

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 10 日現在

機関番号：10104

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2011～2014

課題番号：23730014

研究課題名(和文) 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

研究課題名(英文) Immigration and Protection of family

研究代表者

坂東 雄介 (BANDO, Yusuke)

小樽商科大学・商学部・准教授

研究者番号：50580007

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,000,000円

研究成果の概要(和文)：出入管理分野において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について、日米比較を行った。アメリカ合衆国では、絶対的権限の法理の相対化現象の中で、家族関係を維持する利益も考慮されているが、判例では、むしろ事案の区別により絶対的権限の法理の射程を限定している。また、日本法では、退去強制・在留特別許可訴訟においても同様に考慮されており、平成16年行政事件訴訟法改正以後は、考慮可能な範囲が広がったと考えられるが、限界もある。

研究成果の概要(英文)：In the field of U.S immigration, the Plenary Power Doctrine have been overriding. However, recently, this idea has been eroding. In thinking of foreign family, the distinction of cases is often used. Another, Japanese immigration law and Judge also locate foreign family.

研究分野：憲法学

キーワード：出入国管理

1. 研究開始当初の背景

現代の日本では、外国人との交流が増大する結果として、特に家族関係を中心に、出入国管理に関わる事例の増加、複雑化が進行している。実際の裁判例では、家族が共同生活を営むことを在留資格を判断する際の考慮要素として取り上げたものもある。また、実務では、「在留特別許可に係るガイドライン」(平成18年法務省作成、平成21年改訂)が設定され、家族関係を維持することが、在留特別許可を認めるための積極要素として認められている。

ところが、実際の裁判例を通観してみると、場当たりの「どんぶり勘定」が行われ、明確な基準に基づく判断が行われているとは考えられない。このような状況を打破するためには、考慮要素の特定化及び明確化が必要である。しかし、判例も学説も、在留可否の判断は法務大臣の広い裁量に委ねられるとしたマクリーン判決(最大判昭和53年10月4日)を自明視し、在留の可否を判断する際の考慮事項について明快な指針を示そうとする動きが見られない。

2. 研究の目的

本研究は、上記の「どんぶり勘定」ではなく、明確な指針に基づく在留可否判断を行うために、考慮の指針、考慮する要素の特定化をアメリカ合衆国の事例を参照にしながら獲得することを目的としている。

3. 研究の方法

基本的には、日本国内の裁判例とアメリカ合衆国の裁判例を比較・検討し、日本国法の特徴を明らかにする。それ以外には、日米の立法動向にも目を配り、立法者の意思が裁判例にどのような影響を与えているのかについても明らかにする。また、国際人権規約にも着目し、その影響が立法、裁判例に対してどのような影響を与えているのかを明らかにする。

アメリカ合衆国の移民法に着目する理由は、1965年以降にアメリカ合衆国の移民法において、家族関係を維持する利益が考慮されるようになり、世界的な視点から見ると先鞭をつけた規定を有する国家であること、絶対的権限の法理(後述)の衰退過程の中で家族関係を維持する利益が主張されていること、20世紀後半から21世紀初頭にかけて、アメリカ合衆国最高裁判所が展開した絶対的権限の法理を切り刻む手法が、基本的には同様の考えに立つ日本法を検討する上で有益であること、という理由に基づく。

4. 研究成果

出入管理分野において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について、日米比較を行った。

(1)アメリカ合衆国移民法の動向について

アメリカ合衆国では、絶対的権限の法理(出入国管理や国籍の得喪に関する領域は国家主権に基づく絶対的な権限であって、憲法による統制が及ばないとする考え方。この見解は19世紀末に成立した)の相対化現象の中で、1960年代以降に裁判例においても家族関係を維持する利益も考慮されるようになった。これは、1965年移民法改正の影響である。

また、判例では、直接的に絶対的権限の法理を制限しているというよりも、むしろ事案の区別により絶対的権限の法理の射程を限定していると思われる。その一例として、*Fiallo v Bell*, 430 U.S. 787(1976)から *Nguyen v I.N.S.*, 533 U.S. 53(2001)への判例の変遷を、判例変更と捉えるのではなく、射程範囲の限定と捉える *O'Connor* 裁判官反対意見が参考になる。

その射程範囲の限定という手法を用いることによって、絶対的権限の法理の対象範囲を狭める手法を提唱する論者として、*Kerry Abrams* がいる。*Abrams* は、移民法を詳細に検討し、移民法に規定されてあるも、その実態は家族法である領域(移民法が家族法に侵入している領域)を見つけ出し、必ずしも移民法と言えない領域には絶対的権限の法理が及ばないと説く。この手法は、日本の出入国管理法を分析する手法として有益であろう。

(2)日本法の動向について

(a)ガイドラインと在留特別許可

日本法の領域では、退去強制・在留特別許可訴訟において、家族関係を維持する利益が主張される場面がある。これについては、立法では明確ではないものの、法務省が設定している「在留特別許可に係るガイドライン」に直接規定している。それと同時に、その背景には、国際人権規約がある。児童の権利に関する条約3条・9条・10条、市民的及び政治的権利に関する国際規約17条1項・2項は、裁判例においても主張され、実際に、間接適用という形式ではあるが、援用されている。

ただし、裁判例では、一定の限界もある。例えば、親の一方的な退去強制によって親子関係が分離する状況下の在留特別許可をめぐる訴訟において、家族関係を維持する利益を主張する場面があったとしても、裁判例では、子どもが15歳以下の場合には、親子とともに退去強制を認める事例が多い。これは、子どもの可塑性(一般論として、年齢が下の場合は退去強制された国籍国の生活状況に馴染みやすい)をおよび出入国管理及び難民認定法上、15歳以下の子どもが単独で在留することを予定していないこと、という上記2点の理由に基づく。

また、上記のような場面では、親子関係を維持する利益は、自らの不法滞在について帰責性が無い子ども(多くの場面では、子どもは自発的に日本に入国するのではなく、親から連れられてくる、または日本国内で出生す

るという状況にある)の在留を盾に、親の不法滞在を正当化する理屈として用いられるため、支持できない。

(b)仮の権利救済の局面における親子関係を維持する利益

親子関係を維持する利益は、在留特別許可をめぐる訴訟だけでなく、その前段階として、退去強制が行われたときの仮の権利救済の場面においても主張される。退去強制訴訟において、仮の権利救済手段としては、従来は執行停止だけであったが、平成 16 年行政事件訴訟法改正以後は、執行停止に加えて、仮の義務付け、仮の差止めなども考えられるようになった。そして、仮の権利救済の場面では、例えば、退去強制令書によって、外国人が収容された場合の収容部分の執行停止を求める際に、家族関係を維持する利益を主張することが考えられる。この場面においては、「損害」に関する規定の解釈が問題となる。平成 16 年改正以前は、申立人以外の損害は考慮されない傾向にあったが、例外的に拡張する手法を用いていた。これについては、収容されたとしても家族と面会することが可能であったためである。しかし、平成 16 年行政事件訴訟法改正以後は、損害要件が柔軟に解釈されるようになり、考慮可能な第三者の損害範囲が広がったと考えられるため、従来は例外として考えられていた解釈も容易に採用できるようになると思われる。

平成 16 年行政事件訴訟法改正以降の事例としては在留更新許可処分の仮の義務付けを求めた大阪地決平成 24 年 4 月 2 日(裁判所ウェブサイト)がある。この事案では、仮の義務付けが無ければ子を養育する機会が奪われることが問題となっている。しかし、本件では仮放免がされた事案であって、仮放免されると一定の行動の制限は伴うが子との直接の面会、同居は十分可能である。したがって、確かに「申立人の子を自ら養育する機会が奪われる高度の蓋然性」という高い要件を設定したこと自体の是非は問われるべきであるが、仮放免の状況下では子を養育する機会が完全に奪われているとは言えない状況にあるので、却下という結論もやむを得ない。また、これは、仮の義務付けの損害要件の厳格さを示した事例とも言いうるだろう。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計 9 件)

・坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて—(7・完)」北大法学論集 65 巻 6 号 139 頁(2015 年)[査読あり]

・坂東雄介「外国人の退去強制と仮の権利救

済—平成 16 年行政事件訴訟法改正以降の動向を中心として(2)」札幌学院法学 30 巻 2 号 107 頁(2014 年)[査読なし]

・坂東雄介「外国人の退去強制と仮の権利救済—平成 16 年行政事件訴訟法改正以降の動向を中心として(1)」札幌学院法学 30 巻 1 号 107 頁(2013 年)[査読なし]

・坂東雄介「アメリカ合衆国移民法における「家族関係の維持」規定と「絶対的権限の法理」の射程範囲」札幌学院法学 29 巻 2 号 101 頁(2013 年)[査読なし]

・坂東雄介「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」札幌学院法学 29 巻 1 号 93 頁(2012 年)[査読なし]

[学会発表](計 1 件)

坂東雄介「外国人の退去強制と仮の権利救済—平成 16 年行政事件訴訟法改正以降の動向を中心として」札幌学院大学、法制研究会、2013 年 3 月 21 日[査読なし]

[図書](計 件)

[産業財産権] 出願状況(計 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
国内外の別：

取得状況(計 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
取得年月日：
国内外の別：

[その他] ホームページ等

6. 研究組織

(1)研究代表者

坂東 雄介 (BANDO Yusuke)
国立大学法人小樽商科大学商学部企業法
学科准教授
研究者番号：50580007

(2)研究分担者

()

研究者番号：

(3)連携研究者

()

研究者番号：