

日本における長期不法滞在者の人権保障

－在留特別許可ガイドラインをめぐる国内法および国際法的考察－

福 王 守

Legal Observations on the Protection of Human Rights of the Illegal Long Immigrants in Japan : as Viewed Through Constitutional and International Law.

Mamoru FUKUOH

問題の所在

I 不法滞在者の法比較的位置づけと日本の法的対応の経緯

1 不法滞在者の法比較的位置づけ

- (1) 国際法における不法滞在者の法的地位と人権保障のあゆみ
- (2) 日本における不法滞在者の国内法上の地位

2 不法滞在者に対する日本の対応の経緯

- (1) 外国人の不法滞在状況および国内法的対応の経緯
- (2) 04年入管法改正に伴う不法滞在対策の強化

II 長期不法滞在者への新たな対応をめぐる法比較的課題

1 日本における単純労働力不足と09年入管法改正

- (1) 少子高齢社会の深刻化と新たな不法滞在問題
- (2) 在留資格見直しの要請と09年入管法改正

2 長期不法滞在者への新たな対応をめぐる法比較的課題

- (1) 国内法上の課題
- (2) 国際人権保障規準に照らした課題

小 結

問題の所在

日本では、かねてから正規の滞在資格をもたずに滞在する外国人に対して、厳しい入国管理の姿勢がとられてきたため、ここ数年不法滞在者は減少傾向にあるとされる。2009年2月17日の法務省入国管理局の発表によれば、04年に22万人であった不法在留外国人は、同年1月1日現在11万3千人まで減少した。これによって、

不法滞在者を5年で半減させる政府計画がおおよそ達成できたとする¹。

しかしながら、これまで国際社会との比較において、日本の入国管理の姿勢は依然として排他的であり、入国自体を恩恵的なものとした制度運営がなされてきたと指摘される。国際社会から一層の門戸開放を迫られている日本において、入国管理に関する新たな関連問題は後を絶

たない。とりわけ、国内における少子高齢社会の進行は、従来の基幹産業における労働力不足を露呈する一方で、実質的な単純労働に従事する外国人不法就労者をも生み出してきたとされる。このように不法滞在問題については、必ずしも抜本的な解決に向けた進展がみられているとはいえない。したがって、こうした社会状況を踏まえつつ、本稿では日本における不法就労者問題について基礎的な分析を行う。その上で、今日顕在化してきた長期不法滞在者に対する、新たな法的対応に注目したい。特に、現在においても法務大臣の裁量に一元化されている「在留特別許可」の要件について、近年の事例および2009年7月に見直された法務省入国管理局の「ガイドライン」等に注目する。これらについて、日本国憲法および国際人権保障規準に照らしながら考察を試みたい。

I 不法滞在者の法比較的位置づけと日本の法的対応の経緯

1 不法滞在者の法比較的位置づけ

(1) 国際法における不法滞在者の法的地位と人権保障のあゆみ

日本における不法滞在者の法的問題を考察するにあたり、初めに国際人権保障規準に照らした基本的な人権保障のあり方を確認しておきたい。国境を越えたより普遍的な観点から不法滞在者の人権保障を捉えようとしているのが、国際法を通じた人権保障の分野であるとされている²。

a. 国際法上の外国人の取扱いについて

一般に、近代以降の立憲主義的国家においては、基本法たる憲法の下に統一的な国家秩序が形成されてきたことから、国内社会は平和裡に安定した必然社会として把握されている。これに対して、国際社会については、従来から法実

証主義的観点に基づき、対外的主権を有する国家の存在を前提として把握されてきた。伝統的な実定国際法学において、国家主権とは国家間関係における体外的な独立権として理解されてきたのである。よって、この立場から国際社会は独立した主権国家による合意社会として把握され、国際法とは主に国家間関係を規律する規則の総体として定義されてきた³。

実定国際法上における国家の構成要素としては、領域、永久的住民（国民）、政府、および外交能力（国際法を遵守する意思と能力）が挙げられる。これらの4つの要件が初めて国際社会において明示されたのが、1933年の「国家の権利義務に関するアメリカ諸国間条約（モンテヴィデオ条約）」第1条であるとされる。同規定から明らかなどおり、永久的住民としての国民は当該国籍を有していることから、主権国家の不可欠な構成要素であるといえる。このことから、一般に人権の扱いについては個別国家の意思が尊重され、いわば国内管轄事項として扱われてきたのである⁴。これは自国民のみならず外国人にも当てはまるため、外国人も滞在国の法令に従わなくてはならない。

ただし、外国人の取扱いに関しては、従来から慣習国際法としての「どの国も反対しない最低限の保障」が国家には必要とされてきた。特に、自国民の犯す国際法違反行為に関して、国家は当該行為の事前および事後に「相当の注意（due diligence）」義務を慣習国際法上の義務として負っていると理解されてきた。このことから国内における外国人に対する法令の基本も、国内標準主義を基調としつつ、形式上は「内外外国人の平等取扱い」が基本とされてきたといえる⁵。

さらに、国境を越えた「人間の尊厳（human dignity）」の不可侵性が強く認識されるようになったのは、20世紀における二つの世界大戦を

経てからである。第二次大戦中の惨禍への反省と戦後の国際社会構造の変化から、具体的な人権保障に対する国際社会全体の対処が不可欠と認識されるに至ったとされる。世界規模の戦争は、戦闘員および非戦闘員を問わず無差別な被害者を生じさせた。特に、最大の被害者は非戦闘員たる一般市民であった。このため、人類全体の幸福の尊重という人道的な観点から、戦争行為が人間の尊厳を踏みにする最大的手段であることが改めて認識されたのである。この反省に基づいて設立された国際連合の目的は、国際の平和と安全の維持に置かれている（国連憲章第1条1項）。そして、同条3項を通じて、その目的の達成と人権の保護は不可分の関係にあると規定されることとなった。ほどなく国連は「人権委員会（Commission of Human Rights）」を設置し、国際人権章典の制定に着手している。人権保障の観点に照らすならば、ここに至って従来の形式的な内外国人平等取扱主義の姿勢から、国家の枠組みを超えた実質的な「人間平等取扱主義」への移行がなされたと理解することができる。その結果、国連総会を通じて採択されたのが、1948年の世界人権宣言と66年の国際人権規約である。とりわけ、今日の国際社会において同人権規約は最も普遍的な国際人権保障規準として把握されている。自由権および社会権といった人権の性質に応じた対応の違いはあるものの、少なくとも国家は国際社会の基準に照らした積極的な人権の実現義務を負うこととなった。

b. 国際法上の不法滞在者の地位と人権保障のあゆみ

次に、本稿の主題となる長期不法滞在者問題は、従来から移民問題の範疇で捉えられてきた⁶。今日における国際法上の「移民（immigrant）」とは、およそ自己の国籍国または出生国以外の国へ長期的な滞在のために移り

住む人のことをいい、一般的には仕事を求めて移住する「移住労働者（migrant）」とその家族を意味する⁷。彼らは、「難民（refugee）」とは異なり、迫害の恐れを理由として国籍国や常居所国以外の国に滞在する者ではない⁸。しかし、従来からの指摘によれば、移住労働者は適法な滞在資格をもっていたとしても、国籍国を離れて外国に在住することに加え、被雇用の労働者である点において二重の困難を背負ってきたとされる⁹。

これに対して、国家は国際法の遵守を前提として、自らの領域権に基づいて外国人の取扱いの基準を決定することができる。よって、外国人移住労働者が滞在国において適正に就労するためには、滞在国の国内法における正規の就労資格を得ていなければならない。ここにおいて、今日まで国際法上の重要な人権問題とされてきたのが、正規の滞在資格をもたずに不法就労する移住労働者であった。移住労働者の不法滞在をめぐる国際問題が顕在化したのは国際連盟期であるとされる。連盟はすでにその発足時より、第一次世界大戦を契機として大量に発生した難民と同様に移民への対処を迫られていたのである。その当時から、「非適法」状態で就労していた多くの移住労働者はきわめて悪い雇用条件の下に置かれてきた。この問題については、連盟とともに1919年に発足した「国際労働機関（International Labour Organization, ILO）」が、一貫して条約策定と勧告の採択を通じて取り組んできたとされる¹⁰。後のILO憲章となった「ヴェルサイユ平和条約（the Versailles Treaty）」第13編は、ILOの基本原則として、「労働者の諸条件に関して各国が国内法で定める基準は、当該国に合法的に滞在するすべての労働者に対する公平な経済的取扱いに相当な考慮を払わなくてはならない」と定めた（第427条第8原則）¹¹。また、39年には未発効ながら、

「雇用目的の移住に関する条約」がILOにて採択されている。

第二次世界大戦後に国連の専門機関となったILOは、1949年に上記未発効条約を修正した「雇用目的の移住に関する条約」を、また58年には「雇用と職業における差別禁止条約」をそれぞれ採択している¹²。

さらに、75年には「不正な条件による移住及び移住労働者の機会と処遇の平等促進に関する条約 (Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant)」が同総会にて採択されるに至っている。同条約は、49年および58年条約を補う意味をもつとされる。同条約採択の背景には、「旧欧州共同体 (European Community, 旧EC)」を中心とした70年代の急速な経済成長と地域統合の傾向が挙げられる。旧ECを中心とした西側ヨーロッパ諸国は、国内の労働力不足を南ヨーロッパおよび北アフリカからの移住労働者によって補おうとした。これに伴い、中東のアラブ石油産出諸国にはアジア諸国からの移住労働者が急増することとなった。しかも、これらの大量移住の背景には、不法かつ秘密裏に行われる労働者の取引が関与していることが指摘されていたのである。旧ECは人々の自由な移動に伴う諸問題に対処すべく、人権の地域的保障を進めることとなる。79年には、「欧州審議会(または欧州評議会、Council of Europe)」を通じて「移住労働者の法的地位に関するヨーロッパ条約 (European Convention on the Legal Status of Migrant Workers)」が採択された¹³。同条約の採択は、より普遍的な移住労働者の権利保護に向けた条約策定へと、国連に働きかけることになった¹⁴。国連経済社会理事会および人権委員会は、非合法的に移住し就労する労働者や、その家族の人権をめぐる深刻な状況に対処する

必要に迫られたのである。その結果、「移住労働者権利条約」は国連総会で90年に採択され、批准までの長い期間を経て2003年に発効した。正式名称は、「全ての移住労働者及びその家族の権利に関する国際条約 (International Convention on the Protection of All Migrant Workers and Their Families)」と称する。

同条約は、前文および9部構成の全93条からなる¹⁵。前文1段においては、同条約の前提として、世界人権宣言、国際人権規約、女性差別撤廃条約および児童の権利条約が挙げられている。これらの条約には、「人間の尊厳 (human dignity)」を国際社会の共通利益として捉え、同時に普遍的な価値原理として認めようとする共通の姿勢が窺える¹⁶。これは移住労働者権利条約においても踏襲されており、「非適法状態にある (in an irregular situation)」移住労働者の人権を認めることで、秘密裏に行われる移動および取引を防止するとともに、「適法状態にある (in an regular situation)」移住労働者およびその家族構成員に一定の追加的権利を付与することにより、すべての移住労働者の基本的人権をより広範に認めようとしている。

同条約第1部は、条約の適用範囲および定義を定めている。ここにおいて、移住労働者とは第2条1項により「事故の国籍国でない国において報酬活動に従事する予定であるか、現に従事しているか、又は、従事してきた者をいう」と規定され、同条第2項では各種移住労働者の定義が規定されている。本稿との関わりからも注目されるのは、第2部および第3部である。第2部は第7条のみで構成され、権利享有に関する非差別を規定している。同条における非差別の対象には、非適法状態にある者も含まれると解される。この趣旨を受けて、第3部も全ての移住労働者およびその家族構成員の人権について規定している。ただし、同条約は非適法労

働者に対してあらゆる面で無制限な平等を付与するものではない。第3部の最終規定として、第35条は適法化の留保を定めている。同条によれば、「第3部のいかなる規定も、証明書を所持しないか若しくは非適法な状態にある、移住労働者若しくはその家族構成員の適法化、又はそのような適法化に対する権利を含むものと解してはならず、また本条約第Ⅶ部に規定された国際的移住のために健全かつ公平な条件を確保することを目的とした措置に反するものであってはならない¹⁷⁾」。

その後、さらに10年以上の期間を経て、ようやく移住労働者権利条約は2003年に発効した。ただし、締約国の中には受入国がほとんどないのが実情である。その主たる理由として、移住労働者権利条約自体に内在している問題点が指摘されている。すなわち、その成立経緯や条約前文からも明らかのように、同条約は非適法な移住と雇用状態にある移住労働者の保護を最重要目的としたため、適法状態にある移住労働者の優遇、および移住と雇用の適法化は、むしろこれに次ぐ重要項目として位置づけられていた¹⁸⁾。このため、日本も従来から経済立国として移住労働者の受入れ問題に直面してきたにもかかわらず、現在まで同条約の批准に消極的な姿勢を示してきたものと考えられる。

(2) 日本における不法滞在者の国内法上の地位

こうした姿勢からも明らかのように、従来から国際社会との比較を通じて、日本における移住労働者の人権保障が遅れていることが指摘されてきた。元々、日本においては外国人の法的地位を明記した憲法上の規定が存在しない。外国人の法的地位を規定したものとして一般的に挙げられるのが、「出入国管理及び難民認定法(入管法)」である。入管法第2条2項によれば、

外国人とは「日本の国籍を有しないものをいう¹⁹⁾」。同法はまた、直接的に移住労働者の国内法上の地位を定めている。

すでに述べたとおり、一般国際法上、従来から人権の取扱いは対外的な国家主権の独立性が尊重されてきた。日本においても同様に、国家の自己保全という観点から、外国人が日本に入国および在留する憲法上の権利は認められないとされており、外国人の入国・在留資格制度も、国家の裁量権が及ぶものとして従来から捉えられてきたといえる²⁰⁾。また、国内に在留する外国人に対して、一般的に日本国憲法上の人権保障が及ぶかどうかについては、長い間議論がなされてきた。現在では、憲法前文および第98条2項に照らした、人権の普遍的な性格および憲法の国際協調主義、さらには人権の国際化等を根拠に、外国人にも原則として人権規定の保障が及ぶことが広く承認されている。ただし、保障される権利の内容については、日本国民と外国人の間に差異が認められてきた。日本の憲法學上、我が国における外国人の権利保障の区別判定に際しては、通説・判例ともに各権利の性質を基準に判断する「性質説」に依拠している²¹⁾。

なお、自国民と外国人の間に権利の差異があることは、一般国際法上においても認められている。すなわち、国民は国籍を通じて国家の不可欠な構成要素となることから、統治権の主体として完全な公法上および私法上の権能を有する²²⁾。他方、滞在国の国籍をもたない外国人に対しては、特に当該国の統治に関する国内公法分野で保障されない人権内容が存在してきた。日本の場合も、およそこの考え方に準拠しているといえる。

次に、外国人の在留資格および在留期間を定めた入管法第2条の2第1項によれば、日本に在留する外国人は、上陸許可をはじめとした各在留資格をもって在留するものとされている。

ここにおいて、「在留資格」とは、外国人が日本に入国・在留して特定の社会的活動を行うことができる資格、または外国人が一定の身分・地位を有する者としての活動を行うことができる資格をいう²³。具体的な在留資格の類型は、同法第2条の2第2項が定めており、「別表第一」・「別表第二」の上欄に掲げられている²⁴。就労に関する内容について、別表第一の在留資格は、外国人の行う特定の社会活動に関する在留資格であるため、就労活動に制限が課されている。これに対し、別表第二の在留資格は、外国人の有する身分または地位に関する在留資格であり、このため就労制限はないとされる²⁵。なお、同法第2条3項によれば、同条第1項における外国人の在留可能期間（在留期間）は、各在留資格ごとに法務省令で定められている。この場合、外交、公用および永住者以外の在留資格に伴う在留期間は、3年を超えることができない。また、法務大臣が個々の外国人の活動について特に指定する、特定活動の在留資格も5年を超えることができない（別表第一の五）。

以上のように、外国人移住労働者に関する在留資格には、一般的に専門の技術や技能が必要とされている。他方、これらに当てはまらない、非熟練労働を含めたいわゆる「単純労働」を目的とした外国人の入国は基本的に認められていない²⁶。したがって、入管法第22条の4に基づき、正規の滞在資格をもたない外国人は法務大臣によって在留資格が取り消されることとなる。こうして、不法在留者は入管法第24条に基づき不法滞在者として退去強制の対象となる²⁷。

2 不法滞在者に対する日本の対応の経緯

(1) 外国人の不法滞在状況および国内法的対応の経緯

a. 日本における外国人の不法滞在状況
さて、2009年7月の法務省入国管理局による

報道発表資料「平成20年末現在における外国人登録者統計について」によれば、外国人登録者数は2,217,426人で我が国総人口の1.74%を占め、いずれも過去最高を更新している。中でも中国国籍の者は655,377人で最も多く、全体の29.6%を占めている。韓国・朝鮮国籍は589,239人で全体の26.6%である。また、在留資格については、「永住者（一般永住者）」が492,056人で最多となっている²⁸。

その一方で、不法滞在者に対しては、従来以上に厳しい入国管理の姿勢がとられてきたため、ここ数年不法滞在者は減少傾向にあるとされる。2009年2月17日の法務省入国管理局の発表によれば、不法滞在者を5年で半減させる政府計画がおおよそ達成できた理由として、海外の空港への入管職員派遣による入国者書類の事前確認や、07年11月から取り入れた指紋認証などを通じて、新たな不法残留が抑えられたこと等が挙げられている²⁹。

しかしながら、これまで国際社会との比較において、日本の入国管理の姿勢は排他的であり、入国自体を恩恵的なものとして同制度の運営がなされてきたと指摘される。また、国内における少子高齢社会の進行は、従来の基幹産業における労働力不足を露呈したため、結果的に単純労働に従事する多くの外国人不法就労者を生み出してきとも指摘される。さらに、彼らの多くは長期にわたって滞在し続けているために、新たな問題も提起されてきている。このように、不法滞在問題については、必ずしも抜本的な解決に向けた進展がみられているとはいえない。

b. 不法滞在者をめぐる国内法的対応の経緯

次に、日本における移住労働者および不法就労者問題について、入管法を通じた国内法的対応の経緯を確認していきたい³⁰。一般に、移住労働者問題に初めて積極的に対応したのは、1990年の入管法の大改正である。これは80年代

後半における社会状況の影響を強く受けていたとされる。当時、円高を背景とした経済発展が続く中で、日本への入国者および在留者は著しく増加していた。持続する好景気を背景として、専門性という側面を問わず、広く外国人の労働力への期待が高まりつつあったのである。しかし、近隣アジア諸国との強い経済格差は、国内における不法就労外国人をも急増させていた。このため、一方で在留資格制度の整備、審査基準の透明性の確保および入国審査手続の簡易化と迅速化を図りつつ、他方においては不法就労者問題に対処する目的で入管法改正がなされたのである³¹。同改正を通じて、中長期に及ぶ外国人の入国および在留管理の指針となる、「出入国管理計画」が策定されることとなった。同時に、日系人に限っては在留資格による就労制限がなくなっている。これらが、日本の製造業に外国人労働者が根付く契機となったと指摘されている³²。

さらに、93年には外国人を対象とした「研修・技能実習制度」が発足した。入国管理局によれば、同制度は「開発途上にある国々に対して技術・技能を移転することを目的として、我が国に研修生を招いて技術移転による人材育成を行い、それらの国々の発展を支援するという、長く広くその効果が浸透していく国際協力・国際貢献」であると定義された³³。これは、「研修活動により一定水準以上の技術などを取得した外国人について、研修修了後、研修を受けた企業等と雇用契約を結び、研修で習得した技術等により磨きをかけられるようにする制度」であった³⁴。しかし、同制度を通じた入国者は増加の一途をたどりつつも、そのうちの少なからずは熟練労働までには至らず、実質的な単純労働の実態にあったとも指摘される。結果的に、すでに90年代初頭における日本の不法就労者は20万人を超えるまでになっている。この事実は、

さらに広く社会問題化し、深刻な人権侵害問題として国際社会の非難の対象となった。

また、これ以外の非正規滞在資格者に対しては、人道的な人権保障の観点に基づく国内法上の対応がきわめて遅れていた。特に指摘されるのが、難民への対応の遅れである。多くの場合、難民申請者は正式な難民として認定されるまで、事実上の不法滞在状態に置かれる。このために、曖昧なグレーゾーンに置かれた者に対しては、不法滞存者としての排除的な扱いが前提とされていたのである。たしかに、70年代後半において高まった人道的支援の国際世論を背景に、日本でも80年代初頭の難民条約加入を契機とした一定の国内立法措置は講じられつつあった。しかし、同条約の受容および入国管理をめぐる国内立法の人道的進展にもかかわらず、不法滞存者や難民の実態に照らした司法分野の対応はきわめて不十分であったといえる。近年になり、下級審段階においては法務大臣による不法滞存者や難民に対する退去強制令書発付処分をめぐり、人道的な観点からの判決がなされつつある³⁵。これに対し、上告審における最高裁判所の姿勢は、従来から入管制度の維持に重点が置かれたままである³⁶。

(2) 04年入管法改正に伴う不法滞存者対策の強化

近年になって、不法滞存者が改めて入管制度全体の問題として捉えられることとなったのは、一事件を通じて日本の難民問題が国際社会に露呈してからであった。これが、2002年5月に中国瀋陽で発生した「日本総領事館における亡命者連行事件」である。国際法上における「在外公使館の不可侵原則」を侵害して、中国の武装警察は日本総領事館内の北朝鮮亡命者を連行した³⁷。最終的に、同事件は政治的な決着を得ることができた。しかし、同時に当時難民申請者

に対する認定率が1%にも満たなかった日本の実情も国際社会に露呈され、日本の出入国管理行政の脆弱さが非難されることとなったのである。

こうした背景の下で、02年には不法滞在者問題および難民認定問題に 대응するために、「難民問題に関する専門部会」が法務大臣の私的諮問機関として新たに設置された。複数の議題について審議した結果、03年12月に同専門部会は出入国管理政策懇談会を通じて最終報告書を法務大臣に提出している。同報告書は、①いわゆる「60日ルール」について、②難民認定申請中の者の法的地位について、および③不服申立ての仕組みについて、を主な内容としていた³⁸。とりわけ、「不服申立ての仕組みについて」への提言は、「主要国における不服申立制度」として、イギリス、フランス、ドイツにおける難民認定行政の特徴について分析に基づくものであり、後の「難民審査参与員」制度の設立に強い影響を与えることとなったといえる³⁹。

以上の経緯から、04年に入管法は大きく改正された（平成16年6月2日法律第73号）。このうち、主に不法滞在者対策に関わる部分については同年12月に、また難民認定に関する部分は05年5月に、それぞれ施行されている。法務省入国管理局によれば、同法改正の主たる目的は、まさに日本における「不法滞在者」と「難民」にそれぞれ対処するためであった⁴⁰。特に、同法改正の趣旨説明からは、難民対策を通じた外国人の受入れに対する人道的な配慮姿勢を、国内外に示そうとした意図が強く窺えよう。

その一方で、不法滞在者に対する対応もより強化された内容となった。入国管理局によれば、「厳格な出入国審査を実施し、不法滞在者の摘発を抜本的に強化するほか、不法滞在者自らが本邦での不法滞在状態を終了し帰国することを促す施策を実施するとともに、不正な手段によ

り上陸許可を受けて合法滞在を装う実質的な不法滞在者を排除する必要がある⁴¹」。そして、新たな不法滞在者対策の一環として、正規の滞在期間を超えて残留する「不法残留者（オーバーステイ）」も含めた、不法就労者全体への対応も強化されることとなった。例えば、不法残留者に対する「出国命令制度」および「在留資格取消制度」の新設がこれに当てはまるといえる。

その後の入管法の改正については、2001年9月11日の同時多発テロ事件を契機とした一連の有事法制の制定および強化を受けて、再び排他的性格を帯びつつあることが指摘されている。04年12月には政府による「テロの未然防止に関する行動計画」が示された結果、05年の2度の改正を経て間もなく、06年5月に改正入管法が成立している（平成18年5月24日法律第43号）⁴²。この改正に伴い、永住者も含め、日本に入学する16歳以上の外国人から、強制的に指紋や顔写真等の生体情報を採ることが可能となった。たしかに、指紋押捺対象からの除外者も認められたものの、これらは外交、公用に基づく来訪者、および在日韓国・朝鮮人等の「特別永住者」等ごくわずかな場合にすぎなかった⁴³。また、法務大臣が「テロ行為の実行を容易にするおそれがあるとみなした場合」、当該外国人を強制退去できるとする規定も新設されている⁴⁴。このように06年法改正には、外国人の入国を人権保障の観点からではなく、むしろ従来から指摘されてきたように、排除を前提とした恩恵的な観点から把握する姿勢が強く窺える。この点で、人道的観点を強調した04年法改正とは隔たった趣旨の法改正として批判的に受け止められたのである。

II 不法滞在者への新たな対応をめぐる法的課題

1 日本における単純労働力不足と09年入管法改正

(1) 少子高齢社会の深刻化と新たな不法滞在者問題

a. 少子高齢社会の深刻化と単純労働力の不足

しかし、その後における日本の社会経済構造の変化は、外国人労働者に対する新たな価値観を提起しつつある。その根本にあるのが、日本における「少子高齢社会」の加速化現象である。過去における予測を上回るペースで、少子高齢社会は進行してきた。総務省の統計によれば、総人口に占める75歳以上の割合は、1950年段階では1.3%であったが、91年には5%を占めることとなり、それ以降に加速していることが窺える。さらに、2007年11月における総務省統計局の発表によれば、総人口（1億2779万人）に占める75歳以上の割合は11月1日時点で初めて10%を占めるに至った（1276万人）。また、65歳以上の割合は21.5%となっており、やはり過去最高の数字となっている⁴⁵。これに対して、厚生労働省の人口動態統計によれば、一人の女性が一生の間に産む子どもの平均数である「合計特殊出生率」は、2005年に過去最低の1.26を記録している⁴⁶。こうした高齢社会の加速化傾向は、日本の産業構造における労働人口の減少と人口比率の大きな空洞化をもたらす要因となった。

高度経済成長期の製造業分野等に代表されるように、かつて日本の基幹産業に従事する労働者の割合は非常に高かったといえる。また、これらの産業においては豊かな経験と高度な専門性を備えた熟練労働者のみならず、個々の生産過程においては、非熟練労働者を含めてこれら

を支える「単純労働者」も多く従事していた。ここにおいて、単純労働の定義は必ずしも一義的ではないものの、その過酷な労働条件からいわゆる「3K（きつい、汚い、危険）労働」に少なからず関わる労働内容であることが推察できる⁴⁷。日本の高度経済成長は、厳しい労働環境と低賃金に耐えてきた単純労働者に負うところが大きい。しかし、少子高齢社会の加速化は就労人口を減少させるのみならず、若年層における厳しい労働条件の回避傾向を生み、単純労働に耐えうる労働者が減りつつあることとなった。

b. 外国人移住労働者の増加と就労態様の変化

さて、04年の入管法の抜本的改正以降、統計的には人道的観点に基づく難民受入れの試みが表れつつあるといえる。法務省入国管理局の統計によれば、05年における難民認定申請者384人中、難民として認定されたものは46人であり、前年よりも31人増加している⁴⁸。これに人道配慮に基づく在留認定者97人を加えた合計143人が、実質的な庇護対象者となった。同庇護者数は、82年における日本の難民認定制度発足以降、最大の人数である。この内、認定者数および不認定者数を分母とする「難民認定率」は約15.6%となり、前年に比べて10.7ポイント増加している。また、難民の認定をしない処分（不認定処分）に対する異議申立者は183人であるが、異議審を通じて当該申出に理由があるとされた認定者の割合も前年より増加している⁴⁹。ただし、難民申請者の「入国時の態様」における不法入国者の割合、および「申請時の在留態様」における不法滞在者の割合は、いずれも前年より増加している。特に、申請時においてすでに不法滞在の状況にある者の割合は、70%を超えている。

また、外国人の就労状況については、平成5

年度より「外国人雇用状況報告制度」が設置され、その雇用状況について事業所から年1回の報告が行われてきた。同報告からは、外国人移住労働者の多くが厳しい労働条件の下で、実質的な単純労働に従事していることが裏づけられている。07年3月12日付厚生労働省発表の「外国人雇用状況報告（平成18年度6月1日現在）の結果について」によれば、報告を受けた90,665所のうち、30,488所が外国人労働者を直接または間接に雇用していた⁵⁰。報告概要の説明によれば、提出事業所に占める外国人雇用事業所の割合は、前年（05年）の29.8%に比べて33.6%へと増加している。このうち、外国人労働者を直接雇用している事業所は27,323所であり、外国人労働者数は前年比約12.4%増の222,929人であった。他方、外国人労働者を間接雇用している事業所は6,667所であり、外国人労働者数は前年比約15.5%増の167,291人であった。いずれの雇用形態においても、外国人労働者数は増加しており、特に間接労働者数の伸び率が高いことが分かる。

ここにおいて、本稿との関わりから問題となるのが、直接雇用の外国人労働者の入職及び離職状況である。05年～06年における入職者は136,643人であり、直接雇用外国人労働者数全体の61.3%を占めている。これに対し、同期間における離職者は99,125人であり、直接雇用外国人労働者数全体の44.5%を占めた。これは、極めて頻繁な入離職状況を示すものといえる。また、外国人労働者を直接雇用している事務所のうち、主に労働者派遣・請負事業を行っている事務所は、2,752所、外国人労働者61,851人であり、それぞれ直接雇用事務所数全体の10.1%、直接雇用外国人労働者数全体の27.7%を占めた。これらの数値はいずれも前年度を上回る内容であるのみならず、上記61,851人は、実際の就労場所である派遣先または発注元の事業所におい

て間接雇用の形態で就労していると推測されている。

なお、一般により労働条件の不利な間接雇用について、産業別では事業所数、労働者数ともに「製造業」が最多であり、90.7%が同業種にて就労している。事業所別規模では、「100人～299人」規模が最も多く、1事業所あたりの外国人労働者数の平均は25.1人（前年24.1人）であった。特に、直接雇用の場合、1事業所あたりの外国人労働者数の平均は8.2人であることから、きわめて多くの中小規模製造業の事業所が、単純労働の実態に近い間接雇用外国人労働者に依拠するという実態が明らかとなっているのである⁵¹。

（2）在留資格見直しの要請と09年入管法改正

a. 長期不法滞在者問題の深刻化と在留資格見直しの要請

こうした就労実態を背景として、04年1月には厚生労働省職業安定局において「外国人労働者の雇用管理のあり方に関する研究会」が発足した。同年7月には同研究会による「報告書」が取りまとめられている⁵²。すでに、99年8月には「第9次雇用対策基本計画」に基づく外国人労働者受入れの政府方針が閣議決定されていたが、同報告書第1章はこの決定を改めて確認する内容となっている。すなわち、従来から受け入れてきた「専門的、技術的分野の外国人労働者」については、日本の経済社会の活性化や国際化を図る観点から受入れを積極的に推進することとする。その一方で、いわゆる「単純労働者」の受入れについては、国内労働市場に関わる問題をはじめとして、日本の経済社会と国民生活に多大な影響を及ぼすことから、国民のコンセンサスを踏まえつつ十分慎重に対応することが不可欠である。

とりわけ、単純労働者の受入れに慎重である理由としては、およそ次の点が挙げられている。雇用機会が不足している高齢者等の就業機会を減少させるおそれがあること。労働市場の二重構造を生じさせるとともに、雇用管理の改善や労働生産性の向上の取組みを阻害し、ひいては産業構造の転換などの遅れをもたらすおそれがあること。景気変動に伴い失業問題が生じやすいこと。新たな社会的費用の負担（教育、医療・福祉、住宅等）を生じさせること。送出し国や外国人労働者本人にとり、人材の流出や日本社会への適応に伴う問題等の影響も極めて大きいと予想されること、である。

次いで、07年には第166回通常国会における「雇用対策法及び地域雇用開発促進法の一部を改正する法律」の成立を受けて、07年10月1日より外国人を雇用する事業主に対して新たな義務づけがなされた。これらの義務づけとは、「外国人労働者の雇用管理の改善及び再就職支援の努力義務」、および「外国人雇用状況の届出の義務化」である⁵³。特に、前者の義務づけにあたり、「外国人労働者の雇用管理の改善等に関して事業主が適切に対処するための指針」が設けられている。

一方、不法滞在者対策として、政府は06年に「在留特別許可に係るガイドライン（平成18年10月）」を策定した。一般的に、不法滞在者に対する在留特別許可は、入管法第50条に基づいて「法務大臣の裁決の特例」として行われる⁵⁴。同ガイドラインは入管法第50条1項各号の要件を補うべく、在留の態様に応じて法務大臣が在留特別許可の可否を判断するために導入されたものである⁵⁵。その「在留特別許可に係る基本的な考え方」によれば、「在留特別許可の許否に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、生活状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、さらには我が

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判断することとしている」。こうした表現からも、同ガイドライン策定にあたっては、主に長期に及ぶ不法滞在者問題が念頭に置かれていたと推察できる。また、「在留特別許可の許否判断に係る考慮事項」として、「当該許可に係る『基準』はない」。その上で、考慮する事項として、「積極的要素」および「消極的要素」が明文化されており、これらは実質的な判断基準として、個々の在留特別許可をめぐる審査が行われることとなった⁵⁶。

その後の在留特別許可の運用について、入国管理局によれば、「入管法第50条に規定する在留特別許可は、法務大臣の裁量的な処分であり、その許否判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、生活状況、素行、内外の諸情勢その他諸般の事情に加え、その外国人に対する人道的な配慮の必要性と他の不法滞在者に及ぼす影響とを含めて、総合的に考慮してい」とする⁵⁷。

また、司法上においても、近年になり不法滞在の状況が複雑化したことを受けて、個々の在留態様に照らした柔軟な対応を迫られてきている。とりわけ、09年4月に両親が娘を残して国外退去処分となった「蕨市不法滞在家族事件」は、10年以上にわたって善良な一般市民として生活を営んできた家族をめぐる問題であり、「在留特別許可」基準の問題を浮き彫りにするものであった（最高裁判所平成20年9月29日判決）⁵⁸。

なお、同時期の事例として、埼玉県内に在留していた不法残留のフィリピン人家族につき、08年1月11日に両親と中学1年生になる13歳の長女に東京入国管理局から在留特別許可が付与された事例がある。控訴審判決において東京高裁は「違法は黙認できない」との理由から請求を退ける一方で、日本における長女の教育状況

への配慮から「教育を受ける機会を失わせるのは忍びない」として、法務大臣に在留特別許可の可否を再考するように付言した。これを受けて、同入国管理局より「定住者」の資格で1年間の在留が認められたのである。裁判所の付言に基づいて在留を認めたのは異例であり、法務省は「高裁判断と長女の生活環境などを総合的に判断した」と述べている⁵⁹。本件では、第1審および控訴審判決で敗訴したものの、控訴審判決において注目すべき判示がなされている。すなわち、日本で育成し、地域の小中学校に通っている控訴人（子）の生活状況等に照らし、「控訴人らについて当分の間退去強制令書の執行を停止して仮放免措置を継続した上で、再度の考案として在留特別許可の可否についての恩恵的な措置および児童の最善の利益の観点から検討されることを当裁判所として期待したい」。これを受けて、「在留特別許可についての再申請願書」を提出した結果、定住者として1年間の在留資格を得ることができたのである。

b. 09年入管法改正と在留特別許可ガイドラインの見直し

さらに、最近の傾向として単純労働者の受入れをめぐる議論が活発化している点は、注目される⁶⁰。特に、受入れ推進論に関しては、今日の少子高齢社会における労働力人口の減少を補うために、むしろ外国人の単純労働力を活用すべきであるとする点で共通しているといえよう。

ただし、政府の基本的な立場に変更はなく、移住労働者に対しては従来どおり専門の技術や技能を必要であるとしている。もっとも、08年3月に閣議決定された「規制改革推進3カ年計画」によれば、今後は労働基準法や最低賃金法を実習生のみならず、本来就労の禁じられている研修生にも適用していきたいとする。これらの法の適用を受けて研修生が労働法規の対象となれば、仮に「外国人研修・技能実習制度」を

残しておいても、個々の問題は是正されるとの見方が示されることとなった⁶¹。なお、同年08年3月にはまた、法務大臣の私的懇談会である「出入国政策懇談会」を通じて、在留資格の情報について法務省が一元的に管理すべしとする提言がなされている。同提言を受け、法務省は09年度の通常国会への提出に向けて新たな入管法改正案の作成に着手した。

こうして09年における新たな改正入管法は、7月8日に参議院本会議で可決されて成立した（平成21年7月15日法律第79号）⁶²。主な改正の要点としては、日本滞在が3ヵ月を超える外国人について、従来の「外国人登録証」を廃止して、新たに「在留カード」を交付することが挙げられている。新たな制度は3年以内に施行される。これにより、日本の在留制度は大きな転機を迎えると指摘されている。また、研修・技能実習制度も改正された。これによって、新たに「技能実習」という在留資格が新設されることとなり、1年目から最低賃金法や労働基準法が適用される見通しとなった⁶³。

ここに至り、不法滞在者対策との関わりから、7月10日には「在留特別許可ガイドライン」の見直しが法務大臣から表明されている⁶⁴。これは、近年における長期不法滞在者問題に対処すべく、06年の在留特別許可ガイドラインの見直しを行ったものといえる。従来のガイドラインでは、在留特別許可の可否を判断する際の基準が個々の実態に適合しづらく、その曖昧さが指摘されていた。このため、今回の見直しは、可否判断上の「積極的要素」と「消極的要素」をより具体化することで、基準の明確化を図ることを目的としている。

2 長期不法滞在者への新たな対応をめぐる法的比較的課題

以上を踏まえ、今回の法改正を通じた長期不

法滞在者への新たな対応状況につき、国内法および国際法の観点から法比較的基礎考察を試みることにする。

(1) 国内法上の課題

国内法上の主な課題としては、長期不法滞在の根本原因となる移住労働者の在留資格要件を、現在の日本の就労状況に照らしていかかに修正していくかという点が挙げられる。ただし、08年末以降の米国経済の急速な悪化を招いた、いわゆるリーマン・ショックは日本の経済にも深い打撃を与え、日本人労働者の雇用環境の悪化を招いた⁶⁵。とりわけ大企業を中心とした非正規雇用者の大量解雇は、近年ではもっとも深刻な失業率を09年に計上するに至っている。こうした中で、外国人労働者の雇用条件を単純労働にまで拡大するという議論は、そのまま受け入れることが難しくなっている。現時点においては、人道的観点を加味した人権保障の観点から、既存の入管法の枠組を通じて、個々の問題状況に応じた対応を行わざるをえないといえよう。

a. 外国人の特定の社会活動に関する在留資格要件について

その上で、早期に取り組みねばならない課題として、「外国人の特定の社会活動に関する在留資格要件」をめぐる諸問題が指摘できよう。これは、入管法第2条の2第2項（別表第一の二）における「技術」および「技能」に関する分野である。すでに述べたとおり、「外国人研修・技能制度」は、本邦入国後の一定期限内に各労働分野における特別の技術や能力を身につけさせ、専門性を備えた正規の移住労働者としての滞在を可能にすることを目的としている。しかし、実際には定められた期間内に、一定の国家試験資格を有するまでの技術や能力を身につけることはきわめて難しい。これは、特に介護福祉の分野において顕著であると指摘される。07年に結ばれた「日本・インドネシア経済連携

協定(Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership, E P A)」に基づき、08年8月より日本国内ではインドネシア人看護師・介護福祉士候補の受入れが始まった⁶⁶。すでに本国内で看護師および介護士資格を有する者が日本で一定期間研修し、期限に国家試験に合格すれば正規の在留資格者として滞在が許可されることになる。だが、言葉や生活習慣の違いによる意思疎通の問題に加え、研修生として滞在生活を送らねばならないため、十分な賃金保障も社会保障も受けられていないという問題が生じている。さらに、近年の介護業界の厳しい業況に加え、08年末以降の経済後退と雇用環境の悪化は、研修環境および生活環境に深刻な影響を与えており、彼らを実質的な単純労働に追いやりかねないとの懸念が示されている。

一般に、介護を受ける権利とは、加齢等により一定の心身の機能が衰えている者について、生存権思想に裏づけられた福祉的国家観に基づく権利であり、本来は国家を通じて保障されるべきものである。しかし、00年4月に発足した介護保険制度は、これを民間の市場競争原理に委ねて実施しようとしてきた。その結果、07年に介護報酬の不正受給事件が明るみになったことを契機として、ようやく介護業界全体の劣悪な労働環境が指摘されるに至ったのである。09年の入管法改正に基づき、こうした現状に置かれた外国人研修・技能実習環境の改善が早急に必要である。

b. 在留特別許可ガイドラインについて

また、09年7月に示された改訂「在留特別許可ガイドライン」についても、長期不法滞在の実態を踏まえようとした点で一定の評価は得られるものの、依然として根本的な問題解決の指針を示したものとはいえない。

09年の改訂において、積極的要素と消極的要

素の明確化により、在留特別許可判断の迅速性と客観性を図ろうとした点は評価できる。06年の「旧ガイドライン」においては、基本的な考え方は示されていたものの、当該許可に係る直接的な「基準」は存在しなかった。その上で、「在留特別許可に係る基本的な考え方」に沿った「在留特別許可の許否判断に係る考慮事項」が列挙されるにすぎなかったのである。これに対し、改訂後の「新ガイドライン」では、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」において、「基準はない」とする文言が削除されている。その上で、判断上考慮すべき事項として従来よりも詳細な積極的要素と消極的要素が列挙されるに至った。

積極的要素については、「1 特に考慮する積極要素」および「2 その他の積極的要素」に分けて列挙されている。1に関しては、(4)および(5)が新設された。とりわけ、長期不法滞在者との関わりからは(4)が重要である。当該事由は相当期間に及ぶ実子との同居が根拠となっており、前述した葎市不法滞在家族事件等を強く意識したものであることが窺える⁶⁷。また、2に関して、旧ガイドラインでは「(4)人道的配慮を必要とする特別な事情があるとき」として、2つの例が挙げられていたにすぎない。これに対して、新ガイドラインでは5つの項目が挙げられている。その内、(2)、(3)および(4)は、主に入管法別表第二に掲げる在留資格者との関わりから導かれた事由である。長期不法滞在者との関わりからは(1)および(5)が重要である。(1)は不法滞在者が自ら入国管理官署に出頭したことに基づく事由であり、(5)はまさに長期不法滞在者の本邦への定着性が根拠となる事由である⁶⁸。なお、人道的配慮を根拠とした事由はに当てられている。次に、消極的要素についても、新ガイドラインでは細分化されて「1 特に考慮する消極要素」

および「2 その他の消極的要素」として列挙されるに至った。なお、これによって旧ガイドライン中の消極規定(1)における、「素行不良」という曖昧な事由は削除されている⁶⁹。また、過去における退去強制手続を受けた事実については、2の要素に分類されている。

しかし、依然として、在留特別許可の決定は法務大臣の裁量のみ任されている。新ガイドラインでは、第2として「在留特別許可の諾否判断」を掲げている。これによれば、「在留特別許可の拒否判断は、上記の積極的要素及び消極的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、積極的要素として考慮すべき事情が明らかに消極的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になる。」ただし、「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許可が検討されないというものではない」。これに続いて「在留特別許可方向」で検討する例、および「退去方向で検討する例」が挙げられている⁷⁰。

したがって、難民審査参与員制度を導入した新たな難民認定制度とは異なり、不法滞在者の在留特別許可の判断が依然として完全に法務大臣の自由裁量に委ねられており、この曖昧な表現には、在留特別許可の判断基準の客観性に対する懸念が残されたままである⁷¹。

(2) 国際人権保障規準に照らした課題

a. 日本の入国管理制度の基本的性格について

さらに、長期不法滞在者問題に適切に対処していくためには、この問題を一国内に留めずに国境を越えた普遍的な課題として捉えることが必要である。すなわち、長期不法滞在者問題は、

日本国内における既存の法と社会の実態との矛盾という観点からのみならず、広く人道的性質を有する外国人の人権保障問題として検証しなければならないといえる。この姿勢は、同じく入国管理に関わる移住労働者問題や難民問題にも必要とされるものである。ここにおいて、日本の入国管理制度自体の基本的性格について、国際人権保障規準に照らした問題点が指摘されるであろう。

第二次世界大戦以降、国際連合を中心とした国際人権保障は、一人ひとりの個人を人格の担い手として尊重するという意味で、「人間の尊厳」を人類共通の普遍的概念として捉えながら形成されてきた。これに対し、日本国における出入国管理制度は、戦後復興期の制度発足以来、今日まで排他的性格の強い恩恵的な制度として運用されてきた。ゆえに、厳格な要件の下でいわば例外的措置として自国民以外の者を受け入れてきたとされる⁷²。現在の入管法の起源は、連合軍統治下の「出入国管理令」に求めることができる。戦後日本の出入国管理行政は、1950年に外務省の外局として設立された「出入国管理庁」によって一元的に行われていたとされる。翌51年に、「出入国管理令(昭和26年政令319号)」が制定された。同年には旧連合国との間にサンフランシスコ平和条約が結ばれ、52年の同条約発効とともに日本は対外的な国家主権を回復することとなった。これによって日本国の入国許可権限は回復したため、出入国管理行政は正式に国内行政として法務省に移管されることになり、法務省の内局として「入国管理局」が設置されたのである。

出入国管理令が「法」へと改正される直接的なきっかけとなったのが、70年代後半における多数のベトナム戦争難民の漂着問題であった。75年以降続いていた同難民の受入れをめぐることは、後に難民偽装問題等が明るみになったこと

を受けて、日本の人権保障全体の立ち遅れが国際社会で非難されるに至った。こうして、従来の出入国管理の姿勢は人道的な人権保障の観点を備えるべく転換を迫られたのである⁷³。日本は78年に国際人権規約（A規約およびB規約）に署名し、翌79年に同規約は発効する。81年6月5日には難民条約および同議定書への加入が国会で承認された。そして、同日には、同条約等を実施するために整備された「難民の地位に関する条約等への加入に伴う出入国管理令その他関連法律の整備に関する法律」が国会で成立している。同法律、難民条約および同議定書は、いずれも翌82年1月1日に発効した。その結果、出入国管理令は「出入国管理及び難民認定法」へと改正されるに至ったのである⁷⁴。

今日、難民保護に関する国際法は人道法と人権法の両分野にわたるものとして把握されている⁷⁵。難民条約第33条1項によれば、「締約国は、難民を、いかなる方法によっても、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見のためにその生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放し又は送還してはならない。」ここにおいて、難民に対する追放・送還禁止原則を「ノン・ルフールマン（non-refoulement）原則」という。同原則は難民条約を通じて慣習国際法上の原則として高められたものと評される。ゆえに、同原則はいわば難民保護の基礎であることから、難民法は人権法のみならず人道法分野にわたる国際法として位置づけられているのである。日本も本条約を通じてノン・ルフールマン原則を受容しており、入管法第53条3項は、仮に本来の送還先が本人の国籍国であっても、同原則に違反するような場合には例外的に当該国への送還を認めていない。

b. 日本の移住労働者権利条約批准をめぐる課題

上述のとおり、長期不法滞在者の人権保障にあたっては、慣習国際法上の内外国人平等取扱主義、および国際人権規約の差別禁止条項（自由権および社会権）に照らしつつ、さらには移住労働者権利条約の遵守が今日の国際社会では求められている。09年現在、日本は移住労働者権利条約に批准していない。しかしながら、同条約を基礎づける国際人権規約、女性差別撤廃条約および児童の権利条約について、日本が締約国になってからすでに久しい。日本は移住労働者権利条約の制定過程において、国連加盟国として少なからず関わってきたとされる。この事実を照らすならば、改訂された在留特別許可ガイドラインに次ぐ実質的な判断基準として、同条約は我が国においても長期不法滞在者の処遇の上で強い道義的指針となるものである。この問題に対処する上で、一層の国内法の整備を進めるとともに同条約を批准する必要があるといえよう。

ただし、就労差別問題との関わりからは、移住労働者の法的態様への考慮も依然として必要である。この点について、長期不法就労者に対しては人道的な人権保障の観点に立ちつつも、在留特別許可の付与以前の段階では、適法な移住労働者と同様の法的保障を一律に行うべきではないとも指摘される。すなわち、労働法自体は実態としての労働関係に着目して労働者を保護する趣旨であるため、（不法就労者に対しても）原則として同法の適用を認めるべきであるが、救済面においては入管政策の要請を考慮して、就労資格を与えることと同様の効果を与えないように配慮しなければならない⁷⁶。ゆえに、少なくとも、将来の不法就労を助長・促進するおそれの強い場合は、不法就労者に対して法的保護を与えることはできないといえよう。このように、非適法に在留している不法就労者については、労働法の趣旨に照らした複数の対応が

必要であると指摘されている。

小 結

日本における今日の不法滞在者問題に適切に対応する為には、国内社会の就労実態に目をそらさず、国際社会と比較した入管制度のあり方を今後とも検証しなくてはならない。とりわけ、長期不法滞在者問題に関しては、これを憲法上の人権保障問題として捉えた上で、個々の不法滞在の態様ごとに対処する必要がある。すでに、国際社会からはこの問題を人権法と人道法の両分野に関わるものとして捉えるべく要請がなされている。改めて「人間の尊厳」の普遍的な価値を踏まえ、国際人権保障規準に照らした国内法的対応が、日本にも求められているといえよう。

註

- ¹ 入国管理局ホームページ「本邦における不法残留者数について（平成20年1月1日現在）」at <http://www.immi-moj.go.jp/toukei/index.html>（2009年2月23日検索）。
- ² 拙稿「人権保障の基本原則に関する比較法的考察」『法学新報109巻5・6号』、2003年、300頁以下。
- ³ ここでは、時と場所に適合した実証性を尊重して、経験の可能な「合意」に拘束力の基礎を求める「実定法学（法実証主義）」の立場から把握する。その上で、国際法の法源を、法の発現様式または法定立の方法および手続という意味で、形式的法源として捉える（經塚作太郎『現代国際法要論（補訂版）』中央大学出版部、1992年、71頁、101頁以下）。
- ⁴ 例えば、1930年の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」第1条は、「何人が自国民であるかを自国の法令に基づいて決定することは、各国の権能に属する。この

法令は、国際条約、国際慣習及び、国籍に関して一般的に認められた法の原則と一致する限りにおいて、他の国により承認されるものとする」と定める。今日においても、国籍に関する事項はいわゆる「国内管轄事項」とされている。同条約につき、日本は1930年に署名したが現在まで批准はしていない（畑博行・水上千之編『国際人権法概論（第4版）』有信堂高文社、2006年、120頁）。

⁵ 経塚作太郎、前掲書、250頁以下。

第一次世界大戦後の諸条約の中にも、「少数民族の保護」を目的としたものは存在する。国際連盟期においても、委任統治制度や国際労働基準の設置などのような若干の人権保障規定は設けられた。しかし、一般的な人権保護規定の定立までには至っていない（トーマス・バーゲンソル著（小寺初世子訳）『国際人権法入門』東新堂、1999年、6頁以下）。

⁶ 拙稿「日本の移住労働者受入れに関する比較法的考察」『駒沢女子大学研究紀要15号』、2008年、136頁以下。

⁷ 国連によれば、2000年時点で約1億7500万人が出生国以外で暮らしているとされる（国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』三省堂、2005年、37頁）。

⁸ 難民条約第1条(A)および(B)。

⁹ 金東勲編著『国連・移住労働者権利条約と日本』部落解放研究所、1992年、3頁以下。

¹⁰ 連盟規約第23条では、条約に従った人道的、社会的、経済的協力を掲げる中で、第1段において公平で人道的な労働条件を確保することに努め、かつこのために必要な労働機関を設立維持しなければならないと規定した（広部和也・杉原高嶺『解説条約集2008』三省堂、2008年、48頁以下）。

¹¹ Eighth. The standard set by law in each country with respect to the conditions of

labour should have due regard to the equitable economic treatment of all workers lawfully resident therein.; at <http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/ver400.html>.

¹² 金東勲編著、前掲書、6頁以下。

¹³ 同書、12頁以下。

¹⁴ 国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂、1995年、25頁。

¹⁵ 金東勲編著、前掲書、132頁以下；松井芳郎・薬師寺公夫他編『国際人権条約・宣言集（第3版）』東信堂、2005年、548頁以下；

A/RES/45/158 69th plenary meeting 18 December 1990 at <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r158.htm>.

¹⁶ 人間の尊厳とは、およそ人間を自律した自由な人格の担い手として尊重することを意味する（拙稿前掲法学新報109巻5・6号掲載論文、298頁）。

¹⁷ Article 35: Nothing in the present part of the Convention shall be interpreted as implying the regularization of the situation of migrant workers or members of their families who are non-documented or in an irregular situation or any right to such regularization of their situation, nor shall it prejudice the measures intended to ensure sound and equitable conditions for international migration as provided in part VI of the present Convention.

¹⁸ 国際法学会編、前掲国際関係法辞典（第2版）、28頁。

¹⁹ 総務省ホームページ・法令データ提供システム「出入国管理及び難民認定法」at <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/strsearch.cgi>.

²⁰ 入国の自由が外国人に保障されないことは、今日の慣習国際法上当然であると解するのが

通説・判例である（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第4版）』岩波書店、2007年、92頁；最大判昭和32・6・19、刑集11巻6号1663頁）。また、退去強制と在留許可をめぐる外国人の人権保障に関して、判例を通じた最高裁判所の考え方は主に「出入国システム優位説」および「基本的人権優位説」に分類される、と指摘される。前者の立場からは、在留外国人の基本的人権は出入国システムの枠で保障されるにすぎない。一方、後者によれば、出入国システムも基本的人権の射程に含まれることとなり、権利の性質上、外国人には日本国民と異なる制約が課せられうるものの、基本的人権は外国人を含めたすべての人間に保障される。ただし、権利の性質については、抽象的な域を免れず、いかなる結論が導かれるかは議論の余地がある。ゆえに、マクリーン事件最高裁判決（最大判昭和53年10月4日）のように、たとえ入国を許可されているものであったとしても、「憲法上在留する権利を保障されえるものではない」との結論が導かれうることになる。（武市周作「公法判例研究（3）」、東京地裁平成11年11月12日』『法学新報108巻11・12号』、2002年、230頁以下；最大判昭和53年10月4日、民集32巻7号1223頁）。

²¹ 「文言説」によれば、外国人は規定文言上の「何人」に限定されることになるが、この場合に第22条2項は外国人にも国籍離脱の自由を与えるという矛盾が生じることとなる。また、マクリーン事件最高裁判決において、性質上外国人に保障されない人権としては、参政権、社会権および入国の自由などが挙げられてきた（古野豊秋編『新・スタンダード憲法（改訂版）』尚学社、2009年、55頁）。

²² 経塚作太郎、前掲書、252頁。

²³ 畑野勇・倉島研二 他『外国人の法的地位』

信山社、2000年、363頁以下。

²⁴ 別表第一に掲げられた在留資格とは、外交、公用、教授、芸術、宗教、報道（以上別表第一の一）、投資・経営、法律・会計業務、医療、研究、教育、技術、人文知識・国際業務、企業内転勤、興行、技能（以上別表第一の二）である。別表第二の上欄に掲げられた在留資格とは、永住者、日本人の配偶者等、永住者の配偶者等、定住者である。定住者については、いわゆる「定住者告示」たる「平成2年度法務省告示132号」によって、その要件が具体的に定められている。

なお、日本人の血統をもつ「日系人」については次のような扱いとなる。日系2世は「日本人の配偶者等」に該当する。日本人を親として外国で出生した子で、日本国籍を保有しない者、および民法第817条の2に基づく特別養子がこれに当たる。また、日系3世は「定住者」に該当する。これには日本人の子として出生した者の実子（孫）等が該当する。（山田鎌一・黒木忠正『よくわかる入管法』有斐閣、2006年、77頁以下）。

²⁵ その他の在留資格として、入管法で定められた在留資格ではないものの、これと同等視しうる資格に「特別永住者」の資格が挙げられる。これは、「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（入管特例法）」に基づく資格である。対象者は、終戦前から引き続き我が国に滞在し、サンフランシスコ平和条約の発効により日本国籍を離脱した、朝鮮半島・台湾出身者およびわが国で出生したその子孫（いわゆる在日韓国・朝鮮人及び台湾人）である（畑野勇・倉島研二 他、前掲書、364頁）。

²⁶ ただし、入管法別表第二の上欄の在留資格者については、在留中の活動に特別な制限がないため、単純労働に従事することは可能であ

る。よって、日系人も単純労働に就労することができる。また、同別表第一の在留資格者についても、同法第19条2項に基づいて資格外活動の許可を法務大臣から得られた場合には、単純労働を行うことができる（山田鎌一・黒木忠正、前掲書、71頁）。

²⁷ これまでの日本における不法滞在者の退去強制は、およそ3つの段階を通じて判断がなされてきた。第1段階として、入国及び在留の是非については「入国審査官」が審査する（同法第45条）。在留要件を満たさない場合、入国主任審査官による退去強制令書が発付される（第47条5項）。本処分に対して異議のある場合、第2段階として当該外国人は「入国管理局特別審理官」に対して口頭審理を請求することができる（第48条）。さらに、その不認定処分に対して異議のある場合には、第3段階として「法務大臣」に対して異議の「申出」をすることができる（第49条）。これに対して異議の申出に理由がないと認める場合でも、一定の要件を充たした場合には、法務大臣は「在留特別許可」をすることができる（第50条）。他方、法務大臣がこの申出に対して理由がない旨を裁決した場合、「退去強制令書」発付処分が入国主任審査官によって行われる（第49条6項）。そして、これを不服とした場合に、裁判を通じて当該退去強制令書発付処分の取消し請求が行われてきた。

²⁸ これは、前年比52,299人（11.9%）増であるが、「技能」・「技術」もそれぞれについて1.6%、17.0%増加している。（入国管理局ホームページ「平成20年末現在における外国人登録者統計について」at <http://www.moj.go.jp/PRESS/090710-1/090710-1.html>（2009年7月14日検索））。

²⁹ 前掲入国管理局ホームページ「本邦における不法残留者数について（平成20年1月1日現

在）」；朝日新聞、2009年2月17日。

³⁰ 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要15号掲載論文、143頁以下。

³¹ 畑野勇・倉島研二 他、前掲書、155頁以下。

³² 90年代初頭のいわゆるバブル経済の崩壊とともに、自動車や電気などの輸出産業は業績を悪化させた結果、同業界は経営体制の合理化によって日系人を低賃金で大量に受け入れた（朝日新聞、2008年7月6日）。

³³ 入国管理局の説明によれば、昭和40年代頃に海外進出した日本企業による、現地社員等の日本国内での専門的な技術、技能および知識の取得の実施に、研修・技能実習制度の起源を求めることができる。（入国管理局ホームページ「入管政策」at <http://www.immi-moj.go.jp/seisaku/index.html>）。

³⁴ 研修も技能実習も技術および技能等を修得するという活動においては同じである。ただし、研修生には就労が禁じられている一方、技能実習生はより実践的に技術、技能等の習熟を図るために就労が認められている（同ホームページ；山田鎌一・黒木忠正、前掲書、115頁以下）。

³⁵ 近年における、長期不法滞在者の在留許可問題をめぐる事例としては、「東京地裁平成15年9月19日判決」が挙げられる。本件は、単純労働者として長期に不法滞在したイラン人家族の問題につき、イラン人の原告家族4人の「善良な市民としての生活基盤」が日本にあることを理由として、全員の退去取消しを裁判で初めて認めたものである（平成12年（行ウ）第211号 退去強制令書発付処分取消「等取消」請求事件）；判例時報1836号46頁；拙稿「公法判例研究」『法学新報111巻1・2号』、2004年、397頁以下）。

また、難民不認定処分問題をめぐる事例としては、「東京地裁平成16年2月26日判決」が

挙げられる。本判決は、アフガニスタン国籍を有するイスラム教シーア派ハザラ人の原告に対する難民不認定処分につき、難民条約第33条に照らした重大な違法性を理由に初めて無効と判断した事例である（平成14年（行ウ）第2号、同第88号、同第90号、退去強制令書発付処分取消等請求事件、最高裁判所ホームページ「下級裁主要判決情報」at <http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanrei.nsf/webview/A52F13AAA1F2321649256E6E0029324/?OpenDocument>；拙稿「公法判例研究」『法学新報112巻3・4号』、2005年、247頁以下）。

³⁶ 上記「長期不法滞在者在留事件」について、高裁段階ではイラン人家族の主張は退けられ、最高裁において敗訴が確定している（東京高判平成16年3月30日（平成15年（行コ）第247号、最判平成18年10月10日（平成16年（行ツ）第176号））。その後、法務省への再審査申立の結果、2007年2月16日には短大進学を控えた長女に対して法務大臣による在留特別許可が下り、夫婦と次女の3名はイランに帰国するに至っている（朝日新聞、2007年2月16日）。

また、上記「難民不認定処分事件」についても、原判決の趣旨は高裁判決において退けられており、本人の上告断念により敗訴が確定している（東京高判平成16年8月31日（平成16年（行コ）第114号））。

³⁷ 1963年に国連で採択された「領事関係に関するウィーン条約」第31条1項は、領事機関の公館の不可侵を規定する。同条約は日本においても83年に発効している。

³⁸ 同専門部会は、「法務大臣が各方面の有識者に対し、難民認定制度の今後のあり方について広く諮問し、その議論を今後の法務行政に生かす」ことを設置趣旨としていた。これは、

既存の法務大臣の私的懇談会である「出入国管理政策懇談会」の中に、新たに設置された諮問機関である（入国管理局フロントページ「難民問題に関する政策部会について」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan13.html>）。

³⁹ 同提言によれば、従来の難民認定に関する処分事務や不服申立手続の事務のいずれについても、法務省入国管理局職員のみによって手続が進められている点などにおいて、公平性・中立性が必ずしも十分ではないことが問題である。したがって、難民認定業務に対する信頼性を高めていくためにも、複数かつ奇数からなる第三者（難民調査官などの法務省入国管理局職員ではない専門家）を不服申立ての審査手続に関与させることを提言する。ただし、第三者関与の在り方に関しては、現行制度のように法務大臣が統一的観点から最終的な判断を行うことが好ましいことから、これが独自の裁決・決定権を有する第三者機関の設置よりも、むしろ法務大臣の諮問機関として関与することが望ましいとも提言されている（入国管理局フロントページ「難民認定制度に関する検討結果（最終報告）」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan13-16.html#5>、6頁以下、8頁以下；拙稿「難民審査参与員制度に関する比較法的考察」駒沢女子大学研究紀要13号、2006年、211頁以下）。

⁴⁰ その他の改正要点としては、精神障害者に対する上陸拒否事由の見直し（拒否対象者の制限緩和）が挙げられている（入国管理局フロントページ「第159回国会において出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律（平成16年6月2日法律第73号）について」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan21.html>）。

⁴¹ 不法滞在対策(平成16年12月2日施行部分)としては、不法入国罪等に関する罰金額の上限が引き上げられること、外国人に対する我が国への上陸拒否期間の見直し、不法残留(オーバーステイ)者に対する出国命令制度の新設、および在留資格取消制度の新設などが挙げられている。

⁴² 入国管理局ホームページ(「第164回国会において成立した「出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律(平成18年5月24日法律第43号)」について」) at http://www.immi-moj.go.jp/keiziban/happyou/20060524_law43.pdf。

⁴³ 米国においては、移民等の永住資格者を指紋押捺対象から除外している(朝日新聞、2006年5月17日)。

⁴⁴ 新設第24条の3の2によれば、「公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金の提供等の処罰に関する法律第1条に規定する公衆等脅迫目的の犯罪行為、公衆等脅迫目的の犯罪行為の予備行為又は公衆等脅迫目的の犯罪行為の実行を容易にする行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由があるとして法務大臣が認定する者」は、本邦からの退去を強制することができることとなった(法務省ホームページ「第164回国会(常会)提出主要法律案」 at <http://www.moj.go.jp/HOUAN/NYUKANHO05/refer04.pdf>)。

⁴⁵ 総務省統計局ホームページ「統計トピックス No.25 最近の人口動向 ～「人口推計月報」から～」 at <http://www.stat.go.jp/data/jinsui/topics/topi25.htm>。

⁴⁶ 合計特殊出生率は「15～49歳までの女性の年齢別出生率を合計したもの」である。なお、2007年の概況によれば、06年の1.32から07年の1.34へとやや回復の傾向にある。ただし、平成19年の出生数は108万9745人で、前年の

109万2674人より2929人減少している(厚生労働省ホームページ「平成19年人口動態統計月報年計(概数)の状況」 at <http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/geppo/nengai07/index.html>)。

⁴⁷ 金東勲編著、前掲書、30頁以下。

⁴⁸ 2005年における難民認定申請者処理数は327人であり、認定者数は46人、不認定者数249人、および申請を取り下げた者は32人であった。よって、認定者数および不認定者数を分母とする「難民認定率」は約15.6%となり、前年比よりも10.7ポイント増加している。全認定者数の内43人がミャンマー国籍であり、全体の約93%を占める。また、申請者の「入国時の態様」は、合法入国者が303人で申請者全体の79%を占める一方、不法入国者が81人で約21%を占め、昨年と比較して約11ポイント増加している。「申請時の在留態様」の態様は、正規在留者が109人で申請者全体の約28%に留まる一方、不法滞在者(不法入国者、不法残留者)が275人で約72%を占め、昨年よりも約3ポイント増加している(法務省入国管理局ホームページ「平成17年における難民認定者数等について」 at <http://www.moj.go.jp/PRESS/060224-1/060224-1.html>)。

⁴⁹ 2005年5月施行の改正法以前は、異議の「申出」とされていたが、ここでは便宜的に「異議申立者」に含めた統計となっている。法務大臣に対する異議の申立の処理数は195人であり、認定者15人、不認定者162人、および異議申立の取り下げ者数18人であった。異議審における難民認定者数は約8.5%であり、前年比4.8ポイントの増加である。なお、難民とは認定されなかったが、人道的配慮に基づいて在留を認められたものは97人である(同法務省入国管理局ホームページ、2頁)。

⁵⁰ 報告を求めたのは152,149事業所である。こ

において、「直接雇用」とは、事業所において直接雇用契約を交わして労働者を雇う形態を意味する。それ以外を「間接雇用」といい、労働者派遣、請負などにより事業所内で就労している場合の雇用形態を意味する（厚生労働省ホームページ「外国人雇用状況報告（平成18年6月1日現在）の結果について」 at <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2007/03/h0312-1.html>）。

⁵¹ さらに、外国人雇用状況報告制度は、各事業所に対して公共職業安定所への任意の報告提出を求めている。ただし、従業員人数50名以上の企業については全事業所を報告対象としていたものの、49名以下の規模の事業所については、各地域の事情や行政上の必要性に応じて選定された一部の事業所に限定されていた。ゆえに、全ての事業所における外国人労働者の雇用状況が把握されているとはいえない。

⁵² 厚生労働省ホームページ「外国人労働者の雇用管理のあり方に関する研究会報告書」の取りまとめについて」 at <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/07/h0720-1.html>。）。

⁵³ 厚生労働省ホームページ「外国人雇用状況の届出制度（H19.10.1～）」 at <http://www.mhlw.go.jp/bunya/koyou/gaikokujin-koyou/index.html>。

⁵⁴ 第50条：法務大臣は、前条第3項の裁決に当たつて、異議の申出が理由がないと認める場合でも、当該容疑者が次の各号のいずれかに該当するときは、その者の在留を特別に許可することができる。

- 1 永住許可を受けているとき。
- 2 かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき。
- 3 人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき。

4 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認めるとき。

⁵⁵ 入国管理局ホームページ「在留特別許可に係るガイドライン（平成18年10月）」 at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan52-1.pdf>（2009年7月22日検索）。

⁵⁶ 積極要素：積極要素については、入管法第50条第1項第1号から第3号（注参照）に掲げる事由のほか、次のとおりである。

(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つて、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。

(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。）であつて、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) 人道的配慮を必要とする特別な事情があるとき。

⁵⁷ 入国管理局ホームページ「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について（平成20年12月）」 at <http://www>.

moj.go.jp/NYUKAN/nyukan25.html (2009年10月20日検索)。

⁵⁸ 本件において、フィリピン人両親につき、母親は92年に、父親は93年にそれぞれ他人名義の偽造旅券で日本に入国し、また長女は95年に日本で出生した。父親は都内の産業廃棄物会社に勤務し続けていた。06年に母親が入管法違反で逮捕されて有罪となり、一家に退去強制命令が発付された。後に、長女に対してのみ在留特別許可が下りたため、両親は09年4月13日に本国へ帰国した(朝日新聞、2008年10月28日、2009年4月14日；読売新聞、2008年11月28日)。

⁵⁹ 父母は04年に、不法残留容疑で現行犯逮捕され、日本で生れた長女を含めて05年に東京入国管理局より強制退去処分を受けていた(毎日新聞、2008年1月12日)。

なお、2009年10月現在、同事件判決は主要判例集等において未搭載である。参考資料としては、以下の人権団体による報告が挙げられる。これによれば、本件では、第1審(東京地方裁判所平成18年12月7日判決)および控訴審判決(東京高等裁判所平成19年9月27日判決)で敗訴したものの、控訴審判決において注目すべき付言がなされている。すなわち、日本で育成し、地域の小中学校に通っている控訴人(子)の生活状況等に照らし、「控訴人らについて当分の間退去強制令書の執行を停止して仮放免措置を継続した上で、再度の考案として在留特別許可の可否についての恩恵的な措置および児童の最善の利益の観点から検討されることを当裁判所として期待したい」。これを受けて、「在留特別許可についての再申請願書」を提出した結果、定住者として1年間の在留資格を得ることができた(コムスタカ(外国人と共に生きる会)ホームページ「2008年2月6日報告」at <http://www.geocities.jp/kumustaka85/2008.1.11fuiripinnzinnkazokunozairyuutokubetukyoka.htm> (2009年5月8日検索))。

www.geocities.jp/kumustaka85/2008.1.11fuiripinnzinnkazokunozairyuutokubetukyoka.htm (2009年5月8日検索))。

⁶⁰ 同様の状況に置かれていた韓国では、2004年8月に、単純労働者を受け入れる「労働許可制度」を導入した。在留期間は3年間であるが再入国も可能であり、条件付で永住も可能な制度であるとされる。ただし、これはあくまでも韓国人の求職者が不在の場合の補充であり、国内の雇用を優先し、受入団体を公的機関に限定して年間の受入人数に上限を設定する(朝日新聞、2008年5月21日)。

⁶¹ 朝日新聞、2008年5月21日、7月27日。

⁶² 入国管理局ホームページ「出入国管理及び難民認定法(平成21年7月15日法律第79号)」at <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S26/S26SE319.html> (2009年10月20日検索)。

⁶³ 現在は、1年目の在留資格が「研修」として労働法規が適用されず、2・3年目が「技能実習」となって同法規の適用を受けている(朝日新聞、2009年2月16日、7月8日；入国管理局ホームページ「入管法が変わります！－新たな在留管理制度－」at <http://www.immi-moj.go.jp/newimmiact/newimmiact.html> (2009年10月20日検索))。

⁶⁴ 08年に在留特別許可を受けた外国人は8522人であり、申出の70%以上が許可を受けている(毎日新聞、2009年7月10日；朝日新聞、2009年7月9日；法務省入国管理局ホームページ「在留特別許可に係るガイドラインの見直しについて(平成21年7月)」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan85-1.pdf> (2009年7月14日検索))。

⁶⁵ これは、国際的な金融危機を招いた米国リーマン・ブラザーズの経営破綻とその後の株価暴落等を意味する。当時、米国第4位の投資銀行であるリーマンが、低所得者向けの住宅

ローンの焦げ付きに発するサブプライム問題等で経営に行き詰まり、08年9月に破綻した。これを受けて対米の大手金融機関が連鎖的に経営危機に陥り金融不安が深刻化した結果、欧米や日本で経済環境の悪化を招いた（「朝日新聞記事データベース」at <http://database.asahi.com/library2/main/start.php?loginSID=512baa7fdf118babf528ea577fc785bb>（2009年10月19日検索））。

⁶⁶ 同協定付属書第10第1編第6節参照（外務省ホームページ「日インドネシア連携協定」at http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/j_asean/indonesia/jyobun.html）。

また、インドネシアには介護福祉士の資格がないため、看護学校または大学看護学部卒業が応募要件となっている。また、看護師の要件には2年以上の実務経験が必要とされている。08年度の受入れ候補者は、看護師104人および介護士104人であった（朝日新聞、2008年8月3日）

⁶⁷ 1 - (4)：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

1 - (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

⁶⁸ 2 - (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

2 - (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

⁶⁹ 旧ガイドライン消極要素（1）：刑罰法令違反又はこれに準ずる素行不良が見られるとき。

⁷⁰ 一例として、「当該外国人が、本邦で出生し10年以上にわたって本邦に在住している小中学校に在学している実子を同居した上で監護及び養育していて、不法残留である旨を地方入国管理官署に自ら申告し、かつ当該外国人親子が他の法令違反がないなどの在留の状況に特段の問題がないと認められること」が挙げられる。

なお、カルデロン一家事件に関して、法務省は同家族の両親の不法入国の態様を根拠に、新ガイドラインによっても在留許可基準が満たされないと述べている（朝日新聞、2009年7月9日）。

⁷¹ なお、「国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）」は、難民審査制度導入を伴った2004年の入管法改正にあたり、同年年5月16日付けの「見解」を示している。これによれば、難民審査参与員制度の導入については一定の評価を示しつつも、依然として本制度が法務省の管轄下にとどまっている点に関する問題性も指摘している（第21パラグラフ）。すなわち、「本質的に、庇護の訴えを調査および決定をするための設立機関は、独立して、純粹に人権およびその他の庇護に関する考慮に基づいた意思決定を確保するものであって、出入国管理または外交政策といったその他の考慮には影響されない。…しかし、全ての庇護に関する決定は法務大臣によって行われることになるため、当該異議申立制度は依然として法務省の管轄内にとどまることになり、その意思決定が第1審の機関からは独立しないことになる。さらに、改正法草案の規定よれば、法務省に対する「難民審査参与員」の意見の拘束性については明確にされていない、と指摘されている（“UNHCR’s Comments on the Bill to Reform the Immigration Control and Refugee Recognition Act of

Japan 19 May 2004, Tokyo Japan”, para.20, 21; at http://www.unhcr.or.jp/protect/pdf/040520comm_e.pdf).

⁷² これに言及したものとしては、例えば「在留特別許可の許否は、… 法務大臣の広範囲な自由裁量に属する恩恵的な措置である」と判示した下級審判決がある（東京高判昭和52年12月12日訴月23卷12号2204頁；亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟」『判例時報1867号（下）』、2004年、156頁）。

⁷⁵ 島田征夫「難民」『日本と国際法の100年、第5巻』三省堂、2001年、68頁。

⁷⁴ 畑野勇・倉島研二 他、前掲書、104頁以下、144頁。

⁷⁵ 畑博行・水上千之編『国際人権法概論』有信堂高文社、1997年、63頁。

⁷⁶ 例えば、未払い賃金等といった既往の労働に対応する部分については、将来の不法就労を促進することにならないので法的救済が及ぶと考えられる。これに対して、原職復帰といった将来の労働に対応する部分については、不法就労者側が、適法就労者となりうる蓋然性を相当程度まで立証しえた場合には、法的救済が及ぶと考えられる。学説上、入管法に違反散する労働契約については、労基法第56条に違反する年少労働者との労働契約と比較して、その違反の程度は軽微であるために、労働契約の無効を結果するとは考えがたい、と指摘されている（早川智津子「外国人と労働法」『ジュリスト No.1350』2008年、26頁、29頁）。