

グローバル化時代の移民法制と家族の保護

—家族呼び寄せ指令とドイツの新移民法制—

大 西 楠・テ ア

概 要

ドイツの移民法制はヨーロッパ化による構造的な変化に直面している。本稿が主題とする移民法制における家族の保護という文脈では、EC 指令の成立によってドイツ滞在法における家族呼び寄せが大幅にヨーロッパ法の規律を受けることになった。その結果として、一方において国内の立法者は、EU 共通移民政策に適合的に国内法を整備する必要に迫られる。他方においてドイツの国内裁判所は、国際人権法、ヨーロッパ法、国内憲法に適合する形で、国家の移民政策と家族生活の保護との間に均衡を見つけなければならない。こうして多層的な規範構造の中に置かれたドイツの移民法制は、様々な公法上のアクターが協働し、あるいは対立しながら動態的に法秩序を発展させていく舞台として理解できる。

キーワード

移民法制、家族呼び寄せ指令、基本法 6 条、グローバル化、家族の保護

I. 問題の所在

今世紀の変わり目、ドイツの移民法制は新たな局面を迎えた。1999 年の改正国籍法は部分的に出生地主義を取り、定住化した外国人の 2 世 3 世をドイツ国民として社会に統合する道を開いた¹⁾。2004 年には、ドイツが「移民国家 (Einwanderungsland)」であるこ

1) 国籍法改正による統合の促進という議論は 90 年代に遡る。ドイツにおける国籍法改正をめぐる議論については、広渡清吾『統一ドイツの法変動』有信堂 (1996) 212 頁以下を参照。最新の実証研究によれば出生地主義に基づくドイツ国籍の選択率は高い (Susanne Worbs/Antonia Scholz, Die Optionsregelung im Staatsangehörigkeitsrecht: Erste Erkenntnisse aus empirischen Studien, ZAR 2013, S. 129 ff.)。)

とを正面から肯定し、積極的な移民政策を基礎づける「移住法 (Zuwanderungsgesetz)」が成立する²⁾。移住法の制定によって、ドイツは積極的に移民の「制御 (Steuerung)」と「統合 (Integration)」に乗り出した。高度の資格を持つ者などに入国当初から定住許可を付与する、また、統合講習を制度化するなどの施策は、自らを「移民国ではない」と主張し続けてきたドイツにとって、移民政策の歴史的転換であった³⁾。

こうした立法を受けて、学説からは、従来の「外国人法 (Ausländerrecht)」という枠組を超えた総合的な「移民行政法 (Migrationsverwaltungsrecht)」という新たな枠組が提案されている⁴⁾。すなわち、外国人法、難民法、国籍法、入国管理・強制退去法制といった一連の法領域を総合的に捉え、個別の行政決定によって生ずる外国人の法的地位の変化をプロセスとして把握する。そうすることで、法領域を超えて立法者が目指す制御目的と行政活動とを総体的に考察しようとするのである⁵⁾。こうした移民行政法の試みは、グローバルな人の移動を総体的に把握しようという現代的要請に応える試みであるとともに、近年の行政法学の方法論的再考を受けた移民法制の再定位として位置付けることができよう⁶⁾。

ところで、ドイツ移民法制が直面している変化はドイツ国内の移民政策の転換にのみ由来するものではない。ドイツが積極的な移民政策に着手した 2000 年代は、ヨーロッパレベルの移民政策が始動し、大きく進展する時期でもあった⁷⁾。1999 年にアムステルダム条約が発効してから、EU は独自の移民政策を行うアクターとして登場する。同年にはタンペレ・プログラム (1999-2005) が策定され、これに引き続き現在も次々とヨーロッパレベルの移民立法が打ち出されている⁸⁾。その結果、ドイツの移民法制はヨーロッパ法に

2) Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern, von 30. Juli 2004 (BGBl. I 1950). 戸田典子「短信:ドイツ・移民国家に向けて外国人政策の転換をはかるドイツ」『外国の立法』210 (2001 年) 173 頁。2002 年に一度成立した移住法は、立法手続上の瑕疵を理由として連邦憲法裁判所により違憲無効を宣言され、度重なる協議の末、2004 年になって改めて成立した。この移住法は、これまでの「外国人法 (Ausländergesetz)」に代わる新法「滞在法 (Aufenthaltsgesetz)」の制定及び多数の関連法律の改正を含む枠組立法である。

3) 近藤潤三『移民としてのドイツー社会統合と並行社会のゆくえ』木鐸社 (2007)。

4) Daniel Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010; Jürgen Bast, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, 2011。

5) Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, S. 11。

6) Vgl. A. Voßkuhle, Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, *DV* 32 (1999), S. 545 ff.; W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I-3; 原田大樹「多元的システムにおける行政法学—日本法の観点から」『新世代法政策研究』6 号 (2010) 115 頁以下。

7) 域外国民の法的地位が欧州統合の枠内で問題となるのは 1992 年のマーストリヒト条約以降であり、この時初めて移民・難民政策が第三の柱に包摂された。この時、移民政策は「共通の関心事」にすぎなかったところ、本格的に EU に共通移民政策の策定権限が導入されたのは 1999 年のアムステルダム条約である。

8) 自由かつ安全に、しかも法的に守られた状態で EU 域内を移動できる領域の実現に向け、1999 年 10 月にフィンランドのタンペレで開かれた欧州理事会で採択されたプログラム。このタンペレ・プログラムに引き続いて、ハーグ・プログラム (2005-2010)、ストックホルム・プログラム (2010-2015) が採択されている。タンペレ

よる大幅な変容を迫られている⁹⁾。これに加えて、国際的な枠組として国連が人口問題と結びついた移民戦略に乗り出しており、EUの共通移民政策も、ドイツの移民政策も、こうした動きを無視できない状況にある¹⁰⁾。少子高齢化による人口問題、優秀な移民の獲得競争、定住外国人の法的地位の安定化といった問題は、国家や地域の枠を超えたグローバルな規律の対象となりつつある。

移民政策を打ち出す主体の多層性に加えて、国家の移民政策に対する国際人権法上の制約がドイツの移民法制を複雑にしている。国連の人権諸条約や欧州人権条約、EU基本権憲章といった多層的法源は、それを具体化する国連人権委員会の勧告や、欧州人権裁判所(ECHR)や欧州裁判所(ECJ)の判例理論とともに、ドイツ移民法制にとってますます重要な意味を持つようになってきている¹¹⁾。

ドイツの移民法制が直面している変化のうち、本稿では「家族呼び寄せの権利(Recht auf Familienzusammenführung)」のヨーロッパ化とそれに伴って生じた法的問題を検討する。家族呼び寄せは、既に適法に滞在している移民の家族生活を保護するために、移民の家族に滞在資格を付与する制度である。家族生活の保護という人権保障を基礎とした国家主権の制限は、ドイツの新移民法制が標榜する移民の「制御」とは緊張関係に立つ。他方において、移民の「統合」という観点からは、家族生活が保障されることで移民の社会統合はより進展するとも考えられており、実際に、EU共通移民政策の第一弾として成立した「家族の呼び寄せ指令(2003/86/EC)」は移民の「統合」を立法目的としている。こうした指令の趣旨にもかかわらず、指令を国内法化する2007年のドイツ滞在法の改正は、

欧州理事会においては、人道的および経済的に均衡のとれた移民の流入に関する包括的な政策の策定、EU加盟国国民の権利と義務に可能な限り近い権利・義務を域外国民にも与える公平な取扱い、ジュネーブ条約および国際条約に基づく加盟国の義務に完全に準拠した庇護に関する共通政策の確定、が合意された。大島秀之「欧州連合の共通移民政策」『欧州における外国人労働者受け入れ制度と社会統合—独・仏・英・伊・蘭5カ国比較調査—』労働政策研究・研修機構(2006年)206頁。

9) Vgl. Harald Döring, Europarecht und deutsches Aufenthaltsrecht, *NIwZ* 2010, S. 921 ff.; Hans-Peter Welte, Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts im nationalen Migrationsbereich, *ZAR* 2003, S. 273 ff.; 戸田典子「ドイツの滞在法—「外国人法」からEU「移民法」へ」外国の立法234(2007)4頁以下。

10) 広渡清吾「EUにおける移民・難民法の動向—「国際人流と法システム」の一考察—」聖学院総合研究所紀要30(2004年)149頁。参照、同「国際移住の法システムと法政策—ドイツ法とEU法を素材として」塩川/中谷編『法の再構築[II] 国際化と法』東京大学出版会(2007年)、Thomas Faist / Andreas Ette (edt.), *The Europeanization of national politics of immigration*, 2007; Bimal Ghosh (Hrsg.), *Managing Migration: Time for a New International Regime?*, 2000。ドイツの目指す積極的移民政策もまた世界的な移民獲得競争と無縁ではない(Vgl. BT-Drs. 15/420, S. 63)。

11) Vgl. Thomas Groß, Migrationsrelevante Freiheitsrechte der EU-Grundrechtecharta, *ZAR* 2013, S. 106 ff.; Eva Julia Lohse, Die Rechtsprechung des EuGH zum Aufenthaltsrecht Drittstaatsangehöriger – auf dem Weg zur Kompetenzverteilung bei der Gewährleistung von Grundrechten?, *EuGRZ* 2012, S. 693 ff. ヨーロッパ法秩序の憲法化について、参照、中村民雄「EU<憲法>の意味と可能性」坂口正二郎編『岩波講座憲法5 グローバル化と憲法』(2007年)125頁以下。

移民の「統合」を立法目的として家族呼び寄せを制限する諸規定を導入した。

なかでも、移民の配偶者の呼び寄せに際して、その配偶者に「少なくとも簡単なドイツ語でコミュニケーション可能なこと」を新たに要件として課した滞在法 30 条 1 項には、立法当初より学説からの批判が集中した。入国前にドイツ語能力を要求して配偶者の入国を制約することは、基本法 6 条の家族生活の保護に抵触する疑いがあるというのである。この滞在法 30 条 1 項の言語要件について、連邦行政裁判所は 2010 年 3 月 30 日の判決でヨーロッパ法、ヨーロッパ法上の基本権保障、欧州人権条約上の基本権保障、ドイツ国内憲法への抵触を検討し、適法であるとの判断を下した¹²⁾。この判断は連邦憲法裁判所によっても支持された¹³⁾。しかし、欧州委員会が指令 7 条の「統合措置」について解釈を変更すると、再び指令との適合性が問題視され、連邦行政裁判所は言語要件の EC 指令との適合性について先決裁定手続を要するとの見解を表明した¹⁴⁾。2012 年末には、欧州委員会からドイツ連邦政府に対して EU パイロット手続による簡易なヒアリングが行われ、現在は正式な手続が開始されている¹⁵⁾。

以上の言語要件の導入をめぐる一連の展開は、現在ドイツの制度が直面している変化を反映している。その一つは、移民立法を行う主体の多層性である。ドイツ連邦議会による移民立法は、もはやドイツ国内の移民政策の実施にとどまらず、ヨーロッパ法の執行法律という側面を持つようになり、多層的な政策判断を個々の制度に取り込むこととなった¹⁶⁾。滞在法 30 条 1 項の言語要件の導入についてみれば、「統合」という多義的概念が結節点となって、基本権としての家族生活の保護、EU 共通移民政策、ドイツの移民政策が、連邦議会の立法行為において交錯している。いま一つは、多中心的 (polizentrisch) な基本権保障枠組の生成に由来する。ドイツ連邦行政裁判所は、ドイツ連邦憲法裁判所、欧州人権裁判所、そして欧州司法裁判所の判例理論を尊重しつつ、国家の移民政策と家族生活の保護の調和を模索しなければならない。以下では、こうした多層的な枠組の中で変容する家族呼び寄せの法理を素材として、グローバル化時代の移民法制の在り方を模索する。

12) BVerwG, Urt. v. 30. 3. 2010, *NVwZ* 2010, S. 964 f.

13) BVerfG, Beschluss vom 25. 3. 2011, 2 BvR 1413/10, *NVwZ* 2011, S. 870.

14) BVerwG, Beschluss vom 28. 10. 2011, *NVwZ* 2012, S. 61.

15) http://ec.europa.eu/eu_law/eulaw/decisions/dec_20130530.htm#de Vgl. <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-auslaenderrecht-europa-und-eu/sprachanforderungen-ehegattennachzug-vertragsverletzungsverfahren-eu-kommission.html>

16) Günter Renner, Neuer Bundestag-neue Zuwanderungspolitik?, *ZAR* 2005, S. 270 ff.

II. 移民法制における家族呼び寄せの法理

家族呼び寄せは「家族の保護 (Familienschütz)」の移民法制における一つの具体化である¹⁷⁾。国際条約や国内憲法により家族が保護されることで、国家は移民の入国および滞在において家族生活の一体が保障されるよう一定の配慮を行う責務を負う。家族呼び寄せについてみれば、既に適法に滞在している移民の家族生活の一体を保障するために、その家族に滞在権が付与されるのである。

ただし、家族呼び寄せを制度化しているヨーロッパ諸国においても、具体的にどのような規律を置いているかは国ごとに異なる。ドイツやフランスの場合、一家の働き手が先に労働移住し、後に家族を呼び寄せるというパターンが外国人人口の急増をもたらした¹⁸⁾。そのため、移民の流入を制御するという観点から、呼び寄せる家族に資力要件を課す、呼び寄せられる家族の範囲を限定するなどの移民政策上の制約を課している場合が少なくない。

欧州共通移民政策において家族呼び寄せは法の調和が比較的容易な領域であると考えられていた¹⁹⁾。しかしながら、以下に見るように、家族呼び寄せ指令の起草交渉は加盟国側の強い反発のもとに難航した。さらに、指令の国内法化に際しては再びヨーロッパレベルと加盟国レベルの政策の対立が顕在化することになった。

1. 多層的法源における家族呼び寄せの法理

移民法制における家族呼び寄せは、国際法、ヨーロッパ法、国内憲法といった多層的な法源による保障を受ける。本稿が主題とするドイツの移民法制においては、主として欧州

17) Hans-Peter Welte, *Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrecht*, 2013. 移民法制における家族の保護は主として二つの局面において問題となる。国外退去強制などにより現在存立している家族生活が引き裂かれる場合、そして、ある国家の領土内に適法に滞在している家族と共同生活を営むための家族構成員の入国および滞在権が問題となる場合である。

18) EUにおける移民の流入は、難民など人道上の理由によるもの、労働者など経済的理由によるもの、家族呼び寄せなど家族生活の保護を理由とするものの3つの類型に分けられるが、このうち家族呼び寄せは最大の比率を占めている(広渡・前掲注(10)「移民・難民法の動向」146頁)。家族呼び寄せは「移民の連鎖(Kettenmigration)」を呼ぶためドイツにおいてはとりわけ警戒されている(Ulrich Herbert, *Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland*, 2001, S. 232 ff.)。

19) Daniel Thym, *Europäische Einwanderungspolitik: Grundlagen, Gegenstand und Grenzen*, in: Hoffman/ Löhr (Hrsg.) *Europäisches Flüchtlings- und Einwanderungsrecht*, 2010, S. 106. タンペレ欧州理事会での政府間の合意があり、欧州人権条約8条の家族生活の保護についてのECHRの判例理論の蓄積により、一定の方向性が与えられていたからである。家族生活の保護を比例原則上考慮するというECHRの判例理論は、同時期に展開したドイツ連邦憲法裁判所の判例理論と判断枠組をほぼ同じくしている。

人権条約 8 条の家族生活の尊重と基本法 6 条の婚姻および家族の保護が家族呼び寄せの法理を形作ってきた。2003 年の家族呼び寄せ指令の成立によって、ヨーロッパ法上の権利保障が加わり、ドイツにおける家族呼び寄せは、多層的な法源が交錯する中で規律されることになる。

(1) 国際法上の家族の保護

一般的な国際法上の規律として、世界人権宣言 16 条が家族の権利を定めている。これを受けて、国連人権条約 B 規約が 17 条に「家族」の「恣意的に干渉されない権利」を、同 23 条に「家族」の「社会及び国による保護を受ける権利」を定めている。これに加えて、子供の権利条約が、10 条で家族呼び寄せを許可する国家の努力義務を、3 条で子の福祉に配慮すべき義務を定めている²⁰⁾。

ヨーロッパ諸国については、欧州人権条約 8 条が家族生活の尊重を規定している。欧州人権条約の成立当時には移民の家族という側面は意識されていなかったが、1970 年代前後から家族呼び寄せの権利はヨーロッパの人権条約に明文化されはじめた²¹⁾。1961 年に採択されたヨーロッパ社会権憲章 19 条は「外国人労働者の家族呼び寄せを可能な限り実現する」締約国の義務を定めている。また 1977 年に採択された移住労働者の法的地位に関するヨーロッパ条約 12 条は「移住労働者の配偶者」と「未成年かつ未婚の子供」の受け入れを定めている。これに加えて、EU の人権保障カタログとして 2000 年に起草された EU 基本権憲章の 7 条および 9 条が家族生活に関わる権利を規定している²²⁾。

以上の成文法源に加えて、外国人の滞在権と家族生活の保護については、欧州人権条約 8 条をめぐる ECHR の判例理論が先駆的な役割を担ってきた²³⁾。

家族呼び寄せにおける欧州人権条約 8 条の意義を初めて明らかにしたのは、1985 年の Abdulaziz 事件である²⁴⁾。この事件において欧州人権裁判所は、一方において、条約加盟国には家族生活を保護すべき積極的義務があるとしつつ、他方において、家族生活の保護から直ちに入国の権利が導出されるわけではないこと、また、条約加盟国には移民政策上

20) 参照、近藤敦『『移民国家』化と家族呼び寄せの権利：グローバル時代における移民事務』産業経営研究所報 36(2004)108 頁以下。

21) Anne Walter, *Familienzusammenführung in Europa. Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht, Nationales Recht*, 2008, S. 94 ff.

22) Thomas Groß, *ZAR* 2013, S. 107 f.

23) Martina Caroni, *Privat und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht*, 1999; Dirk Sander, *Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2008.

24) EGMR Urteil vom 28. Mai 1985, Abdulaziz u.a. gegen Vereinigtes Königreich, *EuGRZ* 1985, S. 567 ff.

の裁量権があることを強調した。ECHR は、家族生活の尊重と国家の移民法上の措置は、個別具体的な事情に配慮した比較衡量が必要とされると述べて、婚姻生活を他国において継続することを当事者に要求することができるか、ということを経験要素の一つとした²⁵⁾。その際、「他国における婚姻生活の継続可能性」という経験要素は、欧州人権条約 8 条に基づく保護を否定する論理として利用されていくことになる²⁶⁾。この事件で ECHR が展開した比例原則に基づく比較衡量は、滞在権の保障において欧州人権条約 8 条が持つ意義についての理論的支柱となる。

近年、家族生活の保護を大きく高めたのは 2000 年の Sen 事件である²⁷⁾。Sen 事件において ECHR は比例原則に基づく比較衡量という論理を維持しつつ、家族生活は当該国家でしか送ることができないとして、欧州人権条約 8 条違反を認めた²⁸⁾。

(2) ドイツ移民法制における家族生活の保護

ドイツにおいて外国人労働者の家族呼び寄せが法的な問題として意識されるようになるのは、1973 年の外国人労働者の募集停止後である²⁹⁾。ドイツは戦後の経済復興に伴う労働力不足を、数年後の帰国を前提としたローテーション方式による外国人労働者の受け入れによって補ってきた。しかし、オイルショック後の経済の低迷を受けて、1973 年に新規の労働者募集を停止することが閣議決定されると、ドイツ国内にいた外国人労働者は帰国せずに、本国の家族を呼び寄せ、定住化してゆく傾向をみせた。外国人労働者による家族の呼び寄せは 1980 年に最大になり、外国人の定住化が社会問題として強く意識されるようになった。これをうけて翌年の 1981 年に連邦政府は家族の呼び寄せの「社会的に責任ある統御」を各州に要請し、各州は家族の呼び寄せに待機期間を設けるなど対策に乗り出した。

この時期のドイツの移民政策の特徴は、制定法ではなく行政内部の決定によって外国人

25) ECHR は、Abdulaziz らは自らの出身国または夫の出身国において婚姻生活を継続することが困難であることを十分に立証しておらず、また、夫が無期限の滞在権を有していないことを婚姻の時点で認識しているので、欧州人権条約 8 条の違反はないとした (Abdulaziz, *EuGRZ* 1985, S. 567, 570)。

26) Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 77.

27) EGMR Urteil vom 21. Dez. 2001, Sen v. Niederlande, *InfAuslR* 2002, S. 334 ff.

28) Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 80.

29) 広渡清吾『二つの戦後社会と法の間』大蔵省印刷局（1990 年）180 頁以下を参照。ドイツは 1960 年代の戦後復興期の人手不足解消のため、ローテーション方式で外国人労働者を入国させていた。1972 年に外国人労働力の受け入れ停止決定、いわゆる募集停止を受けて、当時ドイツにいた外国人は、再びドイツに入国する機会を得られないとの認識から出国をせずに定住化する。彼らが自国から家族を呼び寄せたことによって、募集停止後にドイツの外国人人口は爆発的に増加することになる。

問題に対処していた点にある³⁰⁾。1965年に制定された外国人法は家族呼び寄せについて特別の規定を持たず、家族呼び寄せの制限は、外国人法2条1項の滞在許可に関する一般規定の運用によって行われた³¹⁾。制定法が存在しない中、家族の呼び寄せをめぐる行政訴訟においては基本法6条の家族の保護がしばしば主張され、行政判例の集積により一定の判断枠組が形成された³²⁾。連邦行政裁判所の判例理論は、比例原則に基づく比較衡量を行うというものであった。すなわち、基本法6条に適合的であるためには、婚姻および家族の保護に不利益な効果のある国家の行為は受忍可能なものでなければならず、滞在許可の付与を否定する公益上の理由が婚姻および家族の存立に対する危険を上回るものでなければならぬ。とはいえ、当時の判例は、公益を評価するにあたって、急激な外国人人口の増加に伴う「外国人問題」に配慮を見せ、柔軟な比較衡量を行っていた³³⁾。

家族呼び寄せをめぐる行政訴訟が急増する中、1987年に連邦憲法裁判所が家族呼び寄せに関して初めて判断を下し、基本法6条の家族生活の保護が移民法制において持つ意義を明らかにした³⁴⁾。連邦憲法裁判所によれば、基本法6条は婚姻および家族を保護しているものの、ドイツ国内で家族生活を営む権利を保障したものではない。しかし、基本法6条の「価値決定的な根本規範 (wertentscheidenden Grundsatznorm)」としての性質から、外国人の家族生活上の絆 (Bindung) に配慮すべき国家の義務が導き出される³⁵⁾。すなわち、国家は外国人の滞在権において家族生活上の絆を、基本法6条が与えている高い保護に適う形で考慮せねばならず、その限りで公益と外国人の私益との適切な比較衡量が憲法上要請されると判示した。

こうした判決の蓄積を受けて家族の呼び寄せに制定法上の根拠を与えたのが1990年の改正外国人法である³⁶⁾。外国人の法的地位の安定化を図った同法は、家族呼び寄せについ

30) 急増する外国人の入国を如何に制御するかについて、連邦議会が有効な立法を行わなかったことで、入管行政に過剰な負担がかかり、学説においては1965年外国人法の改正が強く求められることになった。Vgl. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, S. 59 ff.

31) ただし、政治的な決定として、外国人法制定直後に各州内務省間で「外国人政策大綱」が決定された。ここには家族の呼び寄せについても定めがあり、家族の呼び寄せには1年の適法な滞在を要件としていた。

32) Günter Renner, *Ehe und Familie im Ausländerrecht*, in: Eberhard Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.), *Festgabe 50 Jahre Verwaltungsgericht*, 2003, S. 433 ff..

33) Kai Hailbronner, *Der Nachzug ausländischer Familienangehöriger und die Schutzpflicht für Ehe und Familie*, JZ 1983, S. 575.

34) BVerfGE 76, 1.

35) BVerfGE 76, 1 (49 f.).

36) ドイツにおける1990年の外国人法改正については、広渡清吾「外国人労働者・移住者・難民—外国人法制の新展開」同『統一ドイツの法変動』有信堂(1996年)183頁以下が包括的に論じている。広渡によれば、90年外国人法は、募集停止後の外国人人口の急増を背景として認識された「外国人政策」の必要を受けて制定され、二つの方針をもっていた。第一は「移民化」した外国人労働者とその家族の法的地位を安定させて、ドイツ社会への「統合」を進めること、第二は新規の外国人入国を制限し、滞在の長期化を抑止することである。

ても、それまでの判例理論を受け継ぎつつ、権利保障を手厚くする新規定を設けた。長期滞在外国人の家族呼び寄せは、法的な請求権として観念され、呼び寄せる側の外国人が滞在許可ないし滞在権を有しており、十分な住居と資力が認められる場合について、配偶者および16歳以下かつ未婚の子には、滞在許可が付与されるべきものとされた³⁷⁾。

この90年外国人法は2004年の移住法の成立により、滞在法によって代替されるものの、90年外国人法が定式化した家族呼び寄せ規定の大枠は維持されている。ドイツにおける「家族呼び寄せ」の法理は、基本法6条をめぐる判例理論の蓄積によって準備され、90年外国人法でひとまずの完成を見たといえよう。

(3) 家族呼び寄せ指令(2003/86/EC)の成立

2003年10月3日の「家族の呼び寄せに関するEC指令(2003/86/EC)」により、家族呼び寄せの権利はヨーロッパ法の規律を受けることになる。この指令は、域外国民の入国および滞在についての法の調和ならびに域外国民の法的地位の強化を要請するタンペレ・プログラムを受けて制定された一連のEC指令の一つである³⁸⁾。タンペレ・プログラムでは、域外国民の法的地位の強化として、「EU市民権に比肩しうる権利を与える」ことによる強い統合政策が目指されており、家族呼び寄せ指令も域外国民の社会統合を立法目的に掲げている³⁹⁾。すなわち、家族生活の一体を保障することによって域外国民はEU加盟国内でよりよく社会統合を果たし、その結果としてヨーロッパ共同体の基本的な目的である社会的経済的結合が緊密になってゆくというのである。この意味で、EU市民権に準じた権利拡張が行われるという「ドミノ効果への期待」⁴⁰⁾を出発点としていたといえよう。これに加えて、指令は基本権としての家族の保護に配慮し、指令前文2条で国際法上の規律を大幅に取り込んでいる⁴¹⁾。

指令の内容は、次の通りである。ある加盟国の移民法に従い同国に適法に1年以上居住

新規入国の外国人の滞在長期化を防止するためには滞在許可とならんで短期滞在を主眼とした「滞在承認(Aufenthaltsbewilligung)」が導入される。長期滞在の外国人の法的地位の安定策としては、一定の要件を満たす外国人に滞在許可の請求権を付与する、家族呼び寄せを権利として認める、帰化を容易にするなどの手段がなされ、外国人の法的地位は飛躍的に高まる。

37) 広渡・前掲注(36)199頁。

38) Europäischer Rat in Tampere v. 15/16. 10. 2000, Schlussfolgerungen des Vorsitizes, Rn. 21.

39) Europäischer Rat in Tampere v. 15/16. 10. 2000, Schlussfolgerungen des Vorsitizes, Rn. 18; 3. und 4. Erwägungsgrund RL 2003/86/EG.

40) Daniel Thym, Freizügigkeit in Europa als Modell?, *EuR* 2011, S. 487.

41) 国際法上の家族の保護と家族呼び寄せ指令に基づく新たな権利保障について論じたものとして, Christine Langenfeld/ Sarah Mohsen, Die neue EG-Richtlinie zum Familiennachzug und ihre Einordnung in das Völkerrecht, *ZAR* 2003, S. 398 ff.

した域外国民で、同国において適切な住居と疾病保険と十分な資力を持つ者は、配偶者および未成年の子を同国に呼び寄せて居住させる権利を持つ⁴²⁾。配偶者および未成年かつ未婚の子は典型的な家族として原則的に呼び寄せが認められるが、加盟国の側で一定の制限をかける可能性も留保されている⁴³⁾。とりわけ12歳以上の子については、両親と独立に入国する場合には加盟国内法上の統合基準を要件とすることが許されている⁴⁴⁾。その他の親族の呼び寄せについては加盟国の裁量に任されている。

家族呼び寄せの対象を一定の核家族に限定し、それを超える場合については加盟国の裁量の余地を大幅に認める点で、指令は当初期待された権利保障の水準を大幅に割り込んでいた。その原因となったのは加盟国からの強い抵抗であると評されている。各国の移民法制に大きなばらつきがあることに加えて、委員会草案では一部の加盟国に移民人口の割合が集中していることや、加盟国間での産業構造の差異が顧慮されなかった⁴⁵⁾。加えて、指令の立法交渉は複数国での移民政策の転換と重なっていたこともあって、加盟国間での妥協は決して容易ではなかった⁴⁶⁾。

2. ドイツの新移民法制と「家族呼び寄せ指令」の相互的影響関係

ドイツにおける移民法制の抜本的改正、移住法の審議は、家族呼び寄せ指令の立法交渉と並行して行われていた。家族呼び寄せ指令の立法交渉においては、多くの加盟国が自国の移民政策および移民法制を反映した修正を要求しているが⁴⁷⁾、なかでも、移住法の立法審議が同時進行していたドイツは、家族呼び寄せ指令によって移住法の法内容が空洞化しないことに、高い関心を向けていた⁴⁸⁾。ドイツは欧州委員会が提示した指令草案のほぼ全

42) 家族呼び寄せによって付与される滞在許可は、初回は最長で1年の期限付きであり、更新可能である。この滞在資格は、原則的に呼び寄せを行う家族の滞在許可を基準としている(16条3項)。すなわち、呼び寄せる側の滞在資格の失効と同時に家族の滞在資格も失われる。また事実上の家族関係が失われている場合にも滞在資格は失われる。家族資格での滞在許可が得られたならば、呼び寄せる側の家族と同様の労働および教育の権利が付随する。

43) 家族呼び寄せ指令4条1項。

44) これは年齢の低い子の統合能力を考慮したものであり、学校で必要な一般教養と言語能力を子が習得することを保障する(12. Erwägungsgrund RL 2003/86/EG)。当時ドイツで審議中だった2002年移住法が無条件での子の呼び寄せを12歳に引き下げようとしたことを反映した規定である。

45) Christoph Hauschild, Neues europäisches Einwanderungsrecht: Das Recht auf Familienzusammenführung, ZAR 2003, S. 267 f.

46) ドイツと並んで、オーストリア、フィンランド、ギリシャ、イタリア、オランダ、ポルトガル、スペインにおいては国内の移民政策の改革が議論されていた(Hauschild, ZAR 2003, S. 266)。

47) Ryszard Cholewinski, Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Right, EJML 2002, 271 ff.

48) ドイツが移住法案との整合性に重点を置いたのと同様に、フランスもまた1998年の外国人法(loi Chevènement)

ての条文に対案を用意して交渉に臨んでいる⁴⁹⁾。

(1)「家族呼び寄せ指令」成立過程におけるドイツのインパクト

家族の呼び寄せ指令の最初の立法交渉は、2000年1月、委員会第一草案(KOM(1999) 638)を叩き台として開始される。この委員会第一草案に対してドイツ国内では、2002年移住法の制定を指導していた連邦内務大臣オットー・シリーが直ちに懸念を表明する⁵⁰⁾。ドイツは第一草案に対して多数の修正要求を出し、それらは第二草案に盛り込まれることになった。しかし、委員会第二草案(KOM(2000) 624)も、ドイツにとって満足のゆくものとはならなかった。ドイツ国内で移住法の制定を準備した移住委員会は、2001年6月に提出された報告書において、加盟国の裁量を過度に制限する委員会第二草案を明確に批判した⁵¹⁾。2001年9月、理事会における指令の立法交渉は決裂する。

この時期、2001年5月の第一草案の交渉開始から2001年9月の第二草案の決裂までのドイツの交渉態度は、家族呼び寄せ指令成立にとって明らかな妨害要因となったと評されている。ドイツ国内においては難航していた移民政策の党派的調整が進み、2002年移住法の草案がまとまる時期であったため、ドイツは2002年移住法を空洞化する指令の規定に関しては、非妥協的・強硬な態度で臨んだ⁵²⁾。なかでも、ドイツが欧州委員会に対して強く要請した事項は、子の呼び寄せ年齢を12歳に引き下げること、家族の範囲を核家族に狭めること、非婚パートナーの取り扱いを加盟国の裁量に任せるべきこと、であった。

を基準に起草交渉を行っている。そして、EU市民との同権化を志向するフランスは欧州委員会の立場とは整合する一方で、ドイツやオランダとは対立したことが指摘されている(Hauschild, ZAR 2003, S. 268 f.; Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 215 ff.). EC指令の起草交渉の難しさは、欧州委員会と加盟国の調整のみならず、各国の移民政策が衝突するなかで、妥協を模索するという点にある。

49) Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 112 ff. ワルターは家族呼び寄せ指令の起草交渉に携わったドイツの全権委任へのインタビューを含む詳細な分析を行っている。また、ワルターは同時期に立法された長期滞在域外国民の地位に関する指令(Die Richtlinie des Rates vom 25. Nov. 2003 betreffend die Rechtstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, 2003/109/EG)やEU市民の自由移動に関する指令など、この時期のヨーロッパ移民政策の進展を包括的に論じている。

50) ワルターの引用するフォーカス誌(Einwanderung „Jedenfalls sechsstellig“ :in Focus Magazin vom 15. April 2000, S. 36-38)によれば、オットー・シリーの懸念は移民の急増、少なくとも「6桁の」移民流入に向けられていた。当時のドイツにおける域外国民の数は550万人に上り(EU全体では2200万人)、家族呼び寄せがなされれば急激な移民人口の増加があることが予想されていたという(Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 244 FN 1017)。ドイツにとっては、家族呼び寄せにより外国人が急増したという歴史的経緯から、家族呼び寄せ指令により爆発的に移民の流入が増加するという予想は深刻な懸念材料となった。

51) Zuwanderung gestalten, Integration fördern, Berlin, 4. Juli 2001, S. 192 ff. 委員会第二草案(KOM(2000) 624)に対しては、移住委員会が2001年6月4日の報告において、委員会草案が呼び寄せの範囲を過度に広げていること、加盟国側の裁量が制限されている点を批判している。同報告は、呼び寄せの請求権付与は、長期に渡る滞在予定がある場合の核家族に限定すべきと提言している。それ以外のケースについては、行政裁量による統御が適切であるという(ebenda, S. 195)。

52) Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 246.

第二草案の決裂後、2001年12月にラーケン欧州理事会が、2002年4月までに新たな指令草案を提出することを要請した。これをうけて、欧州委員会は第三草案を起草した。第三草案は、第二草案に比して、呼び寄せの水準を大きく引き下げ、起草交渉におけるドイツの提案を大幅に採り入れたものであった⁵³⁾。他方、この時期におけるドイツの交渉態度は「停滞」していたと評されている⁵⁴⁾。ドイツ国内においては、2002年の移住法が成立したものの、立法手続の瑕疵を理由とする違憲審査のため、連邦憲法裁判所に係属する。このため、2002年移住法は棚上げ状態となり、ドイツの代表は90年外国人法を基準に交渉を行っていた。

ブリュッセルにおける最後の交渉は、ドイツの移住法が再度の審議に付されている間に行われた。一方において、2003年1月16日にドイツ連邦議会に提出された2004年移住法の審議は、政党間の対立のもと難航する⁵⁵⁾。他方、家族呼び寄せ指令の審議は2003年6月という期限が切迫する中で行われており、欧州委員会は、指令の立法交渉の決裂を選ぶか、ドイツの国内情勢からの圧力に支えられた変更要求に妥協すべきか、という選択を迫られていたという⁵⁶⁾。

こうした政治的緊張の中、より制限的な規定を加盟国に許すいくつかの条項を盛り込むことによって、2003年2月27日に理事会で政治的合意が達成された⁵⁷⁾。すなわち、子の呼び寄せに際しての年齢制限や統合措置、待機期間を設定できる、配偶者の呼び寄せに際しての年齢制限や統合措置を設定できるといった加盟国の裁量を広げる条項が、ドイツ、オーストリア、オランダの国内法に配慮して盛り込まれた⁵⁸⁾。

(2) 2004年移住法と2007年滞在法改正

移住法の立法審議が家族呼び寄せ指令の成立に多大な影響を与えたように、2004年移

53) KOM (2002) 225. ドイツの要求でもあった子の呼び寄せ年齢を12歳以下とし、親権が分有されている場合の呼び寄せを加盟国の裁量に任せている。

54) Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 246.

55) 2003年5月のザクセン-アンハルト州の州選挙を経て、CDUが連邦参議院において優勢となったことで、家族呼び寄せ指令における立法交渉の態度もより硬化することになった (Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 247)。連邦参議院は、連邦政府に対して、家族呼び寄せ指令の立法交渉にあたっては、現行法を基準に交渉がなされるべきこと、呼び寄せの範囲を広げる請求権を設けないことを勧告している。Empfehlung 5 des Bundesrats vom 14. Feb. 2003, BR-Drs. 63/03, S. 2.

56) ワルターはインタビューに基づき、指令の起草交渉における政治的緊張を描き出している (Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 242 ff.).

57) ドイツ国内で移住法の審議が壁にぶつかったことが、この合意が成立するための重要な要素であった (Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 250 FN 1048).

58) 立法史の説明として、Hausschild, ZAR 2003, 266. 批判として Günter Renner, Ehe und Familie im Zeichen neuer Zuwanderungsregeln, NVwZ 2004, S. 792.

住法の成立過程においては家族呼び寄せ指令の成立が影響を与えている⁵⁹⁾。移住法草案が2003年6月に連邦参議院で否決されると両院協議会が開かれる。その際、家族呼び寄せ規定の審議においては、同年10月3日に公布された家族呼び寄せ指令が基準となった。子の呼び寄せについて、2002年滞在法では、子の呼び寄せに際しては12歳未満の子には無限定に、12歳以上の未成年については十分な言語能力を要件として滞在許可の請求権が与えられ、その他の場合は滞在許可の付与は行政裁量に任されていた。しかし、両院協議会を経て成立した2004年滞在法においては、子の呼び寄せの年齢制限は12歳に引き下げられず、16歳とされたほか、16歳以上の未成年の子は、ドイツ語能力を有するか、これまでの教育の成果によりドイツでの生活に溶け込むことができる場合には滞在許可を付与されることとなった（滞在法32条2項および3項）。

そもそも2002年の移住法の違憲無効はC D UとS P Dの政治調整が完全ではなかったことに伴う連邦参議院の議決の手続的瑕疵にあった。その背景にはより制限的な移民法制を望むC D Uの政治的圧力と、移民政策をめぐる政党間での妥協の困難さが控えている。そうした国内の政治状況に対して、家族呼び寄せ指令の成立は、2004年滞在法において移民の権利水準が引き下げられるのを防ぐ方向に作用したとみることもできる⁶⁰⁾。

権利水準の大幅な引き下げは、家族呼び寄せ指令の国内法化を行う2007年8月28日の滞在法改正によって行われた⁶¹⁾。なかでも、配偶者呼び寄せについては、呼び寄せのための最低年齢の引き上げ、言語要件の新設、資力要件の追加が行われた。こうした権利水準の引き下げのうち、以下では配偶者呼び寄せに言語要件を課した滞在法30条1項をめぐる法的問題を検討する。

(3) 滞在法30条1項による言語要件の導入

滞在法30条1項1文2号は「少なくとも簡易なドイツ語でコミュニケーション可能であること」を配偶者呼び寄せの要件としている。立法資料によれば、配偶者の呼び寄せに言語要件を課した目的は、入国前に一定の言語能力を獲得することで入国後の統合を促進すること、および、強制結婚が行われることを防止することにある⁶²⁾。この要件は精神的ないし身体的障害のために言語習得に特別の困難がある場合（30条1項3文2号）や、

59) Günter Renner, Vom Ausländerrecht zum Zuwanderungsrecht, ZAR 2004, S. 269.

60) 2004年移住法は家族呼び寄せに関しては90年外国人法を大きく変化させるものではなかった。その後、2007年の滞在法改正において、域外国民の配偶者呼び寄せは、権利水準を大きく引き下げられることになる。Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 330.

61) Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der EU vom 19. August 2007 (BGBl I 1970). 2007年の滞在法改正は11のEU指令を国内法化した。

62) BT-Drs. 16/5065.

配偶者がアメリカや日本など一定の国籍を持つ場合には適用されない（30条1項3文4号）。

ドイツの学説からは、移民の社会統合の促進と強制結婚の防止という立法目的自体は正当と評価できるにしても⁶³⁾、その手段として入国前に言語要件を課している点で必要性に疑いがあり、また比例性を欠く過剰な制約である疑いが強いとの批判が集中している⁶⁴⁾。

社会統合の促進や強制結婚の防止という目的は、入国後にドイツ語コースへの参加を義務付けることによって達成できる⁶⁵⁾。すなわち、ドイツ語能力の習得は入国後に行ったほうが効率的であり、入国前に言語能力を要求したことで入国が遅れれば、言語を習得する機会が阻害されるおそれすらある。また、強制結婚についても入国後のドイツ語コースへの参加を通じて、義理の家族から逃れる機会を得ることができる。

加えて、ドイツ語習得のためのインフラが整備されていない地域からの移民が恒常的に排除されてしまう点で受忍可能性に疑いがあるという⁶⁶⁾。家族呼び寄せについての連邦憲法裁判所判決からは、個人が妥当な手段によって乗り越えることのできない障壁を配偶者との家族生活に設けることは違憲となる⁶⁷⁾。とすれば、言語習得が困難な環境にある外国人に対して、困難条項（Härtefallklausel）による柔軟な対応が要求される。この点、学説からは現行の滞在法30条が、外国語学習コースに通うのが困難な場合や、妊娠などのために言語習得が困難となる場合を困難条項に含めていない点に問題があるとの指摘がなされている⁶⁸⁾。

以上の批判に加えて、言語の習得が可能な環境にない域外国民が恒常的に排除される点

63) 言語による統合はドイツの統合政策の核心を構成している（Thomas Groß, Integration durch Sprache - der deutsche Kompromis, in: U. Davy/ A. Weber (Hrsg.), *Paradigmenwechsel in Einwanderungsfragen?*, 2006, S. 87 ff.).

64) Thorsten Kingreen, Verfassungsfragen des Ehegatten- und Familiennachzugs im Aufenthaltsrecht, *ZAR* 2007, S. 13 ff.; Markard/Truseß, Neuregelung des Ehegattennachzugs im Aufenthaltsgesetz, *NIwZ* 2007, S. 1027; Ralph Göbel-Zimmermann, Verfassungswidrige Hürden für den Ehegattennachzug nach dem Richtlinienumsetzungsgesetz, *ZAR* 2008, S. 169 ff.; Michael Funke-Kaiser, Das Erfordernis deutscher Sprachkenntnisse des nachziehenden Ehegatten, *InfAuslR* 2010, S. 9 ff. これに対して、滞在法30条1項を合憲とする立場として、Christian Hillgruber, Mindestalter und sprachliche Integrationsvorleistung, *ZAR* 2006, S. 304 ff.

65) Walter, *Familienzusammenführung*, S. 376 f.; Kingreen, *ZAR* 2007, S. 18.

66) Walter, *Familienzusammenführung*, S. 376 f.

67) BVerfGE 76, 1 (66 ff.).

68) Markard/Truseß, *NIwZ* 2007, S. 1027; こうした事情に考慮した立法とするよう90年同盟/緑の党から動議は出されたが、採択されなかった（BT-Drs 16/5103）。ドイツ語の習得にかかる金銭的な負担も指摘されている（Bilanz der Integrationspolitik nach fünf Jahren Zuwanderungsgesetz-Überlegungen zu einigen Sicht der Katholischen Kirche wichtigen Fragen des Aufenthalts- und Flüchtlingsrechts (Teil 1), *InfAuslR* 2010, S. 19 FN 13).

に着目して、滞在法 30 条 1 項の真の目的は移民人口比率を一定の文化的要件を備えた移民に変えることにあるという指摘もある⁶⁹⁾。「統合措置」という要件によって、社会統合を比較的容易に行う一定の層に属する移民のみを受け入れることが目指されているというのである⁷⁰⁾。アメリカ等の国籍を持つ配偶者や、専門技術者の配偶者については言語要件を要求していない点からも、家族呼び寄せに選択的な移民の受け入れの論理が混入しているとの指摘には説得力がある。

言語要件によって選択的に移民を受け入れることは、法制度としてはあり得る一つの形ではある。しかしながら、家族呼び寄せは基本権としての家族の保護を基礎としている。それゆえ、仮に、配偶者の呼び寄せを単に移民の制御という側面からのみ検討し、家族呼び寄せ指令の趣旨や、基本権としての家族生活の保護という側面をドイツの立法者が無視しているとすれば、問題があるといわざるを得ない。

Ⅲ. 多中心的な人権保障枠組における滞在法 30 条 1 項

滞在法 30 条 1 項の言語要件は、家族呼び寄せ指令の国内法化立法であるため、国内憲法のみならず、ヨーロッパ法上の基本権保障との関係が問題となる。すなわち EC 指令の国内法化立法にあたっては、国内憲法のみならず、ヨーロッパ法上の基本権保障が基準となって、立法者を拘束する⁷¹⁾。これまでドイツ連邦憲法裁判所は、基本法 6 条の家族の保護を具体化するにあたって国家の移民政策に根差した考慮を尊重する解釈態度を示してきた⁷²⁾。しかし、仮に滞在法 30 条 1 項の言語要件が基本法 6 条に適合するとしても、「家族呼び寄せ指令」以後はヨーロッパ法に抵触するおそれがある。

1. 家族呼び寄せ指令の国内法化立法の基本権適合性

家族呼び寄せ指令の国内法化立法の基本権適合性審査が如何になされるべきかについて

69) Bast, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, S. 251 ff. バストはこうした選択的移民の受け入れを可能にする規定を「教養条項 (Bildungsklausel)」と定義し、そこで考慮されている移民の制御や統合といった立法目的との関連で、その憲法適合性を論じている。

70) 可能な限り摩擦のない統合が可能な外国人を入国させるという統合政策上の価値判断が働いている (Hillgrunder, *ZfR* 2006, S. 304, 316)。

71) Christian Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, *JZ* 2006, S. 321 ff.

72) BVerfGE 76, 1.

ては、指令の成立直後に提起された取消訴訟において ECJ が判断している。欧州議会は 2003 年 12 月 22 日、家族呼び寄せ指令のうちいくつかの規定がヨーロッパ法上の基本権保障に抵触するとして、EC 条約 230 条に基づく取消訴訟を提起した⁷³⁾。これをうけて、ECJ は 2006 年 6 月 27 日の判決で、ヨーロッパ法上の基本権保障の及ぶ範囲、そして EC 指令の国内法化における加盟国の義務について判示した⁷⁴⁾。

(1) ヨーロッパ法上の基本権保障

この家族呼び寄せ指令事件においては、まず、未だ国内法化されておらず、また国内法化に際して加盟国に裁量の余地のある指令の規定はそもそも基本権を侵害しうるのか、すなわち ECJ による審査対象となりうるのかという訴訟の適法性 (Zulässigkeit) が問題となった⁷⁵⁾。この点について ECJ は、基本権を侵害する国内法を採用ないし維持することを加盟国に要求し、または明示的・黙示的に許容するヨーロッパ法の規定は、それ自体基本権を侵害しうるとして自らの管轄権を肯定した⁷⁶⁾。

次に、家族呼び寄せ指令の当該規定がヨーロッパ法上の基本権保障に適合的であるかという実体判断について、ECJ は結論としてこれを肯定している。

基本権適合性審査の基準として ECJ が挙げるのは、「法の一般原理」としてヨーロッパ法の内容を構成する欧州人権条約と ECHR の判例理論、EU 基本権憲章⁷⁷⁾、国際法上の規

73) Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-540/03 vom 27. Juni 2006, Parlament gegen Rat. この訴訟の背景には、指令の成立過程における権利水準の引き下げに対する欧州議会の不満がある。欧州議会が問題にしたのは次の三点である。12 歳以上の子の呼び寄せに統合基準を設けることを許容している点 (指令 4 条 1 項)、15 歳以上の子が後追的に移住するのを一般的に禁止する選択肢を許容している点 (指令 4 条 6 項)、加盟国の受け入れ能力を考慮して 3 年以内の待機期間を設けることを許容している点 (指令 8 条) である (EuGH Rs. C-540/03, Rn. 15.)。

74) EuGH Rs. C-540/03. Vgl. Mielle Bulterman, Anm. zu EuGH, Rs. C-540/03, Parlament/Rat, *CMLRev.* 45 (2008), S. 245 ff.; Josef Franz Lindner, Grundrechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklauseln: Zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich der EU-Grundrechte, *EuZW* 2007, S. 71 ff.; Epiney, Zur Reichweite der Grundrechtsbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers, *ZAR* 2007, S. 61 ff.; D. Thym, Europäischer Grundrechtsschutz und Familienzusammenführung, *NJW* 2006, S. 3249 ff.; Peter Szczekalla, Grenzenlose Grundrechte, *NVwZ* 2006, S. 1019 ff.

75) 理事会は、加盟国には指令を基本権適合的に国内法化する裁量の余地が与えられており、また、未だ指令を実施する国内法が存在しておらず、基本権を侵害する EC 機関の行為がないことから、訴えは不適法であると主張した。これに対して、欧州議会は、具体的な EU 機関の行為はないものの、指令が加盟国の制限的な措置を許容している点で、指令自体が基本権侵害を行っているとして主張した。EuGH Rs. C-540/03, Rn. 15-17.

76) EuGH Rs. C-540/03, Rn. 21-24.

77) 家族呼び寄せ指令判決は、2006 年当時まだ法的拘束力を持たなかった EU 基本権憲章をヨーロッパ法上の基本権保障の一部とした。ティムは、EU 基本権憲章への言及は EU 憲法条約が 2005 年にフランスとオランダで批准を拒否され、発効を見送られることになったことと関連すると指摘する。こうした中、ECJ の判決は EU 憲法条約をソフトロー的に用い、「軟かい憲法化」に貢献する意味を持っていたというのである (Thym, *NJW* 2006, S. 3250)。

範である国連人権B規約、そして家族呼び寄せ指令がその尊重を明示した子供の権利条約である⁷⁸⁾。ECJは、これらの規範から、一方において、家族生活の保護を尊重すべき加盟国の義務が導かれること、他方において、特定の国家に入国する個人の権利が導かれるものではないことを確認している⁷⁹⁾。その上でECJは、家族呼び寄せ指令によって、国際人権法上の基本権保障を上回る請求権としての家族呼び寄せの権利が保障されているとする。すなわち、指令によって移民の家族には一定の場合には加盟国の裁量なしに入国を可能とする権利が付与されたのであり、この移民の権利に対応して加盟国には「明確な積極的義務」が課されていると判示した⁸⁰⁾。そして、指令による明示的な家族呼び寄せの権利の保障は、国際人権法上の基本権保障を上回るものなので、一定の事項について例外的に加盟国に裁量の余地を残す指令の規定はただちに基本権侵害とはならないという⁸¹⁾。

これに加えてECJは、指令の国内法化における加盟国の裁量に一定の枠を設ける形で、指令の基本権適合性を肯定している。すなわち、加盟国はヨーロッパ法上の基本権保障に適合する範囲でのみ裁量を行使しなければならない。加盟国はヨーロッパ法上の基本権保障の内容を構成する諸々の規範に加えて、指令から導出される「明確な積極的義務」に適合した立法を行わなければならないという⁸²⁾。

以上のような論理で、ECJは、指令は家族生活の尊重や子の福祉といった基本権に違反しておらず、また加盟国に対しても「基本権適合的に指令を実施するための十分な裁量が加盟国に与えられている」ため、指令は基本権に抵触しないとした⁸³⁾。

この判決によって、家族呼び寄せ指令の国内法化における加盟国の義務が明らかになる。すなわち、ヨーロッパ法上の基本権保障を構成する諸規範および指令から導出される積極的義務に適った形で国内法化立法は行われなくてはならない。ECJは、ヨーロッパ法上の人権保障によって、加盟国による権利制約への制約（Schranken-Schranken）を課しているのである⁸⁴⁾。この加盟国に課された制約と表裏一体の関係にあるのは、指令の国内法化立法に対する司法審査の問題である。

78) EuGH Rs. C-540/03, Rn.35- 38.

79) EuGH Rs. C-540/03, Rn.59.

80) EuGH Rs. C-540/03, Rn.60.

81) EuGH Rs. C-540/03, Rn.60 ff.

82) EuGH Rs. C-540/03, Rn.102. 加盟国は、「明確に規定された場合についてのみ」裁量権を行使し、その行使にあたっては「指令5条5項および17条の基準を考慮」しなければならない。すなわち、「家族呼び寄せを不可能にする」あるいは「審査を拒否する」形の規定を設けることはできず、「家族統合の権利について特定の側面」についてのみ裁量を行使できる。

83) EuGH Rs. C-540/03, Rn. 103-104.

84) この判決では国内法化にあたって加盟国に裁量の余地がある場合についてもその裁量がヨーロッパ法上の権利保障によって限界づけられるという点が明示されたことが重要である。

ドイツの学説に目を向けると、指令の国内法化立法にヨーロッパ法上の基本権による拘束は及ばないという少数説を除き⁸⁵⁾、次の二つの立場が存在している。第一の見解は、加盟国は、指令が裁量の余地を残している部分も含めて、ヨーロッパ法上の基本権保障が包括的にドイツの立法者を拘束するというものである。この見解によれば、国内法化立法はヨーロッパ法に適合的でなくてはならず、このヨーロッパ法に基本権保障も含まれているのだから、司法審査はECJによってなされるべきとされる⁸⁶⁾。第二の見解は、ヨーロッパ法上の基本権保障は加盟国の立法者を拘束するものの、EC指令の規律密度に応じて、基本法への適合性審査が行われるとする⁸⁷⁾。指令が加盟国に一定の裁量を与えているならば、そこで適合性が問題となるのは国内憲法であり、ドイツ連邦憲法裁判所の司法審査が行われる。ECJと連邦憲法裁判所の両者による「二重の基本権保障」とその調整が問題になるのである⁸⁸⁾。

EC指令の国内法化立法の審査権限についてドイツ連邦憲法裁判所は、2007年3月13日の排出量取引判決でこれまでEC規則について妥当してきたゾーランゲII事件以来の判例理論はEC指令の国内法化立法にも妥当すると判示した⁸⁹⁾。すなわち、「EC指令を国内法化する国内の法規も、ヨーロッパ法が加盟国に裁量の余地を与えておらず、強行的な前提をなす限りにおいて、基本法を基準に審査されない」⁹⁰⁾。そして、ヨーロッパ法に基づき自由を制約する措置は、ヨーロッパ法上の基本権保障のみを基準として審査されるべきであり、国内の専門裁判権はヨーロッパ法上の基本権保障を審査し、必要とあれば、先決裁定手続を行う義務を負う⁹¹⁾。

この連邦憲法裁判所の立場は、EC指令の国内法化にあたって基本法を審査基準としない点でECJによる基本権保障を尊重してはいるが、「加盟国に裁量の余地を残さない強行

85) Udo Di Fabio, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? Überlegungen zum Einfluß des indirekten Gemeinschaftsrecht auf die nationale Rechtsordnung, *NJW* 1990, S. 952. 議論の状況を整理したものとして、Christian Calliess, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte, *JZ* 2009, S. 118 f.

86) Jürgen Kühling, Grundrechte, in : Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 688 f.; Ingolf Pernice, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz-Grundlagen, Bestand und Perspektiven, *NJW* 1990, S. 2417.

87) Albrecht Weber, Europäische Grundrechtsscharta-auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, *NJW* 2000, S. 542; Calliess, *JZ* 2009, S. 118.

88) Lindner, *EuZW* 2007, S. 73 f. 学説においては、ECJに対して、加盟国憲法による人権保障の適用領域を過度に制約することの危惧が指摘されている (Weber, *NJW* 2000, S. 537 ff).

89) BVerfGE 118, 79.

90) BVerfGE 118, 79 (95).

91) BVerfGE 118, 79 (95). 同様の判示はその後の判決においても繰り返されている。参照、兼平麻渚生「EU法の国内実施法律に関する連邦憲法裁判所への移送と欧州司法裁判所への付託二〇一一年一〇月四日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷決定」自治研究 90 巻 3 号 (2014 年) (126 頁以下)。

的な前提である限りは」という留保をつけている。これに対して、ECJ の「家族呼び寄せ指令判決」は、ヨーロッパ法上の基本権保障が優位し、国内憲法の適用が排除されるとの結論が導かれるようにも読めることから、指令の国内法化にあたってヨーロッパ法上の基本権が包括的に加盟国を拘束するとする ECJ との間に一定の距離があると指摘されている⁹²⁾。

(2) 補完的法源としての欧州人権条約

家族呼び寄せ指令判決において ECJ は、ヨーロッパ法上の基本権保障の内容をなすものとして、当時まだ拘束力を有していなかった EU 基本権憲章、欧州人権条約および ECHR の判例、そして子供の人権条約を補完的な法源として採用しており、国際法上の法源を大きく取り込んでいる点が特徴的である。なかでも、家族呼び寄せに関し ECHR の判例理論が展開してきた家族生活を尊重する義務と入国管理についての国家主権の尊重との比較衡量という議論、個々の具体的事件に即した利益考量の必要といった考慮要素を、ヨーロッパ法上の基本権保障の内容として採用している⁹³⁾。

ただし、家族呼び寄せ指令によって加盟国には「明確な積極的義務」が課されているという点で⁹⁴⁾、ECJ は ECHR の判例をそのまま受容するというわけではなく、家族呼び寄せ指令による権利付与を前提とした独自の基準を立てていると指摘されている⁹⁵⁾。すなわち、ECHR の論理が国家の主権的裁量を原則として、この原則に欧州人権条約 8 条による制約を掛けているのに対し、ECJ はヨーロッパ法上の家族呼び寄せの権利に対する制約をどの程度許すか、という議論を展開しているというのである⁹⁶⁾。ECJ は、ECHR の判例を利用しつつ、ヨーロッパ法上の家族呼び寄せにおいて保障されるべき権利について独自の議論を立てている点をもって、ECJ は ECHR の判例理論をソフトロー的に利用しているといえよう⁹⁷⁾。

この点、ECHR の判例理論の利用はドイツの国内裁判所においても見られる⁹⁸⁾。これまでも、連邦憲法裁判所は、1987 年以降⁹⁹⁾、「欧州人権条約の内容と発展状況は」、それが

92) Calliess, JZ 2009, S. 118 f.

93) EuGH Rs. C-540/03, Rn. 54- 56.

94) EuGH Rs. C-540/03, Rn. 60.

95) Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 297.

96) Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 299.

97) Thym, NJW 2006, S. 3250; Walter, *Familienzusammenführung in Europa*, S. 300; Pernice, NJW 1990, S. 2414 f.

98) Kathrin Mellech, *Die Rezeption der EMRK sowie der Urteile des EGMR in der französischen und deutschen Rechtsprechung*, 2012, S.97 ff.

99) BVerfGE 74, 358 ff.

欧州人権条約の意図に反する基本権保障の水準引き下げにならない限り、「基本法の解釈において考慮すべき」であるとの判断を繰り返してきた¹⁰⁰⁾。さらに、2005年の Görgülü 決定では連邦憲法裁判所が ECHR の判例を尊重すべき国内裁判所の義務を明示した。すなわち、「ドイツの裁判所は、欧州人権条約をその他の連邦法と同様に方法論的に適切な解釈の枠内で尊重し、適用すべきである」という¹⁰¹⁾。

このように現在のヨーロッパにおいて基本権は、ECJ、ECHR、そして連邦憲法裁判所の三角関係 (Dreieckverhältniss) の中で競合的に保障されている¹⁰²⁾。そのため、滞在法 30 条 1 項の基本権適合性についてドイツの国内裁判所が判断するにあたっては、多層的な法源に加えて、ECJ、ECHR、連邦憲法裁判所という複数の最上級審による多中心的な司法判断が考慮されなければならない。

2. 滞在法 30 条 1 項をめぐる国内裁判所の判断

以上にみたように滞在法 30 条 1 項は国内憲法上の基本権保障を超えた多中心的な人権保障枠組の中で判断されなければならない。ドイツの国内裁判所は複数の最上級審による司法判断を尊重する義務がある。それでは、滞在法 30 条 1 項についてドイツの国内裁判所はどのような判断を行っているのだろうか。

(1) 連邦行政裁判所判決

2010 年 3 月 30 日の判決によって連邦行政裁判所は滞在法 30 条 1 項の言語要件を支持した¹⁰³⁾。連邦行政裁判所によれば、滞在法 30 条 1 項の導入は EC 指令 7 条 1 項の統合要件に基づく措置として、ヨーロッパ法違反ではなく、基本法 6 条および欧州人権条約 8 条および EU 基本権憲章 7 条の基本権保障に抵触もしない。

まず、EC 指令との適合性について、入国前に言語能力を要求することが指令 7 条にいう「統合措置」として許される措置であることに疑いはなく、ECJ への先決裁定は不要で

100) BVerfG, Beschluss vom 18. 12. 2008, BvR 2604/06, *NJW* 2009, S. 1133 (1134); BVerfG, Urteil vom 4. 5. 2011, 2BvR 2365/09, *EuGRZ* 2011, S. 297 (309 f.).

101) BVerfGE, 111, 307 (318, 323). Görgülü 事件においては、実父 Görgülü の知らない間に養子に出された子に対する父子交流権が国内裁判所により否定され、これは ECHR で欧州人権条約 8 条違反とされる。しかしながら、ドイツの国内裁判所が再度交流権を否定したため、Görgülü は連邦憲法裁判所に提訴した。Vgl. Gertrude Lübke-Wolff, ECtHR and national jurisdiction – The Görgülü Case, *Humboldt Forum Recht* 12/2006, S. 138 ff.

102) Jürgen Schwarze, Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, *NJW* 2005, S. 3459 ff.

103) BVerwG, Urt. v. 30. 3. 2010, *NVwZ* 2010, S. 964 f.

あるという¹⁰⁴⁾。

次に、連邦行政裁判所は、滞在法 30 条 1 項が基本権としての家族の保護に抵触するかを検討し、家族の保護への抵触はないと結論付けている¹⁰⁵⁾。

連邦行政裁判所は、基本法 6 条も欧州人権条約 8 条も、移民に家族資格での入国の権利を与えるものではないこと、しかしながら国家は家族生活の保護という基本権保障に配慮すべき義務があることを確認している。これに加えて、連邦行政裁判所は、ヨーロッパ法上の基本権保障として、EU 基本権憲章 7 条についても検討し、その内容が欧州人権条約と一致することを確認する。

基本法 6 条、欧州人権条約 8 条、EU 基本権憲章 7 条は、配偶者呼び寄せについて権利を付与するものではないことを確認した連邦行政裁判所は、さらに ECJ の「家族呼び寄せ指令判決」を引用しつつ、滞在法 30 条 1 項の言語要件は、比例原則に適合するかという基準によって決定されねばならないという¹⁰⁶⁾。そして、連邦行政裁判所はこれを肯定する。

入国前のドイツ語能力を要求する立法目的とその手段の適切性は、社会統合の促進という目的は入国後の言語コースでは十分に達成できないということから肯定される¹⁰⁷⁾。そして、入国前のドイツ語能力の要求は比例性も満たすという。言語要件によって追求されている公の利益である早期の社会統合には特別の重みを与えられているが、これに対置せられるのは、家族生活の一体である。確かに、言語要件を満たせない夫婦は、家族との別離かドイツにおける滞在の喪失の二者択一の選択を迫られることになる。しかしながら、この別離は通常の場合、予見可能な期間に限られる。比例原則に合致しないような過剰な負荷について滞在法 30 条 1 項は例外を設けており、さらに「簡単なドイツ語でのコミュニケーション」は容易に達成できるレベルである。そして、個人的な事情によって言語習得が困難な配偶者については、家族生活の一体が長期に阻害される可能性もあるが、その場合であっても外国人夫婦の場合には、家族の一体を外国で実現することが要求可能である。

以上のように連邦行政裁判所は滞在法 30 条 1 項にヨーロッパ法および基本権への抵触はないと判断した。学説からは違憲の疑いが強いと批判されているものの、連邦行政裁判所は基本権保障から要請される比例性は保たれていると考えたようである。この連邦行政

104) 学説においては「統合措置」と「統合要件」を区別し、入国前に要求される言語能力は「統合措置」には含まれないとする見解もある。しかし、連邦行政裁判所は、指令の体系および文言解釈、立法者意思、欧州員会の見解を根拠に、滞在法 30 条 1 項の言語要件は指令 7 条の「統合措置」に含まれることに疑いはないとした。本稿との関係では、「統合措置」をめぐる指令の起草交渉過程が立法者意思として考慮されている点が興味深い。

105) BVerwG, Urt. v. 30. 3. 2010, NVwZ 2010, S. 967 (Rn. 29).

106) Ebenda, Rn. 37.

107) Ebenda, Rn. 38.

裁判所の判決に対しては憲法異議がなされたが、連邦憲法裁判所もまた連邦行政裁判所の判断を支持している¹⁰⁸⁾。

この後、2012年9月4日の判決でドイツ人が配偶者を呼び寄せる場合について連邦行政裁判所は言語要件についてさらなる判断を示している¹⁰⁹⁾。この判決において連邦行政裁判所は2010年3月31日の連邦行政裁判所判決の論理を基本的に維持しつつ、配偶者がドイツ人の場合には事情が異なると判示した¹¹⁰⁾。すなわち、ドイツ人に対しては、結婚生活を外国で営むか、婚姻上の共同生活を諦めるかという選択は、原則的に期待できないと判示した。そのため、ドイツ人が配偶者である場合について、外国人配偶者の言語能力獲得の努力が1年間実らなかった場合や、言語習得に危険が伴う場合について入国前の言語能力を要求することは違法となる¹¹¹⁾。

(2) 多中心的人権保障枠組における連邦行政裁判所の機能

以上の連邦行政裁判所判決はECJやECHRの判例を明示的に引用し、解釈指針としている。とりわけ欧州人権条約との関係では、「欧州人権条約およびECHRの判例は、基本法のもとでの基本権保障や法治国的諸原則の解釈を補助する」とする連邦憲法裁判所決定¹¹²⁾に言及し、リスボン条約以後、欧州人権条約上の基本権および加盟国の憲法伝統から生じる基本権は、法の一般原理としてEU法の一部になっており、この法状態の変更を顧慮すべきである¹¹³⁾としている¹¹⁴⁾。

このように、法源の多層性、そして複数の最高級審が存在する多中心的な基本権保障枠組を連邦行政裁判所は顧慮しているといえよう。そして、こうした多中心的な基本権保障枠組の中が連邦行政裁判所の機能を変容させているという指摘が学説からなされている¹¹⁵⁾。連邦法の解釈権を独占する連邦行政裁判所は、上位にある複数の規範を実務上適用可能な

108) BVerfG, Beschluss vom 25. 3. 2011, 2 BvR 1413/10, NVwZ 2011, S. 870.

109) BVerwG, Urteil vom 04. 09. 2012, InfAuslR 2013, S. 132 ff.

110) Ebenda, Rn. 26, 28.

111) Ebenda, Rn. 26. 受忍可能性の審査 (Zumutbarkeitsprüfung) においては、言語教育の機会、その費用、その獲得可能性、言語教育の機会を利用する障害となる個人的事由、病気や忙しさなどが考慮されなくてはならない。

112) BVerfG, Beschluss vom 18.12. 2008, 1 BvR 2604/06, NJW 2009, S. 1133 ff.

113) この点、2007年の連邦行政裁判所判決が、滞在法11条を、国際法、ヨーロッパ法、基本法の観点から論じ、連邦行政裁判所が担う機能を明確に打ち出している。即ち、国内法の規定が「上位の法、即ち、ヨーロッパ法上の前提および憲法上の価値決定によって測られねばならず、場合によっては相対化される」と判示している (BVerwGE 129, 243, (250))。Vgl. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, S. 247.

114) BVerwG, Urt. v. 30. 3. 2010, NVwZ 2010, Rn. 33.

115) Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, S. 246 f. 専門裁判権において最上級審が持つ機能について、参照。Claus Dieter Classen, Funktional ausdifferenzierte Rechtsprechungskompetenzen?, JZ 2007, S. 53 ff.

形で具体化する役割を期待されているというのである¹¹⁶⁾。

階層構造を持つ法秩序において、規範をいかに位置付け、適用するかは、ますます重要となる。連邦行政裁判所には連邦法について専権的な解釈権があり、多層的な法源と多中心的な基本権解釈を、ドイツ滞在法の具体的な解釈に組み入れ、実務の指針となりうる形で提示できる唯一の裁判所なのである¹¹⁷⁾。

IV. 結語

本稿で検討した家族呼び寄せをめぐる法的問題の核心は、基本権として保障されるべき家族生活、家族の絆という実体的な価値を移民法の領域においてどう評価していくべきか、という点にある。一方において、国家は自国の社会的構成に強い関心を持つ。それは時に、自国に有利な移民を選択的に受け入れようとする制限的移民政策として表れる。また、そのような選択的受け入れを志向しない国家であったとしても、社会における移民の受け入れ能力を考慮して統合政策上の制約を移民に課すことは十分考えられる選択である。他方において、これに対置されるのが、移民に保障されるべき基本権としての家族生活の保護である。様々な理由により国境を越え、自国から離れて生活する人間は増え続けている。彼らにとって定住国での滞在権を持たない外国人と家族生活を築くことには高いリスクが伴う。それは時には、家族生活を維持するために定住国で培った経済・社会的な基盤を失うこと、あるいはその逆の選択を迫るのである。家族生活の保護に対する移民政策上の制約について、その限界をどこで引くかという問題は、本稿を超えたより広い文脈で改めて検討すべき課題として残る。しかし、国家にとって家族は保護すべき単位であり、家族生活の一体を保障することは国家にとっても重要な利益であるということについて、理論的な考察が充実しつつあることを指摘するのは無益ではないだろう¹¹⁸⁾。

国境を超えた人の移動は決してグローバル化に特有の現象ではない¹¹⁹⁾。しかしながら、

116) ティムは ECJ, ECHR, 連邦憲法裁判所を尊重しつつ展開される連邦行政裁判所の判例理論の分析によってこの機能を例証している。Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, 245 ff.

117) Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, S. 247.

118) Welte, *Familienschutz*, S. 33 ff.; 宮地基「憲法に基づく外国人の滞在の権利の保障—ドイツ連邦憲法裁判所判例を手掛かりとして」明治学院論叢 537 (1996 年) 354 頁以下; 馬場里美「出入国管理における『私生活及び家族生活を尊重される権利』」早稲田法学会誌 50 巻 (2000 年) 193 頁以下; 川崎まな「退去強制事例における家族と子供」北大法政ジャーナル 18 号 (2011 年) 91 頁以下; 民法学からのアプローチとして、大村敦『他者とともに生きる 民法から見た外国人法』東京大学出版会 (2008 年) 89 頁以下。

119) K. J. Bade, *Europa in Bewegung. Migration vom späten 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, 2000.

移民立法を行う主体の多層性、そして多中心的基本権保障枠組によって、家族呼び寄せを規律するドイツの移民法制には次のような構造的な変化がもたらされた。

第一に、加盟国の移民法制からの反発を受け、度重なる妥協の末に成立した家族呼び寄せ指令は、権利保障の水準こそ低いものの、加盟各国の移民法制にヨーロッパ法が適用され、ECJの解釈権限が行使される道を開いた¹²⁰⁾。長期的に見れば、ヨーロッパ移民圏の生成と域外国民の法的地位のヨーロッパ化の進行が指摘できよう¹²¹⁾。既に、ドイツの移民法制は今後徐々にヨーロッパ化していく「中間地点 (Zwischenstation)」にあると評されている¹²²⁾。このヨーロッパ化の過程は、ECJの解釈権限の行使によっても進行していくと予想されるが、同時に、家族呼び寄せ指令の立法過程が明らかにしたように、各国の移民政策を反映した政治的な調整によっても形作られていく¹²³⁾。

第二に、家族呼び寄せ指令は国際法上の人権保障を大きく取り込み、家族生活の保護の多層的な構造を強化した¹²⁴⁾。ヨーロッパ法を介して、子どもの人権条約や欧州人権条約、当時はまだ拘束力を持たなかったEU基本権憲章といった国際条約は、加盟国においてより実効的に妥当する道が開かれたのである。ドイツは子供の権利条約について、1989年2月23日の付帯宣言により、外国人法上の効力を持たせないとする留保をつけていたが、

120) 欧州委員会も、段階的に加盟国の移民法制を調和化していく第一歩として指令を位置付けている (KOM (2002) 225)。

121) Vgl. Thomas Groß/Alexandra Tyjanowski, Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU-Eine kritische Analyse, *Der Staat* 48 (2009), S. 259 ff.; Hannah Tewocht, Auf dem Weg zur Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürgern? - Zu Inhalt und Reichweite der sogenannten ‚Rahmenrichtlinie‘, *ZAR* 2012, S. 217 ff.

122) Günter Renner, Zuwanderungsgesetz-Ende des deutschen Ausländerrecht?, *IMIS-Beiträge* 27/2005, S. 9, 24.

123) この意味で、指令の立法交渉における権利水準の引き下げは、一方的な押し付けではなく、加盟国の裁量を最大限に引き出しつつ、ヨーロッパ移民法制を形成していった点で、より緊密な統合の近道なのかもしれない。EUにおける「越境的行政」においては、加盟国同士の相互的な信頼関係が法的実効性にかかわってくるからである (Bast, *Der Staat* 46 (2007), S. 27 f.)。

124) 「家族生活の一体を保障する国際法上の制度、とりわけ欧州人権条約8条およびEU基本権憲章を尊重する」ものであることを明示している。このことと関連して、各国の法秩序における「家族」理解もまた徐々にグローバル化にさらされていくことが予想される。世界人権宣言16条3項は家族を「社会の自然的かつ基礎的な単位である」としつつも、明確な定義をおいていない。一夫多妻制や非婚パートナーの取り扱いとの関係で、「家族」を如何に法的に定義していくべきか、は今後重要な論点となるだろう。家族呼び寄せにおけるドイツ連邦行政裁判所の「家族」理解について参照、G. Renner, *FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, S.435 f. ヨーロッパ人権裁判所による「家族生活」の認定は各国の国内法と必ずしも一致しておらず、非婚パートナーのように国内法上有効な婚姻はなくても成立する場合がある (川崎・前掲注 (118) 103頁)。この点、憲法上、民法上、外国人法上の「家族」について、法領域ごとに「家族」概念を相対的・流動的に捉え、複数の基準を組み合わせで対処するという大村の提案は、本稿で検討した多層的な法秩序においても汎用性があると思われる (参照、大村・前掲注 (118) 91頁)。しかし法領域ごとの独立性がどこまで維持されうるかについては今後の展開を注視すべきところである。

家族呼び寄せ指令が「国際法上の制度を尊重する」として子供の権利条約に言及したことで、ドイツは子供の権利条約上の義務を遵守するヨーロッパ法上の義務を課されることになる¹²⁵⁾。ヨーロッパ法の影響が深化するにつれて、国際法上の規律と加盟国の関係も変化するが¹²⁶⁾、本稿で検討した家族呼び寄せに関しては、EC 指令を通じて国際法上の人権保障が加盟国内部において実効性を増していると評価できよう。

第三に、ヨーロッパ法の国内法化とそこでの国際法の取り込みによって、ドイツの移民法制は多層的な法源が交錯する場となった¹²⁷⁾。家族呼び寄せ指令の「統合措置」という概念は、一方においては、それを根拠として 2007 年滞在法の言語要件が導入される土壌ともなり、他方においては、ECJ がその解釈権を通じて基本権としての家族生活の保護を強化することもできる、ある種の結節点としての役割を担っている¹²⁸⁾。EU 共通移民政策、ドイツの移民政策が、「統合措置」をめぐる連邦議会の立法行為において交錯し、また複数の裁判権においてその解釈をめぐる司法審査に服するのである。その際、「統合」概念は多義性に用いられる。あるときは移民の法的地位の安定化による統合の促進が語られ、またあるときは統合可能な移民の選択的受け入れという移民政策上の考慮が語られる¹²⁹⁾。この点、移民の地位の安定化は、ドイツの目指す移民の獲得競争においても、潜在的な移民に対して家族呼び寄せ制度を含めた良好な環境を提示するという意味で、プラスの効果を持ちうることに注意を促す必要があろう。

第四に、家族呼び寄せの権利は、多中心的な人権保障枠組によって保障されることになった。本稿で検討した滞在法 30 条 1 項の言語要件の基本権適合性は、ECJ, ECHR, 連邦

125) 実践的には、子供の権利条約が 18 歳までの子に家族統合の権利を与えている点で、指令の成立当時妥当していた 90 年外国人法が 16 歳までの年齢制限を課している点と抵触することになる (Walter, *Familienzusammenführung*, S. 382; Bast, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, S. 196)。2010 年 7 月 15 日ドイツ連邦政府は子供の人権条約に対する留保を撤回している。

126) 本稿で検討した家族呼び寄せにおいては、子供の権利条約は EC 指令に取り込まれることでより実効力を増していた。しかしながら、ヨーロッパ化による反国際法化も指摘されている。国境規制などにおいては、ヨーロッパ化によって国際法の規律が吸収され、後退する傾向もあり、今後の展開については法領域ごとに慎重な検討が必要であろう (Jurgen Bast, *Internationalisierung und De-Internationalisierung der Migrationsverwaltung*, in: Möllers u.a.(Hrsg.): *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S. 307 ff.).

127) 滞在法 30 条 1 項の言語要件においては層を跨いで、複数の考慮要素が交錯している (Bast, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, S. 247)。

128) Bast, *Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, S.247 ff.

129) 市民統合政策が単に国境内部における社会統合の促進だけではなく、外部からの移民流入を制御する機能をもつようになったことを指摘し、イギリス、オランダ、ドイツ、デンマーク、ベルギーにおける市民統合法制の現状を分析した政治学の業績として、佐藤俊輔「欧州における市民統合法制の現在」比較法学 46 巻 1 号 (2012) 97 頁以下。

憲法裁判所の多中心的な基本権保障の中で判断されなければならない¹³⁰⁾。その際、連邦行政裁判所には、複数の最上級審による司法判断を国内法の解釈に取り込みつつ、具体的な事件に適用していくことが期待されている。

このような、ヨーロッパ化による構造的変化はドイツの移民法制にとってどのような意味を持つのであろうか。家族呼び寄せ指令の立法交渉から現在までを総体としてみれば、制限的移民政策や基本権保障といった実体的価値が衝突と妥協を繰り返しながら、動態的に展開していく姿を見出すことができる。そもそも、家族呼び寄せ指令の立法にあたっては、ドイツの追求する移民の制御と統合が、ヨーロッパレベルで追求される域外国民の地位の安定化や基本権としての家族生活の保護と対立し、妥協が図られることになった。この時点での妥協は欧州議会による基本権侵害を理由とする ECJ への提訴により、揺り戻しを受ける¹³¹⁾。結論として ECJ の家族呼び寄せ指令判決は欧州議会の主張を退けるものの、加盟国が指令を実施するにあたっては、ヨーロッパ法上の基本権保障に適合しなくてはならないとの判示を行った。そして、この判決で具体化された「明確な積極的義務」によって、ドイツの移民政策は一定の制約を受けることになる。こうした権利保障という契機に反するのは、指令の国内法化のプロセスにおいて、ドイツの立法者が制限的移民政策に有利な形で家族呼び寄せの権利水準を引き下げたことである。連邦行政裁判所および連邦憲法裁判所は、国内憲法上の保障を下回る疑いすらある法改正を支持している。しかしながら、この判断は多中心的な人権保障枠組の中で再び揺り戻しを受けている。

この一連の展開は、制限的な移民政策や域外国民への権利保障、さらには家族生活の保護といった実体的価値が、多層的な経路を使って衝突し、その度ごとに調整されるプロセスとして理解できるのではないだろうか。EU の機関である理事会、欧州委員会、欧州議会も、ドイツ国内の機関である連邦政府、連邦議会、連邦参議院も決して一枚岩ではなく、その内部で個々の政治的な主体が法的制度を用いて公法秩序に影響を与えている¹³²⁾。法や政治過程の多層化は、様々な政治的主体が公法秩序にアクセスする新たな経路を創出する。そして複数の裁判権の存在は、そうした政治的主体の行動に枠をはめ、また裁判手続

130) 家族生活の保護を保障する規範の交錯は、ヨーロッパ憲法体 (Verfassungsverbund) という観点からも説明可能である。ヨーロッパにおける立憲的秩序は相互的な依存が深まりつつある (Ingolf Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, in: Calliess (Hrsg.): *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, 2007, S. 61)。

131) 家族呼び寄せ指令事件においては、欧州議会、理事会の他に、欧州委員会、ドイツ連邦政府も訴訟を補助し、意見を述べている。

132) ドイツ国内においても、連邦議会議員が「家族呼び寄せ指令の国内法化の不備」について連邦議会に質問状を出すなど、国内の政治過程や、ヨーロッパ法や国内外の裁判所の判決を援用する形で自らの主張を貫こうとしている (BT-Drucksache 17/14337, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/143/1714337.pdf>)。

による公法秩序へのアクセスという経路を提示する。今後のドイツの移民法制を考察するにあたっては、様々な実体的価値が多層的な経路を経て法の動態的な発展に寄与している点に注意を向けることが有益であろう¹³³⁾。

【追記】本稿は、東京大学大学院法学政治学研究科グローバル COE プログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー——私的秩序形成に関する教育研究拠点」（平成 24 年度，特任研究員），および JSPS 科研費（若手研究（B）「移民政策と家族生活の保護——グローバル化時代の日独移民法制——」，課題番号：25780001）の研究成果の一部である。

133) 今後の考察においては動態的な法秩序理解が一つの視座を提供してくれるのではないだろうか。かつてドイツ帝国の時代に、トリーベルは利益法学的な発想を応用し、動態的に展開・発展していく公法秩序を把握することに正面から取り組んだ。すなわち、分権と集権という政治的志向が多層的な経路を経て衝突や妥協を繰り返すことにより、結合国家の法秩序が展開してゆく様を描き出した（Heinrich Triepel, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, 1907）。このような、価値の対立を通じて法が形成されるという理解は、決してドイツ法学にとってなじみのないものではない。価値の衝突を繰り返しながら法秩序が動態的に発展してゆくというモデルは、カント以来しばしば構想されてきたのであるから（参照、村上淳一「争いと社会発展」同『仮想の近代』東京大学出版会（1992 年）43 頁以下）。

