

## 人道的配慮と在留特別許可（一） —出入国在留管理基本計画と在留許可をめぐって—

福 王 守\*

### Humanitarian Considerations for the Special Permission to Stay in Japan through the Basic Plan for Immigration Control (1)

Mamoru FUKUOH\*

はじめに

#### I 人間の尊厳と人道的配慮

1. 人間の尊厳と人道的配慮
2. 日本における外国人の在留許可（以上本号）

#### II 人道的配慮と在留特別許可

1. 出入国管理基本計画において
2. 出入国在留管理基本計画において

結びにかえて

#### 問題の所在

2021年2月19日の閣議決定を受けた「出入国管理難民認定法（入管法）」改正案は、同年5月18日に今国会での成立が断念された。退去強制処分を受けた不法滞在外国人の施設収容問題が長期化している中、その解消を主眼として同改正案は策定されていたとされる。

一方で、同案における改正内容は、国際的な人権保障の基準を十分には満たしていないとも指摘されていた。ここで改めて確認されるべきは、外国人の在留に関わる人道的配慮という考えである。人道的配慮は、特に在留特別許可の判断に際して根拠とされる基準であり、さらにその根源にある価値観は「人間の尊厳」であるといえる。人間の尊厳概念は、第2次大戦後に

における国際連合の実践を通じて国際人権保障の根本的な価値原理として認められてきた。本稿ではかかる人権原理の意味を踏まえ、外国人に対する人道的配慮と在留特別許可について、憲法および国際法の観点から比較的な基礎検証を行う。

#### I 人間の尊厳と人道的配慮

##### 1. 人間の尊厳と人道的配慮

###### （1）人間の尊厳と人権

###### a. 市民社会と人間の尊厳

今日の日本の法社会は、実定法を中心としたヨーロッパの近代市民社会を模範とする。「人間の尊厳（human dignity）」自体は多義語ではあるが、およそ人権概念との関わりにおいては、人間を自由で自律した人格の担い手として尊重することを意味する<sup>1</sup>。また、法律学における人権とは、基本的人権または基本権として把握されているとおり、人間が人間である上で生まれながらに当然にもっている基本的な権利を意味する<sup>2</sup>。近代以前において、人間の尊厳概念自体は、本来人間のもつ固有な在り方を意味するものにすぎなかった。やがて近代啓蒙思

\*人間総合学群

想を背景とした市民社会の形成過程において、同概念は個々の人権概念を生み出す基本的な価値原理として把握されていくこととなる。

近代以降の市民社会は、特権階級による支配からの個人の自由を確保するために形成されてきた。およそ10世紀から13世紀までの中世においては、旧教会（ローマ・カトリック教会）権力を頂点として、領主たる国王や貴族等の権力層により土地支配を介した身分制（封建制）社会が形成されていた。14世紀から16世紀のルネサンス期において、平民の間にも富裕商人層を中心に個人としての自覚（自我）が芽生え、これを契機として人間性の尊重とともにその自由や解放を求める動きが始まる。17世紀に入り、宗教改革および三十年戦争（1618-48年）を経て旧教会権力による支配が終わると、絶対主義の下で国王中心の国家が形成されていった。絶対主義は、君主主権による中央集権的な専制支配を特徴とする<sup>3</sup>。この時代は中世から近代への過渡期として封建制度の最終段階にあり、平民の自由は依然制約されていた。

これに対し、17世紀後半以降には近代啓蒙思想が普及する。その前提には、社会成立以前の自然状態においても人間は普遍的な法則（自然法）に支配されており、神から与えられた人間理性の力で世界の秩序を理解できるという人々の確信があった<sup>4</sup>。近代啓蒙思想家達は、理性絶対の立場から権威・思想や制度・習慣の合理的批判を行い、民衆を無知の状態から解放しようとした<sup>5</sup>。個々の人間は生まれながらに自由かつ平等な生きる権利（天賦の権利・自然権）を神から与えられた市民であり、市民相互の契約が政治社会たる国家を発展的に生み出すと考えられた（社会契約説）。その結果として、市民の自由と平等を目指した市民革命が起る。特に、18世紀後半のアメリカ独立革命とフランス革命の影響は大きく、絶対主義の終焉をもつ

て近代市民社会は成立した。

ここにおいて「市民（citizen）」とは、およそ自由で自律した人格の担い手を意味する<sup>6</sup>。その中心を担ったのは、かつての平民の中から一定の財産と教養を備えるに至った、有産市民階級であった。市民は人間理性に裏付けられた「人格」を生来的に備えており、人格的存在としての自由が認められるとされた<sup>7</sup>。ゆえに、市民には他者の支配を受けずに自らが意思決定できる点で自己決定力を有する。自己のあり方を自己の責任で決定しう点（自律性）に至上の価値を置く考え方を「自由主義原理」という<sup>8</sup>。自由主義原理が基礎となり、治者と被治者の同一性を旨とした「民主主義原理」が導かれた<sup>9</sup>。やがて市民社会は市民国家として、また市民は国民として捉えられていくこととなる。

このように、近代市民社会における人間は、理性に基づく人格を備えた存在として捉えられるに至った。ヨーロッパではキリスト教的な観点に立脚して、神から与えられた人格の不可侵性こそが、人間存在に固有な性格であると把握されたのである。かかる人間固有の性格を、今日では「人間の尊厳（human dignity）」という<sup>10</sup>。後に、人間の尊厳は哲学者のカント（Kant, I. 1724-1804）によって神との関わりを否定され、理性的存在としての人間に固有な人格の不可侵性として捉えられている<sup>11</sup>。19世紀以降、人間の尊厳概念は自然権思想と融合しながら発達し、国家の統治原理を基礎づけていく。また、自然権に始まる人権概念は、近代市民国家の形成過程の中で、国家の存立に不可欠な「基本的人権」概念と重なりながら憲法や人権宣言等を通じて発達していくことになる。

#### b. 憲法秩序における人間の尊厳

近代以降の市民社会は、一般に私的自治を旨とした資本主義構造の下で形成されてきた。資本主義は経済競争の自由を本質的特徴とし、私

的自治原則は市民の意思に基づく自由な経済活動を法的に保障することを意味した。いずれも、人間が理性の担い手として自由な存在であること（人格の自由）を前提としている。市民社会における自由は自己決定を旨としつつ、現実には生存に向けた経済競争の自由を主に意味していた。19世紀の市民社会は、資本主義構造の安定性を確保すべく、経済的側面での予測可能性と政治的側面での合理的支配を強く要請した。特に後者においては合法的な支配が強く求められ、法に対する客観性と合理性が要請されたのである。これに応えたのが、経験的事実に照らした人定法としての実定法であった。

人間理性に基づく超経験のかつ普遍的な自然法を出発点としつつも、市民社会は資本主義構造の下で国家制定法を中心に市民国家を形成していった。これまでの抽象的な人間存在としての市民はより具体的な国民「個人」として把握され、国家権力と対峙しうる存在へと位置付けられていくことになる。これに伴い、人間の尊厳の核をなす自由・平等の概念は、さらに国内社会における「個人の尊厳（個人の尊重）」概念へと発達したといえよう。個人の尊厳とは、一人ひとりの国民を人格の担い手として尊重することを意味する。これは国民の人格の不可侵性を核としている。この段階で、自由主義と民主主義を前提にした統治原理として、「立憲民主主義」が確立した<sup>12</sup>。立憲民主主義とは、市民（国民）の自由意思に従い、市民による市民のための政治を憲法に基づいて行う考えである。同原理は政治権力が人格を踏みにじらないための基本的な価値原理として、アメリカやフランスにおける近代憲法へと導入されていった。個人の尊厳は、立憲民主主義を通じて近代国家の究極目的かつ憲法の究極的な基本原理として把握されるに至ったのである。

ここにおいて、「個人の尊厳（人格の尊厳）」

の具体的な内容は「人権」として把握される。個人の尊厳の実現こそが市民国家の究極目的であり、その具体的な内容としての「人権保障」もまた、国家の目的として捉えることができよう。人権保障原理は、立憲民主主義憲法において個人の尊厳原理から派生する基本原理である。また、近代市民国家における人権は、道徳上の抽象的な概念にとどまらない。これは適正な手続きを経て公的に確保すべき具体的な内容を意味する<sup>13</sup>。国民としての適正な尊厳の確保のために、憲法を通して様々な人権内容が定められるに至っている。

なお、ドイツ憲法学においては、人間の尊厳と人権との直接的な結びつきがみられる（ドイツ連邦共和国憲法第1条）。人権（Menschenrechte）は前国家的な性質をもち、何人にも保障される権利および自由である。これに対し、市民権（Bürgerrechte）はドイツ国民のみに保障されるものとされる。そして、両者をあわせたものが基本権（Grundrechte）であると解されている。日本における人権概念はほぼドイツの基本権に該当する。ゆえに、日本国憲法における人権とは、「基本的人権」と称される<sup>14</sup>。

次に、近代において民主主義に基づく法治国家を支えるために主張されたのが、権力分立思想である。この考えも個人の尊厳原理から派生する基本原理として把握された。これは国家の対人的支配権たる統治権力（公権力）を分散して抑制による均衡を図り、権力の濫用を防ぐことを目的とする。これは人権保障を補助するための手段として捉えることができる<sup>15</sup>。また、同原理との関連において、国家の最終的な意思決定権たる主権を国民が有するという考えが、「国民主権」原理として導かれた。国民主権原理も個人の尊厳原理から派生する基本原理である。これは、全国民が憲法に正当性を付与するのみならず、特に有権者が憲法制定後の権力行

使のあり方を最終的に掌握することをも意味する<sup>16</sup>。こうして、国内社会は人権保障の実効性を確保するために、憲法を中心とした集権的な構造をもって現在に至っている。

## （２）国際人権章典と人間の尊厳

これに対して、大戦期までの国際社会では、対外的な国家主権の独立性に基づき自国領域内の人権問題は国内管轄事項とされてきた。1933年の「国の権利及び義務に関する条約（モンテビデオ条約）」では、国家の構成要素として、領域、永続的（恒久的）住民、政府、および外交能力（国際法を遵守する意思と能力）が挙げられている。永続的住民とは、当該国の国籍を有する国民を意味する<sup>17</sup>。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、国民の決定に関しては当該国が自らの法令に基づいて自国民を決定する権能を有すると定める<sup>18</sup>。一方で、外国人の取扱いに関する慣習国際法としては、従来「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。特に自国内の国民の犯す国際法違反行為について、国家は当該行為の前後において「相当の注意（due diligence）」義務を国際法上負うものと理解されてきた。自国内の外国人に対する法令の基本も、国内標準主義による形式的な「内外国人平等取扱主義」が基本とされてきたのである<sup>19</sup>。

しかし、20世紀における2度の世界大戦は、戦闘員と非戦闘員とを問わず無差別な被害者を生じさせた。このため、倫理に根差した人道的な観点から、戦争行為が人間の尊厳を踏みにじる最大の手段であることが強く認識されるに至った<sup>20</sup>。大戦に対する反省から1945年に設立された国際連合は、国際連合憲章前文において「基本的人権と人間の尊厳および価値（fundamental human rights, in the dignity

and worth of the human person）」に関する信念を改めて確認すると述べる。国連の究極目的は国際の平和と安全の維持に置かれたが（国連憲章第1条1項）、その達成と人権の保護は不可分の関係にあると規定された（第1条3項<sup>21</sup>）。その後の実践からは、人間の尊厳自体がいわば「人類の共通利益（common interests of mankind）」として、また人権問題が国内事項不干涉原則の例外をなす「国際関心事項（matter of international concern）」として捉えられていく過程が窺える。さらに、今日において人権は一般国際法上の強行規範との関わりから「国際管轄事項（matter of international jurisdiction）」であるとも解されてきている<sup>22</sup>。しかし、すでに国連創設時において、安保理常任理事国たる5大国は個々に複雑な人権問題を抱えており、国連憲章の中により具体的な人権規定を認めることができなかった。

このため、国連は1946年に経済社会理事会において「人権委員会（Commission of Human Rights）」を設置し、「国際人権章典（The International Bill of Human Rights）」の策定に着手する。国際人権章典は全人類に共通な人権目録であり、国際人権保障の模範たる包括的文書となるべきことが期待された。ここでは人間の尊厳が基本原理となり、国家の枠組みを超えた実質的な「人間平等取扱主義」の実現が図られようとしている。策定当初、相当の注意義務の程度をめくり、西欧中心の先進国による「国際標準主義」とラテンアメリカ諸国中心の途上国による「国内標準主義」の対立が生じたため、単一文書は断念された。しかし、国連総会を通じて世界人権宣言（1948年）と国際人権規約（1966年）が作成されたことで、国際人権章典は完成に至った。

世界人権宣言は、包括的な人権保障を初めて明文化した国際的文書である<sup>23</sup>。同宣言前文は、



「人類社会のすべての構成員の『固有の尊厳(the inherent dignity)』と平等で譲ることのできない権利とを承認することは、世界における自由、正義および平和の基礎である」とする。また、「加盟国は、国際連合と協力して、人権および基本的自由の普遍的な尊重および遵守の促進を達成することを誓約」する。これを受けて、第1条は「すべての人間は生まれながらにして自由であり、かつ、尊厳と権利とについて平等である」と規定する。

国際人権規約は、世界人権宣言を受けた実施措置であり、法的拘束力をもつ条約として今日の国際人権保障規準となっている。同規約前文は、「人類社会の平等で奪い得ない権利」が「人間の固有の尊厳に由来する(derive from the inherent dignity of the human person)ことを認める」と述べる。規約の内容は自由権的基本権を保障する「市民的及び政治的権利に関する国際規約(B規約)」と、社会権的基本権を保障する「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(A規約)」を骨子としている<sup>24</sup>。

B規約について、そのほとんどは18世紀以降の様々な人権宣言に掲げられてきた内容を表しているため、規約内容は即時の実現が国家に義務づけられていると解される。同規約は自由や平等といった普遍的権利を内容とする点で、国家に優先する前国家的性格を有する。ゆえに、同規約は加盟国の国内法制を通じて人権を直接的に保障する自動執行的(self-executing)な性格を備えているとも指摘されている。同規約第13条には、外国人の恣意的追放の禁止が定められている。B規約の内容の実現を図るために、第28条以下では規約「人権委員会」を設置するとともに、加盟国に対しては報告制度や国家通報制度などを定めている。一方、A規約は20世紀以降の生存権思想に基づく福祉国家観によって、積極的に個人の生存を確保しようとす

るものである。この点で、同規約は締約国の漸進的な実現を義務づけているにすぎない。

また、両規約と同時に「自由権規約第1選択議定書」が採択されている。これは、同規約の規定に違反する人権の侵害があった場合に規約人権委員会に対する被害者個人からの申立ての道を開いたものであり、「個人通報制度(individual communications)」と呼ばれる。本議定書の受諾の可否は当該国の選択に任されており、審査は同委員会が行う。委員会の最終判断は「見解(views)」という形で採択・公表されるが、法的拘束力をもつものではない。なお、国連人権委員会は後に改組の提言を受けた結果、2006年にはこれに代わる「国連人権理事会(Human Rights Council)」が国連総会の補助機関として設置された。

## 2. 日本における外国人の在留許可

### (1) 人権条約における人道的配慮と日本

以上、人間の尊厳概念に基づく人権概念は、ヨーロッパの近代市民社会を起源として国内法社会と国際法社会に受容されてきた。日本は1979年に国際人権規約の締約国となったが、B規約第1選択議定書については司法権の独立(憲法第76条3項)を理由に批准していない。B規約の自動執行性については、学説と実務との間に相違がある。日本の場合、憲法第98条2項における国際協調主義の趣旨から条約に関する「受容(Reception)」体制国として位置づけられており、条約は特別の立法行為を経ずに国内法上の地位を得ることになる。学説上、自由権規定についてはその自動執行性が通説的に肯定されている。司法上も、高等裁判所において肯定的な判示がなされてきている<sup>25</sup>。しかし、最高裁判所はこれに積極的でない<sup>26</sup>。また、政府見解は一貫しておらず、自由権規約の自動執行性を否定した場合がある。ただし、1993年の規

約人権委員会における報告に際して、日本国政府は具体的な法律紛争を介したB規約の適用の可能性を示唆している<sup>27</sup>。

人間の尊厳概念を基本原理とした国際人権章典は、その後の様々な人権条約の基礎となってきた。人道的配慮に基づく外国人の在留許可との関わりからは、難民および移住労働者が特に問題となりうる。難民の国内受入れに当たっては、1951年の「難民の地位に関する条約 (Convention Relating to the Status of Refugees)」が基準となる。これは同年の「難民及び無国籍者の地位に関する国連全権会議」において採択され、54年に発効している。同条約前文は国連憲章、世界人権宣言および難民問題の人道的性格に触れている。難民の定義につき第1条A(1)項は、同条約以前の難民保護条約・協定の対象者を同条約の適用対象として掲げる。それ以外の難民については、同第(2)項がより一般的に定義している。すなわち、広義の難民とは「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を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であって、その国籍国の保護を受けることができない者又はそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護を受けることを望まない者」とされた。同項は無国籍者の難民についても類似の定義を置いている<sup>28</sup>。

また、同条約第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」。国際法上、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<sup>29</sup>。かかる原則に基づくゆえに、難民法は人道法と人権法の両分野にわたる国際法分野に基礎を有すると把握される<sup>30</sup>。日本も本条約を通じて同原則を受容しており、「出入国管理及び難民認定法 (入管法)」第53条3項は、送還先が本人の国籍国であっても同原則違反の場合には例外的に当該国籍国への送還を認めていない。なお、67年には「難民の地位に関する議定書 (Protocol Relating to the Status of Refugees)」を採択して時間的な要件を取り除くことになり、結果的に全ての難民が難民条約の適用を受けることになった。

次に、大戦後における就労環境の国際化の進展に伴い、就労を目的とした外国人移住労働者(移民)の人権保障も問題となってきている。ここでは1990年に国連総会で採択され、2003年に発効した「移住労働者権利条約」に触れることとする<sup>31</sup>。

同条約採択の背景には、「欧州共同体 (European Community, 旧 EC)」を中心としたヨーロッパにおける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不法状態も含めて急増した。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<sup>32</sup>。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<sup>33</sup>。国連経済社会理事会および人権委員会が中心となり、非合法的に移住し就労する労働者やその

家族の人権状況に対処していく中で、移住労働者権利条約は採択された。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)」である。

同条約は、前文および9部構成の全93条からなる<sup>34</sup>。前文1段で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。ゆえに、「人間の尊厳 (human dignity)」を国際社会の共通利益として捉えようとする姿勢は、ここでも踏襲されているといえる。特に、「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、全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。

ただし、締約国の中には日本も含めて労働者の受入国がほとんど含まれていない。主たる理由としては、同条約自体に内在している問題点が指摘されている。その成立経緯や条約前文からも明らかなように、非適法な移住と雇用状態にある移住労働者の保護が最重要目的とされたため、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のである<sup>35</sup>。

## (2) 日本における外国人の在留許可

### a. 外国人の法的地位と入管法の歴史的背景

次に、日本における外国人の法的地位と在留許可の態様について整理する。日本における「外国人」とは、およそ日本の国籍を有しない者をいう。これには外国籍を有する者と無国籍者が含まれる<sup>36</sup>。一般に、在留許可とは入管法の定

める手続により日本に上陸しようとする外国人に対して、その申請に基づいて在留資格が決定されることをいう<sup>37</sup>。日本の在留許可制度は、戦後における出入国管理令の制定を契機として形成されてきた<sup>38</sup>。

まず、日本国憲法において、外国人に関する直接的な明文規定は存在しない。外国人につき直接的な法文上の根拠となるのは入管法第2条2号であり、外国人とは「日本国籍を有しない者をいう」。現在では、人権の普遍的性格、憲法の国際協調主義（憲法前文、第98条2項）および人権の国際化等を根拠に、原則として外国人にも憲法上の人権保障が及ぶことが広く認められている。

ただし、保障される権利の内容については、日本国民との間に一定の区別がなされている。国際法一般において、外国人は滞在国の国籍をもたないために、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すると解されてきた<sup>39</sup>。日本も、同様の観点から外国人に対する人権を制限している。国内法における外国人の権利を区別するに当たって、日本の憲法学上の通説および判例は各権利の性質を基準に判断する「性質説」に依拠している<sup>40</sup>。

また、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<sup>41</sup>。日本における在留資格制度も、国家主権の対外的独立性を確保する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ず、それらの認否は日本国の自由裁量に委ねられてきた。したがって、入国の自由がない以上、在留の権利も憲法上保障されているとはいえない<sup>42</sup>。最高裁は、憲法第22条2項を根拠に外国人の出国の自由を認めるが、特別永住者を例外としつつも再入国の自由は認めてこなかった<sup>43</sup>。

続いて、入管法の歴史的背景を概観する。戦

後初期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。日本における現在の入管法は当初、1951年に「出入国管理令」として施行されたことに始まる。同年には旧連合国との間に対日平和条約が結ばれ、日本は対外的主権を回復する。これにより入国許可の権限も回復することとなり、同時期に出入国管理令(昭和26年政令319号)が制定されている。52年の同令施行当初、対日平和条約は未発効であったために連合国軍関係者に対する入国許可権限は認められていなかった(同令第2条)。対日平和条約発効に伴って同令も改正され、当該適用除外は廃止された。ここにおいて、外国人とは「日本の国籍を有しないもの」と規定されるに至ったのである(同改正令第2条2号)。また、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<sup>44</sup>。

さらに、同管理令が現在の入管法へと改定されていく背景には、1975年以降続いていたインドシナ難民の受入れをめぐる難民偽装問題等があったとされる<sup>45</sup>。日本は1978年に国際人権規約(A規約およびB規約)に署名し、翌79年に同規約は発効した。また、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。同日には、同条約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、および同条約議定書の発効は翌82年1月1日である。

#### b. 外国人の在留許可の態様

次に、外国人の在留許可の態様はおおよそ以下の通りである。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、上陸許可を初めとし

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<sup>46</sup>。具体的な在留資格の類型は、同第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<sup>47</sup>。在留資格との関わりからは、就労関係から多く問題点が指摘されてきた。

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り、就労活動に制限がなされている。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<sup>48</sup>。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、在留資格毎に法務省令で定められている。この場合、外交、高度専門職2号および永住者以外の在留資格者の在留期間は個別に定められており、最長でも5年までである<sup>49</sup>。

このように、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<sup>50</sup>。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。不法滞在者は同法第24条に基づき不法滞在者として退去強制の対象となる。不法滞在者の退去強制は、およそ次の段階を経て行われる。第1段階として、入国および在留の是非については「入国審査官」が審査する(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採決した場合、同条第6項に基づき「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<sup>51</sup>。

なお、在留資格を認められない者に対する退去強制の例外的措置として、「在留特別許可」がある。これは、不法滞在者として退去強制を命じられた者につき、本人の異議申出に対して入管法第50条に基づき「法務大臣の裁決の特例」として行われる<sup>52</sup>。同許可は人道的な観点に基づく対応の一つとして解されている<sup>53</sup>。また、それ以外にも難民申請が認められず退去強制を命じられた者につき、第61条の2の9に基づく本人の審査請求に対して、人道的観点から在留特別許可がなされる場合がある。これも入管法に基づく「法務大臣の裁決の特例」としての行政行為である(第61条の2の2<sup>54</sup>)。人道的配慮による在留許可について、出入国在留管理庁では「条約難民に該当するとは認められないものの、人道上の観点から我が国での在留を配慮する必要がある者については、事案ごとに諸般の事情を勘案した上で、在留特別許可や在留資格変更許可を行うなどの法制度の運用を行っている」とする<sup>55</sup>。

以上、入管法成立までの歴史的経緯からは、日本における外国人の在留許可制度が必ずしも憲法上の「個人の尊厳」または「個人の尊重」原理に照らした人権の普遍性という観点からではなく、むしろ排他的性格の強い恩恵的な観点から構築されてきていることが窺える<sup>56</sup>。今日まで、同制度は入管法における厳格な資格要件の下で実施されてきた。ゆえに、その例外的措

置として位置づけられるのが、人間の尊厳に照らした人道的配慮に基づく在留特別許可である。次章では、在留許可における人道的配慮について具体的資料を通じて確認していくこととする。

## 注

<sup>1</sup> 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』第109巻5・6号、2003年、300頁以下。

<sup>2</sup> 内閣法制局法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典』(有斐閣、1993年) 233-234頁。

<sup>3</sup> 絶対主義(absolutism)は絶対君主制(absolute monarchy)とほぼ同義で用いられる。これは、元来ヨーロッパにおける封建社会から近代社会への過渡期に出現した政治形態を意味する。ただし、超国家的なカトリック教会権力から自立している点では、近代国家の原初的な形態としての民族的・地域的主権国家であるといえる(阿部齊他編『現代政治学小辞典(新版)』(有斐閣、1999年) 262頁)。

<sup>4</sup> 理性とは、およそ人間として物事のあるべき道筋を判断して行動する能力をいう(西尾実・岩淵悦太郎・水谷静夫編『岩波国語辞典(第4版)』(岩波書店、1986年) 1170頁)。

<sup>5</sup> その代表が、社会契約論者としてのホッブズ(T. Hobbes)、ロック(J. Locke)、ルソー(J. J. Rousseau)である。彼らに共通した価値観としては、「人間の本性」または「人間の理性」を社会の支配体系の基本的価値原理として据えていた点が挙げられる(真田芳憲『法学入門』(中央大学出版部、1996年) 130頁以下)。

<sup>6</sup> 「市民(citizen)」とは、本来的には都市の自由民を指すが、歴史的には封建制を打破していわゆる市民社会を生み出した階級層(bourgeoisie)を意味する。その特徴は、財産と教養をもって自律的に行動しよう点にある。今日では、自発的・主体的に政治に参加する人々を意味する。本稿でも、歴史的かつ今日的な意味で「市民」を用いることとする(阿部齊他編、前掲書、193頁)。

<sup>7</sup> 人格とは、およそ個人として独立しよう資格をいう。倫理学では道徳行為の主体を意味し、法律学では法律

行為の主体を意味する（西尾実・岩淵悦太郎・水谷静夫編、前掲書、560頁）。

<sup>8</sup> 自由の理念については、自由の羅針盤としての各個人の「利己的悟性」が据えられることによってさらに「自律（autonomy）」の行動原理が導かれ、個人は独立人として自らの意思で行動を律することができる。利己的悟性とは、もっぱら自己の利益に動機づけられた合理性を意味する。人々は自らの本質としての自由を確保すべく国家と対峙することで、封建時代の「臣民」から近代以降の「公民」へと移行していった（手島孝「公法における人間」『基本法学1－人』（岩波書店、1983年）90頁以下）。

<sup>9</sup> 本稿では原則を生み出す根本的価値観を原理（doctrine）として捉えることとする。また、原理から派生する基本的な価値観を原則（principle）として捉える。原則には例外が伴う場合が想定される。これらに基づく個々の具体的な法規範を、法規則または規定（rule）として捉えることとする。

<sup>10</sup> 人間の尊厳を生命倫理との関わりから論及したものとして、以下の見解がある（ホセ・ヨンバルト（秋葉悦子訳）『人間の尊厳と生命倫理・生命法』（成文堂、2006年）8頁）。

同書によれば、人間の尊厳という概念自体は多義的であり、言葉遣いと専門用語にかなりの混乱が見られる。歴史的文化的観点から人間の尊厳の捉え方はおよそ3つの時代に分けられる。第1は、（中世以降の）キリスト教における把握であり、神との固有の繋がりを有する点に価値をおいて「人間の尊厳（*dignitas hominis*）」が意識されるようになった（同書、12-13頁）。第2は、近代以降に世俗化された思想における把握であり、18世紀半ばにカント（I. Kant）は理性だけを使って「人間の尊厳」の概念を道徳的に把握した（同書、16-17頁）。第3は、第2次大戦後における法的な把握であり、人間の尊厳は特に憲法上の問題とされ、初めて実定法上の解釈の問題とされるようになった（同書、40頁以下、67頁以下）。

<sup>11</sup> したがって、「人間の尊厳は、人間の人格としての

尊厳として理解されるので、人間の尊厳を定義することは同時に人格を定義することになる。例えば、次のように定義される。『人間の尊厳とは、生まれながらにして、精神的・倫理的存在として自己意識と自由において自己を決定し、自己を形成し、周囲の世界（Unwelt）において自己を発揮できる素質をもっていることにある（同書、31-33頁）』。

<sup>12</sup> 自然権としての人權（自由の原理）と国民主権（民主の原理）とが、ともに「個人の尊厳」原理に支えられて、不可分に結び合っている共存の関係にあるのが近代憲法の本質であり理念である（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店、2019年）410-411頁）。

<sup>13</sup> 例えば、日本国憲法第13条前段は、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であって、これは「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理を表している。第14条は「人格の平等」原理を規定しており、13条と14条は相まって、日本国憲法が「人格」原理を基礎とすることを明らかにしている。人格の尊厳原理は、公的判断が個人の人格を適正に配慮して判断するとともに、これを確保するための適正な手続の確立を要求するものである。また、今日の憲法学上において、「人間の尊厳」は具体的な生命権との関連から、生殖技術や生命操作等の生命倫理問題の法的規律に関するキーワードとして用いられてきている（佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）444頁；根森健編著『資料集・人権保障の理論と課題』（尚学社、2002年）38頁以下；嶋崎健太郎「生命の権利と人間の尊厳」『日独憲法学の創造力（上巻）』（信山社、2003年）311頁以下）。

<sup>14</sup> 芦部信喜・高橋和之補訂、前掲書、83頁。

<sup>15</sup> 同原理によって国家権力は立法・行政・司法に区別・分離され、相互による「抑制と均衡」の保持が可能となった。権力分立と民主政は融合して統治機構の基本を構成している点で、西欧型の民主政は「立憲民主主義」と呼ばれる（同書、297頁）。

<sup>16</sup> 一般に国民主権原理の要素（契機）は2つの内容を持っているとされ、前者は「正当性の要素」として、

後者は「権力性の要素」として把握されている（同書、41-42頁；佐藤幸治、前掲書、98頁以下）。

<sup>17</sup> 岩沢雄司・植木俊哉・中谷和弘『国際条約集2021年版』（有斐閣、2021年）96頁。

<sup>18</sup> さらに、「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」。日本は1930年に同条約に署名したが、未批准である（広部和也・杉原高嶺編『解説条約集2009』（三省堂、2009年）136頁以下；畑博行・水上千之『国際人権法概論（第4版）』（有信堂高文社、2006年）120頁）。

<sup>19</sup> 経塚作太郎『現代国際法要論（補訂版）』（中央大学出版部、1992年）250頁以下。

<sup>20</sup> 人道主義とは、およそ全ての人間に平等の人格を認め、人類全体の幸福の実現を理想とする主義をいう（西尾実・岩淵悦太郎・水谷静夫編、前掲書、569頁）。

<sup>21</sup> 岩沢雄司・植木俊哉・中谷和弘編、前掲書、15-16頁；広部和也・杉原高嶺編、前掲書、162-163頁。

<sup>22</sup> 国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂、1995年）247-249頁；なお、国際法上の人権保障の必要性と諸原則については、北村泰三『国際人権と刑事拘禁』（日本評論社、1996年）7頁以下；Robert Jennings & Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. Vol.1, 1992, p.1000 参照。

<sup>23</sup> 国際人権章典の起草過程における人間の尊厳概念の意義役割等については、小坂田裕子「国際人権法における人間の尊厳（一）・（二）」『中京法学』46巻1・2・3・4・号、2012年）参照。；Ermacora, M. Nowak, H. Tretter (eds.), *International Human Rights*, 1993, 14ff.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp.18ff.

<sup>25</sup> 例えば、指紋押捺制度をめぐっては、2000年4月の廃止まで多くの訴訟が提起されてきた。特に、押捺拒否によって外国人登録法違反が問われた国家賠償請求事件については、控訴審を通じてB規約が初めて本格的に適用された。大阪高裁判決（大阪高判平6.10.28）は、自由権規約が「その内容に鑑みると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると

解せられるから、B規約に抵触する国内法はその効力を否定されることになる」と判示した。その上で、本件逮捕時において「国際人権（自由権）規約第7条（品位を傷つける取扱い）、第26条（不平等取扱いの禁止）、憲法第13条、憲法第14条に違反する状態だったのではないかとの疑いを否定できない」とする（日本弁護士連合会編『国際人権規約と日本の司法・市民の権利』（こうち書房、1997年）385頁以下、判例タイムズ868号）。

<sup>26</sup> 宮崎繁樹編『解説・国際人権規約』（日本評論社、1996年）32頁以下。

<sup>27</sup> 例えば、接見妨害に関する国家賠償請求事件控訴審（福岡高判平6.2.21）において、国側はB規約第14条（公正な裁判を受ける権利）の自動執行性を否定し、自由権の基本権の「具体的な範囲は法律で明確化されるべきものである」と主張している（日本弁護士連合会編、前掲書、36頁以下、判例タイムズ874号）。

<sup>28</sup> Ermacora, M. Nowak, H. Tretter (eds.), *op. cit.*, pp.60ff.; 広部和也・杉原高嶺編集代表『解説条約集2006』（三省堂、2006年、208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』第13号、2006年、206-207頁。

<sup>29</sup> 小田滋・石本泰雄編『解説条約集 第10版』（三省堂、2003年）150頁。

<sup>30</sup> 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。

<sup>31</sup> 拙稿「日本の移住労働者受け入れに関する比較法的考察」『駒沢女子大学研究紀要』第15号、2008年、136頁以下。

<sup>32</sup> 同論文、12頁以下。

<sup>33</sup> 国際法学会編、前掲書、25頁。

<sup>34</sup> 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>.

<sup>35</sup> 国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』（三省堂、

2005年) 28頁。

<sup>36</sup> 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典(第5版)』(有斐閣、2020年) 83頁。

<sup>37</sup> これには、広義における申請どおりの許可の場合と、いったん退去強制手続の対象になりながらも特別な事情から法務大臣の裁量で行われる特別許可も含まれる(法令用語研究会編、前掲書(第5版)、460頁)。

<sup>38</sup> 拙稿「在留許可における人道的配慮と待避機会」『駒沢女子大学研究紀要』第22号、2017年、16-17頁

<sup>39</sup> 本稿では法の区別の標準として修正法律関係説に基づき、国家統治権の発動に関する法を公法とし、それ以外の法を私法として区別する(伊藤正巳・加藤一郎編『現代法学入門(第4版)』(有斐閣、2005年) 85頁; 經塚作太郎、前掲書、252頁)。

<sup>40</sup> 「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、この場合には第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。マクリーン事件最高裁判決(最大判昭和53年10月4日、民集32巻7号1223頁)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、および入国の自由等が挙げられた(古野豊秋・畑尻剛編『新・スタンダード憲法(第4版補訂版)』(尚学社、2016年) 54頁以下)。

<sup>41</sup> 国際法上、国家が事故の安全と福祉に危害を及ぼす恐れのある外国人の入国を拒否することは、当該国家の主権的権利に属し、入国の許可は当該国家の自由裁量によるとされている(芦部信喜・高橋和之補訂、前掲書、95頁; 最大判昭和32・6・19、刑集11巻6号1663頁)。

<sup>42</sup> マクリーン事件最高裁判決(前掲注40) 参照。

<sup>43</sup> 学説では、外国人の出国の自由が認められる根拠も慣習国際法にあるとする。再入国については在留地たる外国への入国という性質上特別な配慮が必要とされつつも、これに対する最小限度の規制は許され、著しくかつ直接に我が国の利益を害することのない限り、再入国が許可されるべきであると説く見解が有力である(芦部信喜・高橋和之補訂、前掲書、96、98頁; 最判平4.11.16載集民事166号575頁)。

<sup>44</sup> 畑野勇・倉島研二 他『外国人の法的地位』(信山社、2000年) 104-106、144頁。

<sup>45</sup> 94年には難民到着の機会が減少したことを主な理由として、いわゆるボートピープルに対する優先的受入の扱いは廃止された(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)。

<sup>46</sup> 畑野勇・倉島研二 他、前掲書、2000年、363頁以下。

<sup>47</sup> 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)。

<sup>48</sup> 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」の資格が上げられる。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、及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)。

<sup>49</sup> 出入国在留管理庁ホームページ「在留資格一覧表」  
<https://www.moj.go.jp/isa/applications/guide/qaq5.html> (2021年10月19日検索)



<sup>50</sup> 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）。

<sup>51</sup> 出入国在留管理庁ホームページ「引渡・違反審査・口頭審理・異議申出・裁決・在留特別許可」[https://www.moj.go.jp/isa/applications/guide/tetuduki\\_taikyo\\_hikiwatashi.html](https://www.moj.go.jp/isa/applications/guide/tetuduki_taikyo_hikiwatashi.html)（2021年10月19日検索）。

<sup>52</sup> 総務省ホームページ（法令検索）「出入国管理及び難民認定法」<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=326CO0000000319>（2021年9月23日最終検索）。

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。

<sup>53</sup> 拙稿「日本における長期不法滞在者の人権保障」『駒沢女子大学研究紀要』第16号、2009年、145-146頁。

<sup>54</sup> 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第13号掲載論文、209-211頁。

<sup>55</sup> 出入国在留管理庁ホームページ「難民として認定された事例について（令和3年3月31日報道発表資料）」[https://www.moj.go.jp/isa/publications/press/07\\_00003.html](https://www.moj.go.jp/isa/publications/press/07_00003.html)（2021年9月20日検索）

<sup>56</sup> 例えば、「在留特別許可の可否は、…法務大臣の広範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巻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）。