

## 在留特別許可の展望と課題：性質説から立憲性質説へ

近藤，敦  
九州産業大学経済学部助教授

<https://doi.org/10.15017/2244>

---

出版情報：法政研究. 68 (1), pp.271-296, 2001-07-09. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 在留特別許可の展望と課題

——性質説から立憲性質説へ——

- 一 正規化対象者の類型と国際人権法上の根拠
- 二 難民性を有する人に対する在留特別許可  
——非人道的な取扱いを受けない権利——
- 三 居住の自由と立憲性質説
- 四 公共の福祉をめぐる法政策上の諸論点
- 五 外国人の態様と人権保障の多様性

近  
藤  
敦

## 一 正規化対象者の類型と国際人権法上の根拠

一九世紀後半までは、移民は自由に欧米諸国に入国することができた。その後、入国規制がはじまり、「不法」移民の問題が生じてきた。<sup>(1)</sup> 、「不法」移民も、仕事をみつければ正規の在留資格を認められることは、よくあることとして大目にみられ、ささいなことと考えられていた。<sup>(2)</sup> 高度経済成長の時期には、「不法」移民が経済成長に貢献しているとみられていた。<sup>(3)</sup> 状況が変わるのは、一九七〇年代前半の第一次オイルショックにより、ヨーロッパ諸国では外国人労働者の受け入れが停止されてからである。法改正によつて、それまで合法的な滞在者であった者が「不法」滞在者とされることもある。<sup>(4)</sup> 一九七五年の国連総会において、「不法な (illegally)」という言葉は、常に移民に罪があるような印象を与えるため、国連の公式文書では、「非正規の (irregular)」または「未登録の (non-documented)」<sup>(5)</sup> という用語を使うように決議された。<sup>(6)</sup> そこで、本稿でも、ヨーロッパの研究者の一般的な用語法にならつて、「不法」滞在者に代えて、「非正規滞在者 (irregular residents)」<sup>(7)</sup> という用語を使うことにする。

アメリカその他の国で、一九八〇年代および一九九〇年代を通じて、非正規滞在者の規制が強化される。日本においても、一九八〇年代後半から働きに来る外国人が急増し、その中には非正規滞在を続けながら一〇年前後日本で生活している人も少なくない。一九九〇年代の国際移住機関 (IOM) の大まかな推計では、世界で一五〇〇万人から三〇〇〇万人、アメリカで五〇〇万人、西ヨーロッパで三〇〇万人 (ドイツが五〇万人、フランスが二〇万から三五万人)、日本が三〇万から四〇万人と考えられている。<sup>(7)</sup> 一九九七年の国連難民高等弁務官事務所 (UNHCR) の推計によれば、ドイツが七五万人、イタリアが六〇万人、スペインが三〇万人、フランスが二〇万人と報告されている。<sup>(8)</sup>

法務省によれば、二〇〇一年一月一日現在、日本における超過滞在者の推計は、約二三十万人という。一九九三年には超過滞在者 (オーバーステイ、「不法残留者」ともいう) が約三〇万人に達していた状況と比べると、減少傾向にある。

しかし、非正規入国者（密入国者、「不法入国者」ともいう）の数を推計する方法は、依然として知られていない。したがって、超過滞在者と非正規入国者からなる非正規滞在者の数の把握自体、困難な状況にある。

こうした非正規滞在者の在留資格を正規なものに変更する手続は、「正規化 (regularization)」、「適法化 (legalization)」、「アムネステイ (amnesty)」と呼ばれ、今日の先進諸国に共通の問題となっている。性質上、一般アムネステイと在留特別許可という二つの内容に分けて整理することができる。

まず、表1のように、特別な法令により一時期に大量に行う「一般アムネステイ」を実施する国もある。非正規滞在者の増大をくい止めるべく、入国規制の強化、雇用者に対する罰則、出国傾向の抑制策が、多くの国で試みられている。<sup>9)</sup>しかし、国と国とのあいだの経済格差や冷戦構造の壁の崩壊は、人の国際移動の規制をますます困難にする。庇護希望者の難民審査の長期化も、非正規滞在者の増大をもたらしており、非正規滞在者の大量送還は困難である。<sup>10)</sup>こうした現状のなか、新たな非正規滞在者を生み出さない規制強化とセットとなつて、すでにいる非正規滞在者のアムネステイが実施される。経済協力開発機構 (OECD) の最近の報告では、第一に、アムネステイは、外国人労働者が集中する部門で、若い労働力を雇用する傾向をもっているといわれている。イタリアとスペインでは、正規化された者の七五％は四〇歳未満であつた。一九八六年のアメリカのアムネステイでも、一八歳以上の人口を比べて、正規化された者は七七％が四〇歳未満であり、一九九〇年の全人口では四八％が四〇歳未満であるにすぎなかつた。第二に、アムネステイは、生産システムに柔軟性をもたらすという。国民や正規の移民が労働需要をみたしていない、農業、工場労働、建設、繊維、サービス業などが多い。<sup>11)</sup>非正規滞在者の流入が、恒常的にみられる場合、出身国のクオータや政変といった突発的な反応にすぎない場合、もつぱら経済状況からもたらされている場合は、アムネステイの選択は効果がないといわれる。他方、最近、移民受け入れ国になつたイタリアやギリシアなどにみられるように、法の整備が追いつかず、早く外国人を統合する必要がある場合には、アムネステイは有効であるとの意見がある。<sup>12)</sup>

表1 諸外国の一般アムネ스티の実施状況

| 国または地域  | 実施年     | 許可者数<br>(申請者数) | 主な実施条件 (空欄は未確認)  |
|---------|---------|----------------|--|
| アメリカ    | 1987-88 | 300万           | 82年1月1日以後継続居住者/前年90日以上<br>農業従事者                                      |
| アメリカ    | 1997-98 | 41万            | 中米と東欧の出身者、95年12月以前に入国し<br>たハイチ人、2年以上居住しているニカラグ<br>ア人、キューバ人           |
| フランス    | 1981-82 | 12万(15万)       | 81年の1月1日以前に入国、安定雇用(不要<br>な場合あり)                                      |
| フランス    | 1997-98 | 8万(15万)        | 長期在留家族など多くのカテゴリー   |
| イタリア    | 1987-88 | 12万(12万)       | 87年1月27日以前に入国  |
| イタリア    | 1990    | 22万            | 89年12月31日以前に入国した労働者とその扶<br>養者  |
| イタリア    | 1995-97 | 23-26万         | 過去12カ月間の4カ月就労/<br>2年以上居住、十分な生計能力と家のある親<br>戚                          |
| イタリア    | 1998-99 |                | 98年3月27日以前に入国、雇用   |
| スペイン    | 1985-86 | 4万(4万)         | 85年7月24日以前に入国  |
| スペイン    | 1991    | 11万(13万)       | 85年7月24日以前入国の自営業者/91年5月<br>17日以前入国の継続居住者・勤労者・自営業<br>計画者(のちに家族も)      |
| スペイン    | 1996    | 2万             | 96年1月1日以前に入国   |
| スペイン    | 2000    |                | 99年6月1日以前に入国、過去3年間に滞在<br>許可または労働許可を取得または申請した者                        |
| ポルトガル   | 1992-93 | 4万             | 86年6月1日以前に入国したポルトガル公用<br>語国の国民<br>/92年4月16日以前に入国、生計維持能力の<br>あるその他の国民 |
| ポルトガル   | 1996    | 2万             | 95年12月31日以前入国のポルトガル語会話国<br>の国民<br>/95年3月25日以前入国の他のEU以外の国<br>の国民      |
| ギリシア    | 1997-98 | (37万)          | 非専門職労働者の40労働日分相当の所得  |
| ベルギー    | 2000    |                | 庇護申請後4年(学齢期の子どもがいれば3<br>年)の決定放置<br>/送還困難/重病/6年(学齢期の子どもがい<br>れば5年)の居住 |
| オランダ    | 1975    | 1万             | 74年11月1日以前の入国後継続雇用   |
| カナダ     | 1973    | (5万)           | 72年11月以前に入国、安定雇用と家族のつな<br>がり   |
| オーストラリア | 1980    | 1万             | 80年1月1日以前に入国して同年6月19日に<br>滞在する者                                      |

表2 諸外国の主な在留特別許可の要件

|      |   |
|------|---|
| アメリカ | (1)10年居住、善良、退去強制がアメリカ国民または永住者である家族に非常な困難、<br>(2)72年1月1日以後、継続して居住し、善良であれば、非常な困難の証明不要。  |
| フランス | (1)10歳より前から居住する未成年者、(2)10年以上居住する者。  |
| イギリス | (1)7年以上居住している若い子どものいる家族、(2)14年の居住。  |
| オランダ | (1)6年継続居住・就労、税金・社会保険料の支払、<br>(2)3年以上居住許可の決定放置。  |
| ドイツ  | 拒否された庇護希望者の場合であるが、非正規滞在者が庇護申請することもできるので、(1)93年7月1日以前に入国した、またはドイツで生まれた未成年の子どものいる家族（所得、住宅、無犯罪など）、(2)90年1月1日以前に入国した独身者と子どものいない夫婦などである。 |

つぎに、表2のように、法務大臣その他の所轄機関が、そのつど個別に判断する「在留特別許可」の制度をもつ国もある。両方がみられる国もあれば、片方だけの国もある。日本は在留特別許可制度だけが存在し、一般アムネステイの経験はない。また、一般アムネステイと個別の在留特別許可のいずれに分類するのが適当であるかについては、微妙なものもある。ドイツは、日本とともに、一般アムネステイをしない国として有名である。そこで、一定の申請期間が設けられているものの、類似のプログラムが期間をずらして更新されており、ここでは在留特別許可に整理しておく。

アメリカの農業従事者などのように、特別に不足している労働分野での一般アムネステイの例などは別として、国内外の事例から、在留特別許可は主につぎの五つの場合に認められている。

- ① 国民ないし永住者の家族である非正規滞在者、
- ② 長期の学齢期の子どものいる非正規滞在家族、
- ③ 長期の非正規滞在者、
- ④ 難民認定するに至らない難民性を有する者、
- ⑤ 労働災害などの病氣治療中の者である。

このうち、日本はこれまで主として①の場合に在留特別許可を認めてきたのであって、<sup>14</sup>他の場合の人的配慮において消極的な国であった。一九九九年の秋以降、日本において長いこと超過滞在していた人々が、法務大臣の在留特別

許可を求めて入国管理局に集団で出頭する事件が続いた。その結果、二〇〇〇年二月より、ようやく②の場合の新たな許可基準の目安が形成されつつあるように思われる。許可された事例を分析すると、八年四カ月以上在留しており、子どもが中学の入学目前の年齢である家族の場合は、在留特別許可の可能性がある。

法的根拠をみると、出入国管理及び難民認定法（以下、入管法）五〇条三号は、「法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」に、在留を特別に許可することができる旨を定めている。この点、法務大臣が一〇〇%の白紙委任的裁量を有するかのよう理解することは適当ではない。入管法一条は「出入国の公正な管理」を目的とかけ、憲法の国際協調主義とあいまって、外国人の人権保障に関する国内および国際基準に合致する入管行政が必要とされている。<sup>15</sup>「在留を許可すべき事情」についての具体例を法律は明示していない。しかし、申請者の事情にかぎらず、先例、条理、国際慣行、条約および憲法から一定の基準が導かれ、それらに反する法務大臣の裁量は違法ないし不当となる可能性があり、国際情勢、社会通念の変化により具体的な基準は変わりうる。たとえば、①の日本人の配偶者の在留特別許可は、先例や通達<sup>16</sup>上認められており、憲法二四条（婚姻の権利）、条理および国際人権規約B規約二三条（家族の権利）に照らし、法務大臣の許可採決が違法とされた最近の東京地裁判決は記憶に新しい。<sup>17</sup>また、子どもの権利条約三条では「児童の最善の利益」の考慮が定められ、②の子どものいる家族の在留特別許可が導かれる。憲法前文にある「圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しよう」と努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思うならば、日本も進んで③、④、⑤の基準を打ち出すことも、憲法および入管法五〇条からは可能であり、望まれてもいる。

④については、難民条約三三条がいわゆる「政治難民」を「生命又は自由が脅威にさらされるおそれ」のある本国へ送還することを禁じている。さらに、ヨーロッパ諸国では、狭義の政治難民でなくても、難民性を有する者が、生命または自由に関する重大な危険がある本国に送還されないこと、また⑤の健康状態も退去強制の障害事由となることは、欧州人権規約三条の「何人も、拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける刑罰若しくは取扱いを受けない」という規

定の解釈から導かれている。<sup>(18)</sup>たとえば、非人道的な取扱いとして、犯罪の重さに比して不均衡な死刑の現実の危険がある国への送還は禁じられる。国際人権規約B規約七条では、「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける刑罰若しくは取扱いを受けない」というほぼ同様な規定があり、国際人権B規約委員会の一般的意見二〇において、「締約国は個人を、犯罪人引渡、追放、又は送還によって、他国に対する帰還の際における拷問又は残虐な非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い、又は処罰の危険にさらしてはならない<sup>(19)</sup>」と説明されている。たとえば、カナダの事件について、同委員会は「当事国が拷問のなされる予見可能性のある国に人を引き渡すことは同規約に反することになる」と述べている。<sup>(20)</sup>したがって、④の難民性を有する者や、⑤の病気の者に対する退去強制の制約根拠として日本政府も、「何人も」「非人道的な」「取扱いを受けない」というB規約七条を遵守する義務がある。

一方、国連の移住労働者とその家族に関する条約は、日本および西洋諸国が批准していない。しかし、その六九条二項が定める「正規化の可能性を考える場合、入国の状況、雇用地国における在留期間及びその他の関連事項、特に家族の状況に関して、適切な考慮が払われなければならない」という国際基準は、すでに多くの西洋諸国の実務では妥当している。①、②の場合の日本の実務でもおのずとこうした基準にしたがって裁量の合理性が判断されているものと思われる。ただし、具体的な在留期間の基準を明記する条約はなく、③の場合に、各国が個別にオランダが六年、フランスが一〇年、イギリスが一四年と目安を定めている。<sup>(21)</sup>かつて日本に密入国した外国人が、二五年以上（一〇数年との見解もある）在留し生活していた場合に在留特別許可を認めるという内部基準があると思われる<sup>(22)</sup>。情報公開法のもと、今後つくる通達は公開していく法務省の方針もあるようだが、以前つくられた基準は不透明なままである。諸外国に比べ、長すぎる在留期間の基準により、日本が不法なステイタスの労働者を搾取し続ける不公正な社会であることを印象づける不名誉を避ける上でも、③の場合であっても、せいぜい長くとも一〇年を目安にすることが望ましく、②の場合は五年の目安が妥当であろう。



## 二 難民性を有する人に対する在留特別許可

—非人道的な取扱いを受けない権利—

日本の難民申請者数と難民受け入れ数は極端に少ない。難民認定制度がはじまった一九八二年から二〇〇〇年末までに、二一七九人の申請があり、難民認定者数は二六〇人にすぎない。<sup>23</sup>たとえば、日本の人口のおよそ一四分の一にすぎないスウェーデンでは、毎年、数千から、数万人の広義の難民を受け入れている。この差は、たんに日本への難民申請が少ないことのみが原因ではないであろう。いわゆる政治難民以外の広義の難民に対する受け入れ姿勢が、あるかないかによるものと思われる。

スウェーデンでは、第一に、「難民枠 (flyktningkvot)」を設けている。国会の承認を得て政府が毎年、枠の数と方針を決める。とりわけ迫害を受けまたは迫害の危険がありながらもまだ国外に脱出していない者や、第三国への移動が必要な者を、国連高等難民弁務官の協力のもと選択する。第二に「条約難民 (konventions flykting)」がある。スウェーデンでも「難民」と呼ぶ場合には、狭義には一九五一年の難民条約に基づく、この政治難民をさす。この点は、日本と同じである。すなわち、政治的・宗教的・人種的理由などから迫害を受ける恐れがあり、国籍国の外にいる者または常居所を有していた国の外にいる無国籍者をいう。<sup>24</sup>第三に、一九九七年までは良心的兵役拒否 (krigsvägrare) というカテゴリーもあつた。これは、戦場から逃亡した者または差し迫った兵役を回避するために本国から逃亡するかスウェーデンに滞在したいと欲する者をさした。<sup>25</sup>また、一九九七年までは事実上の難民 (de facto-flyktingar) というカテゴリーも存在した。この場合は、本国での政治的関係を理由として母国に戻ることを欲しない者であつて、その十分な根拠を示すことができる者をさした。<sup>26</sup>一九九七年の外国人法改正三章三条により、良心的兵役拒否者と事実上の難民の概念は廃止され、代わりに「その他保護の必要な者 (skyddsbehövande i övrigt)」という概念が導入された。<sup>27</sup>今後は以

表3 庇護希望者と広義の難民の滞在許可

| 年          | 1987   | 1988   | 1989   | 1990   | 1991   | 1992   | 1993   | 1994   | 1995  | 1996  | 1997  |
|------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|-------|-------|-------|
| 庇護希望者      | 18,114 | 19,595 | 30,335 | 29,420 | 27,351 | 84,018 | 37,581 | 18,640 | 9,047 | 5,732 | 9,662 |
| 広義の難民      | 14,042 | 16,125 | 24,879 | 12,839 | 18,663 | 12,791 | 36,482 | 44,875 | 5,642 | 4,832 | 9,596 |
| 難民枠        | 1,457  | 1,474  | 1,559  | 1,455  | 1,732  | 3,402  | 937    | 7,431  | 1,956 | 1,628 | 1,180 |
| 条約難民       | 2,326  | 3,698  | 3,079  | 2,167  | 1,404  | 615    | 1,024  | 785    | 148   | 128   | 1,310 |
| 良心的        | 1,679  | 1,170  | 136    | 14     | 18     | 4      | 2      | 12     | 1     | —     | —     |
| 兵役拒否       |        |        |        |        |        |        |        |        |       |       |       |
| 事実上の難民     | 5,374  | 5,984  | 6,066  | 3,927  | 3,816  | 2,447  | 4,000  | 3,060  | 1,401 | 1,651 | —     |
| 人道上の理由     | 3,206  | 3,797  | 14,039 | 5,276  | 11,693 | 6,323  | 30,518 | 33,587 | 2,136 | 1,424 | 6,367 |
| その他保護の必要な者 |        |        |        |        |        |        |        |        |       |       | 739   |

参照：Statiska centralbyrån, *Statisk Årsbok '99* (Stockholm: SCB, 1991), p.71.

下の三つの場合、すなわち(一)死刑、身体刑、拷問、その他の非人道的なもしくは品位を傷つける扱いはまたは処罰の危険に関する十分な理由がある場合、(二)国内もしくはは国家間の武力衝突、または環境災害などの理由で母国への帰還が困難な場合、(三)性差別や同性愛を理由に迫害される危険がある場合、についても保護の対象と認定されうる。第四に、「人道上の理由 (humanitären grunden)」という滞在許可のカテゴリーもある。人道上の理由とは、重病、障害、母国での十分な治療の不足などの個人的な理由から滞在許可を認める場合である。<sup>(28)</sup>これらの人数を庇護希望者とともに、表3に示しておこう。ここでの庇護希望者とは、自らの意思でスウェーデンに来て、難民としての地位を理由に滞在許可を求める外国人をいう。

狭義の政治難民には該当しないものの、本国に送還することが人道上、問題とされる広義の難民は、日本でいうところの在留特別許可の問題とも関連している。二〇〇〇年に発表された法務省の第二次出入国管理基本計画によれば、難民認定は、制度発足以来一九九八年末までに、一七〇三人の申請があり、それらのうち二二七人を認定し、一〇九〇人を不認定としている。また、難民と認定しない場合であっても、本国の状況等により帰国が困難である等の特殊な

事情がある場合には、不認定処分後にも在留を認めるなど柔軟な配慮をしている。一九九八年末までに、このような配慮に基づき在留を認められた者は合計一五六人に上っているという。<sup>(30)</sup>二〇〇〇年における日本の難民認定申請者数は、二一六人であり、そのうち二二人が難民に認定された。一方、難民とは認定されなかった者のうち、その申立てに対する判断を含め人道的な理由から特別に在留が許可された者は、三一人である。<sup>(31)</sup>ようやく法務省は難民性を有する人の在留特別許可に関するデータを公開するようになってきた。いわば、難民性を有する人に対する在留特別許可の実例はこれまでもある。

ただし、スウェーデンその他の欧米諸国との違いは、この種の在留特別許可者を広義の難民として位置づけ、計上することをこれまでの日本はしてこなかった点にある。難民性を有する人の在留特別許可は、その基準をスウェーデンのように法律に明記することが本来は望ましい。<sup>(32)</sup>ドイツのように欧州人権規約上の追放障害を法律にうたう形でもよいであろう。<sup>(33)</sup>いずれにせよ、ヨーロッパにあつては、欧州人権規約三条、日本にあつては国際人権規約B規約七条から、死刑、身体刑、拷問、その他の非人間的なもしくは品位を傷つける扱いまたは処罰の危険に関する十分な理由がある場合には、退去強制の禁止が導かれる。たとえば、国家による拷問ないしは非人道的な取扱いに対し、欧州人権規約三条の適応を限定しようとするドイツの行政裁判所と、私的な機関による場合にも拡張する欧州人権裁判所と歩調を合わせるスイス、フランス、ベルギーの裁判所の違いはあつても、同三条がヨーロッパ諸国の在留特別許可の根拠規定となつてゐることは共通している。<sup>(34)</sup>また、スペインにおいても、紛争中の国、自然災害の被害を被つた国の出身者など、その他の理由から危険がある場合には、在留特別許可を認めるルールが一般にあるという。<sup>(35)</sup>

さらに、居住資格または難民認定のための審査が長期間におよんだり、居住資格または難民認定が不許可になつても、退去強制が困難な事情がある場合に、在留特別許可が認められるルールもいくつかの国にみられる。たとえば、オランダでは、居住許可の申請をしたのち、三年以上決定がなされなかつた場合には、人道上の居住資格が認められるルール

がある。<sup>(36)</sup> ドイツでも、難民認定が不許可になったのちも送還されなかった一定の出身国の長期滞在者に在留特別許可が認められている。<sup>(37)</sup> ベルギーでも、庇護申請後、五年間（学齢期の子どもがいる家族の場合は四年間）難民認定の最終決定が下されていない者、本人の意思とは別の外国の事情により退去強制が困難な者、重病の者、その他の人道上の理由から、在留特別許可が認められるのである。<sup>(38)</sup>

### 三 居住の自由と立憲性質説

以上の国際人権法上の根拠や諸外国の動向を持ち出すまでもなく、在留特別許可のリベラルな運用を導く上での最大の論点は、憲法の「居住の自由」の解釈問題にあると思われる。そもそも、日本国憲法における外国人の権利については、理論的には未解決な問題が少なくない。入国の自由については、明文の規定がなく、一般に外国人には認められない。しかし、「居住」の「自由」は憲法二二条一項で「何人も」保障されている。たとえば、カナダの憲法六条二項は永住者にも、居住の自由を保障し、ヨーロッパ諸国では、条約上EU市民ないしEEA市民に「居住の自由」を保障することになる。この点、「何人も」と定めている日本国憲法は、比較法的には外国人の人権保障において非常にリベラルな規定の仕方をしている。従来の通説・判例は、「何人も」という規定と「国民は」という規定にかかわらず、「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」との性質説に立つ。

この性質説は、人権重視のリベラルな解釈であるかのように誤解され、多くの支持を得ている。性質説は、たしかに、「国民は」という文言にもかかわらず外国人の権利保障に積極的な解釈を示す条項もある。たとえば、憲法一三条が「国民」に保障している幸福追求権と、憲法一四条が「国民」に保障している法の下での平等は、すべての外国人も享有

すると通説は解している。<sup>(39)</sup>しかし、国籍の有無、在留資格の有無は、多くの点で別異の取扱をすることが正当化されてもいる。一定の例外事例はあるものの、平等原則そのものが外国人にまったく適用されないのであれば、「人権」という概念そのものを「国民の権利」に変質させてしまうことになる。この点、国際人権規約B規約二六条は、正当にも、「すべての者」が法の前に平等であると定められている。国際人権規約を日本国憲法の人権の性質を考える上での解釈指針とする指摘も、<sup>(40)</sup>検討に値する。

一方、性質説は、逆に、「何人も」という文言にもかかわらず、一定の外国人の権利保障を消極的に解する条項も多い。たとえば、憲法一七条の「何人」に対しても保障している「国家賠償請求権」を具体化する国家賠償法六条が、外国人を被害者とする場合の相互保証主義を定めていることを、従来の性質説は容認してきた。性質説の立場から違憲とする最近の有力な学説もあるが、<sup>(41)</sup>立憲性質説の場合、「何人も」保障されている以上、出身国が当該事例に関する国家賠償法制をもたないイラン人が原告となる国賠訴訟の障害などは、<sup>(42)</sup>国家賠償請求権の性質を論ずるまでも無く取り除かれる。また、憲法二二条一項の「何人」も有する「職業選択の自由」が、外国人に保障されるとする東京都管理職試験受験拒否違憲訴訟東京高裁判決は当然の帰結であって、人権に有利な立法裁量の法価値を否定する文脈で主権を援用している点は、権力の制限を本質とする立憲主義の論理から問題であり、人権を重視する立憲性質説は「公共の福祉」による制約の可能性と限界のみを問題とすることになる。<sup>(43)</sup>さらに従来、ほぼすべての憲法学者は、「何人も」という文言解釈の最大の難点として、「国籍離脱の自由」が性質上、「国民」に限定されるとする固定観念にしばられてきた。しかし、憲法二二条二項の「国籍離脱の自由」は、「国籍離脱者に経済的に不利な条件を課して、離脱の自由を制限することも許されない」<sup>(44)</sup>はずであり、たとえば、今日では日本国籍に帰化することが必要とされなくなったかつての「司法修習生採用問題」のような場合に、「外国人」の「国籍離脱の自由」を日本政府が侵害した実例と考えることができる。「国籍離脱の自由」が「国籍を離脱しない自由」を含む「国籍自由の原則」を表明するものと解すれば、憲法二二条二

項は、帰化における従来の国籍放棄（国籍法五条五号）や出生による二重国籍者の国籍選択制度（同一四条）を義務づけない国籍法の新傾向を先取りしていることに気づくであろう。一九九七年のヨーロッパ国籍条約は、かつて国際法の理想とされた重国籍回避原則を否定し（一五条）、選択義務制度を禁止している（一四条）。日本政府が、帰化や国籍選択に際して、「外国籍」の離脱を強制することも、「何人も」「国籍離脱の自由」を保障されている日本国憲法に違反するとの新解釈は、人の国際移動や国際結婚の増大により重国籍に寛容となる国際法の新傾向とむしろ調和する。移民送り出し国から移民受け入れ国に転換した国々では、必然的に生地主義（*Jus soli*）や居住主義（*Jus domicilii*）による重国籍の要素を大きくとりいれている。<sup>(45)</sup>

さて、いま問題としてしている憲法二二条一項に再び戻れば、憲法上は、日本にいる外国人も、まずは居住の自由をもちうるというかつての最高裁判例の前提に立って、<sup>(46)</sup>それを何らかの政策上の必要から制限することが可能だということを出発点に置くべきである。居住の自由というのは、「住所または居所を自ら決定ないし変更する自由」であり、自由権の核心が国による妨害排除の請求権であることに留意するならば、「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」を意味することになる。「恣意的」でなく、「合理的」な退去強制であるかどうかは、公共の福祉という曖昧な概念のみで国が一方的に制約できるものではない。具体的な公益や個人の利益を比較衡量したり、憲法三一条の適正手続、一三条の幸福追求権その他の憲法上の人権条項はいうまでもない。さらに、各種の国際人権条約や国際慣行も配慮して「公共の福祉」による制約が可能かどうかを個別に検討することを、憲法二二条一項は、日本にいる「何人」に対しても保障しているのである。

なお、付言しておくならば、日本国憲法が亡命権ないし庇護請求権を定めているかについては、消極説が支配的とされている。せいぜい、入管法上の一時庇護の制度により一種の亡命権が法律上認められるものと通説は解している。<sup>(47)</sup>しかし、「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」が憲法二二条の「居住の自由」において日本の領土内にある「何人」

にも保障されるならば、亡命者ないし庇護希望者が日本での庇護を請求する権利の中心的な根拠規定は、この「居住の自由」に求めることも可能である。<sup>(48)</sup> 日本国憲法の明文規定を無視した従来の議論は、立憲性質説の立場から見直されるべきである。もちろん、人権の国際化がみられる今日、上述の難民条約三三条や国際人権規約B規約七条を援用できることはいうまでもない。もともと憲法にあった「居住の自由」の見落とされてきた要素が、国際人権規約を契機として発見され、入管法上の在留特別許可を通じて、「居住の自由」の中身が充填されていく。同様に、憲法二二条一項が「何人も」有すると定める「移転の自由」も、立憲性質説上は、すべての外国人に認めたと上で、公共の福祉による制約可能性の態度が外国人の態様により異なることになる。

そもそも、性質説を明確にしたマククリーン判決は、「在留の権利ないし引き続き本邦に在留することを要求する権利を保障されているものではない」とか、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は」「外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」と判示している。<sup>(49)</sup> しかし、通説を代表する学説によれば、「正規の手続きで入国を許可された者は、その在留資格をみだりに奪われないことを保障されていると解されるので、その限度での在留権なるものは、認められると言ってよい。このことはいわゆる定住外国人については、一段と強い程度で妥当しよう」と指摘されている。<sup>(50)</sup> また、最近の有力な学説も、「日本に在留する外国人の人権を認めるといふ以上は、外国人には入国・在留の権利は認められないという原則自体を根本的に変更するほかはないのではないか、という『難問』」に対する明快な答えはありそうもないと指摘している。<sup>(51)</sup> さらに、マククリーン判決以後の最高裁の思考枠組みを「出入国システム優位説」と呼び、それ以前の最高裁の思考枠組みを「基本的人権優位説」として出入国システムも基本的人権の射程に含む場合とを対比する見解も登場している。<sup>(52)</sup> 憲法の人権規定よりも入管法の方が上位の法であるかのような転倒した発想をマククリーン判決は内包しており、人権としての「居住の自由」がかかえる難問は、マククリーン判決においても実は解消されていないのである。

しかも、性質説の最も深刻な問題は、憲法をかかげて個人の権利・自由を国家権力の侵害から守る立憲主義からすれば、「何人も」としている「居住の自由」を外国人には認めないことは背理であるという点にある。従来の性質説は立憲主義の基本を無視しており、従来の文言説は人権の理念や国際協調主義に反する。こうした難問を解く鍵は、「立憲性質説」とでも呼ぶべき解釈態度にあり、憲法二二条一項の「居住の自由」の性質を「公共の福祉に反しないかぎり」という政策的制約の可能性と限界のうちに解明する必要がある。そこで、立憲主義上「何人も」という条項はすべて日本にいる外国人にも適用され、「国民は」という条項ないし人権の享有主体性が明示されていない条項は、権利の性質上外国人にも適用可能かどうかについて判断する立憲性質説を提唱したい。立憲性質説によれば、「何人も」と規定している条項をめぐる、多くの外国人の権利が問題となつてゐる事例を解決することができる。

#### 四 公共の福祉をめぐる法政策上の諸論点

「居住の自由」が認められるとしても、経済的自由の側面の大きいこの人権は、精神的自由よりも理論上、政策的制約を受けやすいとされている。この点、憲法は明文において「公共の福祉」による制約の可能性を定めている。ただし、通説を代表する学説によれば、居住の自由は、人身の自由の側面も大きく、人格形成に必要な幸福追求権の側面もあり、移転の自由とあいまって精神的自由の側面すらもちうる複合的性格を有する権利であることにも留意する必要がある。<sup>53)</sup>そこで、「公共の福祉」を理由として、法務大臣が居住の自由の制約を行うことが許されるとしても、それが法政策上合理性を有しているかという限界があるはずである。上述の判例にみられるように「条理」にかなつてゐるか、すなわち社会通念にかなう合理的な判断であるかどうかは、入管法上の在留特別許可における「在留を許可すべき事情」の法務大臣による判断の合理性として、裁判所が審査することが望ましい。たとえば、子どもの人格形成において重要な時



期に日本で教育を受けた子どものいる家族を退去強制すること、生命、身体への危険が大きい者を退去強制することなどは、不合理な判断であることは、一般に是認されうるであろう。

「公共の福祉」による制約の可能性と限界は、国家が害されるとする「公益」と個人が失うであろう「私益」とを比較衡量する必要がある。そこで、「私益」に関する非正規滞在者の個人的な事情のみならず、「公益」に関する国内の政治・経済・社会的諸事情および外交関係等の諸事情を考慮した法務大臣の裁量の運用が妥当であるかどうかについて、検討すべきいくつかの論点を示しておこう。比較移民政策研究のパイオニアであるトーマス・ハンマーによれば、非正規滞在者を雇う大きな経済利益が雇用者にあり、その雇用者への実効的な制裁がなされていないならば、非正規就労の増大を当局は黙認してきたということができる。受け入れ国と非正規滞在者のあいだに暗黙の合意があるといつてもいい。拒否された庇護希望者が非正規滞在者となり、低賃金の仕事に就いている場合も同様である。国家が経済的および実務上の理由からこのことを見て見ぬふりをするかもしれないが、同時にその社会的・経済的なマイナスの結果に気づいているはずである。したがって、国家は非正規滞在者の将来に対してある種の責任を負うべきであるという。<sup>54</sup> 正規化をめぐる諸外国の議論をみると、「人道」、「経済効率」、「大量送還の困難性」、社会的な「公正」の諸論点から支持される。逆に日本では、不法就労により、「公正な出入国管理の秩序を乱す問題」、「人権、経済活動、労働市場、保険、衛生、治安等の各方面において様々な問題」および「公正な経済競争が疎外されるおそれ」があり、<sup>55</sup> 「公益」を害する中で在留特別許可には慎重であり、大規模な一般アムネステイは「次回を期待する不法滞在者の流入及び不法滞在の長期化を誘発する」<sup>56</sup> ことから反対されているように思われる。

しかし、国が自ら摘発したのではなく、一〇年前後の長きにわたり多くの基本的人権が守られない非正規滞在者の状態に終止符を打つべく、入管法五〇条所定の在留特別許可による申請のために出頭してきた者を退去強制することは、同様の状況にある者に今後の非正規滞在生活の長期化を選択させ、「公正な出入国管理秩序の回復の機会をのがす」マ

イナスの効果も予想される。また、不法就労状態が経済的不公正をまねき、社会を不公正にしている現実があるからこそ、非正規滞在者の正規化が「不公正な経済的構造を是正する手段」ないし「公正な社会を回復する手段」たりうることも忘れてはならない。多様な側面をもっている「公正」をめぐるバランスシートとして、どのくらいの期間を目安にすることが最適な選択であるかは、高度な政治決定を必要とする。しかし、諸外国の経験からしても、余りに長い基準の設定は、適正な手続とは考えにくく、不公正な社会状況を黙認する期間を長くすることで公益を損う。また、大規模な一般アムネステイではなく、個別の在留特別許可の方が、公正にかなない、「新たな非正規滞在者の呼び水となるコストを少なくする」好ましい選択肢とする意見は国外にもある。<sup>(57)</sup> 新たな非正規滞在者の呼び水とならない程度に、在留特別許可の柔軟な運用をはかることが、近隣諸国との経済格差が大きいものの、特定分野を除けば労働力不足が深刻とはいえない、現時点での日本の公共の福祉にかなうといえよう。

一方、国連人口部の予測では、二〇〇五年以後、日本の人口は減少し、一九九五年の生産年齢人口（一五歳から六四歳）を維持するためには、一九九五年から二〇五〇年までに毎年六〇万九〇〇〇人の移民を受け入れる必要があり、EU諸国も類似の問題をかかえているという。<sup>(58)</sup> 今後、移民受け入れ国の傾向を強めるであろう日本では④と⑤の基準づくりが進まず、②だけの新しいゆるやかな基準ができることは、在留特別許可が日本の将来の労働人口減少を念頭に置いた経済的理由によるものであって、人道上の理由から基準を緩和する発想が日本は弱いという国際評価も可能となる。エコノミック・アニマルとしての国際評価が、日本の国益を損うことには、じゅうぶんに配慮した政策が望まれる。たしかに、二〇〇〇年の春に行われた法務大臣の判断は、子どもの権利を考慮した点で、人道上の配慮を示した画期的な第一歩であることは評価されるべきであろう。<sup>(59)</sup> しかし、許可された事例を分析した上で、八年四カ月以上在留しており、子どもが中学の入学目前の年齢である家族の場合は、在留特別許可の可能性があると考えてみても、不許可処分を争う裁判提訴中に子どもが成長することも念頭に置くと、子どもの年齢の基準はもっと低い方が合理的である。また、④と

⑤の事例には、冷たい処分結果になっている。今後、経済回復ないし少子高齢化が進めば、新規の労働移民の受け入れと新たな日本語習得その他の社会コストとの対比から、経済効率からいって、おのずと②と③の基準緩和にベクトルは向かうことが予測される。④と⑤は、もっぱら人道上の理由から在留特別許可を認める場合である。①②③④⑤のバランスのとれた在留特別許可の運用か、それらの総合プログラムとしての一般アムネステイが、欧米諸国と同様に日本の人権保障の一つのバロメーターとしての役割を今後担うのでないだろうか。さまざまな「態様」を有する社会の構成員が、社会的、経済的、文化的、政治的に「共生」していくための法的仕組みを整備することは、二一世紀の国家の最重要課題である。

## 五 外国人の態様と人権保障の多様性

これまで日本の憲法学者をはじめ多くの法律家は、「人権」とは「人間がただ人間であることにのみとづいて当然にもっている権利」<sup>(60)</sup>であると理解しながら、「非正規滞在者の権利」が、当該国家が憲法において保障する「人権」の中身であるかもしれないという論点に無自覚であった。<sup>(61)</sup> 実は、それ以外の「人権」と呼ばれているものは、ある場合には「国民の権利」であったり、「定住外国人の権利」であったり、「正規滞在者の権利」であったりする。マククリーン事件について、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、「在留制度の枠内で保障されるにすぎない」とか、「適法な在留資格という基盤の上において与えられているにすぎない」<sup>(62)</sup>と解説されている。しかし、この種の論法により、非正規滞在者の多くの「人権」保障をゼロにするというのであれば、立憲主義に基づく人権保障の意義を無に帰せしめることになる。

外国人の権利の保障は、オール・オア・ナッシングの二分法にはなじまない。「何人も」という条項の権利において

図1 三つの承認ルール

非正規滞在者の権利<居住市民の権利<永住市民の権利<国民の権利

正規化

永住権取得

帰化

も、合理的な理由があれば、外国人の「態様」に依じて、異なった取扱をすることは可能である。「定住外国人」または「永住者等」の人権を特別に保障することは、学説・判例上とりいれられてきている<sup>(63)</sup>。しかし、そもそも、定住外国人の人権保障の程度が高く、非正規滞在者の保障の程度が低いのかは、入管法に規定されるだけであり、憲法上の根拠があるのだろうかという疑問が呈示されたことがある<sup>(64)</sup>。たしかに、人の国際移動の盛んな現代国家において、図1にみられるように、帰化・永住許可・正規化という社会構成員性における三つの承認ルールに依じて、国民、永住市民<sup>(65)</sup>（定住外国人）、居住市民<sup>(66)</sup>（非永住型の正規滞在者）、非正規滞在者という具合に、権利保障の程度が異なることは経験的に確認することができよう<sup>(67)</sup>。

この点、日本国憲法一一条および九七条が「現在及び将来の国民」に基本的人権を保障していることは、将来の国民となる可能性の度合いに依じて、その可能性の少ない、非正規滞在者や短期滞在外国人には、その権利の制約が多く認められ、長期滞在を予定する正規滞在者、とりわけ永住者の場合は国民となる高い可能性、いわば蓋然性ゆえにその制約の範囲は小さくなり、現在の国民に近い形で保障されることをすでに約束している<sup>(68)</sup>。しかし、制約の可能性が高いことと、はじめから人権保障が否定されることは、大きな違いがある。非正規滞在者もまた、正規化されれば、将来の国民となる可能性が高まることはいうまでもない、また、何よりも、人として、人権保障がはじめから否定されるべきではない。

非正規滞在者も、表現の自由などの自由権<sup>(69)</sup>、裁判を受ける権利などの受益権、公教育や最低限の医療<sup>(70)</sup>などの不可欠の社会権を含む一連の権利を保障されている。多くの西欧諸国の憲法では、こうした権利は、「国民」ではなく、「人」に与えられている。しかし、非正規滞在者は、国民どころか、正規滞在の外国人に比べても、市民的な平等から、除外されることも多い<sup>(71)</sup>。また、自らに加えられた不正に対する救済を警察に訴えれば、非正規な状態が明らかになり、退去強制されうるので、雇用者や家主に搾取されやすい弱

い立場にある。<sup>(74)</sup> 非正規滞在者に合法的なステイタスを与え、市民権を認めるのは、入国を待っている他の外国人に対して不公平であるという議論がある。しかし、長期の非正規滞在者が正規化されるのは、彼・彼女らが社会のメンバーとなつていくからである。社会構成員性は、政治機関の判断で決まるものではない。<sup>(75)</sup> 非正規滞在者は、普遍的な人権のほかに、受け入れ社会の事実上のメンバーシップから導かれうる若干の権利が保障される。最も重要なこれらの権利は、滞在の長さや家族状況にかかわらず、恣意的に退去強制されない権利であり、出身国に安全に帰る権利である。<sup>(76)</sup>

たしかに、難民性をもたず、入国後あまり期間を経過していない非正規滞在者を退去強制することは、現在の国際情勢や社会通念からは合理的である。非正規滞在者を生み出さないように、各国はいつそこの協力体制をつくる必要がある。しかし、同時にまた、長くこの国に住んでおり人間関係のネットワークを形成している人を退去強制することは不合理である。こうした政策的制約の根拠を憲法二二条一項は「公共の福祉」に置く一方で、恣意的に退去強制されず、その合理性を裁判所が審査すべき根拠を「何人も」有する「居住」の「自由」という規定において定めているのである。この点、憲法自体は、ますます人の国際移動が盛んになるであろう二一世紀にじゅうぶん通用する規定となっている。問題は、司法、行政、立法を通じて、どのような具体的な基準を今後つくっていくことができるかにかかっているといえよう。<sup>(77)</sup>

- (1) Stephen Castles and Mark J. Miller, *The Age of Migration* 2<sup>nd</sup> ed. (London: Guilford, 1998), p.96.
- (2) Reinhard Lohmann, 'Irregular Migration' in Reginald Appleyard (ed.), *The Impact of International Migration on Developing Countries* (Paris: OECD, 1989), p.129.
- (3) Catherine Wihl de Wenden, 'The Absence of Rights: the Position of Illegal Immigrants' in Zig Layton-Henry (ed.), *The Political Rights of Migrant Workers in Western Europe* (London: Sage, 1990), p.27.
- (4) 一九七三年以後のドイツのトルコ人労働者、一九九三年のパスクワ法によるフランスのアフリカ人労働者については、Ste-

- phen Castles and Alastair Davidson, *Citizenship and Migration* (New York: Routledge, 2000), pp.71-72.
- (5) 今日では 'irregular' と 'undocumented' の用語が使われることが多い。参照、一九九〇年の国連の「移住労働者権利条約」三五条。
- (6) W. R. Böning, 'Regularising the Irregular' *International Migration* (1993), pp.159-160.
- (7) Bimal Ghosh, *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration* (IOM and Martinus Nijhoff Publishers, 1998), pp.12-13, 18.
- (8) Kay Hailbronner, *Immigration and Asylum law and Policy of the European Union* (The Hague: Kluwer, 2000), p.163.
- (9) 各国の取り組みの一覧表については Sophie Robin and Lucile Barros, 'Review and Evaluation of the Measures Implemented in OECD Member Countries' in OECD (ed.), *Combating the Illegal Employment of Foreign Workers* (Paris: OECD, 2000), pp.82-83.
- (10) Georges Tapinos, 'Irregular Migration: Economic and Political Issues' in OECD (ed.), *op. cit.*, pp.31-37.
- (11) The OECD Secretariat, 'Some Lessons from Recent Regularisation Programmes' in OECD, *op. cit.*, pp.58-62.
- (12) Andreas E. Jahn, 'Von der legalen zur illegalen Migration' in Achim Wolter (ed.), *Migration in Europa* (Baden-Baden: Nomos, 1999), p.105.
- (13) 参照、近藤敦「居住権と正規化—立憲性質説の概要と在留特別許可の比較研究—」エコノミクス四巻三・四号(二〇〇〇)二三五頁以下。
- (14) 法務省『第二次 出入国管理基本計画』(法務省、二〇〇〇)二六頁。以下、法務省、第二次基本計画と省略する。
- (15) 坂中英徳・斉藤利男『全訂 出入国管理及び難民認定法 逐条解説』(日本加除出版、二〇〇〇)一九頁。
- (16) 照屋参議院議員に対する内閣の答弁書(内閣参質一四五第一七号、平成一一年五月二二日)によれば、「在留特別許可に関する通達としては、平成一一年四月一六日付け法務省入管管理局長通達『出入国管理及び難民認定法に基づく上陸又は在留に関する異議の申出に対する法務大臣の裁決の特例による許可の一部を地方入国管理官署の長に専決させることについて』が存在するところ、当核通達は、在留特別許可を希望して法務大臣に対し異議の申出がなされる案件の取扱いについて検討した結果、政治、外交、治安等に影響を及ぼすおそれがあるなど重要な案件以外のもので、日本人等と婚姻しており、その婚姻の信ぴょう性及び安定性が認められるものなどについて、行政の簡素化を図るため地方入国管理官署の長が在留特別許可について専決できることとしたものである。なお、在留特別許可の許否は、在留を希望する理由、経歴、家族関係、生活状況、素行その他諸般の事情を総合的に考慮

した上で個別的に決定されるものであり、これらの事情は個々の案件ごとに異なるため、在留特別許可に関する一般的基準というようなものは存在しないが、右通達からも明らかのように、日本人等との婚姻、家族関係にある者などについては、その事情を十分考慮しているところである」。

(17) 在特不許可処分取消訴訟東京地裁判決（一九九九年一月二二日）：[http://member.nifty.ne.jp/JIRO\\_S/doc/Doc991112.html](http://member.nifty.ne.jp/JIRO_S/doc/Doc991112.html)。ただし、この高裁判決が法務大臣の裁量を合法としているので、最高裁の判断が今後注目される。

(18) たとえば、ドイツについては、参照、Günter Renner, *Ausländerrecht in Deutschland* (München: C. H. Beck, 1998), pp.796-799.

(19) 日本弁護士連合会編『法廷に活かそう国際人権規約』（日本弁護士連合会、一九九六）二八四頁。

(20) Richard Plender and Nuala Mole, 'Beyond the Geneva Convention: constructing a *de facto* right of asylum from international human rights instruments' in Frances Nicholson and Patrick Twomey (eds.), *Refugee Rights and Realities* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p.92.

(21) 近藤敦「在留特別許可の法的根拠」駒井洋ほか編『超過滞在者と在留特別許可—岐路に立つ日本の入国管理政策—』（明石書店、二〇〇〇）五八頁。

(22) 入管実務研究会『入管実務マニュアル』（現代人文社、一九九九）一三六頁。

(23) 法務省HP：<http://www.moj.go.jp>.

(24) 一九九七年改正以前の外国人法（1989：529）については、参照、Gerhard Wikren and Håkan Sandesjö, (1995) *Utlänningslagen med kommentarer*. 5<sup>th</sup> ed. (Stockholm: Fritzes, 1995), p.131. 難民の定義は一九八〇年の外国人法で導入され、「条約難民」と表記されている。以前は一九三七年の外国人法が用いる「政治難民」の用語であった。

(25) *Ibid.*, p.146. 良心的兵役拒否の概念は、一九七六年の外国人法改正三章三条で導入され、一九九七年改正で廃止された。

(26) *Ibid.*, p.126. 事実上の難民の概念も、一九七六年の外国人法改正三章一条三項で導入され、一九九七年改正で廃止された。

(27) 一九九七年一月一日に施行された外国人法（1996：1379）三章二条。Gerhard Wikren and Håkan Sandesjö, (1995) *Utlänningslagen med kommentarer*. 6<sup>th</sup> ed. (Stockholm: Fritzes, 1999), pp.141-145.

(28) 外国人法二章四条五項。 *Ibid.*, p.64.

(29) スウェーデンにおける難民類似の概念の変遷については、参照、Janina W. Dacyl, *Flyktingars rättsställning i Sverige* (Stockholm: CEIFO, 1997), p.40.

- (30) 法務省、第二次基本計画、二八頁。
- (31) 法務省HP、前掲。
- (32) スウェーデン外国人法八章一ないし四条。
- (33) ドイツ外国人法五三条四項。
- (34) Walter Kalon, 'Tragweite und Begründung des Abschiebungshindermisses von Art. 3 ENRK bei nichtstaatlicher Gefährdung' in Kay Hailbronner and Eckart Klein (eds.), *Einwanderungskontrolle und Menschenrechte* (Heidelberg: C. F. Müller, 1999), pp.51-52, 66-67.
- (35) Cristina J. Gortázar, 'The Regularisation of Clandestine Immigrants in Spain' in Phillippe Bruycker (ed.), *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union européenne* (Bruxelles: Bruyant, 2000), p.310.
- (36) Thomas Spijkerboer, 'The regularisation of illegal immigrants in the Netherlands' in Bruycker (ed.), *op. cit.*, pp.235-244.
- (37) Kay Hailbronner, 'The regularisation of illegal immigrants in Germany' in Bruycker (ed.), *op. cit.* pp.261-263.
- (38) Frédéric Bernard, 'La régularisation des étrangers illégaux en Belgique' in Bruycker (ed.), *op. cit.* pp.110-115, 124, 129.
- (39) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、一九九四）一四五、一四九、一五七頁（以下、芦部『憲法学Ⅱ』と省略する）' 畑野勇ほか『外国人の法的地位』（信山社、二〇〇〇）三三五頁。
- (40) たとえば、岩沢雄司「外国人の人権をめぐる新たな展開」法学教室二三八号（二〇〇〇）一四頁。
- (41) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、一九九三）三九二―三九三頁。
- (42) 入管問題調査会編『密室の人権侵害』（現代人文社、一九九六）一五頁。もちろん、一九九九年に日本が拷問等禁止条約に加入した以上、公務員の拷問による損害賠償は、被害者の国籍を問題とすることなく、同条約一四条などの賠償請求権の対象となる。
- (43) 近藤敦「外国人の公務就任権」芦部信喜ほか編『憲法判例百選（第四版）』（有斐閣、二〇〇〇）一五頁、参照、樋口陽一「日本の人権保障の到達点と今後の課題」田村武夫ほか編『憲法の二一世紀的展開』明石書店、二八頁。
- (44) 法学協会編『注解日本国憲法 上巻』（有斐閣、一九五三）四四七頁。
- (45) 参照、近藤敦『新版 外国人参政権と国籍』（明石書店、二〇〇二）一〇二、一七七頁。
- (46) 最高裁によれば「憲法二二条は外国人の日本国に入国することについてはなんら規定していないというべきであって、このことは国際慣習法上、外国人の入国の許否は当該国家の自由裁量により決定し得るものであって、特別の条約が存しない限り、国家は外国人の入国を許可する義務を負わない」とある。ただし、「居住・移転及び外国移住の自由」という「これらの憲法上の自由を



享ける者は法文上日本国民に局限されていないのであるから、外国人であっても日本国に在つてその主権に服している者に限り及ぶものであることも、また論をまたない」という。最大判一九五七年六月一九日刑集一一卷六号一六六三頁。

- (47) 芦部、『憲法学Ⅱ』、一四三頁。
- (48) 参照、近藤敦「外国人と人権①」「尹秀吉事件」杉原泰雄・野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法Ⅰ』（三省堂、二〇〇〇）一四九頁。
- (49) 最大判一九七八年一〇月四日民集三二卷七号一二三三頁。
- (50) 芦部、『憲法学Ⅱ』、一三九頁。
- (51) 佐藤幸治「人権の観念と主体」公法研究六一号（一九九九）三五頁、安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜古稀記念『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣、一九九三）一八〇頁。
- (52) 日比野勤「外国人の人権(2)」法学教室二二七号（一九九八）四四頁。
- (53) 芦部信喜『憲法（新版・補訂版）』（岩波書店、一九九九）二〇七頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（新版）』（有斐閣、一九九七）四一〇頁。
- (54) Tomas Hammar, "Legal Time of Residence and the Status of Immigrants", in Rainer Bauböck (ed.), *From Aliens to Citizens* (Adelshot: Avebury, 1994), pp.192-193.
- (55) 退去強制令書発布処分等取消請求事件（平成一二年（行ウ）第三八号）被告側答弁書五〇—五一頁。
- (56) 法務省、前掲、二六頁。
- (57) Ruth Rubio-Marin, *Immigration as a Democratic Challenge - Citizenship and Inclusion in Germany and the United States* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p.95.
- (58) United Nations: Department of Economic and Social Affairs-Population Division, 'Replacement Migration: Is It a Solution to Declining and Ageing Populations?', <http://www.un.org/esa/population/migration.htm>.
- (59) ただし、基準がまだ不明確である現在、自分では基準に達していると判断した申請者が、不許可となった場合、その精神的ショックと抵抗の強さは経験的に予想可能であり、今後、基準を明確にするじゅうぶんな政策的配慮が望まれる。
- (60) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣、一九七四）七七頁。
- (61) ヨーロッパでは、「人権」であれば、「非正規滞在者」も享受する権利であり、むしろ国民のみが有する「市民権」が部分的に多様な外国人の態様に応じて拡充されていることが議論となっている。

- (62) 最高裁判所判例解説民事篇昭和五三年度版四五〇頁。
- (63) たとえば、芦部、『憲法学II』、一三〇頁、最三小判平七・二・二八民集四九卷二号六三九頁。
- (64) 安念、前掲、一八〇頁。
- (65) 永住市民とは、現行の特別永住者および永住者にかぎらない。また、本来、帰化に必要な原則五年の居住要件よりも長い原則一〇年の居住要件を永住資格の取得要件としていることは比較法的にも異常であり、三年ないし五年の居住による帰化の有資格者は国民に近い市民権を享受する永住市民に含まれるべきである。この点、論者により様々に用いられている定住外国人という用語の定義によっては、永住市民と重なりうる。参照、近藤敦『「外国人」の参政権―デニズンシップの比較研究』（明石書店、一九九六）、同『新版 外国人参政権と国籍』（明石書店、二〇〇一）、トーマス・ハンマー著、近藤敦ほか訳『永住市民と国民国家』（明石書店、一九九九）。「特別永住者」は、他の一般の永住者にくらべ、退去強制されない権利および最長五年の再入国許可（他は二年）において、居住権の保障が強い。
- (66) 正規滞在者のうち、永住市民を除いた者を居住市民と呼ぶ。そのうち、国内に「住所」を有する者であり、一年以上の居住が目安となる「居住者」は、一年未満の短期滞在者にくらべ、国民年金・国民健康保険の受給資格などを有する。
- (67) 定住外国人、広義の難民、一般外国人という従来の区分も依然として有用である。しかし、ここでは広義の難民や一般外国人の多くが非正規滞在者の状態にある論点がみえにくくなっている。今日、政治難民以外の経済難民は、非正規滞在者となっており、難民として認定された定住者の資格も、五年の居住要件で永住者の資格に変更可能である。なお、日系二世・三世も、定住者の資格が入国時に付与され、その更新も原則として認められ、同様に五年の居住が永住資格の要件となる。日本人・永住者の配偶者は三年、日本人の実子（日系二世など）の場合、一年の居住が永住資格の要件であり、三年の居住が帰化の要件である。「定住者、日本人・永住者の配偶者等」は、他の在留活動に制限のある在留資格者にくらべ、職業選択の自由および生活保護受給権において、永住市民に準じた権利を有している。
- (68) なお、「過去の国民」との関係において、在日韓国・朝鮮・台湾人、日系二世・三世の特権的地位が導かれるとしても、日本国憲法上それを正当化する根拠規定は明示されておらず、これらの人々も、「将来の国民」となりうる可能性から、権利保障が強化されることを憲法が約束していると解することになる。
- (69) イタリア憲法二一条、スウェーデン憲法二二条二項一号、デンマーク憲法七七条、ドイツ基本法五条、ベルギー憲法一九条。
- (70) イタリア憲法二四条、スウェーデン憲法二二条一項四号。同条二項五号、スペイン憲法二四条。
- (71) イタリア憲法三〇条、スウェーデン憲法二二条一項一〇号、スペイン憲法二七条、ドイツ基本法七条、ベルギー憲法二四条。

- (72) イタリア憲法三二条、ベルギー憲法二三条。
- (73) Rubio-Marin, *op. cit.*, p.81.
- (74) Zig Layton Henry, 'The Challenge of political Rights', in Zig Layton Henry (ed.), *op. cit.*, p.14.
- (75) Joseph H. Carens, 'Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States' in William Rogers Brubaker (ed.), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America* (Lanham: German Marshall Fund, 1989), p.44.
- (76) Rainer Bauböck, *Immigration and the Boundaries of Citizenship* (Warwick: Centre for Research in Ethnic Relations University of Warwick, 1992), p.94.
- (77) 本稿は、難民性を理由とする在留特別許可が認められなかった、ビルマ人の原告の退去強制令書発付処分等取消請求事件に関する、原告側意見書として用意した論稿に加筆したものである。