

報告

私がかかわった子どもと家族の入管事件の経緯

——裁判所の憲法および人権条約の適用関係の誤りの是正を求めて

空野 佳弘 弁護士

キーワード：退去強制，子どもの最善の利益，家族の保護

日本が1990年代以降様々な外国人受け入れ政策を採用する中で、外国籍者の在留が長期に及び、日本で家族が形成され、子どもが成長するようになった。その中で非正規在留者の退去強制が問題となってきた。

その際、行政処分や訴訟の判断基準となり続けてきたのは1978年に最高裁大法廷が出したマククリーン事件判決である。憲法の基本的人権の保障は基本的に外国人にも及ぶとしながら（権利性質説）、外国人は憲法上我が国で引き続き在留することを要求する権利は保障されていないということを出発点として、在留期間の更新事由の存否の判断は法務大臣の広範な裁量に任されており、判断の基礎とされた重要な事実に誤認があることなどにより判断が全く事実の基礎を欠くか、または事実に対する評価が明白に合理性を欠くことなどにより、判断が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くことが明らかな場合だけ、裁量権の逸脱ないし濫用により違法となるとした。また、この判決は、外国人の基本的人権の保障は外国人在留制度の枠内で保障されているにすぎず、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障は及ばないとした。

その結果、マククリーン氏の平和的デモへの参加は憲法の基本的人権の保障を受けるとされながら、在留期間更新においては、不利益に斟酌されない保障までは及ばないとされ、法務大臣の不許可処分は適法とされたのである。このような規範の適用が今日まで続いていることの不当性を明らかにしたい。

1 私がかかわった子どもと家族の入管事件

私はこれまで外国人の在留権をめぐる問題に比較的多くかかわってきた。ここでは、いくつかの事件を振り返る中で、子どもと家族の権利を中心に、外国人の権利保障の今日的課題を考えてみたい。

(1) 最初にかかわった家族は、1973年に韓国から密航してきた夫婦と子ども3人の家族であった。

子ども3人は皆日本生まれであった。12年間平穩に日本で生活していたが、子どもを小学校に入学させるために入管に出頭した。しかし、在留特別許可（以下、在特）不許可裁決、退去強制令書（以下、退令）発付により家族全員大村収容所に収容された。

この当時は、入国者収容所は大村にしかなく、家族が数年間も収容され続けることもまれではなかった。1986年、取消の本訴を提起するとともに執行停止の申し立てをしたところ、大阪地裁の行政部（山本矩夫裁判長）は全面停止の決定を出したので、家族全員大村収容所から解放された。当時まだ子どもの権利条約はできていなかったが、子どもたちを収容所に長期間収容することは子どもの成長に大きな不利益を与えることを理由に上記決定を出したのであった。画期的な決定であった。

しかし、抗告審では逆に全面却下となり、家族全員が韓国に送還され、本訴は取り下げざるを得なかった。当時としては、全面停止が出ることは極めてまれであり、送還部分の停止を得ながら訴訟を遂行するのがやっとであり、本訴で勝訴することはほとんど絶望的であった。

(2) その後10年間くらい、入管訴訟にかかわることはなかったが、1990年代の後半、再びかかわらざるを得なくなった。顧問をしていた教職員組合から、子どもが消えたので調査して欲しいという依頼があり、調べてみると家族全員西日本入国管理センター（現在では廃止されている）に収容されていた。家族は、中国残留邦人の家族を偽装して入国していた。この時も家族全員が収容され、しかも男女別の収容であったから、男の子は父親と一緒に、女の子は母親と一緒に収容され、面会者が希望したときだけ家族全員面会室で顔を合わせることもできるのであった。この段階でも全面停止決定は期待できなかったことから、家族は長期の収容に耐えることができないと判断して中国への帰国を選択した。

しかし、この頃から、子どもを収容することについてマスコミ等から批判がなされ、入国管理局（以下、入管。現出入国在留管理庁）は片親だけ（多くは父親）を収容して、子どもは収容しない扱いへと変更していった。

(3) こうした折、中学2年の子がいる中国人家族が摘発された。左股関節全廃の重度身体障害者の父親が収容され、母親と中学1年のS君、妹の3人は仮放免となった。勝訴の可能性はほとんどなかったが、母親は、帰国はS君の将来を絶望的なものにするという理由で、裁判をして欲しいと頼んできた。執行停止の申立ては全面却下となったので、いつ送還されるかもしれないという状況の下で裁判を続け、2002年一審敗訴の後、S君以外は送還され、高校2年生のS君が一人残って最高裁まで裁判を続けた。最高裁の棄却決定が出たとき、S君は大学に合格していた。入学式に出た後、送還に応じ一旦中国に帰国したが、その6月留学の在留資格が付与され大学で学ぶこととなった。様々な人がS君を支援した。

(4) Jさんは2001年中国残留邦人3世の夫と結婚して定住者の在留資格で来日し、2002年にMちゃんを生んだ。Jさんは2006年に夫から離婚させられ、2008年の期間更新は二人とも不許可となった。2009年に提訴したときMちゃんは小学校1年生であった。2012年4月に最高裁の棄却決定が出たときMちゃんは小学校4年生であった。その後、別の弁護士に引き継ぎ、再審情願が繰り返された。2020年秋、Mちゃんが高校3年生となり、大学の看護学部へ出願するに当たり在留資格が要件とされたことから、母親のJさんが帰国することにより留学の在留資格が付与され、無事大

学に合格した。

(5) L君は1996年に中国人の両親の間に生まれた。父親は1987年に入国し、留学の在留資格があったが91年にはオーバーステイとなった。母親は、92年に他人名義の旅券で入国していた。家族は2011年に入管に出頭したが、両親ともに逮捕され、母親は起訴され裁判を受けた。父親は不起訴となったが入管に送られ収容された。L君は無国籍無登録であり、学校に行ったこともなく、児童相談所送りとなった。父親が仮放免され、母親が執行猶予の判決で裁判が終わり、入管でも仮放免となった。家族は元の生活を取り戻すことができた。その後、L君の出生届を受理してもらうべく、家庭裁判所で親子関係の確認からはじめ、無事身分関係を明確にできた。

L君は中学校への通学をはじめ、頑張って高校にも入学できた。2013年6月家族全員に定住者の在留特別許可が付与された。L君は大学を卒業し社会人となっている。

(6) AさんとB君の姉弟は2001年と2003年にペルー人の両親の間に日本で生まれた。両親は1990年代に他人名義の旅券を使用して入国していた。2011年に父親が就労先で摘発されたことから、家族全員入管に出頭した。退去強制手続きが進められ、在特不許可裁決と退令発付処分が2012年になされた。Aさんが小学校5年生で、B君は小学校3年生の時であった。前訴は2013年に提起され、2015年に最高裁決定により敗訴が確定した。そのときAさんは中学2年生、B君は小学6年生であった。

AさんもB君も日本で生まれ育ち、ペルーには行ったこともなく、日本語を母語として育ち、スペイン語はあまりできなかったためペルーに行きたくはなく、日本で学び、生活することを望んだ。父親は先に送還されてしまったが、ペルーで仕事も見つからない状態が続いたので、家族3人はなおさら日本での生活を望んだ。

入管も子どもたち二人の状況が分かっていたので、強制送還することはなく、一旦3人とも帰国した後、留学で子ども二人が戻れる準備を見守っていた。ところが、ペルーへ一旦行ったとしても、日本に来る飛行機代のためどさえつかず、また、母親と別れて子どもたちだけで生活していける受け入れ体制の準備がなかなか進まなかったことから、2017年の8月に入管は3人とも強制送還する旨家族に通知した。この時子どもたちは高校1年生と中学2年生になっていた。

そこで、私たちは新たに弁護団を組織して、在留特別許可の不許可裁決の撤回を求める訴えを提起した。この訴訟は、2004年に行政事件訴訟法の改正で導入された行政庁に義務づけを求める訴えの形式である。行政事件訴訟法第37条の2第1項は、「義務づけの訴えは、一定の処分がされないことにより、重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる」と規定している。

すなわち、2012年になされた不許可裁決以降、この子どもたち二人は日本の高等教育のかなりの部分を受けており、ペルーで教育を受け直すことは絶望的であることから、重大な事情の変更に基づき、不許可裁決の撤回を求めたのである。

2019年の一審の口頭弁論終結時には、子どもたちは高校3年生と1年生になっていた。

2019年11月になされた一審判決^{*1}は、義務づけ訴訟の訴訟要件である行政事件訴訟法第37条の2の重大な損害は認めた。この判断については、当初裁決後に生じた事情を基礎として判断すべ

きとし、本邦の高等学校の教育環境に相当程度順応してきている一方、本国であるペルーに帰国したならば、教育環境の変化に順応することには相応の困難を伴う状況になっていることや、母親の監護養育についても相応の困難が伴うこと等を認めた。

ところが同判決は、裁決の撤回をすべきか否かの実体判断のところでは、「原告子らは、本件各裁決及びこれに基づく本件各退令処分を受け、速やかに本邦から退去しなければならない立場にあるから、その後、約7年間にわたり本邦に在留して生活を継続した事実は、裁決後に生じた事情として考慮することはできない」と判示した。

そして、2020年10月になされた控訴審判決^{*2}は、一審判決と同様「原告子らは、本件各裁決及びこれに基づく本件各退令処分を受け、速やかに本邦から退去しなければならない立場にあるから、その後、約8年間にわたり本邦に在留して生活を継続した事実は、裁決後に生じた事情として考慮することはできない」と判示しただけではなく、原告子らが「ペルーの言語や文化に対応する機会を放棄したというべきである」とも判示した。この一、二審判決では、訴訟要件の重要な損害を認めながら、訴訟要件の入り口を通過すると重要な損害が消えてなくなるのである。

この裁判においては村上正直教授の人権条約をもとにした意見書、真嶋潤子教授の言語学をもとにした意見書、駒井洋・渡戸一郎・近藤敦・鈴木江理子各教授による移民政策学をもとにした意見書、バイリンガル臨床心理士田中ネリダ氏による心理学をもとにした意見書が提出されているが、裁判所はほとんどこれを無視している。

現在上告手続き中である。

2 在留権訴訟における憲法の基本的人権の保障

これらの事件をみると、子どもについては、入管は退去強制を控えるようになる一方、親についてはほとんど日本に残ることを認めない。家族全体が救済されるのはまれである。訴訟では家族だけでなく子どもが救済されないことも少なくない。

上に見た裁判で共通しているのは、在留資格のない外国人には憲法の人権の保障が及んでいないことである。憲法上の基本的人権の保障も、人権条約上の権利保障も、在留資格のない外国人に対しては出入国の処分における法務大臣の広範な裁量における考慮事項の一つにすぎないとされている。

1978年に出されたマククリーン事件最高裁判決^{*3}は、憲法の基本的人権の保障は基本的に外国人にも及ぶとしながら（権利性質説）、外国人は憲法上我が国で引き続き在留することを要求する権利は保障されていないということを出発点として、在留期間の更新事由の存否の判断は法務大臣の広範な裁量に任されており、判断の基礎とされた重要な事実に誤認があることなどにより判断が全く事実の基礎を欠くか、または事実に対する評価が明白に合理性を欠くことなどにより、判断が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くことが明らかな場合だけ、裁量権の逸脱ないし濫用により違法となるとした。また、この判決は、外国人の基本的人権の保障は外国人在留制度の枠内で保障されているにすぎず、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障は及ばないとした。

その結果、英語教師であった米国籍のマクリーン氏の在留期間更新申請についてベトナム反戦デモへの参加等を理由にした法務大臣の不許可処分を適法とした。この事案では憲法上の権利の行使として認められる政治活動さえも出入国の処分において不利益に斟酌してよいとする判断であった。このような、権利の行使を不利益に斟酌できるとする権利はもはや権利と言えないのではないか。憲法上の権利は認められないという方がよほど正直ではないだろうか。

このように在留資格のある外国人の期間更新においてさえ憲法上の権利が否定されるのであるから、在留資格のない外国人の在留特別許可の判断において、憲法上の権利が否定ないし無視されることは必然的な成り行きであったと言えるかもしれない。上記(6)の裁判において、裁判所が「原告子らは、本件各裁決及びこれに基づく本件各退令処分を受け、速やかに本邦から退去しなければならない立場にあるから、その後、約8年間にわたり本邦に在留して生活を継続した事実は、裁決後に生じた事情として考慮することはできない」と判示したり、原告子らが「ペルーの言語や文化に対応する機会を放棄したというべきである」と判示した背景には、違法状態の在留においては保護される権利は存在しないとの考えが見て取れる。

しかし、日本国籍がなくとも、あるいは在留資格がなくとも、人間として不可侵の基本的権利が否定されてはならない。例えば、日本で生まれ育ち、高等教育まで日本で受けた場合、そのような外国籍の子は、受けた教育を前提に、その後の人生を展望するのが自然と思われる。人には誰しも幸福を追求する権利があり、憲法第13条はそのことをすべての人に保障していると思われる。マクリーン判決の権利性質説は本来そのような意味を含んでいるはずではなかったか。このような基本的権利の保障を前提として、それを制限できる合理的根拠があるのかを問い、利益考量をなすのが自然な法理論と考えられる。国際的にはそのような考えが一般的であると考えられる。

今日では、在留資格のない外国人についての裁判所による基本権の否定は身体的自由にまで及んでいる。現在社会問題化している入管の長期収容問題の責任の一端は、長期収容からの救済を否定する裁判所にもあると思われる。

元最高裁判事であった泉徳治氏は、退官後の2011年2月号の「自由と正義」や、2020年4月11日発行の判例時報2434号^{*4}において、マクリーン判決の問題点を厳しく指摘している。マクリーン判決の基準を採用するにしても、憲法や人権条約の規範にしたがうべきであると。また、最近憲法学者も同様の見解を表明しつつある^{*5}。

人権保障機関である裁判所がその役割を果たせないでいる中、入管は少なくとも子どもについては不十分ながらも救済を図っている（まれには、上記1(5)のように家族全部に在特を出すこともある）。しかし、親を追放し、子どもだけ救済する現在のやり方は様々な困難を家族に及ぼしており、現状は決して十分ではない。裁判所は本来の役割を見据えて、出入国に関する司法判断の在り方を改めるべきではないか。

3 裁量権と人権条約

(1) 出入国の処分に関する司法判断の多くは、上に見た通り、子どもの権利条約や自由権規約の規

定は、法務大臣等の裁量権を制約しないとしている。

その理由として、上記人権条約は外国人受け入れを国家の自由とする国際慣習法上の原則を制限する旨を規定していないことを挙げる。しかし、国際慣習法と条約とは一般法と特別法の関係にあり、条約が国際慣習法上の原則を制限する旨の規定を置いていない場合でも、条約の規定の解釈上国際慣習法とは異なる規定とされる場合もあるのであるから、上記理由は十分な根拠となりえない。

(2) 子どもの権利条約第3条1項では、「子どもに関するすべての措置をとるに当たっては、……裁判所、行政当局……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」(子どもの最善の利益原則)と定めている。裁判所も名宛人として明記されている。

入管行政について適用すれば、子どもに対し強制退去を命じるかどうかの判断の際、当該子どもの最善の利益、すなわち、どのようにするのが「子どもが、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため」か、「子どもが、社会において個人として生活するため十分な準備が整えられる」(子どもの権利条約前文)かなどを考慮すべきである。

オーストラリアやカナダの連邦最高裁判所⁴⁶は、子どもの権利条約などの国際文書を援用しつつ、行政府に対して、退去強制又はそれに類する措置の決定過程において子どもの最善利益を主たる又は重要な考慮事項となすべきことを求めている。この場合、行政府が子どもの最善利益を考慮しないとき、又はその考慮が不十分なきには、考慮されるその他の諸要素がどのようなものであれ、当該退去強制決定又はそれに類する決定は裁判所による取消しの対象となる。すなわち、行政当局が「子どもに関するすべての措置をとるに当たっては、……子どもの最善の利益が主として考慮されるものとする」という原則を実質的に入管行政の分野に導入しているものである。

子どもの権利条約は自動執行条約と解されており、どうしてこの規範が法務大臣の裁量権を制約しないとする立場に固執するのか理解に苦しむ。

子どもの権利条約の履行監視機関として設置された国連子どもの権利委員会は、同委員会の一般的意見22号及び23号(2017年)として、「国際移住の文脈にある子どもの人権についての一般的原則に関する合同一般的意見」を明らかにしている。この一般的意見22号の「はじめに」において、「この一般的意見は両条約の規定に基づくものであるが、重要な点として、ここで明らかにされている人権規範は子どもの権利条約の規定及び原則に立脚したものだということを強調しておかなければならない」と記されている(パラグラフ4)。また、同じく、「この合同一般的意見では、……子ども自身またはその親の移住資格または在留資格にかかわらず国際的移住の文脈にあるすべての子どもの人権について取り上げている」と記されている(パラグラフ9)。国連子どもの権利委員会は、明らかに子どもの権利条約が正規、非正規を問わず移住の文脈にある子どもとその家族の在留に適用されるという取り扱いをしている。

次に、子どもの権利条約第3条1項は、単なる理念規定に留まるものではない。国連子どもの権利委員会は、その一般的意見14の第6パラグラフにおいて、次のように述べている。

6. 委員会は、子どもの最善の利益が三層の概念であることを強調する。

(a) 実体的権利：争点となっている問題について決定を行なうためにさまざまな利益が考慮さ

れる際、自己の最善の利益を評価され、かつ第一次的に考慮される子どもの権利であり、かつ、ひとり子ども、特定のもしくは不特定の子どもの集団または子どもたち一般に関わる決定が行なわれるときは常にこの権利が実施されるという保障である。第3条第1項は、国家にとっての本質的義務を創設したものであり、直接適用（自動執行）が可能であり、かつ裁判所で援用できる。

(b) 基本的な法的解釈原理：ある法律上の規定に複数の解釈の余地がある場合、子どもの最善の利益にもっとも効果的にかなう解釈が選択されるべきである。条約およびその選択議定書に掲げられた権利が解釈の枠組みとなる。

(c) 略

子どもの権利条約第3条1項が具体的権利であることは明らかというほかない。

また、国連子どもの権利委員会はその一般的意見23のパラグラフ29において以下のように述べている。

29. 両委員会は、入国または滞在関連の出入国管理法違反に基づく一方または双方の親の追放によって家族の一体性を破壊することは比例性を欠くという見解に立つ。家族生活の制限に固有の犠牲および子どもの生命および発達に対する影響が、出入国管理関連の不法行為を理由として領域を離れるよう親に強制することから得られる利益を下回ることはないからである。移住者である子どもおよびその家族はまた、追放が家族生活および私生活に対する権利への恣意的干渉である場合にも保護されるべきである。両委員会は、国が、非正規な状況下で子どもとともに在留している移住者を対象として、とくに子どもが目的地国で出生しておりもしくは長期間生活している場合または親の出身国への帰還が子どもの最善の利益に反する場合には、地位の正規化のための経路を用意するよう勧告する。親の追放が刑事犯罪を理由とするものである場合、比例性の原則ならびに人権に関わるその他の原則および基準も考慮しながら、その子どもの権利（自己の最善の利益を第一次的に考慮される権利および意見を聴かれ、かつ意見を真剣に受けとめられる権利を含む）が確保されるべきである。

このような国連子どもの権利委員会の子どもの権利条約の解釈からすると、子どもの権利条約の権利保障が、締約国の出入国管理のあり方を規制することは明らかである。上記一般的意見は、「とくに子どもが目的地国で出生しておりもしくは長期間生活している場合または親の出身国への帰還が子どもの最善の利益に反する場合には、地位の正規化のための経路を用意するよう勧告する」とまで述べている。

また、子どもの権利条約第3条1項は、条約の正文（英語）では、「the best interests of the child shall be a primary consideration」と表現されている。「PRIMARY」という言葉は、「首位の」「主要な」「根本の」という意味であり、子どもの最善の利益の考慮には極めて重要な位置づけが与えられている。単に事情の一つとして考慮すればよいというものではない。上記一般的意見14

では、以下のように記されている。

36. 子どもの最善の利益は、あらゆる実施措置の採択において第一次的に考慮されなければならない。「される」(shall be) という文言は国に対して強い法的義務を課すものであり、国は、いかなる活動においても、子どもの最善の利益が評価され、かつ第一次的考慮事項として適正に重視されるか否かについて裁量を行使できないということを意味する。

37. 「第一次的に考慮される」事項という表現は、子どもの最善の利益は他のすべての考慮事項とは同列に考えられないということを意味する。この強い位置づけは、子どもが置かれている特別な状況（依存、成熟度、法的地位、および、多くの場合に意見表明の機会を奪われていること）によって正当化されるものである。子どもが自分自身の利益を強く主張できる可能性はおとなの場合よりも低く、子どもに影響を与える決定に関与する者は子どもの利益について明確に意識していなければならない。子どもの利益は、強調されなければ見過ごされる傾向にある。

子どもの権利委員会は、子どもの権利条約の国際的な履行を監督するために同条約によって設置された機関である（条約第43条1項）。委員会は、「徳望が高く、かつ、この条約が対象とする分野において能力を認められた10人の専門家で構成する」（同2項）。委員会には一般的な性格を有する勧告を行うことが認められている（条約第45条d）。以上からすると、子どもの権利委員会には同条約の解釈について重要な地位が与えられており、同条約の締約国は、子どもの権利委員会の一般的意見等を尊重する義務があると言える。

以上を前提にすると、出入国に関する処分において、子どもの最善の利益原則が、判断にあたって最も重要な考慮事項であることは疑いが無い。法務大臣の裁量権を制約しないとする見解は、いかなる見地から見ても妥当性を欠く。

このことは自由権規約の子どもや家族の保護規定の解釈においても同様である。

4 在留特別許可のガイドラインの位置づけ

(1) 法務省入国管理局（現在入国在留管理庁）は、平成18（2006）年に在留特別許可のガイドラインを公表し、平成21（2009）年に改訂をしている。このガイドラインにおいては、「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」等を「特に考慮する積極要素」として挙げている。この法務省入管が自ら定め、公表したガイドラインが、在留特別許可の判断を拘束するかどうか問題になっている。入管はこれを否定し、裁判所もこれを否定する見解が多い。理由は、ガイドラインは検討の方向性を示すものに止まり、裁量権を拘束する趣旨を含むものとは解せない、としている。

しかし、大阪高裁平成25（2013）年12月20日判決^{*7}は、ガイドラインは「在留特別許可の許否の判断に当たって、考慮する事項として、以下の通り記載されている」としてガイドラインに記載

されている積極要素と消極要素のすべてを引用した後、「本件ガイドラインは、……その性質上、法務大臣等の裁量権を一義的に拘束するものではない。しかしながら、本件ガイドラインは、在留特別許可に係る透明性及び公平性を高めるために公表されているものであるから、その公表の趣旨からしても、裁判所が法務大臣等の判断に裁量権の逸脱や濫用があるといえるか判断する際に、本件ガイドラインに積極要素・消極要素として記載されている事項は、重要な検討要素となるものである」と判示している。

これは、上記泉徳治氏が指摘した、「裁量権の逸脱・濫用の判断要素は、憲法等の法の一般原理から導かれたもので、一般的な通用性を有するものであり、出入国管理業務の分野にも適用されるものである。判例が築いてきた判断要素には、①事実認定の過誤（略）がないこと、②法の趣旨・目的からの逸脱、動機の不正、他事考慮がないこと、③考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮するということがないこと、④平等原則・比例原則・信義則に適合していること、⑤手続及び判断課程が公正・適正であることなどがある」の部分の、③考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮するということがないこと、④平等原則・比例原則・信義則に適合していることを適用したものであると考えられる。

また、在留特別許可のガイドライン策定及び公表の目的は、最高裁平成27（2015）年3月3日第三小法廷判決が判示する「単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである」という目的と同一である。そうすると、この最高裁27年判決の趣旨は、本件ガイドラインにも及ぶと考えるのが自然である。

5 まとめ

日本は、人口減少が顕著で、現在の経済を維持するためには外国人労働力を受け入れざるをえないと考えられている。このことから日本政府は特定技能など新しい在留資格を設けて、単純労働力をも受け入れることも始めた。こうした中、外国人の人権を尊重するための取り組みが広く進められようとしている。このような状況で、上記1(6)のようなペルー国籍家族についての裁判所の判断はどう見てもおかしく見える。しかし、40年以上続いている裁判所の体質を変えることは容易ではなく、広く各界の関与が必要だと思う^{*8}。

*1 大阪地判令和元年11月29日公刊物未搭載

*2 大阪高判令和2年10月29日公刊物未搭載

*3 最大判昭和53年10月4日「民集」32巻7号1223頁 この判決の翌年の1979年には日本は自由権規約に加入しているから、最高裁は加入後の外国人の基本的な人権保障の在り方をも念頭に置いていたものと考えられる。

*4 「判時」2434号133頁 論文のタイトルは「マククリーン判決の間違い箇所」となっている。

*5 例えば曾我部（2020：71）、愛敬（2013：4）。

*6 1999年7月9日カナダ連邦最高裁判決（Baker事件）（村上、2001）。

- *7 「判時」2238号3頁 この判決において大阪高裁は、裁決時小学2年の日本生まれの子であっても、相当期間本邦に在住し初等教育機関に在学している児童の利益は重視するのが相当であって、安易に可塑性があるなどと判断するのは相当でないと判断し、ペルー国籍の家族4人に対する在特不許可裁決を取消している。
- *8 日本の司法の問題として、「論理が通らないのは論理そのものの問題である以上に、論理を支えている価値の問題なのだ」という指摘がなされている（阿部, 2020）。

《参考文献》

- 愛敬浩二, 2013「外国人の政治活動の自由——マクリーン事件」『憲法判例百選I【第6版】』（別冊ジュリスト287号）, 4～5頁
- 阿部浩己, 2020「インタビュー 国際人権法を選び、国際人権法に導かれる」外国人ローヤリングネットワーク編『外国人事件ビギナーズ2』現代人文社, 16～23頁
- 泉 徳治, 2020「インタビュー 司法の役目は法の支配が行き渡った社会にすること」外国人ローヤリングネットワーク編『外国人事件ビギナーズ2』現代人文社, 24～31頁
- 河上加苗, 2011「ペルーの『日本帰り』と呼ばれる子どもたちからことばの教育を考える」川上郁雄編著『海の向こうの「移動する子どもたち」と日本語教育——動態性の年少者日本語教育学』明石書店, 60～83頁
- ジム・カミンズ著, 中島和子訳著, 2011『言語マイノリティを支える教育』慶應義塾大学出版会
- 曾我部真裕, 2020「外国人の基本権保障のあり方」『法学教室』483号, 71～79頁
- 仲尾育哉, 2015「退去強制と家族の保護——Hussenini 対デンマーク事件（自由権規約委員会2014年10月24日見解）」『国際人権』26号, 120～121頁
- 村上正直, 1999「オーストラリアに対する人権条約の影響——同国裁判所の動向を中心に」『国際法外交雑誌』98巻1・2合併号, 194～224頁
- 村上正直, 2001「カナダの出入国管理行政における子どもの利益の考慮の一旦——カナダ連邦最高裁判所 Baker 判決を中心に」藤田久一・松井芳郎・坂元茂樹編『人権法と人道法の新世紀』東信堂, 119～147頁
- 村上正直, 2002「外国人の追放と家族の利益の保護——規約人権委員会の実行を中心に」『財団法人世界人権問題研究紀要』7号, 145～174頁

Cases of the Child and Family

Immigration:

Seeking to Correct the Court's Wrong Application of the Constitution and Human Rights Treaties

SORANO Yoshihiro

Attorney at Law

Key Words: deportation, best interests of the child, family protection

As Japan has adopted various policies to accept foreign nationals since the 1990s, foreign nationals have been staying in Japan for a long period of time, forming families and raising children in Japan. In this context, deportation of irregular residents has become a problem.

In such cases, the Supreme Court's 1978 decision on the deportation of illegal residents has been the standard for administrative actions and lawsuits.

The decision in the McLean case, issued by the Supreme Court in 1978, has been the standard for administrative actions and lawsuits. While the decision stated that the Constitution's guarantee of fundamental human rights basically extends to foreigners (the "nature of rights" theory), it said that the Constitution does not guarantee foreigners the right to demand continued residence in Japan, and therefore that judgments on whether there are grounds for extending the period of stay or not are left to the broad discretion of the Minister of Justice. The court ruled that the decision would be illegal due to abuse or misuse of discretion only when it is clear that the decision lacks any factual basis due to misidentification of material facts or the evaluation of the facts lacks rationality and therefore is extremely unreasonable in light of socially accepted ideas. The court also ruled that the fundamental human rights for foreigners is only guaranteed within the framework of the foreign resident system, and does not extend to binding the discretion of the government in deciding whether or not to grant residence.

As a result, while Mr. McLean's participation in the peaceful demonstration was guaranteed by the fundamental human rights of the Constitution, the court ruled that the Minister of Justice's denial of permission was deemed lawful because the right did not extend to the guarantee that he would not be considered disadvantageously in the renewal of his period of stay. I would like to clarify the unfairness of the fact that such a norm has been applied to this day.