

若手難民研究者奨励賞成果報告

# ノン・ルフルマン条項の構造と適用手法

加藤雄大 東北大学大学院（国際法）

## key words

衡量、スレッシュ事件、難民の地位に関する条約第33条2項/Balancing, Suresh Case, Article 33, paragraph 2 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees

---

## 1. はじめに

難民に関する法が、個人とその避難国との対抗関係を規律するものと想定されることは少なくない。国内の行政訴訟や、条約監督機関による個人通報審査等、その適用如何が顕著に現れる場面では、もっぱらこれらの二者に当事者適格が認められ、それぞれの主張が突き合わされている。しかし、その場面においてもっぱら依拠されるのは、複数国によって締結・批准され、効力を維持している「難民の地位に関する条約」（以下、「難民条約」）<sup>1</sup>と「難民の地位に関する議定書」（以下、「難民議定書」）<sup>2</sup>である。この単純な事実から、また別の主体間の関係——少なくとも、締約国間の関係——が示唆される。

これらの主体間関係に関連して、難民条約第33条（以下、「ノン・ルフルマン条項」）<sup>3</sup><sup>4</sup>は、従来、二つの項からなる構造それ自体が、個人とその避難国との対抗関係を反映するものと理解され、そのことからさらに、一定の適用手法——個人の利益とその避難国の利益との間の衡量——が要請される、と説明されてきた。しかし、問題となる避難国が難民条約の締約国でもある場合、その追求は、締約国全体を拘束する規則が、一部締約国によって歪められるリスクを抱えずにいない。その適用場面において締約国全体を代理する役割にはしばしば二義的な位置づけしか与えられない<sup>5</sup>とすれば、この懸念は、より一層強く、現実的なものとなる。

本小論では、このような問題関心の下、難民に関する法を個人とその避難国の対抗関係に還元する理解・説明に再検討を加える手がかりとして<sup>6</sup>、ノン・ルフルマン条項の構造と適用手法に関する議論に焦点を当てる。以下では、従来の議論の発生から動揺までの歷程を辿り<sup>(2)</sup>、同条項の文言それ自体と文脈に依拠して、その再構成を試みる<sup>(3)</sup>。その後、残される課題に触れ、本小論を結びたい<sup>(4)</sup>。

## 2. ノン・ルフルマン条項の構造と適用手法

### ——従来の議論とその動揺

#### (1) 従来の議論——起草会議

##### a. 実行

ノン・ルフルマン条項の構造と適用手法を連結する議論は、難民条約の起草時に遡って展開されてきた。より具体的には、イギリス代表のホア（Samuel Hoare）による次の発言である。すなわち、「共同修正案の提案者は、同条項全体の実効性を害さぬよう、その範囲を制限するよう求めたのである。追放によって難民に及ぶ危険が、本人が滞在を許可された場合に生じるおそれのある公の安全に対する脅威を超えるものかどうかを決定する〔権限〕は、諸国に残されていなく

ればならない」7（〔 〕内および強調は、筆者による注記）。

この発言は、当初スウェーデンによって提出された草案において現在の第33条2項に相当する文言が含まれておらず、イギリスとフランスが共同でその挿入を提案した際に、バチカン等から「表現が極めてあいまいであり、難民を特定のリスクに晒すおそれがある」8等の指摘を受けたことに応じ、修正案の正当化をはかる文脈で発せられたものであった。

## b. 学説

この発言は、国際避難民機関（International Refugee Organization: IRO）代表として同会議に参加したヴェイス（Paul Weis）により、第33条2項への注釈として、次のように定式化されている。すなわち、「均衡性（proportionality）9の原則、すなわち同会議でのイギリス代表の言葉を使えば、追放または送還によって難民にもたらされる危険が、当人の滞在を許可した場合に生じるおそれがある公の安全に対する脅威を超えるものかどうかに従わなければならない」10。

また、島田は、同じイギリスの発言を脚注に置きながら、より深い歴史的検討を踏まえ、ノン・ルフルマンの適用手法について、次のように総括する。「結局、その根底にある要件とは、ほかならぬ、“国・社会の利益”と“亡命者個人の利益”との比較衡量に帰せられうる。この点で注意すべきは、国際的保護をとくに厚くすべき政治亡命者の追放であって、かれらの追放は、国の安全または公の秩序という追放事由が存在することのほかに、かれらの継続的滞在を認めることによる公益すなわち当該国の国益の侵害が、追放されることにより亡命者がこうむる個人的利益の侵害を上まわる場合に限り許されるべきなのである」11。

## c. 小括

以上の難民条約起草時の発言とその評価では、ノン・ルフルマン条項の適用にあたって個人の利益とその避難国の利益との間で衡量がはかられることが、難民個人の利益が尊重されることに繋がるものと想定されていたことが看取される。ただ、「その適用にあたり衡量がはかられること」と「難民個人の利益が尊重されること」の間には、必ずしも正の関係が保証されていない。ノン・ルフルマンの適用について、カナダ最高裁判所によるスレシュ事件判決<sup>12</sup>がこの一面を明らかにした。

## (2) 従来議論の動揺——スレシュ事件判決

### a. 実行

スレシュ事件において、上訴人（Manickavasagam Suresh）は、タミル・イーラム解放の虎（LTTE）の資金収集役であった事実等に基づき、市民権・出入国管理大臣（Minister of Citizenship and Immigration）により、出入国管理法第53条1項(b)<sup>13</sup>に基づく退去強制命令を受けていた。本判決の論点は多岐に亘るものの、ここでの関心に照らして特に重要であるのは、問題となる送還が関連法に違反しない旨を結論づける（§131）にあたり、同裁判所が採用した、次のような理由づけである。

すなわち、まず、「国際的視座」との表題が付された箇所（§59～75）で、「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約」（以下、「拷問等禁止条約」）<sup>14</sup>上のノン・ルフルマン条項（同3条）15と難民条約上のノン・ルフルマン条項（同33条）に言及し、「国際法は、国家の安全保障上の利益を危険に晒す場合にも、拷問に向けた退去強制を禁止している」ことを一般的に確認した（§75）。しかし、続けて、国際法を「〔権利及び自由に関する〕憲章第7条の下での基本的正義の原理の内容を最もよく伝える規範」と位置づけた（同）。

そうして、「出入国管理法第53条1項(b)の適用」との表題が付された箇所（§76～79）で、「私たちは、例外的状況において……〔権利及び自由に関する〕憲章第7条によって命じられる衡量（balancing process）の帰結として、または同1条の下で、拷問を受ける退去強制が正当化される可能性を排除するものではない」（§78）とした。

さらに、出入国管理法第53条1項(b)の文言の解釈がなされた箇所 (§ 80~99) では、同条にいう「カナダの安全保障に対する危険」について、大臣側によって主張される解釈が難民条約第33条2項の要件を回避しようとするものであって支持し得ない旨を指摘する、というかたちで、同33条2項によって「カナダの安全保障に対する危険」に基づくルフルマンが正当化され得ることが間接的に示された (§ 84)。

## b. 学説

スレシュ事件判決では、ルフルマンを正当化する文脈においてこそ衡量への言及がなされており、それを前提とする国内法の解釈において、難民条約第33条2項が一定の役割を果たしたのである。

本判決に反応した学説の大勢は、本件の下級審判決を受けて衡量をはかる必要がない旨を主張したハサウェイ (James C. Hathaway) = ハーヴェイ (Colin Harvey) 16を管見の限り唯一の例外とし、拷問等禁止条約上のノン・ルフルマン条項 (同3条) の性質を強調する方向へと向かった<sup>17</sup>。それは、拷問等禁止条約に難民条約第33条2項に相当する文言が置かれていない点において、それぞれのノン・ルフルマン条項が異なる構造を備え、そのことからさらに、異なる適用手法を採ることが正当化され得ると考えられたためである (以下、簡略化のため、「拷問等禁止条約上のノン・ルフルマン条項」を「CATNR」、「難民条約上のノン・ルフルマン条項」を「CSRNR」と表記する)。

異なる適用手法が正当化される上で頻繁に参照されたのは、ターピア・パエス対スウェーデン事件における拷問等禁止委員会の見解 (1997年) <sup>18</sup>である。同見解では、「[拷問等禁止] 条約第3条の審査は、絶対的 (absolute) である。…… 本人が関与していた活動の性質は、[同] 条約第3条の下で決定を下すにあたり、実質的考慮事項であり得ない」 (§ 14.5) と述べられた。ノヴァク (Manfred Nowak) = マッカーサー (Elizabeth McArthur) は、この一文を捉え、「ノン・ルフルマン原則の絶対的性質に関するこの明確な記述は、追放によって拷問を受けない個人の権利と、国家の安全保障という関心事項との衡量を排除するものである」<sup>19</sup>と解説する。

その根拠として指摘されたのは、第一に、「難民条約第33条のノン・ルフルマン原則の下で、難民は受入国の安全に対する危険となる合理的根拠がある場合には出身国に送還され得るのに対し、拷問等禁止条約第3条は、いかなる除外条項や制限条項の対象ともならない絶対的権利を保障する」点<sup>20</sup>、第二に、拷問等禁止条約締約国は、同2条2項<sup>21</sup>によって国家の緊急事態を理由に当該国に向けた送還を禁止される点であった<sup>22</sup>。

このような学説の動向から、最近では、「[拷問等禁止条約] 3条によって難民条約第33条2項の規定は、ほとんど無意味にされた」<sup>23</sup>と評価されることさえある。

### (3) 小括——スレシュ事件判決に前後する学説の共通点と相違点

以上の動態において確認されるのは、第一に、個人とその避難国の対抗関係を念頭に置く学説が、難民条約の起草会議からスレシュ事件判決以後に至り、衡量をめぐってほとんど正反対の方向へと転回している点である。翻って第二に、CATNRの絶対的性質が正当化される文脈でCSRNRとの構造的相違が挙げられることに示されるように、CSRNRの構造と衡量を連結する議論それ自体は、なお一貫して受け入れられている。第二の点について換言すれば、スレシュ事件判決以降の学説の大勢も、難民条約第33条1項と同2項が個人の利益とその避難国の利益へと還元され、両者を比較して後者が前者を上まわるかどうかによってルフルマンの許否が決定されることを否定していない、ということになる。

## 3. ノン・ルフルマン条項の構造と適用手法 ——再構成の試み

### (1) 本項の視座

ところで、冒頭に触れたように、難民に関する法が対象とする主体間の関係は、個人とその避難国の対抗関係のみならず、締約国間の関係を伏在させている。上述の画期をなす実行——イギリスによる発言とカナダ最高裁判所によるスレッシュ事件判決——は、後者の視座に立つとき、次のように捉え直すことが可能である。すなわち、まず、起草時のイギリスによる発言は、多数国間条約に規律されるノン・ルフルマンに対し、自国権限の留保を意図したものと捉えることができる。ついで、スレッシュ事件判決も、その構成は、一方では、複数国に批准される国際諸条約に規定されるノン・ルフルマンと、他方では、国内法と難民条約第33条2項を通じて追求されるカナダの個別的利益との間に対抗関係を認め、それらの間の衡量を念頭に置いたものと捉えることができる。

この点に加え、条約締約国が「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ができない」<sup>24</sup>とすれば、問題とされるべきはなお（CATNRではなく）CSRNRであろう。そして、その適用手法を論じるにあたりまず依拠すべきなのは、一国による起草時の発言でも<sup>25</sup><sup>26</sup>、一国による適用例でもなく、締約国が最終的に合意したところの規則それ自体であろうと思われる。このような前提に立ち、以下では、CSRNRの総則にあたる同9条、および同33条それ自体に依拠し、CSRNRの適用手法論の再構成を試みてみたい。

## (2) ノン・ルフルマン条項の文脈——第9条

まず、締約国間関係の視座に立つことにより、CSRNRの総則規定が視野に含まれてくる。

特に、第9条27にいう「特定の個人について国の安全のために不可欠であると認める措置」は、同33条2項により締約国に対して許容されるルフルマンの上位概念にあたるものと解される。2つの条項を併読すれば、ルフルマンが執られ得る事態は、「戦時にまたは他の重大かつ例外的な状況において」かつ「当該特定の個人について真に難民であるか難民でないかまたは当該特定の個人について当該不可欠であると認める措置を引き続き適用することが国の安全のために必要であるか必要でないかを当該締約国が決定するまでの間に限」られることになる。すなわち、第33条1項と同2項の適用可能事態は、それぞれ質的に異なるものと解される。

この点、CATNRの絶対的性質を正当化するもう一つの根拠とされるどころの拷問等禁止条約第2条2項は、「……いかなる例外的な事態も拷問を正当化する根拠として援用することはできない」<sup>28</sup>と定めて一層広汎な制限をかけるため、かえってその範囲が認識されにくいかもしれない。しかし、それらの適用事態は、拷問等禁止条約では、例外的事態に基づくルフルマンの追求が禁止され、難民条約では、ルフルマンの追求が許容されるものの、それは同33条2項に定められる個人的要件の充足に加え、それに先行して同9条に定められる一定の事態への該当が要件とされている、との整理が可能である。

翻ってもし（従来の学説のように）ノン・ルフルマン条項の構造を個人の利益とその避難国の利益に還元する理解・説明を維持しようとするならば、難民条約と同様、国際条約である拷問等禁止条約に、その締約国でもある避難国の利益が化体されていない、という不可解な結論に陥ることになる。

## (3) ノン・ルフルマン条項の構造——第33条

ノン・ルフルマン条項それ自体の構造に関し、従来の学説では、難民条約第33条1項と同2項がそれぞれ個人の利益と避難国の利益へと還元され、同2項の存在によって衡量の要請が正当化されるものと想定されたようである。

しかし、第33条2項の文言それ自体は、同1項の適用を前提としている。なぜならば、同1項の適用によって「難民」が享受するとされる利益は、同2項にいう「1の規定による利益」にあたるものと解され、その利益は、本人が「締約国にいる」場合であり、かつ、「当該締約国の安全にとって危険であると認めるに足る相当な理由がある者」であるか、または「特に重大な犯罪について有罪の判決が確定し当該締約国の社会にとって危険な存在となったもの」である場合に、

「享受を要求することができない」と規定されるためである。わずかに敷衍すれば、同2項が扱うのは、「1の規定による利益の享受を要求することができない」か否かのいずれかである<sup>29</sup>。にも拘らず、もし当該利益と同2項に定められる利益との衡量によって結論が変化するとすれば、同時に、そもそも何の「享受を要求することができない」かが確定し得なくなる。

このことから、上述のように、従来の一部の議論でも、CSRNRの適用にあたり衡量がはかられる必要はないと主張されたことはあった30ものの、第33条の形式に従うならば、それは不可能でもあるというべきであろう。もちろん事実において、同2項の文言が（衡量の介在を一例として、あるいは同33条1項への該当性を否定して）無視されるおそれは、常に残される。ただ、同33条の適用において従来議論のような衡量が採られ得るとすれば、他に如何様の結論でも導き得るといふ点が、法の問題として重要なのである。

#### (4) 小括

以上の試みは、CSRNRに関しても絶対的性質を主張するものと捉えられるかもしれないが、正確には、（衡量〔balancing〕に固有する還元や比較といった作業を伴わない）包摂（subsumption）による適用を主張するものにすぎない<sup>31</sup>。難民条約の文言に拘らず、あえて衡量による理由がないように思われるのである。

あるいは、従来学説は、ノン・ルフルマン条項自体に先立って個人とその避難国の対抗関係を想定したことから、同条項に衡量の要請を見出していたのかもしれない。もし庇護権論の議論枠組が単線的に継承されている<sup>32</sup>とすれば、そのように解する余地もあるかもしれないが、多数国間条約の中に規定された時点において、そのような関係に局限されない変化が起きたものと捉えるべきであるように思われる。

## 4. おわりに

ノン・ルフルマン条項は、確かに、その適用をめぐる個人とその避難国との間の対抗関係を顕在化させるが、他面では、条約締約国間に難民に対する共通の処遇を義務づけており、その適用は、いずれかの主体間関係のみを念頭において行われるべきものでない。

本小論は、以上において特に、総則にあたる同9条に照らせば、同33条1項と同2項の適用可能事態が異なること、同33条1項と同2項の文言に従うならば、衡量による適用は不可能であることを明らかにした。

これらのことは、いうまでもなく、一部締約国によってこれらに違背する行動が秘密裏に執られる可能性までも排除するものではない。それは、上述の関係とはまた別に、ノン・ルフルマン条項の適用に際して、個人に対する出身国による処遇と避難国による処遇との相違が前提とされ、その中で、個人がその避難国に保護を求めてもいるためである。

それでも本小論を執筆したのは、このように複層的な主体間関係において、ノン・ルフルマンを定める条文には原則として締約諸国の法益が化体されており、個人とその避難国の利益衡量がはかられたからといって当該法益が保護されるものではないと考えたことによる。

1 UN General Assembly, Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137.

2 UN General Assembly, Protocol Relating to the Status of Refugees, 31 January 1967, United Nations, Treaty Series, vol. 606, p. 267.

3 難民条約第33条には、次のように規定される。「1 締約国は、難民を、いかなる方法によっても、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のためにその生命または自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放しまたは送還してはならない。2 締約国にいる難民であって、当該締約国の安全にとって危険であると認めるに足る相当な理由がある者または特に重大な犯罪について有罪の判決が



確定し当該締約国の社会にとって危険な存在となった者は、1の規定による利益の享受を要求することができない」。

- 4 本条項に関する研究は堆積されており、その全体に言及することはできない。ただし、その成果を網羅的に取り込む研究として、特に、Goodwin-Gill, G. S. and McAdam, J., *The Refugee in International Law*, 3rd, Oxford University Press, 2007, pp. 199-284; Wouters, K., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Intersentia, 2009; Kälin, W., Caroni, M. and Heim, L., 'Art. 33, para. 1,' and Zimmermann, A. and Wennholz, P., 'Art. 33 para. 2,' Zimmermann, A. ed., *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, pp. 1327-1424; Delas, O., *Principe de non refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme*, Bruylant, 2011; Chetail, V., "Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning on the Relations between Refugee Law and Human Rights Law," Marin, R. R. ed., *Human Rights and Immigration, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 19-72.
- 5 難民条約第35条1項は、締約国に対し、「国際連合難民高等弁務官事務所……の条約の適用を監督する責務の遂行に際し、これらの機関に便宜を与える」義務を課すに留まる。また、その履行の実際は、各締約国においてばらつきがあり、その制度的統一に向けた議論が進められている。See, e. g. Simeon, J. C., "Strengthening International Refugee Rights through the Enhanced Supervision of the 1951 Convention and its 1967 Protocol," Juss, S. S. ed., *The Ashgate Research Companion to Migration Law, Theory and Policy*, Ashgate Publishing, 2012, p. 125.
- 6 これら二者間の関係に還元しない議論として、いわゆる「鼎立関係論」や、流出国の責任論が挙げられる。「鼎立関係論」について、本間浩『政治亡命の法理』早稲田大学出版部、1974年、1～54頁；芹田健太郎『亡命・難民保護の諸問題——庇護法の展開』北樹出版、2000年、273～276頁。出身国責任論について、例えば、Garvey, J. I., "Toward a Reformulation of International Refugee Law," *Harvard International Law Journal*, Vol. 26, No. 2, 1985, pp. 483-500.
- 7 UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Sixteenth Meeting, 23 November 1951, A/CONF.2/SR.16.
- 8 Ibid.
- 9 行政法等の研究では、「比例性」と翻訳されることが一般的である。ただし、本小論は、「狭義の比例性」または「狭義の均衡性」と呼ばれる「衡量」(balancing) のみにかかわる。
- 10 Weis, P., *The Refugees Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed*, Cambridge University Press, 1995, p. 342. ヴェイスの説明は、ローターバクト (Elihu Lauterpacht) = ベツレヘム (Daniel Bethlehem) によって受容され、展開されている。Lauterpacht, E. and Bethlehem, D., "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion," Feller, E., Türk, V. and Nicholson, F. eds., *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pp. 137-138.
- 11 島田征夫『庇護権の研究』成文堂、1983年、349頁。また、同「『庇護権の研究』解題」『早稲田法学』第86巻2号、301～305頁；同「『庇護権の研究』解題(続)」『早稲田法学』第86巻3号、207～212頁；同「『庇護権の研究』解題(続々)」『早稲田法学』第87巻1号、57～65頁参照。
- 12 *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S. C. R. 3, 2002 SCC 1, 11 January 2002.
- 13 *Immigration Act*, R. S. C. 1985, 53(1)(b) [rep. & sub.1992, c. 49, s. 43].
- 14 UN General Assembly, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, Vol. 1465, p. 85.
- 15 拷問等禁止条約第3条には、次のように規定される。「1 締約国は、いずれの者をも、その者に対する拷問が行われるおそれがあると信ずるに足りる実質的な根拠がある他の国へ追放し、送還し又は引き渡してはならない。2 権限のある当局は、1の根拠の有無を決定するに当たり、すべての関連する事情(該当する場合には、関係する国における一貫した形態の重大な、明らかな又は大規模な人権侵害の存在を含む。)を考慮する」。
- 16 Hathaway, J. C. and Harvey, C., "Framing Refugee Law in the New World Disorder," *Cornell International Law Journal*, 2001, Vol. 34, No. 2, pp. 295-297. ただし、厳密には、本小論は同事件の下級審判決に反応したものであり、カナダ最高裁判所による判決の中で直接引用されている。
- 17 See, e. g. Bruin, R. and Wouters, K., "Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement," *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15, No. 1, 2003, pp. 5-29; Okafor, O. C. and Okoronkwo, P. I., "Re-configuring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism,' and the International Human Rights Imperative," *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15, No. 1, 2003, p. 67.

- 18 Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden, Communication No. 39/1996, UN. Doc. CAT/C/18/D/39/1996 (1997).
- 19 Nowak, M. and McArthur, E., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, OUP, 2008.
- 20 「強制失踪からのすべての者の保護に関する国際条約」(以下、強制失踪条約)(UN General Assembly, *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 20 December 2006, United Nations, Treaty Series, Vol. 2715) 第16条も、次のように、拷問等禁止条約第3条と同じ構造を備えている。「1 締約国は、ある者が強制失踪の対象とされるおそれがあると信ずるに足りる実質的な理由がある他の国へ当該者を追放し、若しくは送還し、又は当該者について犯罪人引渡しを行ってはならない。2 権限のある当局は、1に規定する理由の有無を決定するに当たり、すべての関連する事情(該当する場合には、重大な、明らかな若しくは大規模な人権侵害又は国際人道法の著しい違反についての一貫した傾向が関係する国において存在することを含む。)を考慮する」。
- 21 拷問等禁止条約第2条2項は、次のように規定する。「戦争状態、戦争の脅威、内政の不安定又は他の公の緊急事態であるかどうかにかかわらず、いかなる例外的な事態も拷問を正当化する根拠として援用することはできない」。強制失踪条約第1条2項も同じく、次のように規定する。「戦争状態、戦争の脅威、内政の不安定その他公の緊急事態あるか否かにかかわらず、いかなる例外的な事態も強制失踪を正当化する根拠として援用することはできない」。
- 22 *Ibid.*, pp197-198.
- 23 Jaquet, S., "Expanding Refugee Protection through International Humanitarian Law: Driving on a Highway or Walking near the Edge of the Abyss," Cantor, D. J. and Derieux, J. F. eds., *Refuge from Inhumanity?: War Refugees and International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 2014, p. 79.
- 24 Art. 27, United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, UNTS, Vol. 1155, p. 331.
- 25 「条約法に関するウィーン条約」において、「起草過程」は、「解釈の補足的手段」として位置づけられている。「補足的」であるとは、「前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合」か、または「前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果をもたらされる場合」に用いられることを意味する(同32条)。「前条の規定」に該当するのは、例えば、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らし与えられる用語の通常の意味」(同31条)である。See also, *Vienna Conference Records*, UN Doc. A/CONF.39/11. (1968), p. 178.
- 26 ノン・ルフマン条項に関する衡量論の出発点となる発言を行ったイギリス代表ホアは、自国宛の報告書では、次のように説明していた。すなわち、「現在検討されており、重要であると考えられる問題は、本人の生命または自由を脅威に晒すにも拘らず、本国へ送還することが、イギリスにとって、最終手段として (in the last resort)、一つの種類のケースにおいてのみ (in one type of case, and one only) —すなわち、難民が国の安全を害する活動に従事する場合においてのみ—可能であるべきである、ということである。難民の中にスパイ (secret agent) として行為しようとする者が紛れ込む重大なリスクがある。このリスクは極めて現実的なものであり、こうした方法によって外国人が滞国の虐待を濫用した最近のケースはとてよく知られている(フックス事件等)。そうした活動に従事する難民を、必要ならば本人の本国であっても、送還によって排除する権利を諸国が留保しなければならないという提案は、合意を得ることが難しいものではない。…もし第28条 [現在の第33条] にこの問題が扱われると決定されるならば、修正は次のようになされるべきである。…『2. 締約国は、難民が国の安全を害する活動に従事する場合には、1の規定に従うように拘束されてはならない』。重要なのは、この権能が用いられるとしても、それはごくわずかなケースにおいてのみであるということである。イギリスはごく限られたケースの類型を扱う権能を保持しようとしているのであって、私たちの条約への支持が当該修正の確保に依存しているというべきではない」。この報告書を重視するならば、イギリスが第33条2項の提案において想定したのは、難民の中にスパイが紛れ込むケースであり、そうしたケースについてのみ、同国はその適用範囲を限定すべきであると考えていたことになる。Hoare Second Report: IOC (50) 193 Corr.1, 'Steering Committee on International Organisations General Assembly Fifth Session: Draft Brief on Supplementary Agenda Item No.4,' 4 November 1950, UK National Archives file BT 271/349, cited in Ben-Nun, G., "The British-Jewish Roots of Non-Refoulement and its True Meaning for the Drafters of the 1951 Refugee Convention," *Journal of Refugee Studies*, 2014 [<http://jrs.oxfordjournals.org/content/early/2014/06/24/jrs.feu021.full.pdf+html>], p. 25.
- 27 難民条約第9条は、次のように規定する。「この条約のいかなる規定も、締約国が、戦時または他の重大かつ例外的な状況において、特定の個人について国の安全のために不可欠であると認める措置を暫定的にとることを妨げるものではない。もっとも、当該特定の個人について真に難民であるか難民でないかまたは当該特定の個人について当該不可欠であると認める措置を引き続き適用することが国の安全のために必要であるか必要でないかを当該締約国が決定するまでの間に限る」。
- 28 *Supra* note 21.

- 29 See, Schauer, F., "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text," Klatt, M. ed., Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Oxford University Press, 2012; Alexy, R., "Comments and Responses," Klatt, M. ed., Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Oxford University Press, 2012, pp. 354-356.
- 30 See, supra note 16.
- 31 See, supra note 29; See also Alexy, R., "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison," Ratio Juris, Vol. 16, No. 4, 2003, p. 448.
- 32 確かに、現在の第 33 条 2 項の提案にあたり、フランスは、明示的に「庇護権」に言及していた。ただし、起草時の一国による発言の扱いに関して、本小論の立場は前述の通りである。庇護権論からノン・ルフルマン条項に至る連続性を主張するものとして、例えば、以下参照。Chetail, V., "Théorie et pratique de l'asile en droit international classique: étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés," Revue générale de droit international public, Vol. 115, No. 3, 2011, pp. 625-652.