

オーストラリア連邦初期における国家構成員と移民規制

— 憲法典起草時の議論と初期の展開を中心として —

坂 東 雄 介

1. はじめに

1.1. 本稿の目的

周知のように、現在のオーストラリアは、移民を積極的に受け入れているが、移民をどのように統合するのかが課題となっている。その中で、様々な統合政策が実施されているが、法政策の基盤となるオーストラリア連邦憲法典は、1901年成立以降、数度の改正があるものの、基本構造は変わっておらず、現行の法政策が、憲法典制定当初の見解と乖離している状態が見受けられる¹⁾。そして、その代表例の一つが、オーストラリア市民権に関する概念である。なぜならば、もともとイギリスの植民地として発展したオーストラリアは、独自の国家構成員に関する思考を持たず、憲法典も、それを前提として成立しているからである。

本稿は、移民の統合を目指したオーストラリアにおける2000年代以降の市民権法改正の問題を論じるための基礎的研究の一環として、オーストラリア連邦憲法典起草時に構成員はどのように理解されていたのか、そして、憲法典制定後にはどのような法律が制定されたのか、憲法典が規定する外国人に関する権限（51条19号）及び移民規制権限（51条27号）が、どのような背景をもって成立し、憲法典が制定された後にどのように解釈されたのか、を分析することを

1) もっとも、憲法典が成立した当初から事情が大きく変化し、規定の意味が変容することは一般的な現象である。

目的とする。

1.2. 用語の整理・注記

本論に入る前に、用語の意味、表記などの点について注記しておく。

(1) 憲法と憲法典について

本稿では、実質的意味における憲法（「国家または政府の構造・組織の秩序」と解する）を組織的・網羅的に編纂した制定法という意味で「憲法典」という用語を用いる²⁾。オーストラリアは、実質的意味の憲法に属するが憲法典には規定されていない領域が多く（例えば、首相・内閣の権限、地位、総督との関係など³⁾）、オーストラリア憲法を理解及び説明するためには、実質的意味における憲法と憲法典の区別は有益である。以前、筆者が執筆した論文⁴⁾では、この区別を用いなかったが、考えを改めた。

(2) 「市民権 (Citizenship)」の定義について

「市民権」とは、様々な意味を有する概念であるが、本稿では、特に断らない限り、国家の構成員資格として法的に定められたものという意味で用いる。この意味では、日本法における「国籍」と同義である。

(3) 訳語について

オーストラリア連邦憲法典を翻訳するに際し、天野淑子「オーストラリア連邦」萩野芳夫＝畑博行＝畑中和雄（編）『アジア憲法集〔第2版〕』（明石書店・2007年）19頁を参考にした。ただし、原文の意味を改変しないように注意しつ

2) 小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）17頁、小嶋和司『憲法学講話（オンデマンド版）』（有斐閣・2007年）7頁。

3) この点について論じた著作として、Helen Irving, *Five Things to Know Australian Constitution* (Cambridge University Press, 2008).

4) 坂東雄介「オーストラリアにおける外国人の長期被収容者の法的地位—Al-Kateb v Godwin判決を素材として」商学討究65巻1号89頁（2014年）。

つ訳語を変更した箇所もある。

(4) 資料の入手方法・議事録の引用などについて

シドニー大学のAustralian Federation Full Text Databaseプロジェクトでは、憲法典起草時の議事録や関連する資料を編集の上、PDFとして無償で公開している。本稿では、それを用いた資料を引用する場合、注には、初出にて当該資料が公開されているウェブサイトを明記した上で引用し、また、該当ページについては、[pdf page]として、編集された版で公開されているPDFのページ数も記した。したがって、Australian Federation Full Text Databaseから引用した資料・議事録については、実際の資料・議事録とはページ数のずれが生じることもある。なお、全てのウェブ上の資料の最終確認は、2015年9月30日である。

2. 憲法典起草時の議論

2.1. オーストラリア連邦憲法典が制定されるまでの過程の概観

本稿の前提として、オーストラリア連邦憲法典がどのような過程を経て制定されたのかについて、本稿の目的に関連する範囲で簡単に概観する⁵⁾。

イギリスの植民地としてのオーストラリアの歴史は、ネーデルランドの探検家Tasmanによるオーストラリア西海岸の「発見」を経て、1770年のイギリス海軍のJames Cookによるイギリスの領有宣言に始まる。1788年に最初の植民船団が現在のシドニーに到着して以降、イギリス本国から送られてくる囚人を中心に入植が始まる⁶⁾。19世紀前半には西オーストラリア植民地、南オーストラリア植民地が建設され、19世紀中盤には、人口の増加に伴ってヴィクトリア

5) 邦語文献として、甲斐素直「オーストラリア憲法前史概説」法学紀要55巻109頁(2014年)など。

6) Patrick Parkinson, *Tradition and Change in Australian Law* (Lawbook., 5th ed., 2013) 136 [5.60].

植民地、クィーンズランド植民地がニュー・サウス・ウェールズ植民地から独立した。1842年オーストラリア統治法⁷⁾により、ニュー・サウス・ウェールズ植民地に選挙による議会制が導入され、1850年オーストラリア統治法⁸⁾によって、タスマニア植民地、南オーストラリア植民地、西オーストラリア植民地に同様の制度が導入される⁹⁾。そして、19世紀中盤から後半にかけて各植民地にて自主憲法典が成立する。この憲法典は、議会から選任された国务大臣によって運営される責任政府の原理に基づいている¹⁰⁾。

その後、各植民地から連邦結成の機運の高まりが生じる。Robert Frenchは、連邦結成の要因を3点に整理している。すなわち、「オーストラリアの防衛力の必要性、オーストラリアの白人性を維持し、ある植民地から他の植民地へ波及したストライキの影響を防ぐこと、自由貿易論者と保護主義論者の間で生じている論争にさらされている植民地間の通商障壁が存在したこと」¹¹⁾(傍線は引用者)である。本稿は、連邦結成の第二の要素を中心に論じる([2.2][2.3]参照)。

まず、南太平洋におけるドイツの勢力拡大、フランスの活動を受けて、1885年に連邦会議が開催される。これには、ヴィクトリア植民地、タスマニア植民地、クィーンズランド植民地、西オーストラリア植民地、フィジーが参加した。南オーストラリア植民地は後に参加しているが、ニュー・サウス・ウェールズ植民地及びニュージーランド植民地は、参加していない。この会議では、犯罪者の排除、逃亡人の引き渡し、判決の執行、漁業規制について議論されたが、ニュー・サウス・ウェールズ植民地は、それらの事項については独自で解決することを望んでいた¹²⁾。

7) *Australian Constitutions Act (No 1) 1842* (Imp).

8) *Australian Constitutions Act (No 2) 1850* (Imp).

9) Parkinson, above n 6, 146-147 [5.90].

10) Ibid 148-149 [5.100].

11) Robert French, 'The Constitution and the People' in Robert French, Geoffrey Lindell and Cheryl Saunders (eds), *Reflections on the Australian Constitution* (Federation Press, 2003) 64.

12) Parkinson, above n 6, 156 [6.10].

1891年に第一次制憲会議が開催される。ここでは、小規模の植民地による反発を避けるために、アメリカ合衆国をモデルとした連邦制度を基軸に、ウェストミンスター型の責任政府による統治制度を混淆した制度を構想した¹³⁾。しかし、この構想は失敗に終わる。第一次制憲会議では、ニュー・サウス・ウェールズ植民地だけが保護主義的な連邦関税制度を主張していたこと、連邦が徴収した超過関税を各州に配分する方法、連邦議会において上院と下院が対立した場合（特に、人口比例で議員数が決まる下院と各州の定足数が定まっている上院が対立した場合）、などについて議論がされた¹⁴⁾。これらの規定については様々な妥協が行われたが、最終的な支持が得られず、成立しなかった。

第二次制憲会議は、1897年から1898年にかけて、アデレード、シドニー、メルボルンで各1回ずつ開催された。ここでは、1891年草案を基本としつつも、上院と下院の権限関係（特に歳出や予算を伴う法案やデッドロックが生じた場合）、上院の定足数、枢密院へ上訴可能な範囲などについて対立が生じたが、様々な妥協が行われ、憲法典の草案が成立した¹⁵⁾。その後、1898年、1899年に各植民地において、レファレンダムが実施され、承認を経た後に、1900年大英帝国議会による若干の修正を経てオーストラリア連邦憲法典が成立した¹⁶⁾。このような経緯を経て、オーストラリア連邦憲法典は、1901年1月1日に発効された¹⁷⁾。

Helen Irvingは、オーストラリア連邦憲法典は決して聖典ではなく、様々な利害が複雑に絡み合う中で、妥協の産物として成立した、と指摘する¹⁸⁾。以下に見るように、国家構成員に関する規定も同様であって、オーストラリア連邦憲法典に市民権に関する規定を挿入することが出来なかった。

13) Ibid 158 [6.20].

14) Ibid 158 [6.20].

15) Ibid 161-162 [6.30].

16) *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Imp). なお、レファレンダムにおける女性やアボリジニの投票資格は、植民地ごとに異なっていた。French, above n 11, 66-67.

17) Parkinson, above n 6, 162 [6.30].

18) Irving, above n 3, 92.

2.2. 憲法典成立前史—オーストラリア連邦成立以前の各植民地における移民規制

[2.1]において述べたように、オーストラリア連邦結成の目的の一つは、異質な移民を排除することであった。それでは、連邦結成以前にはどのような移民規制が行われたのか。以下では、連邦憲法典起草時の議論の前提として、連邦結成以前の状況について概観する。

1850年代にゴールドラッシュが始まり、多くの中国人が流入し、人種的嫌悪感が高まっていた¹⁹⁾。それに対応して、各植民地では、中国人の流入を防ぐ法律が制定された。まず、ヴィクトリア植民地では、1855年に乗客輸送規制法²⁰⁾が成立した。この法律は、船10トンあたりにつき中国人1人の乗客しか乗せることが出来ず、それを超える場合は、各乗客に10ポンドの罰金を科す法律を制定した。そして、船がヴィクトリア植民地の港に到着した場合、船長は、各中国人1人につき10ポンドの人頭税を払う必要があった²¹⁾。1857年には規制が強化され、中国人が居住する際にはライセンスを必要とした²²⁾。その後も規制強化が続いていた²³⁾。

ニュー・サウス・ウェールズ植民地では、1861年に、ヴィクトリア植民地の1855年乗客輸送規制法と同様の法律が成立したが²⁴⁾、同植民地のゴールドラッシュが終了し、移民の流入が落ち着いた1867年には廃止された²⁵⁾²⁶⁾。その後、

19) 当時のオーストラリアが抱いていた人種的嫌悪については、ハインツ・ゴルヴィツァー（著）／瀬野文教（訳）『黄禍論とは何か—その不安の正体』（中央公論新社・2010年）80-82頁、G・シュリントン（著）／加茂恵津子（訳）『オーストラリアの移民』（勁草書房・1985年）90-92頁。これらによれば、人種的嫌悪は、文化や言語の相違、移民によって職が奪われることに対する危機感が原因であった。

20) *An Act to regulate the conveyance of Passengers to Victoria 1855* (Vic). 中国人移民法 (Chinese Immigrants Act) とも呼ばれている。

21) Robert Garran, *Commentaries on the Constitution of the Commonwealth of Australia* (1901) ¶211 [pdf page 541].

<http://adc.library.usyd.edu.au/data-2/fed0014.pdf>

22) *An Act to regulate the residence of the Chinese Population in Victoria 1857* (Vic).

23) *Chinese Immigrants Statute 1865* (Vic), *The Chinese Act 1881* (Vic).

24) *An Act to regulate and restrict the Immigration of Chinese 1861* (NSW).

25) *An Act to repeal the Act to regulate and restrict the Immigration of Chinese*

ニュー・サウス・ウェールズ植民地では、1877年にクィーンズランド植民地議会で成立した法律（後掲）と同様の法律を制定しようと試み、1879年には失敗に終わるものの、1881年に成立した²⁷⁾²⁸⁾。

1876年に、クィーンズランド植民地議会は、採金地法（Goled Fields Act of 1874）を改正し、アジア系及びアフリカ系の外国人について、金鉱夫として居住するに際し、許可証を必要とし、その発行料を徴収することにした²⁹⁾。しかし、この法改正は、国際礼讓に反すること、イギリスが中国と締結した条約に違反することを理由に、裁可されなかった³⁰⁾。1877年に、クィーンズランド植民地議会は、他の植民地と同様に、各中国人に10ポンドの人頭税を課す法律を制定した³¹⁾。ただし犯罪を犯さないこと、福祉的給付を受けないことを条件に、3年以内に出国すれば払い戻されるものであり、実効性は高くはなかった³²⁾。1884年には、船50トンにつき1人の中国人に限定され、同時に、人頭税が30ポンドに引き上げられ、払い戻し規定も削除された³³⁾。同様の法律は、南オーストラリア植民地においても成立している³⁴⁾。

西オーストラリア植民地では、以下の2つの法律が制定されている。第一に、1874年輸入労働者登録法³⁵⁾では、アジア系、アフリカ系の外国人がオーストラリアに到着した後に登録することを規定し、第二に、1886年採金地法³⁶⁾で

1867 (NSW).

26) 南オーストラリア植民地においても、1857年には同様の法律が制定されているが、1861年には廃止されている (*An Act to repeal An Act, No.3 of 1857-8, intituled "An Act to make provision for levying a charge on Chinese arriving in South Australia" 1861* (SA)).

27) *An Act to restrict the Influx of Chinese into New South Wales 1881* (NSW).

28) Garran, above n 21, ¶ 211 [pdf page 542].

29) Ibid.

30) Ibid ¶ 211 [pdf page 541-542].

31) Ibid ¶ 211 [pdf page 542].

32) Ibid ¶ 211 [pdf page 542].

33) Ibid ¶ 211 [pdf page 541-542].

34) *An Act to regulate and restrict Chinese Immigration 1881* (SA).

35) *The Imported Labour Registry Act 1874* (WA).

36) *The Goldfield Act 1886* (WA) s 2.

はアジア系及びアフリカ系外国人が採金地で労働することを禁止した。

しかし、この法律には抜け穴があった。この法律は、採金地における労働を禁止するだけであり、逆に言えば、採金地以外で労働することは禁止されていない。西オーストラリア植民地から入り、他の植民地に移動することも可能であった。そのため、連邦全体による移民規制の必要性が高まり、1888年6月に開催された全植民地間会議の議題となる。この会議では、次の決議がされた。

- 「(1) この会議において、中国人移民のさらなる制限は、オーストラリアの人々の福利にとって重要である。
- (2) この会議は、望ましい制約は、帝国政府の外交的行動およびオーストラリアの統一的立法によって確保されることが最善であると考える。
- (3) この会議は、望ましい外交的行動をとってもらうために、帝国政府に対して合同代表を送ることを検討する。
- (4) この会議は望ましいオーストラリアの立法が以下の内容を有するべきだと考える。
- (a) この法律は、特別な例外を伴うが、すべての中国人に適用されるべきである。
- (b) この制約は、オーストラリアの港に到着した全ての船舶が連れてきた中国人の人数の制約によって達成される。船の重量500トンにつき一人とする。
- (c) ある植民地から他の植民地へ移動する中国人乗客は、移動先の植民地の同意がない限り、軽罪とする。」³⁷⁾

このような決議を受けて、各植民地では、新たな中国人移民規制立法が制定される³⁸⁾。1896年には、西オーストラリア植民地を除く植民地間会議で、中国

37) Garran, above n 21, ¶ 211 [pdf page 543].

38) 各植民地の法規制は以下である。An Act to restrict the Influx of Chinese into New South Wales 1888 (NSW), *The Chinese Immigration Restriction Act 1888*

人だけではなく、すべての有色人種に対する移民規制を行うことが決議される。それを受けて、1896年には、ニュー・サウス・ウェールズ植民地、南オーストラリア植民地で、有色人種に対する移民規制立法が成立する³⁹⁾。

しかし、これらの法律に対しては、大英帝国政府から支持が得られなかった⁴⁰⁾⁴¹⁾。ロンドンで開催された会議において、オーストラリア側は、「文明、宗教、習慣において異質であり、現存の労働人口が有する正当な権利に干渉する人々の流入を防ごうとする植民地側の決定に対する同調」⁴²⁾を主張している。その中で、オーストラリア側は、大英帝国政府が満足する法律として、人種ではなく、移民の性質による規制を提案した。

その結果として提案されたのがナタル法である。これは、貧困者や白痴者、犯罪を行った者を「禁止された移民」と位置付けるものであるが、最大の眼目は、ヨーロッパ言語の書き取りを課す言語テストの導入であった⁴³⁾。これを受けて、ニュー・サウス・ウェールズ植民地⁴⁴⁾、西オーストラリア植民地⁴⁵⁾、タ

(Vic), *Chinese Immigration Restriction Act 1888* (SA) (なお、その後の改正として、*An Act to amend the "Chinese Immigration Restriction Act, 1888" 1889* (SA), *An Act to continue the "Chinese Immigration Restriction Act, 1888" 1891* (SA)), *The Chinese Immigration Act 1889* (WA)。ニュー・サウス・ウェールズ植民地の法律では、中国人移民の帰化も禁止している (s 3)。

39) *Coloured Races Restriction and Regulation Act 1896* (NSW), *The Coloured Immigration Restriction Act 1896* (SA)。なお、クイーンズランド植民地では、太平洋諸島先住民に対する就労規制立法が成立している (*Pacific Island Labourer Act Amendment Act 1884* (QLD))。

40) Garran, above n 21, ¶ 211 [pdf page 544]。大英帝国政府としては、帝国の拡大によって、異なる人種や異なる肌の色を包摂するため、人種や肌の色に基づく規制を行うことは帝国の建前に反することとなり、許容できないと考えていた。

41) オーストラリア側と大英帝国側の移民政策に関する対立については、ゴルヴィツァー・前掲注1981頁。アジア（特に日本）に対する脅威について、オーストラリアと大英帝国政府について温度差があったためと説明される。

42) Garran, above n 21, ¶ 211 [pdf page 544]。

43) *Ibid* ¶ 211 [pdf page 544-545]。類似した制度が当時大英帝国植民地であった南アフリカのナタル地方において導入されていたことからナタル法と呼ばれていた。

44) *Immigration Restriction Act 1898* (NSW)。

45) *Immigration Restriction Act 1897* (WA)。

スマニア植民地⁴⁶⁾では、言語テストによる移民の選別が行われるようになったが、ヴィクトリア植民地では、両院の合意が得られず、成立しなかった⁴⁷⁾。

上記に見たように、1888年以降の各植民地における法律は、植民地間会議や大英帝国政府の意向を反映して制定され、統一性を志向しているものの⁴⁸⁾、完全に統一的移民法を制定することは困難であった。このような理由から、統一的な移民規制を実現すること、そして異質な他者を排除することが連邦結成の目的であった。

2.3. オーストラリア連邦憲法典起草時における市民権規定に関する議論

Rubensteinによれば、オーストラリア連邦憲法典起草時に市民権規定について、「用語の定義の困難さ、二層市民権（連邦と州）の関係、市民の権利、…新たなオーストラリアという国において、誰を排除し、誰を包摂するののかという決定」⁴⁹⁾に関して中心に議論されていた。そして、どの論点も重なりあうが、一番重要なのは、最後の論点、すなわち、誰を市民とするのか、という点であった⁵⁰⁾。以下では、この4点について、起草時の議論を概観する。

具体的に論争となった規定は、現行のオーストラリア連邦憲法典における以下の規定である。

46) *Immigration Restriction Act 1898* (Tas).

47) Garran, above n 21, ¶ 211 [pdf page 545].

48) 例えば、1890年に制定された南オーストラリア植民地の *An Act to further amend the "Chinese Immigration Restriction Act, 1888"* 1890 (SA) では、「ヴィクトリア植民地、ニュー・サウス・ウェールズ植民地、クィーンズランド植民地が、Chinese Immigration Restriction Act, 1888と実質的に同内容の法律を制定した」場合には、*Chinese Immigration Restriction Act, 1888* (SA) は効力を継続すると規定し、他の植民地と足並みを合わせることを定めている。

49) Kim Rubenstein, 'Citizenship and the Constitutional Convention Debate: A Mere Legal Inference' (1997) 25 *Federal Law Review* 295, 296.

50) Ibid.

・51条

議会は、この憲法に従って、連邦の平和、秩序及び適正な統治のために、次に掲げる事項に関する法律を制定する権限を有する。

19号 帰化及び外国人

・117条

女王の臣民であるいかなる州の住民も、他の州において女王の臣民としての住民であるならば、等しく、受けることのないような権利制限または差別的取扱いを受けることはない。

また、117条の母体となった起草時の原案（110条）は次の通りである。

「州は、連邦の他州の市民の特権または免除を侵害する法律を制定または執行してはならない。また、州は、自らの管轄下において、あらゆる人々に対して、法律の平等な保護を否定してはならない。」⁵¹⁾

2.3.1. 市民権の定義の困難さについて

John Quickは、連邦市民権を推進しようとしていた人物の一人である。Quickは、「我々は、新たな政治組織を創り出している。これは、州の政治組織とも、より広い政治組織である帝国とも異なる」⁵²⁾と述べた後に、次のように提案する。

「私は、この法案の中に憲法上の定義、または市民権を規定する連邦議会の権限を導入するべきであると考えている。もしこれが実現すれば、もちろん、アメリカ合衆国のような2つの市民権が存在することになるだろう。人々が

51) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898) 1780 [pdf page 2867].

<http://adc.library.usyd.edu.au/data-2/fed0056.pdf>

52) *Ibid* 1750 [pdf page 2820].

居住している州の市民権があり、そこでは、州法によって定められた権利及び義務があるだろう。そして、より広い連邦の市民権があり、そこでは、連邦議会によって定められた権利、義務、それに付随するものがあるだろう。私の提案は、全く先例がないわけではない。なぜならば、私は、連邦制を採用している世界各国のほとんどの憲法典において、共通の市民権の確認及び定義に関する明確な規定があることを了知しているからである。」⁵³⁾

そして、Quickは、ドイツ帝国憲法典3条、スイス憲法典43条1項を例に挙げる。

しかし、このような提案に対して、Josiah Symonは、原案の110条について、「もしこの規定が導入されなければ、ある州が、他州の市民を、州内の土地の所有から排除するような法律を制定するおそれもあるだろう」⁵⁴⁾と、規定の必要性は認めた上で、市民という概念を用いることに対して懸念を表明する。

「私は市民権の定義を構築する必要性は無いと考える。市民とは、市民権に伴う免除を享有する者である。つまり、市民は市民である。私は、『人』や『臣民』以上に、『市民』を定義するべきではないと考える。」⁵⁵⁾

つまり、Symonは、州市民が規定され、他州における特権・免除を享有する者が連邦においても市民であって、連邦が共通の市民権を定義する必要性は無いと考えていた。しかし、Symonの見解は、1890年代の各植民地には、各植民地の市民権に関する定義規定が存在しなかった、という欠点が存在した⁵⁶⁾。

Quickが市民権を定義することは困難ではないと考えた理由は、出生地主義

53) Ibid 1750 [pdf page 2821].

54) Ibid 1780-1781 [pdf page 2868].

55) Ibid 1782 [pdf page 2871].

56) Rubenstein, above n 49, 299.

によって連邦の市民権を明確に定義したアメリカ合衆国憲法典第14修正にある。Quickは、第14修正を参考にしてオーストラリア連邦憲法典に連邦の市民権に関する規定を設けるべきであると考えていた⁵⁷⁾。

しかし、それに対して、Symonは、Quickの構想は「連邦に居住する全ての人民であって、連邦議会が課した法的能力に関する要件の下、出生により、または帰化により女王の臣民となった者は、連邦の市民である」⁵⁸⁾という規定を導入することになる、と要約した上で⁵⁹⁾、市民権を規定する権限を「連邦議会的手中に置いておくことは望ましくない。私は連邦議会を信頼しているが、私から市民権を剥奪する権限を有することになる」⁶⁰⁾と述べる。つまり、Symonは、市民権を定義する権限を付与することは、市民権を奪う権限を付与することにもなりうる、と考えていた。

Quickの構想に対する批判としては、他にWilliam Trenwithによる次のような批判がある。

Quickの構想は、「もし我々が市民権の意味を明確に定義できなかつたら、連邦議会は、我々が現に有し、また有すべき自由を侵害するような行為を行うかもしれない、という想定に基づいている。我々は、憲法典において、両院が広範な選挙人によって選出されることを定めていることを想起した場合、連邦議会が市民の自由を侵害するであろうと想定することは、ほとんど困難である。」⁶¹⁾

上記のような問題を総括した上で、Isaac Isaacsは、「私は、連邦の市民権を定義しようとする試みは、我々に対して、数多くの困難をもたらすことになる

57) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 1752 [pdf page 2822].

58) *Ibid* 1752 [pdf page 2822-2823].

59) *Ibid*.

60) *Ibid* 1764 [pdf page 2840-2841].

61) *Ibid* 1761 [pdf page 2837].

だろうと懸念する」⁶²⁾と述べている。

2.3.2. 二層市民権—連邦市民と州市民の関係

- (1) 連邦憲法典起草時には、州の適切な役割を維持しつつ、新たな連邦をどのように創設するのか、という連邦市民と州市民の関係に関する二層市民権の問題も提起された⁶³⁾。なお、オーストラリア市民権と他国の市民権を同時に有する二重市民権とは別の問題である⁶⁴⁾。

この点について、Bourne Higginsは、1897年にアデレードで開催された制憲会議において、州選出の議員のバランスの文脈で、次のように述べている。

「2つの市民権が存在しなければならない。連邦においては、人々は、2つの異なった構成員資格の市民である。人々は、州の市民であり、連邦の市民である。州政府と連邦政府は、双方とも、直接に彼らに基づいて成立する。…連邦の目的から、連邦は、連邦市民の直接の意思に基づいて活動する。州の目的から、州は、州市民の直接の意思に基づいて活動する。連邦市民が、連邦の目的のために連邦に対して活動し、州市民が、州の目的のために、州に対して活動しないことがあり得ようか。」⁶⁵⁾

62) Ibid 1797 [pdf page 2893].

63) Rubenstein, above n 49, 302.

64) オーストラリア連邦憲法典44条では、「外国に対する忠誠、服従、もしくは加担の認められる者、外国の臣民もしくは市民である者、または外国の臣民もしくは市民としての権利もしくは特権を有する者」は「上院議員または下院議員として選出され、または議会に出席することができない」と規定している。この規定は、二重市民権を有する者は、連邦議会の選挙に立候補できないと解されている (Rubenstein, above n 49, 311)。この規定が導入された理由は、他国に対して忠誠を誓う者を信用することができないため、立法者から排除することにある (Rubenstein, above n 49, 302)。

65) *Official Report of the National Australasian Convention Debates* (1st Session, Adelaide 1897) 101 [pdf page 213-214].

<http://adc.library.usyd.edu.au/data-2/fed0055.pdf>

その後、1898年にシドニーで開催された制憲会議において、Bernard Wiseは、Quickによる連邦市民権の創設に賛成しつつ、次のように述べ、州市民権の役割を極端に相対化する主張を行った。

「ヴィクトリア人には特有の市民権があり、ニュー・サウス・ウェールズ人には特有の市民権があるという古い考え方が生き残っている。…オーストラリア市民権、それだけが、連邦各部において認められるべきである。…各地域の議会は、いかなる方法をもってしても、オーストラリア市民権を侵害する権限を有さない。」⁶⁶⁾

Wiseの見解が出された直後に、Symonは、「Wiseは、一つの市民権を確立することを非常に強調しているが、連邦の目的は、二層市民権を確保することである」⁶⁷⁾と反駁している。

現行のオーストラリア連邦憲法典51条（起草時原案では52条）は、連邦の立法権限の分配を規定するものであり、連邦制度の中核をなす。現行の規定では、39の事項について、連邦が主要権限を有する。しかし、51条に列挙された権限は、排他的なものではなく、州も、連邦法と対立しない範囲において⁶⁸⁾、当該事項について権限を有する⁶⁹⁾。

[2.3.1]において述べたように、Quickは、共通の市民権に関する規定を挿入すべきである、そして、連邦と州の二層市民権に対応して、連邦と州という2つのレベルにおいて、それぞれの権利義務が規定されるという立場であった⁷⁰⁾。この点について、John Gordonは、原案110条に関して、次のような

66) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 675 [pdf page 1127].

67) *Ibid* 675 [pdf page 1128].

68) オーストラリア連邦憲法典109条では、「州の法律が連邦の法律に抵触する場合には、連邦の法律が優先し、当該州の法律は、抵触する限度においてその効力を有しない」と定めている。

69) Rubenstein, above n 49, 303.

70) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd

疑問を提起した。

「ある州において、全ての集団が陪審役務からの絶対的免除を有していると想定した場合、もし、その州市民が他州に移動したとき、彼は、移動先の州において役務からの免除を享受するのか？当該規定は、他州の政策全体を否定することになるのだろうか？」⁷¹⁾

この疑問については誰も解答できなかった⁷²⁾。ただ、Quickによる提案に対する主な反対は、連邦が大きな権限を有してしまうことに対する懸念であり⁷³⁾、Richard O'Connorは、「我々は、連邦議会に対して、極端に曖昧で、間違っ
て行使されるかもしれない何かを付与しているように思える」⁷⁴⁾と批判している。また、Edmund Bartonは、「州市民が連邦憲法典に定義される連邦市民である限り、我々は、連邦が州市民の政治的権利を取り扱うことになる」⁷⁵⁾、「州市民権が無価値のものになってしまう」⁷⁶⁾と述べている。

(2) 連邦と州の関係から派生する問題として、大英帝国における帝国臣民をどのように位置付けるのか、という問題も同時に議論されていた。

この点について、Bartonは、次のように述べている。

「もし帝国臣民に対して適用されるような市民権という概念があるならば、各州の市民は、特に定義の必要もなく、連邦の市民である。私は、…帝

session, Melbourne 1898), above n 51, 1750-1751 [pdf page 2820-2821].

71) Ibid 681 [pdf page 1137].

72) Rubenstein, above n 49, 303.

73) [2.3.1]において触れたように、Symonは、市民権を剥奪する権限も付与してしまう可能性がある」と指摘している。

74) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 1761 [pdf page 2837].

75) Ibid 1765 [pdf page 2842].

76) Ibid 1765 [pdf page 2843].

国臣民に対して適用されるような市民権の定義を見つけることができないと認めなければならない。市民あるいは市民権という用語は、私が想起する限りでは、大英帝国臣民の立場を扱う数多くの法律において見出すことができない。我々の植民地において、我々が自ら定めた制定法の下で、市民、または市民権という用語を用いる習慣があるとは思えない。』⁷⁷⁾

「我々は、大英帝国との統治関係において臣民であり、市民ではない。『市民』というのは定義されていない概念であり、憲法典には知られていない。『臣民』という用語は、帝国市民と王との関係を表明している。』⁷⁸⁾

さらに、Isaacsは、次のように述べる。

「私は、ドイツやアメリカ合衆国の事例、その類推として、連邦憲法典に市民権の定義を挿入する問題について検討する必要はないと考える。これらの国々には次のような事情がある。すなわち、これらの国々は、新たな主権国家を作り出したものであり、その事情の性質から、当然のように、上位の存在は想定していない。新たな国家の創設に伴って、主権国家は、ドイツにおいては、帝国市民権に関する規定を導入する必要性を感じた。アメリカ合衆国については、新たな主権国家を創設したけれども、新たな国家の市民権を定義することはしなかった。しかし、アメリカ合衆国は、黒人の問題を通じて、後に、市民なる存在を定義する必要性を見出すことになった。しかし、我々は、このような国と同様の立場にあるわけではない。我々は、一方では、大英帝国の市民であり、他方では、州の市民である。我々が求めることは、連邦市民権の定義を憲法典に挿入することではなく、…将来生ずるかもしれない事態に対処するための権限を連邦議会に付与することである。』⁷⁹⁾

77) Ibid 1764 [pdf page 2842].

78) Ibid 1786 [pdf page 2877].

79) Ibid 1759 [pdf page 2834].

実際の議論では、「女王の臣民」という用語が「市民」の代わりに用いられているが、この議論は、オーストラリアが独自の構成員資格とアイデンティティを有する独立した国家なのかどうか、という問題に連なっている⁸⁰⁾。

Quickは、「この定義は、帝国の構成員または女王の臣民としての広い関係を示す、『臣民』という用語に干渉するものではない⁸¹⁾と反論するが、起草時の議論では市民という用語を用いないことになった。この点について、Isaacsは、「私は、連邦の市民権を定義しようとする試みは、我々に対して、数多くの困難をもたらすことになるだろうと懸念する⁸²⁾と総括している。

2.3.3. 市民権と権利

Symonは、「我々が移民に接し、我々とは血統が異なる国家に所属する異質な人々がオーストラリアに来ることを認め、彼らが帰化すると、彼らは、市民権に伴う権利を有することになる⁸³⁾と述べて、市民権には一定の権利が付着することを表明している⁸⁴⁾。Symonは、市民権は、固有の地位であり、市民権を持つ人々に対して一定の権利を付与するという考え方に立脚している⁸⁵⁾。しかし、権利が（連邦の）市民権を生じさせる、という逆の考え方も存在していた⁸⁶⁾。

この点について、O'Connorは、次のように述べる。

「連邦の構成員として権利を有するすべての者は、ある州またはある地域

80) Rubenstein, above n 49, 304, Helen Irving, 'Citizenship before 1949' in Kim Rubenstein (ed), *Individual Community Nation—Fifty Years of Australian Citizenship* (Australian Scholarly Publishing Pty Ltd, 2000) 14.

81) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 1786 [pdf page 2878].

82) Ibid 1797 [pdf page 2893].

83) Ibid 1763 [pdf page 2840].

84) なお、異質な他者に対する対応については、[2.3.4] 参照。

85) Rubenstein, above n 49, 300.

86) Ibid.

の市民である。州または地域の市民であるという効果によってのみ、連邦における政治的権利を有する。」⁸⁷⁾

州民が連邦市民であることを指摘する必要はない。「なぜならば、市民権は、連邦憲法典の下にある連邦各地域に住む人々に対して与えられる権利から生じるためである。」⁸⁸⁾

この発想では、(州における) 選挙権や政治的自由の概念が、(連邦における) 市民権を定義する際の重要な根拠となる⁸⁹⁾。しかし、この議論は、選挙権を有さない者(例えば女性)を市民として認めないことになるのか、という問題を抱えるものであった⁹⁰⁾。

市民権と権利に関する問題は、オーストラリア連邦憲法典原案110条における「市民」という用語をめぐる議論が展開されていた。これは、原案の文言から明らかのように、アメリカ合衆国憲法典第14修正を参考としている⁹¹⁾⁹²⁾。

それでは、110条が想定する「市民の特権または免除」とは何か。

Isaacsは、黒人に対して合衆国市民権を付与することになった第14修正及びそれに関する解釈を示した、アメリカ合衆国最高裁判所の判決であるStrauder v. West Virginiaの趣旨を「連邦の市民権を構成することによって、州が、市民権を侵害、市民が保持する特権及び免除を剥奪しないようにした」⁹³⁾と確認

87) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 1754 [pdf page 2825].

88) *Ibid* 672 [pdf page 1123].

89) Rubenstein, above n 49, 300.

90) *Ibid*.

91) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 668 [pdf page 1116].

92) 原案は、共和主義者であるAndrew Inglis Clarkの主張によって挿入された。John Williams, 'Race, Citizenship and the Formation of the Australian Constitution: Andrew Inglis Clark and the "14th Amendment"' (1996) 42(1) *Australian Journal of Politics & History* 10, 11-12.

93) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 668 [pdf page 1117].

した上で、「市民が保持する特権及び免除」について、次のように述べている。

「この憲法典によって黙示的に保護されている、この偉大な国の市民の権利は、政府に対する主張を実現するために議員に就く権利、政府と行う事業について交渉する権利、政府の保護を求める権利、政府の役職に就く権利、政府の統治活動に参加する権利、外国との通商が行われる港湾、下準備のための交渉、公有地、州裁判所に対して自由にアクセスする権利である。」⁹⁴⁾

Isaacsは上記のように広義に捉えていたが、O'Connorは、上記のように、政治的権利を中心に理解していた。また、Bartonは、「政治的自由の中核は、選挙人の資格である」⁹⁵⁾と解していた。

110条に「市民」という文言が使用されていることについて、O'Connorは、次のように述べている。

「110条の文言は市民権に伴う権利を規定していない。なぜならば、この規定は、一定の規制を防ぐものだからである。Quick氏は、我々が、現時点で、市民という概念が意味するものを理解していないときに、市民権に基づく権利を規制または記述しようとする権限を付与することを提案している。… Quick氏は、投票する資格を持つ州の住民全てに対して与えられる政治的権利だけを意味しているのか？あるいは、…市民として法律の保護の下にあるすべての者を意味するのか？市民、法律の保護の下にある者は、選挙または統治に参加する者だけではない。我々の共同体に居住する全ての者は法律の保護を受ける権利を持ち、すべての州で法律による保護を受け、裁判所へアクセスする権利を持つ。」⁹⁶⁾

94) Ibid.

95) Ibid 1765 [pdf page 2843].

96) Ibid 1761 [pdf page 2836].

原案110条における「『市民』という単語は、アメリカ合衆国憲法典第14修正のように、政治的意味で用いているのであって、単なる『住民、居住者、人々』と同義ではない。…『市民』という単語を用いることによって招く危険はある。なぜならば、…それは、制限的な意味を有してしまうかもしれないからである。しかし、我々が意味するものは、共同体、または国家の構成員である。我々の状況下における共同体の構成員の正確な記述とは、連邦内の女王の臣民である居住者である。」⁹⁷⁾

110条の趣旨は、ある州が他州の州市民を差別することを防ぐことであるが、その範囲は—O'Connorの見解では—単なる居住者ではない。一定の構成員資格を持つ者である。その指標として選挙権を用いることに対しては、Symonも次のように述べて反対している。

「『市民』という表現は、選挙権を行使する人々だけを意味するわけではない。そこには、幼児や精神障害者も含まれる。南オーストラリア植民地を除くほとんどの植民地では、女性は選挙権を行使できない。しかし、女性が市民ではないと言う者はいないだろう。」⁹⁸⁾

原案110条において「市民」という用語を用いている点について、John Cockburnは、「『市民』という概念が単に居住者または住民を意味するならば、なぜ我々は悩むのか？」⁹⁹⁾と疑問を呈する。市民が居住者または住民ならば、単に市民という概念を用いなければ良い。これに対して、O'Connorは、上記の通り、「連邦内の女王の臣民である居住者である」¹⁰⁰⁾ことを正確に記述するための概念として市民権を用いる、と説明している。

97) Ibid 1796 [pdf page 2892].

98) Ibid 1794 [pdf page 2890].

99) Ibid 1795 [pdf page 2890].

100) Ibid 1796 [pdf page 2892].

Trenwithは、市民権に伴う権利について、特に関心を抱いていない。なぜならば、[2.3.1]において触れたように、議員が選挙によって選出されているならば、市民的自由を侵害することは想定できない、と考えていたからである¹⁰¹⁾。

2.3.4. 誰を排除するのか

[2.3]の冒頭において触れたように、オーストラリア連邦憲法典を制定する際の最大の争点は、誰を市民から排除するのか、であった。[2.3.1]において触れたSymonのように、市民権に関する権限を連邦憲法典に挿入することは、市民権を剥奪する権限を連邦に付与することになってしまう、と懸念を表明する者もいたが、Symonの見解に対して、Cockburnは次のように批判している。

「ある植民地では、移民に関しては人種に目をつぶる態度であり、また、別な植民地では、帰化に関する考え方について欠陥がある。もし、我々が不快な市民を連邦に押し付ける権限を州の手に委ねるとしたら、連邦にとって非常に大きな害悪となるだろう。この権限は、連邦に委ねるべきである。連邦自身が、連邦市民権が付与されるべき条件を設定する権限を保持するべきである。そして、連邦市民権は、特定の州の市民権とは、必ずしも一致するべきではない。」¹⁰²⁾

連邦市民権の創設を提唱したQuickも、同様に、「私は、連邦に対して、他者である有色人種の侵入に対して対処するために必要な、あらゆる権限を用意することを熱望する」¹⁰³⁾と主張していた。ここでCockburnが言及している「不

101) Rubenstein, above n 49, 305.

102) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 1764 [pdf page 2841].

103) *Ibid* 246 [pdf page 450].

快な市民」とは、具体的には、アジア系、特に、中国系移民である¹⁰⁴⁾。当時、オーストラリアには、既に大英帝国の植民地であった香港から大量の中国系移民が来ており、香港出身の中国系移民と、香港以外出身の中国系移民に対してどのように対処するのか、が争点となっていた¹⁰⁵⁾。Cockburnは、憲法典における「女王の臣民」という文言が意味する範囲に関する文脈において、次のようにも述べている。

「我々は、常に、女王の臣民であるかという線に基づいて、アジア系に対して対処することを望んでいる。南オーストラリア及び他の植民地では、私が思うに、この区別の線引きは、消滅している。南オーストラリアでは、我々は、香港出身の中国人と他の地域出身の中国人との差異は見られない。」¹⁰⁶⁾

また、Isaacsは、117条当初の原案において「法律の平等な保護」を規定していることに対して反論する文脈の中で、アメリカ合衆国では、原案の母体となった第14修正を根拠に黒人に対しても権利保障を認めていることを例に挙げ、「この案は、同様に、中国人も保護するだろう。…原案は、議会、行政による差別とは関係なく、人種や肌の色に基づく差別を禁止することになってしまうのではないか」¹⁰⁷⁾と述べている。

[2.2]において述べたように、連邦結成以前に各植民地では、個別の移民制限法が制定されており、そして、1881年に開催された全植民地会議においても、統一的な移民制限法の実現に向けて決議が採択されたが、一致が見られず、移民問題について統一的な対処を行うことが連邦結成の理由の一つとなっ

104) 例えば、John Forrestは、「我々の法律は、アジア系外国人にしか適用されない」と述べている (Ibid 1782 [pdf page 2870])。

105) Rubenstein, above n 49, 306.

106) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 1797 [pdf page 2894].

107) Ibid 687 [pdf page 1147-1148].

ている¹⁰⁸⁾。

移民問題について最大の問題は、誰をオーストラリアの構成員として受け入れ、誰を受け入れないのか、という問題であるが、このときの指標は、「血族という真紅の糸」¹⁰⁹⁾であり、「ブリティッシュ・タイプ (British Type)」¹¹⁰⁾であった¹¹¹⁾。

この議論において、Charles Kingstonは次のように述べている。

「もしあなたたちが有色人種がここにいないことを望むならば、有色人種は排斥されるべきである。しかし、もし有色人種を受け入れ、大英帝国政府との関係において恥の根源であることを望まないならば、彼らを公正に扱い、オーストラリア市民権に伴う特権及び免除の全てを享受させるべきである。」¹¹²⁾

しかし、いったん受け入れた場合は公正に扱うべきであるというKingstonの見解は、多数を占めなかった。例えば、James Howeは、次のように述べている。

「我々の第一の義務は、我々自身である血族の福利を考慮することである。」¹¹³⁾

「オーストラリア中に広がっている叫びは、我々が達成すべき最初の義務であり、我々に向けて発せられている。我々は、可能な限り、オーストラリアを、オーストラリア人及びイギリス人種 (British race) だけの祖国とす

108) [2.1] 参照。

109) French, above n 11, 65.

110) Rubenstein, above n 49, 306.

111) 当時のオーストラリアが抱いていた人種的嫌悪感情については、前掲注(19)参照。

112) *Official Record of the Debate of the Australasian Federal Convention* (3rd session, Melbourne 1898), above n 51, 247 [pdf page 452].

113) *Ibid* 250-251 [pdf page 457].

るべきである。』¹¹⁴⁾

しかし、「ブリティッシュ・タイプ」と大英帝国臣民の範囲は必ずしも一致するわけではない。この点について、苦悩を露呈していたのは、Symonである。

「イングランドにて出生した者がほとんど法的無能力者に等しい地位に置かれると想定することは、単純におぞましい。このような性質を有する出生に基づく臣民を排除することを検討すること自体、不可能である。しかし、その一方で、我々は、相当数の者がオーストラリアに来ることを望んでいるわけではないが、出生に基づく大英帝国臣民がいることを忘れてはならない。例えば、香港生まれの中国人である。彼らは、女王の支配する領地において出生し、したがって、出生に基づく大英帝国臣民である。』¹¹⁵⁾

同様の議論は、第一議会において制定された1901年移民制限法¹¹⁶⁾の議事においても継続する¹¹⁷⁾。

このような白豪主義を反映するような主張であるが、実態においては、人種は二次的な要素に過ぎず、中心は、文化的同化であった。この点について、Irvingは、次のように指摘する。

「白豪主義政策は、優生学上の事項というよりも、文化戦略（cultural strategy）と理解されていた。オーストラリア人は、彼らが創り出している連邦が、オーストラリアーブリティッシュによる議会政治の実践に馴染まず、賃金及び労働条件の面でオーストラリアの基準とは大きく異なる人々によって脅威にさらされることを恐れていた。彼らは、人種に基づく紛争を恐れて

114) Ibid 251 [pdf page 458].

115) Ibid 1760 [pdf page 2835].

116) *Immigration Restriction Act 1901* (Cth).

117) Rubenstein, above n 49, 307. 詳細については、Yarwood, below n 139, 23-32.

いた。なぜならば、アメリカ合衆国における南北戦争の実例は、彼らにとって、依然として、生きている記憶であったからである。彼らの目的は、実は、オーストラリア人を『純化』するというよりも、オーストラリア人を中立化・同質化することであり、その理想に沿うために市民権を創設することであった。¹¹⁸⁾

2.4. 小 括

以上、オーストラリア連邦憲法典起草時における市民権に関する議論について概観した。憲法典起草時には、起草者たちは、異質な他者を排除することについては合意があるものの、異質ではなく受け入れるべき「我々」=オーストラリア市民の範囲を示す指標として、市民権に関する規定を導入することについて、上記のように議論が紛糾し、合意が得られず、実現しなかった。

結局、成立したオーストラリア連邦憲法典には、構成員の文言について、「市民」という用語に代えて¹¹⁹⁾、女王の臣民(Subject of the Queen, 34条, 117条)、連邦の人民(People of the Commonwealth, 24条)、州の人民(People of a State, 7条, 24条, 25条)という3種類の文言を用いている¹²⁰⁾¹²¹⁾。

それぞれの意味について、連邦初期に作成された憲法典注釈書では、次のように解説している。

「女王の臣民」とは、「王権が支配する帝国の住民かつ個人の集合体」¹²²⁾で

118) Irving, above n 80, 15.

119) なお、「市民(citizen)」という用語は、当時のオーストラリアでは、憲法典起草時の議論も含め、一般的に用いられていた。ただし、これは、厳密に定義された法的概念ではなく、多様な意味を有していた。Irving, above n 80, 10-13.

120) French, above n 11, 81.

121) なお、後の憲法典の改正により、15条にも「州の人民」という用語が用いられるようになったが、本稿は、連邦初期における構成員の範囲について扱うため、この意味については特に触れない。

122) John Quick & Robert Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth* (The Australian Book Company, 1901) 957. なお、この注釈書の執筆者であるQuickとGarranは、両名とも法律家として活躍し、オーストラリア連邦憲法典の制定に深く関与した。

ある。「連邦の人民」については、「連邦の領域内において永続的にドミサイルを有する者」¹²³⁾である。また、「州の人民」とは、「連邦の人民の一部」であり、「州共同体の構成員として、特権及び免除は、州内の居住、州法の遵守に左右される」¹²⁴⁾と説明されている。また、「連邦の人民」と「州の人民」の関係については、「出生または帰化により女王の臣民となった者であって、連邦の領域内に永続的に居住する全ての者は、連邦の市民であり、同時に、居住する州の市民である」¹²⁵⁾と解説されている。

3. 憲法典制定後の初期の解釈

以下では、前述のような議論を経て成立したオーストラリア連邦憲法典における外国人及び構成員に関する条項について、連邦憲法典制定初期にはどのような理解されてきたのか、そして、連邦憲法典の下、どのような法律が制定されたのか、それに対して、裁判所はどのような判断を下したのか、を示す。

3.1. 憲法典制定直後の見解—特に51条27号が規定する移民規制権限について

オーストラリア連邦憲法典51条27号では、連邦議会が行使できる権限として、「移民 (Immigration and emigration)」を掲げている。この規定は、[2.3]において触れた外国人権限(19号)や117条とは異なり、特に議論がないまま成立した¹²⁶⁾。この権限については、「外国人権限は、外国人をオーストラリアから排除するために、外国人が入国に際し条件を付するために、そして、外国人を退去強制するために、移民規制権限と…共同して行使される」¹²⁷⁾と解され

123) Ibid.

124) Ibid 958.

125) Ibid 449.「市民 (citizen)」という用語を用いた理由については明らかではない。

126) Quick & Garran, above n 122, 623.

127) Gabriel Moens & John Trone, *The Constitution of the Commonwealth of Australia Annotated* (LexisNexis Butterworths, 8th ed., 2012) 150 [284].

ている¹²⁸⁾。このように、両権限の関係性の高さを考慮すると、外国人権限の法的性質を理解するためにも、移民規制権限がどのように理解されてきたのか、を明らかにすることは有益であろう。

さて、Quick及びGarranの共著である注釈書では、アメリカ合衆国大統領であったGrover Cleveland、アメリカ合衆国の政治学者であるJohn Burgessの見解を引用しながら、次のように述べている。

「あらゆる主権国家が、その国境から、どのような理由であれ、国家の可能性を阻害する、または国民の道徳的、身体的健全性にとって損失となりうる外国人たちがもたらす要因を排除する最高の権限を有することは、国際法及び国際取引上承認された規範である。」¹²⁹⁾

「偉大な植民地帝国の事例を検討してみよう。その帝国の生命は、当然のことながら、帝国組織の中核であるその領土において最も支配的な国民性に依存する。帝国は、その国民性が論争になるような全国家的衝突に苛まれることは無い。支配的な国民が、断固とした決断とともに、民族的同質性を主張した場合は、彼らは、完璧な権利を有し、科学的観点から見ると、全く問題とならない政策を追求することができる。それは、もちろん、可能であれば、影響及び教育という平和的手段を通じて実現されるべきである。しかし、平和的手段が尽きた場合には、強制は正当化できる。国家は、健全な公的政策を追求するだけではない。国家は、外国からの移民による悪影響から国民を保護する場合、民族的に課せられた政策を実施することも可能である。当然、すべての国家は、世界に対して義務を負っている。国家が、世界文明に対して貢献する義務である。この義務を免除するためには、国家は、自らの存在と利益の維持と両立する範囲内において、通商・出入国について、開放

128) 同趣旨の見解として、Robtelmes v Brennan (1906) 4 CLR 395, 415 per Barton J.
129) Quick & Garran, above n 122, 623.

しなければならない。しかし、この制限を超えることは、世界に対して負っている義務ではない。国家は、高次の善に対して自らを犠牲にすることは要求されていない。このことは、最高の善である。世界は、依然として、各国家が結合する組織を備えていない。このような世界は、依然として理想にすぎない。国家が受け入れなければならないパスポートは存在しない。世界に対する国家の義務は、国家が最高の解釈者の立場にある義務である。国家が負う最高の義務は、自らの存在、健全な成長を維持することである。外国からの移民は、これらに資する限りにおいて、許容されるばかりではなく、ときには促進される。他方、国家的言語、習慣、制度が移民によって危機に瀕するときは、国家が、問題状況に応じて、自らの門を一部または全て閉じる状況にある。そして、新たな移住者たちに対して、居住者の生活の基本原則を民族的同質性に調和させる教育をする時期が到来している。国家が、新規移住者の無制限な権利を通じて、国家の存在の危機に苦しむことを求めるのは、最も危険であり、非難されるべき扇動主義である。このような主張が優れた人間性という観点から行われるときは、意識的であれ無意識的であれ、耐え難い欺瞞である。]¹³⁰⁾(傍線部は引用者)

上記の引用箇所が示すように、異質な他者を排除することは、国家が担う義務であって、最高の権限である、と解されていた。[3.3.1.2]において触れるように、このような理解が、移民規制を絶対的権限と捉える下地となっている。

3.2. オーストラリア連邦初期の立法の動向

[2.3]において述べたように、憲法典に市民権に関する規定を導入することができなかったオーストラリアであるが、連邦結成初期の法制度においても、明確に国家構成員を規定する法制度は存在しない¹³¹⁾。初期のオーストラリ

130) Ibid.

131) もっとも、コモンロー上の原則として、出生地主義が採用されていた(Quick & Garran, above n 122, 599)。なお、出生地主義の原則は、*Nationality Law 1920*

アでは、主要な法的地位は、帝国臣民か外国人かという区別しか存在しなかった¹³²⁾。「コモンローでは、個人の法的地位は、出生または帰化による君主に対する忠誠によって決定されていた」¹³³⁾。連邦結成初期のオーストラリアでは、「オーストラリアに永住している帝国臣民」、「オーストラリアに一時的に居住している帝国臣民」、「帝国市民ではない外国人」という3種類の構成員の形態があった¹³⁴⁾。

その中で、通常であれば中核となるべき「オーストラリア市民」という概念が形成されないまま、外国人権限及び移民規制権限に基づき、外国人に対処するための法律が成立した。以下では、オーストラリア連邦初期に制定された法律のうち、構成員の範囲設定に関するもの及び構成員の権利・法的地位に関するものを取り上げる。

3.2.1. 構成員の範囲

(1) 1901年移民制限法¹³⁵⁾

この法律は、第1回連邦議会において制定された法律の一つである。ここからも、オーストラリア連邦結成の要因が移民の制限であることが理解できる（[2.2] 参照）。この法律は、入国が禁止される者を限定列挙する方式を採用し、s 3(a)では、入国が禁止される者の一類型として、「職員によって指示されたとき、職員の指示によるヨーロッパ言語で、50語以上の文章を、職員の面前で書くことができなかつた者」¹³⁶⁾と定めた。これは、連邦結成以前に各植民地において採用されていた、書き取りテストと同様の手法である¹³⁷⁾。肌の色を理由とする移民選別方式では、香港生まれの大英帝国臣民も排除することに

(Cth) s 6において明文化された。

132) Kim Rubenstein, 'Citizenship and the Centenary—Inclusion and Exclusion in 20th Century Australia' (2000) 24 *Melbourne University Law Review* 576, 583.

133) Ibid.

134) Ibid 584. 後に帝国臣民の地位は消滅する。

135) *Immigration Restriction Act 1901* (Cth).

136) *Immigration Restriction Act 1901* (Cth) s 3(a).

137) [2.2] 参照。

なりかねず¹³⁸⁾、書き取りテスト方式を採用することになった。有色人種を排除することについては合意が存在したものの、有色人種排除を前面に押し出せば大英帝国から差別だと非難される可能性があり、その板挟みの結果、書き取りテスト方式が採用された¹³⁹⁾。

書き取りテスト方式は、1958年移民法¹⁴⁰⁾によって廃止されるまで継続し、初期オーストラリアの移民政策にとって、大きな根幹を形成していた。書き取りテストの実態については、次のように言われている。

『書き取り試験』に合格した者だけが入国できるという入国制限は、なるほど表面的には教育程度の低い者には扉を閉ざすという面で平等には違いない。当時のアジア人は一般的には教育程度も低く、英語を使用できる人はごく少数であったため、アジア人を効果的に排斥できると考えたのである。しかし、たとえ英語が堪能なアジア人が移民として入国しようとしても、それは不可能に近いことであった。その理由は『書き取り試験』の実施方法にある。つまりアジア人を筆頭とする有色人種が入国しようとした場合、入国管理官は入国希望者の知らない外国語を試験問題に出し、相手が試験に絶対合格できないようにしたからである。たとえば英語の堪能な日本人にはフランス語の試験が用意されるという具合であった。¹⁴¹⁾

この法律は、「ナショナリスト的なネーション・ビルディング (nation-building) の過程の端緒」¹⁴²⁾と評価され、いわゆる白豪主義の反映と理解されている。

138) [2.3.4] 参照。

139) A.T Yarwood, *Asian Migration to Australia: The Background to Exclusion 1986-1923* (Melbourne University Press, 1964) 22.

140) *Migration Act 1958* (Cth).

141) 竹田いさみ『移民・難民・援助の政治学 オーストラリアと国際社会』(勁草書房・1991年) 20頁。

142) French, above n 11, 64.

この点に関して、1901年移民制限法と同時期に成立した太平洋諸島労働者法¹⁴³⁾も重要である。この法律では、s 2において、「太平洋諸島労働者 (Pacific Island Labourer)」を、「この法律が制定された時点において、連邦の領土以外の太平洋に位置する諸島 (ニュージーランドを除く) のヨーロッパ系以外の全ての先住民¹⁴⁴⁾と定義し、続いて、「太平洋諸島労働者は、1904年3月31日以降に、オーストラリアに入国できない¹⁴⁵⁾」、「太平洋諸島労働者は、1904年3月31日より前に、オーストラリアに入国できない。ただし、ライセンスを有する者は除く¹⁴⁶⁾と定めた。

(2) 1903年帰化法¹⁴⁷⁾

連邦結成以前では、移民規制と同様に、各植民地において帰化制度が設けられていた。帰化制度は各植民地によって異なるが、おおまかな共通点としては、「手数料の廃止といった、ドイツ系を中心としたヨーロッパ系の移民定住促進の側面、そして、有色人種の帰化制限や居住要件といった制限的側面の両面が併存¹⁴⁸⁾していた。そして、連邦結成後も暫くの間は各州が帰化行政を担っていたが¹⁴⁹⁾、連邦憲法典51条19号の規定に基づいて制定された1903年帰化法により、連邦が一元的に行うことになった。

この法律では、s 5において、次のように規定している。

143) *Pacific Island Labourers Act 1901* (Cth).

144) *Pacific Island Labourers Act 1901* (Cth) s 2.

145) *Pacific Island Labourers Act 1901* (Cth) s 3.

146) *Pacific Island Labourers Act 1901* (Cth) s 4.

147) *Naturalization Act 1903* (Cth).

148) 浅川晃弘『オーストラリア移民政策論』(中央公論事業出版・2006年) 75頁。

149) 連邦憲法典51条に規定されている連邦議会の権限は、必ずしも連邦議会に排他的な権限ではなく、各州も有する。ただし、連邦法と州法が衝突したときは連邦法が優越する(オーストラリア連邦憲法典109条)。各州において実施されていた帰化制度では、帰化の効力は、あくまで各州内においてしか効力を有さず、連邦全体に関する帰化制度は、1903年帰化法まで存在しなかった。連邦による統一的な帰化制度が制定される以前の状況については、浅川・前掲注(148) 77頁参照。

「連邦の住民（大英帝国臣民，アジア，アフリカ，ニュージーランドを除く太平洋諸島の先住民を除く）であって，連邦に居住する意思を有し，かつ

(a) 申請の直近まで，2年間継続してオーストラリアに居住している者
または

(b) 連合王国内において，帰化証書を取得した者は，総督に対して帰化の申請をすることができる。」

これは，当時アメリカ合衆国において存在していた帰化に関する人種要件¹⁵⁰⁾と同様の規定である。この規定が制定される際に，人種を指標とするのではなく，1901年移民制限法と同様に書き取りテストを実施するべきではないか，という見解も提示されていたが，「有色人種の中の善人を排除し，また，有色人種そのものも排除するべき」¹⁵¹⁾という見解が多数を占め，上記のような規定が成立した。これは，白人の単純労働者の権利を保護するために，有色人種であっても有能であれば優遇されるという立場が否定されたことを意味する¹⁵²⁾。

3.2.2. 構成員の権利・法的地位

以下では，オーストラリア連邦初期の法制度のうち，一般的に国家構成員に伴う権利・法的地位と考えられるものについて取り上げる。

(1) 選挙権について

選挙権は，一般的には，国家構成員のみ有する権利と理解されている。オーストラリア連邦結成初期においては，選挙人の要件に臣民であることを要件としていた。1902年連邦選挙権法¹⁵³⁾の s 3 では，次のように規定している。

150) アメリカ合衆国における人種に基づく帰化規制については，坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて(2)」北大法学論集62巻4号200頁（2011年）参照。

151) 浅川・前掲注（148）82頁。

152) 浅川・前掲注（148）82頁。

153) *Commonwealth Franchise Act 1902* (Cth).

「後に述べる除外要件に該当する者を除いて、21歳以下ではない全ての者—
なお、男性、女性、既婚、未婚を問わない—であって、

(a) オーストラリアに継続して6ヶ月以上居住し、

かつ

(b) 出生または帰化により国王の臣民である者

かつ

(c) その名前が選挙区において選挙人登録されている者
は、上院及び下院の選挙において投票することができる。」

民主主義国家において、選挙という政治参加の際に国家の構成員であることを求めるのは通例であり、特に、オーストラリアは、義務的投票制度を採用していることから¹⁵⁴⁾、「市民は、投票する資格を有し、また、投票する義務を負う」¹⁵⁵⁾。前述のように、連邦憲法典成立初期のオーストラリアでは、独自の市民権概念が存在せず、それに代わって、大英帝国臣民であるかどうか为国家構成員の指標であった。この法律も、憲法典制定時の基本的な考えに沿っていると言えよう¹⁵⁶⁾。

しかし、1902年連邦選挙権法は、選挙人の資格を定めただけではなく、選挙人から除外される者についても規定していた。s 4では、精神病患者、反逆罪を犯した者、1年以上服役している者を選挙人から除外しているほか、次のような規定が導入されていた。

「オーストラリアにおけるアボリジニ先住民、アジア系、アフリカ系、

154) ただし、義務的投票制度が採用されたのは、1924年連邦選挙法 (*Commonwealth Electoral Act 1924* (Cth) s 2) 以降である。

155) Kim Rubenstein, 'Citizenship in Australia: Unscrambling its Meaning' (1995) 20 *Melbourne University Law Review* 503, 509.

156) [2.3] [2.4] 参照。なお、被選挙権及び議員の欠格事由に関しては、オーストラリア連邦憲法典44条(i)に規定があるが、憲法典成立初期には、特に争点となっていないため、ここでは割愛する。その後の生じた解釈及び判例については、Moens & Trone, above n 127, 92-94 [170-173].

ニュージーランドを除く太平洋諸島先住民は、選挙人名簿に名前を登録する資格を持たない。ただし、連邦憲法典41条¹⁵⁷⁾に規定されている場合を除く。」

ここにおいてもアボリジニ、アジア系、アフリカ系の者は除外されている（ただし、オーストラリア連邦憲法典41条による例外がある）¹⁵⁸⁾。これは、[3.2.1]において述べた、オーストラリアへの入国を拒否する者に対応している。「誰をこの国へ入れるかどうかの決定は、同時に、後に市民となり完全な政治的構成員となる資格を持つ者の範囲に影響を与えることになる」¹⁵⁹⁾。選挙権を共同体の構成員資格の指標として捉えるならば¹⁶⁰⁾、彼らは、仮に帝国臣民であったとしても投票する資格を有さない、いわば二級市民として扱われていたことを示している。

(2) 公務就任権・陪審役務について

構成員であれば国法の定立その他の国家活動に参加する関係に立ちうることから、選挙権と同様に考えて、公務員に就任する際にも構成員資格を要求する場合もありうる。1902年連邦公務員法の s 26(1)では、「連邦公務員に任命され

157) オーストラリア連邦憲法典41条では、「州議会で多数議員を占める議院の選挙において投票権を有する成年者は、その権利の継続する限り、連邦のいかなる法律によっても、連邦議会のいずれかの議院の選挙において投票権の行使を妨げられない」と規定している。

158) このような選挙権制限は、オーストラリア連邦憲法典30条に基づく。30条では、「各州における下院議員の選挙人の資格は、連邦議会が別途定めるまで、当該州の法律に定める、州議会において多数議員を占める議院の選挙人の資格と同一とする」と規定している。これは、41条（前掲）と相俟って「連邦議会は、連邦全体の選挙権を拡大及び自由化できる。しかし、彼または彼女が居住している州の法律によって投票権が既に与えられている成人については剥奪することができない」（Quick & Garran, above n 122, 469）ことを意味する。当時、州法において、有色人種の選挙権を制限していた州もあったが、全てではなかった（Quick & Garran, above n 122, 469）。この点では、連邦法が、州によっては制限していた女性の選挙権を明確に承認したことが、連邦による選挙権の拡大の一例である。

159) Rubenstein, above n 132, 597.

160) Rubenstein, above n 155, 519.

る際に、出生または帰化による大英帝国臣民であること¹⁶¹⁾を永続的雇用の際の要件としていた。

また、軍役務を課す際にも、オーストラリアに6ヶ月以上居住していること、男性であること、18歳以上60歳以下であることに加え、「大英帝国臣民であること」を要件としていた¹⁶²⁾。ただし、前述したように、大英帝国臣民には、アジア系も含まれているため、アジア系の候補者については、裁量により「不適切な候補者」¹⁶³⁾として排除していた¹⁶⁴⁾。

陪審について、オーストラリア連邦憲法典80条では、「連邦の法律に違反する犯罪の起訴に対する正式事実審理は、陪審によるものとする。かかる審理は、当該犯罪が行われた州において行われる」と規定している。そこで、陪審役務は誰が担うのか、が問題となる。

この点につき、1903年裁判所法 s 68¹⁶⁵⁾では、連邦法違反の場合でも、その陪審制度は各州の制度に委ねられることを規定している¹⁶⁶⁾。したがって、各州の法制度次第では、市民権要件を必要とする、というわけではない。

例えば、ヴィクトリア州では、21歳以上の大英帝国臣民男性のほかに、「21歳以上であって、10年間ヴィクトリア州内にドミサイルを有している外国人男性」¹⁶⁷⁾も「陪審員としての資格を持ち、その責任を負う」¹⁶⁸⁾と規定していた。また、ニュー・サウス・ウェールズ州法では、「男性であって、(a)出生による国王の臣民ではない者（ただし、デニズン証書の取得をした者、帰化した者、ニュー・サウス・ウェールズ州内に最低7年間居住した者を除く）」¹⁶⁹⁾は陪審

161) *Commonwealth Public Service Act 1902* (Cth) s 26(1).

162) *Defence Act 1903* (Cth) s 59.

163) Ann-Mari Jordens, *Redefining Australians* (Hale & Iremonger Pty Limited, 1995) 138.

164) *Ibid* 137-138.

165) *Judiciary Act 1903* (Cth) s 68.

166) Rubenstein, above n 155, 510.

167) *Juries Act 1890* (Vic) s 5.

168) *Juries Act 1890* (Vic) s 5.

169) *Jury Act 1901* (NSW) s 4.

員の資格を有さない、と規定していた。大英帝国臣民であるかどうかを問わず、選挙人名簿に登録されていることを要件とする州もある¹⁷⁰⁾。

(3) パスポートについて

「パスポートは、国家が自国民に対して発行する、自国民が海外旅行をするための公式文書である」¹⁷¹⁾。パスポート制度自体は、1920年パスポート法¹⁷²⁾により実施されていたが、1938年に改正された規定の s 7(1)では、「所轄大臣によって授権された職員は、この規定に従って、オーストラリア・パスポートを、大英帝国臣民に対して発行することができる」¹⁷³⁾と規定し、大英帝国臣民に対して発行するものであること、オーストラリアのパスポートであることを明記した。そして、この法律において、「大英帝国臣民」とは、以下の者を指す。

「この法律において、大英帝国臣民とは

- (a) オーストラリアまたは連邦領土において、出生による大英帝国臣民が有する政治的権利、他の権利、権限、特権を有する者
- (b) 連邦領土または国王による保護下にある地域におけるアボリジニ先住民を含む。」¹⁷⁴⁾

着目すべきは、(a)の政治的権利を要件としている点である。この点について、Rubensteinは、「国の内外へ自由に移動する能力は、共同体構成員の範囲に関する政治的決定の別形式である」¹⁷⁵⁾とするならば、「1938年パスポート法は、市民に対してのみパスポートの発行を認めるものであり、政治的構成員の

170) *Jury Act 1929* (QLD) s 6.

171) Rubenstein, above n 155, 512.

172) *Passport Act 1920* (Cth).

173) *Passport Act 1938* (Cth) s 7(1).

174) *Passport Act 1938* (Cth) s 5(1).

175) Rubenstein, above n 132, 597.

実践的表現である」¹⁷⁶⁾と指摘する。すなわち、オーストラリアに居住する大英帝国臣民の国際的移動をオーストラリア政府が管理することによって、オーストラリア共同体の構成員の範囲を決定している。

3.2.3. 小 括

以上、オーストラリア連邦憲法典成立初期における法制度について概観した。

第一に、構成員の範囲設定については、憲法典の議論を反映して、アジア系を中心とした有色人種を徹底的に排除していた。また、[3.2.2(1)・(2)]において触れたように、構成員であったとしても、オーストラリア人にとって異質な他者と判断された者は、構成員としての権利・法的地位を有さない二級市民として扱われていた。このような排除が生じる要因は、文化的要因であると考えられる¹⁷⁷⁾。

第二に、通常ならば構成員であることに伴う権利・法的地位については、「市民」という概念を用いずに、大英帝国臣民であることを求めている。オーストラリア連邦憲法典起草時の議論が示すように、オーストラリア固有の市民権は不在のままである。大英帝国臣民であれば、その上でオーストラリアの居住期間によって権利・法的地位を判定しているが、要求される居住期間は非常に短い。したがって、外国人か大英帝国臣民であるかどうか、という区別は存在するが、大英帝国臣民であれば、(人種などによって排除される場合を除き)帝国臣民間の階層は、ほとんど存在しない。オーストラリアに居住する大英帝国臣民と、他の地域に居住する大英帝国臣民に大きな差がないことは、オーストラリアが独自の法的地位をそれほど獲得していないことを示している。その中で、オーストラリア・パスポートを発行することを明記した1938年パスポート法は、オーストラリアを始めとする大英帝国内の各自治領が、「大英帝国内における自律した共同体」¹⁷⁸⁾であることを明らかにしたバルフォア宣言(1926年)

176) Ibid.

177) [2.3.4]におけるIrvingの指摘を参照。

178) Balfour Declaration 1926, 2.

及びウェストミンスター憲章（1931年）以降、独自の法的地位を獲得し始めたオーストラリアの立場を示している一例である。

3.3. 連邦初期の判例の動向

それでは、連邦初期の判例は、憲法典起草時の見解に対してどのように応答したのか。以下では、連邦初期の判例を概観する。

3.3.1. 外国人権限・移民規制権限について

3.3.1.1. 絶対的権限の法理とその継受

連邦議会は、オーストラリア連邦憲法典が授権した範囲において、移民規制立法を制定できる。この基本原則を承認したのが、*Robtelmes v Brennan*¹⁷⁹⁾である。この事件では、太平洋諸島労働者法¹⁸⁰⁾に違反して雇用された者に対する退去強制が争われた。

Barton裁判官は、オーストラリア連邦憲法典51条19号のほか、27号「移民 (immigration and emigration)」と29号「外交事項 (external affairs)」を挙げ、この3権限が共同して行使する権限には、「退去強制をする権限」「入国拒否をする権限」「連邦内に滞在し続ける者に対して条件を付す権限」「外国人に関する立法を制定する権限」が含まれている、と判示した¹⁸¹⁾。後に、この判示事項を根拠の一つとして、外国人を収容する権限も含まれると解釈されるようになる¹⁸²⁾¹⁸³⁾。

そして、これらの権限は連邦議会が有する「絶対的権限 (Plenary Power)」¹⁸⁴⁾と描かれる。その根拠は、以下の2点に求められる。

179) (1906) 4 CLR 395.

180) *Pacific Island Labourers Act 1901* (Cth). 内容については [3.2.1] 参照。

181) 4 CLR 395, 415.

182) *Koon Wing Lau v Calwell* (1949) 80 CLR 533, 555-556.

183) *Mary Crock & Laurie Berg, Immigration Refugees and Forced Migration* (Federation Press, 2011) 30 [2.35].

184) 4 CLR 395,404. *See, George Winterton, H P Lee, Arthur Glass, James A Thomson, Australian Federal Constitutional Law Commentary and Materials*

第一に、条文上の根拠として、連邦憲法典51条に列挙してある点である。一般論として、連邦憲法典51条に列挙してある「連邦の平和、秩序及び適正な統治のために法律を制定する権限は、連邦議会が従属的な法制定機関であるという意味において絶対的である」¹⁸⁵⁾。51条に列挙してある権限は「絶対的」と位置付けられている¹⁸⁶⁾。Robtelmes判決においても、Griffith長官は、次のように判示している。

「連邦議会は、『帰化及び外国人』に関する事項について、連邦の『平和、秩序及び適正な統治のために』、自らが適切だと判断する法律を制定する権限を有する。連邦議会が外国人に関して自らが適当だと判断した法律を制定することができる権限は、外国人が国内に入国することが許可されるための条件、外国人が退去強制される条件を決定する権限を含む。連邦議会が授権された権限の下、権限の目的に合致した法律を制定することができる権限を有することは疑いようがない。そして、連邦司法部は、連邦議会の立法を審査すること、すなわち、連邦議会が採用した政策が適切かどうかを判断することができない。』¹⁸⁷⁾

したがって、移民規制立法が「どのように過酷で制限的であったとしても、それが法律を制定する権限の範囲に含まれるならば、法律が明確である場合には、司法部門による審査事項ではない」¹⁸⁸⁾。これは、立法部門の判断に対して

(Thomason Legal & Regulatory Australia, 2nd ed., 2007) 69, Moens & Trone, above n 127, 150 [284].

185) Moens & Trone, above n 127, 107 [202].

186) ただし、51条に列挙された権限であったとしても、文字通り一切の制約を受けないわけではない。条文上も、「議会は、この憲法に従って、…次に掲げる事項に関する法律を制定する権限を有する」(下線部は引用者)と規定し、51条に列挙された権限であっても憲法による統制に服することを明記している。Moens & Trone, above n 127, 110 [204]. また、坂東・前掲注(4)参照。

187) 4 CLR 395, 404.

188) 4 CLR 395, 415.

司法部門が介入できないことを示している。

第二に、実質的な根拠として、外国人権限は、国家主権に基づくものという見解である。これは、条文上の直接の根拠というよりも、移民規制権限の背景に関する説示と言ったほうが正確かもしれない。Robtelmes判決では、Griffith長官は、アメリカ合衆国の判例法理¹⁸⁹⁾を「大英帝国においても定着した法」¹⁹⁰⁾と位置付けつつ、「誰が領域内に入り、特権を享有し、統治に参加し、土地の産物を享受することを認めるのかを判断することは、主権国家が有する本質的な大権である」¹⁹¹⁾と判示した。この判示では、移民規制権限が主権に基づくことから、「国際法上、あらゆる国家における最高の権限 (supreme power)」¹⁹²⁾と描いている。また、Barton裁判官は、国際法学者であるEmmerich de Vattelの見解を引用しつつ、同様の判示に至っている¹⁹³⁾。このような発想は、[3.1]において言及した見解と高い共通性を示している。

オーストラリア連邦初期の判例は、上記のような「絶対的権限の法理」の考え方に依拠し、連邦議会の立法裁量を過剰に尊重し、[3.2.1]において言及した、過度に差別的な移民制限法を追認していた¹⁹⁴⁾。つまり、結果として、司法部門は、政治部門と協調して移民排斥を正当化していた¹⁹⁵⁾。

189) アメリカ合衆国の判例法理の概要については、坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて(1)」北大法学論集62巻2号56-59頁(2011年)参照。

190) 4 CLR 395, 403.

191) 4 CLR 395, 401.

192) 4 CLR 395, 405.

193) 4 CLR 395, 414.

194) 例えば、1901年移民制限法 (*Immigration Restriction Act 1901* (Cth)) を合憲としたRe Yates; Ex parte Walsh (1925) 37 CLR 36など (Mary Crock & Laurie Berg, above n 183, 30-31 [2.35-2.36])。

195) 初期の判例が政治部門と協調していた補足的な理由として、初期の高等法院の裁判官のほとんどが元政治家であった点も挙げられる (Mary Crock & Laurie Berg, above n 183, 29 [2.34])。

3.3.1.2. 浸透理論—「移民」の共同体への浸透と移民規制権限

(1) 浸透理論の形成

オーストラリア高等法院は、特に51条27号について、浸透理論 (absorption doctrine) という考えを展開させていた。これは、「移民として到着した外国人は常に移民で居続けるわけではない。移民がオーストラリア共同体に『浸透』すると移民としての地位が消滅する。これが生じると、当該人物は、連邦憲法典上の移民規制権限に根拠を置く法律の規制対象から外れる」¹⁹⁶⁾ という考え方である。

浸透理論の端緒となった事例は、Potter v Minaham¹⁹⁷⁾ である。これは、ヴィクトリア州内にて、白人女性と中国人男性の間に出生したMinahanが、5歳のときに中国に行き、29歳のときにオーストラリアに戻ってきたところ、1901年移民制限法による書き取りテスト¹⁹⁸⁾ を受けさせられ、入国が認められなかったため、入国を求めた事例である。Minahamは、ヴィクトリア州内によって出生しているため、大英帝国臣民であるが、実質的な教育は中国で受けていたため、全く英語が話せなかった¹⁹⁹⁾。本件では、Minahamのような人間がオーストラリアに戻ることは「移民 (immigration)」に該当するのかが争点となった。

多数意見は、「オーストラリア内にて出生した者は、大英帝国に忠誠を誓う大英帝国臣民であるという事実によって、オーストラリア共同体の一員となる。そこでは、法に従い、共同体の構成員ならば有する権利及び利益を享受する。また、オーストラリア共同体の法に反しない限り、自由に、オーストラリアを離れ、再入国する権利を持つ」²⁰⁰⁾ と判示し、Minahamには1901年移民制限法が適用されないと結論を下した。

196) Explanatory Memorandum, Migration Legislation Amendment Bill 1994 (Cth) 9 [23].

197) (1908) 7 CLR 277.

198) 詳細については、[3.2.1] 参照。

199) 7 CLR 277, 287.

200) 7 CLR 277, 305.

しかし、Isaacs裁判官の反対意見は、次のように述べている。

連邦憲法典が規定している「移民には2つの要素が含まれる。第一は、連邦領土に入国することである。第二は、入国しようとする者は、入国の時点において、事実として、連邦の人民ではないことである。

ある者が移民かどうかを判定する究極事実は、その時点において、その者がオーストラリア人として共同体の構成要素であるかどうか、である。

国籍とドミサイルは判断基準ではない。それらは、状況において、多かれ少なかれ重みを有する証拠的事実であるが、究極のまたは決定的な考慮要素ではない。」²⁰¹⁾

これが浸透理論の端緒と解されている²⁰²⁾。その後、同種の事案である *Donohoe v Wong Sau* において、多数意見を形成するようになった²⁰³⁾。

(2) 浸透理論の意図しない拡張

しかし、浸透理論は、提唱したIsaacs裁判官の意図を離れて、拡張的に理解されるようになる。

オーストラリアに移民してきた者に対する退去強制が争われた *Re Yates; Ex parte Walsh*²⁰⁴⁾ では、Knox長官は、Potter判決においてIsaacs裁判官が提唱した浸透理論を引用しつつ、次のように判示した。

「もともと移民としてオーストラリアに入国した者であっても、時が経過し、状況によっては、移民の立場が終了し、オーストラリア共同体の一員となる場合もある。彼は、いわば、移民であるための条件から外れるため、移

201) 7 CLR 277, 308.

202) Rubenstein, above n 132, 585.

203) (1925) 36 CLR 404, 407-408.

204) (1925) 37 CLR 36.

民規制権限の範囲から除外される。』²⁰⁵⁾

以上の判断枠組みを前提に、Knox長官は、Walshが1893年にオーストラリアに移民として来て以来ドミサイルをニュー・サウス・ウェールズ州内に有していること、今後もオーストラリアを出るつもりがないことから、既にオーストラリア共同体の一員となっている、と判示した²⁰⁶⁾。すなわち、「移民規制権限は、オーストラリアに永住することにした者に対する法律を制定しようとする連邦議会の根拠とはならない」²⁰⁷⁾。しかし、このような移民規制権限の範囲を限定する見解は、本件では多数派を形成しなかった。

他方、浸透理論を提唱したIsaacs裁判官は、Knox長官のような理論構成は採っていない。Isaacs裁判官は、Potter判決には触れずに、次のように判示した。

「移民は、オーストラリア国内に滞在している場合は常に、オーストラリアを離れる意図を有さない『故郷 (home)』に相当するような、オーストラリアにおける『故郷 (home)』を実態として有しているようになるまで定住しない限り、移民の『移動 (movement)』が終わってない、移民のままである。』²⁰⁸⁾

例えば、イタリアやヒンドゥーの移民を考えてみよう。彼は、1925年にオーストラリアに入国して、そのときは入国を妨げる規定はなく、入国できたでしょう。「彼は、定住、婚姻を行い、その結果、1年以内にドミサイルを取得した。彼は、周囲の環境に満足し、オーストラリアから離れる意図がなくなった。もし外国籍を有していたら、帰化し、外国人が有さない利益を享受しようとしていた。オーストラリアは、彼が考える限り、彼の『故郷(home)』であった。彼はオーストラリア共同体に統合されている (incorporated) と

205) 37 CLR 36, 64.

206) 37 CLR 36, 65.

207) Rubenstein, above n 132, 586-587.

208) 37 CLR 36, 84.

言っても良い。そして、彼が、無政府主義的活動、テロ行為、反社会的活動を意図する活動を行ったとしよう。連邦議会が、遡及立法を制定し、1924年以降に移民してきた全ての者が禁止された移民として退去強制されるとして、彼の活動がそのような行為に該当すると判断された場合、彼は、憲法典による規制可能な対象から外れるのか？」²⁰⁹⁾

答えは否である。なぜならば、「移民は常に移民である (Once an immigrant always an immigrant)」²¹⁰⁾と考えられるからである。

Potter判決の判示と整合的に考えるならば、Isaacs裁判官は、2種類の法的地位を想定していたと言える。すなわち、「オーストラリアにて出生したものは独占的な地位を有し (ただし、Isaacs裁判官は、出生は構成員性の決定的要素ではないと考えている)、オーストラリアに移民してきた者は、完全な構成員となりえない」²¹¹⁾。

また、O'keefe v Calwell²¹²⁾では、「新たに到着した者が異邦人であって、オーストラリア人民ではない限り、立法府は、彼が入国できるかどうか、入国・滞在の際にどのような条件を付けるのかに関する問題を扱うことができる」²¹³⁾という判示から、「連邦議会が浸透を防ぐ法律を制定する能力を高等法院は承認した」²¹⁴⁾と解されている。

(3) 浸透理論の衰退と批判

退去強制の際に収容された者が収容からの釈放を求めたKoon Wing Lau v Calwell²¹⁵⁾において、Latham長官は、次のように判示した。

209) 37 CLR 36, 85-86.

210) 37 CLR 36, 87.

211) Rubenstein, above n 132, 586.

212) (1949) 77 CLR 261.

213) 77 CLR 261, 288.

214) Crock & Berg, above n 183, 30 [2.35].

215) (1949) 80 CLR 533.

「共同体が構成員となることを拒否したならば、その者の行為のみによっては、共同体の構成員となることはできない。オーストラリア共同体は、連邦議会を通じて移民に関する事項を取り扱っている。連邦議会は、移民のオーストラリアへの入国だけではなく、オーストラリアに移民として入国した者のオーストラリアにおける滞在及び居住に関する事項について、自らが適切だと判断する法律を制定することができる。」²¹⁶⁾

「私の見解では、連邦議会は、オーストラリアに移民として来た者について、どの時点であっても、退去強制に関する規定を有効に制定することができる。そこで制定された法律は、連邦議会が適切だと判断した識別要素全てに適用される。例えば、年齢、性別、人種、国籍、個人の性格、職業、到着時期、大臣または官僚の命令が発せられた時期、移民がオーストラリアに入国しようとしたときにいかなる条件も付すことができることに相当する。」²¹⁷⁾

上記の判示から明らかなように、Latham長官は、[3.3.1.2(2)]において述べたIsaacs裁判官の見解、すなわち、「移民は常に移民である」という考え方を踏襲している。

また、Latham長官は、原告が、Potter判決の浸透理論に依拠した主張に対して、「原告の主張は、オーストラリアへの入国が合法か違法かという主張と等しい」²¹⁸⁾と整理した上で、「違法に入国した者が、合法に入国した者と全く同じように永住する故郷を確立している」²¹⁹⁾と述べる。そして、Potter判決の射程は、オーストラリアにおいて出生した者が故郷であるオーストラリアに帰還した者に対してのみ及ぶものであるから、本件では当てはまらないと判示した²²⁰⁾。

216) 80 CLR 533, 561.

217) 80 CLR 533, 561-562.

218) 80 CLR 533, 563.

219) 80 CLR 533, 563.

220) 80 CLR 533, 563.

また、Williams裁判官は、次のような疑問を提示した。

「オーストラリアに入国し、無期限に滞在することを認めるが、オーストラリア共同体の構成員となることを妨げる法律は、移民に関する法律とは言えない。なぜならば、移民 (immigration) の本質とは、その国がその者にとって永住する故郷となるためにその国へ入国することだからである。移民に関する法律は、したがって、移民する権利を規制する法律であり、その条件に従って、移民は、共同体の一員となり、そうなれば、もはや移民ではなくなる。」²²¹⁾

Williams裁判官が指摘するように、共同体に浸透し、もはや移民でなくなれば、「移民 (immigration)」を規制する憲法典51条27号に基づいて規制をすることができない。結局のところ、拡張された浸透理論は、いったん「浸透」してしまった移民に対して規制を設けることができないという弊害に対する懸念を回避できなかつたため²²²⁾、1983年以降、オーストラリア移民法は外国人権限 (19号) に基礎づけられている²²³⁾。

3.3.2. オーストラリア連邦憲法典117条について

オーストラリア連邦憲法典117条の解釈について、連邦初期に争われた事例は少ない。Davie and Jones v The State of Western Australia²²⁴⁾では、「真性の居住者であり、西オーストラリア州内にドミサイルを有する者」に対する課税減額措置が争われた。

O'Connor裁判官は、連邦憲法典起草時の議論に触れ、117条がアメリカ合衆国憲法の規定を参考にして制定されたこと、「市民」という言葉に代えて「居住」

221) 80 CLR 533, 590.

222) [3.3.1.2(2)] のIsaacs裁判官が挙げた例を参照。

223) Memorandum, above n 196, 9 [24].

224) (2004) 2 CLR 29.

という用語を用いていることを確認し、同規定が「各州において、共通の市民権を明示的に認めている」²²⁵⁾規定である、と解した。これは、[2.3.1]において触れたQuickの構想と近い²²⁶⁾。

4. 本稿の内容と今後の研究課題

(1) 本稿の内容

本稿の内容を簡潔に示すと以下のようなになる。

初期のオーストラリアでは、白豪主義の下、有色人種の移民を排除することが中心的な関心事項であった。しかし、オーストラリア人かどうかを判断するために必要な構成員性を明確に示す指標（＝オーストラリア市民権）を導入することができず、大英帝国臣民か外国人か、という区別しか存在していなかった。

その中で、構成員の範囲と構成員の権利・法的地位を決定する法律が制定されたものの、オーストラリア独自の構成員が設定されていないため、大英帝国臣民であれば、人種という重大な例外を除き、ほとんど差がない。

また、移民を規制する権限は、絶対的権限と解され、差別的な移民規制立法を制定する連邦議会の判断に対して裁判所は尊重する態度を示し、結果として、政治部門の判断を支持していた。その中で、浸透理論は、初期オーストラリアにおいて構成員性を示した理論であったが、支持されなかった。

(2) 今後の研究課題

結局のところ、オーストラリアでは、市民権を定義する法律は1948年まで制定されなかった²²⁷⁾²²⁸⁾。これは、オーストラリアが、「大英帝国内における自律

225) 2 CLR 29,52.

226) Irving, above n 80, 16.

227) *Nationality and Citizenship Act 1948* (Cth).

228) この法律は、51条19号の「帰化及び外国人」権限の行使の一環として理解され

した共同体」²²⁹⁾であることを明らかにしたバルフォア宣言（1926年）及びウェストミンスター憲章（1931年）以降、独自の法的地位を獲得し始め、「それまで法的実体として『英国臣民』しか存在していなかったところ、英連邦の各国が独自に市民権を創設し、同時にそれぞれの市民権を英国臣民として認定する方向性が打ち出されたことによるもの」²³⁰⁾であった。「オーストラリア市民権の創設が、オーストラリア的要素を強化するものとして位置づけられてい」²³¹⁾た。その後、オーストラリアは、1986年にイギリスから完全に独立し、法的なつながりは消失する²³²⁾。

そして、オーストラリアは、移民を積極的に受け入れる政策を実施し、名実ともに移民国家としての地位を確立するが、受け入れた移民をどのように統合するのか、が課題となる。移民法の改正が繰り返される中で、市民権法への前文の挿入、帰化儀式、帰化の際の市民権テストなどが、統合政策の一環として導入された。これらがどのような法的意味を有しているのかについて明らかにすることが今後の研究課題である。

※本研究は、公益財団法人村田学術振興財団から助成（研究課題名「自由・民主主義という普遍的価値による統合の実現と外国人の帰化条件—オーストラリア市民権法2007年改正からの示唆—」）を受けたものである。

ているが、出生に基づく市民権取得をも規定することは、帰化及び外国人の権限に含まれるのか、実質的には、51条19号は、国籍及び市民権に関する法律を制定できると変容しているのではないか、という疑問が提示されている（Rubenstein, above n 155, 505-506）。

229) Balfour Declaration 1926, 2.

230) 浅川・前掲注(148)93頁。

231) 浅川・前掲注(148)99頁。

232) *Australia Act 1986* (Cth).