

### 3 我が国における出入国管理制度の概要

寺倉 憲一

#### 目 次

|                        |    |           |
|------------------------|----|-----------|
| はじめに                   | 4  | 上陸手続      |
| I 外国人の出入国の自由をめぐる憲法上の議論 | 5  | 在留        |
| 1 入国の自由                | 6  | 出国        |
| 2 出国の自由                | 7  | 退去強制      |
| II 現行制度の概要             | 8  | 難民認定      |
| 1 根拠法                  | 9  | 出入国管理基本計画 |
| 2 外国人の定義               | 10 | 外国人登録     |
| 3 入国と上陸                |    | おわりに      |

#### はじめに

外国人が我が国へ入国しようとする場合には、我が国の許可を受けなければならない。また、我が国に滞在し、何らかの活動を行うときも、我が国の定める制約に服さなければならない。出入国管理制度は、こうした外国人の入国や滞在中の活動の管理・規制に係る法的仕組みであり、外国人問題を考える上で、まず確認しておくべき事項の一つである。

本稿では、本総合調査の取り扱う外国人問題の理解に必要と考えられる限りにおいて<sup>(1)</sup>、我が国の出入国管理に係る制度を概観する。

まず、制度の理解に資するため、外国人の出入国をめぐる憲法上の議論を紹介し、その後、出入国管理や外国人の在留管理に係る法令の概要について述べることにしたい。

#### I 外国人の出入国の自由をめぐる憲法上の議論

出入国管理制度は、国内法により外国人の入国や在留中の活動を規制するほか、一定の事由に該当する場合の退去強制等についても定めるものであり、外国人の出入国の自由をめぐる憲法上の議論と密接な関係がある。

ここでは、我が国の制度を紹介する前に、これらの憲法上の議論を簡単に整理し、外国人の入国を各国が国内法で規制し得ることの根拠等を確認しておくこととする<sup>(2)</sup>。

(1) 現行の出入国管理制度やその運用については、特に退去強制や難民認定に係る手続等をめぐり、様々な批判もあるが、本稿では立ち入らない。

## 1 入国の自由

国際慣習法上、外国人には、入国の自由が保障されない<sup>(3)</sup>と解されている。「国際法上、国家が自己の安全と福祉に危害を及ぼすおそれのある外国人の入国を拒否することは、当該国家の主権的権利に属し、入国の拒否は当該国家の自由裁量によるとされている<sup>(4)</sup>」からである。したがって、入国を許可するか否か、いかなる条件の下に許可するかについて、国家は、原則として自由に決定し得ることになる<sup>(5)</sup>。

また、入国の自由が保障されていない以上、在留の権利についても、外国人に保障されているとはいえない<sup>(6)</sup>と考えられている。

外国人の入国の自由について、昭和53年10月4日の最高裁判決<sup>(7)</sup>は、国際慣習法や、居住・移転の自由を保障する憲法22条1項の規定との関係に触れながら、次のように述べている。

「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にとどまり、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。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…<sup>(8)</sup>」

## 2 出国の自由

外国人の出国については、国際慣習法上、合理的な理由なく滞在国が拒否することはできないと考えられており<sup>(9)</sup>、学説は、憲法上も外国人には出国の自由が保障されると解している<sup>(10)</sup>。

(2) 外国人の再入国の自由も、出入国管理をめぐる議論と関わりのある問題であるが、本稿では立ち入らない。この問題については、さしあたり次の資料を参照。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣、1994、pp.140-143; 日比野勤「外国人の人権(3)」『法学教室』218号、1998.11、pp.71-80; 萩野芳夫「外国人の再入国の自由について」『法律時報』58巻8号、1986.7、pp.82-87。

(3) 芦部 同上、p.139; 佐藤幸治『憲法(第3版)』青林書院、1995、p.418; 樋口陽一ほか『憲法Ⅱ(第21条～第40条)』(注解法律学全集 2) 青林書院、1997、p.112(中村睦男執筆)。憲法の保障する基本的人権一般については、その性質上国民のみを対象としていると考えられるものを除き、外国人にも保障されると解されている(芦部 同上、pp.121-125; 日比野勤「外国人の人権(1)」『法学教室』210号、1998.3、pp.36-40)のに対し、入国の自由については結論が異なることになる。この点に関しては、外国人に入国の自由が保障されるかどうかは、国民に保障される自由権が外国人にも保障されるかという問題ではないので、外国人の人権享有能力の問題とは区別して考えなければならないという指摘がある。阿部照哉「最新判例批評」(後出の昭和53年10月4日最高裁判決の評釈)『判例時報』919号、1979.5.1、p.147; 日比野 同上、p.42。

(4) 芦部信喜『憲法(第4版)』岩波書店、2007、p.92。

(5) 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3版)』日本加除出版、2007、p.3。ただし、入国の拒否が国家の自由な裁量により決定されとしても、人身の自由(例えば、適正な手続の保障(憲法31条)等)については、たとえ不法入国者といえども享有すると解されるとの指摘があり(芦部 前掲注(2)、p.139)、さらに、国際的に確立した人権保障の理念による制約には服さねばならないとされる(日比野 前掲注(3)、p.43)。また、特別の条約により、相互に相手国の国民の入国を許すことをあらかじめ取り決めているような場合には、締結国は、条約上の義務として相手国国民の入国を許可しなければならない。芹田健太郎「日本における外国人の国際法上の権利と義務」『ジュリスト』877号、1987.2.1、p.32。

(6) 芦部 同上、p.139; 佐藤 前掲注(3)、p.418。

(7) 最高裁判所民事判例集 32巻7号、p.1223。いわゆるマクリーン事件判決。

(8) この判決の考え方を評して、外国人の出入国については、日本国民の出入国とは次元の異なる問題であり、憲法第3章とは無関係であるとしたもので、出入国管理システムを憲法98条2項の規定を介して国際法の定めるところに委ねたものであるとみる見解もある。日比野 前掲注(3)、p.44。

(9) 芹田 前掲注(5)、p.36; 日比野 同上、p.43。なお、この点に関し、国際人権規約のいわゆる自由権規約(B規約)(「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(昭和54年条約第7号))は、「すべての者は、いずれの国(自国を含む。)からも自由に離れることができる」(12条2項)と規定している。

この点、昭和32年12月25日の最高裁判決<sup>(11)</sup>は、憲法22条2項に規定された外国移住の自由について、その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はないと述べ、外国人に出国の自由が保障されることを認めている。

なお、国家は、合理的な理由がある場合には、外国人の出国を強制することが可能であり、この出国強制は、退去強制（Ⅱ7参照）又は犯罪人引渡しの形をとって行われる<sup>(12)</sup>。

## Ⅱ 現行制度の概要

以下では、我が国の現行出入国管理制度の概要について述べる。

### 1 根拠法

Iにみたような憲法及び国際法上の議論を踏まえ、各国では、出入国管理や移民に関する国内法により、いかなる外国人の入国・滞在をいかなる条件の下に許可するのかを定めており、我が国においては、こうした国内法として、「出入国管理及び難民認定法」（昭和26年政令第319号<sup>(13)</sup>。以下「入管法」という。）が制定されている<sup>(14)</sup>。

入管法は、我が国に入国し、又は我が国から出国するすべての人の出入国の公正な管理を図るとともに、難民の認定手続を整備することを目的とする法律であり（入管法1条）、外国人のみならず日本人の出入国をも対象としている。当初は、出入国管理のみを目的とするものであったが、「難民の地位に関する条約」（昭和56年条約第21号。以下「難民条約」という。）及び「難民の地位に関する議定書」（昭和57年条約第1号。以下「難民議定書」という。）への加入に当たり、昭和56年に難民認定手続に係る規定を整備するための法改正が行われ<sup>(15)</sup>、名称も現在のものに改められた。

また、第二次世界大戦の前から継続して我が国に居住する朝鮮半島・台湾出身者及びその子孫については、その法的地位や処遇の安定化を図るため、「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」（平成3年法律第71号。以下「特例法」という。）が制定されている。

このほか、我が国に在留する外国人の登録を実施することにより、外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資することを目的とする法律として、

(10) 芦部 前掲注(2), pp.139-140. 根拠規定については、外国に移住する自由を保障する憲法22条2項に求める説（後出の昭和32年12月25日最高裁判決）のほか、憲法98条2項を媒介として、国際慣習法に根拠を求める考え方も有力である。芦部 同上；尾吹善人「外国人と人権」清宮四郎ほか編『憲法演習1 総論・人権Ⅰ（新版）』有斐閣，1980，p.120.

(11) 最高裁判所刑事判例集，11巻14号，p.3377.

(12) 芹田 前掲注(5)，p.36.

(13) 入管法は、占領下の昭和26年10月に、いわゆるポツダム政令として制定され、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基く外務省関係諸命令の措置に関する法律」（昭和27年法律第126号）により平和条約発効後も法律としての効力を有するものとされた。その後の見直しが一部改正に留まるため、現在も「昭和26年政令第319号」の法令番号が残っている。

(14) なお、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、「行政手続法」（平成5年法律第88号）第2章から第4章までの規定の適用が除外されることとなっている（同法3条1項10号）。この点について、行政手続法は、一般国民に対する通常の処分等を対象とするものであって、出入国等に関する処分のように国家の主権に関わる事項へ適用されることを意図していない旨説明されており（総務庁行政管理局編『逐条解説 行政手続法（増補）』ぎょうせい，1994，p.58.）、ここからも、外国人の入国の自由等が国民の基本的な人権とは異なる次元で捉えられていることが窺える。

(15) 「難民の地位に関する条約等への加入に伴う出入国管理令その他関係法律の整備に関する法律」（昭和56年法律第86号）による。

「外国人登録法」(昭和27年法律第125号)(以下「外登法」という。)がある。

これらの現行制度は、第二次世界大戦後の占領期において基本的枠組みが形成されたものである<sup>(16)</sup>。

## 2 外国人の定義

入管法は、「外国人」について、「日本の国籍を有しない者をいう」と定義し(入管法2条2号)、日本国籍の有無<sup>(17)</sup>を基準としている。

これに対して、外登法における「外国人」は、日本国籍を有しない者のうち、入管法の規定による仮上陸の許可、寄港地での短期間の上陸等に係る許可等を受けた者以外の者をいうとされており、入管法における定義とは、各々の法律の目的に応じた違いがある。

## 3 入国と上陸

入管法上、入国と上陸は区別されており、入国とは、我が国の領域(領海、領空)に入ることを指すのに対し、上陸とは、我が国の領土に上がることをいう<sup>(18)</sup>。

上陸とは別に入国の概念が設けられたのは、我が国のように周囲を海に囲まれている国では、近隣諸国から海路により密入国を企てる者が少なくなく、ひとたび外国人が不法に領土に入ってしまうと、その発見や摘発が容易でない上に、発見できたとしても送還のために多大の労力や経費を要することから、外国人が不法に領土に入る前に、領海内に入った段階で取り締まることを可能にするためであると説明されている<sup>(19)</sup>。

外国人は、我が国へ入国する場合には、有効な旅券又は乗員手帳の所持が求められるとともに、入国審査官から上陸許可等を受けずに我が国に上陸する目的を有してはならないとされる(入管法3条1項)。

## 4 上陸手続

### (1) 上陸の申請

我が国の領土へ入ろうとする外国人は、定められた出入国港において、入国審査官に対して上陸の申請を行い、上陸のための審査を受けなければならない(入管法6条2項)。上陸の申請に当たり、16歳以上の外国人は、原則として<sup>(20)</sup>、法務省令で定められた個人識別情報を電磁的方式により入国審査官に提供することが義務付けられている(入管法6条3項)<sup>(21)</sup>。

(16) 戦後の出入国管理制度の形成過程については、次の資料を参照。『出入国管理の回顧と展望－昭和55年度版』法務省入国管理局, 1981, pp.74-85; 大沼保昭「出入国管理法制の成立過程－1952年体制の前史」『単一民族社会の神話を超えて(新版)』東信堂, 1993, pp.15-114.

(17) 日本国民たる要件については、「国籍法」(昭和25年法律第147号)の定めるところによる。

(18) 坂中・齋藤 前掲注(5), pp.226-227.

(19) 同上. このように「入国」と「上陸」を明確に区別し、「入国」に際して旅券の所持等を義務付ける立法例は、我が国以外には見当たらないという。

(20) 特例法の規定に基づく特別永住者や「外交」、「公用」の在留資格をもって我が国に滞在しようとする者等を除く。

(21) 平成18年法律第54号による入管法改正を受けて、「出入国管理及び難民認定法施行規則」(昭和56年法務省令第54号。以下「施行規則」という。)の規定が整備された(平成19年法務省令第61号による。平成19年11月20日施行)。具体的に提供すべきこととされる個人識別情報は、指紋(原則として両手のひとさし指)及び顔写真とされている(施行規則5条6項から9項まで)。法務省入国管理局「新しい入国審査手続(個人識別情報の提供義務化)の概要について」平成19年10月 <<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan64-1.pdf>>

## (2) 上陸のための条件と上陸拒否事由

入国審査官は、上陸の申請があったときは、当該外国人が上陸のための条件に適合しているかどうかを審査しなければならない（入管法7条1項）。

この場合において、外国人が上陸のための条件に適合しているといえるためには、次の要件を満たしている必要がある（入管法7条1項各号）。①有効な旅券<sup>(22)</sup>を所持していること、②査証<sup>(23)</sup>を必要とする場合には<sup>(24)</sup>、有効な査証を旅券に受けていること<sup>(25)</sup>、③我が国で行おうとする活動が虚偽のものでなく、入管法に定める在留資格の下で行い得る活動のいずれかに該当し、かつ、一定の活動については、法務省令で定める基準（Ⅱ5（4）参照）に適合すること、④申請に係る在留期間（Ⅱ5（2）参照）が法務省令の規定に適合していること、⑤入管法に定められた上陸拒否事由に該当しないこと。

⑤の上陸拒否事由に該当する外国人としては、例えば、次のようなものが挙げられている（入管法5条1項）。

- ・一定の感染症の患者等
- ・精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者等で、我が国におけるその活動又は行動を補助する者が随伴しないもの
- ・貧困者、放浪者等で生活上国又は地方公共団体の負担となるおそれのある者
- ・我が国の法令の規定に違反して一定の刑に処せられたことのある者
- ・薬物、覚せい剤等を不法に所持する者
- ・人身取引等に関与した者
- ・過去に上陸を拒否され、又は退去を強制されてから一定の期間を経過していない者
- ・我が国の憲法秩序の破壊を企てるなどした者
- ・法務大臣において我が国の利益又は公安を害する行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者

## (3) 上陸のための審査等の手続

入国審査官は、上陸のための審査の結果、当該外国人が上陸のための条件に適合していると

(22) 旅券とは、国家が自国民の国外旅行者に対して発給する公式な文書であり、所持人の国籍を証明し、発給国への引取りを約束し、渡航先国に対して所持人の入国、滞在についての便宜供与を依頼するものである。入管法は、我が国の承認している外国政府の発給した旅券のほか、権限ある国際機関（国連等）の発給した旅券、難民を認定した国の発給した難民旅行証明書等も旅券として取り扱っている（入管法2条5号）。旅券の発給、効力その他必要な事項については、「旅券法」(昭和26年法律第267号)に定めがある。

(23) 査証（いわゆるビザ）とは、外国人の申請に基づき、在外公館において申請者の旅券や入国目的を事前に確認した結果、旅券が真正かつ有効なものであり、入国目的からみて、その入国については一応問題がないと判断されたことを本国の入国審査官に対し推薦（紹介）するものである。山田鎌一・黒木忠正『よくわかる入管法』有斐閣、2006、p.23。査証は、上陸許可とは別個の行政処分であり、入国審査官の審査の結果、他の上陸のための条件に適合していないと認定されたときは、上陸は許可されない。坂中・齋藤 前掲注（5）、p.284。

(24) 査証免除取決め等の国際約束により査証を要しないとされている国の国民の旅券、再入国の許可を受けている者の旅券、法務大臣から難民旅行証明書の交付を受けている者の当該証明書については、査証を要しないとされている（入管法6条1項ただし書）。

(25) 旅券及び査証による出入国管理制度は、我が国では、大正7年（1918年）の「外国人入国ニ関スル件」（大正7年内務省令第1号）の制定により導入されたとされる。『出入国管理の回顧と展望』前掲注（16）、pp.67-68。その当時、第一次世界大戦が勃発し、国際的緊張が高まる中で、世界各国において、自国の利益に反する好ましくない外国人の入国を防止するために同様の入国規制が始まっており、我が国における内務省令制定も、このような国際的趨勢を受けたものであるという。このように、旅券及び査証による入国規制は、第一次世界大戦が始まって諸国の入国管理が厳格化するとともに一般化したものであり、比較的新しい制度といえることができる。畑野勇ほか『外国人の法的地位—国際化時代と法制度のあり方』信山社出版、2000、p.45。

認定したときは、当該外国人の旅券に上陸許可の証印を行う（入管法9条1項）。

上陸審査官は、申請を行った外国人が上陸の条件に適合していると認定しないときは、その者を特別審理官に引き渡す（入管法9条5項）。外国人が正当な理由なく定められた個人識別情報を提供しないときも、特別審理官に引き渡されることになる（入管法7条4項）。

外国人の引渡しを受けた特別審理官は、速やかに口頭審理<sup>(26)</sup>を行い（入管法10条1項）、その結果、当該外国人が上陸のための条件に適合していると認定したときは、直ちにその者の旅券に上陸許可の証印を行う（入管法10条8項）。当該の条件に適合していないと認定したときは、特別審理官は、当該外国人に対し、速やかに理由を示してその旨を通知する（入管法10条10項）。通知を受けた外国人は、上陸のための条件に適合していないとの特別審理官の認定に異議があるときは、通知を受けた日から3日以内に、法務大臣に対して異議を申し出ることができる（入管法11条1項）。当該外国人が認定に服し、又は3日以内に異議の申出を行わない<sup>(27)</sup>ときは、特別審理官は、我が国からの退去を命ずる（入管法10条11項）<sup>(28)</sup>。

法務大臣は、異議の申出を受理したときは、当該の申出に理由があるかどうかを裁決<sup>(29)</sup>し、その結果を主任審査官に通知する（入管法11条3項）。主任審査官は、異議の申出に理由があると裁決した旨の通知を受けたときは、直ちに当該外国人の旅券に上陸許可の証印を行う（入管法11条4項）。理由がないと裁決した旨の通知を受けたときは、主任審査官は、速やかにその旨を当該外国人に対して通知し、我が国からの退去を命ずる（入管法11条6項）。なお、法務大臣は、異議の申出に理由がないと認める場合であっても、当該外国人が再入国の許可を受けているときなど、特に上陸を許可すべき事情があると認めるときは、当該外国人の上陸を特別に許可することができる（入管法12条1項）<sup>(30)</sup>。

#### （4）仮上陸、上陸の特例

上陸の途中で特に必要があると認められる場合の仮上陸（入管法13条）や、寄港地での短期間の上陸等に係る特例（入管法14条から18条の2まで）についての規定が設けられている。

## 5 在留

### （1）在留資格

我が国への上陸を許可された外国人は、上陸許可等の際に決定した在留資格に基づき我が国に在留することとなる（入管法2条の2第1項）。在留資格とは、我が国に在留する間に外国人が行うことのできる活動又は我が国に在留することのできる身分・地位を類型化した入管法上

(26) 特別審理官の行う口頭審理は、引渡しを受けた外国人に対して一律に行われるもので、当該外国人からの請求を要しない。坂中・齋藤 前掲注（5），p.330。

(27) 外国人が3日以内に異議の申出を行わない場合には、特別審理官の行った認定が確定し、当該外国人に対して退去が命じられる。坂中・齋藤 同上，p.342。

(28) 特別審理官は、外国人に対して退去を命じるとともに、当該外国人を乗せてきた船舶等の長又は当該船舶等を運航する運送業者にその旨を通知する（入管法10条11項）。当該運送業者等は、その責任と費用で、速やかに当該外国人を我が国以外の地域に送還しなければならない（入管法59条1項1号）。退去命令を受けた外国人が指定された期間内に出国しないときは、退去強制の対象となる（入管法24条5号の2）。

(29) この法務大臣の裁決は、羈束行為であり、裁量の余地はないとされる。山田・黒木 前掲注（23），p.87。

(30) 上陸の特別許可については、許可するに当たって考慮すべき事情そのものも法務大臣の自由な判断に委ねられており、法務大臣の大幅な自由裁量権が認められているという。坂中・齋藤 前掲注（5），p.347；黒木忠正・細川清『外事法・国籍法』（現代行政法全集17）ぎょうせい，1988，pp.67-68。

表 在留資格及び在留期間一覧

※入管法及び施行規則に基づき作成。

入管法別表第1に掲げられた在留資格

| ① 就労可能・基準省令の適用なし |   |               |
|------------------|---|---------------|
| 在留資格             | 本邦において行うことができる活動  | 在留期間          |
| 外交               | 日本国政府が接受する外国政府の外交使節団若しくは領事機関の構成員、条約若しくは国際慣行により外交使節と同様の特権及び免除を受ける者又はこれらの者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動  | 外交活動を行う期間     |
| 公用               | 日本国政府の承認した外国政府若しくは国際機関の公務に従事する者又はその者と同一の世帯に属する家族の構成員としての活動（この表の外交の項に掲げる活動を除く。）  | 公用活動を行う期間     |
| 教授               | 本邦の大学若しくはこれに準ずる機関又は高等専門学校において研究、研究の指導又は教育をする活動  | 3年又は1年        |
| 芸術               | 収入を伴う音楽、美術、文学その他の芸術上の活動（②の表の興行の項に掲げる活動を除く。）   | 3年又は1年        |
| 宗教               | 外国の宗教団体により本邦に派遣された宗教家の行う布教その他の宗教上の活動  | 3年又は1年        |
| 報道               | 外国の報道機関との契約に基づいて行う取材その他の報道上の活動  | 3年又は1年        |
| ② 就労可能・基準省令の適用あり |   |               |
| 在留資格             | 本邦において行うことができる活動  | 在留期間          |
| 投資・経営            | 本邦において貿易その他の事業の経営を開始し若しくは本邦におけるこれらの事業に投資してその経営を行い若しくは当該事業の管理に従事し又は本邦においてこれらの事業の経営を開始した外国人（外国法人を含む。以下この項において同じ。）若しくは本邦におけるこれらの事業に投資している外国人に代わってその経営を行い若しくは当該事業の管理に従事する活動（この表の法律・会計業務の項に掲げる資格を有しなければ法律上行うことができないこととされている事業の経営若しくは管理に従事する活動を除く。） | 3年又は1年        |
| 法律・会計業務          | 外国法事務弁護士、外国公認会計士その他法律上資格を有する者が行うこととされている法律又は会計に係る業務に従事する活動  | 3年又は1年        |
| 医療               | 医師、歯科医師その他法律上資格を有する者が行うこととされている医療に係る業務に従事する活動   | 3年又は1年        |
| 研究               | 本邦の公私の機関との契約に基づいて研究を行う業務に従事する活動（①の表の教授の項に掲げる活動を除く。）   | 3年又は1年        |
| 教育               | 本邦の小学校、中学校、高等学校、盲学校、聾学校、養護学校、専修学校又は各種学校若しくは設備及び編制に関してこれに準ずる教育機関において語学教育その他の教育をする活動  | 3年又は1年        |
| 技術               | 本邦の公私の機関との契約に基づいて行う理学、工学その他の自然科学の分野に属する技術又は知識を要する業務に従事する活動（①の表の教授の項に掲げる活動並びにこの表の投資・経営の項、医療の項から教育の項まで、企業内転勤の項及び興行の項に掲げる活動を除く。）   | 3年又は1年        |
| 人文知識・国際業務        | 本邦の公私の機関との契約に基づいて行う法律学、経済学、社会学その他の人文科学の分野に属する知識を必要とする業務又は外国の文化に基盤を有する思考若しくは感受性を必要とする業務に従事する活動（①の表の教授の項、芸術の項及び報道の項に掲げる活動並びにこの表の投資・経営の項から教育の項まで、企業内転勤の項及び興行の項に掲げる活動を除く。）  | 3年又は1年        |
| 企業内転勤            | 本邦に本店、支店その他の事業所のある公私の機関の外国にある事業所の職員が本邦にある事業所に期間を定めて転勤して当該事業所において行うこの表の技術の項又は人文知識・国際業務の項に掲げる活動   | 3年又は1年        |
| 興行               | 演劇、演芸、演奏、スポーツ等の興行に係る活動又はその他の芸能活動（この表の投資・経営の項に掲げる活動を除く。）   | 1年、6月、3月又は15日 |
| 技能               | 本邦の公私の機関との契約に基づいて行う産業上の特殊な分野に属する熟練した技能を要する業務に従事する活動   | 3年又は1年        |
| ③ 就労不可・基準省令の適用なし |   |               |
| 在留資格             | 本邦において行うことができる活動  | 在留期間          |
| 文化活動             | 収入を伴わない学術上若しくは芸術上の活動又は我が国特有の文化若しくは技芸について専門的な研究を行い若しくは専門家の指導を受けてこれを修得する活動（④の表の留学の項から研修の項までに掲げる活動を除く。）  | 1年又は6月        |
| 短期滞在             | 本邦に短期間滞在して行う観光、保養、スポーツ、親族の訪問、見学、講習又は会合への参加、業務連絡その他これらに類似する活動  | 90日、30日又は15日  |

| ④ 就労不可・基準省令の適用あり                             |  |  |
|--|--|--|
| 在留資格   | 本邦において行うことができる活動   | 在留期間   |
| 留学   | 本邦の大学若しくはこれに準ずる機関、専修学校の専門課程、外国において12年の学校教育を修了した者に対して本邦の大学に入学するための教育を行う機関又は高等専門学校において教育を受ける活動   | 2年又は1年   |
| 就学   | 本邦の高等学校若しくは盲学校、聾学校若しくは養護学校の高等部、専修学校の高等課程若しくは一般課程又は各種学校（この表の留学の項に規定する機関を除く。）若しくは設備及び編制に関してこれに準ずる教育機関において教育を受ける活動  | 1年又は6月   |
| 研修   | 本邦の公私の機関により受け入れられて行う技術、技能又は知識の修得をする活動（この表の留学の項及び就学の項に掲げる活動を除く。）  | 1年又は6月   |
| 家族滞在   | ①の表、②の表又は③の表の左欄の在留資格（外交、公用及び短期滞在を除く。）をもって在留する者又はこの表の留学、就学若しくは研修の在留資格をもって在留する者の扶養を受ける配偶者又は子として行う日常的な活動  | 3年、2年、1年、6月又は3月  |
| ⑤ 就労の可否は法務大臣の定めるところによる・一部（口に係る部分）のみ基準省令の適用あり |  |  |
| 在留資格   | 本邦において行うことができる活動   | 在留期間   |
| 特定活動   | 法務大臣が個々の外国人について次のイからニまでのいずれかに該当するものとして特に指定する活動<br>イ 本邦の公私の機関（高度な専門的知識を必要とする特定の分野に関する研究の効率的推進又はこれに関連する産業の発展に資するものとして法務省令で定める要件に該当する事業活動を行う機関であって、法務大臣が指定するものに限る。）との契約に基づいて当該機関の施設において当該特定の分野に関する研究、研究の指導若しくは教育をする活動（教育については、大学若しくはこれに準ずる機関又は高等専門学校においてするものに限る。）又は当該活動と併せて当該特定の分野に関する研究、研究の指導若しくは教育と関連する事業を自ら経営する活動<br>ロ 本邦の公私の機関（情報処理（「情報処理の促進に関する法律」（昭和45年法律第90号）2条1項に規定する情報処理をいう。以下同じ。）に関する産業の発展に資するものとして法務省令で定める要件に該当する事業活動を行う機関であって、法務大臣が指定するものに限る。）との契約に基づいて当該機関の事業所（当該機関から「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律」（昭和60年法律第88号）2条2号に規定する派遣労働者として他の機関に派遣される場合にあつては、当該他の機関の事業所）において自然科学又は人文科学の分野に属する技術又は知識を要する情報処理に係る業務に従事する活動<br>ハ イ又は口に掲げる活動を行う外国人の扶養を受ける配偶者又は子として行う日常的な活動<br>ニ イからハまでに掲げる活動以外の活動 | イ、口に掲げる活動を指定される者 5年<br>ハに掲げる活動を指定される者 5年、4年、3年、2年、1年<br>入管法7条1項2号の告示*で定める活動を指定される者 3年、1年又は6月<br>*「出入国管理及び難民認定法第七条第一項第二号の規定に基づき同法別表第一の五の表の下欄（二に係る部分に限る。）に掲げる活動を定める件」（注（39）参照） |
|  | 特定活動として、上に掲げる活動以外の活動を指定される者 1年を超えない範囲内で法務大臣が個々の外国人について指定する期間   |  |

## 入管法別表第2に掲げる在留資格

| 就労を含め活動に制約なし・基準省令の適用なし |   |  |
|------------------------|---|--|
| 在留資格                   | 本邦において有する身分又は地位   | 在留期間   |
| 永住者                    | 法務大臣が永住を認める者  | 無期限  |
| 日本人の配偶者等               | 日本人の配偶者若しくは民法（明治29年法律第89号）817条の2の規定による特別養子又は日本人の子として出生した者   | 3年又は1年   |
| 永住者の配偶者等               | 永住者の在留資格をもって在留する者若しくは平和条約国籍離脱者等入管特例法に定める特別永住者（以下「永住者等」と総称する。）の配偶者又は永住者等の子として本邦で出生しその後引き続き本邦に在留している者 | 3年又は1年   |
| 定住者                    | 法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者   | 入管法7条1項2号の告示**で定める地位を認められる者 3年又は1年<br>**「出入国管理及び難民認定法第七条第一項第二号の規定に基づき同法別表第二の定住者の項の下欄に掲げる地位を定める件」（注（39）参照）<br>定住者として、上に掲げる地位以外の地位を認められる者 3年を超えない範囲内で法務大臣が個々の外国人について指定する期間 |

の法的資格であり、入管法の別表第1の1～5及び別表第2に27種類に分けて掲げられている。

なお、第二次世界大戦前から我が国に居住する朝鮮半島・台湾出身者及びその子孫については、特例法により特別永住者としての在留が認められている。

我が国では、在留資格ごとに、在留中に行い得る活動が定められており（入管法2条の2第2項）<sup>(31)</sup>、就労可能な在留資格が付与されれば、就労許可を別途得る必要はない。その意味で、在留資格は、我が国における外国人の入国・在留管理に係る基本的な法的枠組みとってよい。

こうした我が国の制度は、戦後の占領期に米国の移民法<sup>(32)</sup>をモデルとしてかたちづけられたものとされている<sup>(33)</sup>。

## (2) 決定等の手続

在留資格は、上陸の許可に際し、在留期間（原則として3年以内）<sup>(34)</sup>とともに入国審査官が決定し、旅券に明示する（入管法9条3項）。外国人は、我が国において行おうとする活動が在留資格のいずれかの下で行い得る活動に該当しなければ、上陸のための条件に適合しているといえないことになる（入管法7条1項2号。II 4（2）参照）<sup>(35)</sup>。上陸後の在留資格の変更又は在留期間の更新については、法務大臣が許可することとされている（入管法20条及び21条）。

## (3) 在留資格認定証明書

法務大臣は、我が国に上陸しようとする外国人から、あらかじめ申請があった場合において、当該外国人の我が国において行おうとする活動が在留資格に係る上陸の条件に適合していると認められるときは、在留資格認定証明書を交付することができる（入管法7条の2第1項）。この場合の申請は、外国人の親族や受入れ予定機関の職員等の代理人等を通じて行うことができる（入管法7条の2第2項）。

外国人は、同証明書を提出することにより、査証や上陸許可を受けることが容易になる。

(31) 外国人が我が国において行うことのできる活動は、在留資格ごとに入管法別表第1に掲げられている。ただし、我が国に在留することのできる身分・地位を示す在留資格（別表第2）には、活動の制約がない。

(32) 我が国の現行出入国管理制度が米国移民法をモデルとしてかたちづけられたことについては、次の資料を参照。大沼前掲注（16），pp.91-92；坂中英徳「日本の出入国管理政策—過去・現在・未来」『日本の外国人政策の構想』日本加除出版，2001，pp.44-46。

(33) 米国型の制度の下では、就労の可否も含めて外国人の在留中の活動が在留資格により規制されると説明されている。このほかの米国型の制度の特質としては、入国に際して厳重な審査が行われること、入国許可において滞在が同時に許可されること、許可申請の手続等について法令に詳細な規定が置かれること等が挙げられる。これに対し、ヨーロッパ大陸型の制度にあっては、一般に、入国時の審査が比較的緩やかとされる反面、長期滞在や就労については、入国許可とは別に許可が必要となる場合が多いとされる。以上の米国型制度とヨーロッパ大陸型制度との対比については、次の資料を参照。竹内昭太郎『出入国管理行政論』信山社出版，1995，pp.69-72；山崎哲夫「入国管理行政の現状と課題」『ジュリスト』909号，1988.6.1，pp.11-13；山田・黒木前掲注（23），p.8。

(34) 在留期間については、入管法2条の2第3項の規定により、在留資格ごとに法務省令で定めることとされており、この規定を受けて施行規則別表第2に各々の在留資格に応じた在留期間が掲げられている。

(35) 我が国は、移民を受け入れない政策をとっているため、外国人が「永住者」としての活動を行おうとして上陸の申請をしても、上陸のための条件に適合せず、当該の在留資格を取得することはできない（入管法7条1項2号括弧書）。「永住者」の在留資格は、他の在留資格をもって我が国に在留している外国人が法務大臣から永住許可を受けることにより取得できるものである（入管法22条）。坂中・齋藤前掲注（5），p.102。なお、平成元年改正以前の入管法では、上陸手続において外国人が「永住者」の在留資格を取得することがあり得る規定振りとなっていたが、これは、入管法のモデルとなったアメリカ移民法が移民の受入れを前提としていることから、その影響を受けたものと考えられている。ただし、この手続により「永住者」の在留資格を付与して外国人に上陸を許可した例はないという。坂中前掲注（32），p.47。平成元年の入管法改正の際、「永住者」については、我が国に上陸しようとする外国人が取得できない在留資格であることを明確にするため、上陸のための条件に適合する活動から除かれた。坂中英徳・高宅茂『改正入管法の解説—新しい出入国管理制度』日本加除出版，1991，pp.37-38。

#### (4) 基準省令等

在留資格のうち、一定のもの（別表第1の2の表及び4の表に掲げるもの並びに5の表に掲げるもの一部<sup>(36)</sup>）については、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て定められた法務省令「出入国管理及び難民認定法第七条第一項第二号の基準を定める省令」（平成2年法務省令第16号）において、より詳細な上陸のための審査の基準が示されている<sup>(37)</sup>。

このほか、在留資格「特定活動」の一部<sup>(38)</sup>及び「定住者」については、入国審査官の行う上陸審査に際して、上陸のための条件に適合しているといえるためには、法務大臣があらかじめ告示<sup>(39)</sup>をもって定める活動又は地位に該当していなければならないとされている（入管法7条1項2号）。

#### (5) 資格外活動

外国人は、付与された在留資格の下で行い得るとはされていない活動で、収益を伴うもの（収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動）を行ったときは、処罰や退去強制の対象となる（入管法19条1項、24条4号イ、70条1項4号及び73条）<sup>(40)</sup>。

ただし、法務大臣は、在留する外国人から、本来の在留活動を妨げない範囲内で、資格外の収益を伴う活動を行うことを希望する旨の申請があった場合において、相当と認める<sup>(41)</sup>ときは、資格外活動の許可をすることができる（入管法19条2項）。なお、留学生・就学生については、一定の時間内であれば、学費その他の必要経費を補う目的をもってアルバイトするために包括的な資格外活動許可を受けることが可能である<sup>(42)</sup>。

#### (6) 就労資格証明書

法務大臣は、我が国に在留する外国人の申請に基づき、収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動で当該外国人が行うことのできるもの（資格外活動の許可を得たものを含む。）を証明する文書（就労資格証明書）を交付することができる（入管法19条の2第1項）。

就労資格証明書は、外国人が既に有している在留資格等に基づき交付されるもので、就労を許可するものではない<sup>(43)</sup>。この証明書の提示等により、外国人の就労し得る職種等が明らか

(36) 入管法別表第1の5の表の下欄のロに係る部分。

(37) 平成元年法律第79号による入管法の改正の際、出入国管理行政のより一層の透明性及び公平性を確保するため、それまで公表されていなかった上陸のための審査基準を省令により定めることとされた（入管法7条1項2号）。なお、法務大臣による在留資格変更の許可については、特に基準が定められておらず、当該省令の適用もないが、おおむね同省令に準じた基準により判断されていると考えてよいという。山田・黒木 前掲注 (23), p.97.

(38) 入管法別表第1の5の表の下欄のニに係る部分。

(39) 「特定活動」については、「出入国管理及び難民認定法第七条第一項第二号の規定に基づき同法別表第一の五の表の下欄（ニに係る部分に限る。）に掲げる活動を定める件」（平成2年法務省告示第131号）、「定住者」については、「出入国管理及び難民認定法第七条第一項第二号の規定に基づき同法別表第二の定住者の項の下欄に掲げる地位を定める件」（平成2年法務省告示第132号）が定められている。

(40) 就労活動を予定している在留資格（入管法別表第1の1及び2の表の上欄の在留資格）及び「特定活動」（同別表第1の5の表の上欄の在留資格）を付与された者については、資格外活動の許可を得なくとも、業として行うものではない講演に対する謝金、日常生活に伴う臨時の報酬その他の法務省令で定める報酬を受けることができるとされ（入管法19条1項1号括弧書）、これを受けて施行規則19条の2が当該報酬の詳細を定めている。

(41) 希望する資格外活動が適当と認められないとき（例えば、単純労働や風俗関係業務等）は、許可されないことがある。山田・黒木 前掲注 (23), p.99.

(42) 坂中・齋藤 前掲注 (5), pp.411-412. 「留学」及び「就学」の在留資格を付与された者の資格外活動（アルバイト）の許可については、平成10年9月から、このような包括的な許可等の取扱いが行われている。法務省入国管理局「留学生のアルバイトに関する取扱いの変更について」『大学と学生』401号, 1998. 8., pp.53-55.

(43) 坂中・齋藤 同上, p.414.

になり、就労に支障のない外国人の就職が断られたり、逆に、就労し得ない外国人を違法に雇用したりする事態が防止されることになる。

#### (7) 在留資格の取消し

外国人が偽りその他不正の手段や不実の記載のある文書等の提出などにより上陸の許可等を受け、あるいは、付与された在留資格に応じた活動を正当な理由なく3月以上行わないことが判明した場合には、法務大臣は、現に付与されている在留資格を取り消すことができる（入管法22条の4）<sup>(44)</sup>。在留資格の取消しを行う場合には、取消処分の対象となる外国人の意見聴取を行うために一定の手続を経なければならない。

在留資格取消しの処分を受けた外国人に対しては、30日を超えない範囲内で出国のために必要な期間が指定され、指定された期間内に出国しない場合には、退去強制事由に該当することになる（入管法24条2号の3）。

## 6 出国

外国人は、我が国から出国しようとする場合には、出入国港で定められた手続を経て、入国審査官から旅券に出国の証印<sup>(45)</sup>を受けなければならない（入管法25条1項）。この確認を受けない外国人は、我が国から出国してはならないとされており（入管法25条2項）、これに違反して出国し、又は出国することを企てれば、刑事罰の対象となる（入管法71条）。

こうした出国確認の義務付け規定については、我が国から出国する外国人を的確に把握し、公正な出入国管理を行うため、個々の外国人の出国の事実を確認するものであり、外国人の出国を許可に係らしめるものではないと説明されている<sup>(46)</sup>。

また、一定の罪により訴追されている者や、当該の罪を犯した疑いにより逮捕状等が発せられている者等については、入国審査官は、出国確認の手続がとられた時から24時間を限り、その出国確認を留保することができる（入管法25条の2）。

外国人が出国したときは、付与されていた在留資格は消滅する。しかし、いったん出国した外国人が一定の期間経過後に再び我が国に戻り、出国前と同じ在留目的をもって在留しようとする場合のために、再入国許可の制度が設けられており、法務大臣は、外国人の申請に基づき、当該の許可を与えることができる（入管法26条）。

## 7 退去強制

### (1) 好ましくない外国人を強制的に退去させ得ることの根拠

国家は、国際慣習法上、自国にとって好ましくないと判断する外国人を追放する権利を有し、どのような外国人を好ましくないと判断するかについても、自由に決定し得ると解されており<sup>(47)</sup>、我が国の入管法においても、一定の事由に該当する外国人を強制力をもって国外に退去させる退去強制の手続が定められている。

(44) 在留資格取消制度は、平成16年法律第73号による入管法改正の際、新設されたものである。

(45) 旅券に証印をすることにより出国の確認を行うことについては、施行規則27条3項に規定されている。

(46) 坂中・齋藤 前掲注(5), pp.524-525. なお、出国確認の義務付け規定と外国人の出国の自由との関係に関し、昭和32年12月25日の最高裁判決（前掲注(11)参照）は、一般論としては外国人にも憲法上の出国の自由が保障されるとしつつ、当該の義務付け規定については、公正な出入国管理を行うという公共の福祉のために設けられるものであり、合憲性を有するものと解すべきであると述べている。

(47) 坂中・齋藤 同上, pp.467-468.

## (2) 退去強制事由

国家が好ましくない外国人を追放する権利を有するといっても、何の基準もなく恣意的に退去を強制することは相当でないと考えられることから<sup>(48)</sup>、入管法では、退去強制事由を具体的に列挙することとしている（入管法24条）。

退去強制事由に該当する外国人としては、例えば、次のような者が挙げられている。

- ・ 違法な状態で我が国に滞在する不法滞在者（不法入国者、不法上陸者、不法残留者）
- ・ 他の外国人に不正に上陸の許可等を受けさせる目的で文書等の偽変造等を行った者
- ・ 公衆等脅迫目的の犯罪行為等を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者として法務大臣が認定する者
- ・ 国際約束により我が国への入国を防止すべきものとされている者
- ・ 許可を得ず資格外の収益活動を専ら行っていると明らかに認められる者
- ・ 人身取引等に関与した者
- ・ 各種刑罰法令の規定に違反して一定の刑に処せられた者
- ・ 他の外国人の不法な入国又は上陸の教唆、幫助等を行った者
- ・ 我が国の憲法秩序の破壊を企てるなどした者
- ・ 法務大臣が我が国の利益又は公安を害する行為を行ったと認定する者

## (3) 手続

退去強制は、身体の拘束を伴う厳しい行政処分であることから、入管法には、退去強制事由該当性を三審制により審査するなどの慎重かつ厳密な手続が定められている<sup>(49)</sup>。これは、外国人の権利保護の観点から適正な手続を保障する米国移民法の考え方を取り入れたものと説明される<sup>(50)</sup>。

手続の端緒としては、まず、入国警備官による違反調査が行われる。入国警備官は、退去強制事由に該当すると考える外国人（容疑者）があるときは、当該容疑者について違反調査を行う（入管法27条）。入国警備官は、必要があれば、容疑者に対する出頭要求と取調べ（入管法29条）、証人の出頭要求（入管法30条）、裁判官の許可を得た上での臨検、捜索及び押収（入管法31条）等を行うこともできる。入国警備官は、容疑者が退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、主任審査官の発付する収容令書により容疑者の身柄を収容<sup>(51)</sup>することができる（入管法39条）<sup>(52)</sup>。この収容を行ったときは、48時間以内に、調書及び証拠物とともに当該容疑者を入国審査官に引き渡さなければならない（入管法44条）。

入国審査官は、容疑者の身柄の引渡しを受けたときは、容疑者が退去強制事由に該当するかどうかを速やかに審査する（入管法45条）。審査の結果、容疑者が退去強制事由に該当すると認

(48) 山田・黒木 前掲注 (23), p.140. なお、合法的に在留する外国人の追放については、我が国も締約国である国際人権規約のいわゆる自由権規約（「市民的及び政治的権利に関する国際規約」）13条において、法律に基づき行われた決定によってのみ行い得ること、外国人からの異議申立ての手続を整備すべきことが規定されている。

(49) 山田・黒木 同上, p.144.

(50) 坂中・齋藤 前掲注 (5), p.543.

(51) 収容とは、主任審査官が発付した収容令書に基づき、退去強制事由のいずれか一に該当する容疑者について相当の理由がある外国人を収容施設に留置する行政処分をいう。坂中・齋藤 同上, p.572. 入管法は、退去強制手続を進めるに当たり、容疑者をすべて収容する「収容前置主義（原則収容主義）」をとっていると解される。同上, pp.574-576.

(52) 「収容することができる」という入管法39条1項の文言は、収容する権限を有するという意味であり、収容するか否かの裁量権が入国警備官に付与されているわけではない。入国警備官は、入国審査官に引き渡すため、必ず容疑者を収容する必要がある。坂中・齋藤 同上, p.574.

定したときは、理由を付した書面をもって、速やかに当該容疑者及び主任審査官にその旨を通知する（入管法47条3項）。退去強制事由に該当しないと認定したときは、直ちに容疑者を放免する（入管法47条1項）。容疑者は、退去強制事由に該当するとの入国審査官の認定に異議があれば、通知を受けた日から3日以内に、特別審理官に対し、口頭審理の請求をすることができる（入管法48条1項）。容疑者が認定に服し、又は3日以内に口頭審理の請求を行わない<sup>(53)</sup>ときは、主任審査官から退去強制令書が発付され（入管法47条5項）、原則として入国警備官がこれを執行する（入管法52条）。

口頭審理の請求があったときは、特別審理官は、速やかにこれを行い（入管法48条3項）、入国審査官の認定に誤りがないと判定したときは、速やかに容疑者及び主任審査官にその旨を通知する（入管法48条8項）。入国審査官の認定に誤りがある（事実と相違する）と判定したときは、容疑者の放免その他必要な措置をとる（入管法48条6項及び7項）。容疑者は、認定に誤りがない（退去強制事由に該当する）との判定に異議があれば、通知を受けた日から3日以内に、法務大臣に対し、異議を申し出ることができる（入管法49条1項）。容疑者が判定に服し、又は3日以内に異議の申出を行わない<sup>(54)</sup>ときは、主任審査官から退去強制令書が発付される。

異議の申出を受理したときは、法務大臣は、当該の申出に理由があるかどうかを裁決し、その結果を主任審査官に通知する（入管法49条3項）。主任審査官は、異議の申出に理由がないと裁決した旨の通知を受けたときは、速やかに容疑者にその旨を通知するとともに、退去強制令書が発付する（入管法49条6項）。異議の申出に理由があると裁決した旨の通知を受けたときは、容疑者の放免その他必要な措置をとる（入管法49条4項及び5項）。ただし、法務大臣は、異議の申出に理由がなく、容疑者が退去強制事由に該当すると認める場合であっても、当該容疑者が永住許可を受けているときなど、特に在留を許可すべき事情があると認めるときは、当該容疑者の在留を特別に許可することができる（入管法50条）<sup>(55)</sup>。

なお、異議の申出に対する法務大臣の裁決に不服があるときは、「行政事件訴訟法」(昭和37年法律第139号)の規定に基づき、裁判所に救済を求めることができる<sup>(56)</sup>。

(53) 容疑者が3日以内に口頭審理の請求を行わない場合には、口頭審理請求権が消滅し、入国審査官の認定に服したときと同一の法的効果が生じ、入国審査官の認定が確定するとされる。坂中・齋藤 同上, p.615.

(54) 容疑者が3日以内に異議の申出を行わない場合には、異議申出権が消滅し、特別審理官の判定に服したときと同一の法的効果が生じ、特別審理官の判定が確定するとされる。坂中・齋藤 同上, p.628.

(55) 在留特別許可については、本来ならば退去強制処分の対象となる者に対し、法務大臣の判断によって特別に在留許可を与えるものであり、いわば請求権なき者に利益を付与する処置であって、異議の申出に理由があるかどうかの裁決とは異なり、法務大臣の自由裁量により行われるとされている。坂中・齋藤 同上, p.634. 在留特別許可を与えるかどうかは法務大臣の自由裁量に属することについては、次の判例も参照。最高裁判所昭和34年11月10日判決（最高裁判所民事判例集, 13巻12号, p.1493.）。これに対して、入国審査官の認定、特別審理官の判定及び入管法49条3項の規定による法務大臣の裁決は、いずれも容疑者が退去強制事由に該当するかどうかを羈束的に判断するもので、裁量の余地のないものである。黒木・細川 前掲注(30), p.135. なお、在留特別許可については、「第3次出入国管理基本計画」(平成17年3月)(本稿II 9参照)及び「規制改革・民間開放推進3か年計画(再改定)」(平成18年3月31日閣議決定)において、透明性を高めるため、在留を特別に許可する際のガイドラインの策定について検討するとされたことを受けて、平成18年10月に法務省入国管理局から「在留特別許可に係るガイドライン」が公表されている。<<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan52-1.pdf>>

(56) 外国人の出入国又は帰化に関する処分については、「行政不服審査法」(昭和37年法律第160号)の規定に基づく不服申立ての対象とならないこととされている(同法4条10号)。これは、外国人の出入国及び帰化の許否については、国家の自由な裁量により決定し得ることであり、国民の権利利益の救済を目的とする同法の対象とすることは妥当でないためであるという。田中真次・加藤泰守『行政不服審査法解説(改訂版)』日本評論社, 1977, p.70. なお、難民認定に関する処分については、行政手続法第2章から第4章までの規定の適用が除外される一方で(注(14)参照)、行政不服審査法に基づく不服申立ての対象からは除外されていない。

#### (4) 送還先

退去強制を受ける者は、原則として、その者の国籍又は市民権の属する国に送還されるが、当該の国に送還できないときは、本人の希望により、同人が我が国に入国する直前に居住していた国等にも送還される（入管法53条）。

#### (5) 出国命令制度

不法に残留する外国人等で、速やかに出国する意思をもって自ら入国管理官署に出頭するなど一定の要件を満たす者については、退去強制手続ではなく、簡易な手続により、身体を拘束せずに出国させる出国命令制度が整備されている（入管法24条の3及び55条の2から55条の6まで）<sup>(57)</sup>。

## 8 難民認定

### (1) 法整備に至る経緯

我が国は、昭和56年に難民条約に、昭和57年に難民議定書に加入した。これらの条約は、昭和56年の第94回国会において承認されたものであり、加入書の寄託を経て、両者とも昭和57年1月1日に我が国について効力が発生している<sup>(58)</sup>。

我が国では、国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）への資金協力や、いわゆるインドシナ難民<sup>(59)</sup>の受入れ等により、既に難民保護の分野で一定の国際協力を行ってきただが、国際社会において責任ある地位を占めるに至った立場から、難民問題の解決に向けて国際協力の一層の拡充を図るため<sup>(60)</sup>、難民条約及び難民議定書に加入することとなったと説明されている。

難民条約及び難民議定書への加入に当たり、入管法が改正され<sup>(61)</sup>、難民認定手続に関する規定が整備された。

### (2) 現行法の概要

#### (i) 「難民」の定義

「難民」とは、難民条約第1条及び難民議定書第1条に規定される者であり（入管法2条3号の2）、これらの条約の定めるところによれば、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団

(57) 平成16年法律第73号による入管法改正の際、不法滞在者を迅速かつ効率的に出国させるために新設された。退去強制処分を受けた者の上陸拒否期間が原則として5年であるのに対し、出国命令により出国した者の上陸拒否期間は、1年とされている（入管法5条1項9号）。

(58) 国会の承認を受け、政府は、国連事務総長に対し、昭和56年10月3日に難民条約の加入書を、翌昭和57年1月1日に難民議定書の加入書を寄託した。難民条約は、昭和56年10月15日に公布され（昭和56年条約第21号）、昭和57年1月1日に我が国について効力を生じた。難民議定書は、昭和57年1月1日に公布され（昭和57年条約第1号）、同日に我が国について効力を生じた。

(59) ベトナム戦争が終結した昭和50年4月以降、インドシナ三国（ベトナム、ラオス、カンボジア）から近隣諸国の保護を求めて小船で脱出する人々（いわゆる「ボートピープル」）が我が国にもが次々と到着するようになった。我が国は、人道的見地から、これらインドシナ出身者について、昭和53年4月28日を始めとして数次にわたる閣議了解により定住を認めるなど、受入れのための施策を推進した。黒木忠正「インドシナ難民と国内対策（3）」『外国人登録』269号, 1981.6, pp.14-29.

(60) 石岡邦章「出入国管理行政50年の歩み」『法律のひろば』53巻10号, 2000.10, p.9. なお、我が国の難民条約への加入については、インドシナ難民の受入れの問題に直面したことが直接のきっかけとなったとの指摘がある。斎藤恵彦「今日における難民の保護と援助の法理－難民条約の意義とその限界」『法律時報』53巻7号, 1981.6, p.15.

(61) 昭和56年法律第86号による（注（15）参照）。この改正の際、入管法については制定以来30年間大きな改正がなかったことから、その規定を時代の変化に適応させるとともに、戦前から我が国に居住する朝鮮半島出身者等の法的地位の安定化を図るための改正も併せて行われた（昭和56年法律第85号による）。

の構成員であること又は政治的意見を理由に迫害を受ける可能性が高いために、国籍国の外にいる者であって、その国籍国の保護を受けることができないものなどが該当する。迫害とは関わりなく、自国の政治体制に不満があつて国外へ出た者や、経済的困窮等の理由により国外へ出た者、戦乱・内乱・自然災害等により国外に流出した者などは、ここでいう「難民」には該当しないとされている<sup>(62)</sup>。

## (ii) 手続

難民として我が国の庇護を受けることを希望する外国人から申請があつたときは<sup>(63)</sup>、法務大臣は、必要に応じて難民調査官に事実の調査を行わせた上で（入管法61条の2の14）、難民の認定を行うことができる（入管法61条の2第1項）。

難民認定の申請を行った外国人のうち、在留資格を取得していないものについては、一定の要件に該当するものを除き、仮滞在が許可され（入管法61条の2の4第1項）、当該許可に係る期間が経過するまでの間は、退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由がある場合であっても、退去強制の手続が停止される（入管法61条の2の6第2項）。

法務大臣が難民の認定<sup>(64)</sup>をしたときは、当該外国人に難民認定証明書が交付され、当該の認定をしないときは、理由を付してその旨が通知される（入管法61条の2第2項）。

難民の認定をしない処分不服がある外国人は、通知を受けてから7日以内<sup>(65)</sup>に、法務大臣に対して異議申立てをすることができる（入管法61条の2の9第1項及び第2項）<sup>(66)</sup>。異議申立てについて決定をするに当たり、法務大臣は、難民審査参与員の意見を聴かなければならない（入管法61条の2の9第3項）<sup>(67)</sup>。なお、難民と認定しない処分については、行政事件訴訟法の規定に基づき、裁判所に救済を求めることができる。

(62) 山田・黒木 前掲注(23), pp.164-165. なお、インドシナ出身者の受入れについては、我が国の難民条約加入以前から実施されたものであり、いわゆる「インドシナ難民」には、難民条約上の「難民」の定義に該当しない者も含まれている。『入管行政の歩み（再訂版）』法務総合研究所, 2004, p.27. 難民条約等への加入に伴い改正された入管法では、難民条約にいう難民の定義をそのまま用いているので、改正後の同法に定める手続による場合には、難民と認定されない「インドシナ難民」が生じる可能性がある。この点、我が国の政府は、「インドシナ難民」については、難民条約に基づく法制度の枠外のものであると解している。色摩力夫「インドシナ難民対策の現状と課題」『ジュリスト』781号, 1983.1.1, p.36.

(63) 平成16年改正以前の入管法の規定（旧61条の2第2項）では、難民認定の申請については、やむを得ない事情がない限り、我が国に上陸した日から60日以内（我が国滞在中に難民となる事由が生じた場合には、その事由を知った日から60日以内）に行わなくてはならないとされていた（いわゆる「60日ルール」）。平成16年改正により当該規定が削られたため、現在、申請期間に関する制限はない。ただし、この法改正の後も、在留資格未取得外国人が難民認定申請を行った場合における仮滞在の許可や、難民の認定を受けた外国人に対する「定住者」の在留資格の取得（又は変更）許可については、原則として、当該外国人の我が国への上陸の日（我が国にある間に難民となる事由が生じた者にあっては、その事実を知った日）から6月を経過した後に難民認定申請が行われたのではないことが要件とされている（入管法61条の2の2第1項1号、61条の2の3及び61条の2の4第1項6号）。

(64) この法務大臣の認定は、羁束的なものであり、法務大臣に裁量の余地はないとされる。黒木・細川 前掲前掲注(30), p.183.

(65) 難民認定に係る処分に対する異議申立ての期間が通知を受けた日から7日以内とされているのは、行政不服審査法45条（処分があつたことを知った日の翌日から起算して60日以内）の特則である（入管法61条の2の9第2項）。

(66) 「外国人の出入国又は帰化に関する処分」が行政不服審査法の規定に基づく不服申立ての対象とならないのに対し（注(55)参照）、難民認定処分に対する異議の申出は、同法の規定に基づく不服申立てと位置付けられている（入管法61条の2の9第2項及び第4項）。この点、難民認定行為は、申請を行った外国人が難民条約等に定める難民の要件に該当するかどうかの事実のあてはめに係る行為であつて、裁量の余地がほとんどないという意味において、国家の自由な裁量による出入国管理とは性格を異にしており、また、難民認定と我が国への当該外国人の受入れとは別の問題と考えられることから、出入国の管理とは異質のものといえるため、「外国人の出入国又は帰化に関する処分」には含まれないと説明されている。山本達雄「難民条約と出入国管理」『法律のひろば』34巻9号, 1981.9, pp.23-24.

(67) 難民審査参与員の意見に法的拘束力はないものの、平成18年11月に法務省入国管理局から刊行された資料によれば、平成16年の入管法改正による同参与員制度の創設以降、当該資料刊行時点までの間、法務大臣が「難民審査参与員の多数意見と異なる処分を行った例はない」という。法務省入国管理局『難民認定行政—25年間の軌跡』平成18年11月, p.23. <[http://www.immi-moj.go.jp/keiziban/happyou/pdf/nanmin\\_nintei.pdf](http://www.immi-moj.go.jp/keiziban/happyou/pdf/nanmin_nintei.pdf)>

### (iii) ノン・ルフールマンの原則

難民条約第33条第1項は、締約国に対し、難民を、いかなる方法によっても、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見等のためにその生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放し、又は送還してはならないと規定している。こうした、迫害の待つ国には送還しないという原則は、一般に「ノン・ルフールマン(non-refoulement)の原則」と呼ばれている。

これを受けて、入管法では、当該規定（難民条約33条1項）に規定する領域の属する国については、原則として、退去強制の際の送還先に含めないものとしている（入管法53条3項）<sup>(68)</sup>。

## 9 出入国管理基本計画

法務大臣は、出入国の公正な管理を図るため、関係行政機関の長と協議の上、外国人の入国及び在留の管理に関する施策の基本となるべき計画（出入国管理基本計画）を策定することとなっており、この計画には、①我が国に入国・在留する外国人の状況に関する事項、②外国人の入国・在留の管理の指針となるべき事項等が示される（入管法61条の10）。

同計画の策定に関する規定は、平成元年の入管法改正<sup>(69)</sup>の際に設けられたものであり、平成4年5月に第1次計画、平成12年3月に第2次計画、平成17年3月に第3次計画が策定されている。

## 10 外国人登録

我が国に滞在する外国人は、上陸の日から90日以内（出生、国籍離脱等により我が国で外国人となった者については、出生等の日から60日以内）に居住地の市町村（東京都の特別区及び政令指定都市の区を含む。）の長<sup>(70)</sup>に対して、外国人登録の申請を行わなければならない（外登法3条）。市町村の長は、当該の申請があったときは、申請に係る外国人について、氏名、出生年月日、性別、国籍、職業、国籍の属する国における居住地、出生地、旅券番号、上陸許可の年月日、在留資格、在留期間、我が国における居住地等の事項を外国人登録原票に登録し（外登法4条）、申請者に対して、登録事項を記載した外国人登録証明書を交付する（外登法5条）。

外国人は、居住地、職業、在留資格、在留期間等に変更があったときは、変更登録の申請を行わなければならない（外登法8条から9条の3まで）、また、新規登録の日から一定の期間が経過するたびに、登録されている事項が事実と合致しているかどうかの確認のため、外国人登録証明書の切替交付の申請を行わなければならない（外登法11条）。

16歳以上の外国人に対しては、外国人登録証明書の常時携帯義務が課されており（外登法13条1項）、入国審査官、入国警備官、警察官、海上保安官等から登録証明書の提示を求められたときは、これを提示しなければならない（外登法13条2項）。

(68) この入管法53条3項の規定については、難民の認定を受けている者のみならず、すべての外国人に適用されるものである。坂中・齋藤 前掲注(5), p.657.

(69) 平成元年法律第79号。この規定が設けられたのは、当時、我が国に入国・在留する外国人の増加とその活動の多様化に伴い、外国人の入国・在留が我が国の産業及び国民生活の各分野に及ぼす影響が増大したことから、出入国及び在留の公正な管理を図るためには、長期的・総合的視野に立った指針が不可欠であると考えられたためであるという。片山義隆「在留資格の整備・拡充、入国審査手続の簡易・迅速化、不法就労対策等－出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律（元・12・25公布 法律第79号）」『時の法令』1383号, 1990. 8.15, p.14.

(70) 外登法の規定により市町村が処理することとなる事務は、「地方自治法」（昭和22年法律第67号）2条9項1号に規定する第1号法定受託事務とされている（外登法16条の2）。

なお、かつて外国人登録に際して義務付けられていた指紋押捺については、平成11年の外登法改正<sup>(71)</sup>により制度が廃止された<sup>(72)</sup>。

また、外国人登録制度については、住民基本台帳制度を参考として、在留外国人の台帳制度に改編することなどを内容とする見直しの検討が行われている（「4 出入国管理制度をめぐる当面の主要課題」Ⅲ 3（2）参照）。

## おわりに

いかなる在留資格が認められているのかという点に顕著にみられるように、出入国管理制度には、外国人の受入れに係る我が国の政策が如実に反映している。

どのような外国人を受け入れるべきかについての政策判断は、時代の変遷とともに変化し得るものであるが、少子高齢化の進展に伴い、我が国をめぐる状況に大きな変化が生じつつある中、新たな検討が求められているようにもみえる。

こうした観点から、次の4では、出入国管理政策をめぐる当面の主要課題について概観する。

（てらくら けんいち 行政法務課）

(71) 平成11年法律第134号による。

(72) 外登法については、昭和55年から数次にわたる改正により切替交付申請の期間の延長が行われた後、昭和62年の改正（昭和62年法律第102号）により、新規登録の場合に1回のみ指紋押捺を行えばよいことになり、さらに平成4年の改正（平成4年法律第66号）により、永住者及び特別永住者については、指紋押捺を要しないこととされていた。この平成11年改正により、外国人登録のための指紋押捺制度は、すべて廃止されたことになる。なお、平成7年12月15日の最高裁判決は、憲法13条の規定により、指紋の押捺をみだりに強制されない自由が何人にも保障されており、当該の自由保障が我が国に在留する外国人にも等しく及ぶとしながらも、その自由も無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受けるとした上で、指紋押捺制度を定めた昭和56年当時の外登法の諸規定について、立法目的に十分な合理性があり、制度の内容・方法の点でも一般的に許容される限度を超えない相当なものであったとして、憲法に違反するものでないと述べている。最高裁判所刑事判例集, 49巻10号, p.843.