

# 人間の尊厳に基づく人権概念と日本の在留許可

——国内法および国際法を通じた比較的考察——

福 王 守

問題の所在

## I 国内法上の人権保障と人間の尊厳

1. 人間の尊厳概念と人権
2. 憲法秩序における人間の尊厳

## II 人権概念の普遍化と在留許可における課題

1. 国際法の対象としての人権
2. 国際人権章典における人間の尊厳

## III 在留許可における日本の課題

1. 関連条約の受容状況から
2. 外国人の法的地位と入管法の歴史的経緯から

結びにかえて

## 問題の所在

「人権」とは、およそ人間が人として本来もっている権利をいう<sup>1)</sup>。法律学一般において、人権とは人間が人間である以上、生まれながらに当然に有している基本的な権利を意味し、主に基本的人権または基本権として把握されている<sup>2)</sup>。また、人権の根源にある価値観は「人間の尊厳」であ

1) 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）562頁。

2) 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）

るといわれる。これは、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>3)</sup>。人間の尊厳に基づく人権概念の把握は、主に近代以降の憲法を通じて国内社会に受容されていった。第2次大戦後、人間の尊厳は国際連合の実践を通じて国際人権法分野の基本的な価値原理として位置づけられてきた。本稿では人間の尊厳に基づく人権概念の形成過程について、憲法および国際法の観点から概観する。その上で、かかる人権概念の受容を踏まえた日本の在留許可の問題について基礎的な検証を行う。

## I 国内法上の人権保障と人間の尊厳

### 1. 人間の尊厳概念と人権

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。近代以降の市民社会は、およそ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。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(absolutism)」の下で国王中心の国家が形成されていった。絶対主義国家は、君主主権による中央集権的な専制支配を特徴とする<sup>4)</sup>。

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。前提にあったのは、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、人々の確信である<sup>5)</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

---

233-234頁。

3) 拙稿「人権保障の基本原理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。

4) 阿部齊他編『現代政治学小辞典(新版)』(有斐閣、1999年)262頁。

5) 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という(西尾実・岩淵悦太郎・水谷静夫編、前掲書、1170頁)。

解放しようとした<sup>6)</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存在として捉えられたのである。近代啓蒙思想は自然法理論の下で自然権思想を發展させ、国家理論における社会契約説を導いた。その結果、18世紀後半には市民の自由と平等を求めた市民革命が起こり、絶対主義の終焉をもっ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>7)</sup>。その中心を担ったのは、かつて平民と位置づけられていた者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、人間理性に裏づけられた「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>8)</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る点（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>9)</sup>。自由主義原理は、治者と被治者の同一性を旨とした「民主主義原理」の基礎となる考えである。「原理 (doctrine)」とは、例外を許さない絶対的な価値観をいう。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。

こうして、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るに至った。かかる人間固有の性格を、今日では「人間の尊厳 (human

---

6) 真田芳憲『法学入門』（中央大学出版部、1996年）130頁以下。

7) 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うる点にある（阿部齊他編、前掲書、193頁）。

8) 人格とは、およそ個人として独立しうる資格をいう。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）。

9) 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。

dignity)」という<sup>10)</sup>。その本質は人格の不可侵性である<sup>11)</sup>。後に、人間の尊厳は哲学者カント (Kant, I. 1724-1804) によって神との関わりを否定され、理性的な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。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。

## 2. 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、私的自治原則と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考えをい

---

10) 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・ヨンパルト (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置いて「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)。

11) すなわち、「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・倫理的な存在として自己意識と自由と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)』」。

う。市民社会における自由は自己決定を旨としつつ、現実的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。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、経験的事実を踏まえ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的かつ普遍的な自然法を出発点としつつも、近代市民社会では私法分野の国家制定法を中心とした市民国家が形成されていった。この段階において、治者と被治者が同じ国民であるとする民主主義原理が確立した。自由主義と民主主義を前提に導かれた統治原理を「立憲民主主義」という<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原理である。また、市民社会における抽象的な人間存在としての市民は、市民国家においてより具体的でありかつ国家権力と対峙しうる個人（国民）として把握されることとなる。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。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。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国家統治の究極的な基本原理として把握されていった。

ここにおいて、「個人の尊厳（人格の尊厳）」の具体的な内容は、新たに国家との関わりをもつ「人権」として把握されることになる。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る。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。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

---

12) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第7版）』（岩波書店、2019年）410-411頁。

れは適正な手続を経て公的に確保すべき具体的な内容を意味している<sup>13)</sup>。

なお、ドイツ憲法においては、人間の尊厳と人権との直接的な結びつきが強くみられる(ドイツ連邦共和国基本法第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。権力分立原理も個人の尊厳原理から派生する基本原理であり、国家の対人支配権たる統治権力(公権力)を分散することでその濫用を防ぎ、国民の人格を踏みにじらないことを目的とする。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。それは、国民が憲法に正当性を付与するのみならず、憲法制定後の権力行使の最終意思決定権を掌握することをも意味する<sup>15)</sup>。こうして、国内社会は抽象的な

---

13) 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)。

14) 芦部信喜・高橋和之補訂, 前掲書, 83頁。

人間概念をより具体的な個人として捉え、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法構造をもつこととなった。

## II 人権概念の普遍化と在留許可における課題

### 1. 国際法の対象としての人権

これに対し、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>16)</sup>。

また、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>17)</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ける「相当の注意（due diligence）」義務を国際法上負っていると理解されてきた。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>18)</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

---

15) 同書、41-42、297頁；佐藤幸治、前掲書、98頁以下。

16) 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。

17) 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・杉原高嶺編代『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。

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的手段であることが強く認識されるに至った<sup>19)</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 (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>20)</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。その後の国際人権規約の実践過程を踏まえ、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>21)</sup>。しかし、後の安保理常任理事国となる5大国は個々に複雑な人権問題を抱えており、国連憲章の中にさらなる具体的な人権規定を認めることができなかった。

## 2. 国際人権章典における人間の尊厳

1946年、国連は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

---

18) 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。

19) 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)。

20) 広部和也・杉原高嶺編, 前掲書, 162-163頁。

21) 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和諸原則については, 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。

Rights)」の策定に着手する。これ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ぐり、欧米先進国による「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、単一の文書は断念された。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>22)</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、正義及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、人権及び基本的自由の普遍的な尊重及び遵守の促進を達成することを誓約」する。これを受け、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>23)</sup>。

B規約のほとんどは18世紀以降の様々な人権宣言に網羅さ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

---

22) Ermacora, M. Nowak, H. Tretter (eds.), *International Human Rights*, 1993, 14ff.

23) *Ibid.*, pp.18ff.

解される。同規約は「人間の尊厳」概念から直接的に導かれる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、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。これに対して、A規約は20世紀以降の生存権思想を背景とした福祉国家観に基づき、国家の積極的関与によって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。

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として、「個人通報制度 (individual communications)」という。本議定書の受諾の可否は当該国の選択に任されている。その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、これは法的拘束力をもつものではない。なお、1946年に設立された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。

### Ⅲ 在留許可における日本の課題

#### 1. 関連条約の受容状況から

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。これらを踏まえ、人間の尊厳に基づく人権概念の受容について、日本との関わりから若干の検証を行う。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>24)</sup>。しかし、最高裁判所はこれに積極的でない<sup>25)</sup>。また、政府見解については一貫しておらず、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>26)</sup>。

国際社会から指摘を受けている日本の人権問題として、外国人の在留許可が挙げられる。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主な問題となってきた。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、第1条A（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

24) 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）。

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

26) 日本弁護士連合会編、前掲書、36頁以下（判例タイムズ874号）。

を望まない者」とされた<sup>27)</sup>。

また、同条約第33条1項は、難民に対する追放・送還禁止原則を定めている。同原則は「ノン・ルフールマン (non-refoulement) 原則」と呼ばれ、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>28)</sup>。この点において、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根拠づけられていると把握される<sup>29)</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、その結果としてすべ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されてきた。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」に触れておきたい<sup>30)</sup>。

同条約採択の背景には、「欧州共同体 (European Community, IJEC)」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。IJEC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したが、一方で不法かつ秘密裏に行われる労働者の取引関与が指摘された。79年には、「欧州審議会 (または欧州評議会, Council of

---

27) Ermacora, M. Nowak, H. Tretter (eds.), *op. cit.*, pp.60ff.

28) 小田滋・石本泰雄編『解説条約集 第10版』(三省堂 2003年) 150頁。

29) 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。

30) 拙講「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。

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>31)</sup>。その後、国連経済社会理事会および人権委員会が中心となり、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>32)</sup>。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。ここでも「人間の尊厳」を国際社会の共通利益として捉えようとする姿勢は踏襲されているといえよう。「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。

ただし、締約国の中には日本も含め労働者の受入国がほとんど含まれていない。主な理由として、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。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、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>33)</sup>。

---

31) 金東勳編著『国連・移住労働者権利条約と日本』（部落解放研究所、1992年）2頁以下、19頁以下。

32) 同書、132頁以下；国際法学会編、前掲書、25頁；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>。

33) 国際法学会編『国際関係法辞典(第2版)』（三省堂、2005年）28頁。

## 2. 外国人の法的地位と入管法の歴史的経緯から

また、外国人の在留許可をめぐることは、より直接的な問題点が指摘されている。日本国憲法上、外国人に関する直接的な明文規定は存在しない。外国人について法文上の根拠となるのは「出入国管理及び難民認定法（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。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、今日では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。外国人は滞在国の国籍を有さないため、国際法上一般に滞在国の統治に関する国内公法分野では保障されない人権内容が存在すると理解されてきた<sup>34)</sup>。外国人の権利を区別する際、今日までの憲法学上の通説および国内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>35)</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>36)</sup>。日本においても国家主権の最高性および対外的独立性の観点から、外国人の入国および在留に関する権利は憲法上認められず、これらの認否は日本国の自由裁量に委ねられてきた。判例においても、入国の自由がない以上、在留の権利も

---

34) 本稿では、法の区別の標準として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；経塚作太郎、前掲書、252頁）。

35) 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）。

36) 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、入国の許否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）。

憲法上保障されているとはいえないとする<sup>37)</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>38)</sup>。

ここにおいて、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>39)</sup>。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<sup>40)</sup>。現在の「出入国管理及び難民認定法（入管法）」は1951年施行の「出入国管理令」を起源とする。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）。条約発効に伴い同令も改正され、当該適用除外は廃止された。ここにおいて同改正令第2条2号により、日本における外国人とは「日本の国籍を有しないもの」と規定されたのである。そして、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>41)</sup>。

次いで、同管理令が現在の出入国管理及び難民認定法へと改定されてい

---

37) マクリーン事件最高裁判決（前掲注35）参照。

38) 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（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）。

39) 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典（第4版）』（2012年、有斐閣）456頁。

40) 拙講「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。

41) 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。

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指摘される<sup>42)</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。こうした背景からは、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厳格な資格要件の下で実施されてきたことが窺えるのである<sup>43)</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>44)</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>45)</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

---

42) 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。

43) 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）。

44) 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）。

45) 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。

の<sup>46)</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>47)</sup>。

また、2019年4月1日に改正入管法等が施行された際、法務省は新たに「出入国在留管理基本計画」を策定した旨を発表している<sup>48)</sup>。策定の理由として、出入国在留管理庁の設置等出入国在留管理行政を遂行する体制が刷新されたことなどを踏まえ、主要な課題と対応方針について整理する必要が述べられている。1992年に外国人の入国および在留管理の中長期指針となる、「出入国管理基本計画」が策定されて以来、2015年の第5次計画までの定期的な見直しを経た上での、今回の名称変更となる<sup>49)</sup>。改正法施行日には、従来の「出入国管理局」も「出入国在留管理庁」へと格上げされている。これら名称等の変更の背景には、近年特に深刻化している日本の労働力不足の問題がある。同時に、外国人に対する「在留管理」の強化という観点も示されている。このため、若干の人道的な観点は窺えるものの、出入国管理基本計画も従来の計画の姿勢を踏襲しているといえる<sup>50)</sup>。

---

46) 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、209-211頁。

47) 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）。

48) 法務省ホームページ「出入国在留管理基本計画の策定について」[http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri06\\_00140.html](http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri06_00140.html)（2019年10月12日最終検索）。

49) 拙稿「出入国在留管理基本計画の策定と外国人の人権保障（一）」『駒沢女子大学研究紀要第26号』2019年、35頁以下。

50) 拙稿「出入国在留管理基本計画の策定と外国人の人権保障（二）」『駒沢女子大学研究紀要第27号』2020年、7頁。

さらに、2021年2月19日に閣議決定された新たな「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<sup>51)</sup>。退去強制処分を受けた不法滞在外国人の施設収容が長期化している中、この問題を解消することを主眼として同改正案は策定されていたとされる。これに対し、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満たしていないとも強く指摘されていた<sup>52)</sup>。

### 結びにかえて

戦後の国連の実践を通じて、人間の尊厳が至上の価値観であることへの国際社会の理解は深まりつつあるものの、これが人類の共通利益として各国において十分に受容されているとはいえない。また、今日多く主張される国際公益または人類の共通の利益という概念自体が広範で曖昧な性格を含んでおり、依然としてそこから演繹的な価値体系を構築するまでには至っていないと指摘される<sup>53)</sup>。このため、従来人権保障を国際法上の国家の基本的義務として捉えて画一的な条約にまとめることは困難であるとされてきた。人権保障は各国憲法下での国内法秩序における中心課題であるが、国際法上は国家の実定法上の義務というよりも、将来確立すべき立法的義務として捉えられてきたのである。

しかし、今日では超大国による体制的な均衡が崩れ、宗教や民族等を理由とした様々な人権問題が生じている。日本においては、少子高齢化の進

---

51) 朝日新聞、2021年5月19日。

52) 日本弁護士連合会「出入国管理及び難民認定法改正案に関する意見書(2021年3月18日)」[https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2021/210318\\_7.pdf](https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2021/210318_7.pdf) (2021年9月23日最終検索)。

53) さらに「現在においても、なお、特別国際法に対応する少数の国家間の共通利益は存在」するため、これらの実現のためには「依然として、主権国家相互の双務的な関係を自律的に調整する従来の合意原則が適用されることになる」(大谷良雄『共通利益概念と国際法』(国際書院、1993年)23頁)。

展に伴い一層の外国人労働力を求める傾向にある。この点でも、人間の尊厳に基づく人権概念の受容が求められており、今後の在留許可のあり方に対して国際社会からの注目がなされている。

（駒沢女子大学人間総合学群教授）