

非正規移民による滞在権要求と入管法の目的

- 移民正義論におけるカレンズ教授の問題提起に就いて -

服 部 麻理子

序論

第1節 問題の所在と本研究の目的

伝統的に、主権国家には、その領域内に存在しうる人の範囲を決める権利があるとされる。すなわち、国家は、人がその国家の国籍を取得する条件を設定したり、国籍をもたない人による入国や滞在の条件を設定したりする。今日では、グローバル化が進み、個人の「移動の自由」を保障することに対する要請が強まる一方、世界各地でテロリズム発生等の懸念が高まっており、実効的な国境管理は各国にとって死活問題となっている¹⁾。

国内法の次元において、外国人に対する出入国管理は、行政裁量権に委ねられる余地が広い法領域として理解されてきた。最高裁の判例も、外国人には日本への「入国の権利」²⁾や「在留の権利」³⁾は保障されていないとする。

1) 入国管理と国境管理、安全保障の連続性について、参照、古川浩司「日本の『国境警備論』の構築に向けて」黒澤満先生古稀記念『安全保障論—平和で公正な国際社会の構築に向けて』(信山社、2015年)所収521頁。

2) 最大判昭和32年6月19日判時124号24頁は、「憲法22条は外国人の日本国に入国することについてはなにも規定していないものというべきであつて、このことは、国際慣習法上、外国人の入国の許否は当該国家の自由裁量により決定し得るものであつて、特別の条約が存しない限り、国家は外国人の入国を許可する義務を負わないものであることと、その考えを同じくするものと解」することができる。ただし、同判決の小林俊三・入江俊郎による意見が、「現行憲法の解釈としては、いわゆる『国際慣習法上』なる前提に無批判に立脚することを、一たん脱却すべきものであると要請」し、「本条の『何人も』のうちには外国人を含むと解してもわが国民の地位と相容れないものではないことというまでもなく、従つて外国人も入国についてわが国民と同じ保障を受ける地位に立つという原則をまず是認しなければならないのである。多数意見のように旧来の『国際慣習法上』という前提によりたやすく外国人の入国を憲法の保障外に置くことは、新しき理想を盛つたわが憲法の基本的原理を全く無視するものといわなければならない」としていることが注目される。

3) 最大判昭和53年10月4日判時903号3頁は、前註2) 最大判昭和32年6月19日に依拠したう

しかしながら、学説においては、とりわけ定住外国人による再入国の自由が保障されていないことが批判されたり⁴⁾、外国人の在留が法務大臣の裁量的決定に委ねられているため、憲法上の人権保障が有効に機能していないことが疑問視されたりしている⁵⁾。

国際法の次元においても、国籍の設定や出入国管理に関する問題は「国内問題」あるいは「国内管轄事項」⁶⁾であり、各主権国家の裁量が認められる分野である。しかしながら、今日では、人権に関する複数の条約上の規定が、「追放・送還先で身体的・精神的な苦痛を被るおそれのある場合」や「家族の保護に関する場合」といった特定の場合に国家の裁量を限定する働きを果たすことが指摘されている⁷⁾。

このように、国内法・国際法ともに、「(国民) 国家」という制度および「国籍」という制度のもとで、各国家に出入国管理の自由・権利を留保している。その一方で、暮らす場所を自由に選べるか否かは人間の生活・人生の質に大きく影響するため⁸⁾、国家間での「移動の自由」や外国に滞在する権利を保

えて、「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」と解すべきである」から、「上陸を許された外国人は、その在留期間が経過した場合には当然わが国から退去しなければならない」とする。そこで、当該外国人が在留期間の延長を希望して在留期間の更新を申請した場合、許可されるのは法務大臣が「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるとき」に限られており、「出入国管理令上も在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものでないことは、明らかである」とする。

- 4) 浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社、2016年）66頁、近藤敦「国際比較からみた日本の移民法制の課題」大久保史郎ほか編著『人の国際移動と現代日本の法—人身取引・外国人労働・入管法制』（日本評論社、2017年）所収25頁。
- 5) 伊藤正巳「国際人権法と裁判所」国際人権1号（信山社、1990年）8頁。
- 6) 参照、杉原高嶺ほか『現代国際法講義〔第5版〕』（有斐閣、2012年）72頁〔高田映執筆箇所〕。
- 7) 村上正直「外国人の出入国と家族の保護—権限ある当局が考慮すべき事項に関する若干の検討」黒澤古稀・前掲註1）所収405頁。また、小畑郁『ヨーロッパ地域人権法の憲法秩序化—その国際法過程の批判的考察』（信山社、2014年）261-281頁も、入管法上の措置の対象となる外国人に対する手続保障が、各国の国内法のみならず一般的人権条約でも十分とはいえないものの、欧州人権裁判所等の判例法理において進展がみられることを示している。
- 8) このジレンマについては、次のようにも指摘されている。「政治、経済、社会の諸情勢さらに国際情勢の変化や望むべくもない戦争によって、いわゆる国境の壁は高くもな

障するための法的根拠が模索されている。

法哲学・道徳哲学（移民正義論）においては、地域での定住や集団への帰属が人生にもたらす意義を根拠として、外国人による滞在の権利を正当化しようと試みる例がみられる。そのような試みのうち、近年の代表的な議論は、ジョセフ・カレンズ教授（トロント大学）による主張とそれに対する批判である⁹⁾。カレンズ教授によると、入管法制に違反する「不法移民」や「非正規滞在者」であっても¹⁰⁾、一定期間以上その国内に居住して教育を受けたり家族をもったりすれば、その社会の一員となるので、合法的な滞在資格を要求することのできる道徳的権利が生じる。そのため、国家の側では、不法滞在が一定期間を超える者には一律に滞在許可を与えて正規化するべきであり、個別事例ごとの行政裁量権による判断に委ねるべきではない。ここでカレンズ教授が直接に想定する国はアメリカであるものの、「リベラル・デモクラシー諸国に通じる一般の問題として提起する」という。なぜならば、リベラル・デモクラシー諸国は複数の重要な原理と価値（観）を共有しており、許容できる政策の範囲を制約する道徳的コミットメントに共通部分があるからである¹¹⁾。

りあるいは低くもなる。しかし、出入国管理行政には試行錯誤や間違いは許されない。いったん国境の壁を低くして大量の外国人を受け入れた後に、その政策に誤りのあることに気づいた場合、あるいは国内事情に変化を生じた場合、どのような措置をとることができるであろうか。間違いを直すには旧に復するのが最も簡単明瞭であるが、出入国管理の対象はいうまでもなく人（外国人）であり、国の都合のみによって在留外国人の居所を奪い国外に追放することは軽々に許されるべきことではない。」黒木忠正＝細川清『外事法・国籍法』（ぎょうせい、1988年）2-3頁 [黒木執筆箇所]。

9) Joseph H. Carens, *Immigrants and the Right to Stay*, 2010, The MIT Press. この文献については、このたび、法哲学者の横濱竜也教授（静岡大学）による翻訳および解説等をまとめた書籍が刊行された。ジョセフ・カレンズ著＝横濱竜也訳『不法移民はいつ〈不法〉でなくなるのか—滞在時間から滞在権へ』（白水社、2017年）である（以下、同書の翻訳部分については「横濱訳」、解説部分については「横濱解説」と略する）。本稿筆者は、横濱教授による翻訳および解説執筆の過程に関わり、カレンズ教授の原著等を精読しながら横濱教授と議論する機会を得た。その中で抱いた疑問や読み取った課題に対して、実定法研究者として応答したいと考えたことが、本稿を執筆した主要な動機の一つである。

10) 本稿では、入管法違反の入国や滞在を行っている外国人について、文脈に応じて複数の呼び方をしている。

11) Carens, *supra* note 9, at 6. (横濱訳8頁。)

それでは、カレンズ教授によるこのような主張は、日本において、法的に正当化され実行されうるものであろうか¹²⁾。すなわち、①不法入国者や不法滞在者に対して、一定期間以上の滞在後には合法的滞在権を認めるという仕組みは、法的に正当であろうか。また、②そのような仕組みを一律に実施する政策を、導入すべきであろうか。本稿の目的は、日本における出入国管理法制の課題を参照しつつ、以上の2点に答えることである¹³⁾。

第2節 本研究の意義

(1) 日本の出入国管理法制は、元来、アメリカ法の影響を大きく受けている¹⁴⁾。特に、出入国管理の根拠法である「出入国管理及び難民認定法」(以下「入管法」という)は、アメリカの移民法にならって制定された¹⁵⁾。とは

12) 本稿では、移民正義論と日本の実定法との接点を見出すことを目指しており、アメリカの実定法については直接的には扱わない。そのため、カレンズ教授の「恩赦の根拠」に対するアメリカ実定法学での反応や受容については、今後の検討課題とする。

13) 難民認定については、性質が異なる処分であるため、本稿の考察対象からは外している。ただし、入国拒否事案や退去強制・在留特別許可事案において難民認定が関係することも少なくないため、別稿で検討することとしたい。

14) 近代日本における出入国管理の始まりは、徳川幕府が鎖国政策を改めた1858年(アメリカ等との間に修好通商条約を締結)であるとされる。第二次世界大戦後の連合国による占領期には、出入国管理も連合国軍最高司令官の指揮下に置かれた。その後、1949年に「出入国管理に関する政令」が制定されたものの、事務が多面的に行われる体制であったため、連合国軍最高司令官から改善を命ぜられた。そこで、1950年に「出入国管理庁」を外務省の外局として設置し、出入国管理事務を一元的に管理するとともに(翌年に「入国管理庁」と改名)、1951年にはアメリカの移民法を参考にして「出入国管理令」を制定した(入管法の前身)。続く1952年に、入国管理庁が法務省の内局である「入国管理局」に改編された際、法務省側の理由は、「アメリカにおいて出入国管理行政が司法省の所管とされていること」、「外国人に対する上陸審査や在留管理の事務は、所定の法律要件に該当するかどうかを判断して法定の地位を付与する法律的事務であること」、「退去強制手続は準司法的性格をもっていること」、「上陸拒否や退去強制は外国人の自由を制限する厳しい処分であって慎重に取り扱う必要があるため、人権擁護の府である法務省の所管とするのが相当であること」等であったという。参照：黒木＝細川・前掲註8) 5-28頁 [黒木執筆箇所]。

15) そのため、退去強制の手続についても、外国人の権利保護の観点から適正手続を保障していると説明される。坂中英徳＝齋藤利男『出入国管理及び難民認定法 逐条解説 [改訂第4版]』(日本加除出版株式会社、2012年) 607頁。一方で、国籍取得についてはアメリカが原則として出生地主義であるのに対し日本は血統主義である点や、アメリカ流の行政委員会制度(収容令書の発付に先立ち入国審査官は地方審査会の承認を得なくてはならないこと等)が実現されなかった点等、母法であるアメリカ法との相違

いえ、メキシコ等からの多くの不法移民問題に対処せざるをえないアメリカの実務状況に比べるならば、日本においては従来、移民問題の喫緊性は必ずしも自覚されてこなかった。しかしながら、日本への外国人入国者（再入国者を含む）数は2012年以降増加傾向にあり¹⁶⁾、2015年には1968万8247人（うち新規入国者1779万6147人）、2016年には2321万8912人を記録している¹⁷⁾。また、許可された在留期間を超えて不法に日本国内に留まっている不法残留者¹⁸⁾は、2016年1月1日時点で6万2818人（入国管理局の電算統計に基づく推計）であり、2年連続で増加している¹⁹⁾。その中で、2015年に退去強制手続を執られた入管法違反者は1万2272人であり、前年より増加している²⁰⁾。このように、近年では日本においても移民問題に対応する必要性が増しており、アメリカ法²¹⁾に関する議論を参照する意義が高まっているといえる。

が問題視されている。参照、関東弁護士会連合会編・平成24年関東弁護士会連合会シンポジウム報告書『外国人の人権—外国人の直面する困難の解決をめざして』（明石書店、2012年）63-64頁。

- 16) これについて法務省入国管理局は、「官民一体となった観光立国実現に向けた取組が観光客の増加を促し、外国人入国者数全体の増加につながったものと考えられる」と説明している。法務省入国管理局編『平成28年版 出入国管理』（2016年）(http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri06_00081.html, 2017年9月29日最終閲覧) 2頁。
- 17) データは、前記16)のほか、法務省入国管理局「出入国管理統計統計表」(http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei_ichiran_nyukan.html, 2017年9月29日最終閲覧)による。
- 18) 1993年に過去最多の29万8646人を記録した後、徐々に減少し、2014年にはいったん6万人を下回った。
- 19) 前掲註16) 38頁。「継続的な不法滞在者の摘発を実施し、これまで不法残留者数を大幅に減少させてきたものの、近時その小口化・分散化が進み、大規模な摘発が困難になり、退去強制手続を執った外国人の数の減少傾向が続いているためであると考えられる」と説明されている（同頁）。
- 20) 同41頁。入管法違反者は2005年以降減少の一途であったものの、「近年、査証免除措置の実施等により、新規入国者が増加し、それに伴い不法残留者数も増加したことなどが一因となり、増加に転じたと考えられる」と説明されている（同頁）。
- 21) 現在、アメリカにおける入管分野の基本法は、1952年に制定された移民・国籍法（Immigration and Nationality Act）である。参照、アメリカの国土安全保障省公式サイト (<https://www.uscis.gov/laws/immigration-and-nationality-act>, 2017年9月29日最終閲覧)。この法律における退去強制手続については、参照、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法—国家主権の法理論』（有信堂高文社、2008年）35-38頁。

(2) 国外からの脅威への対応と国際協調との両立²²⁾が喫緊の課題となる中で、昨今、入管法は複数回の大改正を経ている²³⁾。特に、2009年改正では、不法就労助長行為をしたことや、不正に上陸許可等を受けさせる目的での偽造文書等の作成等を教唆・幫助したことが、退去強制事由に追加されている。さらに、2014年改正では、経済のグローバル化に鑑みて、日本経済の発展に寄与する外国人の受入れを促進する²⁴⁾ことが目指されているものの、特定の技能を有する外国人以外にとっては在留資格取得の要件は厳格化している。そこで、日本への新規入国を希望する外国人や、在留の継続を希望する外国人の権利保障のあり方について、分析の重要性が上がっているといえる²⁵⁾。

(3) 入管法は、分野の特殊性等に鑑みて、行政手続法・行政不服審査法ともに適用除外とされている²⁶⁾。一方、入管法上の独自の手続規定については、適正手続の見地から不十分な点があることも指摘されている²⁷⁾。そのため、入管法制に特化した行政裁量統制の法理を確立する必要がある。

22) 少子高齢化による人口問題、優秀な移民の獲得競争、定住外国人の法的地位の安定化といった問題が、国家や地域の枠を超えたグローバルな規律の対象である点が指摘されている。大西楠・テア「グローバル化時代の移民法制—多元的システムから見たドイツの移民法制」浅野有紀ほか編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』所収。

23) 2004年改正では、難民認定申請者に対しては退去強制手続を開始しないことが規定された。従来は、難民認定申請者であっても、不法入国や不法滞在に該当し退去強制手続の対象者として収容されていたのに対して、この改正により退去強制手続と難民認定手続とが分離されている。また、2009年改正では、外国人登録制度が廃止され、新たな在留管理制度が導入されている。

24) 具体的には、法務大臣が指定するクルーズ船の外国人乗客を対象として、簡易な手続で上陸を認める「船舶観光上陸許可」制度と、高度の専門的な能力を有する外国人材を対象とする新たな在留資格「高度専門職」が創設され、これらは2015年に開始している。

25) 近時、退去強制・在留特別許可について争われた行政事件において、下級審を中心として積極的な本案審理を行う裁判例の蓄積が指摘されている。原田大樹「第16回行政法研究フォーラム報告 本案審理の充実に向けて」判時2308号13頁。

26) まず、行政手続法は、「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」については適用除外対象としている（3条1項10号）。その趣旨については、これらの処分等が国家主権の問題であって、外国人が入国等の実体的権利を有さないと解されていること等を踏まえた手続性を検討する必要がある、本法の規定を「そのまま適用することは必ずしも妥当とはいえないと考えられた」ことから説明される。宇賀克也『行政手続法の解説〔第6次改訂版〕』（学陽書房、2013年）66頁。こういった処分等

第3節 日本の入管法違反に対する制裁

不法入国や非正規滞在の外国人に対する制裁としては、①刑事手続による処罰と、②行政手続としての退去強制手続とが併存している²⁸⁾。本節では、次章からの検討に備えて、関係する主要な部分のみ概観しておきたい。

1. 刑事手続による処罰

入管法は、公正な出入国管理を実施し、出入国管理秩序を維持するために²⁹⁾、外国人による下記の特定期行為を禁止している。罰則は、3年以下の懲役もしくは禁錮もしくは300万円以下の罰金、または、その懲役もしくは禁錮および罰金の併科である（70条1項）。

A) 不法入国罪・不法上陸罪³⁰⁾ および不法在留罪

入国禁止事由は3条に列挙されており、これに違反して入国すると上記の

について「一般国民に対する通常の処分等を対象とする本法を適用することは本法の意図するところではない」と説明するものもみられる。行政管理研究センター編『逐条解説 行政手続法〔改正行審法対応版〕』（ぎょうせい、2016年）72頁。しかしながら、他方で、「仮に入国の自由・在留の権利がないとしても、その他の権利利益の保護もしくは個人としての尊厳の確保または国民主権国家における行政の公正性の要請の観点からすれば、手続保障の程度が外国人と一般国民とで当然に異なることにはならない」と評されている。室井力ほか編著『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法〔第2版〕』（日本評論社、2008年）42頁〔本多滝夫執筆箇所〕。次に、行政不服審査法も、「外国人の出入国又は帰化に関する処分」を適用除外対象とする（7条1項10号）。これは、日本国憲法上、外国人には我が国に入国する自由や在留を要求する権利が保障されておらず、外国人の出入国に関する処分は「国家主権に基づき国家が決定することができる」ため、「不服申立てに係る規定を適用することは適切ではない」と考えられたためであると説明される。宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説〔第2版〕』（有斐閣、2017年）49頁。

27) 室井ほか編著・前註26) 57頁〔本多滝夫執筆箇所〕。

28) 参照、肖萍「日本における刑事手続上の身体拘束と出入国管理法制の関係（1）」一橋法学6巻1号（2007年）331頁、上田寛「入管法制の法学的検討③入管法制と刑事法」大久保ほか編著・前掲註4所収461頁。なお、行政制裁と刑事制裁の法的性質の違いについて、「非難ないし『烙印づけ』の『程度』の違いという以上に明確に論じること」が行政制裁論の課題とされている。山本隆司「行政制裁に対する権利保護の基礎的考察」宮崎良夫先生古稀記念論文集『現代行政訴訟の到達点と展望』（日本評論社、2014年）所収250頁。

29) 坂中＝齋藤・前掲註15) 961頁。

30) 入管法上、狭義の「入国」は、日本の領海または領空に立ち入ることを表し、日本の

刑罰が科される(70条1項1号)。また、上陸拒否事由は5条1項に列挙されており³¹⁾、入国審査官から上陸の許可等(9条)を受けずに上陸すると上記の刑罰が科される(70条1項2号)。さらに、不法入国者および不法上陸者が引き続き不法に在留している場合も、上記の刑罰が科される(70条2項)。

B) 不法残留罪

日本に滞在する外国人は、原則として入管法所定の「在留資格」を有する必要がある(2条の2第1項)。「在留資格」に応じた在留期間内の在留を保障される(同3項)。これに対して、許可された在留期間を超えて「残留」している者には、上記の刑罰が科される(70条1項5号)。

2. 行政手続としての退去強制手続

入管法24条各号に列挙される事由(退去強制事由)に該当する外国人に対しては、退去強制令書の発付処分が行われ、その執行として強制送還が行われる。この退去強制手続は、刑事手続の進捗状況にかかわらず進行される。そして、退去強制された者は、原則として一定期間(上陸拒否期間)日本に再上陸することはできない(5条1項9号口、ハ)。

A) 退去強制事由

在留を前提とする事由(24条2号の2、2号の3および4号以下)としては、不法残留(4号口)等がある。また、在留を前提としない事由(3号乃至3号

領土に立ち入ることを表す「上陸」と区別される。地続きの国境で他国と接する国家にとっては、外国人が国境を越えて入ってくることが入国であり、それと上陸を区別する意味はない。ところが、日本は陸地の国境を有しておらず、しかも「近隣諸国から密航船に乗って不法に入国・上陸しようとする外国人が跡を絶たない状況下」にあること等から、「これらの外国人が領海内に入った段階において的確に規制できる入国管理体制を最も必要とする国である」と認識されている。ただし、入管法1条の目的規定における「入国」は、狭義の「入国」に加えてそれに続く「上陸」と一定期間の「在留」とを含んでいる。坂中=齋藤・前掲註15) 176-177頁。なお、本稿において「入国」という際、一般的な慣用表現として「上陸」を含めた意味で用いることがある。

31) 日本の上陸拒否事由は、比較法的にみて概ね標準的なものであるという。坂中=齋藤・前掲註15) 203頁。

の5)³²⁾としては、外国人ブローカー等による偽造・変造文書の作成・提供等(3号)や不法就労助長行為(3号の4)等がある。これらのいずれにも属さないものとしては、不法入国(1号)および不法上陸(2号)がある。

B) 違反者の収容

入国警備官は、退去強制事由に該当する可能性があるとの心証を抱く外国人がいるときは違反調査を開始し(27条)、その結果として、退去強制事由該当性について客観的かつ合理的根拠があると判断した場合は³³⁾、主任審査官に対して収容令書の発付を請求し、その発付を受けて³⁴⁾当該外国人を収容³⁵⁾することができる(39条)³⁶⁾。なお、目下、入管収容施設における被収容者の処遇改善が求められている³⁷⁾。

C) 送還先

被退去強制者の送還先としては、その者の国籍または市民権の属する国を

- 32) このうち、3号の2および3号の3は、テロリストの入国等を規制するために2006年改正によって新設されたものであり、当該退去強制事由に該当する外国人の入国を防止する役割も担っている。参照、多賀谷一照・高宅茂『入管法大全—立法経緯・判例・実務運用 第1部 逐条解説』(日本加除出版、2015年)347頁、350頁および359-361頁。参照、国際組織犯罪等・国際テロ対策推進本部『テロの未然防止に関する行動計画』(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sosikihanzai/kettei/041210kettei.pdf>、2017年9月29日最終閲覧)、山元一「テロリズム対策と日本法の諸変動」東社 59巻1号(2007年)89-91頁。
- 33) 多賀谷=高宅・前註32) 430頁および443頁。
- 34) ただし、例外的に、収容令書の発付を待たずに当該外国人の身柄を拘束する要急収容も認められている(43条)。
- 35) この収容は、現行法上まれな直接強制である。参照、田中二郎『新版 行政法 上〔全訂第1版〕』(弘文堂、1964年)165頁。
- 36) この仕組みについて、申恵丰『国際人権法—国際基準のダイナミズムと国内法との協調〔第2版〕』(信山社、2016年)74-75頁は、「そもそも、具体的な必要性を要件とせずに一律に収容を行うことは、難民条約31条2項、及び、恣意的な抑留……を禁じた自由権規約9条1項に反しないかどうかという問題がある」と指摘する。
- 37) 入管収容施設において被収容者の死亡事件が複数発生していることに対して、日弁連は、2017年4月12日付けで「東日本入国管理センターにおける被収容者の死亡事件に関する会長声明」を発し、第三者機関による調査の実施や調査結果の公表、および具体的かつ実効的な再発防止措置の実施を求めている(https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/statement/year/2017/170412_2.html、2017年9月29日最終閲覧)。

原則とする(53条1項)。ただし、その国が戦争状態にある場合や、その者を送還すると拷問等の迫害を受けるおそれが客観的に認められる場合等³⁸⁾は、別の国へ送還される(同2項)³⁹⁾。

D) 在留特別許可(以下、「在特」と略することがある。)

法務大臣は、退去強制処分を受けるべき者について、裁量判断⁴⁰⁾により特別に在留を許可することができる(50条1項)。その対象となる者は、永住許可を受けている外国人(1号)、かつて日本人であった外国人(2号)、人身取引等の被害者である外国人(3号)、および、1号乃至3号とは別に「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」外国人(4号)である。この4号については、在特の透明性と公平性を高めるために、法務省入国管理

38) 坂中=齋藤・前掲註15) 719頁。

39) 例えば、イラン国籍者が日本で殺人を犯し、殺人罪および不法在留罪による服役中に、入管法違反調査がなされ不法入国(24条1号該当)が判明し、送還先をイランとする退去強制令書発付処分を受けた事例では、イランに送還された場合には死刑に処せられる蓋然性が高いことを理由として、同処分のうち送還先をイランと指定した部分に裁量権の範囲を逸脱した違法があると判示されている。大阪高判平成27年11月27日判時2298号17頁。すなわち、「退去強制を受ける者の側でも、我が国からの退去を強制されることは免れないにしても、その際には、同条の定めに従った送還先、あるいは自らの正当な権利利益が侵害されるおそれのできる限り少ない送還先に送還される法律上の利益を有しているものというべきである」。「被送還者が国籍国に送還された場合には、被送還者の生命に差し迫った危険の発生することが相当程度の蓋然性をもって予想され、かつ、その結果が我が国の法制度や刑罰法規の定め及び刑事手続の運用等に照らして到底容認し難いものといわざるを得ないようなときは、たとえ、それが送還先となる国の法令の定めに従い、裁判等の適正な手続を経た上で行われる合法的な処罰であっても、入管法53条2項にいう『送還することができないとき』に当たるものというべきであり、主任審査官がそのことを看過して被送還者の国籍国を送還先に指定したときは、当該指定部分は、合理的な裁量権の範囲を逸脱したものととして違法となると解するのが相当である」としている。

40) 例えば、東京地判平成27年6月16日(裁判所ウェブサイトhttp://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/502/085502_hanrei.pdf、2017年9月29日最終閲覧)は、「入管法50条1項に基づく在留特別許可に関し、同項4号において在特許可事情が概括的に記載され、その判断基準が特に定められていないのは、事柄の性質上、外国人の出入国の管理の目的である国内の治安と善良な風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定等の国益の保持の見地に立つて、当該外国人の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌し、時宜に応じた的確な判断をするため、その判断を出入国管理行政の責任を負う法務大臣の判断に任せ、その裁量権の範囲を広範なものとする趣旨からであると解される」としている。

局が「在留特別許可に係るガイドライン」を策定・公表している⁴¹⁾。

以下では、まず、第1章においてカレンズ教授による主張の内容を整理する。次に、第2章においては、不法移民に対して制裁を実施しないことが、法的に正当化されるか否かを検討する。さらに、第3章においては、不法移民に対して一律に合法的滞在権（在留資格）を付与することが、法的に正当化されるか否かを検討する。

第1章 ジョセフ・カレンズ教授による主張の内容

ジョセフ・カレンズ教授はカナダ出身（アメリカ人でもある）の政治哲学者であり、元来は「開放国境論（Open Border Theory）」の提唱者として知られている。しかしながら、開放国境論にのっとれば現在各国で実施されている移民規制の大半は不正であることになり、実際に先進国が抱える移民問題解決のためには現実的でない⁴²⁾。そこで、カレンズ教授は、より実現可能性に配慮した「恩赦（amnesty）」⁴³⁾の主張をするに至っており、アメリカの不法移民問題に対する現実的な解決策の道徳的根拠付けを試みている。

第1節 開放国境論

カレンズ教授によると、国境を開放すべき1つ目の理由は、移民規制が「移動の自由」を制約するからである。「移動の自由」は、それ自体が人権であるとともに、他の自由を保障する前提である。したがって、自らの選ぶ人生プランにしたがって自律的に生きることを保障する意義も有する。例えばテロリストの入国を未然に防ぐための入国規制は許容されるが、外国人の移

41) 2006年に策定・公表された後、見直しが行われ、2009年に新しいガイドラインが公表されている。法務省入国管理局のウェブサイトに掲載 (<http://www.moj.go.jp/content/000007321.pdf>, 2019年9月29日最終閲覧)。

42) 参照、横濱解説124頁。

43) これを「アムネステイ」と記す邦語文献がみられ、日本法における概念といったん区別するためには適切なようにも思われる。ただし、本稿では、横濱訳にならって「恩赦」と表記することにした。

動に対して裁量的に統制する権利を国家に与えることは許されない⁴⁴⁾。

2つ目の理由は、移動の自由が「機会の平等」によって不可欠の条件だからである。「機会の平等」という理念によれば、社会的地位へのアクセスは、その個人がもつ実際の才能と努力により決まるべきである。その地位でうまくやっていく能力とは関係のない性質、すなわち階級や人種、ジェンダー等の生得的性質によって制約されるべきではない。全ての人間は道徳的に等価であるから、社会的地位の優劣につながるような、生まれながらのヒエラルヒーは存在しない。人間が機会をつかめるためには、機会のあるところへ自由に移動できなくてはならない⁴⁵⁾。

3つ目の理由は、人間の道徳的等価性にコミットするためには、自由の平等および機会の平等を実現するための手段として、また、それ自体を目的として、経済的・社会的・政治的平等にコミットする必要があることである⁴⁶⁾。

以上のように、カレンズ教授の開放国境論は、主として「移動の自由」および「平等」の保障を根拠とする。特に後者については、さらに、国境を越えた不平等を是正する（世界分配的正義を実現する）ために、先進国は移民規制を緩和して途上国からの移民を受け入れるべきであるとしている⁴⁷⁾。

第2節 恩赦の根拠

カレンズ教授による今回の問題提起の出発点は、様々な状況下にある非正

44) Joseph H. Carens, *The Ethics of Immigration*, 2013, Oxford University Press, at 227.

45) *Id.* at 227-228.

46) *Id.* at 228.

47) *Id.* at 233. すなわち、国家間に存在する貧富の差を少しでも埋めるためには、貧しい国から富める国への移動を自由に認めるべきであるとする議論に則っている。他方で、瀧川裕英『国家の哲学—政治的責務から地球共和国へ』（東京大学出版会、2017年）301頁は、人が弱者を保護すべき普遍的義務を果たすためには、世界が国境や国籍によって分割されている方が効果的であることを示す（ロバート・グディンによる）議論を紹介している。また、カレンズ著＝横濱訳・前掲註9）209頁（座談会における井上彰意見）は、国境を開放しても、途上国からの頭脳流出を招き逆効果となりうることを踏まえて、国境を閉ざす分、国際援助して最下層の人たちを救う方が人道的であろうと述べる。すなわち、国境開放が常によりよき世界正義の義務を果たす術であるとはいえないとの見方もある。

規移民 (irregular migrants)⁴⁸⁾ が共有する、退去強制の恐怖に晒されながら暮らしているという脆弱性である。彼らの脆弱性に対してリベラル・デモクラシー国家がとるべき選択肢は、カレンズ教授によると、①発見し次第、国外に追放することではなく、②処罰や制約という条件を一方においた上で永住への道を開くことでもなく、③一定期間暮らしている場合には、共同体の一員として受け入れ法的滞在資格を与えることである。すなわち、非正規移民が長期間定住しているならば、「恩赦」として合法的滞在権が認められるべきであるという⁴⁹⁾。その主たる根拠は、次のような内容である。

例えば、幼い時に親に連れられて入国した事例や、アメリカ国籍者と結婚している事例のように、特定の事情がある場合には、滞在資格を合法化するための道徳的要求 (moral claim to stay) はより高まる。しかしながら、その中で最も重みを付けて考慮されるべきは、滞在し始めてからどれだけの時間が経過しているか (passage of time) である⁵⁰⁾。なぜならば、国家が非正規移民を退去強制とする道徳的権利は時間の経過とともに減退し⁵¹⁾、国家が移民制限を実行することの重要性よりも、非正規移民が構築する「社会的メンバーシップ (social membership)」の道徳的重要性の方が上回るからである⁵²⁾。この「時間の経過」は連続的なものであるが、ある時点 (閾値) で移

48) カレンズ教授は、不法に入国した者だけでなく、もとは正規ルートで入国したがその後不法滞在している者を含めている。アメリカに暮らす非正規移民の数は、2016年時点で1130万人と推定されており、アメリカの総人口 (2015年) の3.4%を占める。この数は、2007年に1220万人 (総人口の4%) の最高値を記録した後、やや減少に転じている。データは、ピュー研究所 (Pew Research Center) の資料 (<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/04/27/5-facts-about-illegal-immigration-in-the-u-s/>, 2017年9月29日最終閲覧) による。

49) Carens, *supra* note 9, at 5-6. (横濱訳6-7頁。) これに対して、横濱教授による批判的評価は、次の2点に絞られている。①移民法に違反する外国人の行いは、ホスト国成員の自律を損なう。したがって、統制することは正義に適う。②そもそも、不法移民が生み出される背景を見る必要がある。貧困が問題である。したがって、一時労働者の受け入れを拡充する必要がある。参照、横濱解説180-181頁。さらに、「移民正義論の根幹をなす問題の一つは、住むことと働くこととの関係」であるとされる。横濱あとがき。

50) *Id.* at 6. (横濱訳7頁。)

51) *Id.* at 18. (横濱訳17頁。)

52) *Id.* at 17. (横濱訳17頁。)

民側の道徳的要求が十分に強くなれば、それ以上の時間の多さは関係なくなる⁵³⁾。具体的な閾値としては、1年や2年（の経過）では短過ぎるが、15年や20年では長過ぎる。最長でも10年であり、有罪判決を受けることなく5年⁵⁴⁾も定住していれば「社会の責任ある一員」であるといえるに十分である⁵⁵⁾。

ここでカレンズ教授が重視するのは、「時間の経過」それ自体ではなく、それが人間生活の展開にとって何を意味するかである。例えば、滞在国で社会的な人格形成を行ってきたことや、犯罪歴がないこと、雇用された経歴があること、滞在国の国民と結婚していること⁵⁶⁾といった要素である⁵⁷⁾。すなわち、カレンズ教授のいう「恩赦」とは、一定の期間に積み重なった事実（生活実態）を尊重し、道徳的意味をもたせる仕組みである。

しかしながら、だからといって、共同体への帰属度をはかる基準を増やしたり、個々の移民が帰属度の閾値を超えたかどうかを判断する行政裁量権を拡大したりするのは、著しく誤っているという⁵⁸⁾。その理由は、まず、非効率だからである。実際に、国家が投票権等の法的権利を付与する場合、いちいち個々人の能力を調査するのではなく、客観的な「時間の経過」と権利付与とを結びつけた一律のルールを設定する⁵⁹⁾。より本質的な理由は、個人を尊重するというリベラル・デモクラシー国家における規範的コミットメントに反するからである。というのは、共同体への帰属度をはかるための基準は、差別的に解釈・適用されてしまう恐れがあるためである⁶⁰⁾。

カレンズ教授の今回の主張における肝心要は、社会的メンバーシップ

53) *Id.* at 20. (横濱訳19-20頁。)

54) カレンズ教授は、この閾値の決定が恣意性を免れない点を自覚しており、「5年」という解答が根本原理から引き出されるとは主張しない。むしろ、調整の社会心理学的問題であると位置づけている。*Id.* at 23-24. (横濱訳22-23頁。)

55) *Id.* at 20-21. (横濱訳20頁。)

56) カレンズ教授は、家族再結合 (family reunification) の原則も重視している。*Id.* at 15. (横濱訳15-16頁。)

57) *Id.* at 25. (横濱訳23-24頁。)

58) *Id.* (横濱訳24頁。)

59) *Id.* at 25-26. (横濱訳24頁。)

60) *Id.* at 26. (横濱訳24-25頁。)

の獲得⁶¹⁾は公的許可の保持に依存しないという点である⁶²⁾。カレンズ教授が依拠する道徳上の理屈は、「許可なく定住し始めた人であっても、時間の経過によってその共同体のメンバーとなり、そのメンバーであること(membership)は法によって承認されるべきである」というものである⁶³⁾。

以上のような検討の結果⁶⁴⁾、カレンズ教授は、国家に対して「ときおり大規模に恩赦を発する実務」⁶⁵⁾や「人道的配慮に訴えることを通じてケースバイケースで滞在権を認める実務」をやめて、「5年間から7年間といった一定期間の定住後には、非正規移民の地位から合法的移民の地位へと変える個人的権利」を保障する政策を提案する⁶⁶⁾。

第3節 分析

カレンズ教授は、入管法に違反して入国したり残留したりする者に対して、一定期間を超えて定住している場合には、退去強制手続をとるのではなく、適法な在留資格を付与すること(恩赦)を提唱する。この意味における

61) 横濱解説164頁によると、カレンズ教授が最重視する「時間の経過により社会的メンバーシップが形成される」という根拠に対して、ボスニアック教授による反論は、「不法移民がホスト国で有する関係性が合法化の一つの根拠だということは認めてもよい。しかし、移民個人がいかなる関係性の下にあるかを、十分に反映させて合法化することが困難ならば、『社会的メンバーシップ』を根拠とする議論自体有効でないと考えないだろうか」との指摘に当たる。ボスニアック教授によれば、不法移民が摘発を恐れて病気になるっても病院に行けなかったり犯罪被害に遭っても警察を呼べなかったりするという権利侵害を食い止めるために、不法移民を合法化しようとするのであれば、不正な移民法制の執行をやめて不法移民の自由を回復するという「恩赦」こそが、合法化の第一の道徳的根拠であるべきである(同164-165頁)。

62) Carens, *supra* note 9, at 18. (横濱訳18頁。)

63) *Id.* at 23. (横濱訳22頁。)

64) 恩赦の根拠としては、非正規移民を生み出す「国家の共犯性」についても議論されている。すなわち、移住者が非正規移民の地位にあるからこそ、国家の側からすると労働者として好都合であり搾取している。つまり、国家は、非正規移民の入国を後押ししている。そうすると、国家は、非正規移民が表で雇用されていたならば得たはずの地位と法的権利を与えなくてはならないという。*Id.* at 27-28. (横濱訳25-26頁)。

65) 不法移民に対して時折行われる一斉の正規化(一般アムネスティ)について、アメリカやヨーロッパの国等における実施状況は、近藤敦『外国人の人権と市民権』(明石書店、2001年)290-307頁に概観されている。

66) Carens, *supra* note 9, at 21. (横濱訳20頁。)

「恩赦」は、一定期間に積み重なった生活上の事実を「社会的メンバーシップ」の成立根拠と見立てて尊重する仕組みであり、この「恩赦」を制度化した場合には、その法的意味は次のように重疊的であると考えられる。

まず、(a) 現に入管法に違反している行いに対して法定の制裁を免除することと、(b) 将来も含めて滞在を認める法的権利（在留資格）を付与することとは、区別されるはずである。また、日本の入管法に当てはめて考えると、(a) はさらに (a1) 不法入国・不法上陸という過去の違法行為に対する制裁の免除と、(a2) 不法在留・不法残留という現在進行中の違法行為に対する制裁の免除という2つの要素に分節することができる。

したがって、カレンズ教授が重視する、既成事実の蓄積とそれによって生じた「社会的メンバーシップ」の観念には、(a) 過去および現在の入管法違反に対する制裁を免除する根拠と、(b) 現在から将来に向けた滞在権を認める根拠という、二重の意味がもたされていることになる。加えて、法定の制裁を免除することの意味合いは、(i) 違法行為を「赦す」⁶⁷⁾ 場合と、(ii) 「赦す」わけではなく何らかの別の理由による場合とがありうる⁶⁸⁾。

第2章 不法入国等に対する制裁を免除することの法的正当性

カレンズ教授の議論からは、「恩赦」を求める道徳的主張が法的権利として成り立ちうるかは必ずしも明らかでない。そこで、本章においては、日本の実定法において「制裁を免除する」あるいは「違法性を不問に付す」制度を参照したうえで、カレンズ教授の提唱する「恩赦」の実施が法的に正当化

67) ただし、「赦す」ことが本来的に人間の行いとして可能か否かには、争いがあるように思われる。仮に、「赦すことは人間にはできない」という前提に立つならば、だからこそ個別判断を介さない「恩赦」を提唱するということがありうる。そのように考えた場合には、カレンズ教授の主張が一定の説得力をもつようにも思われる。

68) この点、「恩赦」の意味を①赦し、②法執行の限界、および③不法移民が本来有すべき自由の回復という3つに分類したリンダ・ボスニアック教授の議論が参考になる。横濱解説156-159頁。横濱教授によると、ボスニアック教授は、非正規移民への「恩赦」の根拠として最も筋が通るのは③であるとしている。すなわち、不正な移民法制によって侵害された移民の自由を回復すべきであるから、不正な法の犠牲になった移民を合法化することは道徳的に望ましいとする。

されるか、またどの範囲において可能であるかを検討する。

第1節 参考になる実定法上の制度

1. 刑の恩赦

日本国憲法が認めている恩赦は、「大赦」、「特赦」、「減刑」、「刑の執行の免除」および「復権」であり⁶⁹⁾、内閣が決定して(73条7号)天皇が認証する(7条6号)⁷⁰⁾。その存在理由は主として行刑政策上の見地から認められており、「権力分立制の例外をなす」ものと解されている⁷¹⁾。具体的には、①法の画一性に基づく具体的不妥当の矯正、②事情の変更による裁判の事後変更、③他の方法をもってしては救いえない誤判の救済、④有罪の言渡しを受けた者の事後の裁判の変更、⑤資格回復等を目的としている⁷²⁾。すなわち、恩赦は、法律に基づき司法権が判断した結果を、行政権が覆すものであるから⁷³⁾、「立法権および司法権の作用を不要・不当に侵さないだけの合理的理由に基づいて行われなければならない」とされる⁷⁴⁾。

69) 政令恩赦(大赦、減刑および復権)と個別恩赦(特赦、減刑、刑の執行の免除および復権)に分けられ、恩赦法に規定されている。実例としてよく知られているのは、尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭和48年4月4日)が下された後、既に尊属殺で有罪判決を受けていた受刑者について個別恩赦により救済することとした件である。

70) もともと、日本の「恩赦」は、「帝王の仁慈」であったとされており、明治憲法下においても皇室や国家的慶弔事にちなんで行われ、刑事政策上の目的とは関係なく行われたとされる。菊田幸一「恩赦制度の批判的考察」法律論叢42巻4・5・6号(1969年)299頁。今日では、君主の恩恵としての恩赦としてだけではなく、刑事政策的展望にたった恩赦の存在意義が検討されなくてはならないことが指摘されている(同298頁)。

71) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)501頁。

72) 菊田・前掲註70)297頁。

73) そのため、「法の支配の観点からすれば、法的プロセスに基づく刑事司法の行方を政治的または儀礼的な理由によって左右することは望ましくない」し、「権力分立制の視点からみると、恩赦が司法判断に変更を加えることから司法権を侵害するように映るかもしれない」が、「人権保障の側面からみると、恩赦は、刑罰権という侵害的国家権力の発動を緩和する点において有益なものとして歓迎される可能性がある」との評価を受けている。大林啓吾「統治原理と権力分立原理—憲法秩序の構成要素としての恩赦権(1)」帝京26巻1号(2009年)130頁。

74) 佐藤・前掲註71)501頁。

2. 刑の時効

死刑以外について、刑の言渡しを受けて刑が確定しても、その執行を受けることなく一定期間⁷⁵⁾を経過した場合には、刑の執行が免除される（刑法31条）。すなわち、裁判確定後に、刑罰執行権が消滅する。その根拠としては、①刑が確定して執行されないまま時間が経過することにより、被害者の被害感情や、その犯罪に対する社会的な規範感情が緩和されて、現実的な処罰の必要性が希薄化すること、および、②犯人の社会生活関係を含め、経過した時間のうちに形成され継続した社会的事実関係そのものを一つの秩序として尊重し、覆さない方が社会的安定に資すること、が挙げられている⁷⁶⁾。

3. 刑の全部執行猶予制度および一部執行猶予制度

被告人が有罪を宣告されても、一定の条件を充たす場合には、刑の執行を一定期間にわたって猶予し、その期間を無事に経過すれば刑の言渡しの効力が失われる（刑法25条、27条）。すなわち、執行猶予期間が満了すると、国家刑罰権は消滅する。ただし、期間内に更に罪を犯した場合等には執行猶予が取り消される（26条乃至26条の3）。

この制度の意義は、①刑事施設への収容により改善・更生する者もいるが、施設内での悪風感染の可能性の方が高い場合もあるし、失職したり家族生活から切り離されたりすることや、②罰金刑により反省する者もいるが、刑の影響力がその者や家族の経済状況によって異なるため不公平感が生じること
に鑑みて、そういった弊害を防ぎつつ、再犯等があれば実刑を執行されることの警告（執行猶予の取消制度）をもって反省や謹慎を求めるものと考えら

75) 刑の重さにより時効の期間が区別されている（32条）。

76) 参照、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール 刑法』（日本評論社、2012年）64頁〔内山良雄執筆箇所〕。これに対して、私法上の時効制度の目的あるいは存在理由は、①継続した事実状態を保護すべきであること、②取引の安全を保護すべきであること、③古い事実について立証の困難を救済すべきであること、④「権利の上に眠っている者」は保護される必要がないこと等である。参照、川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）548頁。ただし、取得時効制度と消滅時効制度とでは、存在理由の重点が異なっている。参照、我妻榮〔幾代通＝川井健補訂〕『民法案内2民法総則〔第2版〕』（勤草書房、2009年）66頁。

れている⁷⁷⁾。さらに、近年では、刑の一部執行猶予制度が導入されている⁷⁸⁾ (27条の2乃至27条の7)。

4. 公訴の時効

犯罪終了後の一定期間（時効期間）訴追が行われないことによって、国家の訴追権は消滅させられる（刑事訴訟法250条乃至255条）⁷⁹⁾。ここでは、裁判確定前に、未確定なまま国家刑罰権が消滅する⁸⁰⁾。

この公訴時効制度の趣旨・根拠については、学説上、次のように説が分かれている。すなわち、①時間の経過とともに刑罰を加える必要性が減少するからであるとするもの（実体法説）、②証拠が散逸して正しい裁判ができなくなるからであるとするもの（訴訟法説）、③上記2つを合わせて根拠とするもの（競合説）、④長期間の不訴追という既成事実を尊重して、国家が刑罰権を行使しない制度であるとするもの（新訴訟法説）があるという⁸¹⁾。

公訴時効は、犯罪行為が終わった時から進行する（253条1項）ため、公訴時効の起算点を定める上で、即時犯、状態犯と継続犯の区別⁸²⁾が重要である。

5. 刑事訴訟法の上訴期間制限

上訴は、判決が言い渡された日の翌日から起算して14日以内に提起しなければ

77) 参照、浅田＝井田・前註76) 50頁 [矢野恵美執筆箇所]。

78) 2013年6月に成立した「刑法等の一部を改正する法律」および「薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律」によって新設され、2016年6月から施行されている。

79) 私法における類似の制度としては、不法行為に対する損害賠償の請求期間制限がある。損害賠償請求権は、請求権者が損害および加害者を知った時から3年あるいは不法行為の時から20年、行使されない場合には、時効により消滅する（民法724条）。また、判決で確定した権利および確定判決と同様の効力を有するものによって確定した権利についても、10年の消滅時効が定められている（174条の2第1項）。

80) ただし、死刑に当たる罪については、2010年の法改正によって、公訴時効が廃止されている（250条1項柱書）。

81) 上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』（成文堂、2012年）229頁。

82) 参照、林美月子「状態犯と継続犯」神奈 24巻2・3号（1988年）281頁、岡本昌子「状態犯と継続犯に関する一考察—最高裁判平成二四年七月九日第三小法廷決定を契機として」産法49巻1・2号（2015年）1頁。

ばならない(控訴について373条, 上告について414条が準用, 期間の進行について358条, 初日不算入について55条)⁸³⁾。この上訴期間が徒過すると, 上訴権が消滅する。

第2節 分析

1. 入管法と公訴時効

不法入国罪(入管法70条1項1号)および不法上陸罪(同2号)は, 即時犯⁸⁴⁾あるいは状態犯⁸⁵⁾と解されているため, 入国・上陸した日から3年の公訴時効(刑訴法250条6号)が進行する。ところが, 1999年改正前の入管法には, 不法入国・上陸後に引き続き不法に在留する行為を直接の処罰対象とする罰則(改正後の不法在留罪に当たるもの)は設けられていなかったため, 不法入国・上陸後3年を経過した外国人について, その不法入国・上陸の刑事責任を問うことができなかった。

これに対して, 正規に入国・上陸した外国人が許可された在留期間を徒過して日本国内に滞在していると, 不法残留罪(入管法70条1項5号)に問われる。これは継続犯であり⁸⁶⁾, 不法残留状態が解消されない限り犯罪行為は

83) 民事訴訟法においては, 控訴・上告は, 判決正本が送達された日の翌日から起算して2週間(不変期間)内に提起しなければならない(控訴について285条, 上告について313条が準用, 期間の初日不算入について民法140条)。

84) 坂中=齋藤・前掲註15) 977頁。

85) 参照, 次註86)。

86) 大阪高判平成2年5月30日判時1368号157頁は, 「〔不法残留罪は〕本邦に入国した者に対する我が国の公正な管理(法益)を侵害するものとして, 所定の在留期間を経過してなお本邦に残留する外国人の残留行為自体を違法な行為として処罰対象とするものであるから, 在留期間を経過したとき既遂に達するが, 右残留が継続している限り同条項違反の罪が継続しているとみるべきである」として, 不法残留罪が継続犯であると解している。これに対して, 被告人側は, 不法入国罪が状態犯であることとの均衡を欠く旨主張したが, 裁判所は次のように示して斥けている。すなわち, 「〔不法入国罪が〕不法入国の行為そのものを直接処罰の対象としていることはその規定に照らし明らかである。所論の指摘するように, 本邦に入国した者に対する我が国の公正管理を損なう点では, 不法入国者がその後本邦に不法に残留した場合と所定期間経過後の不法残留者の場合と径庭はないというべきであるが, 右各条項の構成要件が処罰対象とした行為態様に照らせば, 前者を状態犯とし, 後者を継続犯と解して何ら不自然ではない」。最決昭和45年10月2日判時613号95号も, 「在留期間経過後に不許可の通知を受けたが, 引き続き在留していたため, 不法残留者の容疑で身柄を取容された場合……

終わっていないため、公訴時効が進行しない。

このアンバランスを是正するために、入管法の1999年改正⁸⁷⁾によって不法在留罪(70条2項)が新設され、不法入国者・不法上陸者が引き続き在留している場合には、上記の不法入国・不法上陸の罪とは別個の罪に問うこととされた。この不法在留罪は継続犯であるため、公訴時効が進行しない⁸⁸⁾。

2. 不法入国罪等の公訴時効と退去強制

判例によると、入管法は「刑事罰及び行政処分の両者をもつて不法入国及び不法残留を防遏しようとするものであるから、同法3条違反の不法入国者に対しては、同法70条の刑事処罰の有無如何にかかわらず、それとは別個に所轄行政庁において独自に同法24条に基づき退去強制の行政処分を行うことができることは明らかといわねばならない。公訴時効の完成により当該不法入国者に対し刑事訴追ができなくなつたからといつて退去強制の行政処分を行うことができないとする理由は全くない」⁸⁹⁾。すなわち、不法入国・不法上陸についての公訴時効が完成したとしても、行政手続である退去強制には影響しないと解されている。

には、右更新不許可の通知を受けた後身柄を収容されるまでの期間について」不法残留罪が成立するとして、不法残留罪が継続犯であることを前提に判示している。

87) 法務省入国管理局編『平成15年版 出入国管理—新時代における出入国管理行政の対応』(2003年) (http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyuhaku_index.html, 2017年9月29日最終閲覧) 84頁では、1999年改正の背景は次のように説明されている。「平成9年に集団密航を助長・援助する行為等の処罰を内容とする入管法の一部改正を行ったところであるが、その後も不法入国者は減少に転じたとはいえない状況にあった。また、不法入国者等のほとんどが不法就労活動に従事しているため、我が国の出入国管理行政の中心をなす在留資格制度の根幹を揺るがしかねない事態が生じている上、激増する不法入国者等の不法在留行為が我が国の社会、経済、治安等に看過しがたい悪影響を与えており、このような状況に早急に対応する必要性が生じていた。さらに、退去強制された外国人がその後再び入国し不法残留等により再度退去強制される事例も増加していたことから、このような被退去強制者に厳正に対処する必要も認められた。他方、政府を挙げて推進している規制緩和方策の一環として、我が国に正規に在留する外国人の負担軽減を図るため、入国・在留の手続の簡素化を可能な限り推進する必要があった。」

88) 改正法施行前に不法入国・不法上陸した者も、不法在留罪の適用対象であるとされている。参照、多賀谷=高宅・前掲註32) 710-711頁。

89) 大阪高判昭和61年12月23日判タ637号93頁。

3. 制裁を免除することの、法技術としての可能性

第1節において検討したように、「時間の経過」による「既成事実の蓄積」を根拠として法的評価を変えろという仕組みは、既に実定法上いくつか行われている（既成事実尊重の一般法理）。特に、ある当事者のした行為が違法であるにもかかわらず、それを追及する権利が「時間の経過」によって消滅する仕組みとして、「刑の時効」や「刑の執行猶予」がある。これらの制度では、被告人の行為は実体的に違法であり、その違法性により法的帰結（刑罰）が引き出されたにもかかわらず、その法的帰結が時間の経過によって打ち消される構造となっている。とりわけ、「刑の時効」が認められる理由として、「時間の経過」によって形成されてきた社会的事実関係そのものを尊重することが挙げられており、実体的な違法性にもかかわらず、一定期間以上続く事実状態を尊重することで、事実と法的評価を一致させる効果をもつ。その点において、カレンズ教授が「恩赦」の根拠として生活上の事実の蓄積（生活実態）を重視することと共通項を見出すことができる。したがって、カレンズ教授の提案が含意するうち「過去の違法行為に対する制裁の免除」は、法技術としては実行可能であるといえる。

4. 制裁を免除することが可能な範囲

不法入国罪および不法上陸罪は3年の公訴時効にかかるため、時効完成後には過去の違法性は処罰されないこととなる。しかしながら、これに対して、不法入国者による滞在の継続（不法在留）と、正規入国者による在留期間後の滞在（不法残留）は、どちらも違法状態が継続する限り公訴時効にかからない。すなわち、入国時の違法性いかにかわらず、現に違法に滞在していること自体が非難されるのである。したがって、不法在留および不法残留における現在進行中の違法性に対する制裁を免除するためには、不法移民の側に現在の違法性を打ち消せる法的理由が必要であると考える。

第3章 不法移民に対して一律に合法的滞在権を認めることの法的正当性

前章においては、「過去の違法行為に対する制裁の免除」は技術的に可能であるが、不法移民一般について「現在進行中の違法行為に対する制裁の免除」まで正当化されるか否かは別問題であることを示した。そこで、不法移民の現在の違法性を打ち消すだけの理由と、現在から将来に向けて法的在留資格を付与する根拠があるかどうか、次に問題となる。

本章においては、不法移民の在留を許可する措置を、カレンズ教授が主張するように一律の恩赦で恒常的に行うべきであるか否かを論じる。まず、在留を希望する移民側の利益（第1節）と、不法入国等を処罰する国家側の利益（第2節）とに分節して考察したうえで、両者をどのように調節するべきかを検討する（第3節）。

第1節 移民側の利益

1. 「生活実態」への配慮

外国人に「入国の権利」が保障されていない現状においては、不法入国した外国人をすぐに元の国へ送還することは、「元に戻すだけ」であって何ら権利侵害を構成しない、ともいいうる。問題は、ある程度長く滞在していて、居住にともなう利益状態が蓄積している人に対する退去強制であり、その場合には利益状態を侵害しうる。この点、カレンズ教授も、そもそも望ましくない外国人の入国を防ぐことや、許可なく定住し始めた外国人に対して比較的早い段階において退去強制とすることについては、国家が道徳的・法的権利を留保されていることを否定していない⁹⁰⁾。他方で、カレンズ教授は、非正規移民は法に違反しているかもしれないが、窃盗犯や殺人犯のような犯罪者ではないのであるから、彼らが「社会的メンバー」⁹¹⁾になってから

90) Carens, *supra* note 9, at 27. (横濱訳, 25頁。)カレンズ教授の主張は、国家による移民統制の権利に対する否認ではなく制約である、という。

91) なお、近藤・前掲註65) 345頁も、カレンズ教授の発想に依拠して、「長期の非正規滞在者が正規化されるのは、彼・彼女らが社会のメンバーとなっているからである」とする。

は退去強制とするのは誤りであると主張する⁹²⁾。

カレンズ教授が「社会的メンバーシップ」の成立根拠として重視するのは、数年間の居住継続によって蓄積された生活上の既成事実であり、そのような生活における実態を尊重する考え方自体は、日本法においてもいくつか見出すことができる（ただし、合法的滞在が前提であろう）。例えば、定住外国人で「生活の本拠」が日本にあるならば、日本国民と同じように参政権を保障することが要請されるというように、人権保障は国籍ではなく「生活実態」に対応するべきであると主張する学説⁹³⁾や、外国人が長期滞在により生活基盤を形成している場合には、「現在の生活の本拠地に居住し続けること」を一個の権利として理解しうることを説くもの⁹⁴⁾がある。

最高裁も、地方参政権について、「憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共

92) Carens, *supra* note 9, at 19. (横濱訳18頁。)すなわち、カレンズ教授の認識においては、入管法違反は自然犯（刑事犯）ではなく、法定犯（行政犯）である。Id. at 42 (横濱訳38頁)は、「多くの国において、移民法違反は刑法上の犯罪としてではなく、行政事項として扱われている。もし移民法違反が刑事犯でないならば、移民法違反者のことを犯罪者であると理をもって表現することは、できないはずである」としている。参照、横濱解説173頁。このことは、カレンズ教授が本来、開放国境論者であることにも関係していると思われる。いずれにしても、ここでは、自然犯か法定犯かという分類が直接の問題なのではない。問題は、不法入国罪等に対する刑事罰よりも、行政手続としての退去強制こそが、重大な人権侵害の可能性を含んでいることであると思われる。

93) 浦部・前掲註4) 66-67頁, 546頁。ただし、浦部教授も、外国人が「入国の自由」や無条件の在留を憲法によって認められているとはいえないとする。浦部法穂＝山元一「外国人の人権」井上典之ほか編『憲法学説に聞く一ロースクール・憲法講義』（日本評論社、2004年）149頁, 151頁 [浦部発言]。

94) 門田孝「在留権」駒井洋監修＝近藤敦編著『外国人の法的地位と人権擁護』（明石書店、2002年）所収61頁。

団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である⁹⁵⁾としており、定住外国人の「生活実態」に一定の配慮を示している⁹⁶⁾。

2. 「国籍」の機能

伝統的に、主権国家の存在を前提として、その国民であることの資格を示す基準が「国籍」である⁹⁷⁾と説明されてきた。この「国家」・「国民」・「国籍」という一式の仕組み⁹⁸⁾は、国家の側の都合だけで運用されているわけではなく、個人の側においても一定の機能を果たしている⁹⁹⁾。すなわち、「国籍」は、諸権利の実質的な享受の土台である。というのは、国家は、自国内での個人の存在を把握しなければ、ある種の権利の保障を実施しえない¹⁰⁰⁾からである。

95) 最三判平成7年2月28日判時1523号49頁。そのうえで、そのような措置を講ずるか否かは国の立法裁量によるものとしている。

96) 参照、井上ほか編・前掲註93) 154-156頁〔山元発言・浦部発言〕。ここで浦部教授は、国際法上の「実効的国籍」の考え方に鑑みて、「国籍を明確化するために、生活実態が意味を持つという場合がありうる」ことを指摘するとともに(155頁)、「生活実態」が問題になる場合の決め手は「どの国を自分のホームランドと決めるか」という「その人の自己決定」であると主張する(156頁)。

97) 木棚照一『逐条註解 国籍法』(日本加除出版株式会社、2003年)2-3頁。「国籍」の法的性質については、国家の構成員としての国民の法的地位であるとみる「法的地位説」のほか、個人と国家との間の一つの法律関係であるとみる「法律関係説」、両方の要素をもつとする「折衷説」があると説明される(同3-6頁)。なお、「国籍」(nationality)と「市民権」(citizenship)を区別する用法と区別しない用法とがみられる中、アメリカでは区別されているという(同51頁)。なお、国籍は、国境の外においても機能する。すなわち、「国外に在る自国民と財産に対して属人の管轄権を設定するための国際法上の根拠」である。山本草二『国際法〔新版〕』(有斐閣、1994年〔1999年補訂〕)502頁。

98) 井上ほか編・前掲註93) 146頁では、「国家」・「国境線」や「国民」という概念の人為性に関して、「都合が悪ければ作り変えることができる」との認識が示されている〔浦部発言〕。

99) 国際人権法においては、個々人が「国籍を持つ権利」を保障されており、国籍の取得をその個人の「権利」として位置づける見方が定着しているとされる。高佐智美「国境の現代的理解に向けて―国籍留保制度を中心に―浦田一郎先生古稀記念『憲法思想と発展』(信山社、2017年)所収90-92頁。

100) 参照、館田晶子「国家による個人の承認」高見勝利先生古稀記念『憲法の規定と憲法論』(信山社、2015年)所収652頁。

例えば、日本国籍を保持していれば、たとえ現に日本に住んでいなくても、日本国憲法上、選挙権を保障されている。これに対して、日本に永住していても、日本国籍がなければ選挙権を保障されない¹⁰¹⁾。そして、両者の違いは「国民主権」原理から説明されてきた¹⁰²⁾。ここでは、権利の保障が国籍の有無に依存しており、その意味において国籍の制度は、国民による政治的自己決定権を支える枠組みとして正当化されている。

しかしながら、このような「国籍」と「国民主権」原理の関係についての捉え方には、有力な異論が提示されている。すなわち、「国籍」を有する者を主権者国民とするために「国民主権」原理が唱えられたのではなく、「君主主権」に対抗する「国民主権」原理を全うするために主権者の範囲を確定する必要がある、その前提として「国籍」を明確化したのである¹⁰³⁾。このように捉え直した場合には、「国籍」を有していない者であっても、尊重されるべき「生活実態」があるならば、それに見合う権利を認めるという余地があるように思われる。

第2節 国家側の利益

1. 出入国管理の目的

序論第3節でみたように、入管法は、公正な出入国管理を実施し、出入国管理秩序を維持するために¹⁰⁴⁾、不法入国等を処罰している。そこで、前節で検討した移民側の利益と衝突する国家側の利益を知るためには、出入国管理の本質的な目的が何であるかを検討する必要がある。

国家による出入国管理の目的は、「自国の存立を維持し、自国及び自国民の利益を保持、擁護することにある。すなわち、自国の利益となる外国人の入国は歓迎し積極的に受入れの推進を図るが、他方、自国の利益とならない外国人の入国は認めず、場合によっては在留中の外国人を排除（退去強制令

101) 参照、最判平成5年2月26日判タ812号166頁。

102) 宮沢俊義『憲法Ⅱ—基本的人権〔新版〕』（有斐閣、1971年〔1974年改訂〕）241頁。

103) 浦部・前掲註4) 515-516頁。

104) 坂中=齋藤・前掲註15) 961頁。

書により国外に追放)しようとするものであり」とされる¹⁰⁵⁾。その文脈において、入国や滞在が認められない外国人の類型は、「自国において国政に対する不当な干渉を行い、憲法秩序を破壊しあるいは政府の転覆を図る行為を行う外国人、国内の治安を乱す行為を行う外国人、公衆衛生に害を及ぼす疾病等のある外国人、国民の労働の機会を奪い若しくは国内の経済秩序を混乱に陥れる行為その他国民生活を低下させる等害悪を及ぼす外国人」である¹⁰⁶⁾。しかしながら、同時に、国際化の進展に鑑み、「人の交流の増大は国際間に平和をもたらす重要な要因の一つであり、門戸を開放することによって平和と国の存立を維持する一助ともなる」こと、さらには「入国、滞在を認めた外国人の人権の保障は、基本的人権の尊重にとどまらず、諸国民との相互理解に役立つ効果をも生じ、これもまた我が国の国益ともなる」¹⁰⁷⁾。したがって、「国益に反する外国人」については自由を制限する厳しい処分を行う一方で、「善良な外国人」については人権を尊重し在留を認めるという「二律背反ともいえる要請を的確に処理しなければならない」と説明されている¹⁰⁸⁾。

このように、出入国管理の目的として、日本という国家の存立の維持が挙げられている。そこで、このことの意義を知るために、刑法上「国家の存立」が保護法益とされるものを次に参照してみたい。

2. 刑法に規定される「国家の存立」に対する罪

刑法によって保護される国家(的)法益とは、人間の共存、共同生活、共同体(社会)を守る機構としての「国家」の法益である¹⁰⁹⁾。国家法益に対する罪のうち「国家の存立」に対する罪は、法定刑に死刑を含んでいる¹¹⁰⁾。具体的には、次のような規定がある。

105) 黒木=細川・前掲註8) 49頁〔黒木執筆箇所〕。

106) 同書49-50頁。

107) 同書50頁。

108) 同上。

109) 松宮孝明『刑法各論講義〔第2版〕〕(成文堂、2008年) 412頁。

110) この他に死刑を法定刑に含むのは、現住建造物等放火(108条)・現住建造物等浸害

A) 内乱

内乱罪（77条）の保護法益は、憲法に定められた国家の統治機構の存立ないしその統治権である¹¹¹⁾。首謀者には、死刑または無期禁錮が法定されている¹¹²⁾。法定刑として規定されている自由刑が、懲役ではなく禁錮であるのは、内乱罪が政治犯あるいは確信犯としての性格を有するためであると説明される¹¹³⁾。

B) 外患誘致

外患誘致罪（81条）の法定刑としては、死刑のみが規定されている。さらに、未遂（87条）、予備・陰謀（88条）ともに処罰され、懲役刑が科せられる。

C) 外患援助

外患援助罪（82条）の法定刑は、死刑または懲役刑である。この法定刑として規定されている自由刑が、内乱罪とは異なって懲役である理由は、外患罪が「もともと国民の忠誠義務違反を本質とする」からであり、「祖国を裏切るものという考え方」¹¹⁴⁾に基づいて説明されている¹¹⁵⁾。

このように、刑法は「国家の存立」に対する罪を重大な犯罪と位置づけて

(119条)・汽車等転覆致死(126条3項)・水道毒物等混入致死(146条)・殺人(199条)・強盗致死(240条)・強盗強姦致死(241条)であり、いずれも人命を保護法益とするものである。

111) 松宮・前掲註109) 419頁。

112) ただし、ボワソナードは内乱罪について特に死刑の廃止を強調したという。団藤重光『刑法綱要各論 [改訂版(増補)]』(創文社, 1988年) 13-14頁。

113) 同書12頁。

114) 同書21頁。

115) 松宮・前掲註109) 419-420頁も、「内乱が、犯罪というより、統治機構の平和的・民主的変革の手続が定められていない状態での圧政に抵抗しこれを変革しようとする者の政治的確信によって犯されることが多いので、抵抗者ないし変革者の扱いに敬意を払うという意味で、労役を刑の内容とする『懲役』ではなく、『禁錮』が法定されている」。「これに対して、外患の罪に懲役刑が定められているのは、外国に祖国を武力攻撃させるのは卑劣な行為だという評価による」としている。ただし、労役を「懲罰」と考える刑罰観自体は「時代遅れ」であるという(420頁)。

おり、とりわけ内乱罪は最も重い犯罪の一つである¹¹⁶⁾。団藤重光教授によれば、「国家の存立は、国家の自己保存の機能から、何をおいても、まず保護される」¹¹⁷⁾。

第3節 分析

ここまでの検討によって、移民側の利益で尊重されるのは生活上の既成事実の蓄積であり（第1節）、不法移民を規制する国家側の利益として重視されるのは「国家の存立」である（第2節）ことが明らかとなった。そこで、本節においては、この両者の利益対立を調整する方法として、カレンズ教授の提唱する「恩赦」が正当化されるか否かを検討する。

(1) カレンズ教授は、在留期間5年から7年という「時間の経過」により、不法移民にも「社会的メンバーシップ」が生じるため、一律に法的滞在資格を与えるべきであるとする。端的に時間の長短に意味があるのではなく、その時間が経過する間に人間としてどのような実質的利益が作り上げられるかに価値を見出している。例えば、入国先で教育を受ける等して社会的人格形成を行ってきたことや、その国の国籍者と結婚したり子どもがいたりすること、雇用された経歴があること、さらには犯罪歴がないことといった諸要素が尊重される。にもかかわらず、カレンズ教授によると、そのような個別的事情を勘案すると行政に過度の負担がかかり、行政の恣意的判断により合法化が左右される危険があるため、行政の裁量的判断に任せるべきではない。

しかしながら、本稿筆者は、個々人が住んでいる場所においてどのような社会的人格形成を行ってきたかや、社会とどのような繋がりを構築しているかといった事情は、滞在年数だけからでは図れないと考える。そのため、法的滞在資格を根拠づけるほどの「社会的メンバーシップ」は、5年から7年と

116) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）529頁。そのため、刑法77条から79条までは、第一審が高等裁判所と規定されている（裁判所法16条4項）。

117) 団藤・前掲註112) 12-13頁。

いう「時間の経過」だけでは必ずしも成立しないと考える。また、どのような理由によって不法入国・不法滞在しているかや、どのような理由によって引き続き滞在することを望んでいるかといった事情も、個々に異なっていると考える。勿論、たとえ入管法に違反している外国人であっても、事情によっては、退去強制による人権侵害の程度が大き過ぎる¹¹⁸⁾等、退去強制とすべきでない理由の方が上回る場合もありうる。したがって、今後の在留を欲する外国人の側で個別の事情を主張・立証し、それを個別に判断するための手続を介在させる必要がある。そのため、不法入国者や非正規滞在者に対して在留を認めるか否かは、個々の事案において判断すべきことであり、一律に機械的に処理すべきことではないと考える¹¹⁹⁾。

(2) 国境の制度や国籍の制度を撤廃することは、仮に理想的であるとしても、非現実的である。これに対して、既存の国境や国籍制度は維持したままEUのように国家間の壁を低くする方法¹²⁰⁾は、より現実味がある¹²¹⁾。また、

118) ちなみに、アメリカ法における退去強制については、その「刑罰性」が指摘されることがある。参照、新井信之「アメリカにおける退去強制の概念と司法の判断」長崎外論叢9号(2005年)1-15頁4頁。

119) たしかに、アメリカのように不法移民の数が多い状況下では、カレンズ教授が懸念するように、コストがかさむであろう。ただし、本稿筆者は、本来的にはコストをかけるべきことであると考え。とりわけ、まだ不法移民(の認知数)が相対的に少ない日本においては、アメリカにおけるほど非現実的ではない。裁量判断の余地が広すぎて恣意的になるという恐れについては、在留を許可する諸条件を裁量基準として設定する方法により回避することができる。

120) EU構成国の国民が連合域内で自由に活動するためには、構成国の国民としての立場とは区別される法的身分が必要である。ところが、EUは連邦国家ではなく独自の国籍を設けていないため、「EU市民」という身分が新たに設定された。それゆえ、EU市民となる条件は、構成国の国籍を有することである。参照、岡村堯『ヨーロッパ市民法』(三省堂、2012年)192頁。構成国の国民は、共同体市民として他の構成国における居住権を保障されている。そして、不法滞在であっても、第三国国民と同じようには、直ちに国外追放を命じることが認められていないという(208頁)。

121) ただし、EU市民権の実践においては、今のところ、構成国の国民と第三国国民とが明確に区別されている。すなわち、EU域外との区別がなされていることが、EU市民権の優位性を成り立たせているという側面が否めないと思われる。ただし、参照、クリスチャン・ヨブケ著=遠藤乾ほか訳『軽いシティズンシップ—市民、外国人、リベラリズムのゆくえ』(岩波書店、2013年)235-236頁。

現行の日本法とは異なる市民権のあり方を提唱する議論として、社会学における「段階的市民権」法制化の提唱¹²²⁾や、外国籍だが永住権をもつ「デニズン (denizen)」¹²³⁾ 概念の紹介等がみられるが、日本法において実現される見込みは未だ立っていないと思われる。

したがって、世界の秩序形成・維持の方法として、国境・国籍に代わる仕組みが定着していない以上、入管規制をする国家の権利をゼロにすることは難しい¹²⁴⁾。すなわち、将来的に国境・国籍の制度がなくなれば別の検討がなされることになるが、現状においては、入管法の目的（国家側の利益）に一定の正当性が認められる¹²⁵⁾といわざるをえない。一方で、人が自由に移動できる権利は、他の多くの人権を実現する土台であり、一定条件のもとで保護していくに値する。とはいえ、もしも、カレンズ教授の主張するように不法移民に一律に「恩赦」を与えるとすると、国家側の利益だけを常に後退さ

122) 駒井洋『日本の外国人移民』（明石書店、1999年）。まず駒井は、外国籍の人が日本国籍を取得するためには原国籍の放棄を強制される現状に鑑みて、国籍と市民権を明確に区別する。ここで「市民権」とは、「ある地域に居住しその地域社会の一員として生活している諸個人には、意思決定への参加をふくむ諸権利が保障されなければならないという、普遍的人権の尊重に基盤をもっている」とされる（236-237頁）。この意味の「市民権」について、「日本への定住の程度に応じる段階を設定」し、この段階としては具体的に「一番基礎に生存権がおかれ、そのうえに社会権および自由権一般、さらに高次の段階に参政権がおかれる」という（238頁）。駒井は、そのために、以上のような内容をもった「外国人市民権法」（仮称）を制定する必要があると主張する。駒井によれば、段階的市民権を実現することにより、「非正規定住者にたいする従来のアムネスティ（正規化）ないし現在精力的に運動が進められている在留特別許可要求の構想を一層現実化することができ」（240頁）。

123) 参照、近藤・前掲註65) 25頁。

124) 論者によっては、「外国人に当国領域使用居権を与えるのは、何らかの当国利益と引きかえである」とする。竹内昭太郎『出入国管理行政論』（信山社、1995年）22-23頁。

125) 新井・前掲註21) 5頁は、国家による入管規制権限は「国家の概念と本来的に不可分なもの」とする。新井教授によると、アメリカ法においては、外国人の出入国管理・規制の根拠をアメリカ合衆国憲法の「存立目的」に求める議論がある（57頁）。具体的には、「われわれ合衆国の人民は、より完全な連邦を形成し、正義を樹立し、国内の平穩を保障し、共同の防衛に備え、一般の福祉を増進し、およびわれわれとわれらの子孫に自由のもたらす恵沢を確保する目的をもって、この憲法をアメリカ合衆国のために確定する」ことであるとされる。この議論によると、出入国管理の権限は、第一に、国家の「自己保存」(self-preservation) の要請から引き出される。第二に、国家の「自己統治」ないし「自己定義」(self-definition) の過程に本来備わっている属性でもある（58頁）。

せることになってしまう。そうではなく、両者のバランスをとるためには、個別事例における具体的な比較衡量に基づく人権の実質的保障が不可欠である。行政過程において、そのような比較衡量を可能にするのは、行政裁量権を行使した決定過程であろう。そして、そのような裁量的決定に対する裁判統制をよりきめ細かなもの¹²⁶⁾にしていくことで、救うべき人を救える仕組みにしなくてはならない¹²⁷⁾。したがって、望ましいのは、一律の「恩赦」を恒常的に実施する¹²⁸⁾ことではなく、案件ごとに、個別事情を考慮する行政裁量的決定と、それに対する裁判統制とが適切に機能することである。

結論

序論で立てた問いは、①不法入国者等に対して一定期間以上の滞在後には合法的滞在権を認めるという仕組みは法的に正当であるか、および、②そのような仕組みを一律に実施する政策を導入すべきか、であった。これについて、本稿では、不法在留・不法残留という現在の違法性を打ち消せる事情や、「国家の存立」が後退してもいいような事情があれば別だが、そのような事情（不法移民側の利益）があるかどうかは個別に判断しなければわからないため、一律の正規化・合法化は正当化できないとの結論に至る。

126) 裁量的決定に対する手続的・過程的審理は、かねてより、「行政権の優先的判断権の存在を否定することなく、行政決定過程に対して実効的な裁判的統制を及ぼすものである」と評価されてきた。高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990年）265頁。

127) 国際人権法分野の判例法や人権先進国における実践等が参考になると思われる。例えば、馬場里美「外国人の在留と私生活・家族生活の尊重」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）355頁によると、欧州人権裁判所の判例における「比例性審査」で考慮されるべき要素は、「①犯罪の性質および重大性、②追放に至るまでの在留の期間、③犯罪の遂行から経過した期間およびその間の申立人の行動、④家族の国籍、⑤申立人の家族の状況、たとえば、婚姻の期間、その他夫婦の家族生活の実効性を示す要素、⑥配偶者が申立人の犯罪を家族生活の開始時点から知っていたかどうか、⑦嫡出子の有無と、その年齢、⑧配偶者が他方の配偶者の出身国に赴く場合の法律上・事実上の困難さの程度」である。

128) 一律の「恩赦」を制度化した場合、不法入国・滞在していても逃げ延びれば合法化されるというメッセージを発することにも繋がってしまうと思われる。その場合、国家が自らの入管法制を軽視していることになり、入管法の目的が「国家の存立」であることに照らすと、望ましくないと考える。

1. カレンズ教授の主張に対する評価

カレンズ教授が「恩赦」の根拠として挙げる事情については、居住場所での人的つながりや人格形成のように、本稿筆者も共感する部分があり、そういった「生活実態」における個別事情に配慮しうる仕組みが必要であると考える。さらに、世界的な貧富の格差を解消する必要があることにも強く同意する。また、国際人権条約上の権利¹²⁹⁾を国内法制度において実効的に保障するために、さらなる議論が必要であると考ええる。

しかしながら、今回カレンズ教授が提唱する一律「恩赦」を制度化する政策は、少なくとも現在の日本の実定法には、なじまないと考える。その論理は、以下の5点に集約される。

- ① 「過去の違法行為に対する制裁の免除」が法技術として可能であるとしても、現在から将来に向けた新たな法的権利（合法的滞在権）を根拠付けることは別の問題である。
- ② 入管法は、不法入国者や不法滞在者を退去強制手続の対象とするだけでなく、特別刑法犯として処罰する。とりわけ、入国態様の違法性いかんにかかわらず、現に違法に滞在し続けていること自体を処罰対象としている。そのため、現在から将来へ向けて合法的滞在権を認めるために

129) 国内法上の「人権」と国際法上の「人権」とでは極めて異なった内容が観念されているため、両者の論理の違いを踏まえて議論する必要があると指摘されている。高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリ1244号（2003年）69-70頁。すなわち、国際人権が結果において保障されるための条約上の義務は、国家が国際社会に対して負うものであり、国民に対して負うものではない。そのため、各国家が国際人権を実現する具体的方法については、基本的には国内問題であると解される（74頁）。これに対して、国内裁判所が国際人権規範（および人権先進国の憲法判例）をより積極的に参照していく可能性を、人権領域の性質に応じて具体的に検討する学説もみられる（トランスナショナル人権法源論）。参照、山元一「ジェンダー関連領域における国際人権法と国内裁判」芹田健太郎ほか編代『国際人権法の国内的实施』講座国際人権法3（信山社、2011年）所収396頁、同「憲法解釈における国際人権規範の役割—国際人権法を通してみた日本の人権法解釈論の方法論的反省と展望」国際人権22号（2011年）所収37-39頁、同「現代における人間の条件と人権論の課題」憲問23号（2012年）所収。

は、不法移民の側に、現在の違法性を打ち消すことのできるだけの利益が必要である。そのような利益があるかどうかは、個別に審査しなければ分からない。

- ③ 入管法の目的である「国家の存立」は、最大限の法的保護に値するものとして扱われている。そこで、不法移民に対して一律に合法的滞在権を認めるためには、「国家の存立」よりも常に不法移民の権利・利益が優先されるという正当化根拠を提示しなくてはならない。しかしながら、現時点では、そのような正当化根拠に当たる法理は確立していない。
- ④ 一方、定住外国人について「生活実態」を尊重すべき場合があることは、学説・判例において認められつつある。
- ⑤ したがって、移民側の利益と入管法の目的のどちらを優先させるべきかは、個々の事案によって異なる。そのため、不法移民の滞在を許容するか否かの決定には、滞在年数だけでない個別具体的な諸事情の審査が必要である。

2. 「生活実態」等に配慮して滞在を認めるための行政裁量権行使

滞在が認められるべきであるとしてカレンズ教授が挙げる事例¹³⁰⁾のうち、例えば幼い時期に親に連れられて入国したまま老人になるまで国籍国に戻ったことが一回も無いケースは、どちらかといえば特殊な場合であり、一律「恩赦」の制度化を正当化する根拠としては十分でない。また、不法入国後に10年ほど暮らすうちに就職をしたり家庭を築いたりしているというケースは、少なくないと推測されるが、その外国人が実質的な「社会的メンバー」であると判断できるためには、個別具体的な事情の審査が必要である。そのような個別審査を経ずに、滞在年数のみで一律の取扱いをする制度は、根拠づけることができない。

現在の日本法において、例外的に退去強制を免除する仕組みとしては、在留特別許可の制度が存在する¹³¹⁾。とはいえ、在特付与の決定は法務大臣によ

130) Carens, *supra* note 9, at 3-4, 8-17. (横濱訳5-6頁, 9-17頁。)

る広範な行政裁量権行使に委ねられているし、在特が認められたとしても1年程度¹³²⁾の暫定的な猶予であるから、カレンズ教授が主張する「合法化」には到底及ばないであろう。「在留特別許可に係るガイドライン」についても、国際人権法の立場からは、そもそも人権保障の観点が高いことを問題視されている¹³³⁾。しかしながら、本稿で検討してきた限りにおいては、カレンズ教授が提唱するような「恩赦」の制度化は未だ法的に正当化されないため、在特の制度を改善しつつ活用していくことが現実的である。

退去強制事由に該当する外国人に対して在特を付与するか否かは、事柄の性質上、個別的妥当性を判断しなくてはならないため、判断基準を予め詳細には定めにくい¹³⁴⁾。ただし、行政手続を整備して手続的権利保障を充実化すれば、実質的に行政裁量権の範囲を狭めうる¹³⁵⁾。その点、上記ガイドラインの法的拘束性を否定する裁判例¹³⁶⁾が複数みられる一方で、ガイドラインの

131) 在特に相当するアメリカ法の制度については、参照、近藤・前掲註65) 307-308頁。ただちに日本の参考とはなりにくいことが指摘されている(308頁)。

132) 在特が認められた事例と認められなかった事例は、2003年から毎年公表されている。参照、法務省入国管理局「在留特別許可関係公表資料」(http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri01_00008.html, 2017年9月29日最終閲覧)。

133) 藤本見嗣「在留国で家族を形成した外国人に対する退去強制と自由権規約」黒澤古稀・前掲註1) 所収480頁。

134) 参照、多賀谷=高宅・前掲註32) 482頁。

135) 須藤陽子「入管法制の法学的検討②出入国管理と行政法—裁量統制論をめぐって」大久保ほか編著・前掲註4) 所収447頁。

136) 大阪高判平成23年12月8日訟月59巻10号2731頁は、「ガイドラインは、飽くまで例示にすぎず、法務大臣の裁量権行使の基準を定めたものでもない」とする。また、東京地判平成27年1月30日(裁判所ウェブサイト掲載http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/221/085221_hanrei.pdf, 2017年9月29日最終閲覧)も、「在留特別許可については、諸般の事情を総合的に考慮した上で個別的に決定されるべき措置であり、それをすべきか否かの判断につき一義的な基準を定めることができる性質のものではないというべきであって、ガイドラインは、在留特別許可をすべきか否かの判断に当たり考慮する事項を例示的に示したにとどまるものであり、……法務大臣等の裁量権を何ら拘束するものではない」とする。さらに、東京高判平成28年12月6日(D1-Law.com判例体系・判例ID28250124, 2017年9月29日最終閲覧)も、在特に関する判断は法務大臣の極めて広範な裁量権に委ねられており、「その判断が違法とされるのは、判断が全く事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるなど、法務大臣等に与えられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した場合に限られるところ、ガイドラインは、このような法務大臣等の裁量権を前提として、在留特別許可の判断に当たり、積極要素又は消極要素として考慮される事項を類型化して、い

役割を積極的に評価する裁判例もみられる¹³⁷⁾。また、ガイドラインが実質的に審理の要点となることにより審査密度¹³⁸⁾が高まったと評価する学説もある¹³⁹⁾。高橋滋教授によれば、ガイドラインは今日、在留特別許可の裁量的判断における考慮事項を明示するとともに、複数の考慮事項間でどのように「重み付け」して評価すべきかについての方向性を示す役割を担っている¹⁴⁰⁾。

今後も、このような個別法分野における検討を通じて、特別の事情に配慮して例外を認めるという行政裁量権の機能と、そのような行政裁量権行使を適切に統制するための法理を見定めていきたい。

[追記] 本稿は、JSPS科研費(課題番号16H07006)の助成による研究成果の一部である。

わば判断の目安として例示したものである。その判断に当たっては、個々の具体的な事案ごとに依じて、個別の要素やその他の諸事情を総合的に考慮し、その許否が決められるものであるから、たとえガイドラインで示された事例の積極要素又は消極要素に一定の共通性が見いだせるとしても、それがそのまま一義的な判断基準となるものではなく、法務大臣等がその判断に際して、ガイドラインに拘束されることはないというべきである。そうすると、ガイドラインで示された事例と当該事案を比較対照して、共通の要素があるにもかかわらず、ガイドラインの事例と判断を異にするからといって、直ちに平等原則や比例原則に反するとはいうことができないのであり、裁量権の範囲の逸脱又はその濫用を基礎づける事情にはならないものである」とする。

- 137) 名古屋高判平成25年6月27日(裁判所ウェブサイト掲載http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/517/083517_hanrei.pdf, 2017年9月29日最終閲覧)は、「ガイドラインが作成された経緯として、かつての在留特別許可の判断が曖昧であり、恣意的な運用がなされているとの批判が強く出されていたこと、ガイドラインは法務省入国管理局内部で慎重に検討され、作成されたものであること、現在の運用は、基本的にガイドラインに拠っていることなどの事情に照らせば、ガイドラインが示した基準から大きく離れた判断は、特段の事情が存しない限り、平等原則ないし比例原則に反するものとして、裁量権の逸脱又は濫用を基礎づけると解するのが相当である」とする。
- 138) なお、ガイドラインに基づく法務大臣の事実認定・総合的判断と、司法審査の関係について、参照、多賀谷＝高宅・前掲註32) 483頁。
- 139) 須藤・前掲註135) 448-449頁。
- 140) 高橋滋「法曹実務のための行政法入門(10)―行政の行為形式論⑥」判時・平成30年1月21日号(2352号)に掲載予定。特にこの点に関して、高橋教授から直接的に貴重なご示唆を賜った。