

<論 説>

外国人に対する在留特別許可における 親子関係を維持・形成する利益 ——近年の3判決を素材として

坂 東 雄 介

1. はじめに — 何が問題となるのか？

1.1. 序

退去強制処分によって、家族の一人が不法滞在として退去強制されたとき、外国人が家族と共同生活を送ることが困難な状況が生じることがある。本稿の中心的課題とする親子分離が問題として生じる想定事例として、例えば、親が不法滞在であるが、子は、多くの場合、小さい頃に親に連れられてきた、若しくは日本で出生したなどの事情により、自らの不法滞在について帰責性がない場合が考えられる。

ところで、このような問題に関する実際の裁判例を通観してみると、場当たり的な「どんぶり勘定」が横行し、明確な指針に基づく法的判断が行われているとはいいがたい。類似の事案であっても結論が異なる事例も散見される。

また、周知のように、最大判昭和53年10月4日¹(民集32巻7号1223

¹ 「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこ

頁）（以下、「マクリーン判決」と呼ぶ）では、在留期間の更新に関する法務大臣の判断について、広汎な裁量を認めている。

ところが、先行研究では、法務大臣の裁量を統制する一般的枠組みを提示するもの²は見られるが、一定の事案において、事例研究の積み重ねによって、在留の可否を判断する際の考慮要素の特定化、考慮の一般的指針の提示及び明確化を目指す試みが乏しいのが現状である。

1.2. 本稿の目的

(1) 対象範囲

本稿は、外国人の親子関係を維持する利益と在留特別許可判断の適否を検討する上で問題となる場合³（家族の中に日本国籍保有者がいる場合と一家全員が外国人の場合。なお、本稿の中心的課題は後者）に関する裁判例の分析・検討を行う。

具体的に扱う素材は、最近下された以下の三つの裁判例である。

A大阪高判平成20年5月28日（判例時報2024号3頁）

B東京地判平成22年1月22日（判例時報2088号70頁）

C名古屋高判平成22年12月9日

(<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110221105529.pdf>)

え又はその濫用があつたものとして違法であるとする事ができるものと解するのが、相当である。」

² 例えば、近藤（2004）では、在留特別許可に関する法務大臣の裁量に関する裁判例を幅広く概観した上で、裁量統制の基準として、「人道または正義の観念」を基準としている場合、「事実認識または社会通念」を基準としている場合、前二者を併用している場合、比例原則と平等原則を用いる場合の4つの類型に整理している。

³ 本稿が対象とする「家族」像は、一夫一妻制、敢えて表現するならば、「通常の日本文化圏で育った者が想定する家族像」である。家族の在り方は、国や文化圏によって多様、相対的なものであり、当事者が「家族」と主張している内容をそのまま受け取って良いのか、という問題がある。家族の範囲は、当事者の出身国に準拠して議論をするべきなのか、それとも日本の文化圏を念頭において議論すべきなのか、という問題は、（単に法解釈論上の問題として解決すべきなのか、ということも含めて）突き詰めていくと発生しうる。しかし、本稿では、そのような相違点も含めた考察まで行っていない。

どの判決も事案はほぼ共通している。一家全員が不法滞在となった外国人家族であって、小さい頃に親と共に日本に来た、若しくは日本国内で出生した子がいる。そして、子は、ある程度日本に滞在し、日本国内に馴染んでいるため、子に対して退去強制を行った場合、精神的、心理的ダメージが大きい。親は、子とともに生活することが子にとっても利益になると考え、親子で日本国内で生活することを望んでいる、というものである。このような理由から、実際の裁判では、在留特別許可における親子が共同で生活する利益に関する判断が争われている。さらに、判決B、Cは、争われている処分が在留特別許可に係るガイドライン制定以後に下されているため、この3判決を対比させることによって、ガイドラインの法的な位置付けを対比させることができると思われる。

(2) 注目する視点

本稿では、考慮要素の特定化の際に、通常理解される法律のほかに、以下の領域にも注目する。

第一に、「在留特別許可に係るガイドライン」（以下、単に「ガイドライン」と略する）である。

本稿では、日本の実務を遂行するうえで参照される「在留特別許可に係るガイドライン」において、積極要素として家族関係を維持する利益が承認されるようになった理由及び実務の立場を明らかにする。

第二に、国内法だけではなく、国際法（条約、国際慣習法、国連決議なども含む）にも着目し、日本の裁判所が、当該領域に関して、国際法をどのように取り入れているのかについて、明らかにする。

(3) 本稿が取り組む課題

本稿は、関連する裁判例の判断を集積させることによって、①在留判断を法務大臣によるブラックボックスにしたままで良いのか、という問題意識を背景に、②外国人の親子関係を維持する利益と在留特別許可判断の適否を検討する上で問題となる場合（家族の中に日本国籍保有者が

いる場合と一家全員が外国人の場合。なお、本稿の中心的課題は後者)を対象範囲として、③在留特別許可判断の際に家族関係を維持する利益がどのように考慮されているのか／されるべきなのか、という問題について取り組むものである。

1.3. 本稿の基底的問題意識

なお、上記の課題の基底には、以下の問題意識がある。

第一に、「どんぶり勘定」が横行する在留判断について、考慮すべき要素を特定化し、在留判断における指針を提示する。この課題に取り組むことによって、法的安定性の実現が達成できることが期待される。

第二に、在留可否判断における考慮要素を特定化することは、同時にもうひとつの可能性を持つ。すなわち、《何を、どのように考慮すべきなのか》という問題に取り組むことは、考慮要素を規範化することによって、これは、法務大臣が持つ広範な自由裁量を法的視点から統制する理論を探求することになる⁴。

2. 法・制度の在り方 ― 問題の前提として

まずは、裁判例を検討する前に、関連する法制度の仕組みについて、若干の整理をしておく。

2.1. 在留特別許可制度について

以下では、まず、出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」と略記する）が規定する在留特別許可制度の概要について説明する。

入管法 24 条では、退去強制事由を規定している。入管法 24 条に定める退去強制事由に該当するかどうか、入国審査官の認定（47 条 3 項）に誤りがないとの特別審理官（48 条）に対し、不服申立ての制度として法

⁴ 筆者の基本的アプローチは、マクリーン判決の「基本枠組み自体に変容を及ぼそうとする、よりラディカルなアプローチ」ではなく、マクリーン判決の「基本枠組み自体は維持した上での裁量統制を試みる手法」（門田（2012）・55 頁）である。

務大臣に対する異議の申出を認めている(49条)。その際、法務大臣は、異議の申出に理由がないと認める場合であっても(すなわち退去強制事由に該当すると認める場合であっても)、容疑者が50条1項各号に該当するときは、その者の在留を特別に許可することができる。50条1項が定める裁決の特例を、一般に在留特別許可と呼ぶ。この在留特別許可は、異議の申出に理由があるかどうかの裁決とは別の観点からなされる処分である⁵。在留特別許可を与える場合には、法務大臣は、在留期間その他必要と認める条件を附することができる(50条2項)。

また、注意すべきは、在留特別許可は「在留特別許可」という在留資格が与えられるわけではない点である。在留特別許可は、入管法別表第一、第二に定める在留資格の中から(=在留資格制度の枠内で)法務大臣が適当と判断したものが、当該外国人に特別に付与されるものである。したがって、別表に規定していない在留資格を付与することはできない。

本稿にて取り上げる裁判例では、50条1項4号(なお、改正前は3号)の「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き。」という規定の運用の仕方が問題となっている。

周知のように、適法に滞在していた外国人の在留期間の更新の適否について争われたマクリーン判決では、法務大臣の広い裁量を認めている。在留特別許可についても同様に法務大臣の広い裁量に委ねられる⁶。その上で、在留特別許可は、「在留特別許可の対象となるのは(適法に在留している外国人に対する在留期間更新の場合とは異なり)不法在留等により退去強制の対象となる外国人であること」から、「裁量権の範囲は在留期間更新許可の場合より更に広範である」⁷と解されている。無論、広範な裁量に委ねられているとは言え、裁量にも限界はある。例えば、東京地判平成16年9月17日(判例時報1892号17頁)では、在留特別許可

⁵ 以上の説明は、手塚(2005)・101頁を参照した。

⁶ 坂中=齋藤(2007)・634頁。

⁷ 東京高判平成12年6月28日(訟務月報47巻10号3035頁)。同様の見解として、東京高判平成16年3月30日(訟務月報51巻2号538頁)。

の「裁量権の範囲は、在留期間更新許可の場合よりも更に広範であると解するのが相当である」と判示しつつも、裁決を違法と判断している。

2.2. 議論の素材となる関連規定・規範

本稿で議論の素材とする規定は以下のとおりである。

(1) 児童の権利に関する条約

児童の権利に関する条約も、本稿が扱う事例に関する裁判でよく用いられる規定である。

同3条1項では、「児童の最善の利益」の確保を定めている。

「第3条

1 児童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、児童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、児童の父母、法定保護者又は児童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、児童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、児童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。」

また、同9、10条では、次のように規定している。

「第9条

1 締約国は、児童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児童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、父母が児童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児童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、その手続に参加しかつ自己の意見を述べる機会を有する。

3 締約国は、児童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児童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児童の抑留、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、児童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、その情報の提供が児童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。

第10条

1 前条1の規定に基づく締約国の義務に従い、家族の再統合を目的とする児童又はその父母による締約国への入国又は締約国からの出国の申請については、締約国が積極的、人道的かつ迅速な方法で取り扱う。締約国は、更に、その申請の提出が申請者及びその家族の構成員に悪影響を及ぼさないことを確保する。

2 父母と異なる国に居住する児童は、例外的な事情がある場合を除くほか定期的に父母との人的な関係及び直接の接触を維持する権利を

有する。このため、前条1の規定に基づく締約国の義務に従い、締約国は、児童及びその父母がいずれの国（自国を含む。）からも出国し、かつ、自国に入国する権利を尊重する。出国する権利は、法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この条約において認められる他の権利と両立する制限にのみ従う。」

9条1項では、児童が父母から分離されないことを規定している。ただし、9条4項では、退去強制によって親子の分離が生じることを予定しているように読める。この問題をめぐる見解の対立については、後述する。

(2) 市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」と略する）

自由権規約は、17条1項及び2項において、私生活、家族に対する干渉からの防御を定めている。

「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又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。」

退去強制により家族が分離されることが、自由権規約17条の問題として位置づけることができるのかを問う必要がある。また、自由権規約に関連して、自由権規約委員会の一般的意見⁸も議論の素材となる。この法

⁸ 原文は、以下のウェブサイトから入手可能である。

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

また、日本弁護士連合会のウェブサイトでは翻訳も公開している。

http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/

的性質については後述する。

(3) 在留特別許可にかかるガイドライン

法務省は、ウェブサイトで、「在留特別許可に係るガイドライン」を公表している⁹。これは、平成17年3月に策定された第3次出入国管理基本計画及び同18年3月31日に閣議決定された規制改革・民間開放推進3ヶ年計画を踏まえ平成18年10月に公表され、その後の見直しされ、平成21年7月に改訂されたものである。また、全てではないが、在留特別許可の許可・不許可に関する行政事例もウェブサイトで公表している¹⁰。

ガイドラインは、「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」という項目の中で、次のように述べている。

「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。」

その上で、積極要素と消極要素を掲げている。「特に考慮する積極要素」として、次の項目を掲げている。

- 「(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、

liberty_general-comment.html

⁹ <http://www.moj.go.jp/content/000007321.pdf>

¹⁰ http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri01_00008.html

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、本邦の諸島・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」

「その他の積極要素」としては、例えば、「(1)当該外国人が、不法滞在者であることを申告するため、自ら地方入国管理官署に出頭したこと」、 「(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」などが挙げられている。

「特に考慮する消極要素」としては、「(1)重大犯罪等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」などがある。

また、「第2 在留特別許可の許否判断」では、次のように述べている。

「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。」

このような内容を有するガイドラインであるが、判決B、Cでは、実際にガイドラインを判断の中に組み込んでいる。ガイドラインは、必ずしも法的な位置付けが明確ではないが、実際に検討する必要がある素材である。ガイドラインを、単なる「内部準則」に過ぎないと捉え、「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っても、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」（マクリーン判決）と割り切ってもよいのだろうか。また、在留以外の領域における関連議論（例えば、行政の内部基準と裁量に関する議論の蓄積）が、法務大臣の広範な裁量を前提とする在留制度及びマクリーン判決に対して、どのような影響を有しているのか。ガイドラインに関する法的位置づけについても整理する必要があるだろう。

2.3. 問題意識の再確認と検討対象の場合分け

本稿では、冒頭で提示した問題意識に沿って、上記に示した規範、規定などが、法的にどのように位置付けられているのかを、実際の裁判例の分析、検討を通じて明らかにする。

問題の検討に入る前に、検討する事象の場合分けをしておく。本稿では、外国人の親子関係を維持する利益と外国人の在留特別許可に関する裁判例を分析、検討するが、問題となる場合を、両親の一方が日本国民

の場合と家族全員が外国人の場合に分けて考えるべきである。本稿の中心課題は後者であるが、以下では、まずは前者について検討する。

3. 両親の一方が日本国籍保有者の場合

両親の一方が日本国民の場合であって、在留特別許可が問題となる事例については、必ずしも本稿の中心ではないが、比較・対照するために触れておく。まず、問題状況が若干複雑なため、場合分けをする。もちろん、様々な問題状況が考えられるが、以下では、思考の便宜のために、〈3.1. 両親が婚姻状態（若しくは内縁状態）であって、両親の一方が外国人であり、子が日本国民の場合〉と〈3.2. 両親の婚姻関係が破綻し、共同で生活を送ることが期待できない状態であって、父、若しくは母単独で子を養育し、父又は母が日本国民であって、子が外国人の場合〉の二つの場合を中心とする。

3.1. 両親が婚姻状態（若しくは内縁状態）であって、両親の一方が外国人であり、子が日本国民の場合

この事例では、外国人である親の一方が退去強制されることを想定している。この場合は、むしろ、外国人である親と子の分離というよりも、両親の婚姻関係が維持できない問題に付随する問題として処理した方が適切である。

その理由については、入管法上の在留資格として、「日本人の配偶者」という資格があるが、「日本人の子の親」という資格はないことに求められる。法解釈上の現実的問題として、存在しない資格よりも、存在する資格が議論の中心となる（[3.1.2]にて紹介している裁判例を参照）。この場合は、配偶者の分離を軸として、付加的に子との分離を主張することになる。

3.1.1. ガイドラインの対応

実務レベルでも、一般に、配偶者の一方が日本国民の場合、在留特別

許可が認められやすい。ガイドラインでも、「特に考慮する積極要素」として、次のように規定されている。

「(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」

もちろん、子がいることも積極要素として排除されているわけではない。ガイドラインには、「特に考慮する積極要素」として、次の項目を掲げている。

「(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」

このように、外国人が日本国民と婚姻し、かつ日本国民である子を扶養している場合は、「特に考慮する積極要素」が2つも重なっている。しかし、在留特別許可が常に認められるというわけではない。法務省がウェブサイト上で公表している「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」¹¹を見ると、「配偶者が日本人の場合」であって、子が

¹¹ <http://www.moj.go.jp/content/000072881.pdf> 及び <http://www.moj.go.jp/>

いる場合であっても、売春行為・売春斡旋などの疑い、覚せい剤取締法違反などの不法性が強い犯罪を犯した場合などには不許可となっていることが伺われる。もちろん、これは、全ての事例を公表しているわけではないため、参考程度に留まる。

3.1.2. 裁判例の傾向

裁判例でも、どちらかといえば、外国人の両親（一方が日本国民）の婚姻保護の観点から、在留特別許可を認めなかった判決の取り消しを認めやすい。その場合、根拠規定は憲法 24 条と自由権条約 23 条が考えられる。例えば、東京地判平成 11 年 11 月 12 日（判例時報 1727 号 27 頁）では、次のように判示している。

「ところで、婚姻は、夫婦が同等の権利を有することを基本とし、相互の協力により維持されなければならないものであり（憲法二四條参照）、我が国の国民が外国人と婚姻した場合においては、国家としても、当該外国人の在留状況、国内事情、国際情勢等に照らして当該外国人の在留を認めるのを相当としない事情がある場合は格別、そうでない限り、両名が夫婦として互いに同居、協力、扶助の義務を履行し、円満な関係を築くことができるようにその在留関係等について一定の配慮をすべきものと考えられ、B 規約二三條も「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。」「婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。」と規定し、その趣旨を明らかにしているところである。そして、入管法が「日本人の配偶者」を在留資格として掲げているのもその配慮の一つの現れであるとみることができる。

被告法務大臣は、在留特別許可を与えるか否かについて前記のとおり広範な裁量権を有するものであるが、日本人と婚姻し、夫婦の実体

を形成している外国人について右の裁量権を行使するに当たっては、両名の夫婦関係の維持、継続を保護するという右に述べた見地から十分な配慮をすることが要請されているものというべきである。」

この事例では、両者が一年半近くの交際が存在していたこと、婚姻関係に実態があること、婚姻意思が成熟していないのに強制送還されるのを回避する目的をもってあえて婚姻の届出をしたものとは認められないことなどを指摘し、このような事情から考えると、法務大臣の裁量には逸脱・濫用した違法が認められると判断した。なお、上記の事例は、子がいる場合ではないが、事例に関する判断の引用の趣旨の観点からは、不適當ではないと思われる。

内縁関係を形成している場合も同様に考えられる。ただし、内縁が婚姻と同視しうる程度に保護性が高いかどうかが問題となる¹²。

¹² この場合は、婚姻が真摯なものかどうかが中心的な争点となる。例えば、東京地判平成20年2月29日（判例時報2013号61頁）では、次のように判示している。なお、子がいる場合は、さらなる積極要素となるため、在留が認められやすくなるであろう。したがって、以下の事例は、子がいる場合ではないが、事例に関する判断の引用の趣旨の観点からは、不適當ではないと思われる。

「ところで、日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとっては、配偶者の選択、住居の選定等、婚姻及び家族に関する憲法上の保護利益（憲法24条）に関わる事柄であり、このような憲法上の保護利益は、出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要するものであることはいうまでもない。そして、憲法24条1項が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものである旨を定めていることに鑑みると、上記のような憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲は、婚姻の届出によって成立する法律上の婚姻にとどまらず、婚姻の届出はしていないが事実上これと同様の事情にある関係、すなわち、内縁関係をも含むものと解するのが相当である。

そうすると、本邦への在留を希望する外国人が、日本人との間に法律上又は事実上の婚姻関係がある旨を主張し、当該日本人も当該外国人の本邦への在留を希望する場合において、両者の関係が、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むという婚姻の本質に適合する実質を備えていると認められる場合には、当該外国人に在留特別許可を付与するか否

かの判断に当たっても、そのような事実は重要な考慮要素として斟酌されるべきであり、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない限り、当該外国人に在留特別許可を付与しないとする判断は、重要な事実を誤認があるために全く事実の基礎を欠く判断、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くために社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかな判断として、裁量権の逸脱、濫用となるものと解するのが相当である。」

「(3)以上の事実関係によれば、原告とaは、まず原告がaに求婚し、aもその後の原告との約1年に及ぶ同棲生活を送る中でこれを受け入れる気持ちを固め、改めてまでの期間に限っても、aが交通事故後遺症の療養のため実家に戻っていた一時期を挟んで、実に約16年もの長期にわたる共同生活を続けてきたものであり、この間の原告とaとの生活状況は、婚姻の届出こそないものの、経済的な相互扶助関係を含め、社会一般の夫婦生活と比べても遜色のない、内縁関係と呼ぶにふさわしい実質を備えたものであったことがうかがわれ、一時、aが交通事故に遭い実家に戻っていたときには、内縁関係解消の危機が訪れたものの、原告の献身的な努力でこの危機を乗り越え、本件裁決の翌日には遅ればせながら婚姻の届出も行ったことが認められる。そして、婚姻の届出が遅れたことについても、上記認定の事実によれば、一応それなりの理由があったものといえることができることを併せ考慮すれば、原告とaとの関係は、遅くとも本件裁決の時点においては、相互の協力と扶助によって相当程度安定した状態にあったと認めることができるのであって、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むという婚姻の本質に適合する実質的な関係にあったといえることができる。」

同様の判断として、東京地判平成16年9月17日（判例時報1892号17頁）。

ただし、不法性・在留状況の悪質性が高い場合、婚姻が真性なものであっても、在留特別許可を認めなかった裁決を、裁量の範囲内と判断している。例えば、東京高判平成12年11月12日（判例時報1777号43頁）では、次のように判示している。

「本件決定に違法な点があるか否かについてみると、控訴人は、平成4年1月16日ころ他人名義の旅券を使って本邦に不法入国し、不法就労を繰り返して平成7年5月28日本邦から退去強制されたこと、この退去強制の事実を秘し第1回退去強制時とは氏名を変えて在留資格認定証明書の交付を受けた上平成10年11月7日に本邦に上陸したこと、平成12年2月24日に売春の勧誘をしたため売春防止法違反で逮捕されたがこのような犯罪に至った経緯に酌むべき事情があるとは言い難いこと、本邦への2度目の上陸から逮捕までの約1年3か月余りの間に3回タイ国に帰国し、その帰国の期間は合計で約6カ月半であって我が国に対する定着性も強いものではないことは前記認定のとおりである」。「このような事情を考慮すると、控訴人の犯した売春防止法違反の事実が極めて悪質なものではなく、控訴人及びその夫である正基が日本での婚姻生活を強く望んでいること、

3.2. 両親の婚姻関係が破綻し、共同で生活を送ることが期待できない状態であって、父、若しくは母単独で子を養育し、父又は母が日本国民であって、子が外国人の場合

この事例では、外国人である父又は母が退去強制されることにより、子との分離が生じる。この場合は、両親の婚姻関係がそもそも成立していない、又は破綻したとして、当初からもう一方の親に子を養育することが期待できない場合を想定している。

子が日本国民であって、母親と子の分離については、東京地判平成6年4月12日(判例タイムズ871号175頁)がある。

この事例では、父親は存在するが、入退院を繰り返して不安定な健康状態であり、自ら子を養育することが可能な状態ではなく、また、積極的意思もない。父親による養育は期待できない状況にある。

原告である母親は、元々は、就学ビザを受けて入国し、当初日本語の勉強をした後、デザイン専門学校においてインテリアデザインの勉強をしていた者である。途中で妻子ある男性と男女関係を持つようになり、男性の子を出産した。子は、出生前認知によって、日本国籍を取得している。本件は、その原告に対し、在留期間が経過していることを理由に、在留を認める異議の申立てに理由がない旨の裁決及び退去強制令書発布処分が下され、その取消を求めた事案である。

判決は次のように述べる。

原告は、母として未成年の子「に対する監護・養育の権利を有し及

今回の上陸に当たり第1回退去強制の事実を秘したのが我が国での夫との婚姻生活を送るがためであったこと等控訴人の主張する事由を考慮しても、控訴人に特別に在留を許可すべき事情があるとは認められないとした被控訴人法務大臣の判断がその裁量を逸脱・濫用したものであるということとはできない」。

同様の判断として、大阪高判平成19年2月1日(訟務月報53巻5号1701頁)。

び義務を負っているが、このような我が国の国籍を有する児童の監護・養育という事由を外国人の在留資格として認めていない我が国の法制上は、外国人が我が国の国籍を有する児童について、その監護・養育の権利を有し、義務を負う場合であっても、その外国人は、そのことのみを理由に我が国に引き続き在留することを保障されるものではなく、その我が国における監護・養育の権利の行使又はその義務の履行は、その外国人が本邦に在留することができるという枠内においてのみ可能となるにすぎないものといわざるを得ない。」

上記の事情により、父親による養育が期待できる事情ではなく、また、子は、現在、「児童福祉施設において保護を受けており、その生存が脅かされるなど、その福祉に欠ける状況はない。」

原告は、母として、現在3歳の子を「具体的にどのように監護し、養育していくかを、そして、原告が退去を強制されるとしても、同児を自ら監護・養育するためこれを同行するかは」、父に「同児の監護・養育の積極的意思が認められない以上、原告自身の選択に委ねられているのであって、仮に原告が退去強制令書を執行されることになり、その際、自ら」子を「同行する途を選択せず、あるいは、日本国籍を有する同児に必要な旅券の取得等の手続をしないため、同児が本邦に残留する結果に至ったとしても、同児自身は児童福祉施設に置いて保護を受けることが可能であるから、その本邦における生存が脅かされたり、生活が不可能になるなど、その福祉に欠けることとなる事情はなく、原告の監護権および養育権が不当に侵害されるということにはならない。」

このような判決の結論にやや疑問あると評価せざるを得ない。ガイドラインでも、「特に考慮する積極要素」として、次のように定めている。

「(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」

もちろん、本件はガイドライン制定以前の事案であるが、ガイドラインに照らして考えると、本件は、まさに、「特に考慮する積極要素」である。また、消極要素としては、母親の法違反がどの程度だったのかが問題となるが、被告国側の主張によれば、パブ、スナック、クラブなどで稼働していた以外は、特に問題はなく、決して好ましいとは言えないものの、他と比べてもそれほど高いと言えない。

本判決では、子の福祉が問題となっているが、福祉というのは、単なる子の生存の維持だけではないだろう。児童の権利に関する条約に規定する3条1項「児童の最善の利益」には、単なる生存だけではなく、子にとって有益な成長・発達を含むと解することも問題はないはずである。

であるならば、判決では、原告の請求を簡潔に棄却しているが、少なくとも、もう少し細かく審査すべきだったのではないか。本件において、真に子の福祉に適合的なのは、児童福祉施設か母親かという問題を立てて、母親の元で生活するメリット（母親の稼得能力、愛情、子のアイデンティティなどの観点から、母親が育てた方が良いという場合）を、慎重に検討すべきだったのではないか。本判決は、在留制度の枠内における養育権の行使という母親側の側面しか検討しておらず、子の利益を検討していないという意味で、理論構成には疑問が残る¹³。

¹³ ただし、母親の違反の程度が極めて高い場合（殺人など）は、退去強制による親子分離が生じるような場合を肯定せざるをえない。

4. 家族全員外国籍の場合

本稿が中心として検討する問題は、家族全員が外国人の場合に生じる親子の分離（これに付随して、兄弟姉妹の分離）である。なお、本稿では、一家全員が同じ国籍の事例を念頭においている¹⁴。

多くの場合、外国人の子どもは、親とともに来日する。または、日本国内で出生する。外国人である親を退去強制した場合、親と離れることになるが、子どもは不法滞在について、自ら招いたとは言い難く、帰責性がない。不法滞在の帰責性を親に対して求めることは問題ないが、子に対して求めるのは、酷であるように思われる。

また、子であって、日本で生活することが長い者は、国籍国よりも日本の生活習慣や言語に馴染んでいる場合が多く、退去強制を行うと、たとえ子にとって国籍国とはいえ、環境の変化により、子にとって大きな精神的、心理的ダメージとなりうる¹⁵。

このように考えると、子には在留を認めるべきである、という方向へと考えるべきかもしれない。しかし、子にのみ在留を認めた場合、子は親から離れて生活することになり、子の利益にとって適当とは言いがたい。それでは子と一緒に親にも在留を認めるべきである、というわけにもいかない。このような論理を承認することは、子どもを理由に親の不法滞在を正当化することになるからである。

では、親と子が共同で生活する利益を、在留制度の仕組みの中で、ど

¹⁴ 一応、両親が違う国籍の場合も問題となるが、ここでは検討の中心としない。両親ともに外国人であって、かつ異なる国籍の場合に生じた家族の分離について争われた事例としては、平成19年3月23日（LEX/DB28130871）。この判決では、「原告B及びCが、フィリピンからトルコへ入国することにも、逆に、原告Aが、トルコからフィリピンへ入国することにも、大きな困難が伴うとは認め難い」として、それぞれを国籍国へと送還する判断を裁量の範囲内と結論を下している。同様の判決として、名古屋地判平成17年8月31日（判例タイムズ1250号110頁）。

¹⁵ この意味において、筆者は、鈴木（2010）・84頁が指摘している「自らの選択として『不法』に滞在している親は悪いが『子どもに罪はない』」という「非正規滞在家族に対する在留特別許可の許否」に関する「基本的論調」と方向性と一致している。

のように位置づけるのか。まずは関連する法制度について検討した後に、近年の裁判例の流れを概観する。

4.1. 条約に基づく主張について

条約に基づく主張にはいくつかのパターンがある。ここでは、児童の権利に関する条約と自由権規約に基づく主張について検討する。その前提として、条約の法的性質に関する理解について、若干の整理を行う。

(1) 条約の国内法的効力について

憲法 98 条 2 項の規定から明らかなように、条約も、国家の活動範囲(本稿の課題に即して言えば外国人の在留可否判断に関する法務大臣の裁量)を統制・限定する根拠となるのは間違いない¹⁶。マクリーン判決でも、「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていること」(下線部は引用者が付した)としている。

別な言い方をすれば、マクリーン判決を前提とするにせよ、「特別な条約」が存在する場合は、国家は、外国人の在留可否判断を文字通り完全に自由に行うことができるわけではないということになる。つまり、「日本に在留している外国人の退去強制を行うことは、原則として国家の裁量権の範囲内にありますが、それを制約する条約や慣習法の枠組みがあるかどうかの問題¹⁷」なる。このような理解の下、児童の権利に関する条約や、自由権規約を「特別な条約」に含まれると読むのは決して不当な解釈ではない¹⁸。なお、日本が前者の条約を批准したのが 1994 年(平

¹⁶ 宮澤(1978)・808頁、樋口ほか(2004年)・343頁[佐藤執筆]なども、条約が国家を法的に拘束するのは当然のことと述べている。

¹⁷ 岡田ほか(2008)・58頁[古谷発言]。

¹⁸ 菅(2006)・444-445頁。

成6年)、後者を批准したのが1979年(昭和54年)、であって、いずれもマククリーン判決以後である。

条約の国内法的効力を実現するための手法として、以下の二つがある¹⁹。

第一の手法は、直接適用であり、これは、「ある条約の規定(条約全体とは限らない)が、ある事案において司法判断を行うに際して、条約規定自体に依拠して認定を行い得る程度に明確で具体的であれば、条約規定を司法判断の直接の根拠とする」手法と説明される。

第二の手法は、間接適用である。これは、「条約規定を国内法の解釈・適用の指針として、あるいはその解釈・判断を補強するために用いる」。すなわち、「条約規定に直接に判断の根拠とするのではなく、国内法の解釈・適用を条約の趣旨にそうように行う」手法と言われている。

一般的受容体制²⁰を採用している日本²¹では、直接適用、間接適用とも、どちらでも可能である²²。これは、条約、条文の性質次第で決まる。「規約のすべての規定が直接に適用できるわけではない。規約の規定が直接適用可能かどうかは、特定の事案の事実関係や、規約が援用される文脈(訴訟の種類など)などにより異なり、同じ条文でも、その直接適用の可否の判断は異なり得る」²³。

日本の裁判所及び日本政府が、国際人権条約の国内法的効力を肯定しつつも実際の適用そのものに消極的な点は、学者のほか、関連する訴訟に積極的な弁護士側がとくに批判するところではある。その理由としては、日本政府及び裁判所には、人権条約にて詳細な規定を置いていたと

¹⁹ 以下の説明は、申(2009)・378-379頁による。

²⁰ 一般的受容体制とは、「国際法規範はそのまま直截に国内法秩序で適用され、国際法の国内的実現について特段の国内的措置を要しない」(山本(1999)・92頁)体制を指す。

²¹ 山本(1999)・103-104頁、宮澤(1978)・808頁。

²² 村上(2006)・281頁。

²³ 葉師寺ほか(2006)・31頁[村上執筆]。また、村上(2004)・8頁も参照。

しても、それらは、憲法の権利規定を超えるものではなく、国内法の解釈で問題が解決するという意識があると指摘されている²⁴。

しかし、裁判例の中には適用を認めるものも存在しないわけではない。有名なものとしては、「監獄法及び同法施行規則の接見に関する事項も右B規約14条1項の趣旨に沿って解釈されなければならない」と判示し、刑務所内における弁護士との接見時間を30分以内とした刑務所所長の措置を違法とした徳島地判平成8年3月15日(判例時報1597号115頁)、日本国籍を取得した外国人に対して外見が外国人に見えることを理由に入浴拒否をした公衆浴場の行為が、「国際人権B規約26条、人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたるというべきである」と判示した札幌地判平成14年11月11日(判例時報1806号84頁)などがある²⁵。

本件と同様の在留関係について争われた裁判例を見る限りでは、国際人権規約を判決に用いる際の手法としては、間接適用説が主流だと思わ

²⁴ 申(2009)・387-388頁、芹田ほか(2008)・209頁、徳川(2004)・36-37頁。

²⁵ より詳細な判示内容は以下のとおりである。

「私人相互の関係については、上記のとおり、憲法14条1項、国際人権B規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法14条1項、国際人権B規約及び人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる。」

これを本件入浴拒否についてみると、本件入浴拒否は、Oの入口には外国人の入浴を拒否する旨の張り紙が掲示されていたことからして、国籍による区別のようにもみえるが、外見上国籍の区別ができない場合もあることや、第2入浴拒否においては、日本国籍を取得した原告Jが拒否されていることからすれば、実質的には、日本国籍の有無という国籍による区別ではなく、外見が外国人にみえるという、人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づく区別、制限であると認められ、憲法14条1項、国際人権B規約26条、人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたるというべきである。」

れる²⁶。例えば、福岡地判平成15年3月31日(判例タイムズ1234号73頁)では、次のように判示している。

「本件各処分が、B規約若しくは児童の権利条約又は憲法98条2項に違反して違法となるとの控訴人の主張は採用できない。もっとも、憲法98条1、2項(条約・国際法規の遵守)及び憲法(公務員の憲法尊重擁護義務)の精神やその趣旨(家族の結合の擁護や児童の最善の利益の保障)を誠実に遵守し、尊重する義務を負う。したがって当該外国人に在留特別許可を付与するか否かに当たって、被控訴人法務大臣は、国際人権規約(B規約や児童の権利条約)の精神やその趣旨を重要な考慮要素としなければならない。」

ほかにも、判決Bでは、「確かに、児童について父母の意思に反して父母から分離することは、一般に児童の最善の利益の観点から望ましくなく、できる限り避けることが必要である(児童権利条約9条参照)」と判示している。

(2) 条約解釈における自由権規約委員会の「先例」

自由権規約委員会は、28条以下の規定によって設立された機関である。同委員会が、個人通報制度(第一選択議定書)の中で蓄積されてきた「先例(jurisprudence)」が、条約解釈の際に参考になる。「先例」には、「各個人通報事例の『見解(view)』や、こうした見解の蓄積に基づく各条のコメンタリ(註釈)としての性格をもつ『一般的意見(general comment)』」が含まれる²⁷。この性質については、次のように説明されて

²⁶ 例えば、江島晶子は、一般論として、「裁判所は国際法の直接適用には積極的ではないが、間接適用においては、国内法の解釈指針として積極的に援用する場合もある」と指摘している(江島(2008)・429頁)。同様の指摘として、岩沢(2010)・117頁。

²⁷ 芹田ほか(2008)・214頁、徳川(2004)・39-41頁。

いる。

「厳密に言えば、規約の文言上、委員会を規約の有権的解釈機関として認めた条文は存在しない。また、個人通報における見解もあくまで当該通報にのみ関連し、一般性を有さない。したがって、形式的には自由権規約委員会の解釈が日本に対して法的拘束力をもつことはない。しかし、この当事国における規約の適用に対して、その履行監視機関である委員会が無関心であるとはおよそ考えられない。規約が定める普遍的な人権基準の達成こそが委員会の職務であり、その職務遂行の過程で生まれた見解や一般的意見の解釈と異なる当事国の解釈を容認することは、規約の目的の実現を妨げることになる。」²⁸

「委員会の一般的意見は、特定国に対するものではないという意味で「一般的」意見とされているもので、内容的には、規約の各条項に関する委員会の見解や、締約国に全体に注意を促す事項を述べた文書である。」²⁹

「締約国は、条約をどのような手続・方法で国内的に実施するかを決定を第一次的に委ねられているとはいえ、その国内の実施が条約の要求を満たすものであるかどうかは常に委員会による国際的監視の下に置かれ、不十分であれば繰り返し是正を迫られる。」³⁰

「条約によって設置された唯一の条約機関として特別の地位を持つ委員会が、条約で設置されたそれぞれの制度の枠内で所定の手続を経て採択したものとして、国際的に高い権威を有するものといわなければならない。」³¹

²⁸ 薬師寺ほか (2006)・48-49 頁。

²⁹ 申 (2009)・371 頁。

³⁰ 申 (2009)・372 頁。

³¹ 申 (2009)・372 頁。

このような観点から、日本国内の裁判例の中には、法解釈の際に、一般的意見が相当程度参考になる、と判示したものもある。例えば、大阪地判平成 16 年 3 月 9 日（判例時報 1858 号 79 頁）では、次のように判示している。

「B 規約については、B 規約 28 条に基づいて人権委員会が設置されており、かかる人権委員会は、B 規約の締約国からの報告を検討し、適当と認める一般的な性格を有する意見を締約国に送付する権限を有することから、特定の締約国に対する勧告に代えて、B 規約締約国全体に宛てたゼネラルコメントを採択しているところ、ゼネラルコメントが B 規約を直接の検討対象としていることをも考え合わせれば、ゼネラルコメントは、条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈について当事国の合意を確立するもの（条約法条約 31 条 3 項(b) 参照）ないし解釈の補足的な手段（条約法条約 32 条参照）に準ずるものとして、B 規約の解釈にあたり、相当程度尊重されるべきである。」

これは、拘留所に勾留中の被告人から選任されて刑事弁護人に就任した弁護士である原告が、拘留所の職員らに対し、被告人の刑事事件に置いて証拠物として採用されているビデオテープを再生しながら被告人と接見することを申し入れたところ、職員らがビデオテープの内容を検査しなければ申し入れに係る接見は認められないとしてこれを拒否したが、このような行為は、刑事訴訟法 39 条にて保障される弁護人と身体を拘束された被告人等との間の秘密接見交通権を侵害する違法なものであるとして、原告が国賠請求を求めた事案である。大阪地判は、B 規約 14 条を刑事訴訟法 39 条 1 項解釈の際の参考となると位置付け、最終的には、秘密接見交通権の由来する憲法及び B 規約の趣旨に違反する違憲・違法な所為であると結論を下した³²。

³² 同判決に対する分析として、江島晶子「判批」ジュリスト 1291 号（平成 16 年度

本稿では、条約解釈も対象とするが、上記の理由により、自由権規約の先例³³も参照する³⁴。

(1)、(2)にて触れた条約の性質を踏まえ、以下では、本稿の問題関心に従い、各条約に基づいてどのような主張ができるのか、検討する。

4.1.1. 児童の権利に関する条約

(1) 9、10条について

児童の権利条約は、前述のように、9条では親からの分離の禁止を、10条では家族の再統合を規定している。規約の条文を一見する限りでは、外国人親子の分離を抑止するための規範として機能するように読めなくもない。

しかし、この点について、日本政府は、児童の権利条約であっても退去強制による親子分離が生じうることを予定しているという趣旨の解釈宣言を提示している³⁵。

これに対して、児童の権利に関する委員会は、1998年6月に出された最終見解において、「6. 委員会は、…第9条1及び第10条1に関する解釈宣言を懸念をもって留意する。」³⁶と応答している。

また、日本弁護士連合会は、「子どもの権利条約に基づく第1回日本政府報告に関する日本弁護士連合会の報告書」(1997年7月14日提出³⁷)に

重要判例解説) 7頁 (2005年)

³³ なお、自由権規約委員会の一般的意見の原文は、自由権規約委員会のウェブサイトより入手可能である。<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

また、翻訳は、日弁連のウェブサイトより入手可能である。
http://www.nichibenren.or.jp/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/liberty_general-comment.html

³⁴ 同旨の見解として、阿部 (2009)・3頁。

³⁵ 波多野 (2005)・67頁、松井ほか (2005)・628頁。

³⁶ <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/9806/index.html>

³⁷ なお、原文は、日弁連のウェブサイト上で公開している国際人権ライブラリーか

て、「日本政府が条約第 10 条 1 項についてなした解釈宣言を撤回すべきである。」「外国人である親に対する退去強制によって、親子分離が余儀なくされることがないように出入国管理法を改正するとともに、行政がなした退去強制に対して効果的な司法審査がなされるようにすべきである。」と提言している。日弁連による報告書の内容は、児童の権利委員会よりも詳細なため、以下で紹介する。

「出入国管理と親子分離

213. 政府は、子どもの権利条約批准にあたって、親子の分離禁止について定めた 9 条 1 項について「この規定は父母が児童を虐待する場合のような特定の場合について適用されるものであり、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ついては適用されるものではないと解する」との解釈宣言をし、家族再会について定めた 10 条 1 項についても「この規定にいう『積極的、人道的かつ迅速な方法』で出入国の申請を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する」との解釈宣言をした。

214. 出入国管理法の下では、親が外国人で子が日本人であるような場合に、「日本人の子どもの親」という在留資格が認められていないために、外国人である親に対する退去強制によって、親子分離を余儀なくされる場合が生じる。たとえば、外国人配偶者の超過残留が発覚して強制退去される場合や外国人配偶者が離婚などによって配偶者としての在留資格を失ったために帰国せざるを得ない場合に、外国人配偶者は、日本で生まれ育った日本国籍の子どもを連れて帰国するか（この

ら入手可能である。

http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/child_report-1st_jfba.html

場合、もう一方の親と子どもとの分離が生ずる)、子どもを日本に残して帰国するか(帰国する親と子との分離が生ずる)の選択を迫られることになる。しかも、家族再会のための出入国についても、出入国管理法5条1項9号により、退去強制されて少なくとも1年間は日本に入国できない。

215. また、現在の出入国管理法では退去強制させるか否か、出入国を認めるか否かが法務大臣の自由裁量とされており、条約9条1項の要求する「権限ある司法審査」がまったくなされていない。その結果、「家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべき」(条約前文)子どもの権利が、出入国管理行政の結果、十分保障されない事態が生じているのである。

216. 以上のような子どもの権利条約に真っ向から反する出入国管理の運用については、外国人の人権を守ろうとする諸団体・市民から厳しい批判の声があがっていたところであり、プラレス・アサダ・ダイスケ事件では、1996年6月26日、日本弁護士連合会が、ダイスケ君(4歳)がフィリピン人である母とともに退去強制処分に付され、日本人である父と分離されようとしていることは人権侵害であるとして、法務大臣等に退去強制処分を取り消すよう「警告」を発した[IV-A-4]。

217. このような批判を考慮してか、1996年7月30日、法務省は、未婚かつ未成年の日本人の実子を扶養するために日本への在留を希望する外国人の親が、①子どもの親権者であり、かつ②子どもを実際に養育している場合には、「観光」や「興業」などそれまでの在留資格から期間1年間の「定住」の在留資格への変更を許可する旨の通達を全国の地方入国管理局長及び支局長宛に発した。在留期間は延長が可能なので、実質的には日本に永住することも可能になるし、法務省は同時に、オーバーステイの外国人親の場合も、通達の要件を満たしてい

ば「日本人の子どもの親」として、法務大臣による「在留特別許可」を与え定住を認めると発表したので、上記のような親子分離の悲劇の発生は大分緩和される。しかし、法による保護ではなく、あくまでも通達による運用上の改善に留まっている点、法務大臣の裁量に任せられる点、司法審査手続が欠如している点では、やはり子どもの権利条約の要請を満たすとは言いがたい。」

これに対して、日本政府は、「第一回報告書審査 児童の権利委員会からの質問に対する回答」³⁸を出し、解釈宣言の撤回を拒否している。

「この条約第9条1に関し、当該規定は、締約国に対し、父母による児童の虐待又は父母の別居等の特定の場合において、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として児童の最善の利益のために必要であると決定する場合を除き、児童がその父母の意思に反して父母から分離されないことを確保するよう義務づけるものであり、児童又は父母の退去強制、抑留及び拘禁等この条約第9条4において国がとり得る措置として認められている措置により、結果的に親子の分離が生ずることを妨げるものではないと解される。

更に、この条約第10条1に関しても、当該規定にいう「積極的」とは、出入国の申請を原則的に拒否するような消極的な取扱いを禁ずる趣旨であり、「人道的」とは、出入国に関する申請の受理から申請を通じた手続きの中で人道的配慮が必要と認める場合は、かかる配慮を行うべきものとの趣旨であり、また、「迅速」とは右手続がいたずらに遅延しないよう取扱いを適正に行うべきことを各々意味すると考えられる。よって「積極的、人道的かつ迅速な方法で取り扱う。」とは、出入国の申請の審査の結果を予断し拘束するものではないと解される。

しかし、これらの解釈が文言上必ずしも一義的に明確ではないため、

³⁸ <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/9605kaito/index.html>

以下の解釈宣言を行っている。

「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、児童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。」

このような状況では、《子どもの利益を保護する日弁連と冷淡な政府の対立》という構図に見えるかもしれないが、日弁連の提言は、若干射程を限定して読むべきであろう。報告書の中で政府に対して提示した例(特にNo.214、217を参照せよ)は《日本国籍を持つ子と外国人の親》の分離であり、本稿の中心の問題である《家族全員が外国人》という状況ではない。日弁連の指摘は、3.2で取り上げたような事案に対する批判としては成立するとしても、今回取り上げる問題については、そのままでは当てはまらない。少なくとも、家族全員が外国人である本件のような場合について、日弁連側も、親子の分離が生じる場合を否定する材料を提示しきれていない(あるいは、法務大臣の裁量を拘束するまでの特別な事情を提示できないと言うべきかもしれない)。以上の観点から見ると、家族全員が外国人である場合について争われた退去強制については、政府による解釈宣言も理論的な合理性があると評価できる。

なお、裁判例も、一家全員が外国人の家族の退去強制について争われた事案において、「児童の権利条約9条4項は、国家が父母の一方若しくは双方又は児童に対し退去強制を行う結果として児童が父母の一方又は双方から分離される場合がありうることを認めていること」(大阪地判平成19年11月14日(判例時報2024号15頁、判決Aの原審))と判示し、政府見解と同様の立場に立脚している³⁹。

(2) 3条「最善の利益」について

3条1項により、法務大臣は、親子の分離が生じる在留可否判断の際に、「児童の最善の利益」を考慮することが求められている⁴⁰。判決Cにおいても「児童の権利に関する条約3条1項において、児童に関する措置をとるに当たっては児童の最善の利益が主として考慮されるべきであることが規定されており」（21頁）と判示している。ただし、この規定は精神的規定と解されている⁴¹。

3条1項解釈として、次のように説明されている。

「児童の最善の利益が主として考慮」（傍線は引用者）されるということは、児童の最善の利益が常に、考慮されるべき唯一の、最も重要な要素となるわけではなく、考慮されなければならないいくつかの利益のうちの主要なものの一つとして考慮されるべきであるという意味である。例えば個々の児童の間、異なるグループの児童の間及び児童と大人との間で人権に関わる利益の競合又は衝突がある可能性も否定出来ない。しかし、児童の利益は、積極的考慮の対象とされなければならず、児童の利益が第一義考慮事項として模索及び考慮されたことが実証されなければならない。⁴²

「最善の利益」概念が、追求すべき目標・恣意的判断に対する歯止めとして機能することは認めるが、非常に抽象度が高い表現である。そのため、具体的な場面において「最善の利益」とはどのような場合かを確定することが重要である。この点については、後述する。

³⁹ 他に同様の判示をした例として、福岡高判平成17年3月7日(判例タイムズ1234号73頁、LEX/DB28100727)などがある。

⁴⁰ 空野(2007)・117-118頁。

⁴¹ 波多野(2005)・32頁。

⁴² 本文中の説明は、国連人権高等弁務官(2006)・573頁、波多野(2005)・30-31頁を参考としながら、筆者の理解に基づくものである。

4.1.2. 自由権規約 17 条 1 項

退去強制による外国人家族の分離を、自由権規約 17 条上の私生活・家族に対する「不法な」、「恣意的な」干渉と捉えて、法務大臣の裁量を統制するという主張も考えられる⁴³。

その際には、「不法」「恣意的」な干渉とはどのような意味か、が問題となる。自由権規約委員会の一般的意見 16⁴⁴ では、次のように説明されている。

「3 “不法に” (unlawful) という言葉の定義は、法によって認められた場合を除いては、その干渉が発生してはならないという意味であ

⁴³ 関連する事件として、「Winata v. Australia (CCPR/C/72/D/930/2000) 自由権規約委員会 8 月 16 日見解」がある。

本件では、オーストラリアで出生し、出生時には無国籍であったが、オーストラリアに 10 年間居住したことによりオーストラリア国籍を取得した子 (Barry Winata) が、インドネシア国籍であって退去強制されることになった両親と分離することが、17 条違反となるかどうか争われた。

「本件において、両通報者は 14 年以上オーストラリアで生活している。通報者らの息子は、その出生以来 13 年にわたってオーストラリアで成長し、普通の子どもと同様にオーストラリアの学校に通学し、そのことによる社会関係を発展させてきた。このような時の経過を鑑みれば、恣意的とされることを回避するためには、締約国は、単に自国の移民法の執行を越えて、両親の退去強制を正当化する追加の諸要素を示す義務がある」(7.3)。自由権規約委員会は、このように捉え、本件では、「長期にわたって定着してきた家族生活の実質的な変更」(7.2)が生じているため、オーストラリア政府の判断は、17 条 1 項上の「恣意的な干渉」に該当すると判断した (なお、訳出に際し、薬師寺ほか (2006)・215-216 頁 [村上正直執筆] を参考にした)。

Winata 事件は、本稿が中心として扱う一家全員が外国人という場合とは、事案が異なるので、そのまま応用できるものではない。筆者も、Winata 事件を根拠に、外国人の家族が分離することに対して批判することを目的としているわけではない。本稿が強調したいことは、条約解釈論として、退去強制による家族の分離を統制する規範として自由権規約 17 条が候補となりうることである。

⁴⁴ 一般的意見 16 (17 条・私生活、家族、通信等の保護) 1988.3.23 採択。

る。国家によって認められる本権利に対する干渉というものは、法に基づいてのみなし得るものであり、その法はそれ自体、この国際規約の規定、その目的及び目標に合致していなければならない。

4 “恣意的な干渉” (arbitrary interference) という語句も又第 17 条により保護される権利に関連するものである。本委員会の見解によると“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つてさえも、本規約の規定、目的及び目標に合致しなければならないし、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ないということを保障しようとして、“恣意的”という概念を導入したものである。⁴⁵

上記の一般の意見が示すように、「恣意的に若しくは不法に」干渉されないという文言は、干渉が発生する場合であっても合理的であることを求めているのであって、適切な理由が存在する場合は制約されること自体については承認されている⁴⁶。

ただし、児童の権利条約における「最善の利益」概念と同様に具体的な内容には乏しいので、どのような場合が「恣意的」「不法」な干渉なのかは、解釈上の問題として残る。この点については、在留特別許可の可否に関する実質的判断について検討する際に扱う。

4.2. 「在留特別許可に係るガイドライン」の法的な位置付け

法務省は、「在留特別許可に係るガイドライン」（以下単に「ガイドラ

⁴⁵ 日弁連訳による。

http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_general-comment.html

⁴⁶ 川真田(1996年)・201頁。なお、国際人権規約の制約理由と日本国憲法上の公共の福祉概念の相違については、(安藤(1993)・51頁)を参照。

イン」と略記する）を公表している⁴⁷。これの法的性質が問題となる。

裁量基準（裁量権行使の際の準則）だとすれば、マククリーン判決の定式に文字通りに従った場合、ガイドラインを無視した判断を法務大臣が行った場合でも、当不当の問題は生じうるとしても、違法かどうかの問題は生じないことになる。

ガイドラインが設定されたのが平成18年10月、改訂が平成21年7月である。したがって、ガイドラインが設定された平成18年10月以前の処分について争われた事例（判決Aは、処分自体が平成16年でガイドライン設定以前のもの。）と設定後の処分について争われた事例を比較することによって、ガイドラインの設定が判決の中でどのような影響を与えているのかを明らかにする。

4.2.1. 従来の裁判例 — ガイドライン制定以前

ガイドライン制定以後の事案において、ガイドラインを無視して判断しても良いとまで言い切った判決については、今のところ見当たらないが、ガイドライン設定以前に、実務で定着していた基準を無視しても良いと述べた判決は少なくない。従来の判例の傾向を典型的に示しているのは、マククリーン判決の以下の判示部分である。

「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。」

在留特別許可は法務大臣の広い裁量に委ねられると考え、内部の基準に反した処分を下したとしても原則として当不当の問題にとどまる、と

⁴⁷ http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan85.html

位置づける。

マクリーン判決以外にも、以下の判決が、法務大臣の広範な裁量を承認する理由を若干詳しく示している。神戸地判昭和52年3月17日（訟務月報23巻3号523頁）では、次のように判示している。

「被告らは、法務大臣の特在許可の判断は流動的であるほかない。即ち、裁決時の内外の情勢は常に変化しうるし、個々の事案には個有の個人的事情があり、その内容は多岐多様にわたるものであるから、行政先例ないし行政慣行といったものが成立する余地はないと主張し、これに対して原告は、法治主義行政における適正手続保障の原則からして特在許可の判断基準は明確に定立されていなければならないと主張するので検討するに、右判断基準が明確であることが望ましいことは勿論であるが、特在許可の判断は前記のとおり、法務大臣の行政上の考慮等からする広範な自由裁量に属するものと解されるうえ、その性質上、個々の事案における個人的事情に左右されると解されるので、かかる事情をすべて網羅して妥当する判断基準を確定することは困難であり、判断基準を設けることがかえつて裁量の余地を狭ばめる結果ともなりかねない。従つて原告が主張するように判断基準が明確にされていないとしてもやむを得ないものであり、これをもつて直ちに、本件裁決（及び本件令書発付処分）を無効の処分ということは到底できない。」

また、平成16年3月30日（訟務月報51巻2号511頁）では、次のように判示している。

「そもそも在留特別許可は諸般の事情を総合的に考慮した上で個別的に決定されるべき恩恵的措置であつて、その許否を拘束する行政先例ないし一義的、固定的基準なるものは存在しないのであつて、類似事例において在留特別許可がされているからと云つて、直ちに本件各

裁決が違法とになるとはいえない。また、仮に、本件各裁決が実務に反するものであるとしても、…裁量の本質が実務によって変更されるものではなく、原則として不当の問題が生じるにすぎない」（同・527頁）。

マクリーン判決及び上記の2判決から明らかなように、従来の裁判例は、内部基準が存在していたとしても⁴⁸、法務大臣の裁量を統制するものではないとは考えていたと言えるだろう⁴⁹。

4.2.2. ガイドライン制定以後の変化？

しかし、平成18年10月に設定されたガイドライン設定以後に下された処分に関する事案について、判断方法の転換をもたらしている現象を指摘できる。

例えば、判決B（平成22年1月22日（判例時報2088号70頁））では、次のように判示している。

⁴⁸ 昭和56年5月15日衆議院法務委員会の大鷹政府委員・奥野国務大臣発言（法務委員会議録第14号）では、内部には「一応の基準のようなもの」はあるが「非常にはっきりとした基準という形のものがあるわけではない」と述べているように、内部基準の存在自体は一応は肯定されている。

⁴⁹ ほかに、同様の判断として、東京高判昭和54年1月30日（訟務月報25巻5号1382頁）。

「在留の特別許可を与えるかどうかは法務大臣の自由裁量に属し…、その性質は恩恵的なものであるから、法務大臣が従前の多くの許可事例などからその裁量権を行使する準則のような判断基準をもうけることがあるとしても…、それは行政庁の内部の事務処理にあたり処分の妥当性を確保する基準として定められるのにすぎず、その基準に違背しても不当の問題を生ずるに止まり、特別在留許可に関する処分をするにつきその判断基準及び存否を処分理由として明示する必要はなく、その理由を提示しなかったことをもって、自由裁量権の濫用であるとすることはできない。不法入国者に対し在留の特別許可を与えた行政事例が相当数にのぼっていることは被控訴人法務大臣も自認しているところであり、これらの事例から一応の判断基準も抽出されようが、その判断基準についても、右の点は全く同様であるといわざるをえない。」

「法務省入国管理局が定める「在留特別許可に係るガイドライン」(平成 21 年 7 月改定以前のもの。)においても、「難病・疾病等により治療を必要とする場合」を在留特別許可の許否判断に係る積極的考慮要素として定めていることからすれば、原告長男の在留を特別に認める判断がされた可能性が高かったというべきである。」

また、判決 C（名古屋地判平成 22 年 12 月 9 日）では、次のように判示している。

「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が、上記ガイドラインの積極要素及び消極要素として記載されている事項は、在留特別許可を付与しなかった法務大臣等の判断の司法審査においても検討の要点となるものである」。

「新ガイドラインにおいて、「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」が、在留特別許可の許否の判断において特に考慮する積極要素として掲げられていることに照らしても、原告らに対し在留特別許可を付与するか否かを判断するに当たっては、原告長女に係る上記の事情を積極要素として特に考慮することが求められるものというべきである。」

このように、ガイドライン制定以後に設けられた処分について争われた裁判例では、ガイドラインに基づく判断を裁量統制判断に組み込んでいる。この変化の現象をどのように理解するべきなのか、が問題となる。

4.2.3. ガイドラインを裁量基準と位置付ける見解 — 法的な重みを強化する戦略

(1) ガイドラインの法的性質の整理と問題の所在

まず、ガイドラインは、在留特別許可を認める際の判断の裁量基準(行政機関が、裁量権行使のために行政内部で設定した基準)であるのは間違いない⁵⁰。ただし、出入国管理の領域自体が行政手続法の適用除外の対象であるため(行政手続法3条10号)、裁量基準の制定を求める根拠法規があるわけではない。

名称は「ガイドライン」であるが、実際の機能としては行政手続法上の審査基準・処分基準と同一である。出入国管理は、確かに行政手続法上の適用除外の対象ではあるが⁵¹、「入管行政において事前・事後の行政手続は不要である、あるいは一般行政手続法よりも手続保障が劣ったもので構わないことを当然には意味しない」⁵²。最大判平成4年7月1日(民集46巻5号437頁—成田新法事件最高裁判決)が示すように、一般論として、適用除外された「分野における現行の手続が適正手続の法理の規範内容に適合しているか否かの問題は相変わらず残されている」⁵³。例えば、福岡地判平成4年3月26日(判例時報1436号22頁、判例タイムズ787号137頁)では、事前の告知・説明義務が生じる可能性を肯定し、適正手続の保障が出入国管理についても及ぶことを認めている⁵⁴。

⁵⁰ 曾和=金子(2011)・411頁[安本典夫執筆]。

⁵¹ 行政手続法3条1項10号。

⁵² 本多(1995)・52頁。

⁵³ 室井=芝池=浜川(2008)・39頁[本多滝夫執筆]。

⁵⁴ 「法務大臣の特別在留許可を受け得る利益は、容疑者の手続上の地位の一つに含まれていると考えられ、この利益を現実に受けようようになるには、口頭審理を経ること及びその結果としての判定が不利な場合には異議の申し出をすることが手続的前提として要求されているから、入国審査の過程において、容疑者が特別在留許可を受けることも考えられるような特殊事情の存在が相当程度濃厚に窺われるような場合には、容疑者の法手続に対する単なる知識の不足ゆえに前記のような容疑者の地位に付随する利益を喪失させることが構成に反することもあると考えら

以前から、在留に関する法務大臣の広範な裁量に対する統制が困難なことについては、批判が存在していた。例えば、マクリーン判決に対する次のようなものである。

「準則（審査基準）の存在が、法が行政庁に付与した処分権限の裁量的行使を何ら妨げるものではないことを無条件で承認する姿勢は、今日日本条（行政手続法5条—引用者注）の存在により妥当性を欠くものとなっているが、審査基準としての適用の方法は、申請において実現がはかれる権利利益の性質、公益追求のために認められた行政裁量の範囲などの総合的な考察の下で判断されるべきことは否定できないであろう」⁵⁵

ほかにも、上述の神戸地判昭和52年3月17日（訟務月報23巻3号523頁）について、「行政の内部基準一般についての誤った理解を含むのではなかろうか。政治裁量の強い処分であっても、…（相当抽象度は高いが—引用者注）公益法人の設立認可並みの方針を基準にあげることができる」⁵⁶と指摘されている。

このような批判を踏まえたときに、裁判所が、在留特別許可に関する裁量を扱うときに、マクリーンの定式（及び上記に見た従来の見解）をそのまま維持し、ガイドラインを無視した判断であっても当不当の問題に過ぎない、と割りきって良いのだろうか。このような問題意識に基づき、次に、ガイドラインを裁量統制する基準として位置付けるための基礎理論の整理を行う。

れるので、このような場合には、入国審査手続を主宰する入国審査官は後見の見地から、右制度を含む以後の手続につき告知・説明するべき義務が生ずることもあると解する余地もある」。参照、東京弁護士会外国人の権利に関する委員会（編）『実務家のための入管法入門〔改訂第2版〕』（現代人文社・2009年）94頁。

⁵⁵ 室井=芝池=浜川（2008）・101頁〔恒川隆生執筆〕。

⁵⁶ 佐伯（2003）・57頁。

(2) ガイドラインの法的な重みを強化するための下地

このような批判・問題認識から、行政手続法上の法理を参照としながら、法務大臣の裁量を統制することを可能にする見解が提唱されるようになった。以下に示すものが、ガイドラインの法的な重みを強化するための下地となる。

行政法の一般的説明によれば、裁量の司法統制の準則として、事実誤認、目的違反・動機の不正、行政上の一般法原則（平等原則違反、比例原則違反、信義則違反）、判断過程の統制法理、純粹手続過程の瑕疵の統制がある、とされる⁵⁷。

そして、マクリーン判決は、以下の判示より、いわゆる事実誤認型を採用していると理解されている。

「その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であるとする事ができるものと解するのが、相当である。」

しかし、マクリーン判決であっても、事実誤認型以外の裁量の司法統制の準則を排除しているわけではない。マクリーン判決の上記の箇所について、塩野宏は、次のように述べている。

「裁量の範囲の逸脱及び裁量権濫用の判断基準、つまり、当該裁量が違法とされる場合の判断について、本件判旨（マクリーン判決——引用者注）は一般的基準を立てることをしていない。そこで、本件判旨

⁵⁷ 稲葉ほか（2010）・104-107頁 [人見剛執筆]、櫻井=橋本（2011）・122-129頁。

に示された点以外にも裁量権の逸脱、濫用を論ずる余地のあることを否定するものではないと思われる。例えば、いわゆる多事考慮の禁止の原則、平等原則等の裁量統制の基準も判旨は明示的に掲げていないが、これを否定するものではないだろう。⁵⁸

このような読み直しを踏まえると、在留可否判断であっても、他の司法統制の準則に服し、行政規則としての裁量基準に違反したとしても、それだけでは直ちに処分が違法となることはないが、平等原則や信頼保護原則を媒介にして、当該基準に違反した処分として違法判断を導く⁵⁹ことも可能となるだろう⁶⁰。出入国に関する広範な裁量であっても、「裁量権の公正な行使の確保、平等取扱いの原則、相手方の信頼保護といった要請からすると、準則と異なった判断をするためには、そのための合理的な理由が必要である」⁶¹という行政法学における一般的理解が妥当すると解すべきである⁶²。

このような見解を実際に採用した例として、東京地判平成15年9月19日（判例時報1836号46頁）がある。この判決では、以下のように、判示している。

「主任審査官が本件各退令発付処分に当たり、いかなる事項を重視す

⁵⁸ 塩野（1999）・165頁。

⁵⁹ 稲葉ほか（2010）・58頁〔人見剛執筆〕。

⁶⁰ 本文中のように示した解釈はマクリーン判決と抵触するという批判が考えられるが、そもそも、準則に違背した処分は「原則として不当の問題にとどま」というマクリーン判決の表現からもわかるように、「裁量基準違反は基本的に処分の違法をもたらさないとしているが、それは、原則として違法となるわけではない」というに止まり、例外的に違法となる余地を認めている」（常岡（中）・9頁）。このように、マクリーン判決自身が、例外的な場合とは言え、内部準則にも拘束力があることを認めている。

⁶¹ 塩野（2009）・106頁。

⁶² 法務大臣の裁量と平等原則・自己拘束に関する裁判例を概観するものとして、乙部（2001）・214-215頁。

べきであり、いかなる事項を重視すべきでないかについては、本来法の趣旨に基づいて決すべきものであるが、外国人に有利に考慮すべき事項について、実務上、明示的又は黙示的に基準が設けられ、それに基づく運用がされているときは、平等原則の要請からして、特段の事情がない限り、その基準を無視することは許されないものであり、当該基準において当然考慮すべきものとされている事情を考慮せずにされた処分については、特段の事情がない限り、本来重視すべき事項を不当に軽視したものと評価せざるを得ない。被告らは、この点について、裁量権の本質が実務によって変更されるものではなく、原則として、当不当の問題が生ずるにすぎないと主張し、過去の裁判例にもこれを一般論として説示するものが少なくないが(例えば、最高裁大法廷判決昭和53年10月4日民集32巻7号1231頁)、このような考え方は、行政裁量一般を規制する平等原則を無視するものであって採用できない。」

この判決は、藤山雅行裁判官による判決として当時注目を浴びた判決の一つである。この判決は、長期間平穩に在留した事実が実務上有利なものとして捉えられていることを指摘した上で、「実務・判例上、上記事実は、明記されていないとしても有利なものとして捉えられているのに、これを一方では認め、他方では不利なものとして捉えるのでは、…その裁量は平等原則に違反すると思われる。また、反復して行われるような行為については、行政機関が拠るべき実体的・手続的基準(裁量基準)を予め定めておくことが合目的的であると学説上されることからしても…本判決が、上記事実を黙示の裁量基準として存在することを認めたこと、及びその評価を誤った本件各処分は、裁量権の逸脱・濫用に当たるとしたことは妥当である」⁶³。本稿では、上記の判断を一般論として妥当と考えた上で⁶⁴、次に、ガイドラインの位置付けについて検討する^{65,66}。

⁶³ 今川(2007)・147頁。

(3) ガイドラインを手がかりとした裁量の司法的統制のあり方について

上記の判例・学説の整理から、現在では、平等原則又は信頼保護の観点から裁量基準の外部効果が認められることが明らかになった、と言えよう。そして、裁量基準たるガイドラインが違法でも不当でもないことを前提とした場合⁶⁷、上記の到達点を手がかりとして、ガイドラインを次のように位置づけることができる。

「法務大臣の個人的利害や好悪感による決定が違法とされるほか、法の枠から全く自由な行政決定はありえない。それに、今日、上記の『在留特別許可に係るガイドライン』も公表されている。これは一種の裁量基準である。裁量基準は法規命令とは異なり、それに反する処分がただちに違法とはならないが、正当な理由なしにそれから逸脱する場合には、そのような処分は、裁量の逸脱・濫用あるいは平等原則違反とされることがある…。立てられた裁量基準は裁判における一定の考

⁶⁴ このような判断のあり方を支持する見解として、大貫裕之＝土田伸也『行政法事案解析の作法』（日本評論社・2010年）77頁。

⁶⁵ 東京地判昭和62年10月29日（判例タイムズ680号126頁）では、ガイドラインではないが、法務大臣が国家として示した取り扱い方針について判断した。

この判決は、昭和56年5月22日第94回国会の衆議院法務委員会において、ベトナム流民に関する取扱い方針を法務大臣が明らかにした事案において、「本件仮扱い方針は、法50条1項による被告法務大臣の特別在留許可に関する裁量権行使について、被告法務大臣自ら運用基準を定めたものであり、これが現実に実施されている…以上、本件取扱いに反する運用がなされたときは、特段の事情がない限り、それは、被告法務大臣の裁量権の範囲の逸脱又は濫用として、違法となるものと解すべき」と判示した。

この判決は、平等原則には言及していないが、国家としての方針を示した責任が、実務上の基準を重視する理由の一つとして機能している事例である。

⁶⁶ 東京地判平成15年9月19日は、法務大臣の裁量ではなく、主任審査官の裁量の問題としており、前提が若干異なるようにも理解できるが、ひとまずこの問題をおいておく。

⁶⁷ 常岡によれば、「平等原則を適用する前提として、裁量基準が違法でも不当でもないことを審査する必要がある」（常岡（下）・153頁）。

慮要素となりうる、という考え方が一般的になっている」⁶⁸。

このような点から考えると、ガイドラインが「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」として掲げている内容は、他事考慮型(本来考慮すべきでない事項を考慮に入れる)、要考慮事項の考慮不尽型(本来考慮すべき事項を考慮しない)の逸脱・濫用判断を行うときに、考慮要素を特定化する素材を提供している、といえるだろう。

もちろん、ガイドラインとは異なる判断を法務大臣が行ったとしても直ちに違法となるわけではない。この点は、ガイドラインも「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。」と述べ、慎重に注意している。

他方で、ガイドラインに掲げられた積極要素、消極要素を全く無視するような判断を許容することはできない。それを認めれば、ガイドラインを制定し、自己拘束を認めた意義が消失するからである。であるならば、ガイドラインとは異なる判断をした場合は、本来重視すべき事項を不当に軽視するものであって、また、そのように判断することに合理的な理由がないときは、裁量権が逸脱・濫用となり違法になる、という限定的な考え方が適切であろう⁶⁹。

ガイドラインを裁量統制判断に組み込んでいる判決B、Cの表現方法(具体的な表現などについては[4.2.2]を参照)は、このような考慮事項型の裁量統制を行ったものと言えるだろう⁷⁰。このように解した場合、

⁶⁸ 曾和=金子(2011)・411頁[安本典夫執筆]。

⁶⁹ 同旨として、泉(2011)・25頁。泉によれば、「出入国管理関係処分の適否を審査する際には、…ガイドラインで示している具体的考慮事項が考慮されているのかどうか、それ以外の事項が考慮されていたのではないかを審査する必要があり、許可の積極的要素を具備し、消極的要素がない事案で不許可となった」場合には、「原則として平等原則違反となると考えられる」。

判決Bでは、「難病・疾病等により治療を必要とする場合」（旧ガイドライン）、判決Cでは、「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」に該当する事案であったにもかかわらず、積極的に考慮したとは何われず、また、そうしなかったことに合理的な理由を見出すことが出来なかったために裁量の逸脱・濫用が認められた、というべきである⁷¹。

なお、裁判所はガイドラインの「裁判規範性を否定している」⁷²とする指摘もあるが、裁判規範性の否定と言うのは若干不正確な理解だと思われる。例えば、《両者の距離が5 m 以上の場合に許可する》という趣旨の裁量基準が設定されていた事案において、距離が6 m だったにも関わら

⁷⁰ 例えば、判決Cについて、「新ガイドラインを手がかりに行政の広範な裁量に対する統制を強化している」（北村（2012）・54頁）と評価されている。

⁷¹ なお、判決B及びCでは、平等原則への言及はない。これをどう説明するかは問題として残る。明記せずとも上記の解釈を前提としたものと言えるかもしれないが、平等原則を媒介としなくても司法的統制が可能であるという見解に注目すべきである。

一歩踏み込んで、平等原則を媒介とせずとも、適正手続保障の観点から、出入国管理行政であっても裁量基準による拘束を受けるべきという見解も登場している。この見解は、次のように説く。

「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、可能な限り行政自ら設定した基準に即した裁量権行使をなすべきであるとの理念が潜んでいるというべきである。特に、出入国管理行政は外国人の生命及び人身の自由と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。また、出入国管理行政の担い手は、法務大臣を頂点に入国警備官、入国審査官、主任審査官、特別審査官という高度専門的能力を具備し機能分化した諸行政機関によって編成されていることからすれば、権限行使に関する裁量基準の事前設定及び開示義務をなすべき責務に堪え得る専門能力を期待されている。以上の点を斟酌するならば、行政手続法上の諸規定の適用を免れるとはいえ、出入国管理行政分野においても、特段の事情がない限り、事前設定された裁量基準の適用を通しての裁量権行使が要請されるべきであり、裁量基準の自己拘束性の承認も、かかる適正手続確保の要請から導出し得る帰結である。」（亘理（下）・160頁）

⁷² 野口（2009）・7頁。

ず不許可となった場合、原告は、不許可の取消しを訴える際に、当該不許可処分は裁量基準に違反すると主張するであろう。これは、基準の書き方が元々《〇〇の場合には××とする》とするものであるからこそ可能な主張である。しかし、ガイドライン自体がそのような書き方で策定されたものではなく、考慮要素を列挙したものである以上、その範囲において自己拘束されるに過ぎない、と言うべきであろう。しかし、だからと言って、拘束が弱いとは言えない。例えば、ガイドラインでは考慮要素の中には前述のように「特に考慮する積極要素」として規定したものがあつた。この規定に掲げられている積極要素を「特に考慮」したとは言えない場合には、裁量基準違反を主張できると思われる。

4.3. 小括

以上、法務大臣の裁量を統制する枠組みとして、条約とガイドラインを検討してきた。両者は、在留特別許可に関する法務大臣の自由裁量を統制する規範として位置づけるべきである。

しかし、裁量を統制する枠組みとして機能することが認められたとしても、親子の分離が実際に生じること自体は、否定されていない（特に条約に基づく主張の場合）。法それ自体も、一定の状況次第では分離も認めている。例えば、ガイドラインにせよ、積極要素があるからといって必ずしも在留特別許可が認められるというわけではないと注意している。

この状況下では、どのような場合ならば許容されるのかという実質的側面からの正当化を、法理論とすりあわせることが必要だと思われる。この点については、次に扱う。

5. 実質的な考慮要素について

実際の判断の可否において、親子の分離が、具体的にどのような場合に認められるのか。実質的な合理性を支える考慮要素について、裁判例の分析・検討を通じて明らかにする。

5.1. 子の在留が認められる場合

判決A、B、C以外にも、同様に、子の在留を認める事例もある。しかし、すべての場合に認められるわけではない。筆者が本件も含む他の類似事例を検討する限り、子の在留が認められる場合として、おおよそ次の要素が重視されている。

第一に、長期間日本に平穩に滞在し、日本の生活に馴染んでいることである⁷³。これをもう少し細かく検討すると、次のように分解できる。

①長期間日本に滞在し、日本の生活に馴染んでいること（定着性）

定着性の判断の際に重要視される要素としては、滞在期間以外に、言語の習得状況、生活習慣への適応度、小学校や中学校などの在学実態、友人関係の状況などを挙げることができる。

例えば、判決Aの原告は、入国から裁決時まで約8年間滞在している点が考慮されている。判決Aでは、この点に加えてさらに、子の日本語能力が他の日本人生徒と同程度であり、中国語は日常会話程度であること、小学校低学年から高校まで日本の教育を受けていること、学校において顕著な活動実績があること等の事情も考慮されている⁷⁴。

②平穩に在留していること

刑罰法令違反又はこれに準ずる素行不良が認められる場合には、在留

⁷³ 「ガイドライン」も同様に、積極要素として、「(4)人道的配慮を必要とする特別な事情があるとき。〈例〉…・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」を挙げている。

⁷⁴ a) 定着性が認められた事例

・東京地判平成18年3月28日（判例時報1952号79頁）

9歳に入国し、裁決時の17歳まで、約8年間滞在。控訴審である東京高判平成19年2月27日（LEX/DB文献番号25420852）も同旨。

b) 定着がないと判断された事例

・福岡地判平成15年3月31日（判例タイムズ1234号82頁、LEX/DB文献番号28081484）

「原告子らが、本件各処分までに3年ないし5年にわたって、日本の学校において作り上げた人間関係を全く否定することはできないものの、これらの期間では、まだ本邦に定着性があるとまではいえない」。

は認められない⁷⁵。

第二に、可塑性に富む年齢ではないことである。

日本に長期間居住した子を国籍国に送還した場合、子は、日本との生活習慣、言語などの違いにより、国籍国における生活に支障をきたす。一般に、幼少時の方が順応性、適応性が高いと考えられているため、幼少時に送還するならば、生活環境が変化することによって困難は、比較的小さい。このような理由から、子の在留資格の判断に際し、子の順応度の高さが考慮される。

日本に長期間居住した子の可塑性判断に関する一般的傾向としては、裁判例⁷⁶を概観する限り、可塑性を認めるかどうかはおおよそ15歳(中

⁷⁵ 裁判例としては適切な事例が見つからなかったが、行政実例としては以下の事例を挙げることができる。法務省が公表している在留特別許可事例より。http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan25.html

・平成18年在留特別許可不許可事例(2)：南米出身の22歳男性

1992年3月、日系二世の父及び母とともに在留資格「短期滞在」在留期間「90日」の上陸許可を受けて本邦に上陸後、日系三世として在留資格「定住者」への変更許可を受け、本邦の小学校に編入し、在留していたところ、14歳のころから覚せい剤取締法違反等で初等少年院、中等少年院及び特別少年院への入退院を繰り返し、2004年、覚せい剤取締法違反により懲役1年4月の刑に処せられた。覚せい剤使用の常習性が認められる。

⁷⁶ ①福岡地判平成15年3月31日(判例タイムズ1234号82頁、LEX/DB文献番号28081484)

裁決時に19歳、17歳の者には可塑性には言及していないが、裁決時に14歳、12歳の者については、「両名とも未だ可塑性を有する年齢」とであると認めた。ただし、別な理由に基づいて、全員の在留資格を否定した。

②東京高判平成16年3月30日(訟務月報51巻2号511頁)

長女は2歳から入国し、裁決時、小学校6年生。次女は本邦で出生し、裁決時、保育園に通園。両名とも可塑性を認めた。

③東京地判平成16年11月5日(判例タイムズ1216号82頁)

日本国内で出生し、生活をしている裁決時10歳、6歳、3歳半の者に可塑性を理由に、送還先の国での生活に適応しうることを認めたが、裁決時14歳(中3になる直前)の者については「言語も生活習慣も異なるフィリピンで生活することには、非常な困難が生じると推測するには難くない」と判示した。本判決の結論

3) を目安としていると思われる。裁判例は、裁決時に高校生相当年齢の場合には国籍国へ送還された場合に生じる生活上の困難を指摘するが、裁決時に 15 歳以下の場合には、可塑性を理由として、在留特別許可を認めない傾向がある。

第三に、独立して日本で生活できることである。

親とともに在留を認めるならばともかく、子のみに対して在留を認める場合、子は親に依存しながら生活をするため、生計を維持することが困難であり、日本国内で生活することができない。したがって、子のみ在留を認めるためには、子が独立して生活できることが必要である。これには、子自ら生活できる能力があることが重視される。

子自らが生活する能力を有する年齢としては、やはり中学校を卒業する程度は必要であろう。したがって、可塑性の判断の中で示された 15 歳という線引きは、このような理由によっても支持できる。

例えば、東京地判平成 18 年 3 月 28 日（判例時報 1952 号 79 頁）では、裁決時 17 歳の男子高校生に対する在留特別許可を認めなかった処分について争われた事案である。この判決では、「高校生が親元を離れて暮らすことは、日本人であっても必ずしも珍しいことではない」。「両親による直接の監護を受けられない点を本人の判断を無視するほどに重視することは相当ではな」と判示している⁷⁷。

としては、14 歳の者にのみ在留を認めた。

④東京高判平成 17 年 4 月 13 日（LEX/DB 文献番号 28112011）

日本国内で出生し、生活している 14 歳（裁決時）に可塑性を認めた。

⑤東京地判平成 18 年 3 月 28 日（判例時報 1952 号 79 頁）

9 歳に来日し、裁決時 17 歳の高校生。被告東京入管長による可塑性の主張に対し、判決は、「原告の現在の年齢からすると、原告が、中国において、小学校や中学校に通学して勉強し直すのは、大変な困難である」と認めた。

⑥東京地判平成 19 年 9 月 14 日（LEX/DB 文献番号 25400339）

日本国内で出生し、生活している 12 歳、9 歳、6 歳の者（裁決時）全員に可塑性を認めた。控訴審である東京高判平成 20 年 3 月 19 日（LEX/DB 文献番号 25400340）も同様の判断。

また、子が単独で生活することが困難であっても、子に対する支援者がいる場合、支援者の存在は、上記の要素を補完する。

例えば、判決Aでは、被控訴人について「本件裁決時において、16歳(高校生)であり、自らの生き方や将来についての判断能力もある程度備わってきて」いること、子に対する支援者として親類縁者がいることを指摘している。

また、判決Bでは、次のように判示している。

原告は、「裁決の数日後には中学校三年生に進級することが予定されていたものであって」「既に両親からは独立した人格的基礎を築いていたものと推認することができる」。そして、「ペルー人同士の集まりがあったり、お互いに助け合うなどして生活していることが認められ、原告長男が一人で本邦に在留したとしても、引き続きペルー人の援助を受けることを期待することができ、また、原告長男には多くの日本人の友人がおり、周囲の日本人の家族の援助を期待することもできないではない」。また原告が通っていた「中学校を始めとする教育機関や医療機関等の公的機関の支援を期待することができる」。

そのほかの事例では、里親委託制度などの公的サービスや、「〇〇さんを救う会」などの市民運動系の団体でも認められている⁷⁸。

5.2. 親の在留について

親から離れることによって生じる子の不利益を持ち出し、親の在留を認める親側の主張をどのように評価すべきか。例えば、判決Aの結論は、親子の分離を容認している。この場合、親子が分離される不利益を侵害

⁷⁷ 同様の判断として、東京地判平成16年11月5日(判例タイムズ1216号82頁)。

⁷⁸ 東京地判平成18年7月19日(LEX/DB文献番号28111700)、東京地判平成18年3月28日(判例時報1952号79頁)。

することになるのか。親子不分離原則が用いられる場合はどのような場合か。

前提として、出生地主義と血統主義の国では、別個に考えるべきである。両親ともに外国人であって、出生地主義の国で生まれた子、又は出生の後の居住によって当該国の国籍を取得した子は、国籍を取得している以上、当該国の在留は、絶対的に認められる。それゆえ、日本のような血統主義で生まれた子とは在留の基盤の強さが決定的に異なり、親子ともに国籍国へ退去強制するという選択肢が存在しない。特に子が幼少時には、親が監護することが必要なため、親と子を分離することによって子に対して大きなダメージを与えてしまう。しかし、出生地主義を採用していない日本では、逆に、子が幼少時のほど親と一緒に早目に退去強制させた方が子に与える影響が少ないと考えられている。

さらに、入国管理は、外交問題にも関連する、高次の政策判断が伴う。不法滞在外国人は、このような高次の政策判断の遂行を阻害する存在であり、原則として、不法滞在状態を自らの責任によって招いた外国人は、例外的な事情がない限り、退去強制すべきである⁷⁹。例外的に在留が認め

⁷⁹ 長期に不法滞在し、日本国内で稼働している外国人に対し、在留特別許可を認める行政実例は、しばしば存在している。

・例：平成 15 年度在留特別許可事例 19

「東アジア出身の 50 歳男性と 41 歳女性の夫婦。夫は 1972 年 3 月頃、本邦在住の伯父を頼り船舶で不法入国し、妻は 1990 年 6 月、在留資格『短期滞在』及び在留期間『90 日』の上陸許可を受けて入国し、以後在留期間の更新又は変更を受けることなく不法残留していたものであるところ、両名は 1997 年 4 月、本邦において婚姻し、同年 7 月に長女が出生した。夫は定職に就き安定した収入を得ており、妻は夫と共に長女を監護・養育していたもの。2001 年 3 月、地方入国管理局に出頭し、不法入国者又は不法残留者であることを申告したもので、他に法令違反が認められないもの。

在留特別許可の内容：在留資格『定住者』、在留期間『1 年』

<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan25.html>

・また、入管法制定時の法務委員会議録においても、在留特別許可が認められる場合はどのような場合かという質問に対し、政府委員は、「10 年以上は居住歴があるということが必要でございましょうし、それから家族状況の場合でも、日本人と結婚

られる場合としては、日本国民と婚姻関係⁸⁰、親子関係⁸¹にある場合など

しているとかあるいは日本にすでに生活の本拠を築いてしまった、こういう場合が想定されております」と答えている（第94回衆議院法務委員会議録14号3頁）。

このように、行政実務では、自らの責任によって不法滞在状態を招いた者であっても、社会とのつながりを形成していることを重視し、在留特別許可を認める例は、ないわけではない。

しかし、裁判例は、不法滞在状態を自ら招いた者に対しては、原則として、退去強制を認める傾向にある。

ただし、例外は、東京地判平成15年9月19日（判例時報1836号46頁）であろう。この事例では、一斉出頭したイラン人一家の退去強制令書発付処分が争われた。この判決は、藤山雅行裁判長による判決として、有名な事例である。判決は、2歳に来日し、処分時に12歳の長女、日本国内で生まれ、処分時に3歳半の次女に対する退去強制令書発付処分のみならず、10年近く日本国内に平穩に居住していた夫及び妻に対する処分も取り消した。この事案では、本文で示したような例外的な事情（難病に罹患しているなど）は見受けられない。せいぜい、イランと日本では、言語、習慣、風俗が異なり、特に長女に対する負担は「想像を絶する」と判示した点が、一般的な裁判例において、在留を認める際の有利な考慮として教えることができる程度である。

このような事例では、一般的な裁判例の傾向に従えば、両親、次女の退去強制を認めるであろう。裁決時に長女は12歳であるから、可塑性を用いることによって、退去強制を正当化することになる（退去強制を違法とするならば、違法性判断の基準時の操作により処分後の事情を考慮に入れたほうが良いと考えられる。この点については後述）。事実、控訴審（東京高判平成16年3月30日訟務月報51巻2号511頁）では、本文で示したような判断枠組みに基づき、家族全員の退去強制を認めている。したがって、この東京地裁の判決は、非常に特殊な事例である。

なお、同様に、藤山雅行裁判長による不法滞在外国人一家全員の在留を認めた事例として、東京地判平成15年10月17日（LEX/DB文献番号28090050）。この判決では、子は2歳のときに入国し、裁決時に小2、判決時に小5である。

⁸⁰ 裁決時に内縁関係でも認められる。ただし、相互扶助関係にあるなどの婚姻状態とほぼ同視しうる状態であることが必要である。東京地判平成16年9月17日（判例時報1892号17頁）、東京地判平成20年2月29日（判例時報2013号61頁）。

⁸¹ 子が日本国籍保有者又は血縁関係を有している場合は、実務でも在留特別許可を認めている。「ガイドライン」では、積極要素として、「(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。」

に限られるべきと考える。

では、不法滞在状態を自ら招いた親が、親子が分離されることによって生じる子の不利益を理由に、在留を主張した場合について、どのように評価すべきなのか。

第一に、子が15歳以下の場合、上記で示したように、子の在留資格が認められない傾向がある。したがって、子が在留資格を有していることを前提とした親の在留は主張できない。この場合、親子とも国籍国へ退去強制させることになる。ただし、親と子の国籍国が異なる場合は問題として残る⁸²。

第二に、子が16歳以上の場合、そもそも子は親から独立して生活できると判断されるため、外国人である子（未成年）の在留資格を理由として、親の在留を認める必要がない。

平穩に定着していること、可塑性が低いこと、単独生活能力があることという子の単独在留を実質的に正当化する論拠、そして、親が行った

⁸² 両親と子の国籍が異なる場合であっても、家族が一体となって生活するという利益は、重視されていない。むしろ、各国の問題として捉えている。

・名古屋地判平成17年8月31日（判例タイムズ1250号110頁）

夫がイラン国籍、妻は元々はコロンビア国籍のみを有していたが、結婚によってイラン国籍も取得した。子（3歳）は、両国籍を有する。夫、子についてはイランへ、妻はコロンビアへと送還された。原告らは、退去強制によって家族が分離されると主張した。

妻は、イラン国籍も有しているため、コロンビアへ送還後もイランへ行くことには障害はない。夫についても、「在外コロンビア公館においてコロンビア人の配偶者としての査証が取得できれば、イランに送還された後にコロンビアに入国することは可能」であるから、家族が分離されたとしても、イラン又はコロンビアで生活が可能である。

・東京地判平成19年3月23日（LEX/DB28130871）

夫がトルコ国籍、妻がフィリピン国籍、裁決時2歳のフィリピン国籍の子。トルコ、フィリピンの入管法では、自国民の外国人配偶者に対し優先的な入国資格を与えている。したがって、それぞれが、「フィリピンからトルコに入国することも、逆に、…トルコからフィリピンに入国することにも、大きな困難が伴うとは認め難い」。

不法滞在行為による公正な出入国管理の阻害を考慮すると、上記のような帰結であっても、親子の分離に関して一般的に制限する児童の権利条約 9、10 条違反とはならないだろう。同じ理由から、介入の正当な理由が認められるので、家族の離散が生じたとしても自由権規約 17 条違反とはならないと思われる。

さらに、本稿が示したように、子が 15 歳以下の場合には親子とともに退去強制となる可能性が高いため、《親子が共同で生活することが子にとって最善の利益である》という児童の権利条約 3 条が規定する「最善の利益」の主張を全く考慮していないから直ちに違法である、とも構成はできないだろう。15 歳以上の場合については日本に滞在するか帰国するか選択の余地があるため、完全に分離されるわけではない。なお、3 条については、判決 C を検討したときにもう一度扱う。

以上より、両親ともに外国人であり、子も両親と同一国籍を有している場合には、子の在留を理由として親の在留を認めるべきではない。家族の分離によって在留を正当化するためには、子の在留資格が合法であることだけでは正当化できない。正当化される場合には、例えば、難病に罹患しているため親による監護が必要などの例外的な事情が必要である⁸³と解すべきである⁸⁴。

⁸³ 行政実例として平成 18 年在留特別許可事例 24 を挙げることができる。

<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan25.html>

「東南アジア出身の家族 5 名 (父 43 歳、母 40 歳、子 12 歳、子 3 歳、子 2 歳)

1995 年 6 月、母が子を伴い、在留資格『短期滞在』在留期間『90 日』の上陸許可を受けて本邦に上陸後、そのまま不法残留し、父は寄港地上陸許可を受けて本邦に上陸後、不法残留した。父、母及び子は同居し、その後、本邦において第二子及び第三子が出生したことから、一家全員での在留を希望し出頭申告した。第三子は出生後難病に罹患していることが判明し、これまで 3 度の手術を受け、今後とも本邦での治療継続が必要であると認められた。両親は入管法違反以外に法令違反はない。

在留特別許可の内容：いずれも在留資格『定住者』在留期間『1 年』

⁸⁴ 親の在留が争点となった事例ではないが、類似の事例として、大阪地判昭和 59 年

5.3. 判断の明確性、安定性について — 可塑性の判断について

上記で示したように、可塑性を認めるかどうかの目安は15歳である。しかし、裁判例の中には、14歳、15歳でも可塑性を認めない事例もあり、判断が錯綜している。

例えば、東京地判平成18年7月19日（LEX/DB文献番号28111700）では、7歳に来日し、生活している者（なお、平成16年12月20日の裁判時点で中3であり、高校受験直前であった）について、「その年齢及び境遇にかんがみて、我が国に滞在を続けるにつき、親とは独立した利益を有して」と判断した。結果として、子にのみ在留を認めている。

裁判例を見る限り、中学生（14歳前後の者）については、裁判所の判断がぶれている。「可塑性」という要素は、小学生（特に低学年）ならばともかく、中学生の場合は、混乱を招きやすい。可塑性という要素は、子に生じる負担を図る尺度として有用であるものの、操作可能性の高い曖昧な概念のため、結論を導くための決定打とするためにはやや弱い。

上記で示したように、裁判例は、日本で出生又は幼少時に親から連れて来られ、長期に滞在している子の可塑性を判断する際に、明言はしないものの、15歳を一つのラインと設定していると推測できる。しかし、この15歳というラインは、錯綜した判断を招きやすい可塑性という要素だけでは十分に正当化できない。

上記で説明したように、中学校卒業程度ならば、両親から離れて生活できる能力を有する点も、15歳という線引きを正当化する根拠となる。

さらに、筆者は、裁判例が15歳を目安としていることは、入管法上の在留資格の問題が有力な根拠ではないかと考える。上記で説明したように、在留特別許可制度は、あくまで、入管法が予定している在留資格を特別に付与するだけであって、入管法が規定していない在留資格を付与することはできない。

7月19日（判例時報1135号40頁）。特別永住者である母親が老齢であって病気で苦しんでいることを理由に、人道上の観点から子の在留を認めた。

実は、外国人の在留資格を規定する入管法は、中学生が、単独で、中学校に通うことを目的とする在留を予定していない。入管法の別表第一の四では、「留学」を「本邦の大学、高等専門学校、高等学校（中等教育学校の後期課程を含む。）若しくは特別支援学校の高等部、専修学校若しくは各種学校又は設備及び編制に関してこれらに準ずる機関において教育を受ける活動」と規定している。このことから明らかなように、小学校、中学校に通うことは、入管法が規定する在留資格である「留学」にも該当しない。入管法上、外国人の小学生、中学生の在留資格は、家族滞在を予定している。

小学生、中学生に相当する外国人が単独で在留する場合、在留資格としては、「短期滞在」が考えられるが、これは観光などを予定したものであって、在留期間も最大 90 日と限定されている（出入国管理及び難民認定法施行規則 3 条、同別表第二）。他には「特定活動」のうち、「ニイからハマまでに掲げる活動以外の活動」も考えられる。しかし、これは、規定の在り方を見ればわかるように、入管法が本来予定している在留資格以外の在留を認める例外規定であって⁸⁵、裏技というしかない。

実際の裁判例でも、中学生については、入管法が予定している在留資格にない以上、在留特別許可を与えることができないと判断する事例⁸⁶がある。このような事例では、可塑性という要素は、一応は考慮されているものの、判断を導くための決定打ではない。

⁸⁵ 坂中＝齋藤（2007）・187 頁。

⁸⁶ 東京高判平成 17 年 4 月 13 日（LEX/DB28112011）

「そもそも入管法上、中学生である外国人が扶養者である両親と離れて単独で本邦に在留し、中学校に通学するという活動を想定した定型的な在留資格は設けられていない。すなわち、…外国人の我が国への入国、在留については、当該国家が自由に決定することができるという国際慣習法と同様の考えのもとに、入管法において、原則として一定の期間を限り、特定の資格により上陸、在留を認めるという制度が取られているが、その制度の上では、中学校への通学は『留学』、『就学』に該当せず、他に在留資格として考えられる『家族滞在』も、扶養者である両親の少なくとも一方が在留資格をもって本邦に在留していることが前提となるので、結局、上記のような活動は我が国の入国管理制度上は想定されていない」。

結局のところ、特に小・中学生単独の在留が争われる場合には、可塑性という要素、小・中学生では単独で生活を維持できる能力が低いことのほかに、中学生の単独の在留が入管法上予定されていないことを考えると、小・中学生が単独で在留することを法解釈上容認するのが困難だと思われる。

なお、上記の見解に対しては、裁決時に中学生以下の場合は無条件で在留資格が認められない、という結論になりかねず、例えば裁決時に中3であって、仮放免中、又は訴訟進行中に高校へ進学したなどの場合、急に退去強制され、通学できないことになり、酷である、という批判もあるかもしれない。これは、違法判断の基準時の問題として、次に取り上げる。

5.4. 違法性判断の基準時について

判例は、一般的に、違法性判断の基準時を処分時としている⁸⁷。ところで、判決A、Bは、処分時に予測可能（又は予測すべき）だったという論法を用いて、処分後の事情も考慮に入れる手法を採用している。処分時までの事情だけを考慮する厳格な処分時説というわけではない。

例えば、判決Aでは、被控訴人が、裁決後、仮放免許可中に大学に合格していることに着目し、被控訴人が日本社会に溶け込んでいることを示す一つの根拠として用いている。判決Aによれば、被控訴人が大学に合格することも、「本件裁決までの被控訴人自身の事情や被控訴人を取り巻く事情・環境に基づいており、上記認定中の本件裁決後の事情についても、本件裁決時に予測可能な事情であり、かつ本件裁決時までの被控訴人の性格や行状等の認定に資するもの」である。被控訴人の大学進学なども「裁決時に予測可能な事情」であったと判示している点で、判決Aは、あくまで処分時説の立場である。

このような手法を用いることによって、訴訟進行中に形成される事実

⁸⁷ 小早川（1994）・121頁、多賀谷（2006）・411頁、宮田（2002）・39頁。

を考慮しないことによって妥当な結論を導くことができないという上記の批判は回避可能である。すなわち、子の在留特別許可を認めなかった法務大臣の裁決を取り消すかどうかの線引きは、原則として15歳だが、例えば、裁決時に受験直前であり、仮放免許可中に高校に進学したような場合は、高校に進学すること、まもなく単独で生活を維持できる年齢に達することが、裁決後であっても十分に予測可能な事情であると強調することによって、判断の明確性を維持しつつも、個別に救済を実現することができる。これは、判決時説を採用しなくても妥当な結論を導くことができる手法として、高く評価するべきであろう。

実際、上述した裁決時14歳であっても可塑性なしと判断している東京地判平成18年7月19日では、裁決後に高校に進学している。このときは、裁決を合法としてしまうと高校を退学せざるをえないため、取り消さなければならないという結論がまずあって、その結論を導く過程で、都合の良いように14歳でも可塑性なしと判断したのが裁判官の本音ではないか、と思われる。

ただし、処分時の予測を厳格に求めすぎるのも問題がある。過剰なまでに予測できたと判断することは、法務大臣に神の目を求めるに等しい。また、裁決後の事情をすべて考慮してしまうと、訴訟進行中に形成された事情が既成事実化し、ますます日本社会と結びつきが強くなるため、逃げ得を許してしまうことになる、という批判も考えられる。ならば、裁決後の事情であって、法務大臣が予測できたとしても、合理的な範囲に限られるべきである。

このように考えると、処分時に高校生だった者について争われた判決Aについては、大学進学が予測可能な事情と評価されたのは賛成できるが、判決Bには疑問がある。判決Bでは、「本件裁決（長男）の時点で、既に一定程度の大きさの腫瘍として存在していたものと推認することができる。したがって、本件裁決（長男）の当時、上記腫瘍の存在が認識されていなかったとしても、事後的にその存在が明らかとなった以上、本件裁決（長男）の当時の事情として考慮すべき」と判示しているが、

裁決の約10ヶ月後に腫瘍が発見されていることを考えると、法的な論理構成に無理があるとはしか評価できない。

おそらく、判決Bの原告長男が抱えていた病気の要素をさらに積極的に考慮することで、原告に有利な事情として考慮する意図が裁判官にはあったと思われるが、それがなくても判決Bの事案では、原告が高校生で自立して生活できる能力を有していたこと、原告が日本国内で出生しペルーに帰国したことがなく可塑性があるとは言えないこと、原告の周囲に支援者がいたことを勘案すると、在留が認められたのではないか。判決Bの結論は支持できるが、原告長男の病気の要素を入れた結果、理論的な説明が苦しい判決が出来上がった、と思われる。裁決後に病気が発覚したような場合は、処分時説に拘泥する必要がない義務付け訴訟を提起することも考えられる⁸⁸。

⁸⁸ 処分後の事情であっても「予測可能」として実質的に考慮する手法は、訴えの要件が取消訴訟よりもハードルが高い義務付け訴訟を用いなくても済む、というメリットもある。例えば、判決Cでは、「もっぱら裁決後に生じた事情を理由にして在留特別許可の付与の義務付けを求める事案においては、裁決取消訴訟の違法性判断基準時が裁決時とされることから、当該裁決の取消訴訟によってはその目的を達することができず、義務付けの訴えによらざるを得ない」と述べているが、本文中に触れたように、裁決後の事情であっても裁決時において予測可能な事情と捉えることで、判決Cの指摘は回避可能である。

ただ、上記を「メリット」と単純に述べて良いのか、躊躇を覚える。第一に、義務付け訴訟は確かに訴えのハードルは高いが、原告のほとんどは日本国内の在留を求めることが本心であって、原告の主張を直截的に満たすものだからである。在留特別許可を認めない旨の裁決の取消が認められた場合、行政事件訴訟法33条により、再び判決の趣旨に従った裁決をしなければならないが、判決とは関係ない別な理由により不許可となる可能性も否定できない。

第二に、義務付け訴訟の場合、違法性判断の基準時は判決時（口頭弁論終結時）のため（室井＝芝池＝浜川（2006）・401頁、芝池（2010）・349頁）、裁決後の事情も考慮可能であり、在留特別許可を認めない旨の裁決の取消を求める訴訟において問題となる処分時説に拘泥する必要もない。したがって、判決Aのような解釈をする必要もない。例えば、東京地判平成20年2月29日（判例時報2013号61頁）では、裁決時には内縁関係であったが、裁決後に日本国民と婚姻しているという事例である。この判決では、口頭弁論終結時に婚姻していることを法務大臣には在留特別許可を認める義務があるとの結論を導くための理由の一つとしている。

6. 各判決に対する評価

以上を前提に、各判決について、評価を下すことにする。

6.1. 判決A・判決Bについて

判決Aは、判断手法や結論の点から見ても、従来の傾向と類似している。

判決Aでは、外国人である両親は、中国残留邦人の子孫であると偽装して一家で日本に入国したこと、退去強制しても中国での生活に支障がないこと、退去強制によって親子が離れて生活することになったとしても子は単独で生活することが可能であることなどの理由から、在留特別許可を認めるべき事情はないと考えられる。

しかし、子については、別な考慮が必要であろう。第一に、子は、8歳のときに両親に連れられて入国したのであって、自らの責任によって不法状態を招いたわけではないこと、第二に、裁決時まで、約8年間、平穩に在留し、日本語能力を通常の日本人と同程度有し、日本における良好な友人関係などを形成し、日本の社会にも溶け込んで生活していると認められること、第三に、裁決時には16歳であって、可塑性があるとは認められないこと、第四に、子は、親から離れ、独立して生活できる年齢であって、さらに、縁者による援助の申出があること、仮に援助の申出がなくとも、16歳ならば、単独で生活できる程度の能力はあると思われることなどの事情を考慮すると、子には、在留特別許可をすべき事情があったというべきである。また、裁決の時点では高校生であり、認

いずれにせよ、取消訴訟と義務付け訴訟のどちらを用いるべきかは、事案次第だろう。さらに、義務付け訴訟であっても、1号（非申請型）と2号（申請型）のどちらを用いるべきかが問題となる。前記東京地判平成20年2月29日では2号と解しているが、控訴審東京高判平成21年3月5日では1号と解している。大橋真由美「判批」ジュリスト1376号55頁（平成20年重要判例解説）によれば、非申請型と解する見解が多数のようである。また、非申請型を妥当とする見解として、友岡（2011）・125頁、北村（2012）・53頁。

めるべき在留資格もある。結論として、判決Aについては、高裁判決が妥当であり、支持できる。

判決Bは、違法性判断の基準時に関する論点以外は、ほぼ判決Aと同じであって、支持できる。違法性判断の基準時について理論的な説明が苦しい判断を行なっている点については、上述の通りである。

6.2. 判決Cについて

判決Cは、判決A及びBとは異なる判断手法を採用し、また、結論も異なる。

6.2.1. 児童に関する判断について

①「原告長女は、平成12年〇月〇日に本邦で出生し、以後、原告父母により本邦で養育され、本件各裁決当時、小学校2年在学中であった。そして、原告長女は、スペイン語を聞いて理解することはある程度できるが、話すことはできず、家庭内でも日本語を使用していたのである。原告長女は、出生後、本邦内での生活経験が少なく、その言語能力にかんがみると、国籍国であるペルーで生活することになれば、生活面及び学習面で大きな困難が生じることは明らかである。」

②「児童の権利に関する条約3条1項において、児童に関する措置をとるに当たっては児童の最善の利益が主として考慮されるべきであることが規定されており、また、新ガイドラインにおいて、「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」が、在留特別許可の許否の判断において特に考慮する積極要素として掲げられていることに照らしても、原告らに対し在留特別許可を付与するか否かを判断するに当たっては、原告長女に係る上記の事情を積極要素として特に考慮することが求められるものというべきである。」

(1) 可塑性判断について

判示①では、原告がペルーで生活することになると生活上の困難が生じると指摘している。しかし、従来傾向で考えるならば、原告は、裁判時小学校2年生であるため、可塑性があると判断されると思われる。

(2) ガイドラインについて

判決Cは、可塑性判断について上記のように理解した上で、ガイドラインを、判示②のように理解している。

しかし、この理解には疑問がある。ガイドラインの当該規定は、文言から明らかなように、子ではなく、親を対象としているのではないか。子の在留を正当化するための考慮要素の特定化としてガイドラインの上記規定を援用するのは、適切ではない。

さらに、一步譲って、この在留を正当化するために援用を認めたとしても、当該規定は、「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」(下線部は引用者)と規定している。「相当期間」という文言からは、明確ではないが、出生から小学校2年生まで、つまり日本国内に8年間住んでいたことが、はっきりと「相当期間」内に含まれると断言できるかどうかは疑わしい。

むしろ、この規定は、中学生程度ならば可塑性なしと判断したほうが良い場合も考えられるが、子が単独で在留をするのは若干酷なことも予想できるので、そのための配慮と解するべきではないか。

(3) 児童の最善の利益について

判決Cは、判示②にて児童の権利条約3条1項「最善の利益」について言及している。おそらく、判決Cでは、子にとっての「最善の利益」を、《日本国内で、両親と共に生活すること》と捉えているように思われる。

しかし、これを最善の利益だとしても、常に優先しなければならない

わけではない。積極的に考慮したとしても、まず、親が不法滞在であること、可塑性が高いこと、親と独立して生活ができる年齢ではないことからすれば、親と子が日本国内で共同生活をするのが絶対に優先されなければならないとは言えないだろう。

判決Cは、親と子を一体として捉えた上で、《子の在留を認めるべき、ゆえに親の在留も認める》という結論を下している。これは、子を盾にして親の不法滞在を正当化する理屈であって、疑問が残る。

6.2.2. 黙認していたという判断について

③「原告父は平成9年6月3日、原告母及び3兄弟は同年10月8日、いずれもそれまで使用していた偽名により、原告父母の偽造の出生証明書、婚姻登録証明書を添付して在留期間更新許可申請をした。なお、原告父母が提出した在留期間更新許可申請書には、氏名、生年月日は偽名に基づき記載されていたが、日本における居住地としてCハイツの部屋番号が記載され、勤務先としては、原告父母が当時勤務していた、M及びDが記載されていた。しかし、名古屋入管は、出生証明書及び婚姻登録証明書が偽造であることを看破し、原告父母及び3兄弟に対し、平成10年1月19日、本件各不許可処分をし、その旨口頭で告知した。その際、名古屋入管は、原告父母に対し、出国の意思を有し、出国準備まで短期間の在留を希望する場合には同月26日までに、名古屋入管に出頭し、所定の手続を執るよう求めた。原告父母は、名古屋入管に対し、ペルーへ帰国するための渡航費用を工面するまで在留期間の更新をしてほしいと願ったが、名古屋入管はこれを許さなかった。なお、この時、名古屋入管は、原告父母及び3兄弟が、偽名を使い他人名義の旅券を使用して本邦に入国したことは把握していた。」

④「原告父母及び3兄弟は、平成18年10月20日の本件出頭まで、自ら名古屋入管に出頭したり、また連絡したりしたことはなかった。他方、名古屋入管は、原告父母及び3兄弟が自主的に出国せず、また

入管に連絡すら取っていなかったにもかかわらず、原告父母及び3兄弟に対し退去強制手続等を執ることはしなかった。また、名古屋入管調査部門は、平成13年6月12日付けで原告父母及び3兄弟に対する入管法違反事件を中止とする本件中間処分をした。なお、原告ら家族は、平成15年8月3日、現住所に転居し、平成16年3月8日、同所を居住地とする外国人登録法に基づく登録(居住地変更登録)を行った。」

⑤「以上によれば、裁決行政庁は、本件各不許可処分当時、原告父母の住所(これは外国人登録されたものであった。)及び勤務先を把握していたと認められるから、本件中間処分までの間、名古屋入管入国警備官が原告らにつき退去強制事由に該当すると思料する外国人として違反調査を行うことについて、何ら障害があったとは認められない。そして、平成18年10月20日の本件出頭まで、本件各不許可処分から約8年9か月、本件中間処分から約5年4か経過しており、この間、名古屋入管は、原告父母及び3兄弟が本邦に在留することを黙認していたものであると評価されてもやむを得ない。

この点、被告は、原告父母は自ら名古屋入管との接触を避けるべく連絡を絶ったため、名古屋入管は、やむなく本件中間処分をする事になったと主張する。確かに、原告父母は、本件各不許可処分後、自ら名古屋入管に連絡をしていない。しかし、入国警備官には、このよくなごきのために入管法28条以下に規定する各種権限が認められており、しかも、本件の場合、原告父母及び3兄弟は、本件中間処分時まで在留資格変更申請書に記載したCハイツに居住しており、名古屋入管入国警備官がその権限を行使するに際して何ら障害があったとは認められないのであるから、被告の上記主張は、採用できない。」(下線部は引用者)

判示③・④・⑤では、名古屋入管当局が違法状態を認識していたにもかかわらず、放置していたことを黙認と捉え、原告にとって有利な事情

と構成している。この判断について、筆者には、放置することも行政庁の裁量権行使の一つのあり方のように考えられるため、放置していたことをもって直ちに裁量権行使の違法根拠とする判断には、にわかには賛同しがたい。これを法学的にどのように説明すれば良いのか。判決では、何も言及していないが、法的な正当化が必要である。以下では、いくつかの法的構成を検討してみる。

まず考えられるのは、信義則を援用する見解である。事案は異なるが在留関係でも信義則を適用した事例⁸⁹も存在するところであって、違法であると構成できるとすれば、信義則は有力な根拠になると思われる。

信義則は、民法1条2項にて規定されているが、「法の一般原理」（最判昭和62年10月30日（判例時報1262号91頁））として位置づけられている。したがって、前記最判昭和62年10月30日は租税法の領域について信頼保護の適用可能性を認めた事例だが、「法の一般原理」である以上は、出入国管理の領域にも適用可能と考えられる⁹⁰。

ところで、前記最判昭和62年10月30日では、信頼の対象となる公的見解を提示したことに着目した法的構成を採用している⁹¹。信頼保護の原則が認められるための要件については、「いちがいいには言えないが、単に『当市に工事を建設してくれると補助金を交付され、税を減免されることがあります』といったことを広報やホームページで表明しているだけでは保護すべき信頼が生まれてくるとは言えないだろう。逆に、行

⁸⁹ 最判平成8年7月2日（判例時報1578号51頁）。この事例は、元々の在留資格は「日本人の配偶者」であったが、離婚請求訴訟を継続するために「短期滞在」に変更され、婚姻有効判決が裁判上確定した後に在留期間の更新を不許可としたところ、「信義則上、『短期滞在』の在留資格による被上告人の在留期間の更新を許可した上で、被上告人に対し、『日本人の配偶者等』への在留資格の変更申請をして被上告人が『日本人の配偶者等』の在留資格に属する活動を引き続き行うのを適当と認めるに足りる相当の理由があるかどうかにつき公権的判断を受ける機会を与えることを要したものである」と判示した。

⁹⁰ 例えば、「信義則が租税法を含む公法の領域においても適用される可能性があることについては、ほとんど異論を見ない」（玉國（2006）・55頁）と解されている。

⁹¹ 牛島（2004）・25頁。

政が個別具体的に、つまり特定の者に、具体的な内容の働きかけをしている場合であれば、信頼保護が認められる余地が生まれるだろう」⁹²。

このような理解を前提とすると、外国人側に対して在留特別許可が付与されることが高いと信頼を抱かせるような公的見解を入管当局が提示したにも関わらず不許可とした事案の場合において、信義則を援用して、不許可を違法とする構成も理論的には成立しうる見解であろう。しかし、判決Cは、判決自身が「黙認」と述べているように、公的見解が提示されている事案ではない。

「黙認」という状態でも長期間継続すれば信頼に値するという構成も考えられないわけではない⁹³。前記最判昭和62年10月30日に対して、実際の事件において行われていた「取り扱いきわめて長期にわたって継続していたときにも、『公的見解の表示』があったとみなすことができないかについては議論がありうるが、本件程度の期間では、いずれにしても『公的見解の表示』があったとみることは無理と思われる」⁹⁴。

このように、黙認していたことを信義則援用の根拠とすること自体が困難である上に、仮に信義則援用を肯定するにしても、適用を認めるためには相当程度長期にわたっていなければならない。

判決Cにおいても同様に考えられる。判決Cでは「黙認」としているが、違法状態の放置は、放置していたという行政の判断であって、公的見解が示されていたわけではない。そもそも信頼の根拠となるような公的見解が存在していなく、仮に黙認という法的構成を認めるとしても、約5年4か月程度では長期と言えないことから、判決Cの事案では、黙認という構成も難しいと考えられる⁹⁵。

⁹² 芝池 (2010)・65頁。

⁹³ しかし、「納税者の税務処理が事実上長年看過されたとしても、それが『公的見解の表示』に当たらないことはいうまでもない」(玉國 (2006)・55頁)という批判もある。

⁹⁴ 宇賀 (2011)・45-46頁。

⁹⁵ さらに、最判昭和62年10月30日の差し戻し後控訴審(福岡高判昭和63年5月

上記の方向とは異なる観点からの正当化として、取得時効の理論を在留特別許可に応用することも考えられる。高佐は、時効を「違法な状態を一定の要件のもとに合法的な状態とみなして保護する制度」⁹⁶と捉えた上で、在留特別許可の付与をめぐる判断について、「裁判所はいずれも『違法状態』そのものではなく、その態様（平穏な生活、まじめな就労等）を重視し、そういう状態を長年維持してきたことに対して一定の保護を与えようとしている。このような考え方は、…取得時効の理論に通ずるもの」⁹⁷と指摘する。そして、取得時効の理論が、在留特別許可に援用可能であると主張する。高佐の発想では、一定の状態が経過した外国人には在留資格という身分若しくは地位が黙示的に生じる、ということになる。

しかし、高佐が示した見解には、賛成できない。そもそも、取得時効の対象は、財産権と所有権であって（民法 162、163 条）、身分・地位は対象ではない。例えば、内縁関係を 10 年継続していたとしても準婚理論によって処理されるのであって、時効によって法律婚に昇華するわけではない。取得時効の援用対象として在留資格という身分・地位⁹⁸は含まれないと解すべきである。行政法の分野においても取得時効を認めた事例は存在するが（例えば、最判昭和 51 年 12 月 24 日（民集 30 卷 11 号 1104

31 日（D-1 Law 判例 ID22003193）では、被控訴人が「元税務署職員であって、青色申告の承認については十分に知識を有していた」事案であり、被控訴人は租税法に熟知していたと考えられるため、納税者である「被控訴人の責に帰すべき一連の行為」が認められ、「本件各処分信義則の法理を適用することは到底許されないもの」と判示している。この点からも考えると、判決 C のような事案では、在留状態がもともと違法であり、本人も違法であることを自覚しているはずであるため、在留を求める外国人側に責めに帰すべき理由があるため信義則の適用は認める余地はないと考えられる。

⁹⁶ 高佐（2010）・732 頁。

⁹⁷ 高佐（2010）・742 頁。

⁹⁸ 在留資格は、「外国人が本邦において一定の活動を行なって在留することができる法的地位又は一定の身分若しくは地位を有するものとしての活動を行なって在留することができる法的地位」（坂中＝齋藤（2007）・98 頁）と解されている。

頁))、公物を対象としている⁹⁹。

高佐の発想の要点は、《不法滞在が長期化した者は定着性を有しているため、その状態を保護すべき》というものである。確かに、この基本的発想は、高佐が述べるように、時効制度と「通ずるもの」である。しかし、「通ずる」だけである。高佐論文では、身分関係の占有とも言うべき状態があり、それが永続したときに何らかの法律効果を生じるという意味では、取得時効に類似したものという我妻の指摘を引用している。確かに、これは否定できない。しかし、我妻自身が述べるように、「取得時効と類似したもの」でありつつ「根本的に異なるもの」であって、「身分法でそれぞれの関係を念頭において研究されるべきことであって、総則で一律に解決されるべきものではない」¹⁰⁰。我妻自身は、身分関係に取得時効が援用できると述べてはいない。高佐論文は我妻の著書につき牽強附会であると評せざるを得ない。在留資格という身分・地位に対して取得時効を援用することはできないと解するべきである。

なお、筆者自身としても、《不法滞在が長期化した者は定着性を有しているため、その状態を保護すべき》という基本的発想自体にはおおむね賛成するが、どのように法的な理論化が可能なのか、成熟した見解を有していない。

以上に述べたように、子の在留を認めるための有利な事情として「黙認」と構成するのは、理論的な正当化が弱い。なお、付言するに、判決Cは信義則にも取得時効にも言及しているわけではない。これは、「黙認」という正当化根拠が、判決Cの中で唐突に現れたようなイメージを筆者が抱いたため、どのような根拠であれば正当化できるのか、理論的可能性を考えた上で、十分な正当化根拠を持たないと結論に至ったためであ

⁹⁹ 判例の概観については、土井正典「公共用財産と取得時効」小早川光郎=宇賀克也=交告尚史(編)『別冊ジュリスト No.181 行政法判例百選 I [第5版]』(有斐閣・2006年)74頁を参照。

¹⁰⁰ 我妻(1974)・436頁。

る。

7. まとめと展望

(1) 本稿のまとめ

本稿では、一家全員が外国人であることを中心に、在留特別許可に関する訴訟において、家族生活を維持・形成する利益がどのように考慮されているのか、について検討した。

筆者は、親については不法性を否定できないものの、子については、ある程度日本で生活基盤を形成していると認められる場合には在留を認めるべきという立場である。

特に子の場合、裁判が進行する中で処分後の事情により日本社会への定着性が高まった場合については、事実関係が違法性判断の基準時を、処分時においても予測可能と解することによって、現状に即した妥当な対応が可能であることを示した。ただし、現在の事情に即した現実的に妥当な判断を導くべきではあるが、現在の事情は理屈としては表に出せないで、予測可能な処分時の事情として考慮に入れることによって達成すべきものである。

原則として15歳以下の中学生の段階では単独の在留は認められないが、中3前後の外国人は予測可能な裁決後の事情も考慮するという抜け道を用意したが、このような手法を用いることによって、判断の理論的な整合性と明確性を維持しつつも結論の妥当性を実現できたと考える。このような解釈手法は、基本的な方針を立てた上で、それを貫くと妥当な結論が出ないため、例外を設けるために利用可能な法解釈を考えるとこのものである。一旦明確な方針を立てているから、何も方針がない「どんぶり勘定」とは異なる。

(2) 今後の展望

在留特別許可をめぐる法的性質について、個別事例を検討する研究は決して存在しないわけではないが、総合的視野という点では十分とは言

いがたいのが現状である。今回は、家族関係を維持する利益の観点から若干の考察を行ったが、まだ解明すべき問題は残っている。例えば、本稿でも少し触れた在留特別許可の義務付け訴訟の問題などである。ほかにも、本稿では触れることができなかったが、入管収容と手続保障に関する問題もある。今後は、在留関係の個別の事例研究の積み重ねを通じて、総合的な視点へ発展させていきたい。

参考文献一覧

- 阿部 (2009)
阿部浩己「国際義務の射程 — フィリピン人一家退去強制事件の遠景」法律時報 81 卷 6 号 1 頁 (2009 年)
- 安藤 (1993)
安藤仁介「人権の制限事由としての『公共の福祉』に関する一考察」法学論叢 132 卷 4・5・6 号 51 頁 (1993 年)
- 泉 (2011)
泉徳治「マククリーン事件最高裁判決の枠組み再考」自由と正義 2011 年 2 月号 19 頁
- 稲葉ほか (2010)
稲場馨＝人見剛＝村上裕章＝前田雅子『LEGAL QUEST 行政法〔第 2 版〕』(有斐閣・2010 年)
- 今川 (2007)
今川奈緒「判批」自治研究 83 卷 3 号 138 頁 (2007 年)
- 岩沢 (2010)
岩沢雄司「国際法と国内法の関係」小寺彰＝岩沢雄司＝森田章夫『講義国際法〔第 2 版〕』(有斐閣・2010 年) 105 頁
- 宇賀 (2011)
宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論〔第 4 版〕』(有斐閣・2011 年)
- 牛島 (2004)
牛島仁「行政法における信義則」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也(編)『行政法の争点〔第 3 版〕』(有斐閣・2004 年) 24 頁
- 江島 (2008)
江島晶子「人権保障の国際化」杉原泰雄(編集代表)『新版 憲法事典』(青林書院・2008 年) 423 頁
- 岡田ほか (2008)
岡田正則＝古谷修一＝渡辺彰悟「対談「マククリーン判決を乗り越える」——行

政法・国際法の視点から見たマクリーン判決と退去強制処分取消訴訟」Law and practice 第2号 53頁（2008年）

- 乙部（2001）
乙部哲郎『行政の自己拘束の法理——裁量と平等原則——』（信山社・2001年）
- 川真田（1996）
川真田嘉壽子「プライバシー権」宮崎繁樹（編）『解説・国際人権規約』（日本評論社・1996年）200頁
- 北村（2012）
北村和生「判批」新・判例解説 Watch 10号 51頁（2012年）
- 国連人権高等弁務官（2006）
国際連合人権高等弁務官（著）／国際法曹協会（協力）／平野裕二（訳）『裁判官・検察官・弁護士のための国際人権マニュアル 司法における人権』（現代人文社・2006年）
- 小早川（1994）
小早川光郎「判決時説か処分時説か」法学教室 160号 120頁（1994年）
- 近藤（2004）
近藤敦「比例原則に反し恣意的に退去強制されない権利と立憲性質説」国際人権 15号 17頁（2004年）
- 佐伯（2003）
佐伯祐二「審査基準・処分基準の法的性格」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也（編）『行政法の争点〔第3版〕』（有斐閣・2004年）56頁
- 坂中＝齋藤（2007）
坂中英徳＝齋藤利男『出入国管理及び難民認定法〔改訂第3版〕』（日本加除出版社・2007年）
- 櫻井＝橋本（2011）
櫻井敬子＝橋本博之『行政法〔第3版〕』（弘文堂・2011年）
- 塩野（1999）
塩野宏「判批」塩野宏＝小早川光郎＝宇賀克也（編）『行政判例百選 I〔第4版〕』（有斐閣・1999年）164頁
- 塩野（2009）
塩野宏『行政法 I〔第5版〕』（有斐閣・2009年）
- 芝池（2010）
芝池義一『行政法読本〔第2版〕』（有斐閣・2010年）
- 申（2009）
申恵丰「国内裁判所における国際人権法の解釈・運用について」同『人権条約の現代的展開』（信山社・2009年）
- 菅（2006）

- 菅充行「外国人の入国・在留と退去強制」 芹田健太郎＝棟居快行＝薬師寺公夫＝坂本茂樹（編）『国際人権規範の形成と展開』（信山社・2006年）439頁
- ・鈴木（2010）
鈴木江理子「非正規滞在者と日本社会——翻弄される非正規滞在者——」近藤敦＝塩原良和＝鈴木江理子『非正規滞在者と在留特別許可——居住者たちの過去・現在・未来』（日本評論社・2010年）55頁
 - ・芹田ほか（2008）
芹田健太郎＝薬師寺公夫＝坂元茂樹『ブリッジブック国際人権法』（信山社・2008年）
 - ・空野（2007）
空野佳弘「退去強制される子ども」大谷美紀子＝山下幸夫＝猿田佐世（編）『国際人権法ハンドブック』（現代人文社・2007年）115頁
 - ・曾和＝金子（2011）
曾和俊文＝金子正史（編）『事例研究 行政法〔第2版〕』（日本評論社・2011年）
 - ・高佐（2010）
高佐智美「取得時効の理論による非正規滞在者の正規化・試論」一橋法学9巻3号731頁（2010年）
 - ・多賀谷（2006）
多賀谷一照「違法判断の基準時」小早川光郎＝宇賀克也＝交告尚史（編）『別冊ジュリスト No.182 行政判例百選II〔第5版〕』（有斐閣・2006年）410頁
 - ・玉國（2006）
玉國文敏「判批」小早川光郎＝宇賀克也＝額綱尚史（編）『別冊ジュリスト No.181 行政法百選I』（有斐閣・2006年）54頁
 - ・常岡（上）（中）（下）
常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体——裁量基準の本来的拘束性（上）」判例評論636号2頁（2012年）[判例時報2133号148頁]
常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体——裁量基準の本来的拘束性（中）」判例評論637号2頁（2012年）[判例時報2136号148頁]
常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体——裁量基準の本来的拘束性（下）」判例評論638号2頁（2012年）[判例時報2139号148頁]
 - ・手塚（2005）
手塚和彰『外国人と法〔第3版〕』（有斐閣・2005年）
 - ・徳川（2004）
徳川信治「国内裁判所における自由権規約の援用」部落解放・人権研究所（編）『国際人権規約と国内判例 20のケーススタディ』（解放出版社・2004年）15頁。

- ・友岡（2011）
友岡史仁「判批」法学セミナー678号125頁（2011年）
- ・野口（2009）
野口貴公美「判批」判例評論605号2頁（2009年）[判例時報2039号148頁]
- ・波多野（2005）
波多野里望『逐条解説 児童の権利条約』（有斐閣・2005年）
- ・樋口ほか『注解』Ⅳ（2004）
樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注解法律学全集 憲法Ⅳ』（青林書院・2004年）
- ・本多（1995）
本多滝夫「入国管理法制度の手續及び現行法上の問題」法学セミナー482号51頁（1995年）
- ・松井ほか（2005）
松井茂郎＝薬師寺公夫＝坂元茂樹＝小畑郁＝徳川信治『国際人権条約・宣言集〔第3版〕』（東信堂・2005年）
- ・宮澤（1978）
宮澤俊義（著）／芦部信喜（補訂）『全訂 日本国憲法』（日本評論社・1978年）
- ・宮田（2002）
宮田三郎「違法判断の基準時」法学教室263号39頁（2002年）
- ・室井＝芝池＝浜川（2006）
室井力＝芝池義一＝浜川清（編著）『行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』（日本評論社・2006年）
- ・室井＝芝池＝浜川（2008）
室井力＝芝池義一＝浜川清『行政手続法・行政不服審査法〔第2版〕』（日本評論社・2008年）
- ・村上（2004）
村上正直「裁判所の人権条約の適用に関する諸問題」部落解放・人権研究所（編）『国際人権規約と国内判例 20のケーススタディ』（解放出版社・2004年）15頁
- ・村上（2006）
村上正直「人権条約の国内的実施」畑博行＝水上千之（編著）『国際人権法概論〔第4版〕』（有信堂・2006年）267頁
- ・門田（2012）
門田孝「退去強制から保障されるべき人権」法律時報84巻5号51頁（2012年）
- ・薬師寺ほか（2006）
薬師寺公夫＝小畑郁＝村上正直＝坂本茂樹『ケースブック国際人権法』（日本

- 評論社・2006年)
- ・山本 (1999)
山本草二『国際法〔新版〕』(有斐閣・1999年)
 - ・我妻 (1974)
我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店・1974年)
 - ・亘理 (上) (下)
亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟 (上)」判例時報 1867号 164頁 (判例評論 549号 2頁)
亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟 (下)」判例時報 1870号 156頁 (判例評論 550号 2頁)

【注記】本研究は、2011年－2014年度文部科学省科学研究補助金・若手研究 (B)・研究課題名「在留制度と家族関係の維持——考慮されるべき利益と正当化根拠の探究」(研究代表者：坂東雄介、研究課題番号：23730014)の補助を受けた研究成果である。

※初稿校正段階において、東京高判平成 23年 5月 11日 (判例時報 2157号 3頁)、福岡地判平成 24年 1月 13日 (判例集未登載) 及び馬場里美「判批」新・判例解説 Watch 11号 323頁 (2012年) に接した。いずれも本稿にとって検討しなければならない事例ではあるが、十分に反映することが出来なかった。