

平成30年6月18日現在

機関番号：15501

研究種目：研究活動スタート支援

研究期間：2016～2017

課題番号：16H07006

研究課題名(和文) グローバル化社会に相応しい入管法制の再構築 裁量的決定のプロセス分析を通じて

研究課題名(英文) Discretionary Decision Making and its Judicial Review in Immigration Law: Evaluating Japan's Immigration Control System in terms of International Human Rights Norms

研究代表者

服部 麻理子 (Hattori, Mariko)

山口大学・経済学部・准教授

研究者番号：00625014

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,100,000円

研究成果の概要(和文)：本研究においては、第一に、入管規制の目的の正当性を吟味し、日本の現行入管法に対する評価を行った。入管規制への批判論としては、移民正義論における道徳的権利主張に注目し、実定法制度における実現可能性を検討した。第二に、フランスの入管法における裁量的行政決定に対する裁判統制基準を精査した。退去強制命令等の個別的行政決定の要件と、それに対抗しうる外国人の権利・利益を特定し、衡量の法理を明らかにした。第三に、日本における入管法判例を分析し、現行法の問題点を明らかにした。とりわけ、退去強制令書発布処分に対する裁量審査に着目して、具体的な検討を行った。

研究成果の概要(英文)：Global migration is a growing phenomenon, which affects nations with both legal and moral dilemmas. Japan is no exception; it faces pressures to enhance human mobility over borders and to strengthen homeland and national security, and thus is in need of legal reforms suggested in this study:

1) Although there has been a strong moral claim to grant amnesty to illegal immigrants, prominently by J. H. Carens, such amnesty is still incompatible with the current Japanese legal systems; 2) Even acknowledging the possibility of human rights violations under the current immigration law, the Japanese courts are reluctant to annul deportations; 3) The Conseil d'Etat in France on the other hand, drawing primarily on rights protected under ECHR and EU treaty rights, has established a doctrine that limits administrative discretion in favour of immigrants facing deportation. Japanese courts are advised, with the necessary adjustments, to be likewise proactive in scrutinising administrative decisions.

研究分野：行政法

キーワード：外国人の人權 出入国管理 入管法 フランス 行政裁量統制 法的性質決定 ジョセフ・カレンズ

1. 研究開始当初の背景

グローバル化・ポータレス化の進む今日、人の移動をよりスムーズにしつつ世界的な不平等を是正することは、人々の共存にとっても主権国家間の共存にとっても不可欠である。ところが、近時、国際テロリズム等に対する危機意識が高まり、国境管理を再強化する国が目立つ。日本においては、さらに、人身取引、密入国や不法就労といった問題も未解決であるし、永住者を含む外国人に対するヘイト・スピーチの横行が社会問題として顕在化している。

このような問題状況下において、近時、出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」とする)は数回の大改正を経ているが、いずれも偏りがあり不十分であった。そこで目下、正規入国・滞在者の人権を適正に保障しつつ、テロ等の脅威を排除し国内の治安を維持するための、より総合的な視点からの法整備が求められている。しかし、これまでのところ、まだ具体的な改善策は示されていない。また、従来日本は移民政策をとってこなかったことに加えて、外国籍の人に対する参政権等の保障にも消極的であり、中長期的に日本で暮らす外国人の法的地位は不安定である。一方で、新たな在留資格の創設等が議論されており、外国人の法的扱いについての方針が転換される場面も見られるため、他国の実践例が参考になることが増えている。

諸外国の入管法制に関する先行研究においては、少子高齢化による人口問題、優秀な移民の獲得競争、定住外国人の法的地位の安定化といった問題が、国家や地域の枠を超えたグローバルな規律の対象である点が指摘されてきた。また、国際人権法の先行研究においては、欧州における人権規範のハーモナイゼーションが進展し、人権条約や各国特有の事情から発展してきた国内法の変動により一定の国際基準が出現し、各国の裁量の範囲を制約しつつある点が指摘されてきた。したがって、そのような国際基準の具体的な内容を明らかにするとともに、それに適合する国内法制度を構築することも課題である。そのため、現行入管法制における規制がどのような法理によって正当化されるのかを再検討する必要が生じており、正当化されない場合にはどのように修正するべきかを提示する必要がある。

さらに、入管法は行政手続法・行政不服審査法ともに適用除外とされているため、行政による裁量的決定に際した判断プロセスを適正に統制するための独自の法理が提示されなくてはならない。ただし、先行研究においては、裁量統制の総論的検討が多々なされ、個別法における裁量統制手法の分析も見られるが、必ずしも入管法分野に特化した解釈論的基礎が示されているとはいえない状況にある。したがって、より具体的な裁量統制手法の確立が求められている。

2. 研究の目的

本研究では、まず、入管規制の普遍的な正当化根拠と、それに対抗しうる外国人の権利・利益の内容を明らかにし、両者の調整法理を見極めるため、他国における法実践例の分析を目的とした。その上で、入管規制における普遍性と国による個別性を区別して、日本の入管法制を改善するための立法論・政策論の指針を示すことを目的とした。

3. 研究の方法

本研究では、移民政策および移民法制研究の実績が豊富な国との比較が有意義であるとともに、日本に特有の条件や課題をふまえた検討を行う必要がある。そこで、(1)伝統的に移民政策をとるとともに、難民の受け入れにも積極的で早くから庇護権を確立した実績のあるフランス法を主たる分析対象とした。さらに、(2)日本の入管法が下敷きとしているアメリカ法に関する検討も欠かせないところ、不法移民対策に古くから試行錯誤を繰り返してきたアメリカにおいて近年「アムネスティ(不法移民の正規化)」論が活発であるため、あわせて参照した。

具体的には、次の3つの課題を設定した。
課題：入管規制の目的の正当性を吟味し、日本の現行入管法に対する評価を行う。入管規制への批判論としては、とくに移民正義論における道徳的権利主張に注目し、実定法制度における実現可能性を検討する。

課題：フランスの入管法における裁量的行政決定に対する裁判統制基準を精査する。退去強制命令等の個別的行政決定の要件と、それに対抗しうる外国人の権利・利益を特定し、衡量の法理を明らかにする。

課題：日本における入管法判例を分析し、現行法の問題点を明らかにする。とりわけ退去強制令書発布処分に対する裁量審査に着目して、具体的な検討を行う。

4. 研究成果

課題について：

現代に特徴的な国境をまたぐ「人の移動」に対して、(1)国内の雇用状況や社会保障への負担、国民統合の阻害といったマイナスの懸念による移民排斥傾向の再強化と、(2)不法移民の一括的正規化・適法化の主張という、2つの相反する流れが観察されている。

後者はさらに、(2-a)「移動の自由」という人権の価値を重視して入管法制の根本的正当性を説く議論と、(2-b)長期不法滞在者の生活実態を尊重して滞在権を承認すべしとする議論とに分かれており、いずれも入管法制における各主権国家の裁量と衝突する。とくに、ジョセフ・カレンズ教授は、「不法滞在が一定期間を超えて社会的メンバーとなった者に対しては、退去強制処分をせず一律に滞在許可を付与すべきであり(アムネスティ) 個別事例ごとの行政裁量的判断に委ねるべきではない」旨を主張する。そこで

本研究では、かかる主張とそれに対する批判の内容を精査した上で、そのような一括的正規化が日本の現行実定法制度において正当化されるか否かを検討した。

検討の結果、不法移民に対する退去強制処分と刑事罰の双方が独立して運用され、とくに非正規入国者による不法在留および正規入国者による不法残留が継続犯として処罰される点、入管法制が目的とする「国家の存立」は最大限の法的保護に値するものとして扱われているところ、不法滞在期間が長くなれば合法化されるとした場合には国家自体が入管法制を蔑ろにすることに繋がるため相応しくない点、「社会的メンバー」としての実質が認められるか否か等は個別具体的判断にかかっており、在留を望む外国人自身に個別事情を主張させる手続の介在が必要である点などを考慮し、不法移民の一括的正規化は未だ正当化されないことを明らかにした。加えて、在留特別許可制度を改善し「在留特別許可に係るガイドライン」の役割を強化していく必要性を指摘した。

以上の内容は、第3回・第4回入管法制研究会などにおいて報告した上で、「非正規移民による滞在権要求と入管法の目的 移民正義論におけるカレンズ教授の問題提起に就いて」と題する論文にまとめ、山口経済学雑誌第66巻第4号において公表した。

課題について：

フランスの入管法制は、国家の安全保障・国境管理、国内労働市場の安定、適法に滞在する外国人の地位保障という目的のみならず、その時々における政治上の対立図式を反映して変遷を重ねてきた。概して、右派は「不法移民はフランス国民統合にとって障害である」あるいは「不法滞在の不正は、不正行為の長さによって打ち消すことはできない」といった考え方により、移民コントロールを厳格化する方向で法改正してきた。これに対して、左派は「不法滞在者であっても、その滞在期間が長ければフランスの国民生活への統合を意味する」といった考え方により、移民コントロールを緩和する方向で法改正してきた。加えて近年では、EU指令の国内法化や、欧州人権条約の法実践への対応も必要である。

このような諸条件を背景とするフランスの裁判例について、日本との相違を踏まえつつ分析を行った結果、フランスに特有の判例法理が明らかになった。すなわち、入国拒否や退去強制の法定要件である「公共の秩序に対する（重大な）脅威」に対抗して、裁判所が裁量統制の強度を上げうるのは、(1)原告がEU市民であるために他の外国人よりも強い権利保障が認められる類型、(2)それ以外の外国人でもともと「入国」や「在留」の権利が認められていない原告の場合、「家庭生活を尊重される権利」や「児童にとっての最善の利益」といった条約上の権利・利益が

援用されている類型、という2パターンである。さらに、今日の出入国管理法典は「家族の再結合」を明記しており、「外国人にはもともと入国や在留の権利がない」という入管規制の出発点自体が、他の権利の援用によって変容していることが明らかになった。

以上の内容は、第158回フランス行政法研究会や第5回入管法制研究会において報告した。これらの研究会報告時の議論等から得られた見地により、さらなる検討課題として、外国人の出身地（旧植民地と第三国との違い等）により裁判上保護される程度がどのように異なり、かかる区別がどのように正当化されるのか、欧州人権条約上の権利を援用できない外国人はどのように保護されるのか、日本における難民認定については、どのような示唆が得られるのか、といった論点が明らかになった。そのため、本研究期間内の論文公表は実現できなかったものの、論文の骨格は出来ており、公表雑誌も決まっている。本研究期間終了後も引き続き検討を続け、論文を完成して公表する所存である。

課題について：

退去強制令書発付処分取消訴訟においては、従来、先行する法務大臣の裁決（入管法49条3項）あるいは在留特別許可を認めなかった判断（同50条）の違法性が主張されることが多く、その場合には在留特別許可の許否判断における裁量権の逸脱・濫用が争点であった。また、退去令書発付処分を争う際に、難民の認定をしない処分（同61条の2）と後続の在留特別許可を付与しない処分（同61条の2の2第2項）についても取消しや無効確認を求める例が見られ、それらの処分の判断における違法性が直接の争点であった。まず、これらの事案における裁量審査については、先行研究の蓄積を整理することができた。

これに対して、本研究では、退去令書発付処分自体における裁量的判断のあり方と、その違法性を判断する裁判統制手法に着目した。そこで、原告である外国人がそもそも法務大臣による在留特別許可の許否判断を受けておらず、訴訟においても退去強制事由の該当性は争っていないケースについて分析した。とりわけ、イラン国籍者に対する退去強制令書発付処分の取消しが求められた平成27年11月27日大阪高裁判決（判例時報2298号17頁）では、イランに送還されると死刑に処せられる蓋然性が高いと認定し、処分のうち主任審査官が送還先をイランと指定した部分には裁量権の範囲を逸脱した違法があるとされ、送還先指定部分のみを取り消す旨が判示されており、特徴的である。

入管法53条は、退去強制対象者の国籍または市民権の属する国（1項）に「送還することができないとき」は別の国を送還先として指定することと規定しており（2項）、その別の国には、拷問が行われるおそれがあると信ずるに足りる実質的な根拠がある国は含

まれない(3項)。これについて本判決は、外国人が同 53 条の定めに従った送還先あるいは自らの正当な権利利益が侵害されるおそれのできる限り少ない送還先を指定される「法律上の利益」を保障されているとして、そのような送還先以外を指定しないことを主任審査官の裁量判断に対する制約原理とした。制約原理は、裁判所が 主任審査官の裁量判断過程において考慮不尽があったと認めたこと、および 入管法の解釈において間接的に人権条約の規定を読み込ませて国際法適合的解釈を試みたこと、に表れている。

現行入管法の構造上、送還先指定部分のみが取り消された場合には、当該外国人が入国者収容所等に無期限に収容される事態が生じうるにもかかわらず、本判決はそれを容認している。このように外国人を長期間不安定な状態におきかねないことは、現行法の欠缺といわざるをえず、改善が求められる。

以上の内容については、行政判例研究会において報告する機会を得た。目下、報告内容を修正した判例評釈を執筆中であり、近日中に雑誌で公表する。

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 1 件)

服部麻理子、「非正規移民による滞在権要求と入管法の目的 移民正義論におけるカレンズ教授の問題提起に就いて」、山口経済学雑誌第 66 巻第 4 号、査読無、2017 年、45-80 頁

〔学会発表〕(計 6 件)

服部麻理子、「イラン国籍者に対する退去強制令書発付処分のうち送還先をイランと指定した部分には裁量権の範囲を逸脱した違法があるとされた事例」、行政判例研究会、2018 年 5 月 25 日、第一法規株式会社(東京都港区)

服部麻理子、「入管法違反に対する制裁のあり方と法的価値判断 主観と客観の間」、第 6 回自然法理論研究会、2018 年 2 月 21 日、九州大学博多駅オフィス会議室(福岡県福岡市)

服部麻理子、「入管法の規制目的 vs. 外国人の生活実態 『家族生活の権利』の保障」、第 158 回フランス行政法研究会、2017 年 12 月 9 日、東京大学(東京都文京区)

服部麻理子、「入管規制論と移民正義論の接合点: 横濱教授による『不法移民はいつ不法でなくなるのか 滞在時間から滞在権へ』刊行に寄せて」、第 4 回入管法制研究会、2017 年 9 月 17 日、山口大学(山口県山口市)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

服部 麻理子 (HATTORI, Mariko)

山口大学・経済学部・准教授

研究者番号: 00625014