁴⁸ やや下の世代には、特に第二次大戦後『国際憲法』（1933年）等の著作で知られることとなるミルキヌ・ゲツェヴィチ（Boris Sergueievitch Mirkine-Guetzévitch: 1892-1955）もいた。次を参照。Boris Mirkine-Guetsevitch, *Droit constitutionnel international* (Sirey, 1933). B.ミルキヌ＝ゲツェヴィチ（宮沢俊義、小田滋・訳）『国際憲法：憲法の国際化』（岩波書店、1952年）；ミルキヌ＝ゲツェヴィチ（小田滋、樋口陽一・訳）『憲法の国際化：国際憲法の比較法的考察』（有信堂、1964年）。

⁴⁹ *Mémoire sur la question des réfugiés russes présenté au Conseil de la Société des nations par la Conférence des organisations russes, réunie à Paris en août 1921*, (Impr. Union, 1921). See also Gousseff, *L'exil russe...*, *supra*.note.29, p.224.

⁵⁰ Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, (1933), vol.43, p.191.

⁵¹ *Ibid.*, p.223.

⁵² League of Nations, *Official Journal*, (1922), vol.3 (6), p.1226.

捕・殺害され、同協定は履行されなくなっていた⁵³。また、1925年から1929年までの間に、国際労働機関による第三国（特に南米諸国⁵⁴）への就労斡旋を試みた⁵⁵ものの、十分な資金を調達できず、また、もともと都市部の住民であった人々が農村部に定着できなかったため、計画は頓挫していた⁵⁶。これらの失敗によっても、移住先国（特にフランス）における自分たちの「地位」は、いっそう重大な問題として受け止められるようになっていたのである。

2.1.3. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の援用による対抗

プルードン＝ヴァレットの「住民 incola」論は、端的に言えば、旧ロシア民法 SVOD Zakanov を適用し続けるべきであると主張する立場（ロシア人団体の第1の要請）に対抗する立場として援用されたものである。

フランス政府は、早くも1917年10月には、革命後も旧ロシア帝国政府代表の代表権限を承認し続けることを決定していたが、1924年10月には、ソヴィエト・ロシアと電報を交換し、国交を正常化した。そうして、フランスの国璽尚書が発出した1925年4月28日付の通達が「ロシア難民」と「ソヴィエト市民」を区別した上で、前者へのフランス法の適用を求めた⁵⁷にもかかわらず、フランスのいくつかの裁判所が、ロシア帝国政府との間に締結していた在仏ロシア人への旧ロシア民法の適用を認める仏露通商航海条約（1874年4月1日署名）第2条の効力を肯定する判断を下していた⁵⁸。

加えて、ロシア人難民団体が旧ロシア民法の継続的適用を要請した時点では、ロシア難民は未だ形式的にはロシア国籍を保持していたが、同じ1921年の12月には、ソヴィエト・ロシア（＝全ロシア中央執行委員会）が、「外国に暮らしている特定類型の人からの国籍に伴う権利の剥奪」に関する法令を公布し、在外自国民から国籍を剥奪した⁵⁹。こうした文脈で、たとえば、「住民 incola」論は、次のように参照された。

⁵³ Skran, *Refugee in Interwar Europe...*, (1995), *supra*.note.28, p.154.

⁵⁴ ILO 難民部は、アルゼンチン、ブラジル、パラグアイ、ウルグアイを5ヵ月間かけて移住の可能性を調査した。

⁵⁵ League of Nations, *Official Journal*, (1924), vol.5 (7), pp.904-906.

⁵⁶ 最終的に南米に移住したのは450名程度に留まると報告される。“Report on the Work for Refugees by the Director of the ILO”, p.122, cited in Skran, *Refugee in Interwar Europe...*, (1995), *supra*.note.28, p.191, n.20, pp.191-193.

⁵⁷ *Journal du droit international*, (1926), t.53, pp. 233 et 1166. 「前者は、URSS がロシア国籍を出移民として承認しておらず、古いロシア法が廃棄された結果として属人法＝人格的地位 statut personnel をもっていない。[...] フランスの裁判所は、難民が服すべき法を評価しなければならず、あらゆる事項でそれは事実上の住所地、すなわちフランスの法である」。

⁵⁸ 特に、Strauss 事件パリ控訴院判決（1921年12月28日）と Jouditski 事件エクサンプロヴァンス控訴院判決（1923年5月31日）。*Journal du droit international*, (1922), t.49, p. 139 ; (1924), t.51, p. 104. 他面、フランス政府は、旧ロシア帝国の政府代表から構成される「ロシア難民中央事務局」（l'Office central des réfugiés russes : OCRR）（代表者：マクラコフ）の設立も主導した（1925年5月9日付省庁横断通達）。See Gousseff, *L'exil russe...*, *supra*.note.29, p.253.

⁵⁹ 同法令が国籍を剥奪したのは、たとえば、①「5年以上間断なく外国に居住し、かつ、1922年6月1日以前に、ソヴィエト政府の代表から外国旅券またはそれに対応する証明書を受け取っていない人」、②「1917年11月7日以後、ソヴィエト当局の許可を受けることなくロシアを出国した人」、③「ソヴィエト当局に対する武力闘争に自発的に参加したか、何らかの方法で反革命団体に参加したことがある人」等

「ロシア難民は [...] もはやロシア人ではなくフランス人でもない。国籍をもっていない。」⁶⁰

「heimathlasat [=無国籍者 [独]] や apatridie [=無国籍者 [仏]] の理論は、永住している外国人ではなく、国籍をもっていない人に適用されるため、住民 incolat の理論とは異なる。[...] したがって、フランスの国際法規則の現状では、プルドンが考案した住民 incolat の理論をふたたび採ることはできない。しかし、その寛大な考えはロシア難民について採られる価値がある。その地位の改善には至らないとしても、その状態をもっとよくするはずである。」⁶¹ (下線追加)

「公的権利 droit public に関するフランス法は国民のみを保護しているため、フランスでは無国籍者の地位は外国人の地位である。ところが、その人は、自身の外国国籍を保持していないため、その人に保護を及ぼすことは論理的に不可能である。したがって、ロシア難民は、外国人の地位に関するフランスのすべての規定の対象となる。これらの規定は、その保護を意図するものではなく、外国人がフランスで過度の影響力を行使することを防止し、国家主権を保護することを意図している。それは制限的な措置である。ロシア難民は、対外国人警察法が適用され、不服申立ての機会がなく追放される可能性がある。1923年4月1日の法律では、フランス軍への兵役の提供を課され、特定の職業に就くことを禁止され、法律扶助を拒否されており、訴訟が起きた場合には、訴訟費用の担保を求められるおそれもある。難民は、フランスによって保護を受けていない。自身の以前の国籍を喪失しているため、外国による保護を受けることもない。その立場は窮境に置かれている。プルドンの考えは、その存在を楽にするためにふたたび採ることができる。」⁶² (下線追加)

「無国籍者」は、外国政府の「保護」を受けることができないが、フランス法上の諸種の制限的措置の対象とみなされ、フランス政府の「保護」を受けることもできない。ここに参照されるべきとされたのが、プルドン＝ヴァレットの「住民 incola」論である。この文脈において、「保護」とは、すなわち、意思と身体を兼ね備える人としての地位＝人格的地位の保障である。

また別の論者は、よりはっきりと旧ロシア民法の継続的適用に留保を付し、次のようにそれに言及した。

「[ロシア難民] がフランスでいくつも小ロシアを形成し、閉鎖的に暮らしていくならば、住民が常に同質的にネーションの感覚 sentiment national に結びつくことについて長期的に国の公序を危うくするおそれがある。かといってロシア難民からすべての権利を剥奪してしまえば、亡命者はフランスですべての人が権利を自然にもつとの法

である。Cited in John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, (1927), vol. 8, p.45.

⁶⁰ Jean Delehelle, *La Situation juridique des Russe en France*, (Imprimerie L. Danel, 1926), p.219.

⁶¹ *Ibid.*, pp.218-219.

⁶² *Ibid.*, p.220.

的事態を主張することができないかのようであり、フランス法の伝統であるはずの衡平に反していよう。[...] 真実は、法的中庸の内にあるようである。」⁶³

「その人々 [=ロシア難民] は、その国籍の観点からみれば外国人に留まっており、ネーションとしての生 *vie national* の仕事に一切参加していない。にもかかわらず、プルードンが住民 *incolat* 論の内に示したものに類似した現象が起きている。その人々は、ほとんどの場合、永住を認められており、同化まで長くかからないものと思われる。その人々の事案は、ナントの勅令廃止後や革命後にイングランドやドイツなどの近隣諸国に移り住み、その地に子孫を残したフランス人出移民の状況に酷似しているのである。」⁶⁴ (下線追加)

ここに唱えられる解決策は、在仏ロシア人に旧ロシア民法を適用し続ける案を拒けつつ、かといって無国籍状態に置くのでもなく、領域国であるフランスの民法を適用する方策である。そのために、フランス人出移民の歴史的記憶⁶⁵とともに、「住民 *incola*」論が援用されている。その争点は、本国から国籍を剥奪された在仏ロシア難民に対し、旧ロシア民法とフランス民法のいずれが適用されるべきかにあったのである。

そして、本国政府からが代表権限を剥奪された外交代表の権限の承認（ロシア人団体の第2の要請）の問題とともに、この問題に決着を付けたのが、第5回政府間会合（1928年6月28日～30日）で採択された「ロシア難民およびアルメニア難民の法的地位に関する取極」⁶⁶（以下「1928年取極」）であった⁶⁷。

⁶³ Dimitri Petchorine, *Questions concernant la condition des Russes en France et celle des étrangers (spécialement les français) en U. R. S. S.*, (Sirey, 1929), p.17.

⁶⁴ *Ibid.*, p.51. See also Noël Vindry, *L'apatridie (Absence de Nationalité)*, (Imprimerie Librairie A. Makaire Aix, 1925), p.58.

⁶⁵ アウクスブルクの宗教和議（1555年）が、*cuius regio, eius religio* を原則とした上で、領民が領主とは異なる信仰をもつ場合に「納税後の不動産の売買を阻害されず、名誉も毀損されずに」「他の領地に定住するため妻子とともに自宅を離れる」ことを許容した（同24条）。あるいは、ナントの勅令（1598年）が、フランスのユグノー集住地区における政治活動、独自の軍隊の組織化、宗派間訴訟のための混合裁判所の設置、出版・信仰の自由等を保障したが、自身への権力集中を図ったルイ14世によって1685年に廃止され、それによってユグノーは財産を没収されたり、ガレー船での労働を課されたりしたほか、特に、出移住を禁止された。この出移住禁止措置が周辺国から従前の国際約束に反するものと認識されたことは、後世の認識に長く消えない痕跡を残した。ユグノーが偽装や贈賄等を通じて出国を試みるなか、とりわけ大選帝侯フリードリヒ・ヴィルヘルムが発布したポツダム勅令（1685年10月29日）は、フランスにおける「過酷な迫害」（前文）を背景に、また、宗派の同一に基づいて（前文）、関税免除（同4条）や、居住地の割り当て（同5条）、農具の提供（同6条）、住民との同一待遇（同7条）、特定の職業に就く自由（同8条、同9条）等、一定の好意的待遇を保障した。出移住は、国際平面に意思と身体を兼ね備える存在として人が現れる数少ない文脈の1つである。

⁶⁶ League of Nations, *Arrangement Relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees*, 30 June 1928, League of Nations Treaty Series, Vol. LXXXIX, No. 2005.

⁶⁷ たとえば、カサン（René Cassin）は、19世紀にはすでにポーランド難民がプルードン＝ヴァレットの「住民 *incola*」論を著名にしていたが、第一次大戦中には、帰化した人から国籍を剥奪する法令が多数の国で発布され、第一次大戦後には、領域の帰属が変更されたことで、未曾有の規模の無国籍者が発生したと述べて、特にロシア人出移民の法的地位が不安定な状態に置かれている事態を取り上げ、フランスでは、ソヴィエト・ロシアの承認後、既得権を除くほか、住所地法の適用を受けるものとされており、1928年6月28日に国際取極も同様に規律したのであると指摘する。René Cassin, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de loi », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, (1930), pp.751-752.

2.2. 難民の国際的地位の法典化

2.2.1. 「ロシア難民とアルメニア難民の地位に関する国際取極」(1928 年)

この 1928 年取極は、民間団体諮問委員会内の小委員会（特別報告者：ルビンシュタイン (Jacob Lvovitch Rubinstein [生没年不明])）の提案をそのまま採択したものである⁶⁸が、その第 2 条は、「ロシア難民とアルメニア難民の属人法は、各国の旧法がもはや認められていない国では、その住所国または常居所国の法に準拠するか、そうした国がない場合、居住国の法に準拠するかのいずれかにより決定されるよう勧告する。[...]」と規定した。この規定の背景にブルードン＝ヴァレットの「住民 incola」論が控えていたことは当時には広く知られていた⁶⁹。

そして、1928 年取極の第 1 条は、もう 1 つの問題について、代表権限を喪失したロシア帝国（および消滅したアルメニア第一共和国）の外交代表に代わり、難民高等弁務官の現地代表がその権限を担うこととした⁷⁰。次のようにある。

「難民高等弁務官は、可能な限り多くの国に代表者を任命することにより、当該役務が国家当局の排他的権限の範囲内にあるのでない限り、次の役務を行うよう勧告する。

- (a) 難民の身分と立場を保証すること；
- (b) 難民の出身国において発行された文書または執られる行動に基づく限り、その親族としての立場と市民としての地位を保証すること；
- (c) 出身国の旧法に従い、当該国において発行された文書の正規性、有効性および適合性を証明すること；
- (d) 難民の署名および自らの言語により作成された文書の翻訳の謄本を確認すること；
- (e) 個別の難民の良好な性格および行動、経歴、資格または学歴について当局に証明すること；
- (f) 特に、査証、当該国における在留許可、学校、図書館その他への入場許可の取得に際して、権限ある当局に対し、個別の難民を推薦すること。

⁶⁸ League of Nations, *Arrangement Relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees*, 30 June 1928, *League of Nations Treaty Series*, Vol. LXXXIX, No. 2005. 同取極の当事国は、オーストリア、ベルギー、ブルガリア、チェコスロヴァキア、エストニア、フランス、ドイツ、ギリシャ、ラトヴィア、ポーランド、ルーマニア、スイス、ユーゴスラヴィアである。

⁶⁹ See B. Trachtenberg, « Arrangement International Relatif au Statut Juridique des Refugies Russes et Armeniens et son Application en France », *Revue de droit international privé*, t.5, (1930), p. 640-643; Cassin, « La nouvelle conception du domicile... », *supra*.note.67, (1930), pp.751-752.

⁷⁰ 「ロシア難民」と「アルメニア難民」の定義は、先行する第 4 回政府間会合（1926 年 5 月 10 日～11 日）で採択された「ロシア難民とアルメニア難民に対する身分証明書の発行に関する取極」にすでに与えられており、その性質上自らを代表する国を喪失した人とされていた⁷⁰。すなわち、「ロシア難民：ソヴィエト社会主義共和国政府の保護（protection）を受けずまたはもはや受けておらず、かつ、他の国籍を取得していない、ロシアを出身とするすべての人。アルメニア難民：トルコ共和国政府の保護（protection）を受けずまたはもはや受けておらず、かつ、他の国籍を取得していない、オスマン帝国のかつての臣民であり、アルメニアを出身とするすべての人。」League of Nations, *Arrangement Relating to the Issue of Identify Certificates to Russian and Armenian Refugees*, 12 May 1926, *League of Nations Treaty Series*, Vol. LXXXIX, No. 2004. 同じ定義をそのまま採用した 1928 年取極を含め、戦間期の国際法文書における難民の定義には、「迫害」の要素は含まれていなかった。

上記代表は、関係政府によって任命され、かつ、関係政府とともに行為しなければならない。高等弁務官は、人または団体がすでにその資格で非公式に行っている国では、その役務を遂行することができる。

各政府は、当該代表が発行する文書が公的性格を備えるものと認めるかどうかを決定する自由をもつ。いかなる場合も、その文書を最大限考慮に入れるように勧告する。また、文書の配布または上記手続の遂行にあたり貧困状態に置かれていない難民に課される料金が適正であるよう勧告する。

当該代表の活動は、完全な非政治的性格をもち、居住国当局にかかる義務に一切干渉しないものとみなされる。」

同条 (a) ～ (f) に特に明らかなように、その人の権利義務如何ではなく、国際連盟が代表を喪失した人を代表することで、その人の存在を（ふたたび）法の内に取り入れることが志向されている⁷²。

2.2.2. 「難民の国際的地位に関する条約」(1933 年) とその起草理由

1928 年取極の履行状況を反映し、その内容に法的拘束力を付与すべきである旨の CCOP の提案が受け入れられ、国際連盟の下で起草されたのが「難民の国際的地位に関する条約」⁷³（以下「1933 年条約」）である。

同条約の起草者は 3 名からなり、フランス外務省訟務部部長でありナンセン国際事務局運営部の副部長、政府間諮問委員会の委員長であったドゥ・ナヴァイユ・ラバテュ (Édouard de Navailles-Labatut [1869-1949])、CCOP の委員であった前出のノルデとルビンシュタインである。

1928 年取極起草時の特別報告者でもあったルビンシュタインは、それまでの国際実行を振り返りつつ、1933 年条約の起草理由を説明している。

まず、難民問題の解決策としては、(1) 人道的干渉、(2) 植民、(3) 本国帰還、(4) 帰化がありうるが、(1) 「対外的干渉」による難民流出原因の除去については、「そうした行動は望ましい結果を生じないし、その持続性を確保することもない」⁷⁴ため、「現実的な解決策」として (2) 植民、(3) 本国帰還、(4) 帰化が残る。

⁷² ここにいう「貧困状態に置かれていない難民に課される料金」とは、いわゆる「ナンセン・パスポート」の発行料の支払いが、「貧困状態」に置かれている場合には、難民に求められないことを示している。1928 年取極以前のいくつかの身分証明書の発行に関する取極に基づいて発行されたこの証明書の発行料は、国際連盟難民高等弁務官の活動資金に充てられており、難民同士の相互扶助を制度化したものであった。1928 年取極の他の内容としては、他に①相互主義に基づき外国人一般に与えている好意的待遇を相互主義によらず承認すること（第 4 条、第 5 条）；②外国人労働に関する厳格な規制を適用しないこと（第 6 条）；③他国に正規に入国しえない場合に追放を行わないこと（第 7 条）；④公租公課について内国民待遇を与えること（第 8 条）；⑤身分証明書発行国に帰還しう旨の査証を添付すること（第 9 条）等が規定されている。

⁷³ League of Nations, *Convention Relating to the International Status of Refugees*, 28 October 1933, *League of Nations Treaty Series*, Vol. CLIX No. 3663.

⁷⁴ Jacques L. Rubinstein, “The Refugee Problem”, *International Affairs*, (1936), vol.15, p.716.

このうち(2)植民は、「農業改革の時代には植民が解決として考えられていた」⁷⁵ものの、かつて農民であった人の植民と「都市生活者や公務員、知識人、兵士であったロシア難民」や「貿易商であったアルメニア難民」等とは事情が異なり、南米への就労斡旋計画が「平凡な結果」に終わったことに加え、いずれにしても「難民の規模に対して必要な資金が多すぎる」⁷⁷。(3)本国帰還は、実際に失敗しており、「体制が根本的に変化しなければ、大規模な帰還が実現することはない」⁷⁸。(4)帰化は、1929年の国際連盟総会第10会期で提案されたものの、2つの制約要因があった。その1つは、大規模な帰化の拒絶であり、もう1つは、国家側が帰化に値すると考える人以外の帰化を行うことへの反対である。例外的にシリアでアルメニア難民の大規模な帰化が実施されえたのは、シリアが委任統治領であり、アルメニア人が旧オスマン帝国の住民であって人種的・文化的に異なる人の統治下で生活することに慣れていたからであった⁷⁹。

したがって、ルビンシュタインは、その追求よりも「問題を消すこと」に焦点を当てるべきであると論じている。その「問題」とは、「数百万人の人々が、保護を受けず、法的国籍をもたず、定められた地位をもたない状態にあること」である⁸¹。難民は当初こそ支援を受けるが、やがて自律しなければならなくなるため、避難国での難民の統合により「その外国人の地位に適合する限りで『国民』と同一の取扱いを受けるようになる」⁸²可能性に期待すべきであると考えられる。それゆえの「地位」の法典化であった⁸³。

ルビンシュタインによれば、この文脈で「すべての難民は、無国籍者である」⁸⁴。難民に保障されるべき地位の内容は、(1)移動と居所選択の自由、(2)居所の保障、(3)準領事役務、(4)相互主義からの免除、(5)国際的保護である⁸⁵。

⁷⁵ *Ibid.*, p.717.

⁷⁷ *Ibid.*, pp.718-719.

⁷⁸ *Ibid.*, p.719.

⁷⁹ *Ibid.*, p.719.

⁸¹ *Ibid.*, p.720.

⁸² *Ibid.*

⁸³ 難民の地位に関する国際法は、もともと「白人男性」しか対象としておらず、そうではない人々を包摂するように変化してきた（あるいは変化すべきである）と語られることがある。しかし、1933年条約第9条は、「失業者、身体的・精神的な疾病を患う人、生計手段を稼ぐ能力のない高齢者や虚弱者、その家族、第三国によって十分な支給を受け続けていない子ども、妊婦、産褥期の女性、乳飲み子の母」が「医療手当と入院治療を含む、必要な救援と援助」について「最恵国待遇」を受けるべき旨を明示的に規定しており、そうした形容は、実定法上の根拠を欠いている。また、一概に「白人男性」といっても、第一次大戦直後の時期には、一方では、CCOPの委員を含むが、他方では、少なくともコンスタンティノーブルで飢饉に巻き込まれた捕虜を含み、第二次大戦直後の時期では、戦争に動員されるも本国を裏切った人々を含むものと想定されていたとすれば、有意な類型化ではない。

⁸⁴ *Ibid.*, pp.720-721.

⁸⁵ *Ibid.*, pp.721-722.

ルビンシュタインは、(4) 相互主義からの免除について、相互主義を規定するフランス民法第 11 条とポーランド憲法第 95 条の規定⁸⁶を確認した上で、次のように書く。

「相互主義の規則は、根本的に復讐の脅威に基づくもので、それはそれで完全に公平な規則である。しかし、難民と無国籍者に適用されてしまえば、彼らは出身国政府の行為に責任を引き受けることができず、当該政府も彼らを介して行動を執ることができないことから、『不衡平』である。難民が相互主義の条件を満たすことはない。相互主義に関連して政治的に重要であるのは、特に、相続権や財産権、営業許可・特許を取得する権利、裁判を受ける権利、病院に受け入れられる権利、労働災害に対して完全な補償を受ける権利である。」⁸⁷（下線追加）

最後の (5) 国際的保護については、「外国人法は、外国人は当然その属する国に保護されるという仮定に基づいている」⁸⁸ため、無国籍者である難民を保護する機関が必要であり、特に、定住していない場合や不法滞在である場合、移動途中である場合にこそ保護が求められるため、その機関は、国家当局の立場に立つ国際的な機関でなければならないと述べている⁸⁹。

難民の国際的地位の法典化は、このように国際平面における「無」の発見から始められ、プルドン＝ヴァレットの「住民 incola」論の援用によって、その「無」は生物としての人ではなく、意思と身体を兼ね備える人として法の内に引き入れられた。戦間期フランスの眼前には、そうでなければ、すでに本国で効力を喪失した市民法の適用を求められるおそれがあったからである。

2.2.3. 「庇護」の範型との混同に伴うその起草理由の忘却

同じ思考の範型は、形式的には国籍を剥奪されなかったドイツ第三帝国からの難民流出にも拡大適用され、1935 年取極、1938 年条約、1939 年議定書において「事実上の難民の地位」を法典化させたが⁹⁰、スペイン内乱に前後する中南米諸国の介入や、国際連盟の外に招集されたエヴィアン会議（1938 年）におけるアメリカ合衆国の介入に伴い、「庇護」の範型に取って代わられていった。

第二次大戦後には、ヤルタ会談の場でソヴィエトとアメリカとの間にそれぞれの管轄下にいる捕虜の本国帰還を行う秘密協定が締結されたが、戦時中の裏切り行為に対する追及を恐れ、ソヴィエトへの帰還を拒む多数の人々の存在が知られるようになり、「古来の庇

⁸⁶ フランス民法第 11 条は、「外国人は、外国人が国民である国との条約によってフランス国民に与えられている、または与えられるべきものと同一の市民的権利をフランスにおいて享受しなければならない」と規定し、1921 年のポーランド憲法第 95 条は、「外国人は、相互主義を条件に、ポーランド国民と同一の権利を享受しなければならず、かつ、ポーランド国籍に基づく義務を除くほか、同一の義務を負わなければならない」と規定した。

⁸⁷ *Ibid.*, p.726.

⁸⁸ *Ibid.*, p.730.

⁸⁹ *Ibid.*, pp.729-733.

⁹⁰ See R. Yewdall Jennings, "Some International Law Aspects of the Refugee Question", *British Yearbook of International Law*, vol. 20, (1939), pp. 98-114.

護規則」⁹¹が想起されるとともに、アメリカ政府は、いわゆる「マクナニー＝クラーク指令」(1945年12月)で政策を転換し、以後、本国帰還を拒否し始めた。その拒否の法的正当化に向かう「難民と避難民に関する特別委員会」(1946年4月8日～6月1日)で初めて、「難民」の国際的定義に「迫害」という要素が入れられたのであった⁹²。

ただ、この「庇護」の範型は、そのみで本稿冒頭第1の問いに答えることができない。「保護」の範型も形式的には第二次大戦後に継承された。政府間難民委員会が1946年に準備した『無国籍とその一部の原因：概要』⁹³や、国際連合事務局が1949年に準備した『無国籍の研究』⁹⁴が戦間期の認識枠組を強く残しており、何よりも1933年条約の全体的構成は一見して明らかに1951年条約に継承されている。しかし、そこに伏在している実質的理由は、プルードン＝ヴァレットの「住民 incola」論が援用されるに至った議論枠組とともに、忘れられた。

3. 今日の法解釈上の論点との関連

以上、本稿は、難民の地位に関する国際法には、今日の学説においては一方の排他的正当性が主張されている2つの範型の双方が伏在しているものと考え、そのうちの一方である「保護」の範型をなお探求すべき課題であるものと考えた上で、難民の国際的地位が初めて法典化された戦間期の文脈において、19世紀中葉に提示されたプルードン＝ヴァレットの「住民 incola」論が援用された議論枠組を再構成した。そして、それにより、この「保護」の範型の伏在に至った実質的理由を提示することを試みた⁹⁵。その実質的理由は、思い切って単純化していえば、さもなければ法の外に置かれるおそれのある人の人格を承認することである。

以下では、以上に本稿が再構成した「保護」の範型の実質的存在理由に限って、今日の法解釈上の若干の論点との関連づけを図り、本稿を閉じることとする。

⁹¹ Mark R. Elliot, *Pawns of Yalta: Soviet Refugees and America's Role in Their Repatriation*, (University of Illinois Press, 1982), p.37.

⁹² 加えて、少なくともこの国際避難民機関憲章の採択(1946年10月3日)に至るまで、そして同憲章では、「迫害」は本国帰還の拒否を正当化する網羅的事由ではなく、「家族に関するやむをえない事由」や「疾病または虚弱」と並列する事由として位置づけられていた。United Nations, *Constitution of the International Refugee Organization*, 15 December 1946, *United Nations Treaty Series*, vol. 18, p. 3. 同憲章C(1)ほか、次を参照。IRO Records, *Manual for Eligibility Officers*, (1950), cited in Ivor C. Jackson, *The Refugee Concept in Group Situations*, (Brill, 1999), p.36.

⁹³ Intergovernmental Committee on Refugees, *Statelessness and Some of its Causes: An Outline*, (1946).

⁹⁴ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *A Study of Statelessness*, United Nations, August 1949, *Lake Success - New York*, 1 August 1949, E/1112; E/1112/Add.1.

⁹⁵ 1951年条約へのより直接的な影響をもつ条文の解釈論については、次を参照。溜池良夫「難民条約第12条について―難民の属人法問題」『国際法外交雑誌』第82巻4号(1983年)409-447頁; Vincent Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre », *Journal du Droit International*, (2014), t.141, pp. 447-475.

3.1. 迫害の主体

迫害の主体をめぐるのは、大きく2つの学説があり⁹⁶、本稿の冒頭に言及したグッドウィン・ギル＝マカダムとハサウェイ＝フォスターとの間の対立の焦点の1つである Horvath 事件判決にも、両学説が確認されている⁹⁷。

その一方によれば、「国家は、非国家主体に起因する損害を防止しえない場合ではなく、重大な損害を行うか、許可するか、または寛恕する場合に限り、責任を負う」⁹⁸。言い換えれば、出身国への迫害行為の責任帰属が肯定される場合に限り、難民該当性も肯定されると理解する⁹⁹。もう一方の立場は、「迫害」行為の責任が国家に帰属するかどうかを問わず、非国家主体による行為であっても難民該当性基準となる「迫害」から必ずしも排除されないと理解する。

グッドウィン・ギル＝マカダムとハサウェイ＝フォスターとの間の対立は、これらの学説の相違に対応してはおらず、いずれも非国家主体が迫害の主体である可能性を排除していない。ただし、グッドウィン・ギル＝マカダムが、やはり「中心となる問題は迫害に相当する損害のリスクでなければならない」¹⁰⁰と強調しつつ、たとえ国家責任法によって私人の行為の責任を国家に帰すことができる場合でも、難民法と国家責任法との「相関関係は単に偶発的なもの coincidental であって、規範的なもの normative ではない」¹⁰¹と主張したのに対し、ハサウェイ＝フォスターは、国家主体がその権限の外で行為した事案¹⁰²を例に「『迫害の主体』の意義やそれを難民法の重要な論点とすることは今や相当程度過去のものである」¹⁰³と主張し、主体の性質を判断すること自体の意義を限定して、その行為の性質をこそ判断すべきであると主張した。

本稿の冒頭に引用したハサウェイ＝フォスターからグッドウィン・ギル＝マカダムに向けられた「デュー・ディリジェンス」概念の援用への批判は、この直後になされたものである。ただし、ハサウェイ＝フォスターも、人権法に依拠して「迫害」を限界づけるべきであると述べていることから¹⁰⁴、人権法を適用するに際して結局国家の「デュー・ディリ

⁹⁶ Jean-Yves Carlier, « Et Genève sera... La définition du réfugié: bilan et perspectives », in Vincent Chetail, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après: bilan et perspectives* (Bruxelles, 2001), p. 63-89.

⁹⁷ *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, *supra*.note. 11, pp.4-5.

⁹⁸ Daniel Wilsher, "Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?", *International Journal of Refugee Law*, (2003), vol.15, pp. 68-71.

⁹⁹ See also Grahl-Madsen, *The Status of Refugees...*, (1966), *supra* note.19, p.189.

¹⁰⁰ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, pp.99-100.

¹⁰¹ *Ibid.* See also Andreas Zimmermann, "Art. 1 A (2) 1951 Convention", Andreas Zimmermann (ed), Jonas Dörschner, and Felix Machts, (Assistant. eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, (OUP, 2011), p.367.

¹⁰² *Svazas v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 74, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 31 January 2002.

¹⁰³ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status...*, (2014), *supra* note.13, p.306-307.

¹⁰⁴ それが正当化される理由としては、難民条約の前文第1文と第2文の文言のほか、「規範的レジティマシー」の観点から「国際人権法の広く批准された基準への言及によって迫害的損害の存在を評価するこ

ジェンス」が審査されうる限りで、ハサウェイ＝フォスターがグッドウィン・ギル＝マカダムに向けたのと同じ批判は、「迫害」の限界画定に際して人権法に依拠するハサウェイ＝フォスターにも向けられうる。

ここに本稿の検討を加えるとすれば、問題の中心は、人権法に包摂される可能性を残すが、それに基づく請求や責任追及を必ずしも包摂しないかたちで実現される、人格の承認にあるのであった。迫害の主体論に不可逆的な転換をもたらしたスイスの 2006 年判決¹⁰⁵の理由づけは、消極的に、もし迫害の主体が国家主体でなければならぬとすれば、

「(出身国が) アナーキーであればあるほど(受入国における) 難民の保護が縮小することになってしまう」¹⁰⁶ことの不合理性を指摘するものであったが¹⁰⁷、積極的には、この事由が働いたことを位置づけ直すことができるように思われる。つまり、迫害の主体論は、ハサウェイ＝フォスターが形容するように単に「過去のものとなった」のではなく、もともと難民の地位に関する国際法に外在していたのではないかと疑われる。

3.2. 受忍可能性審査

上記とはまた別に、難民該当性判断に「受忍可能性審査」と呼ばれる要件を課す実行がある。これは「迫害を受ける」という受動的な文言が採られることをもって「を理由に」として列挙される「人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見」を秘匿したり、その表現を自制したりすれば迫害を回避しうるかどうかを問い、そのように回避しうらば、当人の難民該当性を否定するものである¹⁰⁸。しかし、反対に、「迫害を受ける」理由を秘匿していたり、表現を自制していたりして表現しなかった事実をもって難民該当性を否定する「逆受忍要件」を課す実行も登場した¹⁰⁹。

「迫害を受ける」おそれのある人は、どのようにふるまうべきなのか。

とは、『何が「寛恕不可能なもの」であって「侵害」「不当」であるかについて認定権者の私的な見解に代わるもの、主観的かつ偏狭な視点を越えて国境を越えて広がっているものとして理想的である」こと、監督機関による解釈変遷に沿い、「難民法が非自発的外国人性の同時代的動因 contemporary drivers of involuntary alienage に関連し続け、動態的かつセンシティブであり続けるように確保する」ことが挙げられている。Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status...*, (2014), *supra* note.13, pp.193-195.

¹⁰⁵ *Urteil vom 8. Juni 2006, [X] gegen Bundesamt für Migration (BFM)*, Switzerland: Commission suisse de recours en matière d'asile, 8 July 2006.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.20.

¹⁰⁷ カーリエ (Jean Yves Carlier) は、同判決以前からすでに次のように述べ、この理論的欠陥に気がついていた。「迫害の標的性 caractere ciblé は、差別の要件を生じない。[難民条約上の 5 つの] 理由の 1 つに関連し、かつ、無差別な暴力の被害者である人は、難民条約に包摂される。さもなければ、迫害が拡大すればするほど、保護が確保されなくなることになってしまう」。Jean Yves Carlier, « Et Genève sera... La définition du réfugié: bilan et perspectives », Vincent Chetail (ed.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après: bilan et perspectives* (Bruxelles, 2001), p. 63-89.

¹⁰⁸ See e.g. *RRT Case No. V98/08356*, [1998] RRTA 4841, Australia: Refugee Review Tribunal, 28 October 1998; *Applicant L.S.L.S. v Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2000] FCA 211, Australia: Federal Court, 6 March 2000, cited in Janna Weßels, "Sexual Orientation in Refugee Status Determination", *Refugee Studies Centre Working Paper Series*, No.74, (2011), p.11.

¹⁰⁹ See e.g. Jenni Millbank, "Sexual Orientation and Refugee Status Determination over the Past 20 Years: Unsteady Progress through Standard Sequences?", Thomas Spijkerboer (ed.), *Fleeing Homophobia: Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum*, (Routledge, 2013), p.36; Michelle Foster, "The 'Ground with the

「受任可能性審査」の再考が図られる決定的な契機となった S395 事件オーストラリア高等裁判所判決¹¹¹は、さもないと「[難民] 条約の趣旨が損なわれてしまうおそれがある」ために¹¹²、「迫害を受ける人が、国籍国内の行動を回避すれば損害を受けないことができるからといって、そのことを理由に迫害が[難民] 条約上の迫害でなくなることはない」¹¹³と判示したのであるが、同旨の判決は、この判決の少し前、同国の連邦裁判所により、次の論証によって示されていたことが注目される。すなわち、

「[...] 歴史的事例を引用し、なお被告側弁護人が採るアプローチによるならば、ナチスに占領されたオランダでユダヤ人として潜伏して恐れながら暮らしていたアンネ・フランクは難民ではないということとなる。もし同裁判所 [= 下級審「難民審査裁判所」] が、彼女が発見される可能性が低いことに説得されていたとすれば、彼女は屋根裏部屋の暮らしに向けて送還されていたはずである。[難民] 条約の起草者がそうした結果を構想していたとは考えられず、そうすべきとも考えられない。」¹¹⁴

この論証は、後に「アンネ・フランク論証」と呼ばれることとなる。同論証を直接には採用しなかったものの、イギリス最高裁判所も、別の事件 (HJ&HT 事件) において、この論証に沿い、同型の事実を前に、結果的に受忍可能性審査を斥けて、次のように判示したことがとりわけ注目に値する。

「[難民] 条約の根底にある論拠は、[...] 黒人である、かつての独裁者の子孫である、同性愛者である、といったことを理由に、特定の強度または期間の損害を受ける恐怖を有することなく人々が公然と生きることができるべきである、ということにある。[...] 受入国は、公然と生き、恐怖から自由になることを可能にすることにより、本国がその人々に与えるべき保護を代行する保護を与えるのである。」¹¹⁵

その後、欧州連合司法裁判所も同様に「[...] 当人が特定の宗教的実践を差し控えることによってリスクを回避しうる事実は原則として関連しない」¹¹⁶と判示しており、属性や

Least Clarity': A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to 'Membership of a Particular Social Group'", (2012), p.52.

¹¹¹ *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71, Australia: High Court, 9 December 2003, para.6.

¹¹² *Ibid.*, para.41. See James C. Hathaway and Jason Pobjoy, "Queer Cases Make Bad Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, (2012), vol.44, pp.358-371; UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23 October 2012, HCR/GIP/12/01, para. 33.

¹¹³ *Ibid.*, para.40.

¹¹⁴ *Win v Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, [2001], FCA 132, Australia: Federal Court, 23 February 2001, para. 17.

¹¹⁵ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31, United Kingdom: Supreme Court, 7 July 2010, para.53.

¹¹⁶ *Bundesrepublik Deutschland v. Y (C-71/11), Z (C-99/11), C-71/11 and C-99/11*, European Union: Court of Justice of the European Union, 5 September 2012, para.79. ただし、欧州連合の資格指令には、迫害を受ける理由に性的指向が含まれることが明文化されているため、その文言とその「基本的」性格を結びつける限界画定も図られている。その理由づけは次のようである。「社会的集団の構成員にその隠匿

意見を表現しないよう求めたり（受忍要件）、それらの表現するよう求めたりする（逆受忍要件）ことに法的な正当化を認めない立場への転換が起きている。

本稿が再構成した戦間期の議論枠組は、「行為（actions）」（＝する／しない）の次元ではなく、もっぱら「資格（qualités）」（＝ある／ない）の次元の規律に関心の中心を据えていた。本稿冒頭第2の問いに関連づけていえば、「人が人であるがゆえにもつ権利」の行使を可能にする前提条件として「資格」への規律が図られようとしており¹¹⁷、迫害を受けるおそれのある人がどのようにふるまうべきなのか、ということは、そもそも難民該当性を左右すべき要素とは考えられていなかった。難民の国際的地位の法典化に至った戦間期の議論枠組は、今日のこの転換を積極的に意味づけるものである。

3.3. おわりに——法の外に置かれるおそれがある人の人格の承認

今日では、「人が人であるがゆえの権利」の思考に沿い、それぞれの具体的「人」を抽象的「人」一般へと還元し、「資格」の次元それ自体が解消しようとする場合が少なくない。しかし、そのどれほどの「発展」によっても「人」とみなされない可能性まで解消しえたわけではない¹¹⁹。難民の国際的地位は、その淵源の1つを遡るならば、そのように法の内から排除されてしまう事態に切り返し、法の外（あるいは隷属状態）に置かれるおそれのある人の人格の承認を志向して法典化されていた。本稿に再構成した議論枠組は、戦間期に一回的に現れた文脈にすぎないとも考えられうるが、それを忘れたまま、難民の地位が国際法によって規律されている理由を説明することもできないように思われる。

（本研究は科学研究費 18K12641 の助成を受けたものである）

を求めることは、[性的指向を資格指令第10条1項により] その放棄を強制されるべきでないほど当人のアイデンティティにとって基本的な性格であると認めていることに整合しない。性的指向の表現について異性愛者よりも強い自制によって当人がリスクを回避しうること、迫害の十分に理由のある恐怖を有するかどうかを判断するにあたり考慮されることはない」。 *Ibid.*, paras.65-76.

¹¹⁷ 次も参照。「人格 *Persönlichkeit* とは、理論的には、個人を国家に資格づける *qualifizierende* 関係である。それは、法的には、状態 *Zustand* であり、地位 *Status* であって、個々の権利に結びつきうるが、権利それ自体ではない。[...] 権利は、持つもの *Haben* であり、人格 [=「状態」=「地位」] は、在るもの *Sein* である」。Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, [2. Aufl.], (J.C.B. Mohr, 1905), S83.

¹¹⁹ ノル (Gregor Noll) は、人権が保護しないと疑われる人の類型の存在を、次の仮設事例によって例証している。すなわち、学齢期にあるアンナの両親は、娘が教育を受ける権利から利益を受けることを望みながらも、学校が出入国管理当局にアンナの一家がみな非正規移民であるとリークすることを恐れている。非正規移民であっても物理的には領域内に存在しているため、アンナの人権に対応する領域国の義務はたしかに作動しているが、この文脈において領域国が具体的にしなければならないこと、してはならないことは不明瞭である。そうであれば、人権に対応する義務を正確に定式化し、その履行を請求するイニシアティブを採るのは事実上非正規移民の側とならざるをえないこととなる。このとき、リークへの不安からアンナの両親が学校との接触を避ける選択を採るとして、この選択をどのように評価することができるかが問題とされている。Gregor Noll, "Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants", *European Journal of Migration and Law*, (2010), vol. 12, p. 247. ノルは、隠れている非正規移民が人であり、人であるがゆえに人権を享有していることにはほとんど争われていないとしても、国家は、自国領域からその人の存在自体を排除する権能をもつものとされており、この権能と人権法とがどのように関係しているのかは不明瞭であって、この不明瞭性のために特定の集団（非正規移民）に人権の享有が制度的に制限されているとすれば、人権法は、それが謳っていたはずの普遍的な目的に適っていないのではないかと問う。 *Ibid.*, pp.243-244.