
特集：人権政策としての移民政策

日本における外国人の人権を巡る 「壁」と「格差」再考

関 聡介 弁護士(東京弁護士会)／成蹊大法科大学院

キーワード：在留外国人の基本的な人権、マククリーン事件最高裁判決、国籍法最高裁判決

日本に在留する外国人の人権は、入管法の在留制度によって作られた“壁”と“格差”によって制約を受けている。

いわゆるマククリーン事件における最高裁大法廷判決(1978年10月4日)の「外国人に対する憲法の基本的な人権保障は……在留制度の枠内で与えられているにすぎない」との文言が、この四半世紀にわたって独り歩きし、多大な影響力を持つてしまったと言わざるを得ない。

しかし、日本政府が国際人権条約に加入を始めたのは、マククリーン事件最判後のことである。この四半世紀の間に日本に在留する外国人の数は増大し、永住者となった外国人の比率も高まっている。さらに、国籍法事件に関する最高裁大法廷判決(2008年6月4日)が、国籍取得要件を定める国籍法3条1項の規定を違憲と判断したことによって、日本人と外国人の間の“壁”が移動する、という事態も発生した。

このような変化を踏まえ、今こそ、マククリーン事件最判の呪縛から逃れて、日本に在留する外国人の人権保障について再考が行われるべきである。

1 はじめに

筆者は、弁護士として、過去18年間以上にわたっ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／その他の案件を継続的に取り扱ってきた経験を有する。その中には、弁護活動に努力を尽くしても、思うような結果が出せない案件も相当数存在したと記憶している。

そのような案件について改めて振り返ると、当事者が、外国人であること、さらには在留資格がないこと等により、“壁”を乗り越えることができず、“格差”を解消することができなかった結果として、ベストの成果に辿り着けなかったケースが相当割合を占めることに気付かされる。

当然のことながら実務家としての弁護士は、その都度、当該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見つけ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、外国人当事者を巡る“壁”と“格差”という根本的問題

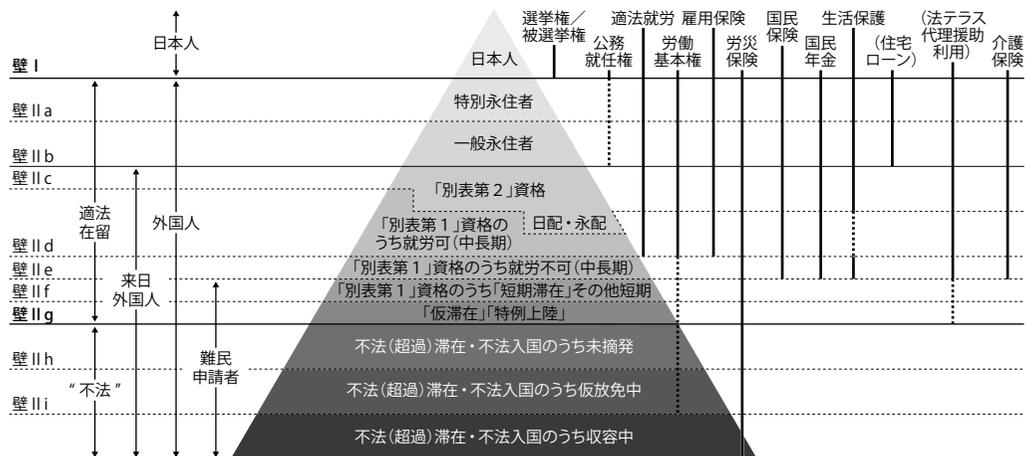
についての議論と解決を避けて個別事件の処理を進める限り、根本的な問題解決には程遠い、と実感することが多くなった。

この問題については、従前から様々な分野での検討がなされてきたところではあるが、この機会に、具体的事件の弁護活動で浮かび上がった問題点を通じて外国人の人権に立ち塞がる“壁”と“格差”を改めて分析し、それをいかにして解消して行くべきか、という点について再検討してみようというのが、本稿の趣旨である*1。

2 “壁”と“格差”の概要

冒頭で述べた日本における外国人の人権保障を巡る壁と格差を、模式的に示す試みとして、最初にピラミッド型の図を示してみたい。

図 外国人権ピラミッド



- ・この図は、あくまでも人権保障の“壁”と“格差”を模式的／視覚的に表現することに主眼を置いているため、細部については正確を欠く部分があることをご理解いただきたい。
- ・壁 I は日本人と外国人との境界である。壁 II a ～ i は外国人相互間の境界であるが、基本的には在留資格の種類別に境界と格差が存在するとの前提に立っている。
- ・日本における外国人の在留資格は、28 種類に細分化されている(⇒注 5 / 6 / 7 参照)。
- ・壁 II c の上の「永配」「日配」は、それぞれ入管法(出入国管理及び難民認定法)別表第 2 の「永住者の配偶者等」「日本人の配偶者等」を示す。基本的には身分に基づく別表第 2 の在留資格の方が活動範囲の限定がなく地位としても強固であると言えるものの、これら「配偶者」資格は婚姻の破綻によって一気に地位を喪失する危険も包含していることから、壁 II c をその意味を込めて階段状にしてある。

ここでは、ピラミッドの上位に行くほど人権が厚く保障されているのに対し、下位に行けば行くほど人権保障は希薄となり、人権侵害に対する救済手段も脆弱となるという、階層が示されている(本稿中、上位／下位は、便宜上このピラミッド図での上下を表現している)。

図示されているように、この階層間にはそれぞれ“壁”が存在している。日本人／外国人の間には“壁 I”がまず存在し、さらに外国人相互の間にも“壁 II a”～“壁 II i”が存在する(壁の名称も、本稿上の整理の便宜のために付した名称である)。

そして、壁 I によって仕切られた日本人と外国人の間では、人権享有主体性や具体的人権保障の面で大きな格差が存在する。これに対して、外国人相互間ではどうかといえば、壁 II a～壁 II i によって示されているとおり、そこでもまた在留資格の有無やその種別等によって細かな地位の差異が

存在し、それがまた具体的な人権保障に関する格差として現れていると考えられるのである。

例えば、ピラミッドで最下位に位置づけられた、在留資格を有せず退去強制手続によって収容中である外国人は、人身の自由や移動の自由までも奪われた最も過酷な人権侵害状態に置かれている。

このピラミッド構造こそが、冒頭で述べたところの、弁護活動に努力を尽くしても、思うような結果が出せない案件に繋がってくると思われるので、以下では、①壁Ⅰとそれに基づく格差、②壁Ⅱとそれに基づく格差について検討した上で、さらに、③壁を巡る近時の注目すべき動き（壁を乗り越える人々、壁自体の変動や流動化）、そして最後に④壁と格差の解消に向けての展望と課題——という順序で検討を進めて行くこととする。

3 “壁Ⅰ”〈日本人↔外国人〉と、それに基づく格差

壁Ⅰは、日本人と外国人との境界である。

まず前提として「日本人」「外国人」の定義が問題となるが、ここでの切り口はあくまでも国籍である。すなわち、日本国憲法10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と定めているのを受けて、国籍法（+戸籍法）が「日本人」（日本国籍の得喪要件）を規定しているのであり、他方「外国人」は、「日本の国籍を有しない者」を指すことになる（入管法2条2号参照。実は、この境界線についても、近時揺らぎが発生しているのであるが、この点は後述する）。

この壁Ⅰの存在はいわば古典的である。言い換えれば、壁Ⅰの下位に置かれた外国人は、“そもそも”人権享有主体性すら有していないのではないか、という古典的論点に晒されてきたのであり、そのような議論に晒されること自体、壁Ⅰを境にその上下で大きな、かつ根本的な人権格差が存在してきたことの証左でもある。

すなわち、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」と定めていることから、憲法第3章の人権保障規定のうち、とりわけ「何人も」ではなく「国民は」と表記されている人権を、果たして外国人が享有できるのか、という問題が古くから議論されてきた。周知のとおり、この問題は、実務上は、マクリーン事件の最高裁大法廷判決（最大判昭和53〔1978〕年10月4日²⁾をもって解決済みと考えられがちな論点である。

マクリーン事件最判は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、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」であるとの解釈を正面から示した。これにより、実務上は、憲法の「国民」「何人も」等の文言を基準に判断する考え方（文言説）ではなく、権利の性質上日本国民のみを対象としているのか否かを基準に外国人への保障の適否を判断するとの考え方（権利性質説）が、実務上の趨勢になって今日に至っているものである。

ただし、マクリーン事件最判の判示中に「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ものと解するのが相当」との表現が含まれていたことにより、むしろこの部分のみが独り歩きしてしまい、その後の外国人の人権の制約原理として使われてきてしまったことも否めない³⁾。その結果として、マクリーン事件最判後の外国人の人権が争わ

れた事案においても、その人権保障が憲法よりも下位規範である入管法の定める「在留制度の枠」によって左右されかねないという、本末転倒な現象が発生してきたと言える^{*4}。

下位規範が上位規範の解釈を支配するという現象はもってのほかであるが、それをひとまず措くとしても、日本が国際人権規約をはじめとする人権諸条約に批准／加入等したのが全て上記マクリーン事件最判以降のことである、という事実にはもっと大きな注意が払われるべきであろう。裏を返せば、マクリーン事件最判は、人権諸条約を踏まえない時期の解釈に過ぎないということである。実際にも、上記最判後の四半世紀のうちに、国際社会の環境は大きく変化し、国際人権基準も大きな進展を遂げた。そして、日本においても、外国人在留者数は著しく増大し、外国人移民の定住化・永住化、2世・3世・4世化が進んできた。

もはや、マクリーン事件の基準は時代から取り残されているというべきであり、今こそ根本的な“そもそも論”を避けて通るべきではない時期に差し掛かっている。

その意味で、日本人と外国人との人権享有主体性を巡る“壁”と“格差”の議論も、文字どおり根本的な“仕切り直し”が必要な状況にあることは間違いない。

4 “壁Ⅱ”〈外国人相互間〉と、それに基づく格差

次に、外国人相互間でも確固たる壁と格差が存在する、というのが第Ⅱ a～ i である。

憲法には、特に外国人を類型化するような根拠条文はない。しかし、実務上は、入管法＋入管特例法が定める在留資格の有無及び種類（いわゆる在日の資格×1種^{*5}＋地位に基づく「別表第2」資格×4種^{*6}＋活動種類別の「別表第1」資格×23種^{*7}＝計28種類）による外国人の輪切り管理がなされており、これによって、保障される基本的人権の種類や保障の程度に差異が生じている。

次頁の表1からもわかることは、入管法による「在留制度の枠」こそが、まさに日本に在留する外国人を細かなカテゴリーに輪切りをする「壁」としての役割を果たしており、この輪切りがそのまま外国人相互間の人権保障の「格差」を生み出しているという現実である。

奇しくも、前記マクリーン事件最判の独り歩きした判示——「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」という言葉——がそのまま具現化したと言っても差し支えない状態である。

しかも、このような人権保障の格差を直接発生させている根拠が入管法をはじめとする法律なのかと言えば、それよりもさらなる下位規範である政令や省令、さらには通達等によるものも多々存在するという現況^{*8}は、異常と言うべきであろう。

「在留制度の枠」に起因する壁と格差が、さらなる下位規範である政令・省令・通達等によって具体化・固定化されているという現況は、憲法や国際人権法が保障する外国人の人権保障のあり方としては歪んだ状態であることは間違いなく、この状態を認識した上で対応が考えられなければならない。

表1 外国人相互間の“壁Ⅱ”と格差

	関連法令・条文等	在留資格等	在留期間	【例】就労（職業選択の自由）	【例】移動（人身・居住移転の自由）	
	適法在留	入管特例法	⑩特別永住者	無期限	◎自由	
壁Ⅱa		別表第2	①（一般）永住者			
壁Ⅱb			④定住者+②③日本人／永住者の配偶者等	中長期		
壁Ⅱc			別表第1の1, 2の5の一部			⑤～⑲+⑳特定活動の一部
壁Ⅱd			別表1の3のうち文化活動, 4, 5の一部			㉒文化活動+㉔～㉖+㉗特定活動の一部
壁Ⅱe			別表1の3のうち短期滞在, 5の一部	㉓短期滞在+㉗特定活動の一部		短期
壁Ⅱf	(仮の地位)	14条～18条の2（特例上陸）	仮上陸, 一時庇護上陸等	不定期（事由消滅まで）	×	○制約あり
		61条の2の4（難民申請者）	仮滞在	不定期（難民手続終了まで）	×	△居住都道府県内
壁Ⅱg	非適法在留	24条（退去強制事由）	未摘発／未収容	なし	×	△事実上自由（摘発の危険）
壁Ⅱh		54条（仮放免）	仮放免中		×	△居住都道府県内
壁Ⅱi		39条, 52条5項（収容令書, 退去強制令書）	収容中		×	×

注：在留資格に付した番号は、本稿での整理のため便宜上付したものを。

5 “壁”を乗り越える人々

以上述べたように、日本社会において、日本人↔外国人間の“壁Ⅰ”及び外国人相互間の“壁Ⅱ”が確固たる存在として立ち塞がり続けてきた状況がある中で、近時、その壁を乗り越える人々の存在もまた目立っている。

“壁”が容易に乗り越えられる存在になれば、それだけ壁は相対化された存在となり、広い意味での壁と格差の解消へと向かう要因になるとと思われる。

(1) 壁Ⅰ（日本人↔外国人）を乗り越える人々

前述のとおり、壁Ⅰという国民↔“非”国民の壁は古典的・伝統的な強固な壁であり、国際社会が国家単位で構成されるとの前提がある限り、これを完全に除去することは事実上不可能である。そして、自国民と外国人との間の格差が完全に解消するというのも、国民という概念が存在する限りにおいてはまだ非現実的であろう。

このような状況下にあっても、壁Ⅰを乗り越える人々の存在は、以下に述べるとおり日本でも近時顕在化していると言え、壁Ⅰ及びその上下の格差はその分相対化されていると考えられる。

(a) 壁Ⅰを上方へ〈日本人←外国人〉と乗り越える人々

まず、壁Ⅰについては、来日外国人の増加や国際間の交流の活発化などに伴って、日本人と外国人とのカップルが増加し、その間に生まれた子を中心として出生や認知によって日本国籍を取得する、という形態が挙げられる。日本人父の嫡出推定が及ぶ状態で出生した子や母親が日本人である子については出生に伴って直ちに日本国籍を取得するが、それ以外の場合でも一旦外国籍を取得してから、その後の手続を経て日本国籍を取得する——すわなち“壁Ⅰ”を上方へと乗り越える場合も相当数に上る。

また、子が日本国籍を取得したことによって、その親もまた帰化を認められやすくなるという事案も少なくない。

表2 日本国籍の取得原因(壁Ⅰを上方に乗り越え)

取得原因	内容	根拠条文	備考
出生による取得	日本人の子として出生した者	国籍法2①②	
	父母不明 or 無国籍となる場合	国籍法2③	
認知による取得	認知した日本人父と、外国人母との婚姻	国籍法3	後述の最大判平成20(2008)年6月20日にて違憲判断⇒修正
帰化による取得	帰化許可を受けた者	国籍法4～10	難民条約34条で、難民については特例あり
国籍の再取得	留保せずに日本国籍喪失した者の再取得	国籍法17	
就籍	中／比残留日本人等で、就籍許可された者	戸籍法110	

(b) 壁Ⅰを下方へ〈日本人→外国人〉と乗り越える人々

逆に、壁Ⅰを逆方向に乗り越える人々の存在も無視できない。

以下のような類型が挙げられよう。

表3 日本国籍の離脱／喪失原因(壁Ⅰを下方に乗り越え)

離脱・喪失原因	内容	根拠条文	備考
外国籍取得等	自己志望による外国籍取得／外国籍選択	国籍法11	
届出による離脱	日本国籍離脱の届出をした者	国籍法13	
国籍不保留	外国出生→重国籍→3月以内国籍保留届せず	国籍法12	
(国籍選択せず)	国籍選択催告で選択しなかった場合	国籍法14, 15	実務上は実施されていない
(後発的な無効事情)	出生等による取得が後日無効となった場合		日本人の嫡出推定が及んだために出生時に日本国籍取得したが、後日嫡出否認や親子関係不存在が確定したような場合

(2) 壁Ⅱ〈外国人相互間〉を乗り越える人々

前述のとおり、外国人相互間でも、入管法の「在留制度の枠」による輪切りによって壁Ⅱ a～i と格差が存在すると認められるが、その相互間についても、やはり以下に述べるとおり壁を乗り越える人々の存在は近時相当数に上っており、壁と格差の相対化が若干進んでいると思われる。

(a) 壁Ⅱ b・c・d・e(別表第1←→2, 別表第2相互間)を乗り越える人々

在留外国人の定住・永住傾向や世代更新(2世・3世・4世化)が顕著になったことにより、日本人と交際し婚姻に至って日本人の配偶者資格を得る者、別表第1の在留資格等での在留実績を積み

上げて永住許可を受ける者、その永住者と婚姻して永住者の配偶者資格を得る者など、壁を乗り越える態様は枚挙に暇がないほどである。

他方、日本人(or 永住者)と婚姻していたにもかかわらず、離婚によって日本人(永住者)の配偶者等の在留資格を更新できなくなる者も相当数に上る。この場合、既に日本での在留期間が長期にわたっていたり、そうでなくとも離婚に伴って日本人の子を養育する場合には定住者への変更が認められることが多いのが近時の実務である^{*9}。しかしその要件に当たらない場合には、やむを得ず別表第1の資格への変更申請を余儀なくされることになる。

このような形で壁を上方へあるいは下方へと乗り越える事案は相当数見られる。

表4 入管法別表第1 ↔ 第2, 第2相互間の乗り越え形態の例

乗り越える壁(移動)	内容	根拠条文	備考
壁II b 上方へ	他の在留資格→①永住者(永住許可)	入管法	
壁II c 上方へ	別表第1の資格→②日本人の配偶者等 ③永住者の配偶者等		日本人や永住者との婚姻
壁内部	離婚に伴い、②日本人/③永住者の配偶者等→④定住者(在留資格変更許可)	入管法	婚姻期間が長期であったり、日本人の子を養育する親については離婚に伴い「定住者」許可するのが近時の実務
壁II c 下方へ	離婚に伴い、日本人の配偶者等→別表第1の資格⑤～⑦	入管法	上記の定住者要件満たさず、やむを得ず他の資格へ。最悪の場合、出国準備目的の「特定活動」とされ、出国を余儀なくされる

(b) 壁II g (適法滞在 ↔ 非適法滞在) を乗り越える人々

外国人相互間の壁の中でも、最も大きな壁は壁II g, すなわち適法滞在与非適法滞在とを区切る壁である。

この壁についても、近時はこれを乗り越える人々が相当数に上っている。

表5 適法 ↔ 非適法間の乗り越え形態の例

乗り越える壁(移動)	内容	根拠条文	備考
壁II g 上方へ	在留特別許可	入管法50条	
壁II g 上方へ	難民認定に伴う在留許可	入管法61条の2の2 I	
壁II g 上方へ	難民不認定に伴う在留許可	入管法61条の2の2 II	“人道配慮”
壁II g 下方へ	在留資格該当性喪失→他の資格に変更できず期間満了	入管法	離婚、解雇・退職、卒業・中退
壁II g 下方へ	在留期間満了→期間更新不許可	入管法21条	素行不良等により、「更新を認めるに足りる相当の理由」がないと判断
壁II g 下方へ	退去強制事由に該当	入管法24条	在留資格該当性はあるが、有罪判決や資格外活動等、退去強制事由へ該当

上方への乗り越えの典型的な形態は在留特別許可(入管法50条)である。これは、退去強制事由がある外国人について、法務大臣(権限を委譲された地方入管局長)が人道上その他在留を特別に許可すべき事情があると判断した場合に認めることができるものであり、当該外国人は非適法滞在与退去強制される寸前の状態から、いわば敗者復活することとなる。この許可件数も近時は年間数千～1万件程度にも上っており^{*10}、無視できない存在となっている。

他方、逆に下方への壁乗り越えの事案も相当数見られる。すなわち、従前は在留資格を有していた外国人が、何らかの理由で資格該当性を喪失した場合と、在留資格該当性自体はあるものの有罪判決を受けた等の退去強制事由に該当した場合が、その典型である。

(c) 壁 II i (非収容←→収容) を乗り越える人々

冒頭でも述べたとおり、外国人の中でも、最も著しい人権制約に晒されているのは、収容中の外国人と言えるであろう。人身の自由は全ての人権享有の根源に関わる前提的な人権であり、これが制約されることの不利益は著しい。

人身の自由の剥奪が最も大きな人権侵害であることに鑑みて、たとえば刑事手続においても令状主義(憲法33条)の下で事前の司法審査を受け、令状(=逮捕状や勾留状)の発付を受けて逮捕や勾留を行うことが大原則となっている。

ところが、外国人の場合には、この刑事手続に付される可能性のほかに、入管法に基づく行政手続に付される可能性にも晒されているのが特徴的であり、ここでは、司法審査を経ることなく、しかもある意味刑事手続よりも過酷な人身の自由の剥奪が行われているのである。

入管手続による収容(入管法39条及び52条5項)については、そもそもその要件の規定方法が杜撰と言わざるを得ないが^{*11}、その結果、事実上入管の裁量によって、収容が行われたり、放免ないし仮放免が行われたり、再収容が行われたりしかねない仕組みとなっており、恣意的行政の抑制に関する担保が欠けている状態にある。

すなわち、壁 II i については、その境界部分の法的規制と行政運用が曖昧であることに起因して、退去強制事由に該当する(と疑われた)外国人が、壁の上下を行ったり来たり翻弄されるという状況を招来している。

表6 非収容←→収容間の乗り越え形態の例

乗り越える壁(移動)	内容	根拠条文	備考
壁 II h・i 下方へ	収容令書による収容	入管法39条	退去強制事由該当の疑いがある事案を全件収容するというのが公定解釈 ^{*12} 。30日+延長30日上限
壁 II h・i 下方へ	退去強制令書による収容	入管法52条5項	強制送還できるときまでの無期限収容
壁 II i 上方へ	仮放免	入管法54条	刑事手続における保釈に類似するが、行動範囲制限や出頭等の制約は仮放免の方が強い
壁 II g・h・i 上方へ	収容状態からの在留特別許可、在留許可	入管法50条, 61条の2の2	

(3) 壁 I + II g (日本人←→非適法滞在外国人) を一気に乗り越える人々

壁を乗り越える事例の最後に、極端な例を紹介する。

非適法滞在(場合によっては入管収容中の状態)から、一気に日本国籍取得へと複数の壁を一足飛びに乗り越える事案である。

その事例としては、非適法滞在外国人であった外国人について、日本人との血縁関係が明らかになったことによって、国籍を取得したり就籍されたりする例が挙げられる。

確かに、これは極端な例ではあるが、後述する国籍法の最高裁大法廷判決の事案もその一つとして挙げられることからわかるとおり^{*13}、一定数存在する類型ではある。

6 “壁”自体の変動と流動化

以上述べてきたことから明らかなとおり、日本における外国人の人権保障を阻んできた壁も、実は近時は多くの人々によって乗り越えられつつあり、その存在は絶対的ではなくなりつつある。

さらに、これに拍車をかける近時の動きがある。

それは、“壁”自体の変動と流動化の現象である。

(1) 壁Ⅰの変動・流動化

壁Ⅰ、すなわち日本人と外国人との境界線を巡っての近時の大きな出来事は、国籍法3条に関する最高裁判決（最大判平成20〔2008〕年6月4日^{*14}）であろう。

この最判は、国籍法3条1項の要件の一部を違憲と判断したものである。すなわち、日本人父と外国人母の間に生まれた子が出生後に日本人父から認知された場合でも、国籍法3条1項が、父母の婚姻によって準正（嫡出子たる身分の取得）があった場合に限り日本国籍取得を認めていることを、憲法14条1項違反と判断したものである^{*15}。

この最判によって、外国人母から生まれて日本人父から出生後認知された子については、その後その父母が婚姻しなくとも日本国籍が取得できるようになった。

すなわち壁Ⅰに大きな変動が発生し、その結果、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、という驚くべき現象が現実にも多数発生することとなったわけである。

この国籍法最判は、壁Ⅰの確固たる存在——「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に対し、大きな疑問符を投げかける出来事となった^{*16}。

(2) 壁Ⅱの変動・流動化

それでは、外国人相互間を区切る壁Ⅱについては、どうだろうか。

既に述べたとおり、壁Ⅱ a～i を定義するのは実質的には入管法とその関連規定であると言わざるを得ない。その入管法については、近年も多数回にわたる改正が繰り返されている。また、これに伴って入管法施行規則をはじめとする法務省令や、これらに付随する告示や内部要領等も改正が繰り返されている。

次頁の表7を一見すれば明らかなとおり、2000年代の入管法改正は、退去強制事由や上陸拒否事由の拡大に象徴されるとおり、規制と管理の“厳格化”傾向が色濃いと言える。

これら一連の改正によって、壁Ⅱ gは変動し、退去強制対象者——すなわち壁Ⅱ gの下位に置かれる者——はより多くなったと言える。また、告示レベルでは、日系人の在留資格の要件に素行要件や日本語習得要件が新たに付加されたことにより、従前は更新許可が得られていた日系人が突然在留資格該当性を喪失して壁Ⅱ cの上（別表第2）から一気に壁Ⅱ gの下（非適法）へと転落するケースも発生している。

表7 2000年以降の入管法改正経過

施行日	内容	備考
2000/2/18	・退去強制を受けた者が再度来日する場合の上陸拒否期間を「1年」から「5年」に延長	
2002/3/1	・退去強制事由と上陸拒否事由の追加	
2004/8/2	・精神障害者を一律上陸拒否事由としていたのを緩和(5条2号)	
2004/12/2	・在留資格取消制度の新設 ・出国命令制度の新設と、上陸拒否期間の細分化(「1年」「5年」「10年」)	2004/6/2公布の改正が段階的に施行されたもの
2005/5/16	・難民認定制度の大幅改正	
2005/7/12	・人身取引対策に伴う、上陸拒否事由・上陸特別許可・在留特別許可・退去強制事由等の修正	2005/6/22公布の改正(名称は「刑法等の一部を改正する法律」)が段階的に施行されたもの
2005/12/10	・旅券法関係の退去強制事由の追加	
2005/12/22	・運送業者の旅券等確認義務と罰則を新設	
2006/6/13	・テロ対策関係の退去強制事由の追加	
2006/11/24	・退去強制の送還先制限の緩和	2006/5/24公布の改正が段階的に施行されたもの
2007/2/1	・入国する航空機等の乗客情報の事前報告義務づけ	
2007/11/20	・上陸する外国人に指紋等の生体認証情報提供義務づけ、上陸審査の自動化ゲート導入	
2009/7/15	・拷問等禁止条約の送還禁止規定の明文化	
2010/7/1	・研修制度見直し、就学の留学への一本化、入国者収容所等視察委員会新設、更新等申請中の期間満了の措置、上陸拒否制度の見直し等	2009/7/15公布の改正が段階的に施行された(される)もの
2010/12/23	・強制失踪条約の送還禁止規定の明文化	
本稿執筆時未施行	・在留制度見直し(在留カード新設)、外国人登録制度廃止	

他方で、例えば、人身売買被害者については、従前であれば在留特別許可が得られなかったケースであっても、法改正によってこれが得られるようになり、壁Ⅱgを上方に乗り越えられるようになるという変動も生じている^{*17}。また、難民認定に関しても、2005年施行の認定制度改正後は、難民認定数自体は低止まりしているものの、人道配慮を理由とする在留資格付与数は急増傾向にあり、壁Ⅱgを上方へ乗り越える人数の拡大に寄与している^{*18}。

このように、壁自体の変動や流動化によって、外国人の地位もまた変化し続けていると言うことができよう。

7 “壁”と“格差”を巡る今後の展望

(1) 壁Ⅰについて

前述のとおり、現在の国家制度が続く限り、国民と“非”国民とを画する国籍の壁——すなわち壁Ⅰ——を撤廃するのは現実には不可能と言わざるを得ない。そしてその壁Ⅰの上下において完全に格差が解消されることもまた、想定しがたい。

したがって、現実的な解決策としては壁と格差の極小化を少しでも進める、ということになるろう。

具体的には、まず、壁Ⅰの上側と下側の“格差”を是正すべく、壁Ⅰの下側、すなわち外国人の人

権保障全体の底上げを図り、国民との格差を縮小させる方策が求められる。そのためには、前述のとおり外国人の人権享有主体性に関してマクレーン事件最判の枠組みからの脱却を進めることはもちろんのこと、具体的人権保障の担保のために「外国人入籍基本法」のようなものを制定することも有効であろうと思われる。また、あわせて外国人の人権保障政策の受け皿として「外国人庁」のような省庁を設定して縦割り行政の打破を行うことも必要と思われる。

同時に、“壁”自体をより薄く、より乗り越えやすいものとする努力も必要であろう。日本国籍の取得要件（生来的取得要件と帰化等の要件緩和及び喪失要件の厳格化）を緩和するとともに、重国籍を容認する等の方策によって、できる限り多くの市民を壁Ⅰの上側＝国民に取り込む努力も必要であろう^{*19}。

これらの対応を行うことによって、壁Ⅰの存在自体も薄れ、その上下間の格差も是正されて行くと思われる。

(2) 壁Ⅱについて

次に、外国人相互間を輪切りにする壁Ⅱ a～i については、まずは細分化された“壁”自体を減少させるべく、現行の在留資格制度による資格の細分化自体が見直されるべきであると考え。あわせて、壁を上方向に越える動きを容易にするための方策としては、永住要件の緩和や在留特別許可要件の緩和と透明化が有効であると解される。同時に、壁を下方向に越える動きを規制するために、収容や退去強制手続に関する適正手続を強化することが求められよう。

それでも、ある程度の“壁”は当面残存せざるを得ないと予測されるが、“格差”の是正のためには、国籍要件が撤廃されている社会保障制度等における、「法律による行政」の徹底が有効であると考えられる。すなわち、命令（政令、省令）や通達等による利用規制を撤廃し、当事者要件という本質的な規定は直接法律によらなければならないことが徹底されるべきであり、あわせて、その法律の制定・適用に当たっては国際人権法の規制が及ぼされるべきである。

8 まとめに代えて

以上述べてきた“壁”ⅠⅡの撤廃と“格差”の是正への道のりは長いものにならざるを得ないが、一つ一つの壁を崩し、一つ一つの格差を埋める不断の努力を続けるしかなく、マクレーン事件最判から30年以上を経た今こそ、大きな一歩をまず踏み出すことが求められていると言えよう。

奇しくも、本稿の校正中に、マクレーン事件最判の枠組みの見直しを正面から問いかける2つの論文に接することとなった^{*20}。ベルリンの壁ならぬマクレーン事件最判の壁にも、ようやく目に見えて“ひび”が入り始めたように感じているところである。

*1 本稿は、2010年5月16日の移民政策学会シンポジウム（「人権政策としての移民政策—シティズンシップと多文化共生」）での発表内容に加筆したものである。

*2 最高裁判所民事判例集32巻7号1223頁、判例時報903号3頁、判例タイムズ368号196頁等。

- *3 この点に関する行政訴訟における国の主張内容について、丹野清人、2007『越境する雇用システムと外国人労働者』東京大学出版会、265頁以下参照。
- *4 そもそも、「本邦に在留する外国人にどこまで人権が保障されるのか」という、従前の議論の立て方自体が、在留制度の枠を前提としている議論であるとの指摘が安念教授から比較的早い段階でなされているが(安念潤司、1993『『外国人の人権』再考』芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開(上)』有斐閣、163頁以下)、実務の議論は依然としてこの指摘を踏まえていないように思われる。
- *5 ⑩特別永住者には、入管特例法(日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法)3条の規定に基づいて法律上当然にその地位を取得する法定特別永住者と、同法4・5条の規定に基づいて特別永住許可を受けた者とが含まれる(□番号は、本稿で便宜上付している番号)。
- *6 入管法(出入国管理及び難民認定法)別表第2として、①永住者、②日本人の配偶者等、③永住者の配偶者等、④定住者が、規定されている。
- *7 入管法別表第1の1として、⑤外交、⑥公用、⑦教授、⑧芸術、⑨宗教、⑩報道、別表第1の2として、⑪投資・経営、⑫法律・会計業務、⑬医療、⑭研究、⑮教育、⑯技術、⑰人文知識・国際業務、⑱企業内転勤、⑲興行、⑳技能、㉑技能実習、別表第1の3として、㉒文化活動、㉓短期滞在、別表第1の4として、㉔留学、㉕研修、㉖家族滞在、別表第1の5として、㉗特定活動がそれぞれ規定されている。
- *8 健康保険(健康保険法)、雇用保険(雇用保険法)、労災保険(労働者災害補償保険法)等については戦後もなくから国籍要件は存在しない状態であり、また、難民条約(難民の地位に関する1951年条約)への加入(日本での効力発生は1982年1月1日)に伴い、国民年金(国民年金法)、国民健康保険(国民健康保険法)、児童手当(児童手当法)等についても国籍要件が撤廃された。また、生活保護法は「国民」を対象とするものの、外国人を排除する明文規定はない。しかし、生活保護(1990年10月の厚生省社会局保護課企画法令係長の口答指示で定住外国人以外への適用排除)、国民健康保険(厚生労働省令である国民健康保険法施行規則1条1号で1年間未満の在留期間の外国人を排除)等をはじめ、法律以外を根拠に中長期の在留資格がない外国人への適用を排除している制度が多く見られる。高藤昭、2001『外国人と社会保障法—生存権の国際的保障法理の構築に向けて』明石書店、参照。
- *9 法務省入国管理局1996(平成8)年7月30日通達「日本人の実子を扶養する外国人親の取扱について」(いわゆる“ナナサンマル通達”)。
- *10 2006年の年間退去強制受理件数は83,814件、在留特別許可数は9,360件。2009年の年間退去強制手続受理件数は51,486件、在留特別許可数は4,643件(いずれも法務省入国管理局統計による)。
- *11 たとえば、刑事手続の勾留(刑訴法207条1項が準用する60条1項)でも、①嫌疑要件(60条1項柱書き)のほか、②勾留の理由(60条1項各号)、③勾留の必要性(明文にないが解釈上要求)が要件とされるが、入管法の収容令書(39条)には①の嫌疑要件しか明文に書かれておらず、退去強制事由に該当する疑いがあれば全件収容する、との公定解釈がとられるに至っている。
- *12 とはいえ、実務上は、全件収容主義を貫徹しているわけではなく、その時々収容政策や収容施設の混雑度合い等によって、退去強制事由該当の疑いがあっても収容されないまま手続が進行する案件もある。他方、仮放免は、1～3ヶ月毎に出頭確認(収令仮放免の場合)あるいは更新許可(退令仮放免の場合)がなされるが、ある時点で出頭した際に抜き打ち的に再収容される事案も多い。この再収容に関しても、同様に客観的な基準なく、その時々政策や施設環境等によって左右されていると思われる。
- *13 この国籍法大法廷判決(最大判平成20〔2008〕年6月4日)の事件名が、「退去強制令書発付処分取消等請求事件」であることからわかるとおり、上告人である子どもは、当初は在留資格のない外国人として退去強制の取消等を求めていたところ、結論としては日本国籍を認められた、という事案である。
- *14 最高裁判所民事判例集62巻6号1367頁、判例時報2002号3頁、判例タイムズ1267号92頁等。
- *15 正確には、「遅くとも平成15〔2003〕年当時は」平等原則違反の状態にあったと判断しており、一定の過去以上は遡って国籍取得を認めないようなニュアンスが含まれている判示である。
- *16 なお、上記最判を受けて、国籍法3条1項は改正された(2009/1/1施行)。国籍法3条1項【改正前】「父母の婚姻又はその認知により嫡出子たる身分を取得した子で二十歳未満のもの(日本国民であつた者を除く。)は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であつた場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であつたときは、法務大臣に届け出ることによつて、日本の国籍を取得することができる」⇒【改正後】「父又は母が認知した子で……(以下同じ)」。なお、この法改正の施行状況も含めた実務の状況につき、近藤博徳、

2011「最高裁2008年6月4日大法廷判決とその後の実務」日本弁護士連合会『自由と正義』2011年4月号参照。

- *17 在留特別許可(入管法50条)については、従前は法務大臣の広範な裁量によるというのが国の説明であったが、2000年代に入って、在留特別許可の基準の明確化を求める声が高まり、あわせて国の裁量権逸脱を理由に在留特別許可をしなかった裁決が行政訴訟で複数取り消される等の状況を踏まえ、法務省入管局は、許可／不許可事例の公表とガイドラインの公表に踏み切り、透明化がわずかながら前進を見せている。
- *18 本稿校正中に発表された法務省入国管理局2011年2月25日報道発表資料「平成22年における難民認定者数等について」の別表4「庇護数の推移」によれば、日本の年間難民認定数は、2006年：34人、2007年：41人、2008年：57人、2009年：30人、2010年：39人(しかも、これら各年の認定数の大部分がミャンマー人)と低迷しているのに対し、「人道配慮」による在留資格付与を行った人数は、2006年：53人、2007年：88人、2008年：360人、2009年：501人、2010年：363人、と相当数の増加を見せている。
- *19 本稿校正中に出された直近の論稿として、近藤敦、2011「グローバル時代における国籍と市民権」日本弁護士連合会『自由と正義』2011年4月号、茂木鉄平、2011「複数国籍の承認と人権保障—国籍法改正に向けての提言」同、殷勇基・金帝憲、2011「2010年韓国国籍法改正—その概要と、在日コリアン／日本永住の日韓複数国籍者の国籍問題への影響」同。
- *20 中恵丰、2011「国際人権法から見た外国人の人権」日本弁護士連合会『自由と正義』2011年2月号と、泉徳治、2011「マクレーン事件最高裁判決の枠組みの再考」同。

《参考文献(注で引用したもの以外)》

- ・ 荻野芳夫、1996『判例研究 外国人の人権』明石書店
- ・ 荻野芳夫編著、2000『外国人と法』明石書店
- ・ 外国人入権法連絡会編、2010『外国人・民族的マイノリティ人権白書2010』明石書店
- ・ 外務省条約局法規課法令研究会編、1988『改訂 わが国における外国人の法的地位』日本加除出版
- ・ 駒井洋監修・近藤敦編著、2002『講座 グローバル化する日本と移民問題 第1期 第2巻 外国人の法的地位と人権擁護』明石書店
- ・ 近藤敦、2001『外国人の人権と市民権』明石書店
- ・ ——、2002「多文化共生政策の展開と人権保障—日本における社会統合政策の特徴と外国人の権利保障の新たな三類型」『法政研究』69巻2号、163頁
- ・ 近藤敦・塩原良和・鈴木江理子編著、2010『非正規滞在者と在留特別許可』日本評論社
- ・ 鈴木江理子、2009『日本で働く非正規滞在者—彼らは「好ましくない外国人労働者」なのか』明石書店
- ・ 高佐智美、2009「外国人の人権—現代社会における出入国管理のあり方」『ジュリスト』1378号、62頁
- ・ 高藤昭、1993「外国人労働者とわが国の社会保障法制」社会保障研究所編『外国人労働者と社会保障』東京大学出版会、3頁
- ・ 手塚和彰、2005『外国人と法〔第3版〕』有斐閣
- ・ 中谷実、2000「外国人の人権—在留期間更新、再入国、出国、私生活の自由—をめぐる司法消極主義と司法積極主義(一)(二)」『南山法学』24巻2号・3号
- ・ 中谷実、2001「外国人の人権—選挙権・公務就任権—をめぐる司法消極主義と司法積極主義(一)(二)」『南山法学』24巻4号・25巻1号
- ・ 畑野勇・倉島研二・田中信也・重見一崇・石崎勇一、2000、『外国人の法的地位—国際化時代と法制度のあり方』信山社
- ・ 日比野勤、1998「外国人の人権(1)(2)(3)」『法学教室』210号、35頁・217号、43頁・218号、65頁

Rethinking Human Rights Barriers and Discrepancies Pertaining to Foreigners in Japan

SEKI Sosuke

Attorney (Tokyo Bar Association), Seikei University School of Law

key words: Fundamental human rights of Foreigners residing in Japan, The Supreme Court's ruling on the McLean Case, The Supreme Court's ruling on the Nationality Act Case

The Immigration Control and Refugee Recognition Act Status of Residence System creates barriers and discrepancies that restrict the human rights of foreigners residing in Japan.

The Supreme Court's ruling on the McLean Case of October 4th 1978 stated that "Fundamental human rights as set forth in the constitution are guaranteed to foreigners only within the scope of the Status of Residence System." In the intervening years, this statement has since taken on a life of its own, wielding tremendous influence on the lives of foreign residents in Japan for the past quarter-century.

On the other hand, it was after the McLean Case ruling that the Japanese government began participating in international human rights conventions. In the past quarter-century, the number of foreigners residing in Japan has increased, with a growing number of foreigners attaining permanent resident status. In addition, the Supreme Court's ruling on the Nationality Act Case of June 4th 2008 shifted the barrier between Japanese citizens and foreign nations by finding the criteria for acquiring Japanese Nationality set forth in article 3-1 of the Nationality Act unconstitutional.

In the wake of these changes, we must now work to break the spell of the McLean Case ruling and rethink the fundamental human rights guaranteed to foreigners residing in Japan.