

# 日本型外国人受入れ制度の研究 - 「移民法系」と「非移民法系＝入管法系」の間-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2019-03-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中村, 義幸 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/19954">http://hdl.handle.net/10291/19954</a>

《特別研究(2015年度)》

日本型外国人受入れ制度の研究  
— 「移民法系」と「非移民法系=入管法系」の間 —

中 村 義 幸\*

A study on Japanese Legal System of Foreign Immigration  
—Between 「The open immigration approach」 and  
「non immigration=The immigration control approach」—

Yoshiyuki NAKAMURA

1. はじめに

- 1) 問題の背景
- 2) 先行研究の状況と本論文の対象と手法—移民法政策論へ

2. 外国人受入れ制度の法的枠組み

- 1) 日本国憲法と外国人の人権(とくに「入国・在留の自由」)
- 2) マクリーン判決の示す法的枠組みと内容—批判的考察にもふれて
  - ア) 外国人の入国・在留の自由—判決要旨にみる
  - イ) 判決を契機に提起された憲法解釈論—憲法 22 条第 1 項について
  - ウ) 権利性質説の意義、限界、修正論議へ
  - エ) 特別の条約—国際人権条約等
  - オ) 国際慣習法
  - カ) 行政法理論の問題点と行政裁量統制論

3. 在留資格制度の比較検討「非移民法系=入管法系」と「移民法系」

- 1) 日本の現行在留資格制度—比較の前提として
- 2) アメリカの査証(VISA)制度(在留資格制度)
  - ア) 非移民 VISA 制度
  - イ) 移民 VISA 制度

4. おわりに

- 1) 「移民政策」採用の是非について
- 2) その他の改革について

---

\*情報コミュニケーション学部専任教授

## 1. はじめに

### 1) 問題の背景

定評のある研究社の『新英和大辞典』では、初版以来‘Immigration’には「移民」の訳語が当てられてきたが、1980（昭和55）年の第5版からは新たに「出入国管理」の訳語が加えられた。この改訂は、社会科学わけても法律学の分野においては極めて重要である。

この改訂の背景としては、1970年代後半から高まりを見せた‘国際化’の動向の中にあつて<sup>(1)</sup>、日本においても外国人に対するいわゆる「入管」問題が次第に重要な社会問題、政治問題化したことにある。すなわち、国家間の人の移動については、英語圏にはかねてより「移民」の在留資格で受け入れる法制度を有する「移民法系の国家」（その典型例はアメリカの「移民国籍法」以下、「移民法（系）」と略記）と、この在留資格を認めずに一時的に一定期間特定の在留資格で外国人を受け入れることを基本とする出入国管理の法制度を有する「出入国管理法系の国家」（その典型例は日本の「出入国管理及び難民認定法」以下、「入管法（系）」と略記）の2大別があることが次第に明らかになってきたことが主たる理由であろう。

ところで、最近のわが国では、少子高齢化に伴う急激な人口減少社会への対応策の一つとして、労働稼働人口の不足を補うための「外国人移民」の受入れ（移民政策の採用）の是非や、経済のグローバル化に伴う国際的な労働力移動の活発化を背景に、我が国が今後も持続的に経済社会を発展させるために必要な優秀な留学生や高度人材をいかに獲得するかといった課題、さらには、比較的同質性の高い日本社会を開き「多文化共生社会」を実現することの是非などが議論されてきた<sup>(2)</sup>。

こうした課題を巡っては、過去にも一大論争期を経験している。最初のいわゆる‘バブル経済’の発生から崩壊に至る1970年代後期～1990年代初期にかけての〈第1次論争〉では、農林漁業・中小零細企業や建設現場での急激な労働者不足に対応するための「外国人単純労働者受入れの是非」が‘開国か鎖国か’といったセンセーショナルなタイトルのもとで論じられたが、この論争は「研修生」や「技能実習生」さらには日系ブラジル人などの「定住者」の在留資格が新設されたことで決着した<sup>(3)</sup>。

次のいわゆる‘グローバル化’を背景とした98年頃から今日までの〈第2次論争〉の特徴をあげるならば、建設業や農林・漁業さらには介護の分野にまで「技能実習生」を拡大する従来型の提案がなされることに加えて、経済官庁や文部科学省、さらには大企業や経済団体などが主導権を握り、より

(1) 拙稿「国際社会化と人権」憲法理論研究会編『現代の憲法理論』（啓文堂、1990）317頁。

(2) ここではとりあえずこの時期に刊行された関連文献を一必ずしも法律学の学術書ではないものを含め数点挙げるに留めておきたい。栗本一男『国際化時代と日本人』（日本放送出版協会、1985）、大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて』（東信堂、1986）、西尾幹二『戦略的鎖国論』（講談社、1988）、花見忠・桑原靖夫『明日の隣人・外国人労働者』（東洋経済新報社、1989）、手塚和彰『外国人労働者』（日本経済新聞社、1989）、手塚和彰『労働力移動の時代 - 「ヒト」の開国の条件』（中公新書、1990）、江橋崇編『外国人労働者と人権』（法政大学出版会、1990）、桑原靖夫『国境を超える労働者』（岩波新書、1991）、芹田健太郎『永住者の権利』（信山社、1991）などがある。

なお、本稿の直接のテーマではないが、明治維新以降の日本の近代化に当たっては、多数の外国人が多大の貢献をなしたことの足跡については、梅溪昇『お雇い外国人』（日経新書、1965）、梅溪他『お雇い外国人』（全16巻）（鹿島出版会、1975）、朝日新聞『外国人の足跡』（朝日新聞社、1979）など参照。

(3) 拙稿「外国人労働者—外国人の権利一般に拡大する問題」法学セミナー448号（1994・4）30頁。

大規模に「高度人材」としての外国人受入れ政策が提言されたり、外国人の「社会統合」の是非や「多文化共生社会」あるいは「多文化共創社会」の実現の是非などが議論されている<sup>(4)</sup>。

## 2) 先行研究の状況と本論文の対象と手法—移民法政策論へ

上記のような背景を持つ諸問題を包括する研究分野としては、最近新たに「移民政策学」が提唱され、2012年6月には「移民政策学会」も発足するまでになった。そこで、同学会に所属する研究者によるこれまでの研究を参考までに一覧してみると、以下に記すようにきわめて多様である<sup>(5)</sup>。

先ず、政治学系では、政治学、外交史や国際政治学、国際関係論などで、経済学系では、経済学、国際経済学、労働経済学など、社会学系では、社会学、家族社会学、産業社会学、教育社会学などがあり、最近では新たに国際社会学の主要テーマとしても取り上げられている。また、教育学、公共政策学、さらには文学、言語学、文化人類学のテーマとなるなど、外国人受入れをめぐる諸問題の研究領域は、人文科学から社会科学領域の全ての研究分野を覆うほどの広汎な広がりを見せている。

ところで、法律学的研究の分野においても、主として国際法、憲法、行政法、労働法（雇用法）、社会保障法、民法などで個別の論点が検討されているが、本稿の目的は、主として憲法・行政法の公法の視点から、その主たる手法である「法解釈学」に「政策学」としての手法を加味した行政法研究の一分野としての「外国人受入れに関する公法政策」を試論的に展開することにある<sup>(6)</sup>。

なお、かかる法分野の中心をなす外国人の「受入れ」、すなわち「入国・在留」を規律する入管行政については、最狭義では、「文字通り個人の入国、それに引き続き在留ならびに出国を規制する法—入国許可・禁止、在留管理、退去強制に関する実体・手続法等—の総体と、それが行政・司法権により解釈され、執行されていく過程—法実現過程—を意味する。」とされている<sup>(7)</sup>。また、60年代後半には、当該分野についての公法学的研究については、「一般に、入管行政は、事柄の性質上、広範な自由裁量を内包する行政権の独自性ないし優位性が濃厚に露呈される行政カテゴリーであり」、「国際政治的自由裁量の盲点」であったとの指摘もなされていた<sup>(8)</sup>。しかし、70年代後半に至ってもなお「入管プロパーの分野は行政法、憲法、国際法のどの研究者からも放置されて今日に至っている<sup>(9)</sup>。」との総括がなされていた。こうした理論状況は、最近に至ってもなお、後述する憲法学での「外国人の人権論」を除くとそれほど変わっていないと言わざるをえないように思われるのである。

ところで、ここで本稿が検討しようとしている対象である「外国人」「移民」「移民国」「移民法系」「非

(4) (社)日本経済団体連合会『外国人受入れ問題に関する提言』2004年4月、同『外国人材受入問題に関する第二次提言』2007年3月など。

(5) 2012年度以降、移民政策学会機関誌『移民政策』（現代人文社）が毎年度刊行されており、詳細はこれらを参照されたい。

(6) 公法学（憲法・行政法）の分野で戦後「教育法学」が形成された例に倣って、行政法各論の一分野としての「特殊法」の例として、「外国人法」（Alien Law, Ausländerrecht, Droit de l'immigration）の形成を主張する論者もある。兼子仁「特殊法の概念と行政法」杉村古希記念『公法学研究（上）』（有斐閣、1974）所収、同『行政法と特殊法の理論』（有斐閣、1989）285頁。

(7) 大沼保昭・前掲注（2）・15頁。

(8) 和田英夫「強制送還と入管行政—国際政治的自由裁量の盲点」ジュリスト401号（1968・7・1）40頁。

(9) 大沼保昭・前掲注（2）・19頁。

移民法系＝入管法系」の各々の法的意義について述べておきたい。

まず、「外国人」であるが、国籍法によれば「日本国民でない者（以下「外国人」という。）」（4条1項）と明確であり、入管法による出入国・在留規制の直接の対象となる「外国人」についても、入管法は「日本の国籍を有しない者」（2条2号）と定めており、こちらも明確である。そして、こうした「外国人」も、国籍法の定めに従って法務大臣の許可する「帰化」によって日本国籍を取得すれば（4条）、「日本国民」として入管法による出入国の認証を受けなければならないことを除いて、外国人に課された厳しい規制から除かれることができる。

次に、「移民」についてであるが、ここでは上記の「外国人」の実定法上の定義を前提として、外国人であって「就業に当たって特別の規制を受けずに国籍国以外に終生移住しようとする者としての在留資格を有する者」と定義しておきたい<sup>(10)</sup>。なぜこのように「外国人」や「移民」の定義に拘るかといえば、出生地主義の国籍法を有する「移民法系国」の典型のひとつであるフランスでは、「移民1世」は帰化するまでは外国人であって入国・在留規制の対象となるが、2世以下になるとその大半は出生によるフランス国籍者（フランス国民）となって入国・在留規制を免れるようになるが、彼らの多くは「書類上のフランス人」（Français de papier）と見做されて「国民」でありながら「移民」として差別の対象とされるといわれており<sup>(11)</sup>、移民政策において考慮すべき問題の範囲は、「移民」の在留資格をもって入国した外国人に限定されるわけではなく、彼らの2世以降の社会的対応にまで及ぶことに注意を促したいがためである。

「移民国」については、こうした「移民」を多数受入れているフランスの現状に詳しい宮島喬教授の定義が参照されるべきであり、社会学での「移民国」とは次の六つの要素を兼ね備えた国であるとしている<sup>(12)</sup>。

- ① 定住する移民を想定した在留資格を備えていること。
- ② 裁量によらない国籍取得手続き（権利帰化）を定めていること。
- ③ 国土内で出生したという事実に基づく何らかの権利が制度化されていること。
- ④ 二重国籍など複数の所属に寛容であること。
- ⑤ 多少とも包括的な統合政策が行われていること。
- ⑥ 文化的タームよりも「所属の意思」（その指標としては例えば継続的な居住）によって定義される「国民」観念をもっていること。

本稿では、この宮島教授の「移民国」の把握を参考にしつつ、入管法レベルでは最小限①の要素をもった法規が制定されている国を「移民法系国」（「移民国」は、「入管法」の枠を超えた概念であり、

(10) 近藤敦「移民政策」1号（2011）1頁。

(11) 森千香子『排除と抵抗の郊外—フランス（移民）集住地域の形成と変容』（東京大学出版会、2016）240頁。

(12) 宮島喬『共に生きられる日本へ』（有斐閣、2003）254頁。

②③等の出生地主義の国籍法等一般の帰化制度を超えた容易な国籍取得の法制度を備えていることや、⑤等の政策の有無も関連があるが)、そうでない国を「非移民法系＝入管法系国」と把握しておきたい。

もっとも、「移民国」と「移民法系国」は必ずしも同義ではない。ドイツの現状に詳しい近藤潤三教授は、「移民国」を「量的な面から見た移民国」と「質的な面から見た移民国」に分け、事実上多数の移民が居住している国を前者の「量的な面から見た移民国」、「最小限の意味として、国外から来る外国籍の人々を、定住を前提に、将来は国民の一部になることを予定して受け入れる用意のある国」を後者の「質的な面から見た移民国」としている<sup>(13)</sup>。

筆者としては、入管法に後者の人々を受入れる在留資格を有し、現実には多数の「移民」を受入れている国を「形式的かつ実質的移民法系国」、こうした在留資格は有しないがこれとほぼ同様の機能を果たす類似の在留資格を有し、事実上多数の「移民」を受入れている国を「実質的移民法系国」、入管法等に「移民」の在留資格がなくかつ事実上もほとんど「移民」を受入れていない国を「形式的かつ実質的非移民法系＝入管法系国」として分類し、その課題等を検討することとしたい。

## 2. 外国人受け入れ制度の法的枠組み

### 1) 日本国憲法と外国人の人権（とくに「入国・在留の自由」）

外国人の日本国への受入れを、ここでは一応「入国許可」や「在留許可」と把握しておくことにしたい。というのは、法律上は、「入国許可」や「上陸許可」を受けずに入国・上陸することは「不法入国」となり、「在留期間延長許可」や「特別在留許可」を受けずに在留することは「不法残留」となっているけれども「退去強制事由」（入管法24条）に該当することにより退去強制手続きが開始されることにより、最終的には日本に在留する（居住する）ことができなくなるため、入国・在留することが許可されることがすなわち「受入れられる」ことになるからである。

ところで、外国人の入国許可や在留許可についての法的枠組みについて明快に判断した最高裁判所の先例は、いわゆる「マクリーン事件判決」<sup>(14)</sup>であったことについてはほとんど異論を見ない。そこで、まず、同事件の事実の概要から確認しておきたい。また、同事件の下級審判決についても、本稿の「法解釈学的・政策学的検討」の視点からは極めて重要なために可能な限り詳しく検討することにした<sup>(15)</sup>。

なお、イギリスをはじめとする諸外国でも「Exclusion（不法入国を理由とする強制退去）」と「Ex-

(13) 近藤潤三『移民国としてのドイツ』（木鐸社、2007）10-11頁。なお、ドイツ統一後の「移民国としてのドイツ」までの外国人問題の展開については、同『統一ドイツの外国人問題—外来民問題の文脈で—』（木鐸社、2002）に詳しい。

(14) 最大判1978（昭53）10・4民集32・7・1223、判時903・3、東高判1975（昭50）9・25行集26・9・1055、東地判1973（昭48）3・27行集245・3・187、本文の判旨の要約はこれら判例集の該当箇所を要約した。

(15) 「マクリーン事件判決」は、外国人の人権に関する先例となっているため多数の文献がある。その全体の簡略な論評については、拙稿「マクリーン事件」『戦後の著名な憲法判例』（尚学社、2013）262-272頁参照。なお、筆者が重要と考える他の見解については、改めて該当箇所でも論及することとしたい。

pulsion（不法在留を理由とする強制退去）」を共に行政処分としての「Deportation（退去強制）」で執行する法制度を検討する際には、その前提としての「Legal Framework（法的枠組み）」の検討を欠かすことはできない（例えば、EU加盟国のイギリスでは、関連する国際公法・国際人権法・EU理事会決定文書類・EU法・EU混成法（EU Hybrid Law）・国内法などの複合的な法体系であり<sup>(16)</sup>、イギリスのEU加盟以来同国の法分野としては「全イギリス国家法中の最も複雑な法制度となった。」とすら言われるようになってきている<sup>(17)</sup>）。そこで、本稿は、主題がこうした広がりをもつ問題であることを十分に認識しつつも、直接こうした外国の法分野の解析を意図するものではないため、主題の解決に必要な最小限度の検討に留まるものであることを予めお断りしておきたい。

### 【事実の概要】

裁判所の認定した事実の概要は大略次のとおりである。

アメリカ国籍のロナルド・アラン・マクリーンは、1959年にハワイ大学教育学専攻を卒業し、ハワイ州立学校の教師や米国船舶局の職員をしたのち、66年に米国平和奉仕団の一員として韓国に渡って英語教育に従事した。マクリーンはその後、69年4月21日在韓日本大使館発行の査証を受けた旅券を所持して本邦に入国し、同年5月10日下関入国管理事務所入国審査官から入管令4条1項16号、特定の在留資格及びその在留期間を定める省令1項3号（いずれも当時）に該当する者としての在留資格をもって、在留期間1年とする上陸許可の証印を受けて本邦に上陸した。

マクリーンは、入国後東京都内に居住し、語学学校の教師をして生計を立てる傍らかつてハワイにおいて2年間ほど琴を習ったことがあり、また琵琶の演奏に魅了されたこともあって、入国後日本琵琶協会の理事の一人に師事して週2回、琴も専門家に師事して週1回それぞれ習っており、こうした研究をさらに続けて将来母国アメリカに帰国後はアジアの音楽部門を有する大学で琵琶や琴の教授をしたいと希望していた。

そのためには、日本での英語教育と琵琶・琴の研究をさらに継続する必要があるとの理由で、翌70年5月に法務大臣に対して1年間の在留期間更新の申請をしたところ、法務大臣は、入管令（当時）21条3項に基づき「出国準備期間として120日間の在留期間更新を許可する。」との処分を行った。マクリーンは、さらに同年8月からの1年間の在留期間の更新を申請したところ、法務大臣はこれを許可しないとの本件処分を行った。

### 【下級審判決の要旨】

第1審の東京地裁判決の要旨は次のとおりである。外国人は、在留期間の更新を受ける権利を付与されていないために、法務大臣は相当広汎な裁量権を有するものと解すべきであるが、この裁量権も

(16) Eric Fripp General Editor, *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion From The United Kingdom*, HART Publishing, 2015, pp.11-226.

(17) S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, 2<sup>nd</sup> ed., 1974, p.419.

憲法上その他の法令上一定の制限に服するのは当然であるとして、以下のように処分理由の問題点を指摘した。まず、①ベルリッツからエレックへの無断転職は同種の語学学校間であって「資格外活動」に該当せずかつ勤務先変更は「入国目的の喪失」にも該当しない。②ひとたび入国を許可された在留外国人の政治活動が在留期間更新の不許可事由に該当するか否かの判断は、少なくとも入管令5条1項11号ないし14号（いわゆる政治目的での集会・結社・表現活動を理由とする「上陸拒否事由」一筆者注）に該当しまたはこれに準ずる事由があるか否かについて判断すべきであり、マクリーンのベトナム戦争反対活動、日米安保条約反対活動、入管法改正法案反対活動（当時入管法による外国人の入国・在留規制の厳格化を目的とすると巷間言われていた改正案が国会に上程されており、専門家の間では取り締まり目的偏重との批判が出ていた一筆者注）などの実態は、いずれも日本国の利益を害する虞がある政治活動には該当せず、したがって在留期間の更新を拒否すべき事由に該当しないにもかかわらず著しくこの点の評価を誤り、日本国憲法の国際協調主義及び基本的人権尊重の理念を鑑みると、裁量権の範囲を逸脱する違法な処分であるとして当該処分を取り消した。

この1審判決は、憲法上外国人には入国・在留の権利がないことを前提として承認した上で、憲法の国際協調主義の理念や基本的人権尊重の趣旨を加味する基本的スタンスに立ち、具体的な入管法の要件解釈においてこのスタンスを生かした行政裁量論で結論を導いた緻密な法解釈論として極めて重要であり、後にアメリカの判例などと比較検討するにあたって大いに参考になるものである。

次いで、2審の東京高裁判決の要旨は次のとおりである。まず、いったん適法に在留を許可された外国人は、その在留期間内に入管令24条に定める退去強制事由に該当しない限りその活動は原則として自由であり、人種、信条、性別などによって差別されることはなく、思想、信教、表現の自由等基本的人権の享受においてもおおむね日本国民に準じて劣るところはなく、いわゆる政治活動であっても同様であるとした。

しかし、ひとたび在留期間の更新を許可すべきか否かとなれば問題はおのずから別で、外国人の受入れが基本的には受入れ国の自由な判断に委ねられていることに由来して、更新を適当と認めるに足りる相当の理由の有無については法務大臣の自由な裁量による判断に任されており、法務大臣は、申請者の申請事由の当否、在留期間中の行状、国内の政治・経済・労働・治安などの諸事情、及び当面の国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌し、窮極的には高度の政治的配慮のもとにその判断を行うべきこととなる。したがって、本件で問題となっている一連の政治活動はそれ自体では退去強制事由に該当すると判断することは困難であるが、法務大臣が高度の政治的配慮のもとに判断するに当たり消極的資料として考慮しても裁量権の範囲内にあり違法ということはできない。この結果、原判決は取り消されることとなった。

この高裁の判断に対しては、原告から11点にもわたる憲法違反や法令違反、理由不備、理由齟齬などの上告理由が提出された。このために、最高裁においては、①在留外国人に対する憲法第3章に規定する基本的人権の保障、②外国人の入国・在留の権利、③法務大臣の裁量権の性質と裁判所の審査権の範囲、④在留期間中の政治活動と法務大臣の在留期間更新拒否処分の適法性等々についての注目



すべき判断が示されることとなった。

そこで、次に、このようにして日本における外国人受入れ制度の法的枠組みの根幹を決定することになったと評価されている「マクリーン事件最高裁判決」について、以下項を改めてこの大法廷判決の内容を、学説の批判的考察をも交えて考察することにしたい。

## 2) マクリーン判決の示す法的枠組みの内容—批判的考察にもふれて

### ア) 外国人の入国・在留の自由—判決要旨にみる

「憲法 22 条 1 項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するととどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される（ここで援用されている先行判例の記載は略—筆者）。したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないと解するべきである。」（中略）

「憲法第 3 章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解するべきであり、政治活動の自由について、わが国の政治的意思決定またはその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないとは解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である。しかしながら（中略）、外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、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枠内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないまでの保障が与えられているものと解することはできない。」

### イ) 判決を契機に提起された憲法解釈論—憲法 22 条第 1 項について

判旨には先行判例（昭和 32 年 6 月 19 日大法廷判決）の援用がなされていたが、学説についてみても、従来からの憲法学説の通説を確認したままで<sup>(18)</sup>、特段新たな判示部分は見られない。

(18) 芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』（有斐閣、1978）、浦部法穂「外国人の憲法上の権利（マクリーン事件）」樋口・野中『憲法の基本判例（第 2 版）』（有斐閣、1996）15 頁、辻村みよ子『憲法』（日本評論社、2000）163 頁など。

なお、この判決に接した機会に、改めてわが国の憲法学説と判例との関係に照らしてみると、「[外国人の人権] 問題は判例と学説の大幅な一致がみられる典型的な例であり、議論の大枠に関する限り、両者の間にはほとんど不一致が見られない」ことから、あるいは、判例・学説の一致ゆえに、「現行の外国人法制は、結局のところ外国人の人権を否定するという立場で構成されているのではないか」という疑問を提起した安念教授の見解が注目された<sup>(19)</sup>。この説の特徴は、それまでの憲法学説が、外国人に対する憲法の定める基本的人権のカatalogごとの保障を一般的・抽象的に論じてきたのに対し、この判決が先例に倣って「憲法上の外国人の入国・在留の自由」を明確に否定したことから、「憲法の基本的人権の保障は外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎない。」ことになり、その在留資格制度たるや、「外国人の人権を根本的に制約する」ことから、「外国人の人権」という問題の立て方自体が成立しなくなるのではないかと疑問を呈したことにある。また、判例に批判的な学説の中には、一方で入国・在留の権利は認められないという通説・判例の原則は維持しつつ、他方でいったん在留が認められた以上は引き続き在留する権利が認められるべきであるとする学説があるが、この見解も両立しえないのではないかと疑問視している。この安念教授の問題提起は、マククリーン事件判決を素材に外国人の人権をめぐる議論に一石を投じたものの、「外国人には入国・在留の権利は認められないという原則自体を根本的に変更するほかないのではなかろうか<sup>(20)</sup>。」という結論に至っている。

もっとも、この同教授が投げかけた憲法解釈学説の抱える「難問」をめぐるのは、つとに近代の「国民国家」における「国民」と「外国人」の平等に関する解決困難な課題が認識されてきてはいた<sup>(21)</sup>。そこで、こうした発想を引き継いで、マククリーン判決への憲法解釈学の対応についても「憲法解釈論に現在でも基本概念を提供している、国民国家を範型とする従来个国家学を再考するところから、議論をはじめの必要がある。」とする近代国民国家の国家論・法理論の見直しにまでさかのぼる理論的研究の必要性を指摘する見解もある<sup>(22)</sup>。

しかしながら、こうした研究が直接憲法 22 条 1 項の解釈としてであるかどうかはともかくとして、現在までのところ、日本国憲法上外国人が入国・在留の自由を有するとする学説が一般的になっているとは言いがたい状況にある。そこで、次に、「入国・在留の自由」についてはいったん置き、マククリーン判決の採用した「権利性質説（または性質説）」の意義と課題についてふれておくことにしたい。

#### ウ) 権利性質説の意義、限界、修正論議へ

マククリーン判決が、「憲法第 3 章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解

(19) 安念潤司「[外国人の人権] 再考」芦部信喜先生古希祝賀『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣、1993）163 頁。

(20) 安念・同上・180 頁。

(21) 斎藤靖夫「外国人と平等」公法研究 45 号（1983）85 頁以下。

(22) 筆者もかつてこうした議論を試みたが（拙稿「[定住外国人]の人権」全国憲法研究会『憲法問題』2 号（三省堂、1991）35 頁以下）、課題の十分な解明にまでは到底至らなかった。最近の論考については、とりあえず、石川健治「人権享有主体論の再構成」法学教室 320 号（2007）16 頁参照。

すべきであり」と一般的に（あるいは「総論」として）判示したことは、かねてより憲法学説の通説となっていた「権利性質説（性質説）」を最高裁が採用したものと評価された。その理由は、権利性質説とは一般に、外国人の人権享有主体性に関する議論において、人権が人間性に由来する前国家的乃至前憲法的性格を有すること、さらに憲法が遵守することを定めた（98条2項）世界人権宣言や国際人権規約がいわゆる内外人平等原則を定めていることのいずれかまたは双方を根拠としていることを理由にこれを積極的に解し、次いで権利の性質によって外国人に保障されないものとそうでないものを区別するが（本稿で検討中の「入国・在留の自由」のほか「参政権」「公務就任権」「社会権」などは否定され、精神的自由権、人身の自由などの自由権はその前国家的性格を根拠に肯定されることが一般である。）、外国人には保障されないとされる自由権以外の前者についてもできる限り外国人にも保障を及ぼすべきであるとする見解で、それまでの否定説や文言説と比較してより憲法の基本原則に沿った解釈として評価されてきていたからである<sup>(23)</sup>。

しかしながら、最高裁は、本判示部分に至る前にすでに「憲法22条1項」や「国際慣習法」による外国人の入国・在留の自由」を否定しており、本判示に引き続いて、憲法21条1項で保障される「政治活動の自由」についても「外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除きその保障が及ぶものと解するのが、相当である。」と一般論を展開しながら、最終的には入管令21条3項による法務大臣の裁量権を広く認めて、マクリーンの在留中の政治的表現活動を理由として在留期間更新拒否処分を是認することになってはいた<sup>(24)</sup>。

いずれにしても、権利性質説が採用されただけでは問題は解決せず、どのような権利が外国人に対してどのように具体的に保障されるかが次の新たな課題とされた。

そこで新たに登場したのは、マクリーン判決の当事者が当初は在留期間1年間で少々延長されても長くても数年間日本に滞在し、その後は生活の本拠で家族も生活する本国のアメリカへ帰国することを予定した「一般外国人」であり、こうしたいわば一時的に滞在するにすぎない外国人に対してすらマクリーン判決の論理が種々批判される中で、様々な事情によって長期間にわたり国籍国に容易に帰国できずにほとんど「定住」している日本人と同様の生活実態にある人々も多数日本国内に在留しているという現実を照らすと、こうした人々の中にいるいわゆる「定住外国人」にはより国民に近い権利保障を認めるべきではないかとする見解が提唱されるに至った<sup>(25)</sup>。

提唱者によると、日本国憲法下の「外国人の人権」論における解釈原理として、権利性質説を個別法機能による権利主体確定というかたちで具体化することにより解決すべきであるとして、①「社会構成員性」と②「生存権的必要性」の二つの判別基準により国内に在留する外国人を、「定住外国人」

(23) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（新判）（有斐閣、1971）241頁、芦部信喜「人権の享有主体（2）」法学教室102号（1989）34頁など。

(24) 柳井健一「外国人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二編『人権の主体』（法律文化社、2010）19頁は、前国家的性質ゆえに保障された表現の自由も、政治的性質を理由に制限されるように、権利性質説には必然的もしくは不可避的にこうした要因が潜んでおり、これを憲法解釈論だけで独力で解決することの困難性を指摘する。

(25) 大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」『法学協会百周年記念論文集』第二巻、（有斐閣、1983）361頁、同・注（2）180頁以下に再録。拙稿・注（15）では、「権利性質説」では、権利の性質によって分別するとされながら、結局は「国民であるか否か」すなわち「国籍」による分別に帰着することを批判している。

と（広義の）「難民」、「一般外国人」の三種に分類し、他にこれに該当する者もありうるが、まずは入管法・入管特別法上の「永住資格者」が一般に「定住外国人」に含まれると主張した。ちなみに論者のいう「定住外国人」とは、「日本社会に生活の本拠をもち、その生活実態において自己の国籍国を含む他のいかなる国にもまして日本と深く結び付いており、その点では日本に居住する日本国民と同等の立場にあるが、日本国籍を有しない者」をいうものとされている<sup>(26)</sup>。

この見解は、在留外国人の類型化によって人権保障の対象の拡大を図ろうとする見解であり、「権利性質説」の修正または発展型と評価されるが、なお原理的発想としては現代の国民国家における人権享有主体はあくまでも国民主権の保持者＝国籍保持者＝国民に限定されるとする「国民国家パラダイム」にとどまると評されている（なお、これには、「権利享有主体否定アプローチ」→「権利性質アプローチ（初期型）」→「同（修正型）」→「同（最高裁型）」の4類型があり、1990年代以降の通説は「同（修正型）」で、「マクリーン判決」に続く地方選挙権の付与での許容説に立つ判決（最三小判平成7・2・28民集49・2・639）などを含めると、通説と異なる「同（最高裁型）」をも新たに区分できるとしている<sup>(27)</sup>。

しかし最近では、国家主権の担い手＝国民のパラダイムを相対化さらには否定するかのとき、この考え方を基底的部分において大きく転換する『国民国家相対化パラダイム』といわれるような考え方も提唱されるに至っており、選挙権の付与の可否を基準にみると「定住市民アプローチ」→「永住市民アプローチ」→「市民主権アプローチ」の3種類の考え方があるともいわれており、つぎに簡単にこれらの見解にも触れておきたい<sup>(28)</sup>。

まず、「定住市民アプローチ」では、「民衆政の原理は、自己の政治的決定には従うということであり、したがって、その社会の政治的決定に従わざるをえない者はその決定に参加しうる」のであり、「『国民』主権原理のもとでの主権者『国民』は、当該政治社会における政治的決定に従わざるをえない全ての者を含む概念」であり、日本に生活の基盤を有し日本以外に生活の基盤をもたない「定住外国人」は日本国民と同様に人権が保障されるとし、参政権、公務就任権などを積極的に解する見解である<sup>(29)</sup>。

次の「永住市民アプローチ」では、戦後のヨーロッパにおける外国人移民労働者の定着に伴う対応やEUの政治統合の進化（深化）に伴うEU市民権の創設、移動の自由を保障したマーストリヒト条約の例などを参考に、「一定の期間生活の本拠を日本に置き、引き続き日本に永住する意思のある者」を「永住市民」として捉え、これらの人々に参政権や社会権、公務就任権などを保障しようとする考え方であるといわれている<sup>(30)</sup>。

最後の、「市民主権アプローチ」とは、「資本・技術・人・情報等が地球的規模で移動し、主権・領土・国民を構成要素とする主権的国民国家や国民国家システムにゆらぎが生じている。」との認識に基づ

(26) 大沼・注(2) 202-204頁。

(27) 中谷実「外国人の人権—7つのアプローチと2つのパラダイム」ジュリスト1244号(2003・5・1・15) 158-163頁。

(28) 中谷・同・163-165頁。以下の記述は、とくに断らない限りこれを要約したものである。

(29) 浦部法穂『全訂憲法学教室』（有斐閣、2000）、15頁、同『事例式演習教室・憲法（2版）』（有斐閣、1998）13-15頁。

(30) 近藤敦『外国人の参政権』（法律文化社、1996）、270頁、322-323頁。

き、外国人を①永住外国人（一般永住者、特別永住者、及びその配偶者・子ども等）、②永住資格はもたないが一定期間の在留資格を有する定住外国人、③その他の登録外国人（90日以上在留者）、④一般外国人（90日未満の一時滞在者）、⑤難民、の5種類に分類し、①のうちから「政治的意思決定能力をもつ年齢に達した者」を「永住市民」と認めて国政・地方の参政権（選挙権・被選挙権）を認めようとする見解であり」他の人権、例えば、入国の自由、在留の権利、再入国の自由、政治活動の自由、経済的自由権、公務就任権等についてもより積極的な保障がなされるべきであると主張しているようである<sup>(31)</sup>。

ところで、外国人の人権享有主体性についての通説とされる権利性質説の議論を俯瞰してみると、なかでも中心的論点である「参政権」については、「近代国民国家の枠組みを前提とする限り、国政についての選挙権・被選挙権を外国人に認めることは、国民主権原理と両立し難い」し<sup>(32)</sup>、「近時、国際化ないしグローバル化に関連して、国民国家性、否国家そのものを懐疑の目で見る傾向も有力になってきているように思われるが（中略）ここ当分は、人がいずれかの国家に帰属し、その構成員が国家を担うと共に国家はその構成員を正当に扱う責任を負うという体制が続くのではないか。」<sup>(33)</sup>とする洞察がより説得力をもつであろう。

また、おそらくは基底においてはこうした見解と共通の発想に基づくものと推察されるが、いったんは「国民国家」論を離れて、さきに紹介した安念教授の〈パラドックス〉とは異なった視角から問題の解決方法を提唱する見解がある。すなわち、「国籍は、普遍的に保障されるべき権利を効果的に保障すべく、それを保障する任務を負う者を予め指定するための、つまり、国際的な調整問題を解決するための標識として用いられている。」と考えると、「同国人の権利保障を第一に考え、外国人の権利保障は在留制度の枠内でのみ考えるという現在の通説・判例の態度は、憲法上の権利保障が同胞市民同士という特別の関係に基づく義務だからという理由ではなく、とりあえず国籍を標識として権利を保障する相手を選別することで、国際社会全体としては、より効果的に普遍的に保障されるべき権利を各人に保障しうるからという理由で根拠づけられることになる。」し、国籍の有無が「単なる国際的な調整問題状況の解決策」であると考えれば、難民の保護や外国人への参政権の付与問題などの外国人の人権をめぐる議論も、結局のところこれらが憲法の「許容範囲」とされているか否かの問題となるにすぎないとの見解もある<sup>(34)</sup>。

さて、これまでは、マククリーン判決を契機に提起された様々な議論を見てきたが、この判決を先読みないし深読みして結論を急ぐのではなく、基本中の基本として、判決は憲法22条1項が外国人の入国・在留についてはなんら規定しておらず、このことは国際慣習法により国家が自由に決定できるとしていることと同旨であると判示したにすぎないのではないか。このことは、条約により（これは

(31) 辻村みよ子・前掲・注(11) 162頁、同『市民主権の可能性』（法律文化社、1996）、1頁、276頁、248頁など。

(32) 樋口陽一『憲法』（創文社、1992）177頁。

(33) 佐藤幸治「人権の観念と主体」公法研究61号（1999）30-31頁。

(34) 長谷部恭男「『外国人の人権』に関する覚書—普遍性と特殊性の間」塩野宏先生古稀『行政法の発展と変革（上）』（有斐閣、2001）387頁以下。

後述)あるいは法律によって外国人の地位についての規定を設ける場合には、日本人と同等に扱うか否かについてはいずれであっても一般的に違憲の問題を生じる虞はないとの憲法解釈を示したにすぎないと理解しておけば足りるということである。安念教授の評価のように、「在留資格制度自体が外国人の人権を根本的に制約する」制度となっているとしても<sup>(35)</sup>、憲法は日本国民の権利行使についてすら「公共の福祉」による制約を受ける場合がありうることを認めているのであって、主権国家が併存する現代の国際社会にあっては、国家が「国益」を実現するために、特定の外国人の入国・在留を一方で援助・助長・奨励したり、他方で禁止または規制したりすることを相互に承認することが「国際的な公益」実現に資するとの考え方も一概に否定することはできないであろう。

## 工) 特別の条約—国際人権条約等)

マクリーン判決によると、特別の条約があれば、外国人の入国・在留について国家が自由に決定できなくなるとしている。

そこで、まず法の効力の上下関係をめぐる議論の中の憲法と条約との関係についてふれると、「憲法優位説」が通説であるとされており、先に述べた憲法解釈論での「権利性質説」の結論がそのまま妥当することになる<sup>(36)</sup>。

次に、条約と法律(入管法)との関係では、憲法98条2項の「条約及び確立された国際法規の誠実遵守義務」の規定を根拠として「法律より上位」にあると一般に解されており、条約の趣旨に沿った入管法の解釈や改廃が求められると同時に、入管法に基づく法務大臣等の行政処分を拘束することになる<sup>(37)</sup>。

こうした条約と入管法の関係については、例えば昭和56・57年の「難民条約」「同議定書」への加盟に伴って入管法が改正された(第7章の二 難民の認定等、第61条の二以下を新設)ことなどが記憶に新しい。

しかしながら、これらに関連する条約は膨大な数に上っている。具体的には、わが国との2国間の「友好通商航海条約」などにより、日本国内での貿易、商・工業、その他の産業・企業活動、宗教、通信、文化、教育事業等の諸活動に必要な入国・滞在が可能となる法的地位を規定したり、日本との平和条約や日米安保条約、日本と韓国との基本条約や日韓地位協定による米軍人・軍属や在日韓国人の法的地位、外交関係や領事関係に関するウィーン条約、世界人権宣言から国際人権規約、女子差別撤廃条約、児童の権利条約、障害者権利条約、人種差別撤廃条約等々のいわゆる国連国際人権諸条約、多数の2国間査証免除協定からベトナム、インドネシア、フィリピン等との経済連携協定(EPA)による介護士の受入れ、オーストラリア政府等とのワーキングホリデー制度に関する口上書の交換、書簡の交換

(35) 安念・注(12)168頁は、それゆえに「国際人権論」や「定住外国人」の分類論は自らの憲法解釈論に影響がないとしている。

(36) 高佐智実「外国人の人権—現代国際社会における入国管理のあり方」ジュリスト1378号(2009・5・1-15)62頁。

(37) 宮崎繁樹編著『国際人権規約』(日本評論社、1996)参照。

など<sup>(38)</sup>、その大半は国内法である入管法の「在留資格」に反映される仕組みとなっているのである。

そこで、入管法に対する条約優位の効力関係からすれば、「国際人権規約（社会権規約や自由権規約）」による〈家族生活の尊重〉、「児童の権利条約」による〈児童の最善の利益〉の保護を求める主張が、難民不認定処分、特別在留不許可処分、退去強制処分などの取り消しを求める行政訴訟などで主張されているが<sup>(39)</sup>、詳細は次の在留資格制度で論及することにした。

#### オ) 国際慣習法

判決は、憲法 22 条 1 項が外国人の入国・在留についてなんら規定していないのは、当該事項については国際慣習法が国家の裁量に委ねているからであるとしている。ここで援用されている「国際慣習法」は、判決時（1978 年）から凡そ 80 余年前の 1892 年に国際法協会（Institut de Droit International）がスイスのジュネーブで採択した「外国人の入国許可及び退去強制に関する国際規則」前文をいうものとされているが、「19 世紀の古典的国際法観」に基づくもので、2 度の大战による大規模な人権侵害の反省に立った戦後の国際平和と国際的な人権保障の発展を考慮しない考え方であるとして厳しく批判されている<sup>(40)</sup>。

もっとも、この点については、学説・判例ともに前記の国際慣習法の法規性を直接真正面から争おうとする動きは見られない。

#### カ) 行政法理論の問題点と行政裁量統制論

ここまでは主として憲法や国際法の研究者の研究に言及してきたが、外国人の出入国・在留の管理とくに出入国管理と難民の認定は、国の機関として法務大臣の所管であり、その実施（解釈と執行）は法務省入国管理局によるいわゆる「入管行政」として行われているのである。このために、行政実務家<sup>(41)</sup>や実務法曹<sup>(42)</sup>による解説はあっても、外国人を対象とし国際法と憲法に係る人権の実体法論も混在する複層的な特殊法領域のために、行政法学者の関心は薄く、研究の蓄積も十分とは言い難い状況にある。

しかしながら、筆者には、対象が外国人であることもその理由の一つではあるが、かつての伝統的な行政法学の理論にもそもそもの原因があると言えるように見える。というのは、行政法学にあっては序論又はその基礎を論ずる箇所、「行政法上の法律関係」に言及するのが一般であるが、その中心ともいうべき「行政作用法上の関係」（このほかに「行政組織法関係」や「行政救済法関係」があるが、ここでは問題としない）があるが、行政法解釈学では行政作用（各種の行政活動）の法形式の

(38) 出入国管理法令研究会編『注解・判例 出入国管理実務六法』（日本加除出版、2014）には、1353 頁以下に関連する条約等が収録されている。

(39) 拙稿「入国管理と難民保護—裁判の判例から読み解く」法学セミナー 600 号（2004・12）、48 頁以下。

(40) 宮崎繁樹「国際人権の法理」法律時報 41 巻 4 号（1978）5 頁、同『国際法にける国家と個人』（未来社、1963）26 頁。

(41) 実務家による浩瀚な解説書として、坂中英徳・斎藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説』日本加除出版（同書は 1994 年に初版を刊行後、2012 年の改訂第 4 版まで刊行されている。）などがある。

(42) 児玉晃一・関聡介・難波満編『コンメンタール出入国管理及び難民認定法』（現代人文社、2012）。

分類（行政手段論）や発動のための法律要件や法律効果の分析に重点があり、想定されている処分等の相手方の法的地位（権利義務）については、ともに「公法学」を形成する憲法学との役割分担によるとしているためであろうか、挙げて憲法学の人権論に委ねてしまっているかの如きで、きわめて簡単にふれられているにすぎなかったために、往々にして人権が軽視ないし無視される虞れが強かったのである。憲法学では人権を享有する主権者とされる「国民」も、行政法学では単なる「行政客体」ないし「私人」として扱われてきたのである。

しかしながら今日の行政法学では、こうした取り扱いが法技術上の理由に過ぎず、行政過程における私人は、憲法の保障する基本的人権の享有主体として、公権力主体である行政主体と対峙する権利・義務の主体として位置づけられている<sup>(43)</sup>。

もっとも、こうした行政法学における作用法論での国民の権利の扱いでは十分ではなく「行政法」を「法治主義に基づいて行政を授權し羈束する法、および行政権に対する私人の権利を定める法である。」と規定すべきであるとする見解が提唱されている<sup>(44)</sup>。こうした見解は、既に明らかなように、本稿の視角からは極めて魅力的である。その理由は、あくまでもこの見解を批判する立場からの内容把握ではあるが、この見解では、行政法の内容として「行政作用法中の授權法によって、行政は、憲法の価値を実現すべく委託を受ける。しかして、その際、この授權法を各分野毎に分類し、これを分析し、かつ指導的な原理を見出すに際しては、（中略）それぞれの分野毎に、質的に種類を異にする関連諸科学ないし政策学（例えば、経済政策、交通政策、教育政策、土地政策）の成果との共同作業を必要とすること」になり、筆者が既に明らかにしたように、こうした内容は「独立法構成的アプローチ＝行政特殊法論」こそがよくなし得るアプローチとなるからである<sup>(45)</sup>。

さて、ここまでは、マクリーン判決を素材に外国人受入れに係る法的枠組みについて、種々の法的な視点から検討してきたが、最後に憲法・行政法解釈学的立場から2点ほどの結論を示して次に進めることとしたい。

まず第1に、憲法解釈上、外国人には所定の期間経過後は引き続き在留する憲法上の権利は認められないとしても、入管法の規定により在留期間更新の許可を受ける申請権（更新許可申請権）は認められており、憲法31条の適正手続条項に照らしても、法務大臣はこの申請に対して適正かつ公正な手続きで審理・判断しなければならないことを指摘できる。

第2に、マクリーン判決では、一方で入国・在留の権利をほぼ全否定し、これを理由に法務大臣に広範な自由裁量権を認め、マクリーンの行った政治的表現活動が更新許可判断の消極的事由になりうるとした。

しかしながら、今日では、国の恩恵的判断とされる「在留特別許可」（入管法50条）に係る裁量濫

(43) 代表的な理論書である、塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、2012）300頁以下など。

(44) 高田敏「法治行政の再構成と行政法」広島大学政経論叢21巻5・6号（1972）91頁。

(45) これらの行政法学での議論の詳細については、塩野宏「行政作用法論」公法研究34号（1972）、同『公法と私法』（有斐閣、1989）197頁以下参照。



用審査方式（行訴法 30 条）においてではあるが、重大な事実誤認はもとより、平等原則違反、比例原則違反、国際人権条約の趣旨・目的からの逸脱等明文不文の別を問わず多様な法規が審査基準として用いられるに至っており、在留期間延長申請拒否処分についてはより一層の説得的な理由が求められるであろう<sup>(46)</sup>。

こうした視点から改めてこの事件を振り返り、その判旨を見直すと、およそ半世紀も前の行政裁量権統制の理論もいまだ未成熟な中で、内外の激しい「ベトナム反戦活動」や「70 年安保闘争」の激化、「大学紛争の頻発・過激化」、「出入国管理法案反対運動」などの騒然とした社会状況に過敏に反応し過ぎた嫌いがあり、今日的基準を適用すれば、マクリーンの平和的・合法的政治活動を捉えて在留期間更新を不許可とした判断は、マクリーンの活動の内容・程度の評価を誤り、不必要に重い処分を選択した「比例原則違反」と評価される可能性もなしとしないであろう<sup>(47)</sup>。

第 3 に、表現の自由を規制するためには重要な国益を守るためのやむにやまれぬ事由が必要とされるが、その行動の態様などからみて「直ちに憲法の保障が及ばない政治活動であるとはいえない。」とした限りは、許否を判断する消極的要素として考慮するべきではなかった<sup>(48)</sup>。」との評言が正鵠を得ているであろう。

しかし、仮に最高裁が「裁量濫用」で処分取消判決を下した場合は、行政法を「憲法具体化法」とみる見解によれば、憲法学説として憲法上外国人にも政治的表現の自由が保障されたとの評価となる可能性があるだろう。

### 3. 在留資格制度の比較検討—「非移民法系＝入管法系」と「移民法系」

#### 1) 日本の現行在留資格制度—比較の前提として

入管行政を在留管理を含めてどのような行政機関が所管しているかを分類してみると、①出入国と在留管理をともに警察が所管する制度、②両者とも警察以外の特別の機関が所管する制度、③出入国管理は移民局（入国管理局）が、在留管理は警察が所管する制度の 3 類型があるとされ、戦前のわが国は仏独のいわゆる大陸法系の法制度を継受したことから①の制度を採用してきたが<sup>(49)</sup>、戦後は GHQ の占領下に憲法を含む大規模な法制度改革が行われたことから入管法も米国型の②の制度に転換したものである<sup>(50)</sup>。

また、「出入国管理」と「在留管理」のどちらに重点を置いた管理制度であるかについては、あくま

(46) 拙稿「オーバースティのタンザニア人母子に対する在留特別許可の是非」国際人権 15 号 (2014) 国際人権法学会「国際人権」90 頁。

(47) 三浦大介「在留期間の更新と裁量審査」『行政判例百選 I』（第 5 版）（有斐閣、2006）98 頁。

(48) 泉徳治「マクリーン事件最高裁判決の枠組みの再考」自由と正義 2011 年 2 月号 45 頁。

(49) 出入国・在留管理を中心とした戦前戦後の外国人法制の沿革については、宮崎繁樹「外国人」山崎・中山・宮崎『現代の国家権力と法』（筑摩書房、1978）、戦前については、なお、宮崎繁樹『亡命と入管法』（未来社、1987）4 頁など。

(50) 戦後の基本的な法制が確立までの沿革については、大沼保昭「出入国管理法制の成立過程—1952 年体制の前史—」寺沢ほか『国際法学の再構築（下）』（東大出版会、1978）、同・前掲（注）2・15 頁以下に再録。

でも相対的ではあるが、「在留管理」に重点を置く「西欧型」と、「出入国管理」に重点を置く「英米型」に大別できるとも言われている<sup>(51)</sup>。

「西欧型」は、フランス、ドイツなど陸路で国境を超えて入国する外国人が多い国々で採用され、入国審査にさほど重点を置かないことから査証（VISA）を不要としたり、査証を必要とする場合でも単なる在留許可の予約的効力しか認めない場合がある。そのために逆に在留管理はかなり厳しくなる。すなわち、長期滞在する場合には入国後に改めて「滞在許可」を取得したり、職業活動を行う場合には就業許可や個別の監督官庁の労働許可を取得しなければならないなどの規制があるのが一般的である。

他方、出入国管理に重点を置く「英米型」は、アメリカ、イギリス、カナダ、オーストラリア、フィリピン、韓国等移民国若しくは島国又はアメリカ移民法の影響を受けた国々で採用されており、査証（VISA）には重要な法的効力が付与されている。すなわち、永住目的（移民）であれ一時的な就業活動目的であれ、渡航前に在外公館での査証（VISA）の取得を原則とし、入国審査を厳重に行って入国許可と在留許可を同時に行い、「在留資格」と在留期間を旅券面に表示することを原則としている。この両型の分類においても日本は、出入国管理に重点を置く英米型に属することが分かる。

ところで、「在留資格」とは、外国人が日本に在留して行うことができる社会的活動又はそれによりわが国に在留できる身分の種類を類型化して示したものであり、外国人が日本国内で有する法的地位であるといえる。また、「在留資格制度」とは、入国・在留を認めようとする外国人に対してはこのうちの一定の在留資格を与え、その在留資格の範囲内の活動と身分を維持している限りは、それに対応して定められた一定の在留期間を保証するが、在留資格を変更したい場合又は在留資格外の活動（資格外活動）を行おうとする場合、さらには同一の在留資格で在留期間を更新したい場合など、いずれも事前に許可を得て行わなければならない、無許可での資格外活動や在留期間超過（不法残留）の場合は、退去を強制される制度をいう。

そこで、在留資格制度について定めた入管法の性格とその骨子についていえば、日本に入国・在留しようとする外国人に対して、原則として有効な自国の旅券に日本の在外公館において査証（VISA）を受け、上陸の海・空港での入国審査官による上陸拒否事由に該当しないことの審査・確認と、在留中の所定の活動のみを一定期間許容する在留資格を付与されて入国許可を受けて上陸することができるが、在留期間中に退去強制事由に該当する行為があった場合は、特別在留許可が得られる例外的場合を除き退去強制される制度であり、その基本的性格は、『外国人退去強制法』とも換言しうる内容の法律であるといえよう<sup>(52)</sup>。

ここでは、今後に予定している米国の在留資格制度と比較検討するに便利なように、現行法に至る経過を簡単に素描しておきたい。

(51) 山崎哲夫「入国管理行政の現状と課題」ジュリスト 909号（1988）11-12頁。

(52) 拙稿「退去強制法研究序説（1-4）」拓殖大学論集 137号（1982・3）、140号（1982・12）、142号（1983・3）、148号（1984・3）。

### 【1981(昭和56)年改正】

大型航空機時代が到来し、経済成長に伴って日本の国際的地位も向上して国際交流が活発化したことにより、外国人の大量出入国時代が到来したことに対応するための改正や難民受入れのための改正が行われた。主たる改正内容は、①「在留資格の整備」(従来の在留資格を18種類に拡充した。)、②数次再入国許可制度の新設、③戦前からわが国に居住する朝鮮半島・台湾出身者及びその子孫を対象とする特例永住許可制度の新設、④難民の地位に関する条約等への加入に伴う難民認定手続の整備等が行われた<sup>(53)</sup>。

### 【1989(平成元)年改正】

先の入管法をかなり大幅に改正した「出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律案」は、1989(平成元)年12月8日に国会で可決・成立し、同年15日に公布、翌1990(平成2)年6月1日に施行された。この時の主要な改正理由と改正内容は次のとおりである<sup>(54)</sup>。

戦後のわが国の「外国人」処遇問題といえば、敗戦時に国内に居住していた約220万人ともいわれるいわゆる在日の朝鮮半島出身者(「オールドカマー」などとも称される。)の処遇問題であったが、本法においてもさらにその地位を明確にする改正が行なわれている。しかし、主要な改正点はむしろその後の「国際化」から「グローバル化」への進展と経済の過熱化(バブル経済)もあって、わが国に入国を求め在留しようとする外国人労働者が急増・多様化し、これに伴って不法残留・不法就労する外国人への対策も急務となってきたとされる。

まず、「在留資格の整備」についてみると、それまで本則において定めていた18種類の在留資格ではどのような外国人が入国・在留を認められるかについて不明確な点があったとし、外国人の在留目的の多様化(これらは入国・在留したいとする外国人側ないし送り出し側からの希望もあれば、受入れられる日本側からの希望や要請もある。)に対応して入国・在留が認められる外国人の範疇を明確化するため、新たに10種類の在留資格を新設し合計28種類(その後、下記の27の在留資格は24に一本化され27種類となった。)の在留資格を次のように別表上段において定め、下段において「本邦において行うことができる活動」を簡略に定めることとした。

別表第1(上段に在留資格、下段に本邦内で行うことができる活動を記載)

- (1) 1 外交、2 公用、3 教授、4 芸術(一部変更)、5 宗教、6 報道
- (2) 7 投資・経営、8 法律・会計業務(新設)、9 医療(新設)、10 研究(新設)、11 教育(新設)、12 技術(一部変更)、13 人文知識・国際業務(新設)、14 企業内転勤(新設)、15 興業(一

(53) これらの改正内容の簡略な紹介については、行政当局者による初の浩瀚な注釈書である、坂中英徳・齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説』(日本加除出版、1994)「はしがき」参照。

(54) この90年改正の内容についての問題点の指摘等は、川嶋慶雄『「出入国管理法」の改正と若干の問題』阪大法学39巻3・4号(1990)、419頁以下参照。

部変更)、16 技能 (一部変更)

〈3〉 17 文化活動、18 短期滞在

〈4〉 19 留学、20 就学 (新設)、21 研修 (一部変更)、22 家族滞在

〈5〉 23 特定活動 (一部変更)

別表第2 (上段に在留資格、下段に本邦において有する身分又は地位を記載)

24 永住者、25 日本人の配偶者等、26 永住者の配偶者等 (新設)、27 平和条約関連国籍離脱者の子、  
28 定住者 (新設)

(注) 27のいわゆる入管特例法上の在留資格に相当する法的地位は、その後「24永住者」に一本化され、27種の在留資格となった。

この「在留資格の整備」については、「外国人労働者問題に適切に対応するため、専門的・技術的職業に従事する外国人の入国を広く認めるための在留資格の拡充を中心とした在留資格制度の整備<sup>(55)</sup>」であったと言われている。確かに、この関連では、「8 法律・会計業務」「9 医療」「10 研究」「13 人文知識・国際業務」「14 企業内転勤」の5種類の専門的・技術的職業に従事する外国人の在留資格が新設され、また、従来「法務大臣が特に在留を認める者」(当時の入管法4条1項16号及び同施行規則2条3項)との規定による外国人の在留は、特に職業が明示されていないことにより弾力的運用が可能であったが、就業可能な職業が明示されないことからくる問題点も指摘されてきたため、永住者等の家族については「26 永住者等の家族」、専門学校や各種学校等の語学教師については「11 教育」、日本語学校等の各種学校の生徒等については「20 就学」のそれぞれ独立した在留資格として新設されることになった。なお、この改正は、従来に比して活動内容を明確にしたことにより新たに10の在留資格を新設したが、なお人道上例外的に入国・在留を認める必要がある場合もあり、外国人の職業や活動をすべて類型化して規定することは不可能なため「法務大臣が個々の外国人について特に指定する活動」を認める、「23 特定活動」の在留資格も一部改正の上引き続き存置している。

ところで、これらの「在留資格」については、一部の例外を除き、入管法ですでに日本国内で可能な活動の概略が示されているが、さらに入管法施行規則で専門的・技術的能力の有無や関係機関の職員であること等の各種証明書の提出が求められるほか、入国審査官による入国審査にあたっては、入管法の委任を受けて定められた「出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の基準を定める省令」(いわゆる「基準省令」)に基づく審査に適合しなければならないほか、入管法施行規則第3条「在留期間」の規定を受けた同規則別表第二で「在留資格」ごとに最短から順に、15日、30日、90日、3月、6月、1年、2年、3年の在留期間が付された入国許可がなされる仕組みとなっている。

さて、専門的・技術的能力を要する者の受け入れを中心に10種類の在留資格を新設して全体で27種類を数えるに至った今次の改正は、この後比較検討することを予定している英米等の「在留資格制

(55) 前掲注(52)。

度」と比較して、米国のいわゆる「移民ビザ」制度を別とすると、これらの先進国のほぼ「標準装備」を備えるに至ったと評価できよう。外国人の日本への出入国を許容することは、日本人の英米等への出入国が許容されることと対をなす制度であり、あまりに厳しい日本独自の制度を設けることは外交問題等にも発展しかねないからである。

もっとも、一方で労働市場を健全に保つとともに、他方で不法残留・不法就労問題を解決することは、いずれの国にとっても重要な課題であったし、今後も同様であろう。

この点についてみると、「在留資格」について定める入管法別表下段の活動は、無制限に行い得るということではないことである。例えば、入国審査官は、別表第一の〈2〉（7投資・経営～16技能までの10種類）及び〈4〉（19留学～22家族滞在までの4種類）については、前述の「基準省令」に基づいて、「我が国の産業及び国民生活に与える影響その他の事情を勘案」した審査を行うことになっており、また、別表第一の〈1〉（1外交～6報道までの6種類）、〈2〉（上記と同じ10種類）、〈5〉（23特定活動の1種類）については、それぞれの活動に属しない収入の伴う事業を行ったり、報酬を受け取る活動を行ってはならないのである（入管法19条1項1号）。同様に、別表第一の〈3〉（17文化活動～18短期滞在の2種類）及び〈4〉（19留学～22家族滞在までの4種類）についても、収入の伴う事業や報酬を受け取る活動を行ってはならないとされている（同19条1項2号）。これらの在留資格ごとの規制は、収入を伴う活動とそうでない活動に分けて、前者については必要な外国人の雇用を確保しつつ、特にその活動範囲を限定して「資格外活動」を防止して日本人の雇用も確保する趣旨であろう。

#### 【その後今日までの改正】

その後は、集団密航や不法入国援助・藏匿罪等の新設（1997年）や不法在留罪の創設（1999年）、在留資格取消制度の創設（第22条の4）（2004年）などの取り締まり・規制強化の改正が続いたが、それ以降は情報産業の振興に向けた外国人研究者や情報処理技術者の在留資格「特定活動」での受け入れ拡大（2006年）に始まり、在留資格については「技能実習」の創設、「就学」の「留学」への統合、外国人登録法を廃止して在留カード・特別永住者証明書を交付するなどの新たな在留管理制度の導入（2009年）、在留資格「高度専門職」の創設、「技術」と「人文知識・国際業務」の統合、「投資・経営」を「経営・管理」に変更、在留期間を最長5年とする入管法施行規則別表第2の改正（2014年）などが続き、最近では、偽装滞在者対策のための罰則の強化や在留資格取消事由の整備など取り締まり・規制強化を伴いながらも在留資格「介護」を創設（2016年）したりして、外国人労働者の受け入れ拡大を図っている。「技能」として創設されて以来問題が多いと指摘されてきた「技能実習」についても、「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」（平成28年法律89号）の制定を受けて、実習可能な業務の範囲を拡大する傾向にあるのが現状である。

## 2) アメリカの査証 (VISA) 制度 (在留資格制度)

アメリカの現行法は、形式的には、マッカラン・ウォルター法と称される「1952年移民国籍法」(US Immigration and Nationality Act, 1952) を主柱とし、その後の一部改正を経て成立した、シンプソン・ロディノ・マゾリ法と称される「1986年移民修正管理法」である(以下、52年法、86年法と略記。) なお、2011年9月11日の「米国同時多発テロ」発生を契機として米国における入国審査・在留管理等の実務上の運用が厳格化したといわれている。

この間の米国の動向を、「移民法」と「入管法」の二側面に分けてさらに若干でも敷衍しておきたい<sup>(56)</sup>。

まず「移民法」の関連では、米国法が、諸外国にも一般に備わる一時的に(一定期間)入国滞在しようとする外国人を対象とする「入管法」のコアをなす「非移民ビザ(nonimmigrant visa)制度」を備えることは当然として、建国以来の伝統を引き継いで、当初から永住目的で入国しようとする外国人を対象とする「移民ビザ(immigrant visa)制度」を備えていることが一大特徴となっているのである。そして移民受入れ政策も建国以来一貫していたわけではなく、移民受入れ制限は第1次大戦後の「1921年移民割当法」によって開始され、「1924年移民制限法」(いわゆる「対日移民法」)によって1929年7月から実施され52年法にも引き継がれてきた「出身国別割当制度(National Origin Quota System)などは、建国の理念や合衆国の伝統に反し人種差別的であるとして、ケネディ・ジョンソン法と称される「1965年移民修正法」によって廃止され、人種や出身国を基準としない現行の「選抜式割当制度」に変更されている。

さらに「入管法」の側面では、入国許可制度や在留資格制度に違反する不法入国・不法在留があった場合は退去強制処分の対象となることは他の諸外国の入管法制と同様であるが<sup>(57)</sup>、前記の86年法は、米国での雇用を求めて行われる不法入国・滞在者の増大を抑制するための措置としての「入国・滞在に必要な書類不所持の外国人を雇用した者に対する処罰制度の導入」<sup>(58)</sup>、「不法在留外国人の合法化(Legalization or Amnesty)」<sup>(59)</sup>、「一時的農業労働者の合法的入国制度」<sup>(60)</sup>の導入など、当時の重要な社会問題に対する改革を図っている。

では次に、米国における「在留資格制度」ともいうべき「非移民 VISA 制度」と「移民 VISA 制度」について検討することにしたい。

(56) この間の経緯は、河原謙一『アメリカ移民法』(有斐閣、1990) 11頁以下。

(57) 米国法の入管法としての側面が注目されたのは、司法手続に依らず行政手続による退去強制処分手続の連邦憲法修正1条(適正手続条項)適合性問題であった。須貝修一「米国入管論」法学論叢 92巻4=5=6号(1973) 2頁以下。また、米国法の入管法としての構造の核心を「退去強制」と把握した、河原謙一『米国退去強制法の研究』(有斐閣、1964)、憲法との関係を論じる萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較』(勁草書房、1982)、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法—国家主権の理論』(有信堂高文社、2008)、拙稿「退去強制法研究序説(1-4)」拓大論集 137、140、142、148号(1982-3)など参照。

(58) 河原・前掲注(56) 123頁によると、当時この制度はすでにフランス、西ドイツ(当時)デンマーク、スイス、カナダなどでも導入されており、日本も1989(平成元)年改正で「不法就労助長罪」(入管法73条の2)を新設している。

(59) 河原・前掲注(56) 141頁参照。

(60) 河原・前掲注(56) 149頁参照。

## ア) 非移民VISA制度

ここでは、まずは、一時的乃至一定期間入国・在留しようとする外国人向けの「非移民ビザ」の主要な種類について、主要な資格については日本の「在留資格」との異同を確認する作業から始めたい<sup>(61)</sup>。

### ① 外交・公用査証 (Diplomatic, Officials of Foreign Government)<sup>(62)</sup>

法第101条(a)項(15)号(A)

本人、配偶者、使用人などの別により A-1, A-2, A-3 の3種がある⇒日本の「外交」「公用」に該当する。マクリーン判決にいう「特別の条約」に当たるウイーン条約や領事条約による受入れで世界に共通する資格であり、外交上の問題が発生した場合に退去を求めたりする場合はそれほど問題はない。

### ② 一時的な商用・観光査証 (Temporary Visitors for Business or Pleasure)<sup>(63)</sup>

法101条(a)項(15)号(B)

商用がB-1ビザで、観光がB-2ビザであるが、B-1ビザは、永住の意思を持ち就業して生活の糧を得ようとする入国者に濫用されないため積極・消極の両要件から厳しく審査されることになっている。「観光査証」は、短期間の観光、親族訪問、見学、業務連絡等である。このB-1, B-2 VISAの対象者には、いわゆる「VISA免除協定」(Visa Waiver Program for B Visitors)の適用により90日間以内であればVISAの取得が免除され、現在は日本を含む38カ国がこれに該当している<sup>(64)</sup>。⇒いずれも日本の「短期滞在」に該当する。

### ③ 通過査証 (Transit) (C) と乗務員査証 (Crewmen) (D) があるが当面の課題には関連しないため説明は省略する。

### ④ 商用駐在員査証 (Treaty Traders and Treaty Investors)<sup>(65)</sup>

法101条(a)項(15)号(E)

米国との通商航海条約により入国が認められる外国人とその配偶者・子供に発給される査証であり、相当額の取引を行う貿易家 (E-1) や投資家 (E-2) とその家族に発給される。⇒日本の「経営・管理」に該当する。

(61) 以下の記述は、特に断らない限り、布井敬次朗『米国における出入国及び国籍法』上巻〈解説編〉、下巻〈全訳編〉(有斐閣、1985年)による。同書は、学術研究書とまでは言えないが、現在に至るまでの同法の定めるVISA制度についての邦語による最も詳細な資料であり、現行法でもその基本的な内容はほとんど変わっていない。入管法の全体的な構造に触れずに特定の制度を個別に取り上げて論評する場合には往々にしてその評価を誤るおそれもあるため、ここでは基本的なVISA制度を把握するために同書を参照することとした。また、86年法による内容の変更については必要に応じて河原・前掲注(56)によりコメントすることにした。なお、米国の最新のVISA制度については、Austin T. Fragomen, Jr., Carreen Shannon, and Daniel Montalvo, *Immigration Procedures Handbook, 2015-2016 edition*, Volume, 1, 2. THOMSON REUTERS, 2016がある。以下、Austin T. Fragomen Jr., *Handbook*として引用する。

(62) 布井・同上・上巻、97-104頁、河原・前掲注(56)265頁。

(63) 布井・同上・上巻、105-116頁、河原・前掲注(56)267頁。

(64) Austin T. Fragomen Jr., *Handbook*, pp89-101.

(65) 布井・同上・上巻、120-135頁、河原・前掲注(56)269頁。

⑤ 学生査証 (Students) <sup>(66)</sup>

法 101 条 (a) 項 (15) 号 (F)

大学などの学問研究の学生及びその配偶者等には (F-1, F-2) が、職業訓練生やその家族には (M-1, M-2) の VISA が与えられる。⇒「学生査証」と、「職業訓練」は、いずれも日本の「留学」に該当するようである。なおこの当時は、学生査証を有する学生には週 20 時間の業務につくことが認められていたが、日本の現行法では週 28 時間以内に拡張されている。

⑥ 国際機関関係者査証 (International Organization Aliens) <sup>(67)</sup>

法 101 条 (a) 項 (15) 号 (G)

国連をはじめとして国際機関の多い米国ならではの査証で、家族を含めて G1-G5 までの種類がある。

⑦ 一時的就労者・訓練生査証 (Temporary Workers and Trainees) <sup>(68)</sup>

法 101 条 (a) 項 15 号 (H)

この査証は、1) 特別に優れた長所や能力を有しこれを必要とする業務を行うために一時的に米国に入国しようとする外国在住の外国人 (H-1)、2) 一時的役務または労務でこれに従事できる労働者が米国内で見つからない場合にこれに就業するために入国しようとする外国人 (H-2)、3) 訓練生として米国に一時的に入国しようとする外国人 (H-3)、4) 上記の配偶者及び子ども (H-4) の 4 種類がある。この査証は、伝統的に「移民」を受け入れてきた米国では短期間だけ労働に従事する目的で入国する外国人の査証の必要性は想定されておらず、1952 年の現行法になって初めて設けられた資格であった。すなわち、特定の産業分野や生産地域での労働者不足や繁忙期の労働者不足を補ったり、訓練生に対して米国の先端的農業や工業、ビジネスの展開などの知識を教え技術を移転するなどの目的で新設された VISA であった。そうすると、H-1 ビザは、日本では最近新設された「高度専門職」に、H-2 ビザは「教授」「芸術」「医療」「研究」「教育」「技術・人文知識」「興業」「技能」などの他の専門職的在留資格に該当し、H-3 ビザは、『技能実習』などに該当するとみられるが、在留期間は 2 年ないし 3 年間と短期である。そして注目すべきは、特に H-1 ビザでの就労は、特に問題がなければ「移民査証」取得への道が開けているということである <sup>(69)</sup>。

滞在期間については、H-1 は 3 年間で 2 年間に限り延長が可能で、H-2 については継続して 3 年間で限度で、別に労働許可証を得れば期限延長許可も可能で、H-3 は通常は 2 年間で限度とされている。米国における一時的就労者の滞在期間がこのように短期であることは、申請の消極的要件として移民 VISA の取得が困難であることを立証しなければならないことに見られるように、移民国の

(66) 布井・同上・上巻、135-148 頁、河原・前掲注 (56) 309 頁。

(67) 布井・同上・上巻、148-151 頁、河原・前掲注 (56) 330 頁。

(68) 布井・同上・上巻、152-167 頁、同上・下巻 151-161 頁。

(69) トランプ大統領は、最近「米国第 1 主義を貫くシグナルを世界に送る」と演説し、年に約 8 万 5 千件発給され、シリコンバレーなどの IT 企業が外国人労働者を雇用するのに用いられてきたこの H-1B ビザの発給を厳格化して米国人の雇用を促すための大統領令に署名したといわれている。朝日・2017・4・19 (夕)、20 (朝)。



伝統としては移民 VISA を取得して入国することがむしろ原則であることを示すものとして興味深い。

⑧ 外国報道関係者査証 (Representatives of Foreign Information Media)

〈法条は省略・記号は I) ⇒日本の「報道」に該当<sup>(70)</sup>。

⑨ 交換訪問者査証 (Exchange Visitors) (同 J)

⇒日本の「宗教」「研究」「技術・人文知識・国際業務」「技能」などに該当<sup>(71)</sup>。

⑩ 婚約者査証 (Fiances and Fiances of U. S. Citizens) (同 K)

⇒日本では同種の在留資格は存在しないため、「短期滞在」にほぼ該当するとみられる<sup>(72)</sup>。

⑪ 同系企業内転勤者査証 (Intra-Company Transferees) (同 L)<sup>(73)</sup>

⇒日本の「企業内転勤」に相当する。外国企業の管理職等が米国内の支店等に転勤になった場合についてはある程度の期間勤務することになるが、永住の意思がなければ移民 VISA が取得できず、さりとて非移民 VISA の取得も困難であったために 1970 年改正で新設された資格である。日本でも米国に遅れること約 20 年後の 1989 年に新設された資格であり、施行時の在留期間は 1 年または 3 年であったが (更新可能)、現行法は最長 5 年となっている (更新可能)。

さて、ここまで米国の「非移民 VISA」制度について見てきたが、日本の「在留資格制度」の範となった制度であることから日本も米国の制度とさほど変わらない制度となっていることが知られよう。このことは、法の継受という理由だけではなく、長期にわたる国際社会の組織化や産業・経済・文化の発展などが相互作用を及ぼし、モノ、資本、ヒト、情報などが国家間さらにはグローバルに展開するに至っている証左でもあろう。すなわち、ヒトの国際的さらにはグローバルな移動や交流を規律する「入管法」の法分野にも相互 (保証) 主義の浸透が著しいのである。

## イ) 移民 VISA 制度

諸外国が一般に備えている、一定の目的 (活動) のために一定の期間 (更新可能) で入国を許可される外国人のための「非移民査証」制度のほかに、米国に永住する目的で入国しようとする外国人向けの「移民査証」制度を有することが米国法の一大特徴であることはすでに触れた。そして、米国が「移民国」と称されるように、法律上の移民 (immigrants) の定義も「以下に掲げる非移民外国人の分類のいずれか一つに該当する者以外のすべての外国人をいう (The term 'immigrant' means every Alien except an alien who is within one of the following classes of nonimmigrant aliens)」<sup>(74)</sup> とかなり一般的かつ包括的であり、米国に入国しようとするすべての外国人は、先に述べた「非移民 VISA」

(70) 布井・同上・上巻、154-155 頁、河原・前掲注 (56) 349 頁。

(71) 布井・同上・上巻、169 頁、河原・前掲注 (56) 351 頁。

(72) 布井・同上・上巻、167 頁-168 頁、河原・前掲注 (56) 371 頁。

(73) 布井・同上・上巻、169-176 頁、河原・前掲注 (56) 374 頁。

(74) 8U. S. C. 1101 (a) (15)

(在留資格)別の要件を自ら書証その他で立証できない限り「移民」とみなされて、これから述べる「移民 VISA 制度」の手続きの対象者となる。その意味では、「非移民査証」と「移民査証」の実際の申請者や入国在留者の人数には大きな開きがあるものの、法の建前としては、'将来の米国人'として予定された「移民 VISA」申請者の受入れにこそ重大な関心があり、「非移民 VISA」は外交上や通商上または国際交流の必要上個別に有期で設定された資格であるといえよう。

この「移民査証」は、適法に永住を許可された外国人に発行される〈グリーンカード〉(カードの色がグリーンであったことから通称とされたもので「永住許可書」に相当し、最近では年間 100 万人以上に発給されている。)取得の要件となり、グリーンカード取得後 5 年間継続的に米国に居住すれば国籍取得(帰化)申請資格を取得する。この「永住権取得者」の法的地位は、非移民ビザの取得者とは異なり、米国内での居住や就労においては米国民とほぼ同様の自由が保証されるが、選挙権はなく、一部の公職にも就けず米国への出入国では外国人と同様の審査に服し、「入国不適格事由」や「退去強制事由」に該当する場合には永住許可を取り消され退去強制される場合もありうる。

この「移民査証」には、米国に移民として入国できる外国人に数的制限を設けていない「非割当移民」(nonquota immigrants)と、出身国別割当制度に代えて導入され 86 年法施行当時年間 27 万人に制限されていた「割当移民」(quota immigrants)の 2 種類があり、次のいずれかのカテゴリーに属し所定の要件を充足することが求められる<sup>(75)</sup>。

A. 非割当移民 (nonquota immigrants) には次の 3 種類がある。

① 特別移民者 (法 101 条 (a) 項 (27) 号) (Special Immigrants)

帰国永住者、非市民権取得者、聖職者、15 年以上米国政府官公庁に勤務した者など。

② 米国民の直近親族 (法 201 条 (b) 項) (Immediate Relatives of U. S. Citizens)

21 歳以上の米国民の両親、米国民の配偶者または未成年の子 (85 年当時この移民査証は年間 15 万件以上発給されていたといわれる。)

③ 難民・亡命者 (法 207 条、208 条) (Refugees, Asylum Seekers)

ここでまず何よりも注目すべきは、「移民ビザ」の対象者に、「米国民の直近親族」と共に「難民・亡命者」が含まれていることであり、米国民の直近親族などは、まず最初に「移民ビザ」で入国し、グリーンカード取得を経て、米国籍を取得して米国民となるコースが想定されていることは当然として、「難民・亡命者」についてもこれとほぼ同様の「移民ビザ」が発給される制度となっていることである。より踏み込んで言うならば、米国法では、米国民の直近親族や長年にわたる米国政府官公庁勤務者の外国人と難民・亡命者は共に当初から「移民」としての受入れが想定されている外国人であるということになる。ビザのカテゴリーの上では「移民」と「難民」の区別がほとんど無いともい

(75) 布井・同上・上巻、196 頁、河原・前掲注 (56) 223-227 頁。

えるし、「移民国」の米国が毎年多数の「難民」を受入れていることは、「移民」の受け入れと同視されているともいえよう。

これに対して、日本の入管法別表第2に定める「身分系の在留資格」は、法第61条の2に定める難民認定とは直接は関係なく、難民の受入れに関わる行政が形式的に「外国人の出入国に関わる行政」と関連性を有するとの理由で法務省入国管理局の事務に配分されたために、かえって難民保護の本来の役割が後退し、逆に入管法の中核たる退去強制法の枠組みの中での対応に矮小化される懸念が当初からあったといえよう<sup>(76)</sup>。

さて、第2次大戦後米国における最初の難民保護法は、「1953年難民救済法」であり、移民法の枠外で旧東欧圏などからの脱出者約2万1千人を緊急に移民として受入れたが、限時法であったために59年末に失効している。

次いで、65年改正法では、移民受入れの国別上限が廃止されたが、「難民」については割当移民枠の「第7優先移民枠」で、2万人上限の国別割合の6パーセント（1200人）でかつ地理的範囲が東半球と限定され（旧ソ連を中心としたいわゆる東欧諸国を想定）、その形態もいわゆる第3国定住を想定しており、ハンガリー動乱、キューバ危機などに十分対応できなかったため（これらに対しては、移民法の改正等の立法措置が整わず、法の枠外で司法長官による一時的な入国許可で凌いだといわれている。）、1980年に至ってようやく難民保護の包括的法律である「1980年難民法（The Refugee Act 1980, PL96-212）」の成立を見たのである<sup>(77)</sup>。

同法の定める「難民」の定義は、日本の「入管法」と同様に「難民の地位に関する条約」「同議定書」の定める「難民」の定義に該当する外国人をいい（法第2条3の2）、同法の規定に基づき司法長官の裁量によって入国が許可され、入国拒否事由等の種々の入国禁止要件の適用を免除されることになっている。そこで、米国難民法の実施で注目されるのは、その解釈適用の在り方であるが、毎年の受入数については、一般の移民の割当数の枠外で大統領が連邦議会（上下両院の司法委員会）と協議の上、人道上の配慮や国益を配慮して決定することになっており、緊急な難民問題の発生や重大な人道または国益上の理由が生じた場合には、協議の上追加受入れも可能とされている<sup>(78)</sup>。

この関連では、「一時的保護資格（Temporary protected status）」制度も注目される。これは、出身国が戦争や災害に見舞われた外国人に人道的見地から一時的に特別の滞在を認める制度で、最近までエルサドバドル、ハイチ、ニカラグア、ホンジュラスなどの中南米諸国とシリア、スーダンなどの中東諸国10カ国の合計43万7千人が適用を受けていたが、トランプ政権の移民規制策の一環としてその削減が計画されているといわれており、この資格を失うと他の在留資格を取得するか帰国するか

(76) 拙稿「入国管理と難民保護」法学セミナー600号（2004・12）、48頁以下。

(77) 米国難民法の最近の研究では、大津留（北川）智恵子『アメリカが生む／受け入れる難民』（関西大学出版部、2016）が参考になる。52-63頁参照。

(78) 布井・同上。上巻、208頁。なお、オバマ政権下の難民受入れ数は、2015会計年度は89,995人であり、過去数年間のオバマ政権時代は年7万～8万人であって、2016会計年度も当初は11万人の予定であったが、トランプ政権に交代した後では、2018会計年度（17年10月～18年9月）は過去最低水準の45,000人にしたいとの方針を議会側に示したと報じられている。朝日・2017・9・28（夕）。

しないと退去強制処分の対象となる<sup>(79)</sup>。

次に、「亡命者庇護手続」(Asylum Procedure)も注目される。この手続の対象者は、法207条の難民保護の規定に続く208条で定められている手続きで、司法長官により難民性がある外国人は入国許可を得ることができ、1年後には在留資格の変更許可も申請することができるものとされている<sup>(80)</sup>。

こうした庇護申請手続きは、日本の「入管法」及び関連法規に明文規定のない制度であるが、英、仏、独法等でも制度化されていることに見られるように、先進諸国ではこうした分野の‘標準装備’でもあることから、わが国でもその法整備が今後の課題といえよう。

もっとも、難民不認定処分後の退去強制処分手続きの途上でなされる「在留特別許可」(法50条)が実質的にその役割を果たしているとの見解もあるが、退去強制事由(入管法24条)に該当し、法務大臣が当該外国人からの異議の申出に理由がないと認める場合でも在留を特別に許可する制度は、本来はアメリカ法のように難民救済制度の中に組み立て直すべきであろう。

## B. 割当移民 (quota immigrants)

52年法で定められていた出身国別割当制度は、人種的偏見を背景にした差別的制度であるとの批判を受けて65年改正法(通称ケネディ・ジョンソン法)で廃止され、国別には一律に年間2万人を上限とする中で、米国にとって必要な能力や技能及び身分的繋がり等の優先順位を考慮した次のような割当制度に改めた(人数は、同法の78年改正当時で、年間27万人及び非優先移民別枠5,000人の総計275,000人)<sup>(81)</sup>。

なお、1990年代からは、この「割当移民」の中から米国への移民が少ない国々に年間5万人ほどを割り当て、毎年1回抽選でグリーンカード受給者を選ぶ「移民多様化VISA抽選プログラム制度」(Permanent Residence Under Diversity Immigration Program)<sup>(82)</sup>が発足しており、応募資格は高卒以上か2年以上経験・技術を擁する職に就いたことがあることが必要であることから、近年はアフリカ諸国からの応募が多く、日本からも数万人の応募があり、2015年度には636人が選ばれているといわれるが、受給者の中から‘テロリスト’が生まれたことを理由に廃止か改正が取り沙汰されている<sup>(83)</sup>。

- i) 第1優先移民(54,000人)：米国市民の21歳以上の未婚の子女
- ii) 第2優先移民(70,200人)：永住権を有する外国人の配偶者及び未婚の子女(年齢制限なし)
- iii) 第3優先移民(27,000人)：知的専門職従事者、科学・芸術分野で卓越した能力を有する外国人

(79) 朝日・2018・1・9(夕)

(80) 布井・同上・上巻、210-211頁。原文は、下巻、75-6頁。

(81) 高橋ベン潔士『アメリカビザ・移民・帰化手続』(日本加除出版、1987)150頁。

(82) Austin T. Fragomen Jr. Handbook, vol.2, Chapter 18, pp.483～が詳細な手続きを明らかにしている。

(83) 朝日・2017・11・2朝刊。

- iv) 第4 優先移民 (27,000 人) ; 米国市民の既婚の子女
- v) 第5 優先移民 (64,800 人) ; 21 歳以上の米国市民の兄弟・姉妹
- vi) 第6 優先移民 (27,000 人) ; 米国で不足している熟練または非熟練労働者
- vii) 第7 優先移民 (上記の未消化分 5,000 人) ; 上記の非該当者

ところで、米国における最近の重要な動向について2点ほど触れておこう。

最初は、米国移民国籍法をめぐる最近の一裁判例(「ワシントン州対トランプ事件控訴審命令」)であり、この分野では従来から著名な公法判例が蓄積されてきていたが、今回の判決例は従来にも増してこの分野の米国判例の水準の高さを簡明に示す名判決とも評価されうるため、少し詳しく紹介しておきたい<sup>(84)</sup>。

**【事実の概要】** 「米国第一主義」を掲げて大統領選に勝利したドナルドトランプ大統領は、2017年1月20日の就任1週間後の同月27日、「外国人テロリストの米国への入国から国家を守る」と題する大統領令(第13769号)を發布した。同命令のうち、①イスラム教徒の多い7か国からの90日間の入国禁止、②決定済みの難民受け入れプログラムの120日間の停止と再開時のイスラム教徒による迫害を理由とした申請の優先取扱い、③すべてのシリア人難民の無期限入国禁止の3点が直ちに発効したために、VISA 取消、搭乗拒否、入国禁止などで大混乱が生じ、全米で多数の訴訟が提起された。

本件は、同年1月30日に、ワシントン州(後にミネソタ州も加わる)や人権団体、個人等が主要次の5点の違法を理由として、連邦ワシントン西地区地方裁判所に対して大統領令の違憲の宣言的判決及び執行差止めの本訴と応急の一時差止め命令(Temporary Restraining Order TRO)の發布を申し立てた事案である。原告側の主たる申立理由は、①特定の宗教を差別する修正1条違反、②手続的保障を欠いたVISA 取消や入国拒否処分の修正5条の適正手続き(due process of law)違反、③出身国差別による修正14条の平等保護違反、④VISA 発給の際の国籍・出生地乃至居住地に基づく差別を禁止した移民国籍法違反、⑤恣意的な行政処分を禁止した連邦行政手続法違反である。

同裁判所は、同年2月3日に口頭審理を経て大統領令の全ての条項の全国的なTROを認めたために、裁判所の決定としては全米に最も大きな影響を与えた決定ともいわれている。この決定に対して連邦政府は直ちに控訴し、控訴審理中の当該TROの緊急執行停止命令の申立てを行ったが、連邦第9巡回控訴裁判所はこの申立てを以下のような理由で却下した。

**【判旨】** の要約 本稿に関連する主要な争点に絞って纏めると次のとおりである。

(84) Washington v. Trump, 847 F.3d 1151 (9th Cir. 2017) 本事件判決文の抄訳については福田健治弁護士の丁寧な翻訳と、適切な「訳者解題」がすでに発表されており、これを参照した。福田健治「イスラム圏7か国からの入国を停止する大統領令の合憲性—ワシントン州対トランプ事件控訴審命令(抄訳)」法律時報89巻5号(2017年5月)118-125頁参照。

- ① 大統領令により VISA 発給や入国を拒否される教職員のいる州立大学は原告適格を有するか否かについては、「第三者の原告適格の法理」により、大統領令の効力を争う原告適格を有する。
- ② 安全保障上の理由に基づく移民政策上の執行府の決定について裁判所は審査権を有するか否かについては、移民政策を決定する政治部門の権力も重要な憲法上の制約に服するとする連邦最高裁判所の先例 (Zadvydas v. Davis, 533 U. S. 678,695 (2001)) を援用して、移民政策についての政治部門の決定に対する相応の敬讓を承認しながらもなお憲法適合性についての司法審査が可能となるとしている (この関連では、第 2 次世界大戦中の法を遵守し米国に忠誠を誓っている日系人の拘束を違憲と判断し、人身保護令状の発給申立てについての連邦裁判所の管轄権を認めた Ex parte Endo, 事件判決 (323 U. S. 283 (1944)) なども援用された。
- ③ 大統領令が修正 5 条の手続的ジュー・プロセスに違反するか否かについては、大統領令には、過去の最高裁判例においても合法の永住権所持者、非移民 VISA 所持者、非合法滞在者等にも認められてきた手続的保障が欠けており、連邦政府は本案勝訴の疎明を行っていないと判断している<sup>(85)</sup>。

なお、トランプ政権は、本件高裁決定に対する最高裁への「特別抗告」は行わず、同年 3 月 7 日に、高裁決定で指摘された問題点を一部解消することを目的とした大統領令の【改訂版】(第 13780 号)を發布したが、この【改訂版】やその後の数次にわたる大統領令にも多数の訴訟が提起されており、2017 年 12 月 4 日には同年 9 月発布の大統領令に対する高裁の執行停止決定が特別抗告により連邦最高裁判所で取り消されており、本案判決により救済される可能性は皆無とまでは言えないものの、大統領令の執行停止による仮救済の可能性はかなり狭まったとみられる<sup>(86)</sup>。しかし、ともかくもこれまで紹介してきた大統領就任後の矢継ぎ早の大統領令による移民の入国規制とその有効性を争う訴訟は、引き続き今後も提訴され続けられるものと予想される。

「移民法」を巡る次に重要な動向は、前記の大統領令の適用範囲をはるかに超える大規模かつ包括的な移民法の制度改革が計画されていることである。例えば、トランプ大統領は 2017 年 9 月 5 日、2012 年 6 月にオバマ政権が導入した移民救済制度の「Deferred Action for Childhood Arrivals, 通称 DACA」(幼少期に米国に到着した移民に対する退去強制処分の執行延期措置)の撤廃を決定したが(これについても、首都とニューヨーク州を含む 15 州が憲法違反の無効な決定であるとして提訴)、声明の付属資料の中の「米国を再び偉大にする移民制度改革」の項目では、「①国境の壁建設と国境警備の強化からなる国境管理、②移民や難民の人数を抑制してテロリストの流入をを防ぐ入国制限、③国内の不法移民の取り締まり強化、④米国民の職を奪う低賃金の不法移民の雇用禁止、⑤技術を持つ移民の優先受け入れ」など、これまでみてきた移民法の定める「移民 VISA 制度」の根幹に係る改革案

(85) 以前の多数の先例については、渡辺賢「手続的ジュー・プロセス理論の一断面—合衆国移民法制を素材として(一～三)」北大法学論集 40 巻 3 号 (1990・2)、40 巻 4 号 (1990・3)、41 巻 2 号 (1990・12) 参照。

(86) 「米入国規制執行を容認—最高裁、イスラム圏など」(朝日・2017・12・5 (夕))、「米入国規制最高裁が支持—移民規制強化」(朝日・2018・6・27 (朝)) など。

が示されたり<sup>(87)</sup>、2018年1月30日の連邦議会での内政・外交の基本方針を示す一般教書演説の「移民政策」の項目では、厳しい批判を招いた前記のDACAの該当者約80万人を含む180万人の不法移民に対して市民権を付与する見返りに、毎年約5万人に付与してきた抽選による永住権(グリーンカード)付与の制度を廃止する方針を示したりしているからである<sup>(88)</sup>。

ところで、「入管法系」と「移民法系」の法制度を比較検討し、わが国にとって望ましい外国人受入れの法制度を探求しようとしてきた本稿にとっては、「移民法系」の典型例とも称すべきアメリカの法制度、わけても「移民VISA」制度の全容の解明は最重要な課題であったことは疑いないところである。したがって、まずは比較のために法制度の客観的・静態的な把握を目指しており、その目的はある程度達成できたのではないかと思料している。しかしながら、既に明らかなように、目下はトランプ大統領が登場して、次々と移民法改革の大統領令を発し続けることに對し、これによって従来の自由や平等の権利を奪われる側が次々と法廷闘争を挑むといった構図が全米的に大規模に展開しており、本稿でもこうした動向は無視できず、すでにその一端には触れた。

なお、フランスやイギリスの関連の制度については、次の終章の中で特徴的な制度について最小限の言及をするに留めることにしたい。

## 4. おわりに

### 1) 「移民政策」採用の是非について

日本政府は「移民政策はとらない。」との基本方針を維持していると一般に報じられているが、その内容たるや極めて不明確である。そこで、多少とも具体的な内容を知るために法務大臣が平成27年に策定した最新の「第5次出入国管理基本計画」<sup>(89)</sup>に当たってみると、「基本方針の2 少子高齢化の進展を踏まえた外国人の受入れについて、幅広い観点から政府全体で検討していく」こと、その「具体的な施策の方針 2 少子高齢化の進展を踏まえた外国人の受入れについての国民的議論の活性化」では「専門的・技術的分野と評価されない外国人の受入れについては、経済的効果、社会的コスト、産業構造、適切な仕組み、環境整備、治安等幅広い観点から、国民的コンセンサスを踏まえつつ政府全体で検討(結論は予断せず)。このため、諸外国の制度等について把握し、国民の声を積極的に聴取するものとされており、要約すると【少子高齢化対策としての単純労働者の受入れ政策を政府全体として多方面から検討するが、国民的コンセンサスが得られるかどうか先行きが見通せないため、この段階では諸外国の制度の内容把握に努めたり、国民の声を積極的に聴取に努めたいということ】で、これがこの時点で把握できる政府の「移民政策」の公式見解の実態であろう。

(87) DACA 廃止の声明を巡る動きについては、朝日2017・9・4(夕)、6(朝)、7(朝・夕)など。大統領の撤廃決定に対するサンフランシスコ連邦地裁の2018年1月9日の差止命令については、朝日2018・1・18(朝)

(88) 朝日2018・1・31(夕)。

(89) 法務省のホームページ参照 [www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan-nyukan40.html](http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan-nyukan40.html)

そこで、政府の方針に関わりなく一つの結論を述べると、米国法にあるような年間100万人以上にも発給される「永住権」制度は採用するべきではなく、採用する場合でも米国法とは異なりかなり対象者を限定するべきであるということである。その理由は、米国法では、「永住権」取得の前提となる「移民VISA」の取得者の大半は、米国人の親族や高度な技能を持つ技術者等であり、日本の制度でも別表第2の身分系の在留資格者やいわゆる高度人材などが含まれるため一見して同様の制度ともみられるが、「親族」の範囲は「割当移民」に見られるように日本法に比して限りなく広く、グリーンカード取得に必要な保証は親族間で相互に有効であり、5万人枠ではあるが血縁や特別の技能が無くても抽選で選ぶ前述の「抽選プログラム」すらあるからである。

また、米国法中に関連付けられたこの「永住権」取得を媒介とする、「移民VISA」取得→「永住権取得」→5年後の「国籍取得」という「移民の連鎖」と呼ばれる制度にも注意が必要である（もっとも、米国籍法は生地主義を採用することから移民の2世以降は出生により米国籍を取得することが可能なため、後半部の国籍取得の厳格化といった制度改革の効果は限定的であろう。）

## 2) その他の改革について

米国の制度の中では、「移民VISA」の取得者は最初は期間に制限のある在留許可がなされるが、いずれ「永住許可」により期間の制限がなくなり米国籍の取得へと進むことが予定されている。しかし、「入管法系」の在留資格では最高でも5年程度の有期（更新可）であることが一般であり、期間の長短は死活的に重要である。ここでは、「一時的滞在許可（1年）」「能力と才能による在留許可（3年）」は一般的であるが、モデル的にはそれぞれ2回更新した後の「居住許可（10年）」の制度を有するフランスの例が目される<sup>(90)</sup>。

また、イギリスの制度は、戦後の「入管・移民法」改革ではわが国と同様の課題を抱えていたとみられたために法制度改革の背景や経緯及びその内容などについては大いに参考とした<sup>(91)</sup>。もっとも、1990年代後半から2000年代前半にかけて急速に高まったEU域内からの移民の流入の増大などに直面した英国の移民法改革は、未熟練労働者の入国規制の強化（4年以内の帰国の強要）と熟練労働者（その最高位は「高度専門技術者」）の5年以上の滞在（期間の定めのない定住権付与の要件）の促進という選別政策であり、「高度専門技術者移民プログラム（Highly Skilled Migrant Programme, HSMP）」と呼ばれるこの政策の実施に当たっては、学歴、職歴、年収、実績などを点数化したポイント制が用いられた<sup>(92)</sup>。わが国の法務省もこれを参考に2014年に「高度専門職省令」を制定し、2017年改正令を

(90) フランスの制度については、服部麻里子「外国人の出入国管理における行政裁量統制と『外国人』の権利（1-3）」自治研究89巻10号（2013）61頁以下参照。ほかに、Francois Julien = Laferriere, Droit des etrangers, puf, 2000, 水鳥能伸『亡命と家族—戦後フランスにおける外国人法制の展開』有信堂（2015）など。

(91) 拙稿「イギリスにおける出入国管理法制の展開—1971年法の成立まで」拓大論集155号（1985）117頁、同「イギリスにおける出入国・在留法の現状と課題」明大社研紀要28巻1号（1998）135頁、中村義幸・藤田和雄・若松邦弘（共著）「イギリスにおける労働者受け入れ政策をめぐる状況」中村他「イギリス、オランダ、スウェーデン各国における外国人受入れに関する調査研究報告書」経営労働協会（2002）など参照。

(92) 天瀬光二「イギリスにおける最近の移民政策の動向」『諸外国の外国人労働者受入れ制度と実態2008』労働政策研究・研修機構（2008）7頁以下。



同年5月から施行してしているが、学歴・職歴・年収などの基準が高すぎて必要な人材が確保できない懸念があるとも指摘されている。

また、米国の「移民 VISA」のうちの「非割当移民」には「難民・亡命者」が含まれるが、難民認定数に大きな格差があるからと言って直ちに米国の法制を参考とすることは法系の相違を無視することになり妥当とは言えない。筆者の見解では、入管法の「難民認定手続き」を行政手続法の適用除外としたことには憲法違反の疑いがあり<sup>(93)</sup>、直ちに法律を改正して認定手続きを適正化すれば、関係者から厳しく批判される問題点のかなりの部分は解消されるであろう。

最後に総括的な結論を述べておきたい。

外国人受入れについての法制度には、大別して「入管法系」に属する日本の制度と「移民法系」に属するアメリカの制度があるが、両制度にはそれぞれの長短があり、日本の制度の問題点を解消するためにアメリカの制度を直ちに採用することはできないし、またすべきでもない。両制度の問題点を可能な限り解消し、長所を可能な限り取り入れることによる中間型が適当であり、日本型も実はこの中間型に属するのである。日本の公法学わけても行政法学は、独・仏・英・米の理論や制度がモザイク状に混在するモザイク行政法であるとの見解があるが、行政法規の「入管法」にもけだし至言といふべきであろうか。

## 追記

校正中の2018年11月2日、政府は新たな外国人労働者受入れのための在留資格「特定技能」を新設し、合わせて現行の法務省内局の「入国管理局」を廃止して外局としての「入国管理庁」を設置することを骨子とする「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案」を閣議決定し、国会で成立を図って、明年4月1日から施行する方針を表明したが、その内容についての検討は、時間の関係で本稿には反映されていないことを付記する。

(93) 拙稿「難民認定手続に関する研究」明大社研紀要 37 巻 1 号 (1998) 87 頁以下。