

「一時的保護」—難民の国際的保護の新しい模索： その目的と限界

何 鳴

What Is the “Temporary Protection” for Refugee: It's Function and Limitation

HE Ming

Abstract

The “Guidelines on Temporary Protection” for refugee is declared by International Law Association (2002). The new international policy is designed to resolve the problem of the mass influx and give the refugees a international protection. The policy is effective, because it is needed by the mass influxed countries, especially by EU. But the policy has some limitations, because it may be effective for Europa, but not for Asia, at least now.

2002年5月国際法協会（ILA）が国際難民に関する決議（Resolution 5）を結束した。同決議はヨーロッパの旧ユーゴスラビア地域で発生している大量の国際難民の対策として、「一時的保護」（temporary protection）という指針を発表した⁽¹⁾。この決議は国際立法ではないが、国際立法には影響があり、なにしろ当面の国際問題の一つとしての難民問題の解決のために、解決案または手引きとしての役目をする。

いうまでもなく、大量の国際難民の「一時的保護」は国際法の「難民の保護」の一環として制定されたのであるが、従来の国際法とりわけ難民法においてどういう位置づけであるか、どういう目的を果たせるかは、ILAの「一時的保護」に問わなければならない。

この問題に対して、本論文は1951年の「難民の地位に関する条約」（以下、難民条約）と比較して「一時的保護」と難民条約との異同を整理して、「一時的保護」の目的および限界を理解する。

一 難民の国際的保護：1951年難民条約と2002年「一時的保護」

難民は国境を越える国際現象である。紛争および戦争が起こるたびに難民という現象を生じさせる。そのため、難民は従来から国際法の対象である。国際法は難民という現象を国際社会の安定のマイナス要素として捉え、難民を人道的な国際保護の対象として対処する。この目的は国際慣習法において non-refoulement 原則（難民を追い出さない、強制送還しないという原則）があり、さらに1951年の難民条約において実定法として明確されている。実定法としての難民法は1951年の難民条約から1967年の「難民の地位に関する議定書」（以下、議定書）および国際慣習法である。（なお、難民に関する

国際慣習法は慣習法の特有の性質により、法原則を主とする。これらの法原則は従来国際社会の重要な難民の対処策である。そして、その後の難民条約および議定書はこれらの国際慣習法を基盤にして制定されたのである。難民に関する国際慣習法を踏まえて、難民条約から「一時的保護」にかけて、国際法がいかに、どんな目的において難民の国際的保護を目指しているのかを総括して見てみよう。

1 難民条約の難民と「一時的保護」の難民：難民の定義の一般化からその枠を超える普遍化と広範化へ

1951年難民条約に言及された難民と2002年「一時的保護」の難民は単なる定義の意義⁽²⁾を超えて、難民の国際的保護を実現する具体的なステップにもなっている。

難民条約において、難民はまず時間的ないし地域的な範囲を指定される（難民条約第一条A, B, C）。すなわち、第二次世界大戦により「一九五一年前」欧州で生じた難民は条約の難民である。この特別な指定のほかに、難民の一般的な要件に関して、同条約は「特定の社会集団の構成員」および「政治的」な理由により「迫害を受けるおそれがある」というのを原因にして、国際法に認められ、国際法に保護される難民は以下の条件を有する：

国籍国の外にいて

国籍国の保護を受けることができないまたは望まない

そのため常居所を有していた国の外にいる無国籍者

常居所を有していた国に帰ることでできないまたは望まない

（慣習国際法に従って、二重国籍者）

その後、1967年の議定書は戦後処理の終結に応じて難民の要件を難民条約の時間的（1951年前）という「制限を考慮に入れない」ことで、難民の適用および認定の範囲を拡大した。この拡大は難民の適用と認定範囲をもちろん、難民の定義をも一般化している。

さらに、2002年 ILA の「一時的保護」の決議案は難民の定義および範囲をより拡大した。「一時的保護」を享受できる難民は難民条約の難民ではなくても可能である（Guidelines on Temporary Protection, Section II, 4）。すなわち、難民条約に強調されている「国籍」、「国外」にいることは、「一時的保護」の決議案においては要件とされていない。決議案は難民の定義および範囲を実質的に拡大した。

それだけではない。難民条約はあくまでも難民を単独発生の個別人員として予定していた。しかし、旧ユーゴスラビアの民族抗争により引き起こされた難民は人数的には大量の難民であっただけでなく、国境を越えて外国に避難を求める規模も個別難民を予定した難民条約の枠を超えた。この場合では、難民条約に強調された「国籍」と「国外」にいる、などの難民認定の要件は現実問題に対応しきれなくなっている。この現実問題の法需要として、「一時的保護」は難民条約の難民の定義と適用および認定の枠を超える新しい規定として国際法委員会に制定された。そのため、難民条約と「一時的保護」の違いは難民の定義と適用と認定の基準を拡大するだけでなく、現実的な意義がある。

このように、難民条約から、議定書を通して「一時的保護」にかけて、実定国際法と国際公文書において難民の定義は明確され、それにより難民の適用および認定の範囲は徐々にかつ実質的に拡大されてきた。この拡大により、国際社会において難民の受け入れの基準を確立するため、難民の保護は実現できる。

2 難民の国家による保護

国際慣習法において、難民の保護は国家の庇護権⁽³⁾に任されたもので、国際社会は難民とその受け入れに対する国家の裁量権を認めている上で干渉しない。すなわち、難民の保護は実質的には諸国各自の決定によるものである。国際慣習法のこの指針は従来難民に関する国際法の指針である。

難民の国家による保護は国籍を超える他国の国民を関係国が受け入れ、自国民と差別のないような対応をすることである。そのため、難民に対する国家の作為は国内法に決められる。国際法は国際社会の秩序を維持するためには難民の保護という必要性を諸国にアピールし、その実現を国際慣習法および難民条約をはじめとする難民法の国家実行に頼る。だから、難民の保護といえば、二つの部分がある。一つは、難民を国際現象として対処しなければならない国際法であり、もう一つは具体的な国家に入国する難民を対応しなければならない国内法である。

この二つの部分の存在に対して、まず国際法は難民の保護を国家に任せるという従来の慣習法を超えて、難民とその保護を国際社会全体の関心事項として国際法の対象にまでレベル・アップした。そのシンボルは1951年の難民条約である。国際法は難民条約を以て難民の保護を条約国の義務として規定し国家実行を要求している⁽⁴⁾。

一方、国内法の分野において、たとえ難民条約の条約国ではなくても、難民の保護を建前としても、難民の保護を国内法と国際法に従って実践する。この実践は依然として国内法の庇護権および国家の裁量権を主導とする。

そこで、国内法の庇護権および国家の裁量権は難民の保護という国際法と国際社会の目的と衝突することが生じうる⁽⁵⁾し、庇護権および国家の裁量権はとりわけ単独発生、個別の難民に合理的に有効であるが、現代の大量難民の保護には間に合わないことも生じうる。難民の保護は国際法の理念ではあるが、難民の受け入れは国内問題である。国際法の難民法は国家主権に対しては挑戦になる。一方、国内法は難民の受け入れの主導権を握るので、国内経済および治安の問題を鑑みて難民の受け入れを拒むのが実状である。この状況はすなわち国内法に対する国際法のジレンマである⁽⁶⁾、同時に難民の保護に関する国際制度が必要とされる⁽⁷⁾。

3 難民の国際共同体による保護

難民の国際共同体による保護は難民の国際的保護の新しい模索である。従来の国家保護は国際慣習法によれば、単独の保護行為である。難民条約は難民の保護を国際事項として明確にし、そして国家の義務として規定しているが、国家の庇護権および裁量権には乗り越えられなかった。すなわち、難民条約は難民の保護というのを理念として提示しているが、具体的な保護の決定および実施は国家の庇護権と裁量権に決められる。

もし、国家の庇護権および裁量権を乗り越えて難民の国際的保護を実質的に実現させるならば、難民の国家保護以外の保護パターンを模索する必要がある。この模索は机上のものではなく、旧ユーゴ地域で発生した大量難民とその保護という現実には難民の国家保護以外の保護手段を要求している。それは難民の国際共同体による保護である。

国際共同体が難民を保護するというのは、模索中のものである。その実践の一つとして「一時的保護」である。「一時的保護」は難民の当事国の単独対応を超えて、難民発生の地域の国々が難民を共通利益として共同に対応するのを求める。「一時的保護」はこの共同的な対応、すなわち国際共同体による難民の保護の先例である。

「一時的保護」を先例とする国際共同体による難民の保護の可能性は、まず国際人権法および従来

の難民法にある。国際人権法は難民を人権の枠組みに入れて、普遍的な人権を難民に付与している。そうすれば、国家にとっては人権というのは普遍的な義務であり、国際共同体にとっては人権というのは国際共同体による難民の保護の正当性である。そして、国際共同体による難民の保護の必要性は大量難民の対応によるものである。従来の単独または少量発生 of 難民は個別国家の対応に任せてよいが、大量難民の場合では個別国家より国際共同体による保護は有効であり、実現可能である。

人権および難民法を正当性とする国際共同体による難民の保護はディレンマにも直面している⁽⁸⁾。すなわち、従来国内法の対象であった難民を人権法の対象と上げると、国家の主権（庇護権、裁量権）に対する挑戦となる。しかし、この場合では国際共同体の難民保護は国家に対する強制となつてはならない。

4 理念と現実および政策による調整

難民の保護は国際法の理念である。この理念は1951年の難民条約において明確にされている。難民条約によると、難民の保護は国際法の目的であり、国家の義務として規定している。一方、この国際法の理念は国家の国家実行を通して実現されるしかない。そしてこの国家実行は外部からの干渉ができない国家の管轄権（裁量権および庇護権を含む国家の決定権）に決められる。難民を保護すべきという国際法の理念があるものの、難民の当事国は自国の状況に合わせて難民を受け入れるかどうかの対応をする⁽⁹⁾。いままでの事例によると、難民の受け入れは国内の社会および経済事情に左右される。そして、避難民が入国する際に当事国が難民条約の解釈を限定しまたは範囲の狭いものとして解釈する⁽¹⁰⁾。こうすれば、難民の保護という国際法の理念と国家の管轄権という現実との間で乖離が生じている。

この場合では、法規範の規定より政策による調整が重要で有効になる。政策の現実問題の迅速な対応は難民の保護を実質的にかつ有効に実現することができる。「一時的保護」はこのような難民政策である。

5 実定法と政策

難民条約と「一時的保護」はともに難民の保護の役割を果たすが、両者は実定法と政策の関係を成している。難民条約は実定法で難民法の一つであり、「一時的保護」は政策である。一般論から実定法と政策の関係をいえば、実定法は権利・義務的な法関係の明確を目的とする。この目的において、実定法は強制的な機能をもって権利の実現と義務の実行を要求する。そして実定法は権利・義務的な法関係を維持する機能ももっているため、社会規範としては長期的な強制機能を果たす。それに対して、政策は現実の局部問題の迅速な解決を目的とする。この目的のため、政策は解決方法を重んじる。政策による問題の解決方法は責任の担当、収束の方法などの具体的な手引きを主とする。

この意味において、難民条約は難民の保護に関して難民の有すべき権利と関係国の保護の義務を明確にしている。この権利・義務的な関係を国際社会において普遍的なものとして明確にするのが難民条約の目的である。難民の保護は関係国の長期的な義務であり、国際社会の長期的な義務でもある。そして、条約国にとってこの義務を果たすのが強制的なものである。しかし、政策としての「一時的保護」は近年発生した大量の難民という問題の解決のために手引きを提供するのを目的とする⁽¹¹⁾。この目的のために、「一時的保護」はEU諸国に難民の保護を共同利益としてその保護を共同責任として分担させる。この責任分担により大量難民の実質的解決が迅速で有効で可能である。

二 「一時的保護」の目的

「一時的保護」は難民保護のための政策であり、とりわけ大量に国境を越え、他国に入る難民への対応策である。そのため、「一時的保護」は迅速な解決を求める、目的の明確な対応策である。その目的を具体的にいうと、大量難民の保護、EU 諸国の責任分担、難民の安全かつ尊厳のある帰還、国際法上の難民法を健全させることができる、である。

1 大量難民の保護

大量難民というのは、典型的には旧ユーゴ地域で発生したコソボ難民、イラクで発生したクルド人難民および同時多発テロ事件後アメリカの侵攻により発生したイラク難民である。戦争により大量に発生した難民は大量に国境を越えて他国に避難を求める。そのため、大量難民は難民自身の苦痛である上に、大量難民という現象は国際秩序の安定にはマイナスの要因となるだけでなく、関係国の社会および経済事情にも影響を及ぼす。それにもかかわらず、難民条約には大量難民に関しては規定していない。

そこで「一時的保護」は大量難民の対応策として需要されている。「一時的保護」は個別の難民を受け入れるプロセスには踏み込まない。大量難民の場合では個別の当事国は従来の国家の管轄権をもって審査をして受け入れるのには対応が間に合わない。「一時的保護」を導入すると、大量難民の流動を食い止め、難民を一定の期間および一定の地域に安定させ、安置させることができる。

このためには、「一時的保護」はまず従来の難民の適用および認定基準を大量難民に合わせるように柔軟にしている。まず、難民の定義に関しては、難民条約に強調された国籍と国外にいることを触れていない。その代わりに、「一時的保護」の適用者は難民条約に規定されている難民以外の人でも該当する。そして「一時的保護」を享受する難民に対しては難民の種類も問わない。すなわち、大量難民の場合では国籍および国外にいることの審査は実効性と現実性がない。そして、従来の難民の種類でいえば、大量難民の場合では政治難民、経済難民、国内避難民という分類では現実性と可能性がない。

大量難民の「一時的保護」は当事国にとって国内法化が容易である。かつて旧西ドイツが国内に滞在した大量難民に対して取った安置の対応策⁽¹²⁾は「一時的保護」と重なり合う部分がある。旧西ドイツは先に単独に大量難民の安置を主とする保護措置を取った先例である。

2 当事国の共同保護と責任分担

旧ユーゴ地域で見られた大量難民の発生はその範囲から言えば一国で生じたものではなく、周辺諸国にも影響を及ぼす。そして、クルド人難民のようにたとえ広範囲の流動ではなくても、地理的にも民族の所属でも、大量難民はその発生地周辺の国々に影響を及ぼす。その広範囲の総合的な影響のため、大量難民の保護は単独の国では対応しきれないことがある。そのため「一時的保護」に目指される目標は、難民の国際共同体の保護である。従来の国家の管轄権を超える、共同体による難民の保護は実現可能なものである。

しかし、国際共同体による難民の保護といっても、難民発生の周辺国なら受け入れられやすいが、難民からの影響がないが、共同体の成員のため、義務として難民の保護を受け入れる国にとっては妥当性が必要である。そのため、「一時的保護」は大量難民の保護の連帯意識 (international solidarity)、共同保護および責任分担 (burden-sharing) を目指している。

大量難民保護の連帯意識というのは理念の問題である。すなわち、難民の発生により影響を受けたという直接的な因果的関係がなくても、難民の保護は国際共同体の全体利益につながるものであるため、国家はその全体利益のためという連帯意識をもつべきである。

共同保護および責任分担というのは大量難民保護の実質的な保護方法である。難民の保護という連帯意識の下で難民とは直接的な因果的関係を問わず、難民発生の地域の諸国、またはそれよりも広範囲、共通の目的意識のある国際共同体が大量難民の保護を協議して難民の受け入れを分担する。とりわけ大量難民が一国に集中する場合には難民の受け入れの分担がさらに必要である⁽¹³⁾。

3 「一時的保護」から受けられる難民の権利

「一時的保護」を享受できる難民はまず人権に基づくすべての権利を享受することができる。受け入れ先の国では難民条約の規定（同条約第二章難民の「法的地位」、第三章「職業」、第四章「福祉」）と同様な権利を享受する。さらに、「一時的保護」は難民の権利の向上と生活の改善を目指している。難民は：

- a 差別から保護される権利
- b 十分な住居水準—十分な食料と衣服と住宅を含む住居水準—を享受する権利
- c 十分な健康保護を受ける権利
- d 十分な教育を受ける権利
- e 制限されない結社の自由
- f 家族の再会、難民の家族が既に保護先の国にしようと、国籍国にしようと、難民とその家族の再会の権利
- g 長期間滞在の場合では雇用される権利

これらの権利を保障されなければならない。

4 安全かつ尊厳のある帰還

「一時的保護」の最終目的は大量難民の母国への帰還である。その帰還は難民の安全かつ尊厳のある帰還でなければならない。安全の帰還というのは、国籍国には危険、迫害および難民にとって生活するのに他のすべての不利益の要因または不安の要素が排除されたことである。尊厳のある帰還というのは、難民の滞在国内は適切な帰還の時期、と難民の意思を尊重する安全な帰還を確保することである。具体的に：

- a 国籍国に帰還する可能性を有すること
- b 実質的な法的な安全帰還を保証する条件を有すること
- c 十分な経済基盤または十分な援助が保証される、食料と住居と健康福祉を含む基本的な生活の可能性
- d 帰還者に対して差別をしない、基本的な人権を尊重すること
- e 安全な帰還に対する国際社会の監視措置を有すること⁽¹⁴⁾

5 国際法に対する「一時的保護」の貢献

「一時的保護」は国際法に、具体的に難民法に対して有意義な貢献ができる。この貢献はとりわけ慣習法、難民条約に規定していない空白を埋めることができるところである。

難民条約の機能からいえば、第二次世界大戦前に発生した難民を対象にしたため、戦争後いろいろ

な種類の難民を対象にしていない。大量難民をはじめとする現代社会の難民の法的問題を解決するためには、「一時的保護」は難民条約のこの空白を埋めることができる。「一時的保護」をもって難民条約に対する合目的な解釈をすることができる。

難民条約をはじめとする難民法の構造からいえば、実定法が不十分な場合では政策はその活動不可能なところで機能する。この意味で、「一時的保護」を成文化すれば、難民法の保護機能を分担することができる。そして、「一時的保護」の成文化が実現すれば、条約を通して「一時的保護」の諸機能を国内法化することができる。

三 「一時的保護」の限界

「一時的保護」にはやはり限界がある。基本的には政策としての「一時的保護」はその即時性および即効性に効果がある一方で、限界もある。その限界は主に地域性の限界、一時的という時間的な限定および国際制度になるかの限界、である。

「一時的保護」の地域性に現れる限界というのは、ヨーロッパ地域に適切な政策は他の地域にも有効かどうかである。「一時的保護」の最も即効性のあるのが大量難民保護の連帯意識、共同保護と責任分担である。この方法は国際社会にとって、他の地域にとっても手本になる。しかし、「一時的保護」は現時点のヨーロッパ地域には有効であるが、政治および経済制度が違う他の地域では少なくとも現時点では有効性が期待できない。一昨年「沈陽領事館北朝鮮難民進入事件」のように現時点のアジアでは難民の共同保護および責任分担という意識から条件まで有しているとはとても言えない。（アジアにとっては、難民問題はむしろ不法入国および入国後の犯罪、経済難民に現れている。）だから、「一時的保護」は地域性のある政策で、現時点では成文化により普遍化するのが早急であろう。

「一時的保護」の時間的な限定というのは、同政策に予定されている大量難民の保護期間は「六ヶ月から二年まで」である。この時間の限定は合理性と現実性があるとは言いがたい。大量難民が「一時的保護」により一旦受け入れ国に滞在すると、機械的に決められた「六ヶ月から二年まで」の期間通りに難民生活を終結するわけにはいかない。そして、滞在先の国がこの期間通りに難民を帰還させれば、「安全かつ尊厳のある帰還」を損なうことになる。

「一時的保護」は現時点で国際制度になるというのも限界がある⁽¹⁵⁾。上述した「一時的保護」の地域性の限界と時間的な限定が「一時的保護」の国際制度になる制約要因であるとすれば、それよりもこの政策は難民の実質的な要求を反映しているかどうかである。もしこの政策が難民の実質的な要求とは乖離があれば、普遍的な国際制度になるのが難しい。

結 び

大量難民の「一時的保護」は難民条約とともに難民の保護に役を果たすことができる。とりわけ、難民条約の規定にない機能を補充して難民の保護、近年来の新しい現象としての大量難民の保護を実質的に行うことができる。この実質的な保護を実現するために、「一時的保護」は難民条約の規定を拡大に解釈したり、または新しい規定を設けたりしている。しかし、「一時的保護」は難民条約を基本にする規定という性質および目的を有しなければならない。「一時的保護」は難民条約とともに難民法を健全にする役割を期待されている⁽¹⁶⁾。

- 1 Resolution 5/2002, REFUGEE PROCEDURES GUIDELINES ON TEMPORARARY PROTECTION, The 70th Conference of the International Law Association held in New Delhi, India, 2-6 April 2002.
- 2 難民の定義は大事な問題である。難民の受け入れおよびその基準にかかわる問題である。その意義および定義に関して広部和也「難民の定義と国際法」加藤節・宮島喬編『難民』東京大学出版会一九九四年二一～五二頁を参照。
- 3 難民の国家庇護権の問題に関して多数の研究例がある。例えば、島田征夫『庇護権の研究』成文堂一九八三年、芹田健太郎『亡命・難民保護の諸問題 I —庇護法の展開』北樹出版二〇〇〇年、Patricia Tuitt, *Law's Construction of the Refugee*, London Pluto Press, 1996.
- 4 1951年難民条約は難民の保護を国家の義務として条約国に要求した、と本論文と同様な理解したのは、広部和也前掲論文である。注2 二四頁。
- 5 張振海事件（1990）は、日本亡命のため飛行機をハイジャックした当事者の難民申請を受け入れ国が認めなかった上、当事者を犯罪者として当事者本国へ引渡した事件である。『判例時報』1367号（1990）二二八～二二九頁と『判例タイムズ』726号（1990）七五頁を参照。
- 6 Joan Fitzpatrick, "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", *AJIL*, vol.94, p.280.
- 7 *ibid*, pp279-306. J. Fitzpatrick の論文は「一時的保護」を国際制度として捉えている。
- 8 このディレンマに関してほとんどの国際法学者および実務者がそう認識している。典型的な一例：Gregor Noll, "Prisoner's Dilemma in Fortress Europe: On the Prospects for Equitable-Sharing in the European Union", *GERM. Y. B. I. L.* (1997) , pp.405-421.
- 9 例えば、最近日本はいわゆる「不法滞在」の外国人—経済難民または難民の目的で来日して難民の認定の許可を待つ人—に「在留特別許可」を「与える方向で考えるべき」になっている。2003年9月19日東京地裁不法滞在外国人の退去強制処分を取り消し判決（アミネ・カリル・〔イラン国籍〕 v. 東京入国管理局）において、原告の退去強制の処分は外国人の入国許可に関する「裁量権の逸脱または乱用に当たる」と判断（朝日新聞2003年9月20日）。
- 10 *supra* note 6, p.292.
- 11 *supra* note 1, DESIRING.
- 12 旧西ドイツの難民対策に関しては、島田征夫「難民」国際法学会編「日本と国際法の100年第5巻」『個人と家族』三省堂二〇〇一年四五頁～七一頁（第三章）を参照。
- 13 「一時的保護」に強調されている「責任分担」に関して、その起源および研究は、Peter H. Schuck, "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal", *The Yale JIL*, vol.22 (1997) , pp.243-297を参照。
- 14 *supra* note 1, Section V: Ending Temporary Protection.
- 15 国際制度は国際社会の組織化の結果の一つである。国際制度になるのには共通利益を構造要件とする組織化がその形成および活動において実現可能である。この意味において、「一時的保護」はヨーロッパ地域では地域制度にはなっていないが、国際制度になるのには現時点では限界があると言えよう。「国際制度」に関して、吉田脩「国際法における『国際制度』の新展開—国際社会の組織化現象の理論的再検討—」国際法外交雑誌九九巻三号三一頁～六一頁。
- 16 実際には「一時的保護」はその地域性により難民条約の「難民の国際的保護」という理念および機能を弱める、という懸念がある。例えば、Joan Fitzpatrick, *supra* note 6, p.280.