

国際人権法から見る非正規滞在者問題 ——2021年入管法改正法案と子どもの最善の利益

安藤 由香里

1. はじめに
2. 入管法改正法案を念頭に非正規滞在者について
3. 子どもの最善の利益原則
4. 日本で生活する仮放免中の学生へのインタビュー
5. おわりに

1. はじめに

国際人権法では、非正規滞在者問題がどのように解釈されているのだろうか。

非正規滞在者とは、読んで字のごとく、「滞在状態が正規でない者」、すなわち、「在留資格を有さない者」である。「在留資格」とは、出入国管理及び難民認定法（以下、入管法）における法的地位であり、就労関係および身分関係が入管法の別表に列挙されている⁽¹⁾。在留資格をわかりやすく整理したのが活動制限別の在留資格一覧(表1)である。2021年第204回国会で、「入管法の一部を改正する法律案（以下、入管法改正法案）」が審議され、マスメディアによる「在留資格」報道も頻繁にみられるようになってきた⁽²⁾。

本稿では、国際人権条約における非正規滞在者問題について入管法改正法案を念頭に紐といてみたい。当該法案は、非正規滞在者の処遇に大きな変化をもたらす可能性が高かった。社会の中での「非正規滞在者」は、入管法違反というルールを破った者だから、何も保障されないのか。保障されないとしたら、それはなぜか。保障されるとしたら、何が保障され、何が保障されないのだろうか。

(1) <http://www.moj.go.jp/isa/content/930002260.pdf> (2021.5.5)

(2) 例えば、「フォーラム 在留資格ってなんだろう」朝日新聞、2021年5月16日・23日。

表1：活動制限別の在留資格一覧

就労が認められる在留資格（活動制限あり）

在留資格	該当例
外交	外国政府の大使、公使等及びその家族
公用	外国政府等の公務に従事する者及びその家族
教授	大学教授等
芸術	作曲家、画家、作家等
宗教	外国の宗教団体から派遣される宣教師等
報道	外国の報道機関の記者、カメラマン等
高度専門職	ポイント制による高度人材
経営・管理	企業等の経営者、管理者等
法律・会計業務	弁護士、公認会計士等
医療	医師、歯科医師、看護師等
研究	政府関係機関や企業等の研究者等
教育	高等学校、中学校等の語学教師等
技術・人文知識・国際業務	機械工学等の技術者等、通訳、デザイナー、語学講師等
企業内転勤	外国の事務所からの転勤者
介護	介護福祉士
興行	俳優、歌手、プロスポーツ選手等
技能	外国料理の調理師、スポーツ指導者等
特定技能（注1）	特定産業分野（注2）の各業務従事者
技能実習	技能実習生

（注1）平成31年4月1日から

（注2）介護、ビルクリーニング、素形材産業、産業機械製造業、電気・電子情報関係産業、建設、造船・船用工業、自動車整備。航空、宿泊、農業、漁業、飲食物品製造業、外食業（平成30年12月25日閣議決定）

身分・地位に基づく在留資格（活動制限なし）

在留資格	該当例
永住者	永住許可を受けた者
日本人の配偶者等	日本人の配偶者・実子・特別養子配偶者等
永住者の配偶者等	永住者・特別永住者の配偶者、我が国で出生し引き続き在留している実子
定住者	日系3世、外国人配偶者の連れ子等

就労の可否は指定される活動によるもの

在留資格	該当例
特定活動	外交官等の家事使用人、ワーキングホリデー等

就労が認められない在留資格（※）

在留資格	該当例
文化活動	日本文化の研究者等
短期滞在	観光客、会議参加者等
留学	大学、専門学校、日本語学校等の学生
研修	研修生
家族滞在	就労資格等で在留する外国人の配偶者、子

※資格外活動許可を受けた場合は、一定の範囲内で就労が認められる。

2. 入管法改正法案を念頭に非正規滞在者について

相当前であるが、留学生の付き添いで、名古屋市千種区役所へ行った際、外国人登録係の窓口で“Alien Registration”と書いてあり、大きな衝撃を受けたことがある。「エイリアン」の文言がもつ響きは、「宇宙人」と未知との遭遇のイメージだからである。アメリカのバイデン政権は、2021年4月19日に、不法外国人 (illegal alien) ではなく、書類がない国民でない者/移民 (undocumented noncitizen/migrant) に変えるように通知し、「不法」という文言をアメリカで使わない方針が示されると同時に、同化 (assimilation) でなく、統合 (integration) を使用することとなった⁽³⁾。しかし、日本では未だ外国人に「エイリアン」が使用され、そして、「不法」滞在者という文言が使用されているが、「非正規」滞在者と「不法」滞在者の違いは何であろうか。

国際的な潮流として「不法」を「敢えて」使用せず、「非正規」を使う傾向が顕著である。「不法」の文言のイメージが凶悪な犯罪者を連想させるなど悪いイメージをいだかせることを防ぐためである⁽⁴⁾。国際社会では、普遍的に認められた「非正規滞在者」の定義はないが、国際移住機関 (IOM) は、「送り出し国、通過国、受け入れ国の規制規範から外れて行われる移動」と定義している⁽⁵⁾。

日本での外国人の処遇について、あまりに衝撃的で目を疑った古い著書がある。永住権を取れなかった者や取らなかった者の処遇は「日本政府の全く自由裁量に属することとなる。国際法上の原則から言うと『煮て食おうと焼いて食おうと自由』なのである。日本政府を拘束するのは特定国間の条約だけ」と日韓基本条約起草にかかわった法務省入国管理局付検事同参事官が1965年に出版した著書に記してある⁽⁶⁾。同著は、在留資格制度の目的について「外国人が入って来て外国人としての権利や有利な地位を利用して、自分勝手に好きな活動をやられたのでは、日本人の社会活動の分野がそれだけ食われてしまうのみであるから、国民及び国の利益のために本当に役に立つことをする外国人の入国在留だけを認めようというのがそのねらい」と

(3) <https://www.npr.org/2021/04/19/988789487/immigration-agencies-ordered-not-to-use-term-illegal-alien-under-new-biden-polic> (2021.5.5)

https://www.washingtonpost.com/immigration/illegal-alien-assimilation/2021/04/19/9a2f878e-9ebc-11eb-b7a8-014b14acb9e4_story.html (2021.5.5)

(4) WHY 'UNDOCUMENTED' OR 'IRREGULAR'? - UNHCR https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/09/TerminologyLeaflet_EN_PICUM.pdf (2021.5.5)

IRREGULAR VS. ILLEGAL IMMIGRATION: <https://www.sav.sk/journals/uploads/01161014sn.2017.4.04.pdf> (2021.5.5)

(5) IOM, 2011.

(6) 池上努『法的地位200の質問』京文社、1965年、167頁。

ある⁽⁷⁾。本著は1969年の国会質疑でも取り上げられている⁽⁸⁾。確かに、国際法上、「特定の条約」がなければ、外国人の入国を許可するかどうか、また在留を許可するかどうかは国家主権に基づき、政府の自由という解釈は間違いではない。しかし、領域内に既に存在する者の「処遇」は別の問題である。さらに、近年の日本の入管施設内での被收容者死亡事件などから⁽⁹⁾、現在の日本においても「外国人の処遇は政府の自由裁量」という考え方が根底にあるのではないかという懸念が払拭できないのである。

外国人の処遇に対する考え方に、あたかも司法のお墨付きを与えたような間違っただけの外観を作りだしたのがマクリーン判決である。マクリーン判決⁽¹⁰⁾とは、1978年10月4日の最高裁判所の判決であり、外国人の処遇が議論される場合、繰り返し参照され続けている。同判決は、「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」と判示した。ここで問題となるのが、「在留資格」の有無により、外国人の権利に差があるかどうかである。マクリーン判決では、「在留外国人の基本的な権利は出入国管理システムの枠内で保障される」との考えを示した。しかし、マクリーン判決は「特別の条約」がない限りと留保しており、同判決が出た1978年は「特別の条約」を批准する以前だったことが重要である⁽¹¹⁾。マクリーン判決後、日本政府は、1979年に市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、自由権規約）および経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下、社会権規約）、1981年に難民の地位に関する条約、（以下、難民条約）、1994年に子どもの権利に関する条約（以下、子どもの権利条約）を批准した。これらは「特別の条約」に該当し、憲法98条2項の「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」により、日本政府は特別の条約を遵守する義務を負っている。それにもかかわらず、在留資格を有さない外国人の処遇が国際人権条約の義務に違反すると、数々の国際人権条約執行機関により問題視され続けている⁽¹²⁾。

自由権規約が規定するほとんどの権利は、「皆」「すべての者」「いずれの人間」に適用される。

(7) 同掲書、4頁。

(8) 1969年7月2日衆議院法務委員会における猪俣委員の質疑および中川（進）政府委員の答弁。

(9) 全国難民弁護団連絡会議「入管被收容者の死亡事件」 http://www.jlnr.jp/jlnr/?page_id=3277 (2021.5.5)

全国の弁護士会の声明 https://www.google.com/maps/d/u/0/viewer?mid=1s2kh53tz9sPQHMDV_yFIHmBEDqqC5Ydu&ll=35.07023660125038%2C134.51291045&z=5 (2021.5.5)

例えば、千葉県弁護士会「東京入国管理局における被收容者死亡事件の再発防止を求める会長声明」2015年1月22日 <https://www.chiba-ben.or.jp/opinion/pdf/voicelist/4ef44f31f257ea02eaf5b78fe898dcf2.pdf> (2021.5.5)

(10) 最大判1978・10・4民集32巻7号1233頁。

(11) 例えば、泉徳治「マクリーン判決の間違い箇所」判時2434、2020年、135頁。

(12) 例えば、日本政府報告書に対する最終所見：拷問禁止委員会2007年CAT/C/JPN/CO/1, para.14. 2013年CAT/C/JPN/CO/2, para.9. 2014年自由権規約委員会CCPR/C/JPN/CO/6, para.19、2018年人種差別撤廃委員会CERD/C/JPN/CO/10-11, paras.35-36.

例えば、自由権規約2条1項、26条の差別の禁止および平等、16条の法の前の平等である⁽¹³⁾。もちろん、「合法」でのみ保護される権利もある。例えば、12条の移動、居住および出国の自由や13条の外国人の追放である⁽¹⁴⁾。自由権規約委員会は一般的意見15の paragraph 5で「自由権規約は、締約国の領域に入り又はそこで居住する外国人の権利を認めていない。何人に自国への入国を認めるかを決定することは、原則としてその国の問題である。しかし、一定の状況において外国人は、入国又は居住に関連する場合においてさえ規約の保護を享受することができる。例えば、無差別、非人道的な取扱いの禁止又は家族生活の尊重の考慮が生起するときがそうである。」と在留資格の有無で権利が制限されないことを明確に示した。さらに、 paragraph 6では、「入国の同意は、例えば、移動、居住および雇用に関する条件を付して与えられる場合がある。国はまた、通過中の外国人に対し一般的な条件を課すこともできる。しかし、外国人は、ひとたび締約国の領域に入ることを認められると、条約で定められた権利を享受することができるのである。」として、領域内に既に存在する外国人には内外人平等原則を示している⁽¹⁵⁾。

こうした自由権規約上の締約国の義務と一致するように、長期入管収容について、弁護士、市民団体、国連のそれぞれが解決策を示してきた。しかし、日本政府の解決策の方向性は、それらと異なっているようにみえる。

長期入管収容が日本政府で議論されるきっかけとなったのが、2019年6月24日に長崎県の西日本入国管理センター（以下、大村入管）でナイジェリア人男性が餓死した事件である。その報告書⁽¹⁶⁾をうけて、法務大臣の私的懇談会という位置づけで「収容・送還に関する専門部会」が設立された⁽¹⁷⁾。そして、その収容・送還に関する専門部会の提言⁽¹⁸⁾を基に、第204回国会中の2021年2月19日に入管法改正法案が閣議決定された⁽¹⁹⁾。これに先立つ2021年2月18日に、難民等保護法案・入管法改正案からなる野党案が議員立法として参議院に提出された⁽²⁰⁾。日本政府は、改正が必要な理由として、「退去強制手続における送還・収容の現状に鑑み、退去強制手続を一層適切かつ実効的なものとするため、在留特別許可の申請手続の創設、収容に代わ

(13) Dominic McGolrick “The Human Rights Committee” Clarendon Press, 1994, p.20.

(14) 12条「合法的にいずれかの国の領域内にいるすべての者は、当該領域内において、移動の自由及び居住の自由についての権利を有する。」13条「合法的にこの規約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づいて行われた決定によってのみ当該領域から追放することができる。」

(15) Sarah Joseph, “The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary” Third Edition, Oxford University Press, 2013, p.397.

(16) 大村入国管理センター被収容者死亡事案に関する調査報告について http://www.moj.go.jp/isa/publications/press/nyuukokukanri09_00050.html (2021.5.5)

(17) 収容・送還に関する専門部会 http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/nyuukokukanri03_00001.html (2021.5.5)

(18) <http://www.moj.go.jp/isa/content/930005829.pdf> (2021.5.5)

(19) 法律案 <http://www.moj.go.jp/isa/content/001341292.pdf> (2021.5.5)

(20) 野党案 https://cdp-japan.jp/news/20210217_0768 (2021.5.5)

る監理措置の創設、難民認定手続中の送還停止に関する規定の見直し、本邦からの退去を命ずる命令制度の創設等の措置を講ずるほか、難民に準じて保護すべき者に関する規定の整備その他所要の措置を講ずる必要」を提示した⁽²¹⁾。その後、衆議院法務委員会で、「入管法改正法案」が審議された⁽²²⁾。しかし各種団体からさまざまな問題点が指摘され⁽²³⁾、かつ、国連人権諸条約の義務に違反していると国連特別報告者らの共同声明⁽²⁴⁾ および国連難民高等弁務官事務所（以下、UNHCR）⁽²⁵⁾ が懸念を示した。その後、2021年5月18日に同法案は取り下げとなった⁽²⁶⁾。

上入管法改正法案で、本稿の射程との関係で、特に問題となるのが、「送還停止効」の例外の創設であった。「送還停止効」とは、現行入管法に規定されている難民認定申請中の退去強制を停止する効力である⁽²⁷⁾。改正法案では、「送還停止効」（政府案61条の2の9第3項）に例外が提案され、原則として3回目以上の難民認定申請者に送還停止の効力を認めない（政府案61条の2の9第4項1号）案であった⁽²⁸⁾。同案は送還先国で、生命・身体に危険または拷問・非人道的な取扱いをうける蓋然性が高い場合、ノン・ルフルマン原則に抵触し得ることが最大の懸念であった。ノン・ルフルマン（non-refoulement）原則とは、「追放・送還の禁止」を意味し、出身国などに送還されれば、「生命または自由が脅威にさらされる」おそれがある者、「拷問が行われる」おそれがある者、「拷問または残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰」を受けるおそれがある者を追放・送還から保護する人権規範である。現行入管法53条3項にはノン・ルフルマン原則が規定されており、難民条約33条1項、拷問等禁止条約3条1項、強制失踪条約16条1項が示されている。しかし、国際的には「補完的保護」として、自由権規約6条および7条のノン・ルフルマン原則⁽²⁹⁾ や欧州人権条約3条および8条が重要視

(21) 入管法改正案 2021年2月19日閣議決定理由 <http://www.moj.go.jp/isa/content/001342071.pdf> (2021.5.5)

(22) 例えば、2021年5月7日 https://www.shugiintv.go.jp/jp/index.php?ex=VL&deli_id=52115&media_type= (2021.5.13)

2021年5月12日 https://www.shugiintv.go.jp/jp/index.php?ex=VL&deli_id=52144&media_type= (2021.5.20)

(23) https://drive.google.com/file/d/1mSqSS7H1Ttq0y43jTOC5nF_Ue6A0GriO/view?fbclid=IwAR0W6fCEsYVvOXh7eEJrG6LcJIBYAY7h7ygrkv4ZdSDvR9Vc1mfeNz893s (2021.5.5)

https://www.refugee.or.jp/report/activity/2021/04/camp_imlaw21-2/ (2021.5.5)

(24) https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=26325&fbclid=IwAR2TnEqjZnr0vYRU39NG3LmsxgHDvTrViX8BH38QS27xtS_nWF4d2AB5nGQ (2021.5.5)

(25) https://www.unhcr.org/jp/wp-content/uploads/sites/34/2021/04/20210409-UNHCR-Comments-on-ICRRA-Bill-Japanese.pdf?fbclid=IwAR1KyujOtmR7ZIXwt6ZYBtiyCzatpatTEI-6YcaIDxIR9UTEWM5L9_bspk4 (2021.5.5)

(26) <https://jp.reuters.com/article/japan-immigration-idJPKCN2CZ0SR> (2021.5.19)

(27) 現行入管法61条の2の6第3項。加藤聡「条約と行政法規」藤山雅行・村田斉志編『新・裁判実務体系25行政争訟改訂版』青林書院、2012年、62頁。

(28) 政府案 <http://www.moj.go.jp/isa/laws/bill/index.html> (2021.5.5)

(29) ニュージーランドでは、移民法131条1項に「ニュージーランドから国外追放されると、彼又は彼女が恣意的に生命を奪われ、残虐な取り扱いを受ける危険性があると信ずるに足る実質的な理由があるならば、

されている⁽³⁰⁾。

廃棄となった入管法改正法案では、「補完的保護」も創設される案であった。国際人権条約上の補完的保護（Complementary Protection）とは、難民条約上の難民としては認められなかったが、国際的保護の必要な者の保護である。すなわち、退去強制がもたらす「重大な損害」からの保護であり、そこに「迫害」の要件は不要である。しかし、法案の補完的保護対象者は、「難民以外の者であって、難民条約の適用を受ける難民の要件のうち迫害を受けるおそれがある理由が難民条約第一条Aに規定する理由であること以外の要件を満たすものをいう。」（政府案2条3号の2）であり、迫害主体から迫害の対象として特に関心をもたれる個別に把握される要件（個別把握論）を満たさなければ、補完的保護の対象と認定されない懸念があった。国際人権条約上の補完的保護は、シリアやミャンマーからの紛争避難民のような、個別把握できず、誰もが被害者になり得る、無差別暴力の「重大な損害」から保護することを指すため、法案とは全く異なっている⁽³¹⁾。

また、「在留特別許可」を法務大臣の裁量ではなく、申請制とする案も出されていた。しかし、在留特別許可を求めようとしても、退去強制令書が既に発付された者には申請の権利がない案であった。申請権にこうした制限を加えることは、在留特別許可が効果的な救済措置とはならないことを意味する。たとえ、再審情願があるとしても、入管法「改正」の改正とはならない。

弁護士および市民団体の活動は、各種SNS発信「#難民の送還ではなく保護を」、オンラインセミナー、異例の弁護士主催サイレントデモなどに広がり、今まで外国人問題に無関心であった一般市民をも動かしていった。そのきっかけとなったのが2021年3月6日に発生した名古屋入管死亡事件⁽³²⁾のビデオ開示を求める活動である。当該被害女性がなぜ仮放免の対象にならなかったかについては疑義が残る。というのは、被害女性はDV被害者であったからであ

自由権規約の下で、ニュージーランドで保護すべき人として認定しなければならない。」と規定している。

(30) 拷問などからの保護、子どもの最善の利益や家族の統合を考慮した退去強制からの保護の判例が蓄積している。

(31) EU資格指令（第三国国民又は無国籍者の国際的保護の受益者としての資格、難民又は補助的保護を受ける資格のある者の統一した地位、および付与される保護内容についての基準に関する2011年12月13日付けの欧州議会・欧州理事会指令2011/95/EU（改））

15条 補充的保護（Subsidiary Protection）の「重大な損害（Serious Harm）」

「重大な損害」とは次のものから成る。

- (a) 死刑若しくは死刑執行
- (b) 出身国における申請者への拷問若しくは非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い、又は刑罰
- (c) 国際又は国内武力紛争の状況における無差別暴力による文民の生命又は身体に対する重大かつ個別の脅威

(32) <https://mainichi.jp/graphs/20210422/hpj/00m/040/002000g/1>（2021.5.15）

る⁽³³⁾。DV被害者の保護に関しては法務省の通達がある⁽³⁴⁾。同通達第5のDV被害者に対する退去強制手続の2の身柄の措置では、「DV被害者である容疑者に対して退去強制手続を進める場合は、当該容疑者が逃亡又は証拠の隠滅を図るおそれがあるなど、仮放免をすることが適当でないとき、又はその他の理由で仮放免により難い場合を除き、仮放免（即日仮放免を含む。）した上で所定の手続を進めるものとする」と規定されている。しかし、この被害女性の場合、本通達が適用されなかった理由は未だ不明であり、その結果として死亡に至ってしまったのである。

3. 子どもの最善の利益原則

非正規滞在の子どもについても問題が山積している。日本で退去強制令書が発付された事例で、非正規滞在者の父母と日本で出生した子どもの場合、「父母」が帰国することを条件として、子どもの在留を許可する「父母のみ送還」が行われている。在留が特別に許可される事例と許可されない事例の違いは果たして何であろうか。毎年、法務省はプレスリリースで許可された事例と許可されなかった事例を発表している⁽³⁵⁾。許可の可否の基準とされているのが、在留特別許可ガイドラインの積極要素と消極要素である⁽³⁶⁾。例えば、積極要素の第1(4)「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」については、子どもの年齢や学校への通学状況などが主な判断基準とされている。例として、「当該外国人が、本邦で出生し10年以上にわたって本邦に在住している小中学校に在学している実子を同居した上で監護及び養育していて、不法残留である旨を地方入国管理官署に自ら申告し、かつ当該外国人親子が他の法令違反がないなどの在留の状況に特段の問題がないと認められること」とある。しかし、これらは法律で定められているものではなく、判断はすべて法務大臣の裁量に委ねられている。同ガイドラインには法的拘束力はなく、基準としては不明瞭であると言わざるを得ない。

非正規滞在者の処遇に関する「特別の条約」の文脈において、本稿でとりわけ注目したいのは、子どもの権利条約に規定される「子どもの最善の利益原則」である。子どもの最善の利益原則

(33) <https://mainichi.jp/articles/20210421/k00/00m/040/315000c> (2021.5.15)

(34) DV事案に係る措置要領 平成20年7月10日制定 https://www.gender.go.jp/policy/no_violence/e-vaw/kanren-tsuchi/pdf/04/h_05_2323.pdf (2021.5.15)

(35) 平成16年以降、在留特別許可された事例等を公表しており、平成22年から在留特別許可された事例等の分類・整理を公表している。出入国在留管理庁「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について」の公表、令和2年5月22日。 http://www.moj.go.jp/isa/publications/press/nyuukokukanri08_00050.html (2021.5.5)

(36) <http://www.moj.go.jp/isa/content/930002524.pdf> (2021.5.5)

とは、子どもの権利条約3条1項「子どもに関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、子どもの最善の利益が主として考慮されるものとする。」に規定されている⁽³⁷⁾。日本は子どもの権利条約を1994年に批准しているのは既述のとおりであり、関連国内法として、憲法13条、児童福祉法2条、少年法1条および母子保健法3条がある⁽³⁸⁾。子どもの権利に関する条例で子どもの最善の利益に言及している自治体も少なくない。例えば、北海道芽室町⁽³⁹⁾、大阪府泉南市などである。子どもの権利条約の履行監視機関である子どもの権利委員会は、日本政府報告書2019年3月5日最終見解パラグラフ19で「裁判所、行政当局又は立法機関が子どもの最善の利益を主として考慮していない」⁽⁴⁰⁾と批判している。

子どもの権利条約では、「家族の統合」の権利も保障されている。日本政府は「条約10条1項に規定されている家族の再統合を目的とする締約国への入国又は離脱の申請を『積極的、人道的かつ迅速な方法』で取り扱う義務は、当該申請の結果に影響を及ぼすものではないと解釈される」と解釈宣言している。しかし、子どもの最善の利益原則は、子どもの権利条約のみならず、自由権規約に基づく保護もある⁽⁴¹⁾。そして、在留特別許可ガイドラインで考慮事項とされる「内外の諸情勢」については、日本が批准している国際人権条約に基づく侵害について、子どもの最善の利益の観点から検討する必要があると締約国の義務でもあると考えられる。

ところで、国際人権条約履行監視機関の見解および一般的意見は日本の裁判所では法的拘束力がないと一蹴される傾向にある。しかし、条約法に関するウィーン条約（以下、条約法条約）32条の「条約解釈の補的手段」であると同時に、条約法条約31条a項の「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」に該当するということができる。自由権規約40条4項に基づき「委員会は、この規約の締約国の提出する報告を検討する。委員会は、委員会の報告及び適当と認める一般的な性格を有する意見を締約国に送付しなければならない、また、この規約の締約国から受領した報告の写しとともに当該一般的な性格を有する意見を経済社会理事会に送付することができる。」として自由権規約の締約国は、委員会の権能を合意している。

また、2013年11月20日の衆議院法務委員会において「裁判所が国連からの勧告を取り入れるようになってきているときに、政府参考人が法的拘束力がないと言うこと自体、私自身は問

(37) 子どもの権利条約9条、18条、20条、21条、37条、40条は子どもの最善の利益を具体的に列挙している。

(38) 波多野里望『逐条解説 児童の権利条約』有斐閣、1994年、35頁。

(39) 荒牧重人ほか編『解説子ども条例』三省堂、2012年、60頁。

(40) Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Japan (CRC/C/JPN/CO/4-5) 5 March 2019, para.19.

(41) 村上正直「外国人の追放と家族の利益の保護—規約人権委員会の実行を中心に—」『研究紀要』第7号(2002)。馬場里美「フィリピン人一家退去強制事件・コメント [最高裁第2小法廷2008(平成20) .9.26決定]」『国際人権』21号(2010)。

題だというふうに思いますが、いかがでしょうか。」との質問に対し、政府参考人（深山卓也・法務省民事局長：当時、現最高裁判所判事）は、「人権関係の各種委員会の勧告につきましては、これを尊重すべきものだと理解をしております。したがって、このような勧告に対しては、条約締約国として誠実に対処する必要はございます」と述べている。したがって、日本は自由権規約の締約国として自由権規約委員会の一般的意見を尊重し誠実に対処すべきであり、法的拘束力がないと一蹴することは適切ではないであろう。

子どもの権利委員会一般的意見14号は、「子どもの最善の利益が主として考慮される権利（3条1項）」を説明している⁽⁴²⁾。同一般的意見パラ79（g）教育に対する子どもの権利は「特定の子どもや集団に必要な教育の措置や行動は、子どもの最善の利益を尊重して決定されなければならない。」としている。

また、移民の子どもに関して、近年の国際社会の動向も無視できない。国連・移民に関するグローバル・コンパクトは、2016年9月の難民および移民に関するニューヨーク宣言に基づいて、2018年12月10日に国連総会で圧倒的多数で採択された⁽⁴³⁾。本コンパクトは、法的拘束力はないものの、初の国際社会の包括的な移民に関する枠組みのソフト・ローであり、国際社会の多数意見といえる。日本から鈴木憲和外務大臣政務官が出席し、本コンパクトに賛成票を投じた事実も見逃せないであろう⁽⁴⁴⁾。同コンパクト・パラグラフ23は「子どもの状況を最優先に考慮し、常に子どもの最善の利益を守る。」とし、パラグラフ29（h）は「在留資格の有無にかかわらず、常に子どもの権利と最善の利益を保護し尊重する。」として、子どもの最善の利益は在留資格によって左右されないことを明確にしている。

子どもの最善の利益は、「教育を受ける権利」の保障も考慮している。教育の権利は、子どもの権利条約28条に規定されており、本条は社会権規約13条を子どもに焦点を合わせて具現化した規定である。教育を受ける権利の保障は言語能力と切り離すことができない。言語能力は、子どもの成長過程において非常に重要であり、言語・風習・文化・生活環境等のアイデンティティをどこで形成したかが重要となる。子どものアイデンティティとは、「性別、性的指向、民族、宗教および信条、文化、性格」であると子どもの権利委員会は一般的意見14号で明確にしており⁽⁴⁵⁾、アイデンティティの形成に「言語」および「社会」が果たす役割は非常に大きい。子どもが日本で出生したり、日本語による学校教育を受けたりして、日本の生活習慣や文化になじんでおり、「母国語」を話すことはできず、「母国」を訪れたことはなく、生活習慣にもなじみがない場合、「事実上の母国語」は日本語であり、日本の社会でアイデンティティが

(42) General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) UN.Doc.CRC/C/GC/14, 29 May 2013, para.79.

(43) Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018(A.RES/73/195) Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration.

(44) 平成30年12月11日外務省報道 https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press4_006860.html (2021.4.30)

(45) 前掲注5, General comment No. 14 (2013), para.55.

形成されたと考えるのが自然である。2014年9月19日東京高等裁判所判決（平成26年（行コ）第49号「各退去強制令書発付処分等取消請求控訴事件」）は、上の点を考慮した判示である。子どもにとって自国＝国籍国ではなく、自国＝アイデンティティを形成した国といえ、その者の退去強制は日本社会の損失であると共に、酌むべき情状の余地があるといえよう。

子どもに不法残留の帰責性はないと認めた事例は日本においても以下に挙げるように少ない⁽⁴⁶⁾。

東京高等裁判所2007年2月27日判決（平成18年（行コ）126号「上陸許可取消処分取消等請求控訴事件」）は、上陸不許可を取り消した事例である。子どもには不法上陸および不法滞在について何らの帰責性もないとして、日本の学校や日本社会において生活してきたこと、これまでの努力、中国語能力の乏しさ、今後とも日本社会に溶け込んで日本社会に貢献し得ること、自分の人生についての判断能力があること等を軽視したとして、上陸を許可しなかった東京入管局長の権限の逸脱および濫用を認めた。

大阪高等裁判所2008年5月28日判決（平成19年（行コ）127号「特別在留許可不許可処分取消等請求控訴事件」）は、在留特別不許可を取り消した事例である。子どもに不法上陸や不法在留について帰責性が認められないとしても、在留特別許可を付与すべきであるというものではないが、控訴人自身の事情や取り巻く事情や環境等を総合考慮して在留特別許可を付与した。

東京高等裁判所2016年12月6日判決（平成28年（行コ）281号「退去強制令書発付処分取消等請求控訴事件」）は、再審情願で在留特別許可を与えられた事例である。日本で出生した14歳のタイ国籍の少年の退去強制は取り消さなかった。その理由として幼稚園や小学校に通うことなくタイ人仲間の限定されたコミュニティの中でひっそりと生活して成育され地域社会との交わりは希薄であり、12歳になって地元の甲府市内の中学校2学年に編入後、定時制の県立高校に進学したことから、学校生活を中心として一般社会と広く交流するようになったのは比較的近時であり、社会への定着性の点において必ずしも地域社会に根付いて強固な関係を築いていたとまではいい難い。また、母とは日常生活においてタイ語で会話をしており、その読み書きができなくとも、タイ語を用いた意思疎通は可能と判示した。しかし、その後、高校に通う中で、再審情願で在留特別許可が付与された。

名古屋高等裁判所（抗告審（即時抗告））2019年3月27日決定（平成31年（行ス）第2号「在留資格認定証明書交付処分仮の義務付け申立却下決定に対する即時抗告事件」）は、留学在留資格認定証明書の交付を仮に義務付けた事例である。中国で出生した中国籍の女性が、2006年に在留資格「家族滞在」の上陸許可を受け、日本の公立学校に通っていたが、父親が在留資格を喪失したため2012年より非正規滞在となった。2018年12月27日に収容され、翌日、家族

(46) 例えば、最二小決平20・9・26平成20年（行ツ）256号・（行ヒ）295号。東京高裁決平成26・9・19平成26年（行コ）49号。

と共に中国へ強制送還された。原告人は愛知県立高校から推薦を受け、愛知県立大学に入学する予定であったため、2019年1月18日に「留学」在留資格認定証明書交付を申請したが上陸拒否事由に該当するとして交付されなかった。名古屋高裁は、社会通念上著しく妥当性を欠くとして、入管局長の裁量権の逸脱および濫用を認定し、原告人に証明書を仮に交付することを命じた。

子どもの最善の利益のリーディングケースは、ベイカー判決である。ベイカー判決とは、1999年カナダ連邦最高裁判所が子どもの最善の利益に基づく判例を形成した判決である。ジャマイカ国籍の女性が非正規滞在中不法就労したため、国外追放命令が確定された。その後、彼女の退去強制は彼女の子どもの最善の利益に反するとして、1985年カナダ移民法114条2項（当時）に基づいて人道的保護を求めた。本件では、国内法に子どもの権利条約への明示的な言及がない場合、子どもの最善の利益原則をどのように扱うべきかが争点となった。その結果、カナダ連邦最高裁判所は、子どもの最善の利益原則の考慮が「義務的考慮事項」であることを明確に判示した⁽⁴⁷⁾。同判決がカナダ下級審へ与えた影響は大きく⁽⁴⁸⁾、ベイカー判決は2001年改正カナダ入管法25条1項に明文化された⁽⁴⁹⁾。これにより、カナダは直接影響を受ける子どもの最善の利益を考慮に入れなければならないことが大臣に義務付けられている。

また、韓国の清州（チョンジュ）地方法院、2018年5月17日判決、2017第9号2276「退去強制命令および保護命令取消訴訟」は非正規滞在者の子どものアイデンティティに踏み込んだ判決である。原告は、1999年にソウルで出生したナイジェリア国籍の男性であるが、父が在留資格を喪失したため、非正規滞在となった。原告は韓国の学校で教育を受けたため、ナイジェリアの言葉は不自由であった。同判決では不法残留は原告の過失で引き起こされたものではない点を考慮した。原告の不法残留は、両親の在留資格の剥奪によって生じる従属的效果に起因し、原告が自らすすんで不法行為を行なったためではない。として、不法残留について子の帰責性を明確に否定した。「原告は韓国で出生し、韓国の教育課程を履修して成長し、主に韓国語を使用し、他国へ出国や居住の経歴を持たない。原告は属人主義を採る現行法上、韓国籍の取得はできないが、韓国の言語・風習・文化・生活環境等において原告自身のアイデンティティを形成しており、また経済的・社会的・文化的基盤はこれまでの生涯を通じて韓国においてのみ形成されてきた。」と韓国への強い定着性を認め「12年の教育課程を通じ我々の社会の構成員として十分な役割を果たすために成長した原告に国外追放を強いることは、原告に投資した時間、資源、努力を考慮すると大きな損失である」として、定着性のある原告を退去強制する

(47) Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1999] 2 SCR 817, para.75.

(48) 例えば、Kolosofov v Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [2008] 323 F.T.R. 181 (FC); Hawthorne v Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [2003] 2 FC 555; Legault v Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [2002] 288 NR 174. 村上正直「カナダの出入国管理行政における子どもの利益の考慮の一端—カナダ連邦最高裁判所 Baker 判決を中心に」『人権法と人道法の新世紀』（東信堂、2001年）132頁。

(49) *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

ことが韓国社会の損失であると判示した。滞在を認めるだけでなく韓国社会の損失まで踏み込んだ画期的な判決といえよう。

4. 日本で生活する仮放免中の学生へのインタビュー

日本にも相当数の「子どもの最善の利益原則」を考慮すべき子どもたちが存在する。

2019年12月28日（土）、日本に居住し学生生活を送る仮放免中のAさんと無料通信アプリを使用して、インタビューを行った。日本の現状は厳しいものではあるが、仮放免の子どもたちが教育を受けることは決して無駄ではなく、教育こそが彼らの生活を変える希望となつて欲しいとの望みからである。本人および日本人支援者の許可を得てさらに、本人が特定できないように加工して、以下、掲載する。

筆者 先日お伝えしたとおり、ロールモデルを仮放免の子どもたちに伝えることで希望を持ってもらうことが必要だと思っており、インタビューをお願いしました。

A わかりました。

筆者 まず、年齢を教えてくださいませんか？

A 10歳です。

筆者 ありがとうございます。職業は何ですか？

A 学生です。

筆者 何を勉強していますか？

A 専門学校で専門職Xになるために勉強しています。

筆者 〇〇年4月に入学しましたか？

A そうです。

筆者 その仕事を目指すきっかけはありましたか？

A 小さい頃からお母さんの通訳やボランティアで通訳に行くようになって、専門職Xと依頼者さんがコミュニケーションがとれていないことから自分にできることがあると思い目指しました。

筆者 いつ頃、進路を決めましたか？

A 高校3年生の11月です。

筆者 他にも選択肢で迷った進路はありましたか？

A 旅行業界です。

筆者 なるほど、旅行業界ではなく、その専門職Xを選んだ決定的な理由はありますか？

A 在留資格の問題です。

筆者 具体的にはどのような問題か教えてくださいませんか？

A 仮放免という不安定な立場で弁護士に資格の取得をおすすめされました。

筆者 資格を取った方が職が安定するからですか？

A 試験の方がビザがおりやすいつて言われました。

筆者 学生ビザですか？就労ビザですか？

A 就労ビザです。

筆者 現在は学生ビザですか？

A 現在は仮放免です。

筆者 留学ビザではなく、仮放免ですか？

A そうです。

筆者 留学ビザを申請する予定はありますか？

A 今裁判しています。

筆者 ○○地方裁判所ですか？

A はい、そうです。

筆者 今はどのような段階ですか？始めたばかりなのか、もうすぐ決定が出そうですか？

A もうすぐ決定しそうです。

筆者 そうですか。現在、複数の学生の方がいて、そのうち留学ビザを取得した人は何名ですか？

A 2名です。

筆者 それではAさんともうひとは裁判中ですか？

A 私と兄弟が裁判中です。

筆者 兄弟も学生ですか？

A そうです。

筆者 何を勉強しているのですか？

A 専門職Yです。

筆者 専門職Yになるのが希望ですか？

A そうです。

筆者 専門職Xも専門職Yも人材不足だし、手に職をつけるのは失業率が低くて良い選択ですね。

A そうですね。

筆者 留学ビザが出た2名は何を勉強しているのですか？

A 専門職Yと○○学科です。

筆者 確か、全員女性ですよ？

A そうです。

筆者 女性の方が元気なのですか？

A 昔から男性は働く感じなので教育は必要ないって思ってるからだと思います。

筆者 男性は教育なくても働けるのですか？

A 解体とかです。

筆者 世界では女性が教育を受けることに制限があることが多いので少しビックリしました。

筆者 学校に入学するまでに大変なことはありましたか？

A 多分まず〇〇人はあまり教育に対して考えがないと思います。

A 学費とかです。

筆者 Aさんのご両親は教育に熱心ですか？

A そうですね。

筆者 確か、お母さまは〇〇学校卒ときいた覚えがあります。

A そうです。

筆者 お父さまも教育に熱心ですか？

A お父さんは自分は高校中退してしまったので私達には通ってほしいという感じです。

筆者 教育は重要と考えているということですね。家によっては親が教育の必要性を理解しないこともあってなかなか教育を継続できない問題がありますね。ご両親のサポートがあることは良かったですね！Bさんのサポートがあるからと以前おっしゃっていましたが、どのようなサポートですか？

A 学費の支援とか一緒に説明会に参加したり高校の面談に一緒に来たりなどです。

筆者 先ほど、学費の問題が大変だったということですが、どうしていますか？

A 学費の問題があり、それをBさんがサポートしてくれました。

筆者 なるほど。奨学金などはありそうですか？

A 奨学金は在留資格ないので借りられないです。

筆者 日本ではJASSOの学生ローン貸与を奨学金と言っていますが間違っていますよね。本来、奨学金は返済しないもので、財団法人とかが出したりしていますね。私も留学生に言われて初めて気づいたのですが。

入学時に在留資格は問題になりませんでしたか？

A 学校にはお話ししていません。

筆者 そうなのですね。

試験勉強はどのようにしましたか？

A 夏休み1日7時間勉強しました。

生物と数学と国語です。

筆者 3年生の11月に進路を最終的に決める前に勉強はしていたということですね？

A そうです。

筆者 教えてくれる人や一緒に勉強する人はいましたか？

A いませんでした。

参考書で勉強しました。

筆者 自宅ですか？

A 自宅だと暑いので家の近くの図書館です。

筆者 7時間ということはお昼はどうしましたか？

A お昼は家帰りました。

筆者 モチベーションが続いたのには何か理由がありますか？

A 家族を自分が助けたって思ったのとBさんに褒めてもらいたくて。

筆者 なるほど！

筆者 受験は何月でしたか？

A 10月の後半でした。

筆者 結果はいつ分かりましたか？

A 11月です。

筆者 合格してから進路を決めたということですか？

A そうです。

筆者 嬉しかったですか？

A 嬉しかったよりこれからだと思いました。

筆者 これからだとは？

A まだまだ課題がいっぱいあったので。

筆者 学費とか？

A それもだけど在留資格のこととかもです。

筆者 学校には言っていないのは、理由がありますか？

A ビザがないことからいろんな学校に受験を断られたからです。

筆者 現在通っているところはビザのことが問題にならなかったのですね？

A 聞かれなかったです。

筆者 他の学校はビザについて聞かれたけれども、今のところは聞かれなかったということですね？

A そうです。

筆者 だとすると、〇〇人で専門職Xというのが公表されると、学校で問題になるかもしれないですね。

筆者 専門学校生とだけしていた方が良いでしょうか？

A どちらでも大丈夫です(笑)♀ いずれバレるので。

筆者 いえ、それはダメですよ。始めたからに卒業できる最良の道を行かないと。

筆者 入管は入学前と後では態度が変わりましたか？

A それもそうですね。態度が変わったというより専門学校通っても働けないので意味ないと言われます。

筆者 就労資格を取ることができれば状況は変わりますよね。

A そうですね、それが望みです。

筆者 留学ビザの裁判とは別に、難民申請や在留特別許可（在特）申請はしているのですか？

A 在特の裁判ですが、弁護士は出ても在特じゃなくて留学ビザといいます。

筆者 なるほど。

筆者 留学ビザだと週28時間の資格外活動ができるようになりますね。

筆者 専門資格試験に受かれば、就労資格も取りやすくなると思います。

A 特定活動の時も28時間でした。そうなればいいです。

筆者 特定活動は難民申請中のですか？

A そうです。

筆者 難民申請は今していないのですか？

A しています。

急にビザが切られたのです。

筆者 そうですか。2018年1月からA、B、C、Dに振り分けられ、A以外は就労資格がでなくなりしました。

その頃ですか？

A 2018年3月です。

筆者 そうですか。

〇〇省が〇〇拠点を拡大しようとしています。〇〇コーディネーターや外国語を話す人を雇用する〇〇も出てきています。英語はやっておくとプラスになると思いますよ。これからの〇〇は、中国語、韓国語などのコーディネーターを雇用しようとしていますし。

これからやりたいことは何ですか？

A 英語を勉強する時間があまりありません。〇〇で働きたいです。

筆者 なぜ〇〇ですか？

A 新しい命と向き合いたいからです。

筆者 なるほど。

専門職Zは？

A 今考えている最中です。

筆者 そうなんですね。

あら、長くなってすみません。後輩に何かアドバイスとかありますか？

A 自分の可能性を信じて諦めないで欲しいです。

筆者 しんどい時はどうしていますか？

A 家族と話したりBさんに相談したりしていたり、音楽に浸っています。

筆者 学校での勉強は問題ないですか？

A 今のところは大丈夫です。

筆者 それは良かった！

音楽は何が好きですか？

A 洋楽です。

筆者 好きな歌手とかいますか？

A Dua lipa

筆者 知らない。。。(-_-;)

A 好きです。若い方です。

筆者 ロンドン、24歳と検索したら出てきました。

今は冬休みですね？1月6日から学校ですか？

A そうです。1月6日からです

筆者 ありがとうございます。

良いお年をお迎えくださいね！

A 良いお年を！！

5. おわりに

国際人権条約では、在留資格がある者にのみ人権が保障されるという考え方ではない。特に、「子どもの最善の利益原則」についての日本の現状は極めて不十分であると言わざるを得ない。

非正規滞在者の処遇について社会の動向、日本における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化も考慮する必要がある。非嫡出子と嫡出子の異なる相続分を違憲と判断した、最高裁2013年9月4日決定（平成24年（ク）984・985号「遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件」）を基に、あてはめると、「諸外国の立法の趨勢及び日本が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会の指摘を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重が、より明確に認識されてきたことは明らかである。そして、在留資格制度自体は定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で在留資格を有さない父母から出生したという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、教育を受ける権利等をはじめとする権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている。」となるであろう。したがって、在留資格を有さない父母から出生したとしても、子にとって自ら選択する余地のない事柄を理由に子に不利益をおよぼすことは適切とはいえず、「子どもの最善の利益原則」の十分な考慮が必要である。そして、その子を監護する父母にも日本社会への定着性やコミュニティの支援などが見込まれる場合、在留特別許可を付与することが、国際人権条約の締約国としての義務に合致すると同時に、道義上の義務として倫理的にも適切であると考えられるのではないだろうか。

1978年のマクリーン判決の呪縛から逃れるためには、「特別の条約」の内容を日本社会が精確に理解し、非正規滞在者問題について理解を深める土壌が必要である。その一歩として、まず「不法」の使用をやめて、「非正規」を使用してみたらどうであろうか。