

「弁護活動を通じて見る、移民の人権の“そもそも論”」 2010年5月16日(日)法政大  
関 聡介(せき そうすけ 成蹊大法科大学院・東京弁護士会)

## 1 はじめに(本報告の趣旨)

報告者は、過去16年以上にわたって弁護士として外国人事件に従事してきた。具体的には、法律相談を通じて、あるいは、事件受任を通じて、様々な国籍の外国人相談者・依頼者の民事・家事・行政・刑事・その他の案件を取り扱ってきた経験を有する。

弁護士活動を通じて、移民(外国人および外国につながる人)の人権保障に努めてきたつもりではあるが、他方で、法律の壁、行政実務の壁、司法実務の壁から、言葉の壁、文化の壁に至るまで、弁護活動の過程で様々な“壁”にぶち当たることも多かった。

当然のことながら実務家としての弁護士は、その都度その事件の解決に必要な範囲で、壁の薄いところを探して小さな穴を空け、あるいは壁の低くなっているところを探してそこをよじ登って越え、はたまた、壁が途切れているところを偶然に発見してスリと通り抜けたりする(弁護士経験を積み、そのような意味のスキルはアップする)。しかし、このところ、やはり本質論、すなわち“そもそも論”を避けて個別事件の処理を進める限り、根本的な問題解決には程遠い、と実感することが多くなったこともまた否めないところである。

そこで、この機会をお借りして、具体的事件の弁護活動で直面した問題点を通じて、それに関わる“そもそも論”にもう一度目を向けて議論する契機を提供できれば、と考えている。そもそも論への素材提供と、他の報告者の報告内容とのリンクという意味を兼ねて、具体的事案を多めに紹介したいと考える次第である。

## 2 移民の人権保障をめぐる“そもそも論”

日本で移民・外国人の人権保障が論じられる際に、当然の前提とされがちな“古典的論点”として、国籍の要件(つまり、そもそも「日本人」の定義は何か?)や外国人の人権共有主体性(そもそも外国人は人権を<どの程度>享受できるのか)といった問題点がある。

これらについては、既に議論されて解決済みの論点と考えられがちであったが、実はそうとも言えないというのが、近時の弁護活動を通じて得られる実感である。

### (1) 外国人の定義と「国籍」の流動化

“そもそも”外国人とは何か?

法律の意味での外国人は、「日本国籍を有しない者」とされているので(出入国及び難民認定法2条2号参照)、日本国籍の要件が問題となるが、この日本国籍の範囲自体がいろいろな意味で揺らぎを見せている、というのが近年注目すべき傾向であろう。

まず、日本国籍の取得・喪失の要件自体は憲法10条の委任を受けた国籍法で定められており、国籍法自体は1984年改正以降は大きな改正はされていない。とはいえ、①帰化して日本国籍を取得する人の増加、②国際結婚で生まれて出生により日本国籍を取得する人の増加、③日本人前夫の嫡出推定が及んだ日本国籍の子として出生しながら後日嫡出否認がされて日本国籍を喪失する人の増加——等々により、従前は“外国人一家”とされていてもいつの間にか家族の全部又は一部が日本人となっている場合、あるいはその逆の場合も多く見られるようになり、日本人と外国人との境界線を軽々と乗り越える人々が多く存在するようになった。

さらに、周知の通り、最高裁大法廷の2009年6月4日判決が、国籍法3条1項の要件を違憲と判断したことによって、実質的に国籍法改正によらずして日本国籍取得要件が大きく緩和されたこととなった。これにより、昨日まで外国人として取り扱われてきた人物が、実は日本人であった、という現象が現実にも多数発生したのは、報道もされているとお

りである。つまり、日本人と外国人の境界線自体が揺らぎを見せていると言える。

これらの現象は、従前、当然のこのように「日本人」と「外国人」を法律上明確に区別できることを前提として行われてきた従前の実務家の活動に大きな疑問符を投げかけており、弁護士を初めとする実務家は、このような意味での“日本人の相対化”現象を直視して事案処理にあたることを求められている。

## (2) 外国人の人権共有主体性

“そもそも”外国人に人権共有主体性があるのか、あるとしてもどの範囲/程度の保障が及ぶのか。

憲法 11 条が「国民は」すべて基本的人権の享有を妨げられない、と規定していることに端を発して、このようなそもそも論がかつて盛んに論じされた。

八幡製鉄政治献金事件の最高裁判決(1970 年)やマクリーン事件の最高裁判決(1978 年)といった判断を通じて、実務上はもはや解決済みと思われるが、その後 30~40 年が経過し、日本の外国人登録者数も大きく増大するなど、外国人を取り巻く環境は全くと言ってよいほど変わった。しかも、日本が国際人権諸条約を批准ないし加入したのはマクリーン判決以降であり、その意味でも外国人に対する人権保障をめぐる法的環境も大きく変動している。

残念ながら、日本の裁判実務や行政実務は、このような大きな変化を看過し(あるいは敢えて無視し)旧態依然とした 70 年代の最高裁判決の枠組みで外国人の人権問題を処理し続けている。

近時話題の外国人の地方参政権問題も本来であれば人権享有主体性の論点に遡って議論されるべきものであり、今こそ、その点に遡った本質的議論が期待される時代の再来と言えよう。

## 3 具体的な事例の紹介

### (1) 外国人/日本人の境界線に関わる事件

#### a 外国人→日本人の境界線を乗り越える事例

- ・不法入国で難民申請→在留特別許可→帰化→日本人
- ・超過滞在→日本人と婚姻→日本国籍の子→在留特別許可→離婚して日本国籍子の親権者→定住者に変更→帰化
- ・退去強制対象者→国籍法 3 条 1 項訴訟→勝訴→日本人

#### b 逆に、日本人→外国人の境界線を乗り越える事例

- ・前婚の日本人夫の嫡出推定の及ぶ子=日本国籍→嫡出否認 or 親子関係不存在確認→日本国籍喪失→在留資格取得申請→不許可→超過滞在

### (2) 外国人の人権共有主体性に関わる事件

抄録ではスペースの都合上、詳細に書くことはできないが、以下のような事案を、外国人の人権共有主体性と関連した具体的発現たる事件として、資料配付中心にてできる限り広範囲に情報提供し、パネルディスカッションと今後の議論対象にされたい、と考えている(時間の制約上、事案の要点紹介と問題点指摘にとどめざるを得ない見込み)。

- c 人身の自由/移動の自由関連： 入管収容問題(要件/処遇等)、戒具使用、送還問題等
- d 生存権関連： 医療・健保問題、難民申請者の生活困窮問題、年金問題、等々
- e 参画関連： 立法参画(選挙権等)/行政参画(公務就任権)/司法参画(裁判員)等々
- f 職業選択の自由関連： 仮放免(その他条件)、在留特別許可(就労実績の矛盾)等
- g 表現の自由関連： 政治活動と難民認定、等々
- h 平等原則関連： 入居・入店・就職差別、公人による差別発言、等々