

家族結合権の意義、機能と日本における課題

Right to Family life, its Significance, Function, and Problem in Japan

山口元一 Gen'ichi Yamaguchi

キーワード：家族結合権、退去強制、在留特別許可、自由裁量

1 家族結合権の意義

(1) 家族結合権とは、家族が同じ場所で暮らすという権利である。家族結合権について、日本の法令上、これを明示的に保障した規定はないが、国際人権法の分野では、いくつかの規定がこの権利の根拠とされている。代表的なものとしては、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）第 17 条、その制度的保障としての第 23 条、児童の親からの分離禁止の原則を規定する児童の権利条約第 9 条がそれである。

(2) なお、ここにいう「家族」とは、単に婚姻又は同棲中の家庭のみをいうのではなく、両親と子どもとの関係一般も包摂するとされている（communication No. 201/1985 [Hendriks v. Netherlands] para10.3）。但し、家族結合権の保護を受けるには、「同居、経済的絆、定期的かつ強度の関係」が最低限必要とされている（Communication No. 417/1990 Baluguer Santacana v. Spain）

2 外国人と家族結合権

その内容からも理解されるとおり、家族結合権は、外国人に限って保障される権利ではない（たとえば児童の権利条約第 9 条は児童福祉法 33 条に基づく一時保護との関係でも問題になる。）。しかしながら、外国人にとって、家族結合権は、非外国人と比較して、決定的な重要性を持っている。それは、国際慣習法を根拠に、一般に外国人には上陸・滞在の権利はないとされているところ、家族結合権を根拠に、外国人の上陸・在留における国の裁量が制限されうるからである。

この点について、自由権規約委員会は、一般的意見 15 において以下のとおり簡潔に述べている。「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。」すなわち、一定の状況下において、家族への恣意的・不当な干渉からの保護（自由権規約第 17 条）および家族に対する保護（同第 23 条）などの規定にしたがって、出入国管理分野における行政裁量が制約され、強制送還が禁じられるのである。

3 家族結合権の機能

(1) ところで、現代社会においては、上陸・滞在の権利性がなお一般に否定される一方で、外国人の人権享有主体性を否定する解釈はほとんど存在しない（自由権規約第 2 条第 1 項、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約第 2 条第 2 項参照。）。

しかしながら、ここには見過ごすことのできない重大な矛盾がある。いくら外国人に人権を保障するとしてみたところで、その基礎となる上陸・滞在が国の裁量にゆだねられ、自由な強制送還が認められるのでは、人権保障はその内実を失ってしまうのである。特に、滞在期間が長期化し、居住する国に生活の本拠を有するに至った外国人の場合は、そこで保障されるべき権利の多くは、自国（国籍国）を含む他の国では果たし難いという切実な事情がある。たんに外国籍であるからというだけの理由で、上陸・滞在の権利性が、例えば観光客などを含む外国人一般の議論に還元されて、国の広い裁量に委ねられるのであれば、その結果は、社会通念上著しく不当になるとともに、外国人の人権について滞重しなければならぬとの趣旨（これ自体は日本も認めている。最大判昭和 53 年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁）にも反することとなるであろう。滞在する権利を一定限度で尊重しなければ、人権の行使を保障すると言っても、それは絵に描いたモチになるのである。

(2) 日本の法学者は、ながらくこの矛盾に目をむけてこなかったが、近時、一部の学説が、根本的な批判を加えようとしている、例えば、安念潤司は、「本邦に在住する外国人の人権を認めるという以上、

右に述べたように、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しかないのではなかろうか。」と指摘し（安念・180頁・1993）後藤光男は「外国人に保障される権利を、外国人在留制度の枠内に限定する議論は、実質的には外国人の人権否定論である。…こうした見解の帰結は、外国人の人権肯定論からいってほとんど戦慄すべきものである。」（後藤・73頁・2005年）としている。

(3) とりわけ、家族結合権は、その性質上、多くの場合、居住国以外では物理的に果たせない、という特徴がある。例えば、外国人の子どもの教育を受ける権利の場合は、経済的、社会的、あるいは言語的な困難を乗り越える術があれば、形式的には居住国以外でも果たすことができるが、家族結合権の場合は、外国人が、居住国に住む家族から引き離されて追放された場合、家族が任意に追放先の国に移動しない限り、その外国人は家族とともに暮らすすべがなくなる。このとおり、侵害の態様が明白で、侵害の有無の判断に裁量が入りにくいという点で、家族結合権は、外国人の上陸・滞在の権利性否定論につき崩すためにも突破口となることが期待される。これが、家族結合権の機能であり、実践における役割である。

4 日本の法制度における家族結合権と課題

(1) わが国では、一部の裁判例に、ようやく家族結合権を意識した判断がみられるようになってきた。その嚆矢となったのは、日本人の配偶者であるバングラデシュ人に対する強制送還を、B規約23条の趣旨を引用して取り消した東京地判平成11年11月12日（判時1727号94頁）であり、近時、この判旨を引用して外国人勝訴で確定した裁判例も存在する。

しかしながら、これととも、制度的保障としての23条を引用していることからみてもわかるとおり、家族結合の権利としての位置づけは明確ではない。また、在留資格のない家族に対する強制送還で、家族の国籍が異なり、家族結合が害される可能性の極めて大きな事案において、裁判所は、この点にほとんど注意を払わない（例えば名古屋高判平成18年3月23日判例集未登載）。

その他、退去強制手続における在留特別許可では、ガイドライン等で日本人等との婚姻関係が積極的な要素として考慮され、退去強制後の再入国拒否期間を1年から5年へと延長した1999年の入管法改正の際には衆参両院では、「滞在中に形成された家族の結合等の事情に政府は最大限の配慮をしなければならぬ」との付帯決議がされた例があげられるが、これらは、いずれも恩恵としての外国人の在留に対して、政府に一定の配慮を求めたにとどまり、家族結合を権利を尊重したものとしてとらえることはできない。

総じて日本の法制度は家族結合権に極めて冷淡といえるだろう。

(2) 家族結合権は、既に述べたとおり、外国人の上陸・在留に一定の権利性を認める契機となる可能性を秘めている。上陸・在留に権利性が認められなければ、外国人は今後もあくまで、その時々の方針目標と、気まぐれな人道的配慮の対象にとどまり、法的権利を保障された存在とは言えない。特別永住者を除いた180万人もの人が、このような曖昧な状態におかれているのは異常な事態であることを直視すべきである。今後、家族結合権を法制度にインテグレートすることにより、こうした事態を解消する一歩とすることが、強く望まれる次第である。

【参考文献】

- 安念潤司『外国人の人権』再考 芦部古希「現代立憲主義の展開・上」・有斐閣・163-81頁・1993年
後藤光男「外国人政策と入国・在留・再入国の自由」大浜啓吉編「公共政策と法」・早稲田大学出版部・72-87頁・2005年
小泉良幸「入国の自由」・法学67巻・5号・152-75頁・東北大学法学会・2003年
作間忠雄「外国人の基本的権利」・ジュリスト増刊「憲法の争点（新版）」71頁・有斐閣・1985年
後藤光男「外国人の人権」ジュリスト増刊「憲法の争点（第3版）」64-5頁・有斐閣・1999年
根森健『外国人の人権』論はいま一揺らぐ『国民』概念と人権論のゆくえ 法学教室No.183・42-50頁・1999年