

在留特別許可のあり方への提言

2010年(平成22年)11月17日

日本弁護士連合会

提言の趣旨

- 1 法務大臣等の行う在留特別許可の判断にあたっては、国際人権(自由権)規約や子どもの権利条約などの国際人権条約の趣旨にしたがうべきことから、次の点を法律または規則等で明確にするべきである。
 - (1) 非正規滞在者に対する退去強制令書の発付は、差別の禁止、非人道的な取扱いの禁止、家族生活の尊重または私生活に対する恣意的干渉の禁止の見地から、当該非正規滞在者が受ける不利益の程度と、退去強制によって達成される利益を比較衡量して、合理性を欠く場合は、許されないこと。
 - (2) 特に、当該非正規滞在者またはその家族の構成員が子どもである場合は、子どもの最善の利益が重要な考慮要素となり、当該非正規滞在者の退去強制が夫婦や親子などの家族の分離を招く結果となる場合は、家族の分離禁止の原則が適用されるから、在留資格なく日本に滞在する者の退去強制による出入国管理秩序の維持という利益のみでは退去強制を行わないことを原則とすること。
- 2 在留特別許可の判断に際しては、当面、原則として法務省の策定した「在留特別許可に係るガイドライン」を、前項の国際人権基準の趣旨に沿って適用するものとし、処分の理由においては、考慮した事情及び当該事情に基づく判断過程について具体的に明記するなどして、在留特別許可を求める者への適正手続保障を行うべきである。
- 3 在留特別許可の許否にあたっては、憲法や国際人権法の研究者、人権問題にも知見のある弁護士等の法曹実務家などが法務大臣に意見を述べることのできる第三者機関を設置して、適正・迅速な在留特別許可の運用が可能となるような仕組みを設けることが検討されるべきである。

提言の理由

第1 本提言の目的

1 在留特別許可の概要

(1) 在留特別許可の意義

出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」という。)は、在留期限を超えて日本に滞在する外国人や有効な旅券を所持しないで入国した外国人などの一定の退去強制事由(24条各号)に該当する外国人(以下

「非正規滞在者」という。)を退去強制手続の対象とし、最終的には退去強制令書を発付し(入管法49条6項)、これを執行することによってその外国人を国外に退去させることとしている。しかしながら、非正規滞在者であっても、「永住許可を受けているとき」「かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき」「人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき」「その他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」には法務大臣(または委任を受けた地方入国管理局長。以下「法務大臣等」という。)は、その者に特別に在留を許可することができるとされている(入管法50条1項)。この法務大臣等の行う許可を「在留特別許可」という。

(2) 在留特別許可をめぐる近時の動き

近時の在留特別許可の運用においては、少ない年でも年間4,643人(2009年)、多い年では1万3,239人(2004年)の非正規滞在者が、同許可を受けている¹。そして、これらの事例の蓄積を踏まえ、法務省入国管理局みずから、「在留特別許可に係る透明性を高める」²という趣旨で2005年以来「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例」を発表し、さらに2006年10月には「透明性・公平性を更に向上させる」³として「在留特別許可に係るガイドライン」(以下「ガイドライン」という。)を策定し、いずれもインターネット上のwebサイトで公表している。

しかしながら、政府の解釈や多くの裁判例では、法務大臣等は在留特別許可についての広範な裁量を有するとされ、政府は、そうした立場から、在留特別許可を、法務大臣が自由裁量に基づき人道上の配慮などに基づいて行う恩恵的な措置であると説明し、ガイドラインについても、当該許可に係る「基準」ではないと説明している。

そのため、非正規滞在者に対する在留特別許可の許否の判断は、時としてまちまちになり、多くの訴訟が提起され、さらに、学校に通う子どもやその家族に関する事案等を中心に、社会的にも注目を集め、その妥当性が議論の的となることがある。

2 本提言の目的

在留特別許可がされなかった場合は、退去強制令書が発付される。退去強制令書は、対象となった外国人を収容し、送還するものである(入管法52条)。

¹ 法務省入国管理局編「出入国管理」各年度版。

² 法務省「第3次出入国管理基本計画」2005年3月

³ 「規制改革・民間開放推進3か年計画」2006年3月31日閣議決定

収容による身柄拘束は、人権に対する重大な侵害であり、精神的・肉体的に重大な損害をもたらす。

さらに、送還は、その対象となる外国人の事情によっては、既に形成された生活の基盤や家族や知人との繋がりを根底から奪う結果となり、刑罰にも匹敵する重大な不利益を与えることとなる。

したがって、在留特別許可のあり方が外国人の人権保障に与える影響は、極めて大きい。

そこで、在留特別許可の制度の実体面のあり方、手続面のあり方について、人権保障の観点から提言を行うものである。

第2 在留特別許可と国際人権条約

1 在留特別許可と国際人権条約

(1) 国際人権条約

日本は、この20年あまりの間に、国際人権（自由権）規約、国際人権（社会権）規約、難民の地位に関する条約、女性差別撤廃条約、子どもの権利条約、人種差別撤廃条約、拷問等禁止条約などの国際人権条約を批准・加入した。

(2) 在留特別許可と国際人権条約

国際人権条約上、難民、女性、子どもである外国人、締約国で家族を形成した外国人については、差別の禁止、非人道的な取扱いの禁止、家族生活の尊重等の見地から、保護や特別な配慮を行うべきことが規定されており、これらの条項は、その外国人が在留資格を有しているか否かにかかわらず適用されるものである（国際人権（自由権）規約2条1項参照）。

こうした観点から、国際人権条約の実施機関は、国際人権（自由権）規約委員会による「一般的意見」や「見解」、子どもの権利委員会の「報告書作成ガイドライン」、「一般的意見」や各締約国に向けた「最終見解」等を通じて、退去強制に関する国の裁量が、差別の禁止、非人道的な取扱いの禁止、家族生活の尊重または私生活に対する恣意的干渉の禁止等、国際人権条約の定める権利によって制約されることを前提としたうえで、退去強制がかかる権利を侵害する場合には、国に対して「出入国管理法を単純に執行するという以上の、退去強制を正当化するに足る付加的要素」を示すことを求め、人権条約によって保護される権利との比較衡量に基づいて、非正規滞在者を退去強制することに合理性が認められるか否かを判断する、というアプローチをとることを明らかにしている。

そして、国際人権条約の主要な締約国も、これと同様の立場に立って

いる。

2 日本の課題

(1) 日本の政府の解釈の問題点

これまで日本政府及び日本の裁判例の大半は，在留期間更新申請不許可処分事件に関する最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（いわゆる「マクリーン事件」判決）を引用し，在留特別許可は法務大臣等の自由裁量のもとで行うものであるとの立場から，国際人権条約の定める権利は，法務大臣等の判断を羈束するものではないとしてきた。

かかる日本政府の見解は，上記の国際的に確立した解釈とは異なるものであり，これに対して，以下で明らかにするとおり，条約実施機関から厳しい批判が寄せられている。

(2) 日本の課題

【別紙1】にみるとおり，日本の裁判例においても，人権条約の趣旨に言及しながら，法務大臣等の裁量権の濫用または逸脱が認定されて退去強制令書の発付が取り消された事案が存在する。

また，立法においても，日本が1981年に難民条約に加入したことにより，入管法53条3項は，「難民条約第33条第1項に規定する領域の属する国」は退去強制の送還先としてはならないと規定して送還を禁止して，このような場合には在留特別許可を付与すべきことを示した。

また，2009年の入管法改正において，入管法53条3項は，拷問等禁止条約3条1項に規定する国，強制失踪からのすべての者の保護に関する国際条約16条1項に規定する国への送還禁止も規定することになった。

さらに，女性差別撤廃条約選択議定書，国際人権（自由権）規約選択議定書，拷問等禁止条約22条，人種差別撤廃条約14条は，条約の設置する機関への個人通報制度を設けており，日本においてもこれら個人通報制度の実現が現実の政策課題となっている。これが実現すれば，国際機関に対し個人が直接に人権侵害の救済を求めることが可能になり，人権侵害の救済機会は飛躍的に拡大し，日本国内で発生した行為も，国際人権基準に沿って判断される。

したがって，在留特別許可に関する判断を国際人権基準に沿ったものにする必要性は，近時，ますます高まっているとともに，そのための環境も整いつつあると言える。

とりわけ，国際人権（自由権）規約と子どもの権利条約については，条約の規定を根拠として強制送還を無効とする判断が多数蓄積されてい

ることから、ここで確立された準則をわが国の制度に反映させることは、極めて重要である。

3 在留特別許可の判断に関する国際人権基準の具体的な内容

(1) 国際人権（自由権）規約について

在留特別許可に関する規定

国際人権（自由権）規約のうち、在留特別許可に関して特に重要なもののとして、以下の規定がある。

（第17条）

- 1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉されまたは名誉及び信用を不法に攻撃されない。
- 2 すべての者は、1の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。

（第23条）

- 1 家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。
- 2 婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしきつ家族を形成する権利は、認められる。
- 3 婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない。
- 4 この規約の締約国は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置をとる。その解消の場合には、子どもに対する必要な保護のため、措置がとられる。

国際人権（自由権）規約委員会の一般的意見

国際人権（自由権）規約委員会は、一般的意見15において、「規約は、締約国の領域に入り又はそこで居住する外国人の権利を認めていない。何人に自国への入国を認めるかを決定することは、原則としてその国の問題である。しかしながら、一定の状況において外国人は、入国又は居住に関連する場合においてさえ規約の保護を享受することができる。例えば、無差別、非人道的な取扱いの禁止又は家族生活の尊重の考慮が生起するときがそうである。」として（パラグラフ5）、退去強制を含む出入国管理分野における行政裁量が、条約上の権利を保護するために制約されうることを認めている。

さらに、上記の国際人権（自由権）規約17条1項に関し、一般的意見16は、「『恣意的干渉』という語句は、法に規定された干渉をも含むものである。法によって規定された干渉であってさえも、本規約の規定、目的及び目標に合致しなければならまたは、かつまた、どん

な事があろうとも、特定の状況の下で、合理的な干渉でなければならぬということを保障しようとして、「恣意的」とい概念を導入したものである。」との解釈を示し（パラグラフ4），退去強制が家族や私生活に対する「干渉」となる場合は、入管法に基づく措置によるものであっても、家族や私生活の保護という目的に合致しなければならず、かつ、特定の状況の下で、合理的でなければならないこととなる。

退去強制を国際人権（自由権）規約17条に違反するとした見解

このような解釈のもと、国際人権（自由権）規約委員会は、外国人側の17条によって保護される利益と、「出入国管理法を単純に執行するという以上の、退去強制を正当化するに足る付加的要素」を比較衡量するというアプローチをとり、【別紙2】のとおり、多くの事案において、退去強制を国際人権（自由権）規約17条に違反するとしている。

退去強制を欧州人権条約8条に違反するとした判例

国際人権（自由権）規約17条は、「すべての者は、その私的及びその家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。」（1項）「この権利の行使については、法律に基づき、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、または他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機關による干渉もあってはならない。」（2項）と定める欧州人権条約8条によって確認され、成立した国際慣習法をモデルとして追認し拡充したものであるから、同条約に関して示された欧州人権裁判所の判例は、国際人権（自由権）規約の解釈においても指針になるものと解されている（大阪高判平成6年10月28日判時1513号71頁）。

この点、欧州人権裁判所においては、同条約締約国による退去強制処分が本条にいう「家族生活」への「公の機關による干渉」として正当かどうかが争われる中で、そのような干渉が出入国管理政策の正当な目的に比例するかどうかを、様々な要素の比較衡量に基づいて判断するというアプローチが確立している【別紙3】。

（2）子どもの権利条約について

在留特別許可に関する規定

子どもの権利条約のうち、在留特別許可に関して特に重要なものとして、以下の規定がある。

（第3条）

1 子どもに関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは

私的な社会福祉施設，裁判所，行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても，子どもの最善の利益が主として考慮されるものとする。

- 2 締約国は，子どもの父母，法定保護者又は子どもについて法的に責任を有する他の者の権利及び義務を考慮に入れて，子どもの福祉に必要な保護及び養護を確保することを約束し，このため，すべての適当な立法上及び行政上の措置をとる。
- 3 締約国は，子どもの養護又は保護のための施設，役務の提供及び設備が，特に安全及び健康の分野に関し並びにこれらの職員の数及び適格性並びに適正な監督に関し権限のある当局の設定した基準に適合することを確保する。

(第9条)

- 1 締約国は，子どもがその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし，権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が子どもの最善の利益のために必要であると決定する場合は，この限りでない。このような決定は，父母が子どもを虐待し若しくは放置する場合又は父母が別居しており子どもの居住地を決定しなければならない場合のような特定の場合において必要となることがある。
- 2 すべての関係当事者は，1の規定に基づくいかなる手続においても，その手続に参加しあつ自己の意見を述べる機会を有する。
- 3 締約国は，子どもの最善の利益に反する場合を除くほか，父母の一方又は双方から分離されている子どもが定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する。
- 4 3の分離が，締約国がとった父母の一方若しくは双方又は子どもの抑留，拘禁，追放，退去強制，死亡（その者が当該締約国により身体を拘束されている間に何らかの理由により生じた死亡を含む。）等のいずれかの措置に基づく場合には，当該締約国は，要請に応じ，父母，子ども又は適当な場合には家族の他の構成員に対し，家族のうち不在となっている者の所在に関する重要な情報を提供する。ただし，その情報の提供が子どもの福祉を害する場合は，この限りでない。締約国は，更に，その要請の提出自体が関係者に悪影響を及ぼさないことを確保する。

子どもの権利委員会の解釈

子どもの権利条約3条は，上記のとおり，「すべての措置をとるに当たっては，公的若しくは私的な社会福祉施設，裁判所，行政当局又は

立法機関のいずれによって行われるものであっても，子どもの最善の利益が主として考慮されるものとする。」とし，退去強制手続をそもそもその適用対象から除外していない。

この点，子どもの権利委員会は，かかる最善の利益原則が，強制送還にも適用があり，国の裁量を制約すること，子どもの権利条約9条1の定める親子分離禁止の原則が強制送還についても適用があることを明らかにしており，以下のとおり各国に注意を喚起している。

ア 一般指針パラグラフ35

「家庭生活，学校生活，社会生活および次のような領域において，子どもの最善の利益がどのように第一義的に考慮されているかについての情報を提供されたい。」とし，「次のような領域」の中に「出入国管理，庇護申請および難民認定の手続き」を規定している。

イ 各国の定期報告書に対する勧告等

子どもの権利委員会は，各国の定期報告書の審査に対する勧告等において，【別紙4】のとおり，子どもの最善の利益原則が出入国管理手続や強制送還の手続においても適用されることを前提として，条約との整合性のある法律の規定や運用を求めている。

ウ 日本政府に対する懸念

(ア) 日本国政府は，上記第9条について，「日本国政府は，児童の権利に関する条約第9条1は，出入国管理法に基づく退去強制の結果として児童が父母から分離される場合に適用されるものではないと解釈するものであることを宣言する。日本国政府は，更に，子どもの権利に関する条約第10条1に規定される家族の再統合を目的とする締約国への入国または締約国からの出国の申請を『積極的，人道的かつ迅速な方法』で取り扱うとの義務はそのような申請の結果に影響を与えるものではないと解釈するものであることを宣言する。」との解釈宣言をしている。

しかしながら，「締約国が条約第37条(c)に対して付した留保，ならびに第9条1項および第10条1項に関して行なわれた解釈宣言に，懸念とともに留意する」としている（日本の第1回報告書に関する総括所見C6）。

(イ) 子どもの権利委員会は，日本政府の第3回報告書に対する総括所見（2010年6月11日）においても，以下のとおり述べて，在留資格のない子どもの最善の利益が立法において必須の要素として考慮されていないことを批判している。「子どもの最善の利益は児童福祉法に基づいて考慮されているという締約国情報は認

知しながらも、委員会は、1947年に採択された同法に、子どもの最善の利益の優越性が十分に反映されていないことに懸念とともに留意する。委員会はとくに、そのような優越性が、庇護申請者、在留資格のない移民の子どもを含むすべての子どもの最善の利益を統合する義務的プロセスを通じ、すべての立法に正式にかつ体系的に統合されていないことを懸念する。」

退去強制を子どもの権利条約3条に違反するとした判例

各国の裁判所も、【別紙5】のとおり、子どもの最善の利益の原則にたって強制送還を取り消したものがある。

4 各条約の解釈から導かれる内容と日本政府の解釈の問題点

以上により、在留特別許可の実体判断においては、以下の点を基準とし、この点を、法律または規則によって明記するべきである。

(1) 外国人に対する強制送還に関する国の裁量は、法に基づくものであっても、一定の状況においては、差別の禁止（国際人権（自由権）規約26条）、非人道的な取扱いの禁止（国際人権（自由権）規約16条）、家族生活の尊重（国際人権（自由権）規約17条）などの条約上の権利を保護するために、制約される。

(2) 強制送還が、当該外国人またはその家族の、これらの権利を侵害する場合は、国は、当該強制送還が合理的なものであることを示さなければならない。

合理性の検討に際しては、家族生活の尊重等の程度と、当該強制送還によって達成される国の利益が比較検討されるが、夫婦が同居をしている、子どもの滞在期間が長い等、外国人の側の利益が重大である場合は、在留資格を持たずに日本に在留している者を退去強制させて出入国管理秩序を維持するという出入国管理法の執行の必要性のみでは、強制送還は正当化されない。

(3) 当該外国人またはその家族が子どもである場合は、子どもの最善の利益（子どもの権利条約3条）と家族の統合（子どもの権利条約9条）を重要な考慮要素として、家族を分離してその一部を退去強制することは、在留資格を持たずに日本に在留している者を退去強制させて出入国管理秩序を維持するという出入国管理法の執行の必要性のみでは、子どもの家族の強制送還は正当化されない。

第3 在留特別許可における適正手続保障

1 当連合会の「宣言」

当連合会は、「多民族・多文化の共生する社会の構築と外国人・民族的少

数者の人権基本法の制定を求める宣言」(2004年10月7日第74回人権擁護大会)において、外国人、民族的少数者の人権保障のため要請される諸施策を提起し、その実施に関与することを宣言した。上記宣言において、憲法、国際人権条約上保護されるべき外国人の在留の安定に向けた諸施策を講じるとともに、入管手続全般につき適正手続保障と透明性確保に努める必要性を明らかにしたところであり、退去強制または在留特別許可に関する手続においても、適正手続保障と手続の透明性確保の具体的施策が求められる。

2009年の改正入管法の附則60条2項においても、「許可の運用の透明性を更に向上させる等その出頭を促進するための措置」を講ずることを検討すると定められ、在留特別許可の運用の透明性の向上を促す施策をすべきことが示されている。

2 審査基準の設定と適正手続の必要性

(1) 審査基準の事前設定と法的拘束性、適性手続

行政処分において、具体的な審査基準を設定してこれを公正かつ合理的に適用し、行政内部の審査基準に一定の法的拘束性を持たせることは、公正な行政権の行使という観点から必要なことであり、判例にもこの要請に反した行為は違法となるとしているものがある(いわゆる個人タクシー事件、最判昭和46年10月28日民集104号121頁)。

また、ここで設定される基準が、合理性のあるものであり、憲法や国際人権基準の趣旨に沿ったものであるべきことは、第2において述べたとおりである。

(2) 行政手続法の規定

1994年に施行された行政手続法5条1項は「行政庁は、審査基準を定めるものとする。」とし、続けて審査基準を定めるに当たっては「できる限り具体的なもの」とすること(2項)、審査基準の公開(3項)を要求し、さらに不利益処分をしようとする場合の告知・聴聞の手続(13条)、不利益処分の理由の提示(14条)について定めている。

(3) マクリーン事件判決の評価

前掲最大判昭和53年10月4日は、在留期間更新申請不許可処分について、「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあつても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として当不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない。」と判示している。

しかしながら、この判断は、当然のことながら判決当時の事情を前提

としたものであって，判決後の行政裁量の統制に関する学説や判例が積み重ねられ，行政手続法の成立・施行といった事情のもとで，特に，在留特別許可に関する実例が積み重なり，法務省入国管理局みずからガイドラインを策定し，それを許可・不許可の事例とあわせて公表している現在とは，状況が大きく異なる。

(4) 退去強制における適正手続の必要性

行政手続法そのものは，「外国人の出入国，難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」を適用除外としているので（同法3条1項10号），その各条項は，在留特別許可の判断を含む退去強制手続には適用されない。しかしながら，行政手続法が審査基準及び処分基準の事前設定・開示義務を一般原則として成文化した背景には，公正・適正な行政作用を実現するため，可能な限り行政みずから設定した基準と，適正な手続に即した裁量権行使をなすべきとの理念がある。

この点，退去強制は，上記のとおり外国人の生命及び人身の自由に直接重大な制約を及ぼす性質の作用であるから，人権保障の見地から内部基準の事前設定と開示の要請は高いものがある。

したがって，行政手続法上の諸規定の適用を免れるとはいえ，退去強制または在留特別許可に関する判断においても，特段の事情がない限り，事前設定された裁量基準の適用と，適正な手続を通しての裁量権行使が要請されるべきである。

3 在留特別許可における適正手続の具体的な内容

(1) 基準の公正，法的拘束性

基準の公正，法的拘束性

設定されるべき基準は，上記の国際人権基準に沿った公正なものでなければならない。

また，かかる基準の実効性を高めるため，法的拘束性を認める必要がある。

ガイドラインの位置づけ

ガイドライン【別紙6】は，日本人や日本に適法滞在する外国人との家族関係，日本への定着性が認められる場合など，外国人側の在留特別許可を求める理由となる事情を積極要素，退去強制事由の悪質性等を消極要素として，両者を比較考量する枠組みがとられている。

特に，2009年7月に改訂された新ガイドラインにおいては，積極要素，消極要素が従来よりも具体的に記述されたことに加え，「特に考慮する積極要素」「その他の積極要素」「特に考慮する消極要素」「その他の消極要素」と分類することにより，それぞれの要素の重要性に

違いがあることも示された。特に、「特に考慮する消極要素」としては、「重大犯罪等により刑に処せられたことがあること」「出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性の高い違反をしていること」といった、違反事実そのものが特に重大であるもののみが列挙され、その他の消極要素と区別されている。

その内容は、例えば、子どもが日本の初等・中等教育機関に在学していても、母国語による教育を行っている教育機関に在学している場合を「特に考慮する積極要素」から除外するなど、退去強制手続という重大な侵害行政としてはその内容が十分に厳格でないうらみはあるものの、当面は、ガイドラインの内容とこれに基づく運用を、国際人権基準に沿ったものとすべく再検討を加えるべきである。

(2) 理由付記

現行の出入国管理及び難民認定法施行規則がその別記第61号様式において定める裁決・決定書の書式に「在留特別許可に関する決定に係る事項」の欄があり、「決定内容」及び「理由」を記載することとなっている。しかし、現在の実務では、理由欄には、「在留を特別に許可する理由がない」という程度の記載しかなされないことが通例となっており、理由付記の実質を備えていない。少なくとも、判断において考慮された積極要素と消極要素を示すことは必要である。

また、理由付記は裁決書のみならず、裁決通知書にも記載するべきである。

(3) 聴聞・弁解の機会

在留特別許可の判断は、すでに日本に在留しているという外国人の在留継続の許否の判断であるから、その不許可は、常に一定の利益剥奪を含むものであり、許可をしない判断は不利益処分としての性質が明らかである。

行政手続法は、不利益処分について、処分基準を定め、公表することを義務づける。この基準に鑑みると、単に退去強制事由に該当する事実があるか否かのみではなく、在留特別許可に関する判断において、有利な事情または不利な事情（「特に考慮する積極要素」「その他の積極要素」「特に考慮する消極要素」「その他の消極要素」）と考えられる事実については、その内容を明らかにしたうえで、外国人側に弁明の機会を与えることが要請される。

(4) 審査機関

在留特別許可の判断においては、拷問等禁止条約上の拷問を受ける可能性、強制失踪防止条約上の強制失踪の可能性、その他国際人権諸条約上の家族の保護、非人道的な取扱いの禁止などの人権基準の適用の有無の判断とその前提となる事実の認定が必要である。この意味では、在留特別許可の可否について、法的専門性を有する者がこれを判断することも必要となる。また、在留特別許可の件数は、年間7,000件から1万3,000件にも及んでいる。したがって、法務大臣にこのような事実認定や判断をすべて委ねるのは、实际上も困難である。

そこで、憲法・国際人権法などの研究者や人権問題にも知見のある弁護士等の法曹実務家などが参加する第三者機関を設け、具体的なケースについて、在留特別許可の可否について法務大臣の諮詢を受けることとする等の方策が検討されるべきである。

第4 まとめ

在留特別許可の判断について、早急に以下の準則を立法または規則で制定するべきである。

- 1 法務大臣等の行う在留特別許可の判断にあたっては、国際人権（自由権）規約や子どもの権利条約などの国際人権条約の趣旨にしたがうべきことから、次の点を法律または規則等で明確にするべきである。
 - (1) 非正規滞在者に対する退去強制令書の発付は、差別の禁止、非人道的な取扱いの禁止、家族生活の尊重または私生活に対する恣意的干渉の禁止の見地から、当該非正規滞在者が受ける不利益の程度と、退去強制によって達成される利益を比較衡量して、合理性を欠く場合は、許されないこと。
 - (2) 当該非正規滞在者またはその家族の構成員が子どもである場合は、子どもの最善の利益が重要な考慮要素となり、当該非正規滞在者の退去強制が夫婦や親子などの家族の分離を招く結果となる場合は、家族の分離禁止の原則が適用されるから、在留資格なく日本に滞在する者の退去強制による出入国管理秩序の維持という利益のみでは退去強制を行わないことを原則とすること。
- 2 在留特別許可の判断に際しては、当面、原則として法務省の策定した「在留特別許可に係るガイドライン」を、前項の国際人権基準の趣旨に沿って適用するものとし、処分の理由においては、考慮した事情及び当該事情に基づく判断過程について具体的に明記するなどして、在留特別許可を求める者への適正手続保障を行うべきである。

3 在留特別許可の許否にあたっては、憲法や国際人権法の研究者、法曹実務家などが法務大臣に意見を述べることのできる第三者機関を設置して、適正・迅速な在留特別許可の運用が可能となるような仕組みを設けることが検討されるべきである。

以上

【別紙1】

(1) 東京地判平成11年11月12日(判時1727号94頁)

日本人と婚姻した不法滞在のバングラデシュ人に対する退去強制令書発付処分について、法違反(不法残留)の不良性を強調し過ぎるあまり、配慮がなされるべき両名の真意に基づく婚姻関係について実質的に保護を与えないという、条理及び国際人権(自由権)規約23条の趣旨に照らしても好ましくない結果を招来するものであって、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くとして取り消した事例(同旨・福岡高判平成19年2月22日判例集未登載)。

(2) 福岡高判平成17年3月7日(判タ1234号73頁)

中国残留日本人の妻の連れ子であるところ、日本人の実子であるとして虚偽の事実を告げて上陸許可を受けた中国人と、その配偶者、子として上陸許可を受けた中国人からなる家族に対する退去強制令書発付処分について、法務大臣は、憲法98条1、2項(条約・国際法規の遵守)及び憲法99条(公務員の憲法尊重擁護義務)より国際人権条約(国際人権(自由権)規約や子どもの権利条約)の精神やその趣旨を重要な要素として考慮しなければならない旨述べたうえで、「本件に特有の事情…控訴人らの家族の実態及び控訴人子らが我が国に定着していった経過、控訴人子らの福祉及びその教育並びに控訴人子らの中国での生活困難性等を、日本国が尊重を義務づけられている国際人権(自由権)規約及び子どもの権利条約の規定に照らしてみるならば、入国申請の際に違法な行為…があったことを考慮しても、本件裁決は、社会通念上著しく妥当性を欠くことがあきらか」であるとして、取り消した事例。

【別紙2】

- (1) *Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 Other Mauritian Women v. Mauritius* , CCPR/C/12/D/35/1978 , UN Human Rights Committee (HRC) , 9 April 1981

夫婦の同居は家族の通常の行為であり、家族のうち親しい者（close member of his family）が居住している国から追放することは国際人権（自由権）規約17条の「干渉」に当たるとし、モーリシャス女性と結婚した外国人男性の同国からの強制送還は国際人権（自由権）規約17条に違反するとした事例。

- (2) *Hendrick Winata and So Lan Li v. Australia* , CCPR/C/72/D/930/2000 , UN Human Rights Committee (HRC) , 16 August 2001 ,

オーストラリア国籍で申立時13歳の息子を持つ元インドネシア国籍（申立時は無国籍）の夫婦に対し、オーストラリア政府が退去強制決定をした事案について、申立人夫婦を退去させることにより、10年にわたって同国に居住してきた児童が親と離れて同国に在留するか、または親とともに出国するか、の選択を家族に余儀なくさせるのは、少なくとも、長期的に安定した家族生活に相当の変化が生じると予想される本件のような場合には家族に対する「干渉」になるとした上で、締約国には自国の出入国管理政策を執行することについて裁量権があることを認めながらも、当該裁量は無制限ではなく、一定の諸状況の下では「恣意的」となる場合があることを指摘し、申立人の息子が出生後13年間オーストラリアで育ってきており、普通の児童と同様にオーストラリアの学校に通学しており、固有の社会的関係を育んできているという当該事案においては、「このような在留期間の長さに照らせば、締約国には、恣意的であるとの認定を避けるために、出入国管理法を単純に執行するという以上の、両親の退去強制を正当化するに足る付加的要素を示す義務が存する。」として、申立人に対する退去強制が、申立人及びその息子との関連で、国際人権（自由権）規約23条との関連で同17条1項違反となると判断した見解。

- (3) *Francesco Madafferi and Anna Maria Immacolata Madafferi v. Australia* , CCPR/C/81/D/1011/2001 , UN Human Rights Committee (HRC) , 26 August 2004 *Madafferi v. Australia* , CCPR/C/81/D/1011/2001

オーストラリア人女性と結婚し4人の子どもをもうけ、14年間、オーストラリアにおいて家族生活を営んできたイタリア人が、同国政府から退去強制を命じられた事案について、同人に対する退去強制は、妻と子どもたちに対し、同人とともにイタリアに行くか、同人と別れてオーストラリアに留まるかの選択を余儀なくせるものであるが、イタリアは妻や子どもたちにと

って未知の国であり、子どもたちはその国の言葉も話せないから、相当の困難を強いることになる、したがって同人に対する退去強制は、国際人権（自由権）規約23条との関連において同17条1項に違反し、子どもたちとの関係で同24条違反となるとした見解。

(4)Ali Aqsar Bakhtiyari and Roqaiha Bakhtiyari v. Australia , CCPR/C/79/D/1069/2002 , UN Human Rights Committee (HRC) , 6 November 2003

アフガニスタン人の夫が在留許可を求めてなお係争中の段階で、妻と子（いずれもアフガニスタン人）に対して退去強制が命じられた事件で、夫についての最終結果を待つことなく、先に妻と子どもたちを退去強制に付すことは、夫と引き離して帰国させることとなり、同人らに困難を強いることになるから、国際人権（自由権）規約17条1項及び同23条1項に違反し許されないと判断した見解。

【別紙3】

(1) *Moustaquim v. Belgium* , 26/1989/186/246 , Council of Europe: European Court of Human Rights , 25 February 1991

2歳のときに家族とともにモロッコからベルギーに移住し、少年時に強盗などを繰り返し、加重窃盗等22の犯罪により懲役26月の実刑となった20歳の男性に対してベルギー当局が行った退去強制処分について、家族がベルギーに合法的に滞在していること、生活の基盤がベルギーにありモロッコにはないことなどから、欧州人権条約8条違反とした事例。

(2) *Berrehab v. The Netherlands* , 3/1987/126/177; 10730/84 , Council of Europe: European Court of Human Rights , 28 May 1988

モロッコ国籍を有する男性が、オランダ国籍を有する配偶者と離婚したことによりオランダ政府から在留資格の更新を拒否された事件において、家族生活に対するそのような干渉が「民主的社會において必要なもの」と見なされるためには、「当該干渉が差し迫った社會的必要に対応したものであり、かつ、とりわけ追求されている正当な目的に比例したものであること」が必要であるところ、申立人は元配偶者が引取った幼い娘と緊密なきずなを形成しており、独立の在留許可を与えずに国外退去させることはそのようなきずなを破壊するおそれがあることから、本件においては「関連する諸利益のあいだで適切な均衡が達成されておらず、したがって、採られた手段と追求されている正当な目的が比例していない」から、そのような措置を民主的社會において必要なものと見なすことはできず、当該処分は欧州人権条約8条違反であるとした事例。

(3) *La requête présentée par Mehemi c. la France* , No.: 25017/94 , Council of Europe: European Commission on Human Rights , 18 October 1995

イタリア国籍の妻を持つアルジェリア国籍の男性が麻薬密輸に関与したことを理由にフランス領域からの永久追放処分を受けた事件について、有罪判決を受けた外国人の送還に関する締約国の権利行使が比例原則にしたがうべきことを指摘し、申立人らがイタリアにおいて世帯を設けることも考えられなくはないものの、そうすることはフランス国籍の子にとって根本的な激変を意味すること、申立人の前科にかんがみれば、申立人がイタリアに入国して居住権を得ることに法的障害が生じることには疑いの余地がなく、〔フランス〕政府は、それが克服可能であることを示していないとして、申立人が麻薬密輸に関与したことは極めて不利な要素であるが、フランス領域からの永久追放が申立人をその未成年である子及び妻から分離することに照らして、当該処分が目的比例性を欠くとして、欧州人権条約8条違反と判断した事例。

(4) *Rodrigues de Silva and Hoogkamer v. The Netherlands* ,

50435/99 , Council of Europe: European Court of Human Rights , 31
January 2006

オランダに不法滞在していたブラジル国籍の原告が、子ども（オランダ国籍）の父親（オランダ国籍）との同棲が解消され娘が父親と住むようになったため親権を争い、オランダでの居住許可を申請したところ、認められなかった事案について、子どもは婚姻と同等の同棲関係という真正な関係から出生したから、原告と子どもの間には欧州人権条約8条にいう「家庭生活」が存在するとしたうえで、子どもの最善利益の観点から、オランダは原告の母親に居住を認めるべき積極的義務に違反したとした事例。

【別紙4】

- (1) イギリスの第1回報告書に関する最終見解 (UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *UN Committee on the Rights of the Child: Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 15 January 1995, CRC/C/15/Add.34)

イギリスが、同国に入国・滞在する資格のない者の出入国については適宜必要と思われる法律を適用する権利を留保していることに対し、「委員会は、締約国が条約に対して行った留保が幅広い性質のものであることを懸念する。このことは、条約の趣旨及び目的との両立性に関して懸念を生ぜしめるものである。とくに、国籍・出入国法の適用に関わる留保は、第2条、第3条、第9条及び第10条も含む条約の原則及び規定と両立しないように思える」として、第3条に明示的に触れながら懸念を表明し(パラグラフ7)、留保の再検討(パラグラフ22)及び関連の法律・手続の見直し(パラグラフ29)を勧告・提案した。

- (2) カナダの第1回報告書に関する最終見解 (UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *UN Committee on the Rights of the Child: Concluding Observations: Canada*, 20 June 1995, CRC/C/15/Add.37)

「強制送還手続も含む難民及び移民の子どもらの保護に関わる事柄において、条約第22条及び条約の一般原則、とくに子どもの最善の利益及び子どもの意見の尊重を実施することに、同国がとくに配慮するよう」勧告(パラグラフ24)。

- (3) ドイツの第1回報告書に関する最終見解 (UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *UN Committee on the Rights of the Child: Concluding Observations: Germany*, 27 November 1995, CRC/C/15/Add.43)

「亡命を希望している子ども及び難民の子どもの特別なニーズ及び権利がどの程度考慮に入れられているのかについて、依然懸念を覚える。亡命を希望している子どもに関わる手続、とくに家族再会、安全な第三国への子どもの送還及び『空港規制』に関する手続は、懸念の根拠となるものである。これとの関連で、委員会は、条約、とくに第2条、第3条、第12条、第22条及び第37条(d)に規定されている保障が遵守されておらず、かつ、条約第9条及び第10条の実施に充分な关心が払われていないように思えることに、留意する」旨の懸念を表明し(パラグラフ19)、「条約の規定及び原則とりわけ第2条、第3条、第5条、第9条第3項、第10条、第12条、第22条及び第37条(d)と両立するかどうかという点をよく考慮」しながら関連の手続の改革を構想するよう勧告(同、パラグラフ33)。

- (4) ノルウェーの第2回報告書に関する最終見解 (UN Committee on the

Rights of the Child (CRC), *UN Committee on the Rights of the Child: Concluding Observations: Norway, 28 June 2000, CRC/C/15/Add.126*)

「退去強制が親から子どもを分離することを意味する場合には子どもの最善の利益が考慮されることを確保するため、締約国が、退去強制決定が行われる手続を再検討するよう」勧告（パラグラフ 31）

【別紙5】

- (1) *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, Canada: Supreme Court, 9 July 1999

カナダで4人の子をもうけたジャマイカ国籍の女性に対してカナダ当局が出した退去命令について、「条約は制定法によって実施されない限りカナダ法の一部ではないが、国際人権法は国内法解釈の補助として重要な役割を果たす。カナダが子どもの権利条約を批准したこと、及びカナダが批准した他の国際文書において子どもの権利と最善利益が重要視されていることは、第114条2項に基づく決定を行う際に子どもの利益を考慮することの重要性を示す。すなわち、子どもの権利条約にみられる価値・原則は、子どもの将来に関連し、それに影響を及ぼす決定を行う際に、子どもの権利とその最善利益に注意深くあることの重要性を認める。」として取り消した事案。

- (2) *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Ah Hin Teoh*, Australia: High Court, 7 April 1995

オーストラリア市民と婚姻して子をもうけたマレーシア国籍の男性が、ヘロインの輸入及び所持により実刑に服したことによる居住許可の申請の不許可決定に対して再審査を請求したのに対し、子どもの権利条約3条1項を援用して、当局が、児童の最善の利益を主たる考慮事項として扱うだろうという「正当な期待」(legitimate expectation)が生じているとして、移民多文化大臣に対して再審査を命じた事案。

【別紙6】

(1) 旧ガイドライン

在留特別許可に係るガイドライン

平成18年10月

法務省入国管理局

在留特別許可に係る基本的な考え方

在留特別許可の許否に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、生活状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して判断することとしている。

在留特別許可の許否判断に係る考慮事項

在留特別許可に係る基本的な考え方については、上記のとおりであり当該許可に係る「基準」はないが、当該許可の許否判断に当たり、考慮する事項は次のとおりである。

積極要素

積極要素については、入管法第50条第1項第1号から第3号（注参照）に掲げる事由のほか、次のとおりである。

- (1) 当該外国人が、日本人の子又は特別永住者の子であること。
- (2) 当該外国人が、日本人又は特別永住者との間に出生した実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、次のいずれにも該当すること。
 - ア 当該実子が未成年かつ未婚であること。
 - イ 当該外国人が当該実子の親権を現に有していること。
 - ウ 当該外国人が当該実子を現に本邦において相当期間同居の上、監護及び養育していること。
- (3) 当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、次のいずれにも該当すること。
 - ア 夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力し扶助していること。
 - イ 夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること。
- (4) 人道的配慮を必要とする特別な事情があるとき。

例

- ・難病・疾病等により本邦での治療を必要とする場合
- ・本邦への定着性が認められ、かつ、国籍国との関係が希薄になり、国籍国において生活することが極めて困難である場合

消極要素

消極要素については、次のとおりである。

- (1) 刑罰法令違反又はこれに準ずる素行不良が認められるとき。
- (2) 出入国管理行政の根幹にかかる違反又は反社会性の高い違反をしているとき。

例

- ・不法就労助長罪、集団密航に係る罪、旅券等の不正受交付等の罪などにより刑に処せられたことがあるとき。
 - ・資格外活動、不法入国、不法上陸又は不法残留以外の退去強制事由に該当するとき。
- (3) 過去に退去強制手続を受けたことがあるとき。

(注)(略)

(2) 新ガイドライン

在留特別許可に係るガイドライン

平成18年10月
平成21年7月改訂
法務省入国管理局

第1 在留特別許可に係る基本的な考え方及び許否判断に係る考慮事項

在留特別許可の許否の判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して行うこととしており、その際、考慮する事項は次のとおりである。

積極要素

積極要素については、入管法第50条第1項第1号から第3号（注参照）に掲げる事由のほか、次のとおりとする。

1 特に考慮する積極要素

- (1) 当該外国人が、日本人の子又は特別永住者の子であること
- (2) 当該外国人が、日本人又は特別永住者との間に出生した実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、次のいずれにも該当すること
 - ア 当該実子が未成年かつ未婚であること
 - イ 当該外国人が当該実子の親権を現に有していること
 - ウ 当該外国人が当該実子を現に本邦において相当期間同居の上、監護及び養育していること

- (3) 当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合(退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。)であって、次のいずれにも該当すること
 - ア 夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること
 - イ 夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること
- (4) 当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること
- (5) 当該外国人が、難病等により本邦での治療を必要としていること、又はこのような治療を要する親族を看護することが必要と認められる者であること

2 その他の積極要素

- (1) 当該外国人が、不法滞在者であることを申告するため、自ら地方入国管理局に出頭したこと
- (2) 当該外国人が、別表第二に掲げる在留資格（注参照）で在留している者と婚姻が法的に成立している場合であって、前記1の（3）のア及びイに該当すること
- (3) 当該外国人が、別表第二に掲げる在留資格で在留している実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、前記1の（2）のアないしウのいずれにも該当すること
- (4) 当該外国人が、別表第二に掲げる在留資格で在留している者の扶養を受けている未成年・未婚の実子であること
- (5) 当該外国人が、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること
- (6) その他人道的配慮を必要とするなど特別な事情があること

消極要素

消極要素については、次のとおりである。

1 特に考慮する消極要素

- (1) 重大犯罪等により刑に処せられたことがあること
例
 - ・凶悪・重大犯罪により実刑に処せられたことがあること
 - ・違法薬物及びけん銃等、いわゆる社会悪物品の密輸入・売買により刑に処せられたことがあること
- (2) 出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性の高い違反をしてい

ること

例

- ・不法就労助長罪，集団密航に係る罪，旅券等の不正受交付等の罪などにより刑に処せられたことがあること
- ・不法・偽装滞在の助長に関する罪により刑に処せられたことがあること
- ・自ら売春を行い，あるいは他人に売春を行わせる等，本邦の社会秩序を著しく乱す行為を行ったことがあること
- ・人身取引等，人権を著しく侵害する行為を行ったことがあること

2 その他の消極要素

- (1) 船舶による密航，若しくは偽造旅券等又は在留資格を偽装して不正に入国したこと
- (2) 過去に退去強制手続を受けたことがあること
- (3) その他の刑罰法令違反又はこれに準ずる素行不良が認められること
- (4) その他在留状況に問題があること

例

- ・犯罪組織の構成員であること

第2 在留特別許可の許否判断

在留特別許可の許否判断は，上記の積極要素及び消極要素として掲げている各事項について，それぞれ個別に評価し，考慮すべき程度を勘案した上，積極要素として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情を上回る場合には，在留特別許可の方向で検討することとなる。したがって，単に，積極要素が一つ存在するからといって在留特別許可の方向で検討されるというものではなく，また，逆に，消極要素が一つ存在するから一切在留特別許可が検討されないというものでもない。

主な例は次のとおり。

「在留特別許可方向」で検討する例

- ・当該外国人が，日本人又は特別永住者の子で，他の法令違反がないなど在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・当該外国人が，日本人又は特別永住者と婚姻し，他の法令違反がないなど在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・当該外国人が，本邦に長期間在住していて，退去強制事由に該当する旨を地方入国管理官署に自ら申告し，かつ，他の法令違反がないなど在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・当該外国人が，本邦で出生し10年以上にわたって本邦に在住している小中学校に在学している実子を同居した上で監護及び養育していて，不法残留である旨を地方入国管理官署に自ら申告し，かつ当該外国人親子が他の法

- 令違反がないなどの在留の状況に特段の問題がないと認められること
「退去方向」で検討する例
- ・当該外国人が、本邦で20年以上在住し定着性が認められるものの、不法就労助長罪、集団密航に係る罪、旅券等の不正受交付等の罪等で刑に処せられるなど、出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性の高い違反をしていること
 - ・当該外国人が、日本人と婚姻しているものの、他人に売春を行わせる等、本邦の社会秩序を著しく乱す行為を行っていること
- (注)(省略)