

の 研究 の

# 我が国の出入国管理及び難民認定法の 沿革に関する一考察

高 橋 済\*

- I 序
- II 1952 年体制の成立
- III 四度の廃案と 1981 年改正
- IV 難民認定制度の創設（1981 年改正）
- V 平成元年改正（1989 年改正）
- VI 第 1 次出入国管理基本計画の策定以降
- VII 第 2 次出入国管理基本計画の時代
- VIII 第 3 次出入国管理基本計画の時代
- IX 第 4 次出入国管理基本計画の時代
- X 終わりに

---

## I 序

現在、我が国の喫緊の問題は、人口減少であり、今後、外国人を高度人材に限るにせよ、単純労働者まで拡大するにせよ、受入れの議論が不可避である。

その際に、外国人が我が国の領域に入り（入国・上陸）、そこに存在する（在留する）ということをいかに「法律」で規定していくかを議論しなければならず、そのために、

---

\* 弁護士，中央大学法科大学院 2013 年 3 月修了

我が国の歴史において、外国人が入国し、存在（在留）することにつき「法律」がいかに規定してきたかということを知らなければならない。そこで、本稿では我が国の出入国管理及び在留に関する法制を時代を追って考察していく。

そこで、出入国管理及び在留に関する法制を考察する前提として、我が国を含め国家は、その領域（領土、領海及び領空）に、他の領域（外国国家の領域や公海等）から、自国の国籍を有しない者<sup>1)</sup>が入ること（入国・上陸）、仮に入ったとすればその領域に存在することを認めないこと（退去強制）ができるとされてきたということを確認しなければならない。

このことは、主権の一発露であり、沿革的には国防という執行作用（行政作用）と同質的なものであって、種々の条約により修正されながらも、現在もなお一般国際法（国際慣習法）として存在している。

他方で、国内法的平面において考察すると、「外国人」がその領域の中でどのように扱われるかにつき、「国民」の意思の現れである「法律」（行政法）によって定められることになる。

しかし、我が国ではいかなる「外国人」であっても「法律」を定立する立法者の選出にその意思を反映させることは認められていないのである。つまり「国民」という多数派は、「法律」を形成することによって、選挙において何ら声を挙げることのできない「外国人」を規律することができるのである。

このような構造の下で、「憲法」と「国際法（条約）」が重要な役割を果たすことが期待されるが、我が国の最高裁判所は、外国人の「人権」に関し「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」<sup>2)</sup>としており、「外国人の人権」は「法律」によって固く封じ込められ、その役割に多くを期待できない<sup>3)</sup>。

他方で、「国際法（条約）」は主権国家同士が意思を合致させ締結することで条約当事国が立法義務等を負うものであり、近年、外国人の「人権」（権利及び自由）を保障するために果たすべき役割は大きさを増すばかりである。

しかしながら、「国際法（条約）」といえども、国家がそもそも当該条約を締結しなければ何ら拘束力を観念しえず、また条約を締結したとしても条約違反（例えば立法義務の懈怠等）に対する終局的な実効性が弱く、勧告を受けたとしても無視し続けることすら生じうる。また、我が国の裁判所は、一部の裁判所を除き、条約の直接適用又は間接適用に積極的であるとも言い難い<sup>4)</sup>。

したがって、「国際法（条約）」は確かに外国人にとって非常に重要ではあるが、「法律」

をいかに形作るかという最初の出発点、「国民」の意思の問題を概括的に考察していくこととする。

## II 1952年体制の成立

### 1. 概要

現行の出入国管理に関する法律は、我が国の敗戦とアメリカを中心とした連合国による占領下において形成された。

そこで、ここでは我が国がアメリカなど連合国との戦争の末、ポツダム宣言を受諾し（1945年8月14日）、連合国側のうちアメリカなど自由主義諸国とサンフランシスコ平和条約を締結し、これが発効する時点まで（1952年4月29日）の出入国管理法制を考察する。

敗戦により、大日本帝国と称していた我が国の広大な領土領域が瓦解し、主権の及ぶ範囲が縮減することが明白となり<sup>5)</sup>、他方で日本国籍を有する者という意味での「国民」（従来の臣民概念）の範囲が変容し、朝鮮半島や中国・台湾出身の「国民」が新たに「外国人」となることが予想された。

また、この時代は、アメリカを中心とするGHQ/SCAPの占領下にあった7年間であり、我が国の主権は大きく制限され<sup>6)</sup>、アメリカの強い影響下にあったといえる。

### 2. 終戦直後の出入国管理及び在留管理

我が国は、ポツダム宣言を受諾し（昭和20年8月14日）、これに続き東京湾上のミズーリ号にて降伏文書に調印し（昭和20年9月2日）<sup>7)</sup>、その後、GHQ/SCAPは、昭和20年11月1日に日本政府（日本帝国政府）に対し「日本占領及び管理のための降伏後における初期の基本指令」を発した<sup>8)</sup>。

この頃、大陸など我が国の領域に主権が及ばなくなり、大陸から我が国への「日本国民」の移動（引き揚げ）が生じ<sup>9)</sup>、反対に、我が国から朝鮮半島などへ朝鮮系などの国民の移動（引き揚げ）が問題となり、これらの「外国人」<sup>10)</sup>の迅速な引き揚げのため、我が国に在留する朝鮮人、中国人及び台湾人等の把握が必要となった。

そこで、GHQ/SCAPは、昭和21年（1946年）2月17日に、「朝鮮人、中国人、琉球

人及び台湾人の登録に関する覚書」<sup>11)</sup>を発し、これにより朝鮮人、中国人、琉球人及び台湾人の登録が行われることになる。

さらに、GHQ/SCAPは、昭和21年4月2日には、「日本における非日本人の入国及び登録に関する覚書」<sup>12)</sup>を発し、外国人の入国許可は連合国最高司令官が与え、これに対し、外国人の登録は内務省が行うこととなった。

また、この頃、我が国は、昭和21年11月3日に日本国憲法を可決・公布し、その第100条に基づき6か月後にあたる昭和22年(1947年)5月3日から施行することになる。これにより、形式上も大日本帝国憲法に基づく政治体制は終焉することになり、他方で新憲法下において外国人の人権が保障されるのかという問題が生じることとなるのである。

### 3. 外国人登録令(昭和22年5月2日勅令第207号)の制定<sup>13)</sup>

このように一定の外国人につき内務省に登録するという取扱いがなされたが、不法入国する者や把握できていない外国人もおり、入国管理及び在留管理行政は困難を極めた。そこで、GHQ/SCAPの指令<sup>14)</sup>もあり、日本政府は昭和22年(1947年)5月2日に「外国人登録令」(昭和22年5月2日勅令第207号)<sup>15)</sup>を制定する。

この外国人登録令は、実質的な外国人管理に関する法令であり<sup>16)</sup>、まず入国(上陸)に関し、「外国人は、当分の間、本邦(内務大臣の指定する地域を除く。以下これに同じ。)に入ることができない。前項の規定は、連合国最高司令官の承認を受け……(略)……本邦に入る外国人については、これを適用しない」(外国人登録令第3条)との規定を有し、入国の承認につきGHQ司令官の権限であることが明記されることとなった。

降伏文書等に主権が制約される旨の規定が存在したが、ここでも入国の承認という主権の行使として極めて重要な事項に関し連合国によって制約されていたことがわかる。

さらに、我が国に滞在する外国人の登録につき「外国人は、本邦に入ったときは六十日以内に、……(略)……内務大臣の定めるところにより、当該居住地の市町村の長に対し、所要の事項の登録を申請しなければならない」(同令第4条)とされ、市町村長に対する登録の申請という制度が規定された。

また、外国人の範囲について「台湾人のうち内務大臣の定めるもの及び朝鮮人は、この勅令の適用については、当分の間、これを外国人とみなす」とされ(同令第11条)、台湾人や朝鮮人が未だ日本国民のままであるのか、日本国籍を失い外国人となったのか曖昧であったことから、彼らを外国人とみなすという扱いをすると規定された。

最後に、退去強制に関し、「内務大臣は、その定めるところにより、左の各号の一に該当する外国人に対し、退去を強制することができる。一 第三條の規定に違反して本邦に入つた者 二 前條の規定による退去命令に違反した者」(同令第14条)と規定し、第13条は、「地方長官(東京都においては警視總監、以下これに同じ)は、左の各号の一に該当する外国人に対し、本邦外に退去を命ずることができる。一 第三條の規定に違反して本邦に入つた者 二 前條に掲げる罪を犯し禁固以上の刑に処せられた者 三 前号に掲げる者を除く外、前條の規定により刑に処せられた者で再び同條各号の一に該当する行為のあつた者」(同令第13条)と規定していた<sup>17)</sup>。

つまり、不法入国に関し、地方長官が退去強制を命じ(同令第13条第1号)、この退去命令に違反した者を、内務大臣が退去強制できるという仕組みであった(同令第14条第2号)。

もっとも、不法入国に関しては、地方長官が退去強制命令を発さなくとも、内務大臣は退去強制することができたのである(同令第14条第1号)。

他方で、一定の犯罪に関して、地方長官が退去強制命令を発し、この退去強制命令に違反した者に対し、内務大臣が退去強制するという構造を有していた(同令第13条第2号及び第3号、第14条第2号)。

#### 4. 出入国の管理に関する政令(昭和24年8月10日政令第299号)

外国人登録令が制定されたことにより、出入国管理及び登録に関する規定が整備されたわけであるが、出入国管理に関する行政組織法として、昭和24年(1949年)8月10日には「出入国の管理に関する政令」が制定される<sup>18)</sup>。

これにより、外務省管理局に入国管理部が設置され(第2条)、入国管理部が出入国管理(第3条第3号)の事務を行い、不法入国の取締及び不法入国者等の送還に関する関係行政機関の事務の連絡調整(第3条第4号)を行うこととなった。

また、税関に入国監理官を置き、彼らが出入国の際に旅券に証印することとなった(第4条)。

この時期においては、出入国管理行政は外務省の所掌事務となり、出入国の際の証印は、税関(大蔵省)の入国監理官が行い、税関長が外務大臣の指揮監督を受けるという組織構造を有することとなった。

## 5. 外国人登録令の昭和 24 年改正（昭和 24 年 12 月 3 日政令第 381 号）<sup>19)</sup>

次に、外国人登録令は数次の改正を経て<sup>20)</sup>、昭和 24 年 12 月 3 日政令第 381 号で旧第 13 条、旧第 14 条は他の規定に改正され、同様の規定が、「法務総裁は、その定めるところにより、左の各号の一に該当する外国人に対し、退去を強制することができる。一 第三條の規定に違反して本邦に入つた者 二 第十三條<sup>21)</sup>に掲げる罪を犯し禁こ以上の刑に処せられた者 三 前号に掲げる者を除く外、第十三條に掲げる罪を犯し刑に処せられた者で再び同條各号の一に該当する行為のみであったもの 四 登録証明書に係る刑法第一百五十五條又は第一百五十八條の罪を犯し刑に処せられた者」（昭和 24 年改正後第 16 条）と規定された。

ここで、文言上、「退去を命ずる」という規定がなくなり、現行法と同様に「退去を強制する」という規定振りになっていることがわかる。

## 6. 外国人登録令の昭和 25 年改正（昭和 25 年 7 月 11 日政令第 227 号）<sup>22)</sup>

次に、昭和 25 年 7 月 11 日政令第 227 号附則 3 によって、前述の昭和 24 年改正後第 16 条から「その定めるところ」が削られ、「前項の規定による退去の強制は、法務総裁の定めるところにより、都道府県知事に退去強制令書を発付させて行ふ」という第 2 項が追加された。

ここに「退去の強制」に「退去強制令書を発付」という法構造が出現する。

## 7. 出入国管理庁設置令（昭和 25 年 9 月 30 日政令第 295 号）

他方で、我が国は、昭和 25 年 9 月 30 日、行政組織法として「出入国管理庁設置令」を制定する<sup>23)</sup>。外務省管理局入国管理部という内部部局から、「出入国管理庁」を外局として設置し（第 2 条第 1 項）、出入国管理庁が出入国管理（出国の許可（第 4 条第 11 号））や外国人登録令による外国人の登録（第 4 条第 12 号）の権限を有し、税関には「出入国監理官」を置き（第 6 条）、出入国管理庁には、退去強制令書の発付に関する事務を行う「入国審査官」（第 7 条）や退去強制令書を執行する「入国警備官」（第 8 条）を置くこととなった。

行政組織法上も外局であること、入国審査官や入国警備官が存在することなど現在の

法制に近いものとなっているが、あくまで入国審査官も入国警備官も外務省に所属していた。

#### 8. 不法入国者等退去強制手続令（昭和26年2月28日政令第33号。未施行）

次に、GHQからの指令に基づき、日本側は昭和26年（1951年）2月28日には「不法入国者等退去強制手続令」を制定した<sup>24)</sup>。

まず、不法入国者等退去強制手続令上の退去強制とは、外国人登録令第16条により退去を強制することとし（第2条第1項）、「入国審査官は、収容令書を発付した場合には、その発付を受けた者が左の各号の一に該当するどうかをすみやかに審査しなければならない。一 登録令第十六條の一に該当する者であること 二 ……（略）…」（第8条第1項）と規定し、入国審査官が外国人登録令第16条の事由に該当するか「審査」し、その者に対し退去強制令書を発付するという規定を有していた。さらに、その退去強制令書の発付を受けた者は、地方審査会に対して「不服の申立て」ができ（第9条）、地方審査会が「口頭審理」し（第10条）、不服の申立てに理由があるかどうかを「判定」するとされた（第11条）。この地方審査会の判定に不服がある者は、中央審査会に対し「不服の申立て」ができ（第12条）、中央審査会は審理し「判定」することとなっていた（第13条）。さらに、その判定は長官に通知され、長官は中央審査会の判定を承認するかどうかを「決定」し、「退去強制令書の発付を受けた者に対し退去強制を命じなければならない」（第14条）とされた。なお、退去強制令書の執行は長官の承認があるまでできないこととされていた（第15条）。

ここで注目すべきは、退去強制令書の発付自体が審査による退去強制事由該当の判断後になされつつも、地方審査会の判定・中央審査会の判定前になされている点であり、この点は、地方審査会及び中央審査会における手続が「不服申立て」であったためであると考えられる。他方で、長官が退去強制を「命じる」のは、「不服申立て」を経た後であるとされた。

#### 9. 出入国管理令の制定（昭和26年10月4日政令第319号）<sup>25)</sup>

我が国は、GHQの指令に基づき、昭和26年10月4日には、現行法となる「出入国管理令」を制定することとなる<sup>26)</sup>。

出入国管理令においては、外国人の入国（第3条）、在留資格（第4条）、特に、上陸

の申請（第6条）、入国審査官の審査（第7条）と上陸許可の証印（第9条）が規定されている点新しく、また在留（第19条以下）の規定が新設され、さらに退去強制事由（第24条）が規定された。

ここでは、退去強制手続に関し「退去を命じる」あるいは「退去強制を命じる」という文言はないまま、昭和24年改正後の外国人登録令の「退去を強制することができる」とする文言が維持され（第24条）、入国審査官の認定（第45条及び第47条）、特別審査官の判定（第48条）及び法務大臣の裁決（第49条）並びに主任審査官の退去強制令書の発付（第51条）という一連の手続を規定し、現行法と同様の構造を有するに至った<sup>27)</sup>。また在留特別許可の規定が設けられた（第50条）。

他方で、出入国管理令と同時に、我が国は行政組織法として、「入国管理庁設置令」（昭和26年10月4日政令第320号）を制定した。

入国管理庁は外務省の外局として設置され（第2条）、上陸の許可に関する権限が与えられ（第4条第12号）、入国審査官（第9条）及び入国警備官（第10条）も入国管理庁に置かれた。

## 10. 平和条約の締結・効力発生（昭和27年4月28日条約第5号）

昭和27年（1952年）4月28日、我が国は、前年9月8日にアメリカなど連合国と締結していた平和条約の効力の発生に伴い<sup>28)</sup>、主権を回復することとなり<sup>29)</sup>、これと同時にポツダム政令が失効し<sup>30)</sup>、外国人登録令は廃止されることとなった。

他方で、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基く外務省関係諸命令の措置に関する法律」（昭和27年4月28日法律第126号）を制定し、ポツダム政令であった出入国管理令（政令）に法律の効力を与え、存続させることとした<sup>31), 32)</sup>。

また、この平和条約によって、我が国は、朝鮮の独立を承認し、朝鮮に対するすべての権利、権原及び請求権を放棄し（平和条約第2条(a)）、台湾及び澎湖諸島に対するすべての権利、権原及び請求権を放棄するとされ（平和条約第2条(b)）、我が国の領域は縮減されることとなった。

このように平和条約には我が国の領域に関する規定が存在するのみであったが、我が国の「国民」（日本国民）概念、国籍を有する者の範囲も変動することになる。

すなわち、政府は、平和条約の発効前の昭和27年4月19日、通達（昭和27年4月19日民事甲第438号民事局長通達）<sup>33)</sup>を發し、朝鮮及び台湾が平和条約の効力発生日から我が国の領土から分離することになるので、これに伴い、朝鮮人及び台湾人は、内地（日



本)に在住している者を含めてすべて日本の国籍を喪失することとされた。

そこで、前記昭和27年法律第126号第2条第6項は、「日本国との平和条約の規定に基き同条約の最初の効力発生の日において日本の国籍を離脱する者で、昭和二十年九月二日以前からこの法律施行の日まで引き続き本邦に在留するもの（昭和二十年九月三日からこの法律施行の日までに本邦で出生したその子を含む。）は、出入国管理令第二十二條の二第一項の規定にかかわらず、別に法律で定めるところによりその者の在留資格及び在留期間が決定されるまでの間、引き続き在留資格を有することなく本邦に在留することができる。」と規定し、平和条約の効力発生によって日本国籍離脱する者で、昭和20年（1945年）9月2日以前から同法の施行日である昭和27年（1952年）4月28日まで引き続き我が国に在留するものは、別に法律が定められるまで、在留資格を有することなく我が国に在留することができるとされた。

これにより、昭和20年（1945年）9月2日以前から我が国に在留している韓国国民、朝鮮系の人々及び中華民國国民は、「法126-2-6該当者」という概念で在留が認められることとなった。

なお、文言にあるとおり、「法126-2-6該当者」の子であって、昭和27年（1952年）4月28日までに出生したのも、同様とされた<sup>34)</sup>。また、昭和27年4月28日以降に出生した子は、昭和27年外務省令第14号第1項第2号該当者として「特定在留」（出入国管理令第4条第1項第16号）という在留資格で3年ごとに期間を更新しながら我が国で滞在することができることとされた。

以上のような歴史的経緯により、我が国の「国民」でなくなった朝鮮・台湾の人々が我が国の「領域」に存在するという状況が現在まで続いているのである。

## 11. 1952年体制の完成

このように、戦後のわが国の出入国管理法制は、アメリカなど連合軍占領下においてアメリカないしGHQの強い影響を受け、他方で、当時の外国人とは主に朝鮮・韓国、中国・台湾の人々を想定していたといえる。

なお、この後、昭和27年改正（昭和27年法律第268号）の「法務府設置法等の一部を改正する法律」によって1952年体制が完成したといえる。すなわち、昭和27年7月31日、「法務府設置法等の一部を改正する法律」（昭和27年法律第268号）第10条によって、出入国管理令が改正され、第8章に第61条の2から第61条の8が追加された。

これは、従前、外務省の外局である「入国管理庁」が行っていた出入国管理行政を、

法務省の内局（内部部局）である「入国管理局」に行わせることとしたものであり、これに伴い、出入国管理行政に関する権限は、外務大臣ないし入国管理庁長官から法務大臣に移行された。

出入国管理行政が法務省の所管とされた理由は、アメリカにおいて出入国管理行政が司法省の所管とされていたこと、退去強制手続が準司法的性格を有していると考えられたこと、人権にかかわるものであったことなどがあげられている<sup>35)</sup>。

この改正により、現行法と同様に出入国管理行政が法務省の所管とされ、行政組織の面においても、1952年体制は完成した。

### Ⅲ 四度の廃案と1981年改正

#### 1. 概説

昭和27年（1952年）4月28日サンフランシスコ平和条約（昭和27年条約第5号）の効力発生により、GHQ/SCAPの占領下にあった我が国が主権を回復して以降、昭和56年（1981年）改正までの間、出入国管理令に大きな実質的改正はほぼなかったといつてよい<sup>36)</sup>。

他方で、我が国は、昭和40年（1965年）6月、韓国との間で条約を締結し、法律を制定することにより、日本国籍離脱者である韓国国民とその子について「協定永住者」として我が国での永住を認め、帝国時代から我が国に在留する韓国国民とその子の法的地位に関し新たな法制度を設けた。

また、政府（法務省）は、昭和44年（1969年）3月、昭和46年（1971年）3月に「出入国管理法案」を提出し、これに続く昭和47年（1972年）3月、昭和48年（1973年）3月には「出入国法案」を提出するが、いずれも審議未了廃案となった。

以下では、日本国籍離脱者の韓国国民に協定永住を認めた出入国管理特別法を概観し、さらに「出入国管理法案」及び「出入国法案」を巡る当時の議論を考察し、昭和56年改正でどの規定が実現することとなるかをみていく。

#### 2. 在日韓国人の法的地位協定の締結と出入国管理特別法の制定

昭和27年（1952年）4月28日の平和条約の発効と同時に、日本国籍を喪失し、大韓

民国（韓国）の国民となった人々（及び彼らの子であって昭和27年（1952年）4月28日までに我が国で出生したものは、前述のように、「法126-2-6該当者」として在留が認められ、日本国籍離脱者の子として昭和27年4月28日以降出生したものなど法126-2-6該当者の子は、昭和27年外務省令第14号第1項第2号該当者として「特定在留」（出入国管理令第4条第1項第16号）という在留資格で我が国に滞在することができることとなったが、法126は「当分の間」に法的手当をすることを予定しており、（当時は最長ではあるものの）3年ごとの更新を必要とする在留資格にすぎず、我が国で生まれ、我が国で育ち、日本語を話す人々を、「日本国籍」を有しない、ただその一事によって一般法の規律する「外国人」と同様に退去強制などにしてよいのかという自然な疑問はあったのであろう<sup>37)</sup>。

我が国は、昭和40年（1965年）6月22日、韓国との間で「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国との大韓民国との間の協定」（略称は在日韓国人の法的地位協定）に署名し、この条約は、同年12月11日、国会の承認を経て（昭和40年条約第28号）、翌昭和41年（1966年）1月17日に効力が発生し、この条約を受け、国内法として「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定の実施に伴う出入国管理特別法」（昭和40年法律第146号）が制定された。

まず、この出入国管理特別法は、同協定第1条1及び2に規定する大韓民国国民は、法務大臣の許可を受けて、我が国で永住することができるとし（出入国管理特別法第1条第1項）、一定の期間内にその許可の申請があったときは、法務大臣はこれを許可するとし（同法第1条第2項）、いわゆる「協定永住者」を認めた。

「協定永住者」となりうる範囲に関し、同協定第1条1には、(a)として、1945年8月15日以前から申請の時まで引き続き日本国に居住している者と規定され、(b)として、(a)に該当する者の直系卑属として1945年8月16日以後この協定の効力発生の日から5年以内に日本国で出生し、その後申請の時まで引き続き日本国に居住している者と規定されている。

また、同協定第1条2には、同協定第1条1の規定に従い日本国で永住することを許可されている者の子として、協定の効力の発生の日から5年を経過した後に日本国で出生した大韓民国国民と規定されている。

以上をまとめると、大韓民国国民である者のうち、同協定第1条1(a)は、昭和20年（1945年）8月15日以前から我が国に居住している者であり、同協定第1条1(b)は、昭和20年（1945年）8月16日以後、昭和41年（1966年）1月17日の5年以内である昭

和 46 年（1971 年）1 月 16 日までに我が国で出生した子であり、同協定第 1 条 2 は、上記同協定第 1 条(a)及び(b)として協定永住者となった者の子として、昭和 46 年（1971 年）1 月 16 日以降に出生したものが、協定永住者となりうることを定めたものである。

これにより、「永住者」とすることで、活動に制限がなくなり、在留期間という概念にもなくなった。また、協定永住者が我が国との密接な関連性を有する点を考慮して、退去強制事由を一定のものに限定することとした（出入国管理特別法第 7 条）。

もっとも、この出入国管理特別法によっても、協定永住者の孫（同協定第 1 条 2 の協定永住者の子）は、協定永住者となることができないという問題点があった。

また、この出入国管理特別法は、日韓の間で締結された条約に基づき制定されたものであるため、中華民国（台湾）系や朝鮮系の日本国籍離脱者及びその子孫について規定されておらず、従前と同様とされたままであった<sup>38)</sup>。

### 3. 四度の廃案

#### (1) 1969 年法案（出入国管理法案）

このように、旧帝国時代から現在の我が国の領域（内地）に存在した韓国国民とその子らに対する法制度の構築はなされたものの、一般法である出入国管理令は実質的改正を経ずに 17 年が経とうとしており、この間に航空機の発達により外国人の入出国が増加し<sup>39)</sup>、船舶のみならず航空機をも含めた規定や観光客等の短期滞在者に関する規定など、時代に即した法制度の構築が求められていた。

そこで、昭和 44 年（1969 年）3 月 30 日「出入国管理法案」が内閣により国会に提出されたが<sup>40)</sup>、その内容は、第 1 に、短期滞在者の在留資格の整備及び寄港地上陸及び通過上陸の拡大、第 2 に、在留管理の合理化として在留に関する遵守事項の付加、遵守事項違反・資格外活動に対する中止命令、在留期間の延長申請に対する不許可の場合の出国猶予期間制度及び出国確認留保制度の新設、第 3 に、永住者に対する外国における再入国期間の延長の容認、退去強制手続における必要的收容の緩和（1973 年法案に至ると「全件收容主義の廃止」）、退去強制手続における收容期間の短縮及び在留特別許可に対する本人の出願、第 4 に、本国送還不能の場合以外に本国でない国への送還の規定を新設するものなどであった<sup>41)</sup>。

これらの内容は、1971 年出入国管理法案（昭和 46 年 3 月 18 日国会提出）<sup>42)</sup>、1972 年出入国法案（昭和 47 年 3 月 14 日国会提出）<sup>43)</sup> 及び 1973 年法案（昭和 48 年 3 月 17 日国会提出）<sup>44)</sup> にも多く引き継がれ、さらに 1981 年改正で実現するに至り、他の類似の制度も

現在に至るまでに立法化されていった。

それにもかかわらず、これらの法案は廃案となったのであり、その原因となった規定がどのように修正・削除され、また現在においても立法化することが望ましい規定がなかったかにつき考察していく。これは、現在の視点から、既に歴史となった約40年ないし45年前の当時の議論を振り返り評価する作業であるといえる。

そこで、まず、この1969年出入国管理法案（以下「法案」という）の内容についてみていくと、第1は、従前の「観光客」（第4条第1項第4号（当時））に代えて、観光のほか、保養、スポーツ、親族の訪問、会合への参加又は業務連絡の目的などに関する短期滞在者の在留資格<sup>45)</sup>を新設するものであった（法案第2条第2項第13号・1971年出入国管理法案（以下、71年法案）同条同項同号、1972年出入国法案（以下、72年法案）同条同項同号、1973年出入国法案（以下、73年法案）第3条第13号）。これは、本法案提出の前年である昭和43年（1968年）には、観光等の短期滞在者が入国者の約85%を占めており、厳密には観光といえない範囲のものに關しても統一的な在留資格を創設することを目的としたものであった<sup>46)</sup>。

また、従前、「特定在留」で受入れてきたいわゆる技能実習生らのため「本邦の公私の機関により受け入れられて産業上の技術又は技能を習得する者としての在留資格」（法案第2条第2項第8号）という在留資格を新設した（71年法案同条同項同号、72年法案同条同項同号、やや規定振りが異なるが73年法案第3条第8号）。廃案となったものの、この時期にすでに技能実習生の原型をみることができる。

寄港地上陸許可<sup>47)</sup>につき、当時は、同一の船舶等（船舶又は航空機）であることを前提に、72時間の範囲内で、船舶等の長の申請によってなされるとされていたが（出入国管理令第14条）、同一の船舶等でなくともよく、72時間の範囲内という法律上の上陸期間の制限も政令事項とされ<sup>48)</sup>、申請者も運送業者まで拡大されるものであった（法案第16条、71年法案第15条、72年法案第15条、73年法案第16条）。

また、通過上陸許可<sup>49)</sup>につき、船舶の乗客に関する観光のための通過上陸許可（出入国管理令第15条（当時））と船舶の乗員に関する転船上陸許可（出入国管理令第16条（当時））を、船舶のみならず航空機まで拡大するものであった（法案第17条・71年法案第16条、72年法案第16条及び第73年法案16条・第17条）<sup>50)</sup>。

第2は、法務大臣が、外国人が本邦に在留するについて守るべき活動の範囲その他事項を定めることができるとし（法案第8条第2項（上陸許可時）及び第33条（在留資格の変更・在留期間の延長時・在留資格の取得時）、その遵守事項に違反した（また資格外活動をした）外国人に対して、中止命令その他の命令を発することができる）と（法案第27条）、

さらにその中止命令に違反した場合に退去強制事由となるという仕組みを採用した（法案第37条第9号）。また中止命令違反には、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金という刑事罰が規定された（法案第86条<sup>51)</sup>。

これに関し、翌々年の71年法案（72年法案も実質的に同様）では、同様に外国人に遵守事項を課すことができるとしたが、遵守事項を①活動の指定・②活動の場所の指定・機関等の指定と具体化し（第9条第5項及び第6項（上陸許可時）、第22条第2項・第24条第4項で効果）、その遵守事項に違反した（また資格外活動をした）者に対し中止命令を発し（71年法案26条、73年法案第20条）、その中止命令に違反した場合に退去強制事由となるという仕組みであった（71年法案37条9号及び73年法案第33条第11号）。さらに、中止命令違反は、6月以下の懲役は同様であったが、罰金は5万円以下とされた（71年法案第84条及び73年法案第77条）。

また、この71年法案には中止命令の処分要件として、「日本国の機関において決定した政策の実施に反対する公開の集会若しくは集団示威運動を主催し、若しくは指導し、又は公衆に対し、日本国の機関において決定した政策の実施に反対することをせん動する演説若しくは文書図画の頒布若しくは展示をした者（第2条第2項第11号の在留資格を有する者（以下「永住者」という。）を除く。）」という条項が置かれていた（71年法案第26条第1項第2号）（この点も72年法案は第26条第1項第2号は同様であり、73年法案第20条も実質において同様である。）

さらに、これらの法案は、出国猶予期間制度を創設するものであり、具体的には、在留期間の延長を申請し、不許可となった外国人に対しても、やむを得ず不法滞在となることのないように<sup>52)</sup>、出国準備のために必要な期間を60日以内の範囲で定めて在留を許可することができるとしていた（法案第31条第3項、71年法案第30条第3項、72年法案第30条第3項及び73年法案）。

また、同法案などは、出国確認の留保制度を創設するものでもあり、外国人が出国する際に、死刑若しくは無期もしくは長期3年以上の懲役禁固に当たる罪につき訴追されている者又はこれらの罪を犯した疑いにより逮捕状等の発せられている者等について関係機関の通知を受けているときは、24時間に限り、その者について出国確認を留保することができるとした（法案第35条・71年法案35条、72年法案第35条及び73年法案第30条）。

これは、確認を留保している最中に、関係機関が当該外国人を逮捕する等適当な措置をすることによって、国外逃亡を防止することができるとしたものであった<sup>53)</sup>。

第3は、再入国許可を受けた出国した永住者が、その有効期間内に再入国できない相

当の理由があるときは、一年を超えない範囲内で有効期間の延長を許可することができることとするものであった（法案第36条第5項、71年法案第36条第5項、72年法案第36条第5項及び73年法案31条第3項）<sup>54</sup>。

また、当時の出入国管理令（また現行法も同様）では、退去強制手続における収容が、退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当な理由があるときは、（行政府に属する主任審査官の発布する）収容令書により、収容することができることとされ、「全件収容主義」（必要的収容）が採用されており（第39条）、収容することが適当でない場合には、収容と同時に仮放免（第54条）することでも対処していた。

そこで、この出入国管理法案では、この必要的収容の緩和として、入国警備官が収容令書の発付を請求した場合においても、刑事訴訟に関する法令等により身体を拘束されている者（第1号）、老幼、疾病その他身体の故障により収容に耐えること困難であると認められる者（第2号）、逃亡の虞がなく、かつ、収容を猶予すべき事情があると認められる者（第3号）については、地方入国管理官署の長は、収容令書を発付しないことができるとした（法案第45条第2項、71年法案第45条第2項及び72年法案第45条第2項、なお法案第52条第1項ただし書、71年法案第52条第1項ただし書及び72年法案第52条第1項ただし書）。

この法案の趣旨につき、中川政府委員（入国管理局長（当時））は「第四十五条は、容疑者の収容について規定したものであり、現行令第三十九条及び第四十条に相当するものであるが、外国人の人権を尊重する精神から、現行令の規定している必要的収容を緩和しました」と説明しており、外国人の人権を尊重するために、必要的収容を緩和したことを明らかにしている<sup>55</sup>。

この改正案は、健康上の問題がある場合、逃亡の虞れがまったくない場合であっても、収容しなければならないという現行制度より妥当であったといえる。しかしながら、あくまで、健康上の問題や逃亡の虞がない場合に、行政府が「収容しないことができる」のであって、収容することもできる余地があったのである。

これに対して、政府はさらに進んだ政策を提示する。すなわち、73年法案の「地方入国管理官署の長は、容疑者が第33条各号の一に明らかに該当すると認められる場合で、かつ、その者が逃亡し、又は逃亡すると疑うに足りる相当の理由があるときは、収容令書を発付して、入国警備官に当該容疑者を収容させることができる」（73年法案第48条第1項）という規定であり、これは「全件収容主義の廃止」と呼ぶべきものであり、逃亡するに疑うに足りる相当の理由がない場合には、行政府であっても収容することができないというものであった。

田中法務大臣（当時）は、「第九は、現行の出入国管理令では、退去強制手続を進める場合には容疑者を必ず収容しなければならない、身柄を収容しなければならないこととしておることを改めまして、退去強制事由が明らかで逃亡のおそれがある場合に限りまして容疑者を収容することとするとともに、収容できる期間も短縮しまして、より一そう人権尊重をはかったこととございます」と国会で述べ<sup>56)</sup>、人権尊重を立法趣旨とし、さらに進んで政府が全件収容主義を放棄する案を提示した<sup>57)</sup>。

また、退去強制手続における収容期間は、原則 30 日間であり、やむを得ない事由があるときには延長することでさらに 30 日間、合計で 60 日間とされている（現行法第 41 条であり当時も同様であった）。

これに対し、出入国管理法案は、この収容という行政手続上の身体拘束の期間を、原則 20 日間、最長 40 日間に短縮するものであった（法案第 52 条第 4 項、71 年法案第 52 条第 4 項、72 年法案第 52 条第 4 項及び 73 年法案第 48 条 9 項）。

また、退去強制令書に基づく収容の停止につき、地方入国管理官署の長は、退去強制令書の執行によって退去を強制される者が著しく健康を害するとき又は生命を保つことができないおそれがあるときは、収容を停止させることができるとしていた（法案第 58 条第 1 項、71 年法案第 58 条第 1 項、72 年法案第 58 条第 1 項及び同旨として 73 年法案 51 条）。

さらに、在留特別許可に関し、当時の出入国管理令では、退去強制事由に該当する事実に関する異議の申出に対し法務大臣が裁決し、異議の申出に理由がないときであっても在留特別許可ができるとされ（第 50 条、現行法も同様）、異議の申出に理由がないとする裁決のみをなしたときには、当該裁決に在留特別をしない旨の判断が含まれているものとされていた（現行法においても同様である）。

これに対して、出入国管理法案では、行政手続における事実認定を争う異議の申出と、在留特別許可の出願（申出）を切り離すものであった。

口頭審理後又は裁決後に退去強制令書が発付されたときには、3 日以内に、地方入国管理官署の長を経由して、本人が出願し、法務大臣が在留特別許可を判断する制度に改めるものであった（法案第 60 条第 3 項、上陸に関して同第 13 条、再入国許可を受けている者及びかつて日本国民であった者は同第 7 条）<sup>58)</sup>。

これは、当該外国人が退去強制事由に該当する事実につき争わないときであっても、在留特別許可が法務大臣の裁決段階にまで至らなければ与えることができないことから、口頭審理段階においても、在留特別許可を得る道を与えるためのものであると説明された<sup>59)</sup>。

しかし、69 年法案では本人の出願が退去強制令書の発付後でなければできないこと



から、71年法案では趣旨通り、いつでも本人が在留特別許可の出願ができることとした（71年法案第32条及び第55条、72年法案第32条）。

第4は、強制退去の送還先に関し、本国（国籍国等）に送還することを原則としながら（第53条第1項（当時））、本国に送還ができない場合に、当該外国人の希望により、本国（国籍国等）以外の一定の国に送還することができるとされていたが（第53条第2項（当時））、本国に送還することが適当でないとするに足る相当の事情がある場合にも、本国以外の国を送還先とすることができるとしたものであった（法案第56条第2項）。さらに71年法案では、できる限り本人の希望を尊重するとの規定が入った（71年法案第56条第3項・72年法案第56条第3項）<sup>60</sup>。

その他、事実の調査の規定が新設されており、法務大臣がその権限に属する事項を処理するため必要があるときは地方入国管理官署の長に事実の調査を命ずることができ、地方入国管理官署の長もその権限に属する事項を処理するため必要があるときは事実の調査ができ、また地方入国管理官署の長は入国審査官・入国警備官に係る人に対し質問させ、文書・物件の提示を求めさせることができるとされていた（法案第73条）。これは、上陸許可につき要件を基礎づける事実ないし証拠を収集し、在留許可の変更、在留期間の延長等につき要件を基礎づける事実ないし証拠の収集するための規定と説明されていた<sup>61</sup>。

## （2）出入国管理法案等に対する批判

しかしながら、この法案に対しては、主に以下の批判が加えられた。

第1に、遵守事項及び中止命令（政治活動禁止条項を処分要件とするものも含む）に対する批判、事実の調査に対する批判、第2に、退去強制手続と在留特別許可制度の切り離しに対する批判であり、第3に、旧帝国時代から在留する外国人とその子孫らに対する適用の懸念があった<sup>62</sup>。

第3の批判として、台湾・朝鮮、特に朝鮮系の人々を「狙い打ち」するものであるとの批判があり、主要な争点となったが、政府は当初より法第126号該当者らに対し遵守事項を適用する余地がないことを国会答弁し、また法126号該当者の子らに対して、附則で当分の間適用しないとしたことから<sup>63</sup>、ここでは第1と第2の批判ないし議論を取り上げる。

まず、第1の遵守事項に対する批判が、第3の旧帝国時代から在留する外国人らに対する適用の懸念と相まって強く主張された<sup>64</sup>。

外国人に対し、遵守事項（条件）<sup>65</sup>を付すことができるとされ、在留資格の範囲内に

における活動の指定，相互主義による制限，政治的行為の制限が想定され，例えば，日本国の機関が決定した政策の遂行を妨げるための集会，示威運動の組織，これらへの参加又は演説若しくは文書図画の頒布を禁止し，また日本国の国際的な友好親善関係を阻害するおそれがある集会，示威運動の組織，これらへの参加または演説もしくは文書図画の頒布の禁止などであると説明された<sup>66)</sup>。

政府の説明によれば中止命令は即時に退去強制手続に入ることを回避するための制度であったが<sup>67)</sup>，遵守事項として政治活動禁止を定めることができ，その遵守事項違反を基礎として中止命令が出すことができ，その中止命令に従わなかった場合（中止命令違反）にはこれが退去強制事由（かつ刑事罰の対象）とする仕組みであった。このことから，中止命令という法制度も批判的となり<sup>68)</sup>，四度の法案いずれにも規定されていたが，結局，実現することはなかった。

次に，事実の調査に関し，立法趣旨は上陸許可や在留資格の変更・在留期間の延長などのためのものと説明されたが，その文言が法務大臣や地方入国管理官署の長の権限に属するものと包括的なものであったこと，さらに「関係人」の範囲が不明確であったこと，この行政調査が強制調査として不出頭，不陳述及び文書提示拒否等に対して刑事罰が規定されていたことから，外国人のみならず日本国民に対する自由の侵害が広範に生じるのではないかとの批判が生じた<sup>69)</sup>。

次に，第2の退去強制手続と在留特別許可の分離（切り離し）という立法に対し，退去強制令書の発付行為の取消訴訟及び執行停止の申立てができなくなるのではないかという批判がなされた<sup>70)</sup>。

この批判は，当時，行為要求訴訟（現在の義務付け訴訟）に司法府が消極的であり在留特別許可の義務付け訴訟が不可能であることを前提としていた<sup>71)</sup>。

また，在留特別許可をしない旨の判断に対し取消訴訟ができたとしても，不許可処分には「執行」が観念できない以上，これに対する執行停止も観念できず，救済方法がないこととなると批判があった<sup>72)</sup>。

また，69年出入国管理法案が退去強制令書の発付行為の後でなければ，外国人自身の出願ができないとされていたことが批判されたが，これはいつでも外国人本人が出願できるという趣旨であると説明されていた<sup>73)</sup>。71年出入国管理法案第32条では，外国人本人の出願に関する規定が削除されたが，しかしそれでも1971年法案に対しても，行政訴訟による救済が困難になるという同様の批判がなされた<sup>74)</sup>。

以上の議論を現代の視点から評価すると，まず政府委員らの説明する，外国人自身が退去強制事由を基礎づける事実の存否を争わないとしても，特別審理官による口頭審

理及び判定、さらにこれに対する異議の申出及び法務大臣の裁決まで（特殊な）行政不服審査を申立てなければならぬという点は十分に首肯できる問題意識であるといえる<sup>75)</sup>。

しかしながら、切離し論の問題点として当時の反対者たちが主張した、司法的救済が不可能となる、あるいは著しく困難となる点にも十分に傾聴に値するものがあつた。

つまり、現代の視点からすると、①在留特別許可をしないことに裁量逸脱濫用、違法性があり、②裁決が在留特別許可をしない判断を包含していることから裁決の違法性となり、③裁決を前提とする退去強制令書の発付行為（後行行為）に違法性が承継し、退去強制令書の発付行為の取消訴訟が提起でき、④さらに本案が提起できるからこそ退去強制令書の執行（強制送還）が停止することを申立てできるという論理があり、退去強制令書の発付行為と連続性を断ち切ってしまうことには問題があつたのである。

退去強制事由を基礎づける事実を争わない場合に異議の申出までしなくとも在留特別許可を取得できる制度を創設する必要は現在でも認められる。そこで、そもそも判定段階において在留特別許可の判断（しない判断を含ませることも）できるとする立法もありえる。また、仮に退去強制手続と在留特別許可の切り離しを行うことでその目的を達成するとしても、この時代の反対論者が主張したように、かつての外国人登録令第15条が「訴えの提起があつたときは訴訟の継続中は、これを退去せしめることができない」といった、在留特別許可を得るための訴訟等であっても退去強制の執行を停止する立法措置など司法的救済を保障する制度が不可欠であろう。その場合には、次の問題として、訴訟を提起し、その間、我が国との定着性を形成するなど、異なる行政処分の基準時でいわゆる「再審情願」をすることをどうとらえるかが問題となるであろう<sup>76)</sup>。

その意味において、前者の認定や判定段階において在留特別許可の判断（しない判断を含ませることも）できるとする立法がその点の問題を直接には生じさせない点で優れている。

以上の一連の法案は問題を孕みつつも、現在まで実現に至っていない「全件収容主義」の廃止や収容期間の短縮などが含まれていた。

40年以上もの昔、政府（法務省・入国管理局）が採用したこれらの立法政策判断は、現在においても再度、積極的に評価され、再び立法上の検討事項として注目されてよいものであろう。

#### 4. 1981年改正（出入国管理に関する改正）

このように「出入国管理法案」及び「出入国法案」は廃案となり歴史の中に埋もれるかに思われたが、その規定の多くが、再度、改正案として日の目を見、立法化されることとなった。

昭和56年4月28日、「出入国管理令の一部を改正する法律案」（内閣提出第70号）が委員会の会議に付され、奥野誠亮法務大臣は、「出入国管理令の一部を改正する法律案」の趣旨について、我が国の国際的地位の向上、国際交流の活発化、航空機を中心とした国際交通機関の発達に伴い、出入国者が飛躍的に増加するとともに、外国人の入国・在留の目的も多様化したことから、このような新しい情勢に対応できるよう現行法制を改めると述べており<sup>77)</sup>、この改正案の内容は、①観光客の在留資格を短期滞在者の在留資格と改め（第4条第1項第4号）、技術研修生の在留資格を新設し（第4条第1項第6号の2）、②覚せい剤取締法違反者を上陸拒否事由とし（第5条第1項第5号及び第6号）、③寄港地上陸（第14条）、通過上陸（第15条）、乗員上陸（第16条）及び遭難上陸（第18条）の整備拡大、④いかなる在留資格からも在留資格の変更ができるようにすること（在留資格の変更の拡大）（第20条）、⑤らい患者、精神障害者、貧困者を退去強制事由から削除し（第24条第1項第4号ハ、ニ及びホの削除）<sup>78)</sup>、覚せい剤取締法違反者を追加すること、⑥出国確認留保制度の新設（第25条の2）、⑦数次再入国許可制度及び再入国許可の有効期間の海外での延長等（第26条）、⑧手数料に関する事項を政令に委任すること（第67条）、⑨罰金の引き上げ等（第70条以下）であった<sup>79)</sup>。

このうち、①、②、③、④、⑥、⑦及び⑨は、一連の出入国管理法案及び出入国法案の実現であり、8年という時が過ぎたが、当然、航空機等の発達による出入国者数の増加など<sup>80)</sup>観光客等の短期滞在者に関する改正の必要性は高まり続けていたといえる。

また、技術研修生（技能実習生）という後に多くの問題をはらみ、批判を受けることになるに制度もこの時にはじまった。

さらにこの改正では、平和条約の発効による日本国籍離脱者等に関し、附則第7項を改正し、法律第126号第2条第6項該当者（で申請の時まで本邦に在留する者）、及び法律第126号第2条第6項該当者の直系卑属で本邦で出生したもの（で申請の時まで本邦に在留する者）（附則第7項及び附則第9項）は、この改正法の施行日から5年を経過する日まで（それ以降に出生したもの等は出生後60日以内）に、永住許可の申請をしたときは、永住許可をすることとした。

これにより、この出入国管理特別法の対象外であった中華民国（台湾）系や朝鮮系の日本国籍離脱者及びその子孫に永住許可を得る道が大きく開かれ、前進であったといえるが<sup>81)</sup>、韓国国民である協定永住者は退去強制事由が限定されているなど協定永住者の地位と、この附則第7条に基づく永住者との間に不均衡があるという問題は残っていた。

## IV 難民認定制度の創設（1981年改正）

### 1. 概要

本論稿の冒頭で述べたように、我が国に限らず、従来、主権国家がその主権が及ぶ空間（領域）に「外国人」（自国国籍を有しない者）が入ること（入国ないし上陸）を認めるか否かは、当該国家の主権に属する事項であり当該国家の「裁量」に委ねられると解されてきた。

この論理を推し進めると、「難民」であっても、「外国人」である以上、当該国家は彼らを受け入れなければならない義務はなんらなく、あとは当該国家の温情・恩恵によって「難民」を受け入れるかどうかという問題にすぎなくなる<sup>82)</sup>。

我が国では、1969年出入国管理法案の議論において2つの見解があり、その一つは猪俣浩三議員（社会党）の提案した「政治亡命者保護法案」であり、難民条約に加入していなくとも、国内法で「人種、宗教、国籍、特定の社会的集団への所属または政治的思想を理由として自国において迫害を受けるおそれが明らかであるため、自国の外にあり、自国の保護を受けることができない外国人」を「政治亡命者」として受け入れる仕組みを立法するというものであり<sup>83)</sup>、これに対し政府与党は「在留特別許可」で対応するという手法を採用したのであった<sup>84)</sup>。

いずれにしても、国際的には既に難民条約は昭和29年（1954年）4月22日に効力発生していたにもかかわらず、我が国は難民条約を締結していなかった。

そのような事態を動かしたのは、1975年以降、ヴェトナム、カンボジア及びラオスという東南アジアにおける紛争に伴い、いわゆる「インドシナ難民」が我が国にも避難してきたという事実であった。

これにより、我が国は否応なく「難民」問題に向き合わざるを得ず、UNHCRが「インドシナ難民」とし指定した者（条約難民より広い）をそのまま受け入れるという仕組み

を、「閣議決定」という政策の次元で採用した<sup>85)</sup>。

しかしながら、昭和56年(1981年)、我が国はついに難民条約に加入することを決意し<sup>86)</sup>、我が国は他の締約国に対し条約に基づき立法義務を尽くさなければならず<sup>87)</sup>、難民条約の条約当事国間(国際法律関係)において、難民条約に規定する「難民」(条約難民)という外国人が入国し、滞在(在留)することにつき主権に基づく「裁量」を放棄することとなった。なお、難民条約第24条第1項により難民に社会保障を受けることができるとする以上、日本国籍離脱者等やその他外国人に関しても社会保障を受けることができるようにすることが望ましいとの判断により、国民年金等社会保障法4法の国籍条項が削除された。

## 2. 難民認定制度の概要

昭和56年(1981年)6月12日、第94回国会(常会)において「出入国管理令の一部を改正する法律」(昭和56年6月12日法律第85号)及び「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係法律の整備に関する法律」(昭和56年6月12日法律第86号)が成立し、我が国は新たな出入国管理体制を有することになる。

これにより、法律の題名も「出入国管理令」から「出入国管理及び難民認定法」と変更され<sup>88)</sup>、「難民」にあたる「外国人」の入国及び在留を認めなければならないという意味で、外国人を入国させないことも在留を認めず退去強制することも国家の裁量であるという国際慣習法上の原則に対する大きな例外が設けられることとなった。

この時、創設された我が国の難民認定制度は、①難民の認定を受けようとする者は、原則として本邦上陸した日から60日以内にその申請をしなければならず(第61条の2(条文番号は成立当時のもの、以下同じ)<sup>89)</sup>、申請構造を有するものとされ、②難民認定の要件(処分要件)は難民条約第1条(及び時間的限界を排除した難民議定書第1条)の要件である「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もの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もの」等をそのまま立法に取込んだ(第2条第3号の2)。

したがって、難民条約に共通の要件であり、我が国固有の要件(処分要件)ではない。

③難民認定手続(行政手続)において処分要件を基礎づける事実の「認定」は、申請者が提出した資料に基づいて行われるが(第61条の2第1項)<sup>90)</sup>、提出された資料のみ

では適正な難民の認定ができないおそれがある場合等には、法務大臣が難民調査官に事実の調査をさせることができることとされた（第61条の2の3第1項）。

④法務大臣が難民である旨の認定（難民認定）を行ったときは<sup>91)</sup>、当該外国人には永住許可要件に関し生計・技能要件が不要とされ（永住許可要件の緩和）（第61条の2の5）、退去強制手続においても、難民認定を受けている場合には、異議の申出に理由がなくとも、法務大臣は在留特別許可をすることができることとされた（第61条の2の8）。

また、⑤難民の認定をしない処分（難民不認定）がされたときには、法務大臣に異議を申し出ることができることとされた（第61条の2の4）。この手続は、難民不認定（処分）に対する行政不服審査（事後的行政手続）であり、この手続が設けられている以上、行政不服審査法による不服申立てをすることはできないとされた（第61条の2の4後段）。

⑥難民に該当すると思料される者が上陸を試みる際には、簡易な手続で上陸を許可することができるよう「一時庇護のための上陸許可」の制度が新設され（第18条の2）<sup>92)</sup>、⑦被送還者が人種、宗教、政治的意見等を理由として迫害を受けるおそれのある国へは原則として送還しないことなどの規定（第53条第3項の追加。いわゆるノン・ルフールマン原則（難民条約第33条第1項））を設けることとなった<sup>93)</sup>。

なお、難民認定を法務省ないし法務大臣が行うとした点につき、大鷹弘政府委員（入国管理局長）は、昭和56年（1981年）5月15日衆議院法務委員会において「難民条約がその対象としておりますのは当該国にある難民であり、難民または外国人であることから、法務省の行政と接点を有しているので、適正な難民の認定が行えるよう法制度の整備をして、法務省がこの業務を担当するのが最も妥当であると考えられたことから、法務省がこれを行うことになったものでございます。難民認定手続は、従来の出入国管理令上の在留の可否を決する諸手続とは全く別個の手続により行うこととしておりますので、自由裁量に基づく他の処分と混同することはなく、難民の認定が適正に行えるものと確信しております。」<sup>94)</sup>と述べている。この行政組織法上の問題は、ドイツでは内務省の外局として連邦難民認定庁が独立性・公正性を有していることから<sup>95)</sup>、我が国でも必要ではないかという問題意識からなされているものである。

### 3. 難民条約の加入の歴史的意味

以上のように、我が国が「難民」という「外国人」を受け入れなければならないとなった点は、我が国の歴史的な大転換であったといえる。

我が国は条約を締結した以上、締約国に対し「難民」を受け入れるか否かという裁量

はなく、行政及び司法が「難民」にあたるか否かを判断することができるのみである。また国内法平面では、難民認定は羈束行為とされ<sup>96)</sup>、行政は司法府に対し、行政裁量を有せず、裁判所が難民にあたるか否か判断し（法適用し）<sup>97)</sup>、難民不認定を取消すこととなる。

申請に対する認容率、認定人数等、制度創設時点には運用は不明であった。制度は適切な運用なくして機能することはありえないが、他方で制度自体が存在しなければ運用もありえず、条約を締結したこと、制度を構築したこと自体は評価されるべき歴史的決断であったといえる。

## V 平成元年改正（1989年改正）

### 1. 序

こうして昭和56年改正（1981年改正）が成立して以降、経済的には我が国はアメリカに迫る勢いであり、外国人を単純労働者として受入れる旨の要請は強かった。他方、経済の好調とともに不法就労が深刻な問題とされており、外国人の不法就労対策を内容とする平成元年改正（1989年改正）（平成元年法律第79号）が成立する。ここではとくにこの大規模な改正について考察することとする<sup>98)</sup>。

### 2. 平成元年改正（1989年改正）の内容

この改正は不法就労対策が実質的には主なものであったといえるが、在留資格の整備が行われ（第4条の削除と第2条の2の新設並びに別表の新設）<sup>99)</sup>、次に、外国人の上陸手続の簡易迅速化のため、本邦に上陸しようとする外国人（短期滞在者を除く）から、「あらかじめ」申請があったときは、当該外国人が第1項第2号に掲げる条件に適合している旨の証明書を交付することができるとした（第7条の2新設）。在留資格認定証明書の交付という制度を新設し、空港等での上陸審査を簡易にするものであり、制定時以来このように事前に証明書を交付する法制度は存在したものの<sup>100)</sup>、利用できる在留資格が限定されていたところ、原則としてこの制度を利用できることとした<sup>101)</sup>。

不法就労対策は、従前、資格外活動、許可の必要な活動は在留資格に属しない活動一切であったところ、そのうち報酬を受ける活動（または収入を伴う事業を運営する活動・報



酬を受ける活動)に限定され(第19条),これに伴い退去強制事由も,在留資格に属しない活動を専ら行っているものから,在留資格に属しない活動のうち報酬を受けるもの(収入を伴う事業を運営するもの)を専ら行っているものに限定された(第24条第4号イ)。また,刑事罰も同様に,在留資格に属しない活動を専ら行っているものから,そのうち報酬を受けるもの等に構成要件が限定された(第70条第4号,3年以下・30万円以下)。これに対して,専ら行っていることが明らかとはいえないが,在留資格に属しない活動を行っていた場合も従前より犯罪とされてきたが,同様に報酬を受けるもの等に限定された(第73条,懲役6月以下から1年以下に引き上げ,罰金20万円以下を維持)。

また,就労資格を容易に証明できるようにするため,就労資格証明書(第19条の2)の制度を新たに設け,他方で不法就労を防止するため,雇用主に対する不法就労助長罪を新設した(第73条の2)。

この時期,いわゆる「単純労働者」を受け入れるか否かという問題があったが,後藤法務大臣は,国会において「なお,この改正案は,各界各層の意見,提言等を踏まえまして成案を得たものでありますが,特別な技術,技能または知識を必要としないいわゆる単純労働に従事しようとする外国人の入国を認めるための在留資格は設けておりません。これは,単純労働者の受け入れに関する議論が多岐に分かれているほか,受け入れた場合における我が国社会への影響が大きいと考えられますので,その問題点について引き続き十分な討議を重ね,広く国内関係方面の意見を見きわめつつ,長期的視野に立って所要の対策を考えるべきであり,そのためにはなお相当の日時を要するとの考えによるものであります。」<sup>102)</sup>と述べ,この答弁から現在まで25年が経とうとしているが,我が国は単純労働者を正面から受け入れるという選択をしていない。

### 3. 定住者告示(平成2年5月24日)

ここまで,主として「法律」を考察の対象としてきた。しかし,平成元年改正ののち我が国は大きな決断を「告示」という行為形式によって行う。すなわち,平成2年(1990年)5月24日,法務大臣告示第132号(定住者告示という)を公表する。

法7条1項2号別表第2の「定住者」の概念に,日本人の子として出生した者の実子(定住者告示3号),日本人の子として出生した者でかつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるものの実子の実子(定住者告示4号)やその定住者の配偶者(定住者告示5号)やその未成年の実子(定住者告示6号)が含まれることを明らかにした。

これにより,かつて南米に渡った日本国民の実子(日系2世,本告示3号)やその孫(日

系3世、本告示4号)を「定住者」という在留資格をもって迎え入れることとなった。

定住者には、在留期間の概念は存在するものの活動の制限はなく、当然、我が国において就労することができる。技能実習生に比して、結果として大規模な外国人労働者の受入れの道を開くこととなった。

この定住者告示には、2つの見方がある<sup>103)</sup>、一つは、非常に有力な「意図せざる結果論」であり、もう一つが、当初より労働力の不足に対応する意図があったというものである。

「意図せざる結果論」とは、世界各地の日系を対象としており、このように大規模かつ一定の地域(南米)からの外国人労働者の入国を予想だにしていなかったというものである。

他方で、意図していたという見解は、当時の一部の政治家が地元の人手不足から外国人労働者の受入れのために動いていたことから、このようなことを意図していた、むしろ積極的に外国人労働者の受入れのための手段であったと推認されるというものである<sup>104)</sup>。

いずれにせよ、その後の我が国の歴史的な展開を見る限り、日系ブラジル人・ペルー人を大規模に受け入れることとなったことは事実である。

我が国は、告示という手段を採用したがために、国民的な議論も理解も、また認識も欠くままに、他方で外国人労働者は、言語教育や行政的な手当など準備のなき社会に入ることになるという種々の問題を生じさせてしまったという感は否めない。

## VI 第1次出入国管理基本計画<sup>105)</sup>の策定以降

### 1. 概要

平成元年の改正によって我が国は、在留資格、不法就労規制等、新たな法制度を有したといえ、その後、出入国管理基本計画を策定するまでの間に、平成3年、韓国国民である協定永住者、附則第7条に基づく朝鮮・台湾系の永住者の間にある不均衡を解消し、統一的・包括的法制を構築するため出入国管理特例法を制定した。

その後、第2次出入国管理基本計画が規定する平成12年3月までの間の改正に関しては、不法入国・不法滞在者の取り締まりの強化という傾向があるといえる<sup>106)</sup>。

このうち、比較的規模の大きい平成3年法律第71号による平成3年改正、平成9年

改正、及び平成 11 年法律第 134 号及び法律第 135 号による平成 11 年改正について考察することとする<sup>107)</sup>。

## 2. 出入国管理特例法の制定

昭和 45 年の出入国管理特別法に基づく協定永住者（韓国国民）と、昭和 56 年改正附則第 7 条に基づく永住許可（主に朝鮮系・台湾系の人々）との間には、退去強制事由の範囲などに違いが存在していたが、旧帝国時代から現在の我が国の領域に在留していた朝鮮国民、朝鮮系・台湾系の人々は同様に旧帝国時代には我が国の国民（臣民）であったのであり、平和条約に伴い日本国籍を一律に喪失したことからすれば、同様に取り扱うことが妥当である。さらに、その後、我が国に長年にわたり現実に生活している事実からすれば、安定した生活を営むことができるようにすることが重要である<sup>108)</sup>。

そこで、平成 3 年（1991 年）、「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」（平成 3 年法律第 71 号）（以下、出入国管理特例法）が制定され、法 126 号第 2 項第 6 項該当者、出入国管理特別法に基づく協定永住者及び附則第 7 条に基づく永住許可を有する者を「法定特別永住者」とし（出入国管理特例法第 3 条）、平和条約国籍離脱者の子孫のうち我が国で出生したもの等は、申請をすれば永住許可（特別永住許可）を得ることができるとした（出入国管理特例法第 4 条）。

また、①退去強制事由を内乱罪等重大な犯罪に限定し（出入国管理特例法第 9 条）、②再入国許可の有効期間を 4 年間（延長により合計 5 年間）とし（出入国管理特例法第 10 条第 1 項）、さらに③再入国許可の有効期間内の場合には上陸拒否事由を審査しないこととした（出入国管理特例法第 7 条）。

これにより、平和条約に基づき我が国の領域が縮減した昭和 27 年（1952 年）から約 40 年を経て、ついに我が国における日本国籍離脱とその子孫に関する包括的な法制度が成立したのである。

そこで、日本国籍離脱者とその子孫に関する法制度・法的地位を小括すると、平和条約によって縮減した我が国の領域に在留し続けた「かつて日本国民であった者」は、日本国籍を自己の意思とかかわりなく喪失したその歴史性、その後、何世代にもわたり我が国で現実に生活しているという我が国との密接関連性等を考慮すれば、他の外国人と異なる法的取扱いをすることは当然であるといえる。

他方で、「かつて日本国民であった者」が日本国籍を自己の意思と関係なく喪失したという歴史からすると、かつて日本国籍を自己の意思と関係なく喪失しなかった者、つ

まり「現に日本国民である者」との間の差異をどこまで解消できるのかという問題が残るのである。

なお、法的な意味で、「かつて日本国民であった者」は、他の外国人と比較し法的に有利な点があるといえるが、「現に日本国民である者」と比較し、いかなる意味においても優越的な地位にはない<sup>109)</sup>。

### 3. 平成9年改正<sup>110)</sup>

次に、平成9年(1997年)には、集団密航が激増しているとの認識の下<sup>111)</sup>、ブローカーなど集団密航者を不法入国・不法上陸させた者に対し、当時は不法入国に対する幫助犯(刑法第62条)によって対処するほかに、法定刑も軽すぎるとし、集団密航に関する刑事罰等の規制が整備された<sup>112)</sup>。

具体的には、自己の支配又は管理の下にある集団密航者を本邦に入らせ、又は上陸させた者(第74条)、集団密航者を本邦に向けて輸送し、又は本邦内において上陸の場所に向けて輸送した者(第74条の2)、これらの罪を犯す目的でその用に供する船舶等を準備した者(第74条の3)、集団密航者を入国・上陸させた者からその上陸させた外国人の全部・一部を収受し、またはその収受した外国人を輸送・蔵匿・隠避させた者(第74条の4)、その予備(第74条の5)、営利目的で不法上陸等の実効を容易にした者(第74条の6)を刑事罰の対象として規制し、さらにこれらの罪により刑に処せられたことを退去強制事由とした(第24条第4号ホ)。

また、我が国の領域に入ったとしても、有効な旅券を所持している場合には、不法入国とすることができなかつたが、上陸許可を受けないで我が国に上陸する目的を有する者も不法入国として退去強制事由とし、また刑事罰の対象とした(第3条第1項第2号の新設)。

他に、退去強制を免れさせる目的で、不法入国者・不法上陸者を隠避した場合等も刑事罰の対象とし(第74条の8)<sup>113)</sup>、これもまた退去強制事由とした(第24条第4号ホ)。

### 4. 平成11年改正<sup>114)</sup>

さらに翌々年(平成11年(1999年))には、①不法入国者は増加傾向にあり、退去強制された外国人が再び入国し、再度退去強制される事例が増加していたことから<sup>115)</sup>、退去強制された者に対する上陸拒否期間の伸長がなされ、上陸拒否期間が「退去した日

から一年」から「退去した日から五年」に改正され（第5条第1項第9号）、また、在留期間を経過して我が国に残留する行為に関し刑事罰が規定されていたが、不法入国・不法上陸後に我が国不法に滞在する行為には刑事罰が規定されておらず、不法上陸等が即成犯とされ公訴時効が完成してしまい支障が生じていたことから、本邦に上陸した後引き続き不法に在留するときも、継続犯として刑事罰の対象とした（第70条第2項の新設）。

他方で②正規に在留する外国人の負担軽減のため、在留手続の簡素化を図るため<sup>116)</sup>、再入国許可の有効期間を1年から3年に伸長した（第26条第3項）。

以上は平成元年から連なる不法滞在等に対する規制強化の流れに位置づけることができ、現代の傾向の一つであり、この傾向は第2次出入国管理基本計画以降も継続されていくこととなる。

## Ⅶ 第2次出入国管理基本計画の時代

### 1. 概要

第2次出入国管理基本計画は、平成12年3月（2000年3月）に策定され、平成17年3月までの5年間にに関する計画であった。

この間なされた改正のうち、実質的改正である平成13年改正（2001年改正）、平成16年改正（2004年改正）及び平成17年第96号の平成17年改正（2005年改正）をみていくこととする<sup>117)</sup>。

### 2. 平成13年改正（2001年改正）<sup>118)</sup>

この時期、2002年開催のワールドカップのためフーリガン対策として、国際会議等の妨害まで規制を広げ、恒久的な規定として上陸拒否事由及び退去強制事由が整備された（第5条第1項第5号の2及び第24条4号の3の新設）。

また、外国人犯罪対策、偽変造文書対策、さらに1969年法案に議論のあった「事実の調査」の規定の新設、事務の増加に伴う法務大臣の地方入国管理局長に対する「権限の委任」規定（第69条の2）の新設がなされた<sup>119)</sup>。

まず、外国人犯罪対策として、刑法犯等に対し有罪判決が確定した場合であっても、退去強制事由として特別に定めがある薬事犯等を除き、無期または一年を超える懲役等

の実刑判決を受けた場合でなければ退去強制事由にあらず、無期または一年を超えない懲役等の実刑判決や執行猶予判決の場合には在留期間が満了するまで退去強制できなかった。そこで、外国人犯罪に対し厳正に対処するため<sup>120)</sup>、刑法等に定める一定の犯罪には執行猶予判決であっても退去強制事由とし（第24条第4号の2の新設）、これとの均衡から上陸拒否事由も整備した（第5条第1項第9号の2の新設）。

また、不法入国・不法滞在者対策として、他の外国人を不正に上陸・在留させるために偽変造文書を作成したことを退去強制事由とした（第24条第3号の改正）。

以上の改正は、一連の外国人犯罪や不法滞在者取締りの強化という政策に位置づけることができる。

最後に、1969年法案等において反対にあった「事実の調査」が約30年を経て実現した（第59条の2の新設及び第10条新6項の挿入）。

もっとも、事実の調査に関する1969年法案等では包括的な規定であったが、上陸及び在留等の行政調査の範囲を明確にした点が異なる。また、1969年法案において反対にあった「事実の調査」（行政調査）は刑事罰を有する「強制調査」であったが、あくまで平成13年改正で実現した「事実の調査」は「任意調査」であり、強制力を有しないものであった。つまり、外国人や関係人の不出頭や質問に対する陳述拒否、文書の提示拒否に対する制裁はなく、また私の団体が照会に対し回答を拒絶したとしても制裁はない。したがって、従前から行政実務では、法律の根拠なくして任意調査ができることから、同様の行政調査を行っていたものである。

将来的な課題として、出入国管理行政に関する行政手続において処分要件を基礎づける事実の「証拠」（情報）の収集を、強制調査によることができるか検討するのであれば、外国人自身の権利・自由、また広く国民の自由・権利を制約するものであることを看過してならないであろう。また、「証拠」は行政手続において事実を「認定」する行政にとり重要であるのみならず、被処分者である外国人にとっても重要なものであることから、まずは在留特別許可をしない判断を含む裁決などでは、理由付記を充実させ、事実を知らしめることも検討に値するであろう。さらには、その事実を基礎づける証拠は、個人情報保護法及び情報公開法の利用以外の開示という手段を検討すべきであろう<sup>121)</sup>。

### 3. 平成16年改正（2004年改正）<sup>122)</sup>

#### (1) 不法滞在者対策<sup>123)</sup>等<sup>124)</sup>

一連の不法滞在者等の取締まりの強化に位置づけられるが、罰金等の引上げ、上陸拒

否期間の延長がなされた。

罰金の引上げは、不法上陸（及び不法入国）並びに不法残留罪等（第70条第1項）は、制定当初の昭和27年（1952年）の「10万円以下」から昭和56年（1981年）改正で「30万円以下」とされ、さらにこの平成16年（2004年）改正で「300万円以下」に引き上げられた。また、収容からの逃走罪等（第72条）は、昭和27年制定当初の「3万円以下」から昭和56年改正で「20万円以下」とされ、さらに本改正で「200万円以下」とされた。また、資格外活動（第73条）も「20万円以下」から「200万円以下」とされ、平成元年（1990年）改正で新設された不法就労助長罪（第73条の2）は、「200万円以下」から「300万円以下」に引き上げられた。

昭和56年改正は、物価上昇を考慮したものであり、厳罰化との評価は必ずしも当たらないが、平成16年改正は明らかに厳罰化傾向を意味するものであるといえる。

また、上陸拒否期間を原則10年間に延長し（第5条第1項第9号ロ）、他方で、退去強制になされたことがない場合（かつ出国命令を受けたこともない場合）には上陸拒否期間を5年間とし（同号ハ）、後述の出国命令に従った場合には1年とした（同号ニ）。

他方で、（一定の重大な犯罪等の退去強制事由以外の）退去強制事由に該当しているが、出国する意思をもって自ら入国管理官署に出頭した場合に、上陸拒否期間を1年間とする恩典を与え、自発的な出国を促す<sup>125)</sup>という出国命令制度を新設した（第24条の2、第55条の2以下等の新設）。15日以内の出国期間を与える点（第55条の3第1項）は1969年法案等の出国猶予期間制度に類似するが、出国命令制度は、自発的な退去とこれに対する恩典という仕組みが特徴的である。不法滞在者対策であることは明らかであるが、取締りの強化とは一線を画する立法政策である。

さらに、偽りその他不正の手段により上陸許可を受けるなどした場合には、行政法の一般理論（行政行為の取消し）に従い、上陸許可時点において上陸許可に原始的瑕疵があるものとして、上陸許可を取消しという運用で対応してきたが、行政法の一般理論から行政行為の取消しには遡及効があるとされ、当初より不法上陸となりすべて退去強制事由に該当してしまうことから<sup>126)</sup>、在留資格の取消しの処分要件を規定することで在留資格の取消し制度を創設した（第22条の4の新設）<sup>127)</sup>。

この制度は、実体法上は、処分要件（職権取消し・職権撤回の要件）<sup>128)</sup>を新たに創設するものであり、取締強化といえるが<sup>129)</sup>、他方で、行政手続法上の一般原則である事前告知・聴聞という精神と同様に（行政手続法15条及び13条参照）、相当期間前の意見聴取期日の通知（同条3項）、意見聴取という行政手続（同条2項）において主張と証拠提出ができ（同4項）、さらに不利益処分の理由付記（行政手続法14条参照）と類似して、事

実上、理由を示し（同6項及び施行規則25条の13第1項、別記37号様式16及び同17）、また、行政手続における「証拠開示」にあたる「文書等の閲覧」（行政手続法18条参照）と同様に、文書等（当該事案についてした調査の結果に係る調書その他の当該在留資格の取消しの原因となる事実を証する資料）の閲覧が認められるなど（規則25条の12）、手続の整備を行った点は評価に値する<sup>130)</sup>。

## （2）難民認定制度改革（第一次難民認定法改正）

昭和56年改正により我が国は難民に関する法制を有することとなり、20年を経とうとしており、この間、制度の運用は、認容率の低さからも絶対的な数の少なさからも「難民鎖国」と言われるほどのものであった<sup>131)</sup>。

しかし、第2次出入国管理基本計画Ⅲ.3(3)「難民認定制度の適切な運用」イ「今後の方針」の中においても立法措置に関する記載は見られなかった。

ここでもまた、平成14年（2002年）5月、中国における瀋陽総領事館に北朝鮮の人々が逃げ込むという予期せぬ事態（いわゆる瀋陽総領事館事件）を契機に、難民認定制度の改正の気運が高まり、法務大臣の私的懇談会である政策懇談会は平成14年（2002年）6月に「難民問題に関する専門部会」（横田洋三（中央大学法学部教授、当時）部会長）を設置し、難民認定制度の改革を検討しはじめることとなる。

この第一次改正の専門部会は、平成15年12月16日「難民認定制度に関する検討結果（最終報告）（案）」を政策懇談会に対し提出し、政策懇談会における修正を経て、平成15年（2003年）12月24日に「最終報告」となり、政策懇談会から法務大臣に提出され、平成16年（2004年）国会に提出されるに至った。

これに対し、民主党案が提出され、難民認定委員会という独立の難民認定機関を設置し、難民認定における調査に弁護士が関与することができ、異議申立て期間も60日以内としている点が特徴的であった<sup>132)</sup>。

他方、成立した平成16年改正<sup>133)</sup>は、難民認定を申請しているが、在留資格を有しない場合に、「仮滞在の許可」を与える「仮滞在許可」の制度を創設し（第61条の2の4及び第61条の2の5）、仮滞在許可があれば難民認定手続中は退去強制手続を停止する規定を新設した（第61条の2の6）<sup>134)</sup>。なお、難民認定の申請に係るいわゆる60日ルールは廃止された。

また、在留資格未取得者に対し難民認定がなされた場合には、原則として「定住者」の在留資格を与えることとし、難民認定しない処分をした場合であっても、事情により在留特別許可を与えることとした（第61条の2の2及び第61条の2の3）。



難民不認定とされた者は異議申立てできるが、中立性・公正性を高めるため、難民審査参与員の意見を聴くこととした（第61条の2の10）<sup>135)</sup>。

これらの改正は、60日ルールを廃止したことにより、運用上はともかく法律上、難民認定の申請ができなくなるという事態がなくなることから一定の前進であるといえ、また、仮滞在の許可の制度を創設したことで、難民認定を申請していながら不法滞在として収容されるという事態を一定程度防ぐことができ、難民審査参与員が関与することで従前より中立性・公正性が一定程度高まったものとして評価できる。

しかしながら、難民認定を受けたとしても当然には在留資格（定住者）を得ることができない場合、すなわち我が国に上陸した日から6ヶ月を経過した後に難民認定を申請したこと（期間要件）、または迫害のおそれのあった領域から「直接に」我が国に入ったものではないこと（直接性の要件ないし直接入国要件）という規定を設けたことが適切であったか、とくに直接に入国することは他国で難民認定を受けているなど他により適切な文言がないか、異議申立て期間が7日であることが適切であるか、今後の検討課題である。

また、難民認定手続という行政手続（また行政不服審査である異議申立て）における「事実認定」及び「証明責任」に関し、受益的処分であることから、法律要件分類的に、申請者に負担させるとしてしまうことが果たして妥当であるのか、「行政手続における事実の真偽不明」の場合の取り扱いは検討されてよいであろう<sup>136)</sup>。

最後に、行政組織法上の論点として、難民認定をどのような行政機関が担うべきかにつき、以上のように、法務省ないし法務大臣が担うことが適切であるとする見解<sup>137)</sup>と、法務省から独立した機関が担うべきであるとする見解があった<sup>138)</sup>。

## Ⅷ 第3次出入国管理基本計画の時代

### 1. 概要

第3次出入国管理基本計画の規定する平成17年（2006年）3月から平成22年（2010年）3月までの時期における出入国管理及び難民認定法改正のうち、実質的改正である平成17年改正、平成18年法律第43号による平成18年改正、戦後最大の出入国管理及び難民認定法改正といわれる平成21年（2009年改正）をみていくこととする<sup>139)</sup>。

## 2. 平成 17 年改正 (2005 年改正)<sup>140)</sup>

我が国は、「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約を補足する人（特に女性及び児童）の取引を防止し、抑止し及び処罰するための議定書」（人身取引議定書）及び「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約を補足する陸路、海路及び空路により移民を密入国させることの防止に関する議定書（密入国議定書）を締結したことから、第 162 回国会（常会）において「刑法等の一部を改正する法律」を成立させ、その第 3 条で、人身取引に関する改正、密入国に関する改正その他改正<sup>141)</sup>を行った。

まず人身取引に関し、①人身取引を定義し（第 2 条第 7 号の改正）、上陸の局面では②人身取引等をしたことを上陸拒否事由とした（第 5 条 1 項第 7 号の 2）。他方で③特別上陸許可事由に「人身取引等により他人の支配下に置かれていて本邦に入ったものであるとき」を加え、人身取引等の被害者を保護することとした（第 12 条第 1 項）。また、在留の局面では、④人身取引等を行った者（幫助や教唆も含め）を退去強制事由に加え（第 24 条第 4 号ハ）、他方で、⑤資格外活動によって収入を得ていたとしても、人身取引等により他人の支配下に置かれている被害者を退去強制事由から除き（第 24 条 4 号イにかっこ書き）、また⑥在留特別許可の要件に「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」を加え、明示することとした。

また、密入国に関し、①旅券等の不正交付等の罪を新設し（第 76 条の 6 の 2、未遂につき第 76 条の 6 の 3）、②営利目的で不法入国等の実行を容易する犯罪（第 74 の 6）及び容疑者隠匿罪（第 74 の 8）の罰金を「200 万円」から「300 万円」に引き上げ、③本邦に入る船舶・航空機を運航する運送業者は、外国人の旅券等を確認しなければならないとした（第 56 条の 2 の新設、刑事罰につき第 77 条第 1 号の 2 の新設）。これもまた基本的には刑事制裁の拡大・深化と整理できるであろう。

## 3. 平成 18 年改正 (2006 年改正) (法律第 43 号)

この平成 18 年改正では、①国際テロ対策（政府の平成 16 年 12 月のテロの未然防止に関する行動計画の決定）、②出入国管理の円滑化のため、上陸審査の簡素・迅速化、退去強制の迅速・円滑化、③構造改革特別区域において認められていた在留資格の特例措置を全国において実施することの改正がなされた<sup>142)</sup>。

このように、平成 18 年改正は、3 つの異なる方向性を有するものであった。すなわ

ち、2001年の9.11テロ以降、「テロ対策」という立法目的が盛んに言われるようになり、その一環として立法措置を有し、他方で、外国人労働者の受入れ措置、最後に出入国管理の円滑化という従前の政策の深化という特色を有していた。

まず、テロ対策として上陸審査時に外国人に指紋・写真等の個人識別情報の提供を義務づけた（第6条第3項の新設、違反した場合には第7条第4項）。また同様にテロ対策の一環として、ハイジャック等の犯罪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者と法務大臣が認定したことを退去強制事由とし（第24条第3号の2の新設）、国連安保理決議等により入国を防止すべきとされたことも退去強制事由とした（第24条第3号の3の新設）。さらに船舶等の長に乗員・乗客に係る氏名等の事前報告を義務づけた（第57条第1項、罰則につき第77条第2号）。

次に、事前に個人識別情報を提供し登録を受けた一定の外国人に（第9条第7項）、上陸審査時に外国人が提供する個人識別情報とその登録された個人識別情報と照合し一致すれば、旅券に対する上陸許可の証印（スタンプ）を不要とする「自動化ゲート」の利用を認めた（第9条第4項）。また、本国送還の原則（第53条第1項）に対する例外は、本国送還ができない場合（第53条第2項）であり、外国人が第三国への送還を希望し、第三国が受入れるとしていても、送還できなかった。そこで、自費負担で出国する場合には、退去強制令書の発付を受けていても自ら退去することを許可することできるとし（第52条新第4項）、本人の希望する第三国に行くことができることとした。

最後に、外国人労働者の受入れの観点から、在留資格「特定活動」を拡大した。

#### 4. EPAによる看護師候補生・介護士候補生の受入れの開始

我が国は平成19年8月20日にインドネシアとの間で経済連携協定を締結し、平成20年7月1日に発効し、平成20年度から平成21年度には、看護師候補生277人、介護士候補生193人、合計470人を受け入れた。

また、フィリピンとの経済連携協定は平成18年9月9日に締結され、平成20年12月11日に発効し、平成21年度から始まり、看護師候補生は93人、介護士候補生は217人、合計310人を受け入れた。

これは形式的には相手のためということであるが、実質的には外国人労働者の受入れの一環と位置づけるべきものであり、技能実習制度や日系人の定住者として受入れと同質的なものである。

## 5. 自由権規約委員会による最終見解 24 及び 25 (2008 年)

平成 20 年に、我が国が自由権規約第 40 条に基づき国連に行った報告 (第 5 回) に対し、自由権規約委員会から我が国に対し最終見解がなされ、技能実習制度と難民認定制度に対して言及された。

外国人研修生及び技能実習生に対し法定最低賃金を含む労働法の適用、社会保障の拡充、研修生及び技能実習生を搾取する雇用主に適切な制裁を科すこと、現在の制度の改革を検討すべきであるとしている。

また難民認定に関し、まず難民認定の申請者を拷問や他の虐待の危険のある国へ送還することを明示的に禁止するために法改正を検討し、全ての難民認定の申請者に対し難民認定手続中における弁護士等へのアクセス、国よる支援等を確保すべきであり、完全に独立した不服申立機関を設立すべきであるとした。

## 6. 平成 21 年改正 (2009 年改正) (法律第 79 号)

法務大臣が平成 19 年 2 月に第 5 次政策懇談会に対し諮問し、同日、政策懇談会の下、実質的な検討を行う「在留管理専門部会」(部会長は多賀谷一照 (千葉大学法経学部教授)) が設置され、部会は検討を重ね平成 20 年 1 月に政策懇談会に対し最終報告「新たな在留管理制度に関する提言 (案)」を提出し、政策懇談会がこれを成案とし平成 20 年 3 月に法務大臣に提出し、閣議決定を経て、内閣より第 171 回国会に提出され、審議の上、一定の修正を経て、戦後最大の改正とされた平成 21 年改正が実現する。

この改正は出入国管理及び難民認定法の戦後最大の改正であり、改正点は多岐にわたるのでその概要にとどめて考察していく。

### (1) 新たな在留管理制度の導入

#### ① 外国人登録法の廃止

「中長期在留者」(第 19 条の 3) の概念を新設し、中長期在留者に対し在留カードを交付することとし (新規上陸の場合、第 19 の 6)<sup>143)</sup>、中期在留者は、市町村を經由して、法務大臣に対し、居住地を届け出なければならないとされた (第 19 条の 7 以下)。

この法務大臣に対する居住地の届け出をもって、市町村長に対する住民基本台帳法上の居住地の届け出とし (第 19 条の 7 第 3 項等)、外国人の届出の二重の負担を回避しつつ、

法務大臣及び市町村長の双方が情報を把握できることになる<sup>144)</sup>。

## ② 在留許可の取消し事由の拡大

平成16年改正で採用された在留許可の取消し事由(処分要件)が追加された。一つの類型は、構築された居住地の届け出という制度を機能させるための取消事由であり、居住地の届出をしないこと(第22条の4第1項第8号)、届け出た居住地から退去したにもかかわらず届出しないこと(同第9号)、虚偽の居住地を届け出たこと(同第10号)である。また、他の類型として、偽装結婚等の発生を受け、偽装結婚等で在留特別許可を得たような場合(同第5号)、日本国民の配偶者が離婚し、または偽装結婚であったような場合に「配偶者の身分を有する者としての活動を継続して6月以上行わないで在留していること」(同第7号)を新設した。

## ③ 在留期間の最大5年、再入国許可の有効期間の延長等

在留期間を最長「3年」であったものを「5年」とし(第2条の2第3項)、これに伴い再入国許可の有効期間を「3年」から「5年」とした(第26条)<sup>145)</sup>。また一定の場合には「1年」の「みなし再入国許可」の制度を新設した(第26条の2)。

## (2) 外国人研修生の見直し

制度趣旨から外れ、研修・技能実習生を実質的に低賃金労働者として扱う事案の増加(立法事実)に対し、従前、「研修」とされてきた領域を、技能等を「修得」する「第1号」の「技能実習」(別表1の2の表技術実習の項下欄第1号)とし、雇用契約に基づくものとし、労働法規の適用があることを明確にした。なお、「第1号」技能実習でのみ上陸することができ(第7条第1項第2号。第1の2の表の技能実習の項の下欄第2号に掲げる活動を除くとされている)、技能等を「習熟」する「第2号」技能実習は、「第1号」技能実習でなければ変更できないという仕組みとされた(第20条の2第1項)<sup>146)</sup>。

技能実習制度の悪用に対し、厳正に対処するため、ブローカーも新設の不法就労の教唆幫助の退去強制事由にあたることとし(第24条第3号の4)、また、ブローカー等自身が文書偽造・虚偽文書作成にあたらなくとも文書偽造・虚偽文書作成を教唆幫助した場合や同行使を教唆幫助した場合も退去強制事由にあたるものとして規定を新設した(第24条第3号改正)。

## (3) 在留資格「就学」と「留学」の一本化

在留資格「就学」と「留学」を「留学」に一本化し、留学生等の負担軽減を図った(別表1の4)。

#### (4) その他<sup>147)</sup>

そのほかに、不法就労等の取締まりの強化がなされた。従前、資格外活動の許可なき就労に関し、これを専ら行っていることが明らかであれば、退去強制事由に該当し（第24条第4号イ）、同時に犯罪としても3年以下の懲役等または300万円以下の罰金（平成16年改正で引上げ）とされてきた（第70条第4号）。

これに対して、資格外活動の許可なき就労を専ら行っていることが明らかとはいえない場合は、退去強制事由とされず、刑事罰も1年以下の懲役等または200万円以下の罰金（平成16年改正で引上げ）とされているにすぎなかった（第73条）。

しかしながら、「専ら行っていることが明らか」とはいえなくとも、悪質な事案もあり、そのような悪質なもののみを対象にするため、「専ら行っていることが明らか」でなく、かつ（不起訴に処された場合などでなく）第73条の罪により禁固以上の刑に処せられたことを退去強制事由とした（第24条第4号へ）<sup>148)</sup>。

また、不法就労助長（教唆幫助）を退去強制事由とし（第24条第3号の4）、外国人の雇用主を退去強制しうることとし、不法就労助長罪に、在留カードの確認など注意義務を尽くさない場合には、過失犯でも処罰されることとなった（第73条の2第2項の新設）。

他に、退去強制令書の執行、送還先に関し、ノン・ルフールマン原則（難民認定条約第33条第1項）を明示する条項、拷問禁止条約第3条第1項を確認する条項、さらに強制失踪条約第16条第1項に関する条項を設け、生命等の危険・拷問の危険及び強制失踪の対象とされる危険がある国へ送還することを禁止した（第53条第3条改正）。

#### (5) 特例法改正

従前の外国人登録法に基づく外国人登録証明書に代え、特別永住者に対し特別永住者証明書を交付することとしたが（特例法第7条）、提示義務は残されているものの、国会において携帯義務は削除された<sup>149)</sup>。

また、再入国許可の有効期間は一般法では最大5年間（延長1年）とされたが、特別永住者は「6年」（延長1年）とされた（特例法第23条第1項）。みなし再入国許可の期間は一般法では「1年」であるが、特別永住者は「2年」とした（特例法第23条第2項）。

## IX 第4次出入国管理基本計画の時代

### 1. 概要

平成22年(2010年)3月に策定された第4次出入国管理基本計画の規定する平成22年(2010年)3月から平成27年(2015年)3月までの時期における出入国管理及び難民認定法の改正のうち、実質的な改正である平成26年法律第74号(以下、これを平成26年改正(2014年改正)という)に関して考察することとする<sup>150)</sup>。

近年における外国人に関する政策の傾向は、外国人労働者の受入れであり、不法滞在者取締の強化という一連の流れと異なる傾向であるといえる。

例えば、EPAによる看護師候補生、介護士候補生の受入れは、平成22年度以降平成26年度まで、インドネシアから、看護師候補生204名、介護士候補生461名、合計665名、フィリピンから看護師候補生244名、介護士候補生450名、合計694名、平成26年度以降ベトナムから<sup>151)</sup>看護師候補生21名、介護士候補生117名、合計138名である。また、立法化される以前より、平成24年5月より高度人材の受入れが行われてきたのである。

### 2. 平成26年改正(2014年改正)

第1に、現在「特定活動」の在留資格を付与されている者を対象にした高度専門職(第一号)、さらに「高度専門職(第一号)」が一定期間在留したものを対象に、活動制限を緩和し、在留期間を設けない「高度専門職(第二号)」を新設した。

なお、外国人労働者の受入れという観点から、在留資格「投資・経営」を「経営・管理」に改正し、従前、自然科学の分野に属する技術知識を要する業務に従事する外国人労働者の在留資格「技術」と人文科学の分野に属する技術知識を要する業務に従事する外国人労働者の在留資格「人文知識・国際業務」に分かれていたが、包括的な「技術・人文知識・国際業務」を新設した。

第2に、クルーズ船が我が国の一つ又は複数の港に停泊する場合に、外国人乗客に「船舶観光上陸の許可」を与える制度を新設した(第14条の2)。これは、上陸手続の簡素化の流れに位置づけることができるが、「観光立国」の観点からのものである。

第3は、一定の短期滞在者（第9条第8項第1号ハ）であって、指紋等の個人識別情報を提供して登録された者に対し、「特定登録者カード」を交付し（第9条の2の新設）、上陸許可の証印を不要とした（第9条第4項）。出入国手続の簡素化を趣旨とするものであり、従前の手続の簡素化の延長線上にあるといえる。

その他として、「事実の調査」規定の整備であり、出頭・質問・文書の提示を求める規定に再入国許可（取消し）に関するものも加えられ、退去強制執行に関し公私の団体に対する照会の規定が設けられた（第52条第7項の新設）。もっとも、制裁はなく「任意調査」にとどまるものである<sup>152)</sup>。

## X 終わりに

### 1. 将来の課題

以上、非常に概括的、表層的ではあるが、我が国の出入国管理、在留及び難民認定等に関する法制度につき時代を追って考察してきた。「大日本帝国」と称していた我が国の領域の縮減に伴い、日本国民（帝国臣民）であった人々が「外国人」となった問題は、時代を経て法制度も大きく変化してきた。

また難民認定制度に関し、そもそも難民受入れの法制度を有していなかった時代から、難民受入れ制度を構築し、一度の改正にまで至った。他方で、不法滞在者の取締まりに関し規制範囲は広く、制裁は重くなるという傾向がみられ、単純労働者は法制度上は受け入れない建前をとりつつ、定住者告示により日系ブラジル・ペルー人、また技能実習生（技能研修生）を受け入れ、また、高度人材等の外国人労働者の受入れを拡大する傾向にあるという大きな流れがみえてきた。

そして、最も注目すべきことは、現行法が制定以来約60年以上の時が経つにもかかわらず、退去強制手続（行政手続）と、行政的身柄拘束である収容につき、根本的な改正が一度もなされていないということである。

我が国が戦後直後の状況から現在まで、自由権規約、社会権規約を批准し、また一般法として行政手続法を有するに至るなどあらゆる環境の変化があるにもかかわらず、退去強制手続及び身柄拘束手続は現代化されて来なかった。

これはその必要がなかったからではなく、200万人程度の外国人、また近年でいえば年1万件程度の退去強制事例というものが「国民」として大きな関心事となって来な



かったことがその理由であろう。

しかしながら、冒頭に述べたように「日本国民」は、過去を振り返りながらも、「外国人」に関する法制を、今後も不断に見直し続けなければならない<sup>153)</sup>。

その際には、一つには行政法の一般理論、行政手続法を適用しないとする特段の合理的な理由があるのかという観点、他方で、刑事手続であれ、行政手続であれ身柄拘束を受ける側の制約される人身の自由は同様であることから刑事手続並みの保障が必要なのではないかという観点から、検討すべきである。

まず退去強制令書の発付の手続（退去強制手続）につき、行政手続の一般法である行政手続法が成立したにもかかわらずその適用が除外されていること（行政手続法3条1項10号）、また他の特別な立法手当が十分になされていないことが妥当であるのかは検討に値する<sup>154)</sup>。

また、入国警備官の違反調査、入国審査官の審査において、代理人の立会は認められていない。さらに、そこで作成された調書等について、行政手続法一般の文書等の閲覧（行政手続法18条）と異なり、退去強制手続中に開示されることはない<sup>155)</sup>。

さらに、理由付記（行政手続法14条参照）については、認定書、判定書及び裁決書（規則37条1項、41条1項及び43条1項）は、「事実の認定」、「証拠」及び「適用法条」などを記載しなければならないとされるが（別記52号様式、別記57号様式及び別記61号様式）、いずれも外国人に交付されることを予定していない（法47条3項、48条6項、7項及び8項、並びに49条3項）<sup>156)</sup>。他方で、認定通知書、判定通知書及び裁決通知書（法47条3項、48条8項及び49条6項）が当該外国人に交付されるのであるが、認定通知書には「あなたは出入国管理及び難民認定法第24条1号に該当する」とする記載のみであり（規則37条2項及び別記53号様式）、裁決通知書には「あなたからの異議申出については、東京入国管理局長から理由がないと裁決した旨の通知を受けましたので、通知します。」と記載される程度である（規則43条及び別記61号の2様式）。

理由付記が、「行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を名宛人に知らせて不服の申立てに便宜を与える趣旨に出たものと解される」（平成21年（行ヒ）91号・一級建築士免許取消処分等取消請求事件、最判平成23年6月7日民集第65巻4号2081頁）ことからすると、外国人であっても「人」である以上、あるいは内外人平等の観点からすれば、その趣旨は当然、妥当すべきであると考えられるが、これも60年を経た現在において放置すべきか立法論上の検討課題である。

次に、行政的身柄拘束（収容）は、司法令状が不要であることから（法39条及び51条5項）、国連の自由権規約委員会は、日本政府に対して、第6回勧告で「19. ……また

収容決定に係る独立した審査もない中での長期にわたる行政収容があることを懸念する(第2条, 第7条, 第9条及び第13条)。』と指摘している<sup>157), 158)</sup>。

外国人であれば, あるいは行政手続であることから, (司法) 令状なしで身柄拘束できるとすることが妥当であるについても, 検討の俎上に上げるべきである<sup>159)</sup>。

また, 収容の要件, その裏返しとしての仮放免の要件が, 全件収容主義との関係から問題となり, 政府法務省がかつて一度は決断した全件収容主義の廃止, すなわち逃亡の虞が無い場合や健康上の問題がある場合には収容処分ができないとすることを再度, 評価し検討すべきである。監護の必要性のある子を有する親の場合などを規定するなどさらに検討を尽くすべきであろう<sup>160)</sup>。

仮放免許可の申請には標準処理期間の努力義務もなく(行政手続法6条参照), ほぼ同様の考慮要素で判断している保釈に比して判断に著しく長期間を費やしていないかは調査・検討すべきであろう。

仮放免許可申請に対する不許可処分に理由付記が義務付けられていないため, 申請に対する不許可処分をする際にも理由を記載しなくともよいこととなっている(行政手続法3条1項10号, 同8条)。これが, 理由付記の趣旨から本当に妥当であるかについても議論を尽くすべきである。

さらに, 四度の廃案の際に, 収容施設において当該外国人の刑事弁護人との接見交通権が制限されるのではないかとの議論があったが, 現行法61条の7第6項の委任を受けた省令である被収容者処遇規則において「被収容者の訴訟代理人又は弁護人である弁護士(依頼によりこれらの者になろうとする弁護士を含む。)」には面会が認められる(被収容者処遇規則第33条1項第2号)。しかしながら, これらの以外の者, つまり行政手続段階にある行政手続の代理人(例えば退去強制事由を争う退去強制手続の代理人, 仮放免許可を申請する代理人)は, 面会を許可する際に制限できることとなっている(同規則第34条)。これにより, 行政手続とはいえ外国人は身柄拘束されながらこれを争うための司法アクセスが制限されることとなり, このことが立法論として妥当であるのか検討に十分に値するであろう。

## 2. 国民と外国人の違いとはなにか?

最後に, ここまで非常に大まかにではあるが, 外国人が, 我が国に入り, 存在するという事に関し考察しながらも, 「日本国民」であること, 「外国人」であることということにつき付言しておきたい。

「日本国民」と「外国人」は、同じ「人」である。法律学の上においても、「物」でもなく、「法人」でもなく、等しく「人」である。

単に、「法律」（国籍法）により、日本国籍という法律的な地位を有する者を、「日本国民」、この日本国籍を有しない者を「外国人」としているにすぎない。

この「国籍」の正体を解明することは本稿ではできそうにないが、自らがなぜ「日本国民」であり、なぜ彼が「外国人」であるのかということを考えてみることは有益である。

この点に関し、衆議院における安念参考人の発言が興味深い。

「私を含めて大多数の日本国民が日本国民であるという理由は、何か実体的な価値に基づいてあるのではございません。日本国に貢献したからではないし、日本語がしゃべれるからではないし、日本の法令に忠誠を誓っているからではないし、日本食を好むからでもないし、とにかくそういう実体的な価値とは何の関係もございませんで、単純に、父親、母親のどちらか一方が日本国民であったという、それだけの話でございます。全く形式的な基準に基づいて日本国民であるかないかが決まっております。……（略）……私が日本国民でなければならないのか、あるいは日本国民であることが許されるのかということについて、実体的なことは何もないわけです。ただ、生まれたときにおやじが日本国民だ、それだけの話でございます。」と発言なさっている<sup>161)</sup>。

国籍をなぜ自分をもつこととなったのか、国民及び立法者は複数ある立法政策の取捨選択の際、また、法執行者たる行政官及び裁判官は、法解釈の際にも、法適用（考慮要素の重み付け）の際にも、常に頭の片隅に置いておくべきである<sup>162)</sup>。

以上、法制度を考察してきたところからすると、我が国で生まれ、我が国で育ち、日本語を話し、ときには我が国から出たことがない「外国人」、迫害から逃れてきた外国人、やむにやまれず不法滞在となっている外国人、テロリストや犯罪を犯すために我が国に来ている外国人、人口減少による労働力の不足を埋めるために呼ばれた外国人、外国人法制を考える際に考慮しなければならない事情は多岐にわたる。

そのような中、本稿が、将来の我が国の出入国管理法制を考えるため、私たちの先人、社会が選択してきた法制度の「過去」を探究するきっかけとなれば幸いである。

#### 〈追記〉

本稿は、筆者が本法科大学院生の時に、藤原静雄教授の指導の下、研究特論の当初のテーマとしていたものを、再度、法制史の観点からまとめたものである。

本稿では難民問題に関し非常に簡単に触れるにとどまるが、筆者が院生時代に難民問題に触れ

るきっかけを与えていただいた本間佳子先生、横田洋三先生、その後、国際人権法、難民問題の指導を賜った北村泰三先生、西海真樹先生にも感謝を申し上げる次第である。

最後に、指導教官である藤原静雄先生には、筆者が院生であった当時から行政法のみならず論文の書き方、資料の調査の方法などご指導を賜り、司法修習生、また弁護士となった現在においても、多くのことをご教示いただき、書きあげることができた。心から謝意を表させていただきます。

#### 注

- 1) 外国人とは、日本の国籍を有しない者をいい（出入国管理及び難民認定に関する法律（以下、省略する）第2条第2号）、日本の国籍を有する者は、「日本国民」ということになる。なお、この定義からすると、我が国の国籍を有する多重国籍者は日本国民であって、「外国人」ではない。
- 2) マクリーン事件・昭和50年（行ツ）120号在留期間更新不許可処分取消事件、最大判昭和53年10月4日民集第32巻7号1223頁。
- 3) 安念潤司「『外国人の人権』再考」『芦部信喜先生古稀祝賀 現代立憲主義の展開（上）』176頁以下（有斐閣1993）。宍戸常寿「憲法解釈論の応用と展開」74頁（有斐閣2011）はこのようなマクリーン事件の読み方を出入国システム優位説と呼ぶ。
- 4) 裁判所が判断過程審査において条約の趣旨を考慮するという意味で「条約の間接適用」を行っているものがある。例えば、名古屋高裁平成25年6月27日は、社会権規約12条から重要な考慮要素を導いている。
- 5) ポツダム宣言（1945年7月26日にアメリカ等署名、8月14日に我が国署名）第8条は「カイロ宣言ノ條項ハ履行セラルベク又日本國ノ主權ハ本州、北海道、九州及四國竝ニ吾等ノ決定スル諸小島ニ局限セラルベシ」と規定されており、我が国の主権ないし領域が狭まることが明白であったが、厳密には平和条約第2条によることとなる。
- 6) 後述する降伏文書（1945年9月2日）には、「天皇及日本国政府ノ国家統治ノ権限ハ本降伏条項ヲ実施スル為適当ト認ムル措置ヲ執ル聯合國最高司令官ノ制限ノ下ニ置カルモノトス」との文言があった。
- 7) 降伏文書には、「下名ハ茲ニ「ポツダム」宣言ノ条項ヲ誠実ニ履行スルコト並ニ右宣言ヲ実施スル為聯合國最高司令官又ハ其ノ他特定ノ聯合國代表者ガ要求スルコトアルベキ一切ノ命令ヲ発シ且 一切ノ措置ヲ執ルコトヲ天皇、日本国政府及其ノ後継者ノ為ニ約ス」とあり、これがポツダム勅令の根拠となる。  
外国人の出入国管理などに関しても同様にGHQ/SCAPによって様々な勅告がなされ、日本政府（日本帝国政府）は政令を制定することになる。
- 8) 基本指令8「捕虜、連合国人、中立国人、その他の者」（に）で、貴官は、中国人たる台湾人及び朝鮮人を、軍事上の安全の許す限り解放国民として取り扱う。彼らは、この指令に使用されている「日本人」という語には含まれないが、彼らは、日本臣民であったのであり、必要の場合には、貴官によって敵国人として取り扱われることができる。彼らは、もし希望するならば、貴官の定める規則によって送還されることができる。しかしながら、連合国人の送還に優先権が与えらるとされた。大沼保昭「資料と解説 出入国管理法制の成立過程1」法律時報第50第4号95頁（1978）。
- 9) この引き揚げの際に、大陸等に残ることとなった日本国民及びその子孫が中国残留邦人として後に社会問題となる。
- 10) 朝鮮人、台湾人及び中国人などは、降伏文書調印から平和条約の締結発行に至るまで厳密には外国人であるのか日本国民であるのか、その法的地位は曖昧であったが、事実上、外国人と扱わ

れることとなった。以下では、便宜上、外国人をこの意味でも用いる。

- 11) SCAPIN (連合国最高司令官覚書 (指令), Supreme Command for Allied Power Instruction Note) 第 746 号。大沼保昭「資料と解説 出入国管理法制の成立過程 2」法律時報第 50 第 5 号 78 頁 (1978)。
- 12) SCAPIN 第 852 号。大沼保昭「資料と解説 出入国管理法制の成立過程 3」法律時報第 50 第 6 号 145 頁 (1978)。
- 13) 附則により、公布日から施行している。
- 14) SCAPIN 第 852 号 (前掲注 12), SCAPIN 第 927 号, SCAPIN 第 1015 号及び SCAPIN1391 号 4 つの根拠指令があった。
- 15) 大沼保昭「資料と解説 出入国管理法制の成立過程 7」法律時報第 50 第 10 号 139 頁 (1978)
- 16) 黒木忠正・細川清「外事法・国籍法 (現代行政法学全集)」17 頁 (ぎょうせい 1988)。
- 17) 制定当初の外国人登録令の法文につき、昭和 22 年 5 月 2 日付官報号外第 6087 号 2 頁。
- 18) 大沼保昭「資料と解説 出入国管理法制の成立過程 13」法律時報第 51 第 4 号 90 頁 (1979)。
- 19) 昭和 24 年 12 月 3 日付官報号外第 137 号 2 頁。
- 20) 昭和 22 年 12 月 26 日法律第 239 号 (内務省官制等廃止に伴う法令の整理に関する法律) で内務省が解体され、その第 1 条により、外国人登録令の「内務大臣」が「主任大臣」とされた (附則で昭和 23 年 1 月 1 日施行)。これに先立ち昭和 22 年 12 月 17 日法律第 195 号 (法務庁設置に伴う法令の整理に関する法律) 第 14 条で「主務大臣」を「法務総裁」とする改正が成立していたが、附則第 17 条で公布 (昭和 22 年 12 月 17 日即日公布) 後 60 日を経過した日から施行されたので、昭和 22 年 12 月 26 日法律第 239 号より後の施行となる。
- 21) 登録申請の懈怠や虚偽の申請、登録証明書の不返還、登録証明書の偽造、同行使など。
- 22) 昭和 25 年 7 月 11 日付官報号外第 87 号 2 頁。
- 23) 大沼保昭「資料と解説 出入国管理法制の成立過程 3」法律時報第 51 第 7 号 106 頁 (1979)。
- 24) しかしその未施行の間に、GHQ から出入国管理、在留管理及び退去強制手続を統一的に規定する法を制定するよう指令があり、「出入国管理令」を制定することとなる。
- 25) 昭和 26 年 10 月 4 日付官報第 28 頁以下。
- 26) 「出入国の管理に関する政令」と未施行の「不法入国者等退去強制手続令」は廃止された。
- 27) 出入国管理令は昭和 26 年 11 月 1 日から施行され、外国人登録令は台湾人や韓国人に適用が限定され (外国人登録令第 17 条第 2 項)、出入国管理令はこれらの者には適用されなかった。
- 28) 我が国は昭和 26 年 9 月 8 日にサンフランシスコ市で署名し、昭和 26 年 11 月 18 日批准し、昭和 27 年 4 月 28 日効力発生となる。
- 29) 平和条約第 1 条 (b) は「連合国は、日本国及びその領水に対する日本国民の完全な主権を承認する」と規定された。
- 30) 「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件の廃止に関する法律」(昭和 27 年 4 月 11 日法律第 81 号) 2 項は「勅令第 542 号に基づく命令は、別に法律で廃止又は存続に関する措置がなされない場合においては、この法律施行の日から起算して百八十日間に限り、法律としての効力を有するものとする」とし、原則としてポツダム政令が廃止されることとなった。なおこの法律の施行は同法附則 1 により、平和条約の最初の効力発生の日とされた。
- 31) この法律第 126 号第 1 条に規定する命令 (出入国管理令) は、この法律施行後も法律としての効力を有するとされた (第 4 条)。
- 32) 昭和 27 年 4 月 28 日法律 126 号第 1 条により、出入国管理令第 2 条 2 号が改正され、「外国人」の定義が「外国人 日本国籍を有しない者をいう」とされた。また、出入国管理令第 22 条の 2 を新設し、「日本の国籍を離脱した者又は出生その他の事由に因り第三章に規定する上陸の手続を経ることなく本邦に在留することとなる外国人は、第十九条第一項の規定にかかわらず、それぞれ日本の国籍を離脱した日又は出生その他当該事由が生じた日から六十日を限り、引き続き在留資格を有することなく本邦に在留することができる。」(第 1 項) とし、国籍離脱者・我が国で出

生した外国人など上陸手続を経ないで我が国に在留する外国人は、一定期間（60日間）、在留資格がなくとも在留できるとした。

- 33) 民事局長が地方法務局長に宛てた通達である。
- 34) 昭和20年（1945年）9月3日以降に出生した子に限定されているのは、昭和20年（1945年）9月2日以前から在留する者に含まれているからである。
- 35) 入国管理局「出入国管理行政20年の歩み」法曹時報第22巻4号775頁（1970）。
- 36) 行政組織法に関する改正として、第13回国会（常会）で昭和27年7月31日に成立した「法務府設置法等の一部を改正する法律」（昭和27年法律第268号）がある。これは、法務府から法務省に行政組織を変更するものである。

法務府設置法も法律の題名を「法務省設置法」となった。改正法（第1条）により、第11条の2は「第十一条の二 入国管理局においては、左の事務を掌る。一 出入国の管理に関する事項 二 本邦における外国人の在留に関する事項 三 外国人の登録に関する事項 四 入国者収容所及び入国管理事務所に関する事項」とされた。

また、この時期における上陸拒否事由・退去強制事由（実務の採用する行政処分説からすると処分要件）の追加として、第17回国会（臨時会）で成立した「らい予防法」（昭和28年法律第214号）附則第5によって、出入国管理令第5条第1項第1号（上陸拒否事由）が改正され、また第24条第4号ハ（退去強制事由）が追加された。さらに、第19回国会（常会）で成立した「あへん法昭和29年法律第71号附則16により、当時の第5条第1項第5号及び第6号（上陸拒否事由）にあへん法違反が追加された。

さらに、第22回国会（特別会）で成立した「出入国管理令の一部を改正する法律」では第54条に以下の第3項「入国者収容所長又は主任審査官は、適当と認めるときは、収容令書又は退去強制令書の発付を受けて収容されている者以外の者の差し出した保証書をもって保証金に代えることを許すことができる。保証書には、保証金額及びいつでもその保証金を納付する旨を記載しなければならない。」が加えられた。

また、行政救済法との関係では、第40回国会（常会）で成立した「行政事件訴訟法の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律」（昭和37年法律第140号）第20条によって、出入国管理令第68条が削除された。同年、第41回国会（臨時会）で成立した「行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律」（昭和37年法律第161号）第32条によって、出入国管理令の上陸審査や退去強制手続の「異議の申立て」という文言が「異議の申出」と改められている。

なお、第68回国会（常会）で成立した「沖縄の復帰に伴う関係法令の改廃に関する法律」第28条により出入国管理令第2条第1号（本邦の定義規定）が削除された。

- 37) 八木正男政府委員（入国管理局長）説明・第48回国会衆議院法務委員会会議録14号9頁（昭和40年3月16日）。

また、条約締結後、石井光次郎法務大臣の提案理由説明。第50回国会衆議院衆日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会第2号12頁（昭和40年10月25日）。

- 38) 当時、衆議院法務委員会においても横山利秋委員もこの不均衡に懸念を表明している。第49回衆議院法務委員会会議録第3号8頁（昭和40年8月10日）。
- 39) 昭和27年（1952年）における外国人の入国者数は約3万であったが、この法案の提出前年の昭和43年（1968年）には約42万人となっていた。
- 40) この法案の条文につき、「出入国管理法案（条文）」コリア評論100号67頁以下（1969）。  
また、中川進政府委員（入国管理局長）によると、昭和36年頃（1961年頃）から作業をはじめ、昭和42年（1967年）に法務省内に入管法改正準備委員会が設置された。第61回衆議院法務委員会第25号1頁（昭和44年7月2日）。
- 41) 西郷吉之助法務大臣発言・第61回国会衆議院法務委員会会議録第20号1頁（昭和44年6月10日）。
- 42) この法案の条文につき「資料・出入国管理法案」ジュリスト483号55頁以下（1971）。また、

この法案は実質的な審議に入らなかった。

- 43) この法案の条文につき、昭和46年「出入国管理法案」と同47年の「出入国法案」の対照表、附則（出入国法案（特集））朝鮮研究第114号10頁以下（1972）。
- 審議は、同年6月2日（提案理由説明）、同9日、同16日に衆議院法務委員会で行われている。概要につき、近藤浩純（前羽田入国管理事務所長）「わが国の出入国管理及び外国の出入国管理—出入国法案について」法律のひろば第25巻（4号）38頁以下（1972）。
- 44) この法案の条文につき、「出入国法案（法案全文）—1973年3月16日閣議決定（資料）」朝鮮研究第114号26頁以下（1973）。なお、審議は、同年5月11日の大臣による提案理由説明のみが行われたにとどまる。
- 45) 中川説明・前掲（注40）2頁以下。
- 46) 辰巳信夫（法務省入国管理局参事官）「出入国管理法案の方向と意義」法律のひろば第22巻8号21頁（1969）。69年法案に関するもの。
- 47) 寄港地上陸許可は、同一の出入国港にある間に、当該出入国港の近傍に上陸することを希望するときになされる上陸許可である。
- 48) 中川説明・前掲（注40）2頁以下によると、5日から7日までが予定されていた。
- 49) 通過上陸許可は、異なる出入国港に移動するため本邦を通過する上陸許可である。
- 50) 船舶のみならず航空機まで規定するという趣旨のものに、水難による上陸許可（当時の出入国管理令第18条）が遭難船舶のみを規定していたが、これに航空機が遭難した場合も含めたものがある（法案第19条、71年法案第18条、72年法案第18条及び73年法案第16条第2項）。
- なお、遭難した船舶の長・運送業者も申請者として規定していた。
- 51) 中川説明・前掲（注40）2頁以下によると、「現行令運用の実績にかんがみ、また、諸外国の例に徴し、許可を受けないで資格外活動をした者または順守事項の定め違反した者に対し、直ちに退去強制の手続をとることは必ずしも適当でないので、まず中止命令その他の命令を発してその是正を求め、これに従わないときに至って退去強制の手続を進めることとしました」とし、あくまで一段階クッションを置くものであるとされている。
- また、中止命令違反を退去強制事由として新設したことにつき「第九号は、第二十七条の中止命令等の規定の新設に伴い、中止命令等に違反した者を規定したものであります。現行令第二十四条第四号イに規定するもっぱら資格外活動を行なっている者についても、まず中止命令を発し、これに従わないときに、はじめて退去強制の対象とすることとしました」と説明している。
- 52) 中川説明・前掲（注40）2頁以下。
- 53) 辰巳信夫（法務省入国管理局参事官）「出入国管理法案の方向と意義」法律のひろば第22巻8号21頁（1969）。中川説明・前掲（注40）2頁以下も同旨。
- 54) また数次有効の再入国許可を認めていた。
- 55) 中川説明・前掲（注40）2頁以下。
- 56) 田中伊三次法務大臣の説明・第71回国会衆議院法務委員会会議録第26号（昭和48年5月11日）9頁。
- 57) また、同日の衆議院法務委員会吉岡章政府委員（入国管理局長（当時））も「現行令では、退去強制手続を進めるには、必ず容疑者を収容しなければならないとしているのを改めまして、外国人の人権尊重により一そうの配慮をする趣旨から、容疑者が退去強制事由に明らかに該当し、かつ、逃亡し、または逃亡のおそれがあるときに限って収容することができることといたします」と述べ、外国人の人権尊重の観点から、全件収容主義の廃止を説明している。吉岡章政府委員（入国管理局長（当時））第71回国会衆議院法務委員会会議録第26号（昭和48年5月11日）24頁以下。
- 58) 69年法案・71年法案では、入国審査官の判定が廃止され、地方入国管理官署の長による口頭審理と法務大臣の裁決という二段階とされたが、72年法案・73年法案では三段階（現行制度と同じ）に戻った。

- 59) 辰巳信夫説明委員の説明・第61回国会衆議院法務委員会会議録第23号7頁(昭和44年6月24日)。
- 60) なお、73年法案では、国の特定の地域を指定して送還することも規定された(73年法案45条第4項)。
- 61) 中川説明・前掲(注40)2頁以下。
- 62) 藤島宇内・松山正・和田英夫「出入国管理法批判」法律時報第41巻第4号40頁以下(1969)。辰巳信夫「一年の動き—19 出入国管理問題」ジュリスト年鑑1970年版(ジュリスト第454号)74頁(1970)。これは1969年出入国管理法案に関するものである。
- 1971年出入国管理法案に対するものとして、日弁連「出入国管理法案に対する日弁連意見書」自由と正義第22巻第6号105頁以下(1971)。宮崎繁樹「出入国管理法案の問題点」法律時報第43巻6号76頁以下(1971)。
- 63) 第61回国会衆議院法務委員会会議録第22号4頁(昭和44年6月17日)、中川進政府委員(入国管理局長)の説明では、法126号該当者の子孫には在留期間の延長に際し、遵守事項を付すことはしないと、運用レベルではあるが、答弁している。
- これは、69年法案では、協定永住者(附則第16条及び第17条)、法126号該当者(台湾朝鮮)(附則第14条及び第15条)はその法的地位的に変更はないとされており、法126号該当者(台湾朝鮮)の子に関し問題となった際の答弁である。
- 72年法案では、法126-2-6該当者とその子には、当分の間、中止命令の規定は適用しないとされた(附則第16条)。
- 73年法案では、法126-2-6該当者(主に台湾朝鮮)は、永住者とみなし、政治活動の中止命令を適用除外とされ(附則第16条第1項)、法126-2-6該当者の子として出生した者は、永住者の家族とみなし、政治活動の中止命令等の適用を除外された(附則第16条第4項・第5項)。なお、法126-2-6該当者の孫は、資格外活動の規制から外され(附則第16条第6項・第7項)、法126-2-6該当者(及びその子)の配偶者は、永住者の家族とみなし、資格外活動の規制から外されることとされた(附則第16条第8項)。協定永住者は、政治活動の中止命令等の適用除外とされた(附則第17条)。
- 64) 松山・前掲(注62)44頁。宮崎・前掲(注62)77頁。日弁連・前掲(注62)106頁。
- 65) 第61国会衆議院法務委員会会議録第23号6頁(昭和44年6月24日)、辰巳信夫説明委員の説明によれば、遵守事項の定めは、「行政行為の付款」といわれているものであり、ドイツの外国人法においても、「在留の条件」という言葉で規定されているおり、同様に解しているとする。
- 66) 中川説明・第61回国会衆議院法務委員会会議録第27号5頁(昭和44年7月8日)。
- 67) 西郷大臣発言・前掲(注41)、中川説明・前掲(注40)。
- 68) 71年法案では政治活動禁止条項が中止命令の処分要件とされた。
- 69) 松山発言・前掲(注62)48頁、宮崎・前掲(注62)79頁。
- なお、事実の調査の罰則は71年法案では削除され、任意調査とされた。
- 70) 松山発言・前掲(注62)46頁、日弁連・前掲(注62)108頁、宮崎・前掲(注62)80頁。
- 71) もっとも、在留特別許可の義務付け訴訟を肯定したとしても(現在、下級審実務では裁決時においても裁決時以後の事情を考慮するいずれの類型においても否定的であるが)、退去強制発付行為と完全に分断されていると退去強制の執行停止は困難となる。
- 72) 松山発言・前掲(注62)46頁。
- 73) 1972年法案に関する説明であるが、吉岡政府委員・第68回衆議院法務委員会会議録第31号14頁(昭和47年6月9日)。日弁連・前掲(注62)105頁。
- 74) 日弁連・前掲(注62)105頁。宮崎・前掲(注62)80頁。
- 75) 第61回国会衆議院法務委員会会議録第23号7頁(昭和44年6月24日)、辰巳信夫説明員発言。
- 76) さらに非申請型義務付訴訟の基準時を判決時であるとする、訴訟が提起された場合にも同様の検討事項がある。



現在の裁判所は、非申請型義務付訴訟である在留特別許可の義務付け訴訟には否定的であるが（例えば平成20年5月21日東京高裁判決（平成20年（行コ）31号）は、「本件判決が適法であることが前訴において確定している状態で、法律上、本件判決の撤回を義務付けられるのでなければ、本件判決と矛盾する処分がなし得ない法務大臣に対して、いきなり、在留特別許可をすることの義務付けを求めるものであり、当該行政庁が適法に当該行政処分を行うための前提要件が欠けた状態のままにその義務付けを求めるもの」といい）、他方、その先決的な裁決撤回処分の義務付訴訟を肯定したものがあ（最近のものとして、平成27年1月15日東京地裁（民事51部・小林宏司裁判長）判決（平成25（行ウ）第530号））。

いずれにせよ、外国人の重要な権利利益に関わるものである以上、軽々に濫用との評価は避け、裁判を受ける権利は訴訟判決では足りないことも考慮し、規制することには慎重であるべきである（難民制度においても同様の問題があるであろう）。

- 77) 奥野法務大臣発言・第94回国会衆議院法務委員会第9号第1頁（昭和56年04月28日）。
  - 78) 貧困者を退去強制事由から削除したこと（本文⑤）は、社会権規約第9条との調和を図ったものであるとの評価がある。萩野芳夫「出入国管理令の改正について」ジュリスト第746号23頁（1981）。
  - 79) その他の改正点として、収容されている場合の仮放免の保証金が30万円から300万円に上げられ（54条2条）、この点も一連の出入国管理法案及び出入国法案に既に規定があった。
  - 80) 外国人の我が国への入国者数は、出入国管理法案の提出された昭和44年（1969年）には約51万人、最後に出入国法案が廃案となった昭和48年（1973年）には約74万人であったが、改正の実現した昭和56年（1981年）には約155万人にまで増加していた。
  - 81) また、韓国国民であっても、協定永住者の孫（同協定第1条2の協定永住者の子）は協定永住者の対象外であったため、この附則第7条改正によって永住許可を得ることができるとなった。
  - 82) この古典的論理に関し注意すべき点は、あくまでここでいう裁量とは、国際慣習法という国際法における裁量であり、国家と国家との間の法律関係を規律するものである。つまり、当該外国人の上陸・入国を拒否し、在留する外国人を退去強制したとしても、当該外国人の国籍国に対し、国家責任（国際法上の損害賠償責任）を負わないことが本来の意味である。
  - 83) 猪俣浩三議員説明・第61回衆議院法務委員会会議録第22号8頁（昭和44年6月17日）。
  - 84) 中川進政府委員発言・第61回衆議院法務委員会会議録第22号6頁（昭和44年6月17日）。
  - 85) 色摩力夫（内閣官房インドシナ難民対策連絡調整会議事務局長）「インドシナ難民対策の現状と課題」ジュリスト第781号36頁（1983）。
- 昭和54年（1979年）閣議決定で500人の定住枠、昭和53年に3人、昭和54年に94人、396人を受入れ、昭和55年閣議了解では1000人の定住枠、昭和56年には3000人の定住枠、定住1203人の定住。（法務省平成27年3月30日プレスリリース別表3。以下同様）。
- 86) 国会承認は昭和56年（1981年）6月5日、加入の閣議決定は同年9月11日、加入書の寄託が10月3日。条約の効力発生は昭和57年（1982年）1月1日であった。
  - 87) 現実には、立法義務をあらかじめ履行し、条約を締結することが多い。本件も同様である。
  - 88) 昭和56年法律第86号第1条。
  - 89) いわゆる「60日ルール」が採用された。
  - 90) 「行政手続における立証責任」は申請者にあるとされる。国会審議においても、大鷹弘政府委員（入国管理局長）は、「挙証責任は、その便益を得ようとする人が持つべきでございますので、認定手続の場合にも、申請人に挙証責任があるというふうに考えております」と説明している。第94回国会衆議院法務委員会第17号22頁（昭和56年5月29日）。
  - 91) 難民認定がなされたときには、申請者は「難民認定証明書」を交付され（第61条の2第3項）、申請することで、旅券に相当する「難民旅行証明書」を交付される（第61条の2の6）。なお、難民の認定をしないとき（難民不認定）であっても、理由を付記することとされた（第61条の2

- 第3項)。また、難民の認定を受けている者が難民でなくなったとき等は、その認定を取り消すものとされた（第61条の2の2）
- 92) 大鷹政府委員説明・第94回国会衆議院法務委員会第14号12頁（昭和56年5月15日）。
- 93) 山本達雄（法務大臣官房参事官）説明員・第94回国会衆議院法務委員会第17号27頁（昭和56年5月29日）。「原則的には一項の国籍国、そこに送還することができない場合には二項のものと居住国とかそういうところへ送還するということになるわけですが、第三項におきまして、その一項、二項で定めた送還先に迫害を受けるおそれのある国は含まないと書くことによりまして、迫害を受ける領域に属する国は、この一項、二項の送還国から除かれることとなります。」と説明している。
- 94) 大鷹政府委員説明・前掲（注92）11頁。
- 95) 本間浩「ドイツにおける難民保護と難民庇護手続法」外国の立法第216号70頁（2003）。
- 96) 大鷹政府委員も、法務委員会の審議に際し、「また、難民の認定は、個々の外国人が条約に定められた難民要件に該当する事実を備えているかどうかという事実の確認的性質を有する行為でございます」と答弁しており、羈束行為であることを示唆している。第94回国会衆議院法務委員会第15号4頁（昭和56年5月22日）。
- 97) 羈束行為にも、そもそも事実の認定のみというものと、評価概念を含むが裁判所が判断代替方式で考慮事情を切り出し、重み付けし、総合考慮するというものがある。
- 98) 昭和57年改正は実質的な改正があり、第96回国会（常会）で成立した「外国人登録法の一部を改正する法律」（昭和57年法律第75号）附則8により、法第23条第4項中「十四歳」が「十六歳」に改められた。これにより、旅券の携帯義務を16歳未満の外国人は負わないこととなった。
- 99) 従前存在した在留資格は、第4条第1項第1号に該当する者としての在留資格（4-1-1）は「外交」、第4条第1項第2号に該当する者としての在留資格（4-1-2）は「公用」、第4条第1項第4号に該当する者としての在留資格（4-1-4）は「短期滞在」、第4条第1項第5号に該当する者としての在留資格（4-1-5）は「投資・経営」、第4条第1項第6号に該当する者としての在留資格（4-1-6）は「留学」、第4条第1項第6号の2に該当する者としての在留資格（4-1-6-2）は「研修」、第4条第1項第7号に該当する者としての在留資格（4-1-7）は「教授」、第4条第1項第8号に該当する者としての在留資格（4-1-8）は「芸術」、第4条第1項第9号に該当する者としての在留資格（4-1-9）は「興業」、第4条第1項第10号に該当する者としての在留資格（4-1-10）は「宗教」、第4条第1項第11号に該当する者としての在留資格（4-1-11）は「報道」、第4条第1項第12号に該当する者としての在留資格（4-1-12）は「技術」、第4条第1項第13号に該当する者としての在留資格（4-1-13）は「技能」、第4条第1項第14号に該当する者としての在留資格（4-1-14）「永住者」及び第4条第1項第15号に該当する者としての在留資格（4-1-15）は「家族滞在」、第4条第1項第16号に該当する者としての在留資格（4-1-16）は別表第一又は別表第二の上欄の在留資格で法務省令で定めるものとされた。
- 100) 1969年法案等では、「事前認定」と呼ばれる類似の制度が予定されていた
- 101) その他の改正は、退去命令を受けた者がとどまることができる場所の規定（第13条の2）の新設、定期就航の船舶・航空機の乗員に対する数次上陸許可の制度（16条新2）及び出入国管理基本計画に関する規定（第61条の9）の新設等がある。
- 102) 後藤正夫法務大臣説明・第116回衆議院法務委員会第2号1頁（平成1年11月10日）。
- 103) 最近の研究として明石純一「入国管理政策「1990年体制」の成立と展開」115頁以下が詳細である。本部分もこれを参照した。
- 104) 明石・前掲（注103）117頁。
- 105) 平成4年6月8日付官報（号外78号）7頁以下。法務省告示第319号。
- 106) この時期のもう一つの傾向として、上陸拒否事由及び退去強制事由の整備がある。  
まず、平成2年（1991年）、第118回国会（特別会）において成立した平成2年法律第33号「麻薬取締法等の一部を改正する法律」附則第8条によって、第5条第1項第5号に「向精神薬」を

加え、同第6号及び第24条第4号チの「麻薬取締法」が「麻薬及び向精神薬取締法」に改められ、上陸拒否事由及び退去強制事由が範囲が拡大した。

また、平成3年（1995年）、第121回国会（臨時会）において成立した平成3年法律第94号「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」附則5によって、第24条第4号チ中「覚せい剤取締法」の下に「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律（平成三年法律第九十四号）」を加えられた。

他方で、平成8年（1996年）、第136回国会（常会）において成立した平成8年法律第28号「らい予防法の廃止に関する法律」第1条によって、らい予防法が廃止され、同法附則第9条によって、第5条第1項第1号中「又はらい予防法（昭和二十八年法律第二百十四号）」が削られた。

平成10年（1998年）、第143回国会（臨時会）において成立した平成10年法律第114号「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律」附則第25条によって、第5条第1項第1号（上陸拒否事由）につき「一 感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（平成十年法律第百十四号）に定める一類感染症、二類感染症若しくは指定感染症（同法第七条の規定に基づき、政令で定めるところにより、同法第十九条又は第二十条の規定を準用するものに限る。）の患者（同法第八条の規定により一類感染症、二類感染症又は指定感染症の患者とみなされる者を含む。）又は新感染症の所見がある者」と改められた。

- 107) 平成10年法律第57号による平成10年改正は、第2条第5号の「旅券」の定義規定に、口の「政令で定める地域の権限のある機関の発行したイに掲げる文書に相当する文書」との規定を置き、台湾の「台湾護照」を出入国管理及び難民認定法上の「旅券」に含めることとした。
- 108) 左藤恵法務大臣発言・第120回衆議院法務委員会第9号2頁（平成3年4月9日）。股野景親政府委員（入国管理局長）発言・同4頁。
- 109) 例えば、日本国民であれば内乱罪を起こしたとしても退去強制とはならないのである。
- 110) 平成9年法律第42号。
- 111) 伊集院明夫政府委員（入国管理局長）の発言・第140回国会衆議院法務委員会会議録第5号3頁（平成9年4月18日）。
- 112) 松浦功法務大臣発言・第140回国会衆議院法務委員会会議録第5号2頁（平成9年4月18日）。
- 113) 両罰規定（第76条の2）も新設された。
- 114) 平成11年法律第134号及び法律第135号。佐藤方生（法務省入国管理局付検事）「外国人登録法、出入国管理及び難民認定法の改正について」ジュリスト1165号40頁以下（1999）。
- 115) 陣内孝雄法務大臣の説明・第145回国会参議院法務委員会会議録第5号9頁（平成11年4月15日）。
- 116) 陣内大臣説明・前掲（注115）9頁。
- 117) 他の改正として、実質的改正として上陸拒否事由・退去強制事由に関し、第156回国会（常会）で平成15年6月4日に成立した「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律」（平成15年法律第65号）附則第2条によって、上陸拒否事由を定める第5条1項第9号の2及び退去強制事由を定める第24条第4号の2に「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律（平成十五年法律第六十五号）第十五条若しくは第十六条の罪」が加えられ、上陸拒否事由・退去強制事由に特殊開錠用具所持等の罪が規定された。
- 118) 平成13年法律第136号。  
なお、平成13年には、外国人IT技術者の受入れの上陸許可基準（法務省令）を緩和している。法務省「規制改革と法務」ジュリスト第1250号37頁（2003）。
- 119) 平成13年改正は以上5点にまとめられる。第153回参議院法務委員会会議録第1号2頁以下（平成13年10月11日）、森山眞弓法務大臣発言。
- 120) 森山大臣発言・前掲（注119）2頁以下。  
中尾巧政府参考人（入国管理局長）発言・第153回参議院法務委員会第4号4頁（平成13年

11月1日)。

- 121) また、公権力発動要件を基礎づける事実を認定するために、強制調査の場合には公権力を用いて証拠(情報)を収集するのであるから、一般法等で行政手続における「証拠開示」がなくとも、これを運用で認めるべきであろう。

例えば、現在、在留特別許可に関する訴訟では、理由付記が法律で要求されていないため、外国人自身がなぜ在留特別許可を受けることができなかつたのかが不明であり、訴訟において答弁書ないし準備書面ではじめて知ることとなる。

そして、それを弾劾するため、また有利な事情を基礎づける証拠を取得するためにも、現状では、個人情報保護法上の開示請求を用いるほかない。

- 122) 平成16年法律第65号。

- 123) 出国命令制度も在留資格の取消しも不法滞在者対策に位置づけられる。

増田暢也政府参考人(入国管理局長)発言・第159回参議院法務委員会会議録第9号第1頁(平成16年4月8日)。

- 124) 不法滞在者対策ではないが、この改正では一律上陸拒否とされた精神障害者を、一定の範囲に限定する改正がなされた(第5条第1項第2号の改正)。なお、精神障害者による上陸拒否の統計を取り始めた平成9年以降、改正当時まで適用例はない。増田政府参考人・発言。第159回参議院法務委員会第9号18頁(平成16年4月8日)。

- 125) 増田発言・前掲(注124)5頁。

- 126) 増田発言・前掲(注124)20頁。

- 127) 概ね、偽りその他不正の手段により、上陸許可等を受けた場合(1号)、偽りその他不正の手段により、上陸許可・在留期間の更新、在留資格の変更(更新などで二以上ある場合には直近のもの)を受けた場合(2号)、その他の場合で、偽りその他不正の手段により上陸許可・在留期間の更新・在留資格の変更を受けた場合(意図する他人の行為による場合)(3号)、さらにその他の場合で、不実の記載のある文書の提出又は提示により、上陸許可・在留資格の更新・在留資格の変更を受けた場合(4号)。

- 128) (この改正時点では)同条第5号のみ異なる。同条第5号は在留資格に基づく活動をしないことを取消事由(処分要件)としているので、第1号から第4号までが許可時点の瑕疵を問題としており、第5号のみ取消事由を問題としている点で根本的に異なる。

- 129) もっとも、同条第5号のみ異なる。同条第5号は在留資格に基づく活動をしないことを取消事由(処分要件)としているので、第1号から第4号までが上陸許可時点の瑕疵を問題としており、第5号のみ取消事由を問題としている点で根本的に異なる。

- 130) もっとも、①意見聴取期日の通知を意見聴取期日の相当期間前に行わなければならないとしているが、その相当期間の運用が適正であるか、②理由となる事実は実務上付記されているが、簡潔である点やあくまで恩恵であることから理由付記の程度が足りるか否かという問題に影響を及ぼしかねないのではないかなど問題が指摘できる。

- 131) 難民認定の要件(処分要件)が条約に規定された世界共通の処分要件であり、大数の法則からすると、我が国の認容数・認容率だけが著しく低くなること自体が不自然であるとの評価は避けがたい。

なお、難民認定(定住者5年)と在留特別許可(定住者1年・特定活動など)の場合が同じものであるかにつき考察すると、難民認定されていなくとも1年以上の定住者であれば家族呼び寄せに関し、配偶者(定住者告示5号)、未成年である実子(定住者告示6号)にも在留資格「定住者」を取得する道があるが、他の場合、「特定活動」の場合には、家族の呼び寄せは困難であり、難民には難民旅行証明書(61条の2の12)が交付されるが、人道配慮の場合にはあくまで再難民旅行証明書は交付されず入国許可書(26条2項)で海外に行くこととなるが、入国ができない国もあり、再入国許可書の仕組みを検討すべきである。

また、人道配慮の場合には、RHQ(難民事業支援)の就労支援・日本語教育支援等が難民でな

い以上、受けることができない。

- 132) 江田五月議員説明・第159回国会参議院法務委員会第9号2頁(平成16年4月8日)。
- 133) 保坂直樹「平成16年の出入国管理及び難民認定法の改正について(第3回)」外国人登録557号4頁以下(2005)。同「平成16年の出入国管理及び難民認定法の改正について(第4回)」同558号17頁以下(2005)。
- 134) 反対に、仮滞在不許可の場合も退去強制手続は進行するものの、送還まではできず(61条の2の6第3項)、また仮放免の余地がある。
- 135) 刑事事実認定(刑事罰という峻厳な制裁を科すための手続)と難民認定(受益的処分)の違いがあり、この点は法律学からの研究が待たれるが、任期の長期化や人的環境面での感化など、社会学・心理学からの研究が待たれる。
- 136) UNHCR「難民申請における立証責任と立証基準について」(1988)などを参考に、まさに行政法一般理論を維持すべきか(安定的な理論が構築されているとは言い難いが)個別行政法の領域でどのような主張立証責任の分配が妥当でありそれを採用すべきなのかという問題ともいえる。  
また、裁判所の司法手続においてそのような証明責任(真偽不明)の判断方法を採用することで、当然、行政手続もその方法に従うことになるのであって、司法府から変わることもできる。
- 137) 横田洋三参考人は、法務省入国管理局が有している専門性ないし情報が有効に使えることを指摘している。第159回国会衆議院法務委員会第10号11頁(平成16年4月13日)。
- 138) 渡邊彰悟参考人(弁護士)は、入国管理という治安維持の要請と庇護申請者の保護の要請は時として対立するにもかかわらず、同一の行政機関が担うことにより問題が生じていると指摘する。第159回国会衆議院法務委員会第10号7頁(平成16年4月13日)。
- 139) 上陸拒否事由の追加があり、第169回国会(常会)において成立した「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律及び検疫法の一部を改正する法律」(平成20年法律第30号)附則第6条によって、第5条第1項第1号中「二類感染症」の下に「新型インフルエンザ等感染症」、「第八条」の下に「(同法第七条において準用する場合を含む。)」が加えられた。
- 140) 石川隆昭「第162回国会の概観」ジュリスト1298号44頁(2005)。
- 141) 法務大臣の外国入国管理当局に対する情報提供の規定(新第61条の9)も新設された。
- 142) 杉浦法務大臣説明・第164回国会・衆議院法務委員会議事録第6号14頁(平成18年3月15日)。海保一恵(法務省入国管理局付検事)「特集・第164回国会主要成立法律(3)出入国管理及び難民認定法の一部改正について」ジュリスト1320号122頁(2006)。
- 143) 他に在留カードを交付する場面には、在留資格の変更の際(第20条第4項第1号)、在留期間の更新の際(第21条第4項)、永住許可の際(第22条第3項)、在留資格の取得の際(第22条の2第3項、第22条第3項)、在留特別許可の際(第50条第3項)及び難民認定に伴う定住者資格又は在留特別許可の際(第61条第2の2)等がある。
- 144) 山田利行・中川潤一・木川知広・中本次昭・本針和幸「新しい入管法2009年改正の解説」104頁(2010)。
- 145) 平成11年(1999年)改正で「1年」から「3年」となったものをさらに伸ばした。
- 146) 技能実習は第1号と第2号を、さらに単独企業型(第1号イ及び第2号イ)と、団体監理型(第1号ロ及び第2号ロ)に分けた。具体的に第1号であれば、単独企業型は外国にある会社の職員が我が国にある当該会社の事業所で技能等を修得する場合などである。団体監理型は、漁協や商工会議所など団体に受けいれられて行う知識の修得、当該団体の責任と監理の下に個々の会社と雇用契約に基づいて業務に従事して行う技能等の修得をいう。
- 147) 一定の上陸拒否事由に該当している場合であっても上陸許可しうるとした(上陸拒否の特例)(第5条の2新設)。

入国者収容所等視察委員会が設置され、被収容者の状況の改善のための仕組みである(第61条の7の2以下)。この制度につき、最近の研究として、新津久美子「入国者収容所等視察委員会について その機能と課題—密室における可視化確保の視点からの検討」国際人権22巻114頁以下

(2011)。

- 148) 「専ら行っていることが明らか」な場合は、刑事罰に処されるか否かを問わず、それ自体、退去強制事由に該当するものである。
- 149) 自由権規約委員会は平成 10 年（1998 年）、我が国の第 4 回報告に対し最終見解を出し、この中の 17 で「委員会は、日本の第 3 回報告の検討終了時に、外国人永住者が、登録証明書を常時携帯しないことを犯罪とし、刑事罰を科す外国人登録法は、規約第 26 条に適合しないとの最終見解を示した意見を再度表明する。委員会は、そのような差別的な法律は廃止されるべきであると再度勧告する。」としており、この改正により少なくとも携帯義務は削除された。
- なお、一般法である出入国管理及び難民認定法第 23 条第 1 項の適用を除外した（特例法第 17 条第 4 項）。
- 150) 行政救済法との関係では、行政不服審査法の現代化（全面改正）があり、第 186 回国会（常会）で成立した「行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」第 75 条において、行政不服審査法の現代化により、難民認定手続の「異議申立て」が「審査請求」とされ、難民審査参与員が行政不服審査法の「審理員」とみなされることとなったが、期間制限の 7 日は維持された。
- 151) ヴェトナムとの経済連携協定は、平成 21 年 10 月 1 日に発効し、平成 26 年度から受入れが開始された。
- 152) なお、在留資格「留学」に関し、外国人が我が国の「小学校」と「中学校」で教育を受ける活動を追加した（別表 4 の下欄）。
- 153) 平成 26 年 12 月には、平成 25 年 11 月以降、第 6 次出入国管理政策懇談会の下に設置された「難民認定制度に関する専門部会」が「難民認定制度の見直しの方向性に関する検討結果（報告）」が取りまとめられ、平成 27 年 9 月 15 日「第 5 次出入国管理基本計画」が公表され、第 189 回通常国会では継続審理となったものの「出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律案」及び「外国人の技能実習の適正な実施及び技能実習生の保護に関する法律案」がある。
- 154) とくに整備された在留資格の取消手続との均衡などを考慮するべきである。
- 155) また、個人情報開示請求をしても開示が間に合わない、あるいは一部不開示となる。
- 156) 前掲・最高裁平成 18 年判決は、「規則 43 条は、法 49 条 3 項に規定する裁決は、別記第 61 号様式による裁決書によって行うものとする旨規定する。そして、第 61 号様式は、主文のほか、事実の認定、証拠及び適用法条を記載すること、法務大臣が押印することを要求している。しかしながら、他に、容疑者に対し、裁決書を交付すること又は裁決書の理由に当たる内容を通知することを予定するような規定は規則に置かれていない。」とした。
- 157) また、国連の自由権規約委員会は、第 4 回勧告の中で、日本政府に対して、「19. 委員会は、2010 年に 1 人の死を引き起こした退去強制中の不当な扱いに関する事件の報告に関して懸念を表明する。…（略）…（第 2 条、第 7 条、第 9 条及び第 13 条）。
- 締約国は、以下のことをすべきである。
- (a) 移住者が退去強制中に不当な扱いの対象とならないことを保障するための全ての適切な措置をとること。
- (b) …（略）…
- (c) 収容が、最短の適切な期間であり、行政収容の既存の代替手段が十分に検討された場合にのみ行われることを確保し、また移住者が収容の合法性を決定し得る裁判所に訴訟手続をとれるよう確保するための措置をとること。」と指摘している。
- 158) 憲法的観点からは、収容処分ないし退去強制令書発付行為のうち収容部分につき、令状主義（憲法 33 条）が行政手続又は外国人の収容にはそもそも及んでいないのか、仮に及んでいるとして合理的な制約であるのか、憲法適合性を欠くのか、議論が待たれる。
- 159) 外国人であれば（あるいは行政手続であれば）司法令状なく身柄拘束できるのであるが、外国人事件における行政手続としての物の押収には司法令状が必要であること（31 条）との不均衡を

どう考えるかも問題である。

- 160) 同時に収容令書に基づく収容の期間の短縮も再評価し、検討すべきである。また、退去強制令書に基づく収容も無期限でよいのかという問題がある。
- 161) 安念潤司参考人発言・第154回衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会会議録第2号(平成14年3月14日)。
- 162) 日本で生まれた外国人の子どもは、60日間で不法残留となり(法22条の2)、退去強制手続に乗せられることになる。外国人の子どもは通常の場合は簡易帰化によることもできず(国籍法7条及び8条)、能力要件が要求され成年となるまで不安定な地位を強いられる。他方で両親が判明している場合には補充的出生地主義によって国籍を得ることもない(国籍法2条3号)。さらに、無国籍であるとは限らず、また無国籍と判断するのも行政であり、この点も適正な運用がなされているか問題である。

本人らに帰責性がない場合であることからすれば、在留特別許可の判断があつてしかるべきであるが、必ずしもそのような判断をしていない。

不法滞在となった就学児童につき、文部科学省は就学の機会を奪うことがないように通達(「外国人児童生徒教育の充実について」(平成18年文科省初第368号・文部科学省初等中等教育長通知)、「外国人の子どもの就学機会の確保に当たっての留意点について」(平成24年文科省初第388号・文部科学省初等中等教育長通知))をしているが、他方で、厚生労働省は単に不法滞在者とくくり、生活保護を与えないように通達を出している(「生活に困窮する外国人に対する生活保護の措置について」(昭和29年社発第382号・厚生省社会局長通知、平成2年10月の取扱方針)。

就学时未成年者に関しては、収容と同時に仮放免とする通達があるが、仮放免中には生活保護も受けられなければ、国民健康保険にも加入できない状態のまま(最判平成16年1月15日(平14(受)687号・損害賠償請求事件)参照)従前通り通学することとなる。

最後に、このような日本で生まれ日本から一度も出たこともなく日本語しか話せない子ども(あるいはこれと同視しうる子ども)を、行ったこともない国籍国に送還している運用をどう評価すべきか調査・検討すべきである。