

〈研究ノート〉

退去強制処分と子どもの最善の利益

— 親子分離禁止原則との関連性についての 予備的考察 —

飯 田 順 三

〈目次〉

緒 言

一 退去強制処分認容事案

1 事案 A

(1) 事実関係

(2) 裁判所の判断

2 事案 B

(1) 事実関係

(2) 裁判所の判断

3 事案 C

(1) 事実関係

(2) 裁判所の判断

二 退去強制処分取消事案

1 事案 D

(1) 事実関係

(2) 裁判所の判断

2 事案 E

(1) 事実関係

(2) 裁判所の判断

三 若干の考察

結 言

緒 言

2018年12月8日、「出入国管理及び難民認定法及び法務省設置法の一部を改正する法律」（以下、改正入管法）が成立し、同月14日に公布、2019年4月に施行された。また、従来の入国管理局は出入国在留管理庁（以下、入国管理

庁)に格上げされた。これによって、2019年度以降5年間で約35万人の外国人労働者がわが国に在留する下地ができ、入国管理庁は新たな入管政策を担うことになった¹⁾。筆者が注目したいのは、改正入管法の審議過程で、合法的に入国した外国人労働者が失踪するケースが多数報告されたことである²⁾。本稿執筆時においても、失踪者数は前年を約1800人超える約9000人となった³⁾。

通常、外国人労働者は数ヶ月から数年単位で在留するため、入国後に失踪し不法に在留する外国人が増加することが想定される。直近の不法在留者の統計をみると、2023年1月1日現在の日本における不法残留者数は、7万491人であり、これは前年1月1日現在に比べ5.6%増加している。これら不法在留者を在留資格別にみると、「短期滞在」4万6590人（前年比7.7%増）、「技能実習」7985人（同左3.6%増）、「特定活動」6215人（同左17.2%増）、「留学」2465人（同左1.2%増）、「日本人の配偶者等」1937人（同左15.8%減）、その他5299（同左7.8%減）となっている⁴⁾。

これら不法在留者の中には、不法に在留してはいるが犯罪行為を行うことなく日常生活では一定程度日本社会に貢献する誠実な生活を営む場合もあり得る。また、不法在留中に日本国内で婚姻し子どもができることも考えられるが、そのような子どもの退去強制について、こども家庭法設置法案および2023年の出入国管理及び難民認定法改正において国会でも議論されてきた⁵⁾。

1) 『日本経済新聞』2019年3月31日 <https://www.nikkei.com/article/DGXMZO43156940R30C19A3PE8000/> (2023.4.16日閲覧)。

2) 『西日本新聞』2018年11月13日 <https://www.nishinippon.co.jp/item/n/465070/> (2023.4.16日閲覧)。

3) 法務省「技能実習生の失踪者数の推移（平成25年～令和4年）」<https://www.moj.go.jp/isa/content/001362001.pdf> (2023.10.6日閲覧)。

4) 法務省「令和5年1月1日現在 公表資料」<https://www.moj.go.jp/isa/content/001392966.pdf> (2023.4.16日閲覧)。

5) 「018打越さく良」（発言のURL: <https://kokkai.ndl.go.jp/txt/120814894X00120220602/18>）「第208回国会 参議院 内閣委員会、厚生労働委員会連合審査会」第1号 令和4年6月2日 <https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120814894X00120220602&spkNum=18¤t=2> (2023.6.11日閲覧)。「033 大口善徳」（発言のURL: <https://kokkai.ndl.go.jp/txt/121105206X01020230418/33> (2023.6.11日閲覧) 第211回国会 衆議院 法務委員会 第10号 令和5年4月18日 <https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=121105206X01020230418&spkNum=33¤t=3> (2023.6.11日閲覧)。

近年の判例では、親が不法在留状態にあっても、子の年齢や日本での滞在期間等を考慮に入れ、子どもは親の不法在留状態に関して責任はないと判断し、子どもに限って退去強制の取り消しを認める判決が散見される⁶⁾。例えば、平成26年9月19日の控訴審判断では原審を一部取り消し、16歳の子に特別に在留を許可すべき事情が明白であることが認められた。これは、子の年齢およびその子の日本社会における極めて強い定着性が重視されたためである⁷⁾。これら退去強制事案において、わが国裁判所は、主に年齢を基準にして定着性や本国へ送還されたあとの可塑性、順応性の強度をはかっていると思われるが、子どもの権利条約第3条が示す「子どもの最善の利益原則」に言及することがあっても、同9条1項「子どもの父母との分離禁止原則」（以下、親子分離禁止原則）については、あまり触れられてはいないように思われる。

本稿の目的は、子の退去強制処分事件に関する近年の判決において、我が国裁判所は子どもの最善の利益原則および親子分離禁止原則をどのように適用してきたのかについて若干の考察を試みることである。以下では、退去強制処分が認容された事案を3件、同処分が取り消された事案を2件とりあげる⁸⁾。

6) 川崎まな「退去強制事例における家族と子ども：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として」『北大法政ジャーナル』No.18, pp. 99-102。

7) 安藤由香里「退去強制による子どもの親からの分離（子どもの福祉・子どもの最善の利益）」『新・判例解説 Watch』文献番号 z18817009-00-090301154, pp. 327-330。

8) 本テーマに関する研究として次の文献が参考になる。坂東雄介「外国人に対する在留特別許可における親子関係を維持・形成する利益：近年の3判決を素材として」『札幌学院法学』29巻1号, pp. 93-167, 2012。荒牧重人「意見書人権条約と「在留特別許可」問題」山梨学院大学大学院社会科学部研究科『研究年報社会科学研究』41号, pp. 53-100。伊藤行紀「退去強制手続における異議の申出、法務大臣裁決と在留特別許可」『駿河台法学』29巻1号, pp. 1-64。また、視点が異なるが、移民政策における退去強制と子どもの最善の利益に関しては米国の事情が参考になる。例えば、Keila E. Molina and Lynne Marie Kohm, 'Are We There yet? Immigration Reform for Children Left Behind', Berkeley La Raza Law Journal Volume. 23, Issue 1 (Jan 01, 2013)。Bill Ong Hing and Lizzie Bird, 'Curtailling the Deportation of Undocumented Parents in the Best Interest of the Child', Georgetown Immigration Law Journal Volume. 35 Issue 1 (Dec 21, 2020)。

一 退去強制処分認容事案

1 事案⁹⁾A

(1) 事実関係

本件は、フィリピン共和国（以下、フィリピン）の国籍を有する外国人女性である原告Aとその娘である原告Bが退去強制処分となった事案である。事実関係は以下のとおりである。

Aは1983年にフィリピンで生まれたフィリピン国籍の女性である。Aは母親とともに日本に居住することとなったので、2000年、フィリピンの大学を中退し日本に入国した。その際の在留資格は「定住者」、在留期間は3年であった。Aは2008年12月頃、定住者の在留資格で日本に在留するDと知り合い、翌2009年12月頃からDと同居を始めた。Aは有していた「定住者」の在留資格を更新することができず、2009年12月以降、不法在留状態のまま日本での生活を継続した。翌2010年にBは生まれ、Aと同様に不法残留状態となった。AおよびBは、2014年、入国警備官による摘発を受け、翌年2015年退去強制処分を受けた。Bは就学前教育を受けず日本語習得の機会がなく、主に英語やタガログ語で母Aと生活をしてきた。Bは2017年4月、日本の公立小学校に入学した。その後、AはDと不仲になり、2018年12月頃、東京に転居しBと2人で生活していた。Bは東京へ転居し小学校も転校した。Bは本件口頭弁論終結時において小学3年生であった。

以上が本件訴えまでのA、Bをめぐる経緯である。では、Aの子どもである原告Bの退去強制処分について裁判所はどのような判断したのであろうか。

(2) 裁判所の判断

裁判所は認定事実を次のとおりとした。

原告Bは、裁決の時点において4歳10か月の未就学児であり、幼稚園や保育園に通うこともなく、フィリピン人である原告Aに監護されて英語やタガロ

9) 裁決撤回義務付け等請求事件 東京地方裁判所判決／平成30年（行ウ）第318号 判決日付 令和2年7月9日（LEX/DB インターネット 文献番号 25585704）。

グ語を主とした生活をしてきた。したがって、原告Aと共にフィリピンに送還したとしても、その発育、発達、人格形成等の面における特段の支障が生ずるおそれがあったとは認め難い。

つまり、本件裁決当時のBは4歳児であるのだから日本での定着性が低く、またフィリピンに送還されてもBは適応する可能性が高いことが強調されている。Bはその後、小学校に入学して本邦の初等教育を受けるようになり、本件口頭弁論終結時9歳8か月まで成長し、小学校の第3学年に在籍していたのであるから、Bは日本語による言語環境の下で、文化、社会等の面において本邦への定着を深めている、と裁判所は認定した。しかし裁判所は、Bがフィリピンへ送還されたとしてもBの適応性はありうると判断した。

さらに裁判所は、Bが就学前は英語やタガログ語を主とした生活をしており、小学校への入学を機に日本語に触れる機会が増えたが、英語又はタガログ語についても一定の言語能力を有していると認定した。そして裁判所は、Bは9歳8か月という年齢にあり言語の習得、発達や、文化、社会、教育等の環境の変化に適応し得るだけの可塑性や柔軟性を有していると言えるから、フィリピンに帰国し新たな環境下で生活するには相応の困難を伴うものであるとしても、Aの監護を受けつつ、これを克服することは十分に可能であるから、Bが就学に伴う本邦への定着を深めていったという事情があるからといって、在留特別許可を認めることはできないと結論した。

2 事案B¹⁰⁾

(1) 事実関係

タイ国籍女性の原告Aには3人の未成年の子ども、B、C、Dがおり、3人も本件の原告である。

Aは、2007年6月、在留期間3年の「定住者」として日本に入国した。Aは、2017年、覚せい剤取締法違反の罪により、懲役1年6月、4年間の執行猶予の

10) 裁決等取消請求事件、東京地方裁判所平成31年（行ウ）第198号、令和2年3月17日民事第38部判決、口頭弁論終結日 令和2年1月17日（LEX/DB インターネット 文献番号25583966）。

有罪判決を受け確定した。Aは在留期間の更新を申請したが不許可処分を受け不法残留となった。

一方、子B、C、Dについては以下のような事実がある。Aは、2013年日本で出生し、在留資格「定住者」、在留期間「1年」の在留資格取得許可を受けた。その後Bは一度、在留期間更新許可を受けたが、再度の更新がされず不法残留した。Cは2015年Bと同様日本で出生し在留資格「短期滞在」、在留期間「90日」の在留資格取得許可を受け、一度更新ができたが、再度の更新ができず不法残留となった。DもB、Cと同様に日本で2017年に出生し、同年8月24日、在留資格「短期滞在」、在留期間「90日」の在留資格取得許可を受けたが、その在留期限を超えて在留したので不法残留者となった。BおよびCは、2018年児童養護施設に入所し、Dについては、2017年乳児院に入院した。

(2) 裁判所の判断

原告Aの子らB、C、Dについては、裁判所は以下の理由で退去強制処分の判断を下した。日本での安定的な生活状態か否かについて、原告子らは本邦で出生し、裁決当時Bは5歳、Cは3歳、Dは1歳であり、日本で生活している期間は長期間とはいえない上、それぞれ児童相談所又は児童福祉施設で生活しているのであって、本邦において安定的な生活環境が確立されているとはいえない。一方、順応性と可塑性については、B、C、Dは環境の変化に対する順応性や可塑性を十分に有する年齢であると言えるし、母であるAやその親族において新たな環境に適応するよう配慮することも可能であるから、タイでの環境になじんで生活していくことは十分に可能である。

以上のように、裁判所は、B、C、Dの年齢が低いことをもって、母である原告Aの母国に送還されても現地での順応性と可塑性は十分有すると判断している。

3 事案¹¹⁾C

(1) 事実関係

原告である母は、1998年6月に他人名義旅券を行使して日本に不法入国したが、同年ベトナムに帰国後、国際救援センターにおいて生活していた。1999年

3月に原告母は、他人名義旅券を行使して本邦に再び不法入国し親戚である訴外Cの妹である訴外Dが用意した住居で生活し就労していた。同年4月、訴外Cの夫である訴外Aとベトナムの方式により婚姻したが、この婚姻は訴外Aを本邦に入国させる目的で偽装したものであった。原告母は、2003年頃、訴外Dが用意した住居を出て、訴外Fとの同居を始め、その後、就労しながら同人との間に原告子らである3人の子をもうけた。訴外Fは、2003年9月、原告母の妹である訴外Eとベトナムの方式により婚姻したが、この婚姻は、婚姻の意思なく訴外Eを本邦に入国させる目的で偽装したものであった。その際、原告母は、訴外Eに対して訴外Dの指示を伝え、訴外Fに対して訴外Eと偽装結婚をするよう依頼するなどして関与した。原告母は、2006年8月、訴外Aと離婚し、2007年6月、訴外Bとの婚姻の届出を本邦に出したが、この婚姻は、婚姻の意思なく訴外Bに在留資格認定証明書の交付を受けさせる目的で偽装したものであった。

(2) 裁判所の判断

偽装結婚を繰り返した原告母の子について裁判所は次のように判断した。原告子らの在留資格は、原告母による違法行為を基礎とするものであったので、原告子らが帰責性を有するとは言えない。原告子らは、いずれも両親である原告母及び訴外Fの下で、本邦において生まれ育ち、小学校に通学し、さらに原告長女及び原告二女は中学校にも進学して、日本語による教育を受けてきた。原告長女はベトナム語によりごく簡単な会話を解することができたが、原告二女及び原告三女はベトナム語を解することができず、いずれも本邦への在留を希望しているので、ベトナムに送還される場合には、教育を受ける場面を含む日常生活において少なからぬ困難があると考えられるが、裁決当時、原告長女は13歳、原告二女は12歳、原告三女は8歳であって可塑性を有する年齢であった。

11) 退去強制令書発付処分取消等請求事件（第1事件、第2事件、第3事件、第4事件）東京地方裁判所判決／平成30年（行ウ）第341号、平成30年（行ウ）第349号、平成30年（行ウ）第350号、平成30年（行ウ）第351号 令和元年11月13日（LEX/DB インターネット 文献番号 25583119）。

さらに裁判所は子らの本国での順応性について以下のように指摘する。原告母は、日本語については簡単な会話ができる程度の能力しかなく、訴外Fとの間ではベトナム語により会話をし、原告子らとの間では日本語とベトナム語で会話をしているのであり、原告子らとしても、家庭内でベトナム語に接する機会がある中で生活してきた。訴外Fも、2017年11月に在留資格を取り消す旨の処分の通知を受け、指定された出国期限を経過して本邦に不法残留して、退去強制手続を受けている状態であること、原告母の親族がベトナムに居住していること等の事情を考慮するならば、原告子らが原告母と共に帰国して、親族等と交流しながらベトナムにおける生活に適応することは十分に可能と言える。また、原告子らの年齢からすれば、父母である原告母及び訴外Fから自立して生活することを期待するのは時期尚早であり、原告子らについてののみ本邦への在留を認める場合には、原告子らの生活基盤は極めて不安定なものになるので、原告母の監護の下、ベトナムにおいて生活することが原告子らの利益ないし福祉にかなう。原告子らが本邦への在留を希望しているが、原告子らを本邦に在留させることが、原告子らの福祉ないし利益にかなうとは認められない。以上のように、裁判所は、原告子らの日本での定着性を考慮しつつも、年齢が15歳に満たないことから可塑性があると判断し、一方で、生活の安定性の視点から、原告母と共にベトナムへ帰国することが子どもの最善の利益にかなうと判断したものである。この点は、子どもの権利条約第9条に規定する親子分離禁止原則の趣旨に合致するとも言えるのであって妥当な判断であろう。

二 退去強制処分取消事案

1 事案¹²⁾D

(1) 事実関係

原告X1は1981年にベトナムで出生し、内縁関係にあったベトナム人男性との間に子Fが生まれた。その後、Cとの婚姻を契機に2014年に日本に入国し、

12) 退去強制令書発付処分等取消請求事件 東京地方裁判所平成29年(行ウ)第99号 平成30年10月11日民事第2部判決 (LEX/DB インターネット 文献番号25570021)。

在留資格「永住者の配偶者等」、在留期間「1年」の上陸許可を受けて入国した。X1は、C、Fとともに働きながら生活し2015年に在留期間1年の更新許可を受けた。しかし、X1はCと不仲となり別居して他県で生活するようになったためFをベトナムに帰国させた。その後、X1はDと交際し始め、2016年にX2を出産した。X1は、入院中に在留資格変更許可申請をしたが、Cと偽装結婚をしたとの疑いに関連して逮捕され、処分保留により釈放されるまで身柄を拘束されたが不起訴処分となった。X1は、身柄を拘束されていたため、在留資格変更許可申請の審査結果の告知を受けるために出頭することができず、結局、不法残留となった。X2は出生したが、在留資格の取得許可を受けることなく、出生後60日の経過を超えて本邦に在留したため不法残留となった。

X2は超未熟児で出生し、出生直後から呼吸窮迫症候群のため重篤な呼吸障害が認められ、NICUにて人工呼吸管理を含めた全身管理となり、退院時には酸素吸入器等を装着することとなった。酸素吸入器等の装着は半年程度であるが、毎月1度はE病院で状態を確認する必要があった。ベトナムでの未熟児医療ではフォローが不十分なので、主治医は、酸素吸入器等の装着が外れるまでは、ベトナムへの送還は否定的に考え、さらに主治医は、X2は呼吸器・肺の機能が不十分なので、退院後半年を経過した2017年3月頃に酸素吸入器等の装着が外れた時点でベトナムへ送還させることを勧めた。X2は病院を退院後、乳児院に入所した。またX2は、複雑性尿路感染症のためE病院に入院し、さらに喘息性気管支炎のため、数度E病院に入院した。その後も、X2は、急性気管支炎と右外鼠径ヘルニアのため、何度かE病院に入院した。

E病院としてはX2のベトナムでの治療継続のための条件として、夜間救急のある施設が望ましいこと、集中治療ができる施設が望ましいこと、小児外科医師がいる施設が望ましいことをあげた。またE病院は、ベトナムにおいては都市部と地方とで医療水準の地域格差が拡大しており、公立医療機関では医療スタッフ、受容能力、医療機器等の絶対数が不足し、ハノイやホーチミン市には近代的な医療機器を備えた病院がいくつかあるものの、タイやシンガポールなどの医療水準に到達しているとはいえない状況にあると判断していた。

(2) 裁判所の判断

裁判所はX1およびX2の退去強制処分について次のように判示した。X2が、日本に在留していた原告母とDとの間に出生し、そのまま本邦に留まることによって不法残留となったこと、不法残留が成立した当時わずか0歳であったことからすれば、不法残留となったことについて、X2には何ら責に帰すべき事由はないと言える。X2は、超低出生体重児として出生し、出生直後から集中治療室において治療を受けており、本件裁決当時も入院中であって、病状は重かった。さらにX2は出生後、E病院において、その症状に応じた治療を継続して受けてきていたと言えるが、肺機能および呼吸状態の悪化や感染症等様々な危惧が示される状態にある。このような事情に加え、医師がベトナムへの送還に否定的な見解を示し、かつ高水準の治療態勢を要求していたことを考慮すれば、X2の生命の維持、身体の発育のため、従前の治療と同様の高水準かつきめ細やかな治療を継続する必要性が極めて高い状態にあった。

以上のX2の健康状態を前提にすると、X2がX1とともに医療水準が高いとはいえないベトナムに送還されたとすれば、日本と同水準の治療を受けられなくなる可能性は非常に高かったというべきである。X2の状態および考え得るリスクの大きさに照らすと、裁決行政庁が、今後ベトナムでの治療が可能であると評価したのは時期尚早な極めて安易な評価といわざるを得ず、ベトナムに送還することについては著しい支障があったというべきである。このように、X2をベトナムに送還することに著しい支障がある以上、これが在留特別許可の許否の判断に当たり、X2に有利な事情としてしんしゃくされるべきであることは当然であって、X2については、不法残留をしたという事情があるものの、これについてのX2の帰責性は一定程度当てはまるが、裁決行政庁の下した不法残留という事実自体を重く評価したことは誤ったものと言える。

また裁判所は、原告子の本件裁決時の健康状態やベトナムの医療事情等に照らせば、原告の子は、その生命の維持、身体の発育のため本邦での治療を必要としており、ベトナムに送還することにつき著しい支障があったと言えるのであり、裁決行政庁は、治療の必要性の程度を過小評価し、ベトナムでの治療の可能性についての評価も誤ったものと認められ、原告子の生命の維持、身体の発育という人道上極めて重視すべき事情に関して、事実の誤認又は評価の誤り

があったと判示した。

一方、母であるX1をベトナムに送還した場合の支障等については、裁判所は以下のように判断した。X2が生命の維持、身体の発育のため本邦での治療を必要としているという事情があり、X1の看護が必要であったので、原告母をベトナムに送還することには著しい支障があったというべきである。したがって、X1については、在留状況に一定の悪質性が認められるが、X1によるX2の看護の必要性という人道上極めて重視すべき事情があるので、裁決行政庁の下した退去強制処分は、社会通念上著しく妥当性を欠き裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものであるため違法であり取り消されるべきである。

2 事案E¹³⁾

(1) 事実関係

コンゴ民主共和国（以下、コンゴ）の国籍を有する原告P1（母）とP3（長女）は、2009年5月、渡航目的を「観光」、日本滞在予定期間を「6日」として日本に入国した。しかし、入管法の条件に適合しないとの理由で同支局特別審理官に両名は引き渡された。その後、法務大臣に対して異議の申出をしたが、退去相当とする裁決が下された。P1およびP3は、退去命令に従わず日本から出国しなかったので収容され、その後、仮放免された。P1、P3は3回の難民認定申請をしたが、すべて不認定処分となり、在留特別許可をしない旨の処分がなされたので収容され、その後、仮放免された。

P3は、仮放免許可後、公立小学校の小学1年生として入学、小学4年生の時に他県の公立小学校に転校し、同校を卒業後、同県内の公立中学校に進学した。在留特別許可の不許可処分時P3は、中学3年生（15歳）であった。P3は、小学1年生以降、英語の授業を除き、日本語の授業を受け日本語を習得するにいたった。P3の学校の友人の多くが日本人であった。P3は、高校入学時にスポーツ特待生としての推薦入学試験を受験し試験に合格し特待生認定

13) 在留を特別に許可しない処分取消等請求事件（以下それぞれ「第1事件」～「第3事件」という）東京地方裁判所平成30年（行ウ）第280号、平成30年（行ウ）第290号、平成30年（行ウ）第291号 令和2年2月18日民事第2部判決 口頭弁論終結日 令和元年10月24日（LEX/DB インターネット 文献番号25584504）。

を受け、授業料および入学金が免除された。P3は、来日時に身につけていたフランス語での簡単な会話ないし読解はできる一方、複雑な会話や読解できない。また、P3はフランス語で書くことはできない。

一方、P1の長男であるP2は、2014年、日本で生まれた。在留資格の取得許可を受けることなく出生後60日を経過したので不法残留となった。訴外永住者はP1の夫でありP2およびP3と同居し、定期的な収入を得ており、P2およびP3との養子縁組の申立てを行なった。

(2) 裁判所の判断

P3に対する在留特別許可の不許可処分について、裁判所は次の理由によって取り消した。

P3は、仮放免許可を受けた時から在留特別許可が不許可となるまでの約8年半の間、日本において特段の問題なく社会生活を送り、義務教育をほぼ全て修了している。P3は日本語が第一言語となっていて、P3の学友の多くが日本人で、スポーツを通じて日本の社会に深くなじんでいる。したがって、P3は、小学生および中学生という人格形成に極めて重要な時期に、専ら日本において日本語で生活し、日本での生活環境に順応しながら社会に良好に適応しているので、日本に高度の定着性を有していると言える。P3は、在留特別許可の不許可処分時に15歳、口頭弁論終結時に16歳であり、言語的および文化、社会、教育等の環境の面からもそれぞれの変化に対する可塑性、柔軟性は、相当程度失われていると考えられる。したがって、P3がP1とともに帰国したとすると、本国であるコンゴにおける生活環境、文化、社会等に適応していくことは、相当困難であるといわざるを得ない。P3は、日本の高校に進学し、その後も優秀な学業成績を取っており、日本の大学への進学を希望しているが、P3のフランス語等の語学力を考えると、本国その他日本以外の国の大学に入学し、教育課程を修了することは極めて困難である。よって、P3に対して在留特別許可をしないことは、P3の大学進学の可能性と将来の社会生活における可能性を閉ざすことになりかねない。

P3の定着性について裁判所は次のように指摘する。

P3の日本への定着性等は、違法に日本に滞在し続けた結果であり、在留特

別許可を付与することとなれば、違法な状態を追認するに等しいとの見方もあり得るが、P3が最初に仮放免許可を受けた時は6歳であり、親の監護がなければ生活することが困難であったことは明らかであり、母親であるP1が日本を退去しなかったにもかかわらず、P3のみが退去するという選択は現実的なものではなかった。P3のこれまでの事情は、違法な在留状態を基礎として生じたものであることを考慮しても、なお法的保護に値する。

可塑性について裁判所は次のように判示する。

P3がP1とともに本国に帰国することが子の福祉の観点から相当であるとの点については、P3の年齢からすれば、環境の変化への可塑性や柔軟性を幼少期と比較して相当程度失っている。そして、P3は、一般的にも親元を離れて生活することが不可能ではない年齢に近づいていたといえ、高校に進学し、その授業料が免除されたことなどを踏まえると、仮に在留特別許可が付与されていたならば、新たに与えられる在留資格に伴う制約の範囲内で一定の労働をして収入を得ることや、奨学金を得ることは可能である。また、P1の夫でありP3と同居する訴外永住者は、定期的な収入を得ている上、P3との養子縁組の申立てを行っていること、P3の学費等についても援助をする意向を示しているのだから、生活費等について訴外永住者から一定の援助を受けることは期待できる。したがって、P3は、P1による監護や養育を要することなく、日本において自立的な社会生活を送ることが可能である。

他方において、P3はコンゴに帰国したP1と電話や電子メール、インターネット等により連絡を取り合ったりすることにより、交流を維持することは可能である。したがってP3のみに在留特別許可を認めることが子の福祉の観点から不相当とまでいうことはできない。

そして裁判所は次のように結論した。P3については、在留特別許可の不許可処分時において、日本を離れて生活することは将来の可能性を著しく損なうものであり、日本から退去強制されることにつき重大な支障があったと言える。しかし東京入管局長は、P3が日本を離れて生活することによって生ずる支障を過小評価し、P3の日本への定着性等を保護する必要性についての評価を誤ったものと認められる。そして、日本上陸後のP3の真摯な生活状況等の事情にも照らすと、同処分を行った判断は、人道上の観点から事実に対する評

価が合理性を欠くものであることが明らかである。したがって、P3に対する在留特不許可処分は、社会通念に照らして著しく妥当性を欠き裁量権の範囲を逸脱又は濫用したものというべきあるから違法である。

裁判所はこのように判示しP3に対する不許可処分を取り消した。一方、P2である原告長男に対する在留特別許可の不許可処分について、裁判所は次のように判示した。

P2は、同不許可処分がされた時点で3歳であったから、P2自身に落ち度があるというわけではない。P2は、出生以来日本で生活し、日本語で会話し、日本人も通園する幼稚園に通園するなどしていることが認められ、P1が本国に送還された場合、P2の生活に一定の困難が伴うことは否定できない。しかし、P2は、本件在特不許可処分時において3歳であり、口頭弁論最終時においても5歳であったのであるから、可塑性や順応性に富んだ年齢であることからすれば、母であるP1の下でP2が本国での生活に適應することを十分期待することができる。以上の理由からP2に対する不許可処分は取り消されなかった。

三 若干の考察

これら5つの事案について、まず事案Aでは、子どもの年齢が裁決当時4歳、口頭弁論集結時で9歳であり本国に帰国しても順応性があると判断された。事案Bでは、子らの年齢が、採決時でそれぞれ5歳、3歳、1歳であって、日本での定着度が低く本国に帰国しても可塑性および順応性が十分であると判断された。事案Cでは、子らの年齢が裁決当時、それぞれ13歳、12歳、8歳であって、いずれも可塑性を有する年齢であると判断された。事案Dでは、子どもの年齢が判断要素の主たるものではなく、子どもの健康状態と本国での医療体制が重要な決め手となった。事案Eでは、裁決時の子の年齢が15歳、口頭弁論最終時に16歳であったことおよび経済的支援を受けることができる点が重要視された。しかし、事案Eの原告であるもう1人の子については、裁決当時3歳で口頭弁論最終時でも5歳であったので、本国に帰国しても可塑性と順応性があると判断された。

これらの事案から判明したことは、子どもの退去強制についての裁判所の判断基準は、主として子の年齢であること、親子分離禁止原則については触れられていないことであると言えるであろう。年齢ないし可塑性と定着度は相関関係にあると思われるので、概ね16歳以上、つまり日本の高校生以上の年齢が可塑性はないと判断されている¹⁴⁾。ただし、年齢が低い場合でも人道的観点から退去強制は不当であると判断されることもあり得る。

在留特別許可に係るガイドラインには、特に考慮する積極要素として、「当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること」、また、その他の積極要素として、「当該外国人が、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること」と明記されているが、年齢に関する指針はない¹⁵⁾。定着性の概念が不明確なため、これを判断する材料に年齢が加わることも当然であろう。では、何歳ならば定着性がいいのか、あるいは何年間日本に在留すれば定着性があるのかは、定かでない。

我が国裁判所では、子どもの最善の利益は在留制度の枠内において図られることが前提となっていると判断されているようだが、一方、親子分離禁止原則についてはどのように考えられているのであろうか。日本政府は子どもの権利条約批准に当たり、「児童の権利に関する条約第9条1は、出入国管理法に基づく退去強制の結果として児童が父母から分離される場合に適用されるものではないと解釈するものであることを宣言する」との解釈宣言を付している¹⁶⁾。本稿で取り上げた事案について親子分離禁止原則に触れられてる事案はなかった。筆者はこれまで子どもの退去強制に関わる事案をすべて検討したわけではないが、我が国裁判所は政府見解と同様の判断に基づいて親子分離禁止原則を理解しているのでないかと推測される。

14) 坂東、前掲論文、pp. 141-142.

15) 法務省入国管理局 「在留特別許可に係るガイドライン 平成18年10月 平成21年7月改訂」 <https://www.moj.go.jp/isa/content/930002524.pdf> (2023.10.9閲覧)

16) 外務省「第一回報告書審査 児童の権利委員会からの質問に対する回答」 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/9605kaito/index.html> (2023.9.10閲覧)

ところで、親子の分離には子に対して心理的に様々な影響をもたらすことは良く知られている。¹⁷⁾ 親の子に対する暴力的扱いなどの場合は別として、退去強制事案において、親子を分離させる判断をする場合は、特に慎重な検討が必要であることは言うまでもなからう。親子分離禁止原則に基づき、子に特別在留許可を与えるならば、その親に対しても同様にすべきというのが、子どもの最善の利益にかなうと考えられよう。本稿で取り上げた事案においても原告側はそのような主張を展開している。そして裁判所は、親の退去強制処分が妥当である一方で、子の退去強制は取り消すべき場合、親子分離禁止原則は適用しないと判断していると思われる。だが、親が退去強制処分となった場合、親子分離禁止原則を適用して、日本への定着性や本国に帰国した後の可塑性・順応性の視点を議論するまでもなく、その子についても退去強制すべしという結論も検討すべきではないだろうか。このような見解をとると、筆者があらゆる場面での子どもの退去強制を支持していると誤解されるかもしれないが、そのように主張しているのではない。親子分離禁止原則の視点が欠けた子どもの最善の利益の議論に若干の違和感を筆者は感じるからである。

何が子どもの最善の利益なのかという問いについて、我が国裁判所は、その子の年齢が概ね16歳以上で、定着性があり経済的自立が一定程度確立されている場合に、親と離れたとしても日本にそのまま在留することが子どもの最善の利益にかなうと判断しているように思われる。だが、はたして、親子が分離した環境が、果たして子どもの最善の利益になるのかという側面も検討すべきではないだろうか。つまり、子が引き続き日本での生活を望んでいたとしても、親と離れることの不利益も考える必要はないだろうか。¹⁸⁾ 日本で長く生活し、定

17) 例えば、瀧岡 優「青年期から成人期にかけての自己形成における「子としての自己」親子の分離 — 再接近過程に注目して」『心理科学』41巻1号 pp. 1-16. 大久保摩里子「青年期の延長にみる親子関係の変化」『人間文化研究』12号（名古屋市立大学大学院人間文化研究科）pp. 27-36. 増南太志、尾形和男「青年の自己有能感形成に及ぼす要因の検討：幼少期の親子関係・内的作業モデルとの関連性から」『埼玉学園大学紀要 人間学部篇』22巻 pp. 61-71.

18) 東京高裁平成26年9月判決の退去強制事案に関して、親からの分離によって予見される子への影響について、子どもの最善の利益の観点から影響がないとの実証はみられないと指摘している判例解説に注目したい。安藤、前掲論文、p. 330.

着性が認められると思われる16歳の子が本国に帰国する場合、順応性と可塑性がないと判断されたとしよう。だが、一時は本国での生活に慣れない状況に陥ったとしても、本国へ帰国し再出発することが、その子の将来にとって大きな成長につながるの考えも成り立たないだろうか。それが子どもの「最善の利益」となることも否定できないであろう。そもそも可塑性、順応性が失われる年齢が概ね16歳であると判定できるかどうかとも再考されねばならないだろう。したがって、親子分離にいたる結果を招く判断は最も慎重になされるべきであるといえよう。

結 言

厚生労働省の2022年10月末現在の統計によると、外国人労働者の数は過去最高となった¹⁹⁾。新型コロナウイルスの感染拡大によって一旦は鈍化した¹⁹⁾が、日本における人手不足を背景に、外国人労働者増加の流れは依然として続いている。

このようなわが国の外国人労働者をめぐる環境の変化のもとで、外国人の子をめぐり在留特別許可を考える場合、2019年3月5日、子ども権利条約委員会から出された日本政府に対する勧告内容、つまり、子どもに関連するすべての決定において子どもの最善の利益が第一次的に考慮されるべきである、との指摘は論をまたない²⁰⁾。ただし、何が子どもの最善の利益なのかについては判然としない。その客観的基準も判定し難い²¹⁾。

一方、親子分離禁止原則は明確な概念であろう。父母の意思に反してその父母から分離されないことの意味は、親子を物理的に分離しないことは明白であ

19) 厚生労働省「外国人雇用状況」の届出状況まとめ（令和4年10月末現在） https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_30367.html（2023.7.3 閲覧）。

20) 日本弁護士連合会「国連子どもの権利委員会総括所見 日本語」 https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/soukatsu_ja.pdf（2023.6.3 閲覧）。

21) 子どもの権利委員会の解釈によると、子どもの最善の利益を具体的に、実体的権利、基本的解釈法理、手続規則としている。詳しくは、安藤、前掲論文、p. 330。

る。親の暴力行為等のため、親子分離が子ども最善の利益である場合は別であるが、親子の分離という事態を生じさせることには慎重な判断が求められるべきであろう。

今後、外国人労働者が増加すると予想される日本²²⁾にあつては、親の退去強制処分に伴う子の退去強制については、親子分離禁止原則も十分考慮した子どもの最善の利益を考えるべきではないだろうか。

(本学法学部教授)

22) 厚生労働省「外国人雇用状況」の届出状況まとめ(令和4年10月末現在)～外国人労働者数は約182万人。過去最高を更新～ https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_30367.html (2023.6.1閲覧)。