

[駒沢女子大学 研究紀要 第22号 p.15 ~ 33 2015]

## 在留許可における人道的配慮と待避機会 －第5次出入国管理基本計画をめぐる法比較の考察－

福 王 守\*

Introduction of the “evacuation opportunity” as humanitarian considerations to the residency permission in Japan.

Mamoru FUKUOH\*

### Abstract

On September 15 in 2015, the Ministry of Justice (MoJ) posted “the 5th immigration control basic plan” on its website. It has been three years since the last plan was posted. On the background there is a serious problem of refugees caused by the political anxiety in the Middle East like Syria. In the plan it is remarkable to see the new concept like “forms of persecution” and “evacuation opportunity” as the new criteria of judging the status of refugees. These concepts are derived from the point of view based in humanitarian security of human rights, so they are useful for protecting the people who have not formally recognized as refugees. But these criteria are not concrete, so we need to clarify them through the documents and practices of UNHCR and EU about asylum cases. Especially it must be notified that the concept of “temporary protection” is distinguished from that of “complementary protection”. Because the former is intended as a specific provisional protection response to situations of mass influx, providing immediate emergency protection from refoulement, without formally according refugee status.

#### 問題の所在

- I 「第5次出入国管理基本計画」策定の背景
    - 1. 戦後の在留許可制度のあゆみ
    - 2. 近年の動向と制度見直しの議論
  - II 「計画」の骨子と「待避機会」概念導入の検討について
    - 1. 計画骨子および難民認定の概要
    - 2. 人道的配慮としての「待避機会」概念について
- 小 結

#### 問題の所在

2015年9月15日、法務省は「第5次出入国管理基本計画」を公表した。1992年に第1次計画策定が行われて以来、前回の第4次計画策定から5年を迎えて今回の新たな計画策定に至っている<sup>1</sup>。そこには近年の「アラブの春」に代表されるように、2011年における中東諸国の大きな体制変化が国内外の政情不安をもたらし、特にシリアから大量の避難民が発生していること

\*駒沢女子大学人文学部 教授

が少なからず影響している。改善の傾向を示しつつも、現在まで日本は難民問題への対応について国際社会から厳しい評価が与えられてきた<sup>2</sup>。

ここにおいて注目されるのは、かかる紛争を契機として避難しながらも従来の難民の要件に該当しない者に対する保護に向けて、「新しい形態の迫害」および「待避機会」といった新たな概念を導入する方針や検討する意思が示された点である。ただし、これらの者の保護に当たって、現段階では明確な保護の要件が確立していない等の指摘がなされている。したがって、本稿では今回の基本計画の公表に至るまでの経緯を整理しつつ、特に人道的な配慮から一時的な在留許可を認める待避機会概念について、これに先立つ「補完的保護」および「一時的保護」概念との比較から基礎的な検討を試みることにしたい。

## I 「第5次出入国管理基本計画」策定の背景

### 1. 戦後の在留許可制度のあゆみ

在留許可とは、およそ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>3</sup>。今日の在留許可制度は、戦後の出入国管理令制定を契機として形成されてきた。かねてから指摘されてきたように、現在までの外国人在留許可の問題は、戦後日本における外国人の人権保障の法的位置づけを契機とした、出入国管理制度のあゆみ自体にその本質を見出すことができる<sup>4</sup>。

#### (1) 外国人の法的地位の特殊性と入管法の成立

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。外国人の法文上の根拠とな

るのは「出入国管理及び難民認定法（入管法）」第2条2項であり、日本国籍を有しない者をいう。かかる外国人に対して日本国憲法上の人権が保障されるという点については、かねてから議論がなされてきた。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人権規定の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、日本国民と外国人との間に区別がなされている。一般国際法上において、国民は国籍を通じて国家の不可欠な構成要素となることから、統治権の主体として完全な公法上および私法上の権能を有する<sup>5</sup>。これに対して、外国人については滞在国の国籍をもたないため、滞在国の統治に関する国内公法分野において保障されない人権内容が存在してきた。したがって、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あたって、今日までの日本の通説・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>6</sup>。

このように、これまで国際法上の人権の扱いは対外的な国家主権の独立性を尊重し、原則として滞在国の国内管轄事項に属してきた<sup>7</sup>。したがって、日本における在留資格制度も国家の自己保全を前提とした観点に立脚し、外国人が日本に入学および在留する憲法上の権利は認められず、その入学・在留の認否は日本国の自由裁量に委ねられてきたといえよう<sup>8</sup>。

日本における現在の「出入国管理及び難民認定法」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。戦後日本の出入国管理行政は、1950年に外務省の外局として設立された「出入国管理庁」によって一元的に行われていたとされる。翌51年には、旧連合国との

間に対日平和条約が結ばれ、日本は対外的な国家主権を回復した（52年発効）。これによって日本における入国許可の権限も回復ことになり、出入国管理令（昭和26年政令319号）は同時期に制定された。もっとも、同令が施行されたのは同条約発効以前であり、依然として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）。このため、条約発効に伴って同令は改正され、当該適用除外は廃止された。同改正令第2条2項によって、日本における外国人とは「日本の国籍を有しないものという」とされるに至ったのである。そして、条約締結後、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>9</sup>。

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った背景には、1975年以降続いていたベトナム等のインドシナ難民の受入れをめぐる難民偽装問題等があると指摘される<sup>10</sup>。そのため、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」が国会で成立した。同法律、難民条約、および同議定書の発効はいずれも翌82年1月1日である。これによって、出入国管理令は「出入国管理および難民認定法（入管法）」へと改正されるに至った。

こうした経緯からも、日本における外国人の在留許可制度が必ずしも人権保障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分かる<sup>11</sup>。今日、日本における難民は、入管法第2条3の2により「難民の地

位に関する条約第1条の規定又は難民の地位に関する議定書第1条の規定により難民条約の適用を受ける難民」として定義されている。

## （2）1990年代の制度概要と出入国管理基本計画の策定

次に、日本が直面することになったのは、移住労働者および不法就労者問題である<sup>12</sup>。日本が移住労働者問題に初めて積極的に対応したのは、1990年の入管法の大改正を通じてであった。円高を背景とした経済発展が続く中で、80年代後半には日本への入国者および在留者は著しく増加している。好景気の持続を背景としつつも、近隣アジア諸国との強い経済格差は国内における不法就労外国人をも急増させていた。このため、在留資格制度の整備、審査基準の透明性の確保および入国審査手続の簡易化と迅速化を図る一方で、不法就労者問題に対処する目的で入管法改正がなされたのである<sup>13</sup>。同改正を通じて、中長期に及ぶ外国人の入国および在留管理の指針となる、「出入国管理計画」が策定されることとなった。同時に、日系人に限っては在留資格による就労制限がなくなっている。これらが、日本の製造業に外国人労働者が根付く契機となったと指摘されている<sup>14</sup>。

さらに、93年には外国人を対象とした「研修・技能実習制度」が発足した。入国管理局によれば、同制度は「開発途上にある国々に対して技術・技能を移転することを目的として、我が国に研修生を招いて技術移転による人材育成を行い、それらの国々の発展を支援するという、長く広くその効果が浸透していく国際協力・国際貢献」であると定義された<sup>15</sup>。これは、「研修活動により一定水準以上の技術などを取得した外国人について、研修修了後、研修を受けた企業等と雇用契約を結び、研修で習得した技術等により磨きをかけられるようにする制度」で

あった<sup>16</sup>。しかし、同制度を通じた入国者は増加の一途をたどりつつも多くは労働の熟練までに至らず、実質的な単純労働の実態にあったとも指摘される。すでに90年代初頭における日本の不法就労者は20万人を超えるまでに至り、深刻な人権侵害問題として国際社会の非難の対象となった。

他方、これ以外の形態の滞在者に対しては、人道的な人権保障という観点からの国内法上の対応が極めて遅れていた<sup>17</sup>。特に指摘されたのが、難民への対応の問題であった。多くの場合、難民申請者は正式な地位の認定までは事実上の不法滞在状態に置かれていた。このため、両者の曖昧な地位（グレーゾーン）に置かれた者に対しては、不法滞在者としての排除的な扱いが前提とされてきたのである。2000年代に入り、法務大臣による不法滞在者や難民に対する退去強制令書発付処分をめぐり、司法分野では人道的な観点に配慮した下級審判決に注目を集めはじめた<sup>18</sup>。しかし、上告審における最高裁判所の姿勢は、従来どおり入管制度の維持に重点が置かれたままであった<sup>19</sup>。

## 2. 近年の動向と制度見直しの議論

### (1) 在留許可をめぐる2000年代の制度概要

#### a. 2004年改正による難民と不法滞在者の峻別化

状況が進展しない中、難民と不法滞在者への対応が改めて入管制度全体の問題として捉えられる契機が訪れた<sup>20</sup>。それが、2002年5月に中国瀋陽で発生した「日本総領事館における亡命者連行事件」である。日本総領事館内における北朝鮮からの亡命者を中国の武装警察が連行した事件は、国際法上における「在外公使館の不可侵原則」の侵害をめぐって国際問題化した<sup>21</sup>。同事件は最終的に政治的な決着を得ることができたものの、当時難民申請者に対する認定率が

1%にも満たなかった日本の実情も国際社会に露呈されることとなった。

そのため、02年には不法滞在者問題および難民認定問題に 대응するために、「難民問題に関する専門部会」が法務大臣の私的諮問機関として新たに設置された。03年12月に同専門部会は出入国管理政策懇談会を通じて最終報告書が法務大臣に提出されている。同報告書は、①いわゆる「60日ルール」について、②難民認定申請中の者の法的地位について、および③不服申立ての仕組みについて、の3点を主な内容とした<sup>22</sup>。とりわけ、「不服申立ての仕組みについて」への提言は、「主要国における不服申立制度」として、イギリス、フランス、ドイツにおける難民認定行政の特徴に関する分析に基づいており、後の「難民審査参与員」制度の設立に強い影響を与えることとなった<sup>23</sup>。

以上の経緯から、04年に入管法は大きく改正された（平成16年6月2日法律第73号）。法務省入国管理局によれば、同法改正の主たる目的は、「不法滞在者」と「難民」を峻別してそれぞれに対して適切に対処することであった<sup>24</sup>。その趣旨説明からは、難民対策を通じた外国人の受入れに対する人道的な配慮姿勢を国内外に示そうとした意図が強く窺える。ただし、その一方で不法滞在者に対する対応もより強化された内容となった。入国管理局によれば、「厳格な出入国審査を実施し、不法滞在者の摘発を抜本的に強化するほか、不法滞在者自らが本邦での不法滞在状態を終了し帰国することを促す施策を実施するとともに、不正な手段により上陸許可を受けて合法滞在を装う実質的な不法滞在者を排除する必要がある<sup>25</sup>」。そして、新たな不法滞在者対策の一環として、正規の滞在期間を超えて残留する「不法残留者（オーバーステイ）」も含めた、不法就労者全体への対応も強化されることとなった。不法残留者に対する「出

国命令制度」および「在留資格取消制度」の新設が一例として挙げられる。

また、2001年の同時多発テロ事件を契機として、一連の有事法制の制定および強化がなされたため、在留許可自体は厳格化の傾向が示されていく。04年12月には政府による「テロの未然防止に関する行動計画」が示された結果、05年の2度の改正を経て間もなく、06年5月に改正入管法が成立している（平成18年5月24日法律第43号）<sup>26</sup>。この改正に伴い、永住者も含め、日本に入国する16歳以上の外国人から、強制的に指紋や顔写真等の生体情報を採ることが可能となった<sup>27</sup>。また、法務大臣が「テロ行為の実行を容易にするおそれがあるとみなした場合」、当該外国人を強制退去できるとする規定も新設されるに至った<sup>28</sup>。

#### b. 人道的対応と外国人労働力確保に向けた新たな指針

その後、かつての基幹産業や医療福祉分野での労働力不足を背景として、不法滞在者に対しても、国際社会からの人道的な対応の要請に配慮した形での対応がなされはじめる。政府は06年に「在留特別許可に係るガイドライン（平成18年10月）」を策定した<sup>29</sup>。一般的に、不法滞在者に対する在留特別許可は、入管法第50条に基づいて「法務大臣裁決の特例」として行われる<sup>30</sup>。同ガイドラインは入管法第50条1項各号の要件を補うべく、在留の態様に応じて法務大臣が在留特別許可の可否を判断するために導入されたものである<sup>31</sup>。その「在留特別許可に係る基本的な考え方」によれば、「在留特別許可の許否に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、生活状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して判断することとしている<sup>32</sup>」。ここには、主に長期に及ぶ不法滞

在者問題を念頭に置いていることが窺える。また、「在留特別許可の許否判断に係る考慮事項」として、「当該許可に係る『基準』はない」。その上で、考慮する事項として、「積極的要素」および「消極的要素」が明文化されており、これらは実質的な判断基準として、個々の在留特別許可をめぐる審査が行われることとなった<sup>33</sup>。

さらに、少子高齢社会の進展に伴い、外国人単純労働者の受入れをめぐる議論が活発化していくこととなった<sup>34</sup>。08年3月に閣議決定された「規制改革推進3カ年計画」によれば、今後は労働基準法や最低賃金法を実習生のみならず、本来就労の禁じられている研修生にも適用していきたいとされた<sup>35</sup>。同年08年3月にはまた、法務大臣の私的懇談会である「出入国政策懇談会」を通じて、在留資格の情報について法務省が一元的に管理すべきとする提言がなされている。これを受けて法務省は新たな入管法改正案の作成に着手し、09年の通常国会において同改正案は可決された（平成21年7月15日法律第79号）<sup>36</sup>。主な改正の要点としては、日本滞在が3ヵ月を超える外国人について、従来の「外国人登録証」を廃止して、新たに「在留カード」を交付することが挙げられている。これにより、日本の在留制度は大きな転機を迎えるに至った。また、研修・技能実習制度も改正された。「技能実習」という在留資格が新設されることとなり、1年目から最低賃金法や労働基準法が適用される見通しとなった<sup>37</sup>。同改正には、従来とは異なった形でより弾力的な出入国管理を実現したいとする意図が窺える。

なお、こうした流れを受けて、同年7月10日には「在留特別許可ガイドライン」の見直しが法務大臣から表明されている<sup>38</sup>。従来のガイドラインでは、在留特別許可の可否を判断する際の基準が個々の実態に適合しづらく、その曖昧さが指摘されていた。ゆえに、この見直しは、

可否判断上の「積極的要素」と「消極的要素」をより具体化し、基準の明確化を図ることを目的としたのである。

## (2) 「専門部会」による難民認定制度見直しの提言

a. 2014年改正と難民認定制度見直しの議論さて、第4次出入国管理基本計画は、上記経緯の中で2010年に策定された<sup>39</sup>。同計画の概要において、今後の出入国管理行政の基本方針が示されている。特に強調されているのが、わが国に活力をもたらす外国人の円滑な受け入れである。同概要によれば、「本格的な人口減少時代が到来する中、我が国の社会が活力を維持しつつ、持続的に発展するとともに、アジア地域の活力を取り込んでいくという観点から、積極的な外国人の受け入れ施策を推進していく」。また、「我が国における在留外国人の増加、活動内容の多様化に対応し、在留外国人の居住・在留状況等を的確に把握するために導入される新たな在留管理制度を適切に運用し、…外国人の利便性の向上に努めていく」とする<sup>40</sup>。

こうした第4次出入国管理計画策定を契機として、外国人の労働力確保という視点からの在留許可基準の緩和措置が打ち出されている。入国管理局によれば、我が国が積極的に受け入れるべき高度人材外国人とは「国内の資本・労働とは補完関係にあり、代替することが出来ない良質な人材」であり、「我が国の産業にイノベーションをもたらすとともに、日本人との切磋琢磨を通じて専門的・技術的な労働市場の発展を促し、我が国労働市場の効率性を高めることが期待される人材」とされている（平成21年5月29日高度人材受入推進会議報告書）。この考えの下で、高度人材外国人の受入れを促進するため、高度人材外国人に対しポイント制を活用した出入国管理上の優遇措置を講ずる「高度人材

ポイント制制度」が2012年5月に導入された。その活動内容は「高度学術研究活動」、「高度専門・技術活動」、「高度経営・管理活動」の3つに分類され、それぞれの特性に応じて、「学歴」・「職歴」・「年収」等の項目ごとにポイントを設けている。そして、ポイントの合計が一定点数（70点）に達した場合に、出入国管理上の優遇措置を与えることとした<sup>41</sup>。

およそ以上のあゆみの中で、2014年に入管法は最新の改正がなされている<sup>42</sup>。入国管理局によれば、同改正の趣旨は「経済のグローバル化の中で、我が国の経済の発展に寄与する外国人の受入れを促進するため、高度の専門的な能力を有する外国人に係る在留資格を設ける等の在留資格の整備を行うほか、上陸審査の手続の一層の円滑化のための措置等を講ずるもの」とされる。また、改正の要点としては、在留資格の整備および上陸審査の円滑化に向けた手続の新設が挙げられている<sup>43</sup>。改正の骨子からは高度な専門知識や技術を持つ外国人の定住を促すことに重点が置かれているが分かる<sup>44</sup>。

しかし、その一方で難民の認定状況については、近年に至っても十分な改善がなされていないとの指摘がなされている<sup>45</sup>。さらに、従来の難民の定義に当てはまらないものの、人道的な人権保障の観点から庇護すべき避難民保護の国際的要請も高まってきた。例えば、2011年の中東地域では「アラブの春」と呼ばれたように、長年続いてきた複数の独裁国家体制が民衆運動の下で崩壊することとなった。これに伴う形で、同年11月以降シリアで生じた内戦は大量の避難民を生じさせて今日に至っている。避難民の多くはヨーロッパへの庇護を求めたが、それ以外の地域にも及んでおり、国際社会の一員として日本も新たな避難民対応を迫られている。こうした事態を踏まえて、2013年には法務大臣の私的懇談会である「第6次出入国管理政策懇談会」

を設置し、その下に「難民認定制度関連専門部会（以下「専門部会」）」を設けて以下の問題点を諮問した<sup>46</sup>。それらは、①難民認定申請が急増する中における適正かつ迅速な案件処理の方策、②人道上の観点から在留を認める処分のあり方、③難民認定申請者に対する支援のあり方である。同専門部会は最終的に2014年12月に「難民認定制度の見直しの方向性に関する検討結果（報告）」を法務大臣に提出している。

b. 「専門部会」による制度見直しの提言

同報告は国際社会における新たな避難民の実態に照らして、幾つかの重要な提言がなされている。ここでは特に、人道的な人権保障の観点から庇護すべき新たな難民保護形態に関する提言に注目したい。同報告書中、「第4提言I：保護対象の明確化による的確な庇護」において、提言に向けた【現状と背景】を以下のように述べている。難民条約成立後の今日的な国際情勢の変化に応じた「国際的な人権・人道的概念の発展に伴い、難民条約上の要件を満たす者は難民として保護するが、難民条約上の難民に該当しないものであっても、国際的な保護対象として、補完的に保護を行うべきとの要請がある」。この点につき、アフリカや中南米の中には既に地域条約や宣言を通じてこれらを難民として保護する合意がなされているところもあるとする。一方、我が国では入管法を通じて「難民条約第33条1項、拷問禁止条約第3条1項及び強制失踪条約第16条1項に該当するものについては、迫害のおそれがある国への送還を禁止する旨規定しているが、在留許可を与えることについては規定していない」。また、難民認定判断に際して法務大臣は、「申請者の事情を個別に審査した上で、庇護事情の有無の判断を行い、人道的配慮による在留許可または在留許可の付与によって対応しているところ」ではあるが、最近の当該考慮事案はシリア地域等からの紛争被災

民の事案となっている。こうした点で、難民の「範囲の外にありながら保護の必要性の高い者と、具体的にどのような範囲において庇護するかが制度上明確にされていない点に問題があり、諸外国の例等も踏まえながら、これを明確にするべきとの指摘がある」。

これらを踏まえ、同報告書は4点の取組みの必要性を指摘して、真に国際的な保護を要する対象者を明確化し、その的確な庇護を推進することを提言している。【提言】①によれば、例えばジェンダーに起因するような「いわゆる『新しい形態の迫害』の申立てについては、「条約法に関するウィーン条約」の「条約の解釈」に関する関連条文に基づき、難民条約の文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、的確な条約解釈により保護を図っていくべきである。また、提言②によれば、日本は国際社会の一員として近年の国際社会の動向を踏まえ、「まずは難民該当性の判断を行い、その結果難民条約上の難民に該当しないと考えられた場合であっても、我が国として国際的に保護の必要性がある者に対しては、国際人権法の規範に照らしつつ、我が国の入管法体系の中で待避機会としての在留許可を付与するための新たな枠組みを設けることにより、保護対象を明確化すべきである」。その際の要件として、提言③では、一例として欧州連合（EU）の国際的保護に関するEU資格指令で採用されている、「補完的保護（補充的保護・Subsidiary Protection）」における「重大な危害」に関する規定を参考とするように求めている。なお、提言④は、提言②の枠組み導入に当たって留意すべき点が指摘されている。

また、同提言に続けて【議論の状況その他参考事項】が示されている。提言①に関しては、一例として「アフリカの一部地域で伝統的に行われている女性器切除（Female Genital

Mutilation (FGM) )などは『特定の社会集団』の解釈に従い、難民条約上の迫害として庇護対象とされることについて検討されるべきである」とする。提言②に関しては、「武力紛争被災民保護のための判断要素としては、本国における紛争の発生状況、危害の現実的な危険性、本国への帰還困難性、統治機構による保護可能性、国内避難可能性などが考えられる」。提言③に関しては、「一般的に『補完的保護』とは難民条約の解釈によっては難民と認定されないものの、各種の理由から本国への帰還が可能でないか望ましくない者に対し、国際的な人権・人道上の規範によって国際的保護の機会を付与する考えで方である」。また、「重大な危害」の例として欧州の場合に触れ、「『第三国民又は無国籍者の国際的保護の受益者としての資格、難民又は補完的保護を受ける資格のある者の統一した地位、及び付与される保護内容についての基準に関する2011年12月13日付けの欧州議会・欧州理事会指令』（EU 資格指令）において、『重大な危害』として、『出身国における申請者への拷問若しくは非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い、または刑罰』、『国際又は国内武力紛争の状況における無差別暴力による文民の生命又は身体に対する重大かつ個別の脅威』などと規定している（第15条）」とする<sup>47</sup>。その上で国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）の見解に触れ、「UNHCR は補完的保護の対象者を、『必ずしも1951年条約上の難民でない可能性があるものの国際的保護を必要とするもので、そこには、自国の外にいる者であって、武力紛争又は重大な治安暴乱の結果として、出身国における生命、自由又は身体の安全を深刻に脅かされているものも含む』としている（『補完的形態の保護：その性質と国際難民保護体制との関係』EC/50/SC/CRP. 18, 2000年6月）」。また、提言④に関しては、「EU 資格指令第17条にお

いても、平和に対する罪、人道に対する罪、戦争犯罪、重大な犯罪を行った者等、難民条約上の除外事項と同様の規定に加え、国外で犯した一定の犯罪による制裁から逃れるためだけに申請を行う者や、犯罪の帮助者・扇動者等、当該加盟国の社会又は安全にとって危険である者等は、難民条約における除外事項を含む形で補完的保護の対象から除外されており、このことも参考にされるべきである」とする<sup>48</sup>。

## II 「計画」の骨子と「待避機会」概念導入の検討について

### 1. 計画骨子および難民認定の概要

#### (1) 第5次出入国基本計画の骨子

以上の経緯から、2015年6月に法務省は「第5次出入国管理基本計画（案）」を公示して同内容に関する意見を求めた<sup>49</sup>。そして、9月には正式な「第5次出入国管理基本計画」が発表された。基本方針としては、①我が国経済社会にもたらす外国人の円滑な受け入れ、②少子公営化の進展を踏まえた外国人の受け入れについての国民的議論の活発化、③新たな技能実習制度の構築に向けた取組、④在留管理制度の的確な運用等による外国人との共生社会実現への寄与、⑤観光立国実現に向けた取組、⑥安全・安心な社会の実現に向けた水際対策及び不法滞在者対策等の推進、⑦難民の適正かつ迅速な庇護の推進および⑧その他、が掲げられている。同計画概要の基本方針には、第4次の場合と比べてより詳細な具体的施策（方針）が示されている。

特に外国人の受け入れに関しては、「我が国経済社会に活力をもたらす外国人を積極的に受け入れていく」と方針が述べられており、具体的施策としては現行方針を維持し、「専門的、技術的分野と評価できるものについて、在留資格や上陸許可基準の見直しを行い、受け入れを

推進」する旨が挙げられている<sup>50</sup>。これに関連して、「少子高齢化の進展を踏まえた外国人の受け入れについて、幅広い観点から政府全体で検討していく」との方針が述べられている。一方で、「安全・安心な社会の実現のため、厳格かつ適切な入国審査と不法滞在者等への対策を強化していく」との方針も掲げられた。具体的には第4次の施策を踏襲しつつ、「テロリスト等の入国を確実に阻止するための水際対策」等がより明確に示されている<sup>51</sup>。

## (2) 難民認定に関する新たな方針

ここにおいて、「7 難民の適正かつ迅速な庇護の推進」に関しては、「国際社会の一員として、難民の適正かつ迅速な庇護の推進を図っていく」として第4次と計画と同じ表記がなされているものの、内容的には一定の人道の配慮が反映されているといえる。具体的施策としては「真に庇護すべき者を迅速かつ確実に庇護するための取組」および「第三国定住による難民の円滑な受け入れ」の推進が挙げられている。特に前者については、具体的な8点の施策が挙げられている。それらは、①「『新しい形態の迫害』に係る保護を図るための仕組み」の構築、②「国際的動向・国際人権法規を踏まえた『退避機会』としての在留を許可する対象の明確化」の検討、③「認定判断の明確化及び制度の透明性の向上」、④「審査体制・基盤の強化及び出身国情報の収集・分析体制の充実」、⑤「UNHCR等との連携による研修の充実・強化」による専門的人材の育成、⑥「難民条約上の難民に明らかに該当しない内容の申請」についての、申請者への十分な主張機会の確保及び迅速な処理、⑦「難民申請中の就労許可について」一定条件を設ける仕組みの検討、⑧「濫用的再申請への対応について」の、法制度・運用面からの検討の継続、である。ここでは、本稿の趣旨に照らし

て①および②に注目したい。

同計画本文の「(1) 課題等」によれば、近年の日本の状況に照らすと、「難民認定数は、申請数や欧州等の諸外国の認定数に比べて少なく、その原因は、我が国と難民の出身国との歴史的関わりや、言語等文化の相違、地理的条件等にあるとの指摘がある一方、わが国の難民認定判断が厳しすぎることにあるとの指摘もある。また、難民条約の成立から今日まで60年以上が経過し、現在の国際情勢や、国際的な人権・人道概念の発展に伴い、難民条約上の難民には該当しないが、我が国として保護の対象とすべき者を明確にすべきではないかとの要請もある」。他方、難民制度の不適切な利用に関する、次の問題点も指摘されている。「近年、難民認定申請数が当初予定されていなかった規模で急激に増加していることに加え、最近では、諸外国でも見られるような、就労や定住、あるいは退去強制による送還回避等を目的として、難民条約上の迫害理由に明らかに該当しない事情を申し立てる事案や、前回申請と同様の事情を申し立てる再申請（複数回申請）事案が顕著となっている<sup>52</sup>」。したがって、これらの状況に対処すべく「保護対象となる者の範囲や難民認定に至るまでの手続の明確化を図ることを通じて、当該制度の公平性・透明性を確保しつつ、適正かつ迅速に難民の庇護を行っていくための取組みが必要である」と結論する。

さらに、「(2) 今後の方針」では「ア 適正かつ迅速な難民認定のための取組」として次の言及部分が注目される。第1は、「新しい形態の迫害」についてである。同計画によれば「いわゆる『新しい形態の迫害』の申立てについて、入管法第2条第3号の2に規定する『難民』、すなわち難民条約の適用を受ける難民の該当性を的確に解釈することにより保護を図っていくべく、そのための仕組みを構築する」。第2は、「待

避機会」概念導入の検討である。すなわち「現行運用上、難民条約上の難民には該当しないものの、人道上の配慮が必要と認められるものについては、個別に審査の上、特別に在留を許可しているところ、国際社会の動向を踏まえ、国際人権法上の規範に照らしつつ、当面我が国での待避機会として在留許可を付与すべき対象を明らかにすることについて、庇護希望者を装うテロリスト・犯罪者等の入国・在留の防止等、我が国の安全・治安面等への悪影響が生じないように留意しつつ、検討していく」とする。また、難民認定にあたっては、認定判断を明確化するための仕組みの構築や認定制度の透明性の向上を図ることが述べられている<sup>53</sup>。ただし、制度の濫用または誤解に基づいた申請については別途方策の検討を進めながら抑制していく旨も述べられている<sup>54</sup>。

## 2. 人道的配慮としての「待避機会」概念について

### (1) 補完的保護概念に対する UNHCR の見解

このように第5次出入国管理基本計画には、人道的な人権保障という観点から人道的配慮としての「待避機会」概念導入の検討を行う旨が述べられるに至った。したがって、以下では上述した「専門部会」での提言を参考にして、EU および UNHCR を通じた「補完的保護」の概念規定と実践について整理しつつ、若干の検討を試みることにする。

一般に「補完的保護 (Complementary Protection)」または「補完的形態の保護 (Complementary Forms of Protection)」とは、難民の要件は充足しないが、出身国において重大な人権侵害を受ける危険性を有する者に与えられる。迫害の水準にまでは達しないものの非人道的取扱いを受けるおそれのある者、重大な危害を受けるにもかかわらず難民条約の定める

迫害理由を欠く者、または一般的な暴力状況を逃れ出てきた者らが保護対象となる<sup>55</sup>。また、EUにおける「補完的保護 (補充的保護・Subsidiary Protection)」とは、第三国の国民又は国籍を有しない者で難民資格を有しないがもしも本国に送還された場合、又は無国籍者についてはもしも以前居住していた国に送還された場合、EU資格指令 (the Qualification Directive, 2004/83/EC) 第15条に規定されたような深刻な危害を被る切迫した危険に直面するであろうと信じられる実質的な根拠が見出されており、また、同指令第17条1項及び2項に該当しないか、又はそうした危険によって当該国によって保護を受けることを望まない者に対して付与されるものである<sup>56</sup>。

さらに、補完的保護の根拠は国際法自体にあり、具体的には送還禁止たる「ノン・ルフールマン (Non-Refoulement)」の適用範囲の拡大という観点が反映されていると指摘される。ここにおける「補完」とは、単なる人道的見地に基づく領域主権行使の結果としての自国内保護にとどまらず、これを法的根拠の側面から国際義務の履行として捉えようとしている点で意義をもつ概念である<sup>57</sup>。

UNHCRは、2000年の「行動計画執行委員会 (Executive Committee of the High Commissioner's Programme)」第18回会合において「補完的保護の形態 (Complementary Forms of Protection)」についてその性格と国際難民保護体制との関係から言及している<sup>58</sup>。同報告文書によれば、「難民と正式に認定されないものの、様々な理由から帰還が可能でない・望ましくない者の在留を正規化するため、行政・法制度を整備している庇護国が多数存在する」。しかし、これらの者に対する各国間の調整がなされておらず、それぞれが別々に対応してきたために付与されるべき地位の乱設を招

いており、これらの処遇水準の違いが受益者に影響していると指摘する（第1パラグラフ）<sup>59</sup>。この問題に対処すべく、UNHCRは在留許可の延長をすでに与えられている受益者を類型化して分析を試みている。これによれば、各国が在留許可を与える場合の理由として「a）一重に同情すべき事情や、実際的な考慮事情に基づく場合」、および「b）国際的保護の必要性に関係しており、したがって補完的形態の保護に相当するとみなされる場合」に分けられている。a）に関しては、例えば年齢、健康状態、家族的なつながりといった「同情すべき理由（compassionate reasons）」等が挙げられるが、これらは国際的保護の必要性が存在し、ノン・ルフールマンの基本原則を尊重する義務が発生するような、UNHCRが直接的に関心を寄せる対象とは区別されなければならないとされる（第5パラグラフ）<sup>60</sup>。

次に、b）の場合の在留に関しては多様な受益者が存在するが、UNHCRの経験からはさらに2つのタイプの者が該当する。一方は、「（a）1951年の難民の地位に関する条約又は1967年の議定書の定義に収まるが、解釈の多様性の結果として国家によっては難民として認められない者」である<sup>61</sup>。これは難民条約・議定書の基準に該当しうる受益者とされ、国家以外の主体による迫害、紛争地域での迫害およびジェンダーに関連する迫害などが含まれる（第6、第8パラグラフ）。他方は、「（b）保護を申請するための妥当な理由を有しているが、必ずしも1951年条約の定義が及ばない者」である<sup>62</sup>。これは、例えば暴力の無差別の影響や紛争状況に伴う混乱から逃れているものの迫害要素をもたない場合のように、難民条約・議定書の基準を満たさない可能性のある受益者とされる。ただし、彼らは武力紛争または重大な治安素乱の結果として出身国での生命、自由、安全に対する重大な

脅威の下にあるために、国際的な保護を必要としていると考えられるため、やはりUNHCRの保護権限に置かれている、と捉える（第6、第10パラグラフ）。

なお、アフリカおよびラテンアメリカの地域難民文書は、難民保護がこの「より広い（broader）」カテゴリーの難民も包含すべきであると明記しているが、他の地域ではそれぞれの国内法に基づいて長期に留延長を許可してきた<sup>63</sup>。UNHCRの経験上、このカテゴリーの難民については、人権法および難民法上の基準に基づいた補完的形態の保護をより一層調和させる必要性が存在する（第11パラグラフ）。その上で、「Ⅲ. 補完的形態の保護における処遇水準」を示している。特に、世界共通の人権原則は、保護すべき必要性に基づいて在留を許可された者は人間としての尊厳を損なうことなく生活を継続することを可能にする地位を与えられるべきことを支持しているとする（第13パラグラフ）。さらに、補完的保護は難民条約に基づく保護と同様に必ずしも恒久的なものではないが、その地位の終了もまた客観的基準に基づくべきであるとし、その際にはUNHCRに助言役を検討することが望ましいとする（第19パラグラフ）。

## （2）一時的保護概念と待避機会概念

なお、同報告書はこれらに続けて「Ⅳ. 大量流入の状況における保護の範囲」について以下のように述べている。アフリカとラテンアメリカでは、地域難民文書において域内への大量の難民流入の状況が想定されている。「一時的保護（temporary protection）」の概念は、難民の定義に含まれるか又はそれに類似する等の止むを得ない理由により、大規模な非難が発生し深刻な事態に発展した状況に対する暫定的な保護対応として、欧州その他の地域で発展してきた。一時的保護の目的は、大規模な難民流入に

よって直接影響を受ける国々で、送還からの保護等、安全を即座に確保して基本的人権を保護することになる（第20パラグラフ）。

一時的保護は、保護の必要性が自明であり、目下のところ個別にそのような必要性を判定する可能性が皆無に近いような、圧倒的な状況に 대응するための例外的な緊急時の対応である。同保護は、出身国の状況に基づく国際的保護の必要性について集団的に評価することを伴う。これに対して、補完的保護は個別的保護の必要性を認定した後に付与される法的地位である点で異なる。いずれの保護についても、受益者に対して適切な処遇基準を提供すべきであるが、一時的保護は暫定的な性格をもち、また特にそれが大きな集団に対して使用されることは、万が一保護の継続が必要となった場合において、時間経過分に対応して処遇水準を漸進的に改善することを正当に根拠づけるものである。これに対して、補完的保護は、個人の保護の必要性が確定した時点で確定的な処遇をただちに提供するものである（パラグラフ21）。したがって、一時的保護の暫定的措置は、個別事例において付与される補完的形態の保護とは明確に区別されるべきである（パラグラフ22）。

以上から、UNHCRは「V. 結論的所見」を通じて、補完的保護と一時的保護に関する見解をおよそ以下のようにまとめている。UNHCRのより広い権限に該当する難民の保護に対応するため、地域文書において「拡大された」難民定義の機能を採用している国もあれば、立法措置を通じて在留許可を与えている国もある。後者の場合、様々な種類の受益者に関する基準の乱設は、そうした受益者の一部の難民的性格を覆い隠してしまう傾向にあり、彼らの処遇に適用されるべき考慮事項に関する混乱を招く結果となっている（パラグラフ22）。このような状況の下で、国際的保護を必要とするが庇護国で

難民と認められない者の処遇水準を調和させることは有益であり、これらの保護水準を難民保護の原則に合致させるのに役立つと考えられる（パラグラフ23）。

その際に考慮すべき事項として複数の事項を挙げている。例えば、(a) 国際的保護を必要とする者が実際に保護を受けられるようにするために国が採用する補完的形態の保護は、ある種の国際的保護の必要性に実際に対応する、歓迎すべき方法である。(b) 補完的保護の受益者は国際的保護の必要性に従って識別されるべきであり、それらの必要性と彼らの人権に合致する形で処遇されるべきである。(d) 補完的保護の受益者の処遇水準は、基本的・市民的・政治的・社会的・経済的権利の保護を備えるべきである。(d) 補完的保護の受益者の処遇水準は、基本的・市民的・政治的・社会的・経済的権利の保護を備えるべきである。これに対し、(e) 大量流入という状況に際して送還からの即時の緊急保護を提供する具体的保護である一時的保護は、補完的保護とは明確に区別されるべきである。補完的形態の保護は地位の決定の後に提供されるものであり、はっきりと定義された地位を提供するものである（第25パラグラフ）。

### (3) 検討

以上を踏まえるならば、今回の「第5次出入国管理基本計画」で示された「待避機会概念の検討」について、現時点では次の点が指摘しうるのであろう。同計画によれば、現行の入管法に基づく難民保護制度の運用上、難民条約上の難民には該当しないものの、人道上の配慮が必要と認められる者については、個別審査に基づく特別在留許可を行っている。その一方、今日のシリア情勢のような大量避難民の発生といった状況が生じており、現行での対応に限界が厳しい状況にある。このため、国際人権法上の規範

に照らして、当面は「待避機会」概念に基づく措置を通じて在留許可を付与すべき対象を明確化することについて検討する、と述べられている。この文脈において人道的配慮を必要とする者とは、前述の UNHCR 報告書によれば、「より広いカテゴリーの難民（第11パラグラフ）」または「UNHCR のより広い権限に該当する難民（第23パラグラフ）」として捉えることができる。ゆえにまた、UNHCR のこれまでの検証からは、待避機会概念自体は補完的保護概念とは明白に区別されなければならないことになる（第21、22パラグラフ）。

しかし、2015年6月の「計画（案）」段階では待避機会の対象を「難民条約上の難民には該当しないものの、人道上の配慮が必要と認められる者」とのみ記されており、必ずしも保護対象が明確に区別されていなかった。これに対する同年7月の UNHCR の「見解」には重要な指摘が含まれている。保護対象の明確化という点については、「待避概念 (evacuation opportunity)」という新しい概念が検討されているように見受けられる。「待避機会」におそらく最も近い概念として存在するのが、いわゆる「一時的保護 (temporary protection)」である。しかし、これは（前述したより広いカテゴリーの）難民の大量流入の状況に対応する特別で暫定的な保護として意図されており、正式に難民の地位に基づくものではないものの、送還からの迅速で緊急の保護を与えるものであり、よって他の国際的な保護の形態とは明確に区別されなければならない<sup>64</sup>。

さらに、UNHCR は、2014年における専門部会の「報告」に関連して次のように指摘する。専門部会においては「補完的形態の保護 (Complementary forms of protection)」の導入が検討されていたが、万が一法務省がなおこの概念の導入を検討しているのであれば、次の

点考慮する必要がある。a) 新たな法制度は、現行の入管法の改正を必要とし、補完的形態の保護概念として、国際人権法に法的根拠を置くこと。b) 補完的形態の保護の終了を検討するのが適切な場合、法務省は客観的かつ明確に公表された客観的基準を採用すべきである。c) 補完的形態の保護を付与された者は一定の正式な法的地位を享受するとともに、高度の安定性および確実性およびその他の重要な諸原則を尊重して、必要な市民的、政治的、社会的および経済的権利が与えられるべきである<sup>65</sup>。

このような指摘を受けて、2015年9月の正式な「第5次出入国管理基本計画」では、専門部会の提言①に応える形で、初めにいわゆる「新しい形態の迫害 (new forms of persecution)」の申立てについて言及し、「入管法第2条第3号の2に規定する「難民」、すなわち難民条約の適用を受ける難民への該当性を的確に解釈することにより保護を図っていくべく、そのための仕組みを構築する」と挿入するに至った。そして、提言②から④に応えるべく、新しい形態の迫害とは区別される形で保護対象の明確化に関する待避機会への言及がなされている。なお、これに続く段落として、「認定判断の明確化のための仕組みを構築していくとともに、既に行っている認定・不認定事例の公表を拡充し、制度の透明性の向上を図っていく」という一文が挿入された。

## 小 結

今回の基本計画では、近年における国際状況を背景とした難民カテゴリーの拡大化に対応すべく、人道的な国際人権保障の観点から在留特別許可の新たな基準を構築する旨が明記された。かかる観点に基づく「待避概念の検討」への言及は一定の評価を得られよう。ただし、同計画案および補完的保護に関する UNHCR の見解

や報告に照らすならば、今回はあくまでも新たな概念の提示がなされたにすぎない<sup>66</sup>。今後とも、EUやUNHCRを軸とした補完的保護および一時的保護に関する各国の実践を参考として、在留特別許可のあり方を検証する必要がある<sup>67</sup>。

## 注

<sup>1</sup> 出入国管理基本計画とは、出入国管理及び難民認定法(第61条)に基づき、法務大臣が出入国管理行政の施策の基本となる計画について定めるものをいう。計画期間に関する法令上の規定はないが、これまで概ね5年程度の期間を想定し施策している。1992年に第1次計画策定が行われた。前回の第4次計画策定から5年を迎え、今回、第5次となる新たな計画を策定することとなった(法務省ホームページ「第5次出入国管理基本計画の概要」at [http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan\\_nyukan40.html](http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan40.html) (2015年10月10日最終閲覧))。

<sup>2</sup> 同計画における報告によれば、平成26年における我が国への難民認定申請数は5,000人で過去最高となり、前年度よりも53%増加している。これに対し、我が国が庇護を与えた者の数は121人(2.4%)であり、これには難民条約上の難民と認定された11人と人道的配慮に基づくその他の庇護110人を含む。なお、不法滞在者数は平成27年1月1日時点で約6万人である。また、入国管理局が退去強制手続を執った入管法違反者数は、平成26年には10,676人(前年比6.6%減)となっている。

<sup>3</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『有斐閣法律用語辞典(第4版)』2012年、456頁)。

<sup>4</sup> 拙稿「難民審査参与員制度に関する比較法的考察」『駒沢女子大学研究紀要13号』2006年、208頁。

<sup>5</sup> ここでは国際法の法源を、従来の実定国際法学の立場から法の発現様式または法定立の方法および手続きという意味で、形式的法源として捉えることとする(經

塚作太郎『現代国際法要論(補訂版)』中央大学出版部、1992年、71、252頁)。

<sup>6</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、この場合に第22条2項は外国人にも国籍離脱の自由を与えるという矛盾が生じることとなる。また、マクリーン事件最高裁判決(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てきた(古野豊秋・畑尻剛編『新・スタンダード憲法(第4版)』尚学社、2013年、54頁以下)。

<sup>7</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、「何人が自国民であるかを自国の法令に基づいて決定することは、各国の権能に属する。この法令は、国際条約、国際慣習及び、国籍に関して一般的に認められた法の原則と一致する限りにおいて、他の国により承認されるものとする」と定める。今日においても、国籍に関する事項はいわゆる「国内管轄事項」とされている。日本は1930年に署名したものの、現在まで批准していない(畑博行・水上千之編『国際人権法概論(第4版)』有信堂高文社、2006年、120頁)。

<sup>8</sup> 入国の自由が外国人に保障されないことは、今日の慣習国際法上当然であると解するのが通説・判例である(芦部信喜『憲法(第5版)』岩波書店、2011年、94頁; 最大判昭和32・6・19、刑集11巻6号1663頁)。

<sup>9</sup> 畑野勇、倉島研二 他『外国人の法的地位』信山社、2000年、104頁以下、144頁。

<sup>10</sup> ただし、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、いわゆるポ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>11</sup> これに言及したものとしては、例えば「在留特別許可の許否は、…法務大臣の広範囲な自由裁量に属する恩恵的な措置である」と判示した下級審判決がある(東京高判昭和52年12月12日訴月23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。)

<sup>12</sup> 拙稿「日本の移住労働者受入れに関する比較法的考察」『駒沢女子大学研究紀要15号』2008年、143頁以下。

<sup>13</sup> 畑野勇・倉島研二 他、前掲書、155頁以下。

<sup>14</sup> 90年代初頭のいわゆるバブル経済の崩壊とともに、自動車や電気などの輸出産業は業績を悪化させた結果、同業界は経営体制の合理化によって日系人を低賃金で大量に受け入れた。(朝日新聞、2008年7月6日)。

<sup>15</sup> 入国管理局の説明によれば、昭和40年代頃に海外進出した日本企業による、現地社員等の日本国内での専門的な技術、技能および知識の取得の実施に、研修・技能実習制度の起源を求めることができる。(入国管理局ホームページ「入管政策」at <http://www.immi-moj.go.jp/seisaku/index.html>)。

<sup>16</sup> 研修も技能実習も技術および技能等を修得するという活動においては同じである。ただし、研修生には就労が禁じられている一方、技能実習生はより実践的に技術、技能等の習熟を図るために就労が認められている(同ホームページ；山田鎌一・黒木忠正『よくわかる入管法』有斐閣、2006年、115頁以下)。

<sup>17</sup> 一般に、人道主義とは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思想的立場を意味し、ヒューマニズムと同義とされる(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、568-569頁)。

<sup>18</sup> 当時における、長期不法滞在者の在留許可問題をめぐる事例としては、「東京地裁平成15年9月19日判決」が挙げられる。本件は、単純労働者として長期に不法滞在したイラン人家族の問題につき、イラン人の原告家族4人が「善良な市民としての生活基盤」が日本にあることを理由として、全員の退去取消しを裁判で初めて認めたものである(平成12年(行ウ)第211号 退去強制令書発付処分取消「等取消」請求事件)；判例時報1836号46頁；拙稿「公法判例研究」『法学新報111巻1・2号』、2004年、397頁以下)。

また、難民不認定処分問題をめぐる事例としては、「東京地裁平成16年2月26日判決」が挙げられる。本判決は、

アフガニスタン国籍を有するイスラム教シーア派ハズラ人の原告に対する難民不認定処分につき、難民条約第33条に照らした重大な違法性を理由に初めて無効と判断した事例である(平成14年(行ウ)第2号、同第88号、同第90号、退去強制令書発付処分取消等請求事件、最高裁判所ホームページ「下級裁主要判決情報」at <http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanrei.nsf/webview/A52F13AAA1F2321649256E6E00029324/?OpenDocument>；拙稿「公法判例研究」『法学新報112巻3・4号』、2005年、247頁以下)。

<sup>19</sup> 上記「長期不法滞在者在留事件」について、高裁段階ではイラン人家族の主張は退けられ、最高裁において敗訴が確定している(東京高判平成16年3月30日(平成15年(行コ)第247号、最判平成18年10月10日(平成16年(行ツ)第176号))。その後、法務省への再審査申立の結果、2007年2月16日には短大進学を控えた長女に対して法務大臣による在留特別許可が下り、夫婦と次女の3名はイランに帰国するに至っている(朝日新聞、2007年2月16日)。

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

<sup>20</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16号』2009年、147頁以下。

<sup>21</sup> 1963年に国連で採択された「領事関係に関するウィーン条約」第31条1項は、領事機関の公館の不可侵を規定する。同条約は日本においても83年に発効している。

<sup>22</sup> 同専門部会は、「法務大臣が各方面の有識者に対し、難民認定制度の今後のあり方について広く諮問し、その議論を今後の法務行政に生かす」ことを設置趣旨としていた。これは、既存の法務大臣の私的懇談会である「出入国管理政策懇談会」の中に、新たに設置された諮問機関である(入国管理局フロントページ「難民問題に関する政策部会について」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan13.html>)。

<sup>23</sup> 同提言によれば、従来の難民認定に関する処分事務や不服申立手続の事務のいずれについても、法務省入国管理局職員のみによって手続が進められている点などにおいて、公平性・中立性が必ずしも十分ではないことが問題である。したがって、難民認定業務に対する信頼性を高めていくためにも、複数かつ奇数からなる第三者（難民調査官などの法務省入国管理局職員ではない専門家）を不服申立ての審査手続に関与させることを提言する（入国管理局フロントページ「難民認定制度に関する検討結果（最終報告）」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan13-16.html#> 5、6頁以下、8頁以下；拙稿「難民審査参与員制度に関する比較法的考察」『駒沢女子大学研究紀要13号』、2006年、211頁以下）。

<sup>24</sup> その他の改正要点としては、精神障害者に対する上陸拒否事由の見直し（拒否対象者の制限緩和）が挙げられている（入国管理局フロントページ「第159回国会において出入国管理および難民認定法の一部を改正する法律（平成16年6月2日法律第73号）について」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan21.html>）。

<sup>25</sup> 不法滞在者対策（平成16年12月2日施行部分）としては、不法入国罪等に関する罰金額の上限が引き上げられること、外国人に対する我が国への上陸拒否期間の見直し、不法残留（オーバーステイ）者に対する出国命令制度の新設、および在留資格取消制度の新設などが挙げられている。

<sup>26</sup> 入国管理局ホームページ（「第164回国会において成立した「出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律（平成18年5月24日法律第43号）について」」at [http://www.immi-moj.go.jp/keiziban/happyou/20060524\\_law43.pdf](http://www.immi-moj.go.jp/keiziban/happyou/20060524_law43.pdf)）。

<sup>27</sup> わずかに、外交、公用に基づく来訪者、および在日韓国・朝鮮人等の「特別永住者」等については指紋押捺対象から除外されている。これに対して、米国では移民等の永住資格者を指紋押捺対象から除外している（朝日新聞、2006年5月17日）。

<sup>28</sup> 新設された第24条の3の2によれば、「公衆等脅迫

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

<sup>29</sup> 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要16号、151頁以下。

<sup>30</sup> 第50条：法務大臣は、前条第3項の裁決に当たって、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>31</sup> 入国管理局ホームページ「在留特別許可に係るガイドライン（平成18年10月）」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan52-1.pdf>（2009年7月22日検索）

<sup>32</sup> 入国管理局ホームページ「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について（平成20年12月）」at <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan25.html>（2009年10月20日検索）。

<sup>33</sup> 積極要素：積極要素については、入管法第50条第1項第1号から第3号（注参照）に掲げる事由のほか、次のとおりである。

（1）当該外国人が、日本人の子又は特別永住者の子であること。

（2）当該外国人が、日本人又は特別永住者との間に出生した実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、次のいずれにも該当すること。

ア 当該実子が未成年かつ未婚であること。

イ 当該外国人が当該実子の親権を現に有していること。

ウ 当該外国人が当該実子を現に本邦において相当期間同居の上、監護及び養育していること。

(3) 当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、次のいずれにも該当すること。

ア 夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力し扶助していること。

イ 夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること。

(4) 人道的配慮を必要とする特別な事情があるとき。

<sup>34</sup> 同様の状況に置かれていた韓国では、2004年8月に、単純労働者を受け入れる「労働許可制度」を導入した。在留期間は3年間であるが再入国も可能であり、条件付で永住も可能な制度であるとされる。ただし、これはあくまでも韓国人の求職者が不在の場合の補充であり、国内の雇用を優先し、受入れ団体を公的機関に限定して年間の受入れ人数に上限を設定する（朝日新聞、2008年5月21日）。

<sup>35</sup> これらの法適用を受けることによって研修生が労働法規の対象となることで、個々の問題は是正されるとの見方が示されている（朝日新聞、2008年5月21日、7月27日）。

<sup>36</sup> 入国管理局ホームページ「出入国管理及び難民認定法（平成21年7月15日法律第79号）」at <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S26/S26SE319.html>。

<sup>37</sup> 現在は、1年目の在留資格が「研修」として労働法規が適用されず、2・3年目が「技能実習」となって同法規の適用を受けている（朝日新聞、2009年2月16日、7月8日；入国管理局ホームページ「入管法が変わります！－新たな在留管理制度－」at <http://www.immi-moj.go.jp/newimmiact/newimmiact.html>（2009年10月20日検索））。

<sup>38</sup> 08年に在留特別許可を受けた外国人は8522人であり、

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

<sup>39</sup> 同ホームページ「第4次出入国管理基本計画の概要」。

<sup>40</sup> その他の方針としては、「我が国社会の秩序を維持し、治安や国民の安全を守るため」の不法滞在対策等の推進、および「国際社会の一員として、難民の適正かつ迅速な庇護」の推進が挙げられている。不法滞在対策としては「在留特別許可の適正な運用」が挙げられ、「在留特別許可の透明性の向上に向けた取組の推進」および「在留特別許可の適正な運用を通じて、許可の対象となり得る者の法的地位の早期安定化」等、長期不法滞在者等への一定の配慮が示されている。また、難民庇護に関しては、①適正かつ迅速な難民認定のための取組み、②第三国定住による難民の受け入れ等が、具体的施策として挙げられている。

<sup>41</sup> 同ホームページ「高度人材ポイント制による出入国管理上の優遇制度」at [http://www.immi-moj.go.jp/newimmiact\\_3/system/index.html](http://www.immi-moj.go.jp/newimmiact_3/system/index.html)<http://www.immi-moj.go.jp/nyukan2015/>（2015年10月6日最終閲覧）；朝日新聞、2014年6月12日。

<sup>42</sup> 同年の通常国会において、「出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律」が可決・成立し、平成26年6月18日に公布されている（平成26年法律第74号）。

<sup>43</sup> 在留資格の整備については、①高度人材のための新たな在留資格「高度専門職」の創設、②在留資格「投資・経営」の「経営・管理」への変更、③在留資格「技術」および「国際業務」の「技術・人文知識・国際業務」への一本化、④在留資格「留学」付与の範囲の小中学生への拡大が挙げられている。また、上陸審査の円滑化に向けた手続については、①クルーズ船の外国人旅客に関する入国審査における「船舶観光上陸許可」の新設、②入管上信頼できると認められる渡航者に対する上陸許可認印の省略とこれに代わる「特定登録者カード」の新設が挙げられている（法務省入国管理局ホー

ムページ「入管法が変わります」at <http://www.immi-moj.go.jp/nyukan2015/> (2015年10月6日最終閲覧)。

<sup>44</sup> また、「高度専門職1号」については3年間の在留を経て「高度専門職2号」に切り替えることとなり、日本での滞在期間の無期限延長が可能となった。これにより、日本での永住権取得までの期間を5年から3年に短縮することができる。この点においても外国人経営者、研究者、技術者等の「高度人材」を国内に確保したいとする意図が示されている。

<sup>45</sup> 渡邊彰吾「日本の難民手続の実際」『法律時報86巻11号』2014年、10頁以下。

<sup>46</sup> 同専門部会は2013年11月から2014年12月まで計19回開催されている(第6次出入国管理政策懇談会・難民認定制度関連専門部会「難民認定制度の見直しの方向性に関する検討結果(報告)」at <http://www.moj.go.jp/content/001130133.pdf>)。

<sup>47</sup> 国連難民高等弁務官事務所ホームページ「第三国国民又は無国籍者の国際的保護の受益者としての資格、難民又は補助的保護を受ける資格のある者の統一した地位、及び付与される保護内容についての基準に関する2011年12月13日付けの欧州議会・欧州理事会指令2011/95/EU(改)」at <http://www.unhcr.or.jp/html/protect/pdf/EU%20Qualification%20directives%20japanese.pdf> (2015年10月19日最終閲覧)；Official Journal of the European Union (OJ) L337/9 at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=EN>。

<sup>48</sup> 第6次出入国管理政策懇談会・難民認定制度関連専門部会、前掲(報告)、9頁以下。

<sup>49</sup> なお、同計画案これに対して、UNHCRは同年7月に「見解」を寄せている(法務省ホームページ「第5次出入国管理基本計画(案)」2015年 at [www.moj.go.jp/content/001158418.pdf](http://www.moj.go.jp/content/001158418.pdf)；

国連難民高等弁務官事務所「第5次出入国管理基本計画案に関するUNHCRの見解」at [http://www.unhcr.or.jp/html/Final\\_UNHCR\\_Comments\\_JPN.pdf](http://www.unhcr.or.jp/html/Final_UNHCR_Comments_JPN.pdf) (2015年10月19日最終閲覧)；UNHCR “Comments on the Draft

5 th Immigration Control Basic Plan Tokyo, 24 July 2015” at [www.unhcr.or.jp/html/Final\\_UNHCR\\_Comments\\_ENG.pdf](http://www.unhcr.or.jp/html/Final_UNHCR_Comments_ENG.pdf)。

<sup>50</sup> その他、「留学生の適正・円滑な受入れや就職支援のための取組」の継続等が挙げられている。

<sup>51</sup> なお、「在留特別許可の適正な運用」として、在留許可に係るガイドラインは、「在留特別許可を受けられる可能性のある者の一層の出頭を促すため、6カ国語に翻訳してホームページ上に掲載している」。また、必要に応じた当該ガイドラインの見直しも検討していくと述べられている(前掲第5次出入国管理基本計画、42頁)。

<sup>52</sup> さらに、2010年(平成22年)3月以降は、「正規在留者で難民認定申請を行ったものに対し、申請から6ヶ月が経過した後、申請者から希望があれば一律に、申請中は就労活動が可能となる取扱いをしたことが、我が国での稼働や定住を目的とする外国人に悪用され、申請増加を招いた一因と推測される」と指摘されている(同43-44頁)。

<sup>53</sup> 制度の透明性の確保については、現行の認定・不認定事例の公表を拡充することが示されている。また、より適切な認定判断を行うための取り組みとして、UNHCR等の関係機関との連携を通じた難民調査官の調査技術の向上等が挙げられている(同44-45頁)。

<sup>54</sup> 例えば、「①難民条約上の迫害事由に明らかに該当しない事情等を申し立てる申請等については、本格的な調査に入る前の段階で振り分け、申請者が十分主張を行う機会を確保しつつ、迅速な処理を行っていく」とする。

<sup>55</sup> 安部浩己「国際的保護の境界」『法律時報86巻11号』2014年、5頁以下。

<sup>56</sup> European Database of Asylum Law (EDAL), “Subsidiary Protection,” at <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/keywords/subsidiary-protection> (as of October 15, 2015)

<sup>57</sup> 安部浩己、前掲論文、5頁。

<sup>58</sup> EC/50/SC/CRP.18 (日本語) at <http://www.unhcr>.

or.jp/html/protect/pdf/000609excom\_j.pdf, (原文英語)  
at <http://www.unhcr.org/3ae68d140.html>.

<sup>59</sup> 例えば、「B ステータス」、「副次的保護 (subsidiary protection)」、「事実上の (難民) 地位 (de facto status)」、「人道的地位 (humanitarian status)」等が挙げられている (para.2)。

<sup>60</sup> 在留許可の延長を認めるためのそうした家族的な理由は、UNHCR の活動領域に入る難民および家族のための家族的再統合という趣旨とは異なる (パラグラフ 5 脚注)。

<sup>61</sup> (a) Persons who should fall within the terms of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees or its 1967 Protocol, but who may not be so recognized by a State as a result of varying interpretations;

<sup>62</sup> (b) Persons who have valid reasons for claiming protection, but who are not necessarily covered by the terms of the 1951 Convention.

<sup>63</sup> 地域難明文書としては、アフリカの難民問題の特殊な側面を規律するアフリカ統一機構条約 (1981年)、およびカタルヘナ宣言 (1984年) が挙げられている (パラグラフ11脚注4)。

<sup>64</sup> 国連難民高等弁務官事務所、前掲「第5次出入国管理基本計画案に関する UNHCR の見解」、5頁。

<sup>65</sup> 尊重されるべき諸原則としては、離散した難民と補完的形態の保護を付与された難民との速やかな再統合を確保するための家族統合の基本原則等が挙げられている (同見解6頁)。

<sup>66</sup> また、同計画案に対しては、同年7月に日本弁護士連合会からも意見が寄せられている (日本弁護士連合会「第5次出入国管理基本計画 (案) に関する意見書」 at [http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2015/opinion\\_150723.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2015/opinion_150723.pdf)、14頁以下)。

<sup>67</sup> 戸田五郎「EU における国際的保護」『法律時報86巻11号』2014年、29頁以下。