

居住権と正規化

—立憲性質説の概要と在留特別許可の比較研究—

近藤 敦

はじめに

居住権が市民権の要素であるか否かについては、あまり意識的な議論がなされてこなかったように思われる。国民であれば、入国、再入国の自由や居住の権利があるのに対し、外国人の場合、特別な条約がなければ入国の自由は認められない。ただし、特別永住者の再入国の自由については、肯定、否定、それぞれ意見が分かれている。一方、在留権は外国人には認められないとする通説・判例にあっても、居住の自由は外国人には認められないとする明確な言明はこれまでにない。むしろ判例は、日本の領土にある外国人の場合には、居住の自由も認めているようである。通説および判例は、「何人も」または「国民は」という文言にかかわらず、権利の性質から外国人にも保障される権利かどうかを判断する「性質説」に立つ。しかし、「何人も」保障されている権利として憲法が明文でかかげている権利について、外国人には保障されないという不文の制約を課すことは、立憲主義に反することになる。この点、あるべき解釈態度としての「立憲性質説」の概要を明かにした上で、居住の自由の内容について検討しながら、外国人が居住の自由を制約される場合の退去強制のあり方について、本稿では考察するものである。その際、入管法50条に定められた在留特別許可と憲法22条1項所定の「居住の自由」

との関係について、憲法上、国際法上および入管政策上、比較考察することにしよう。正規の在留資格をもたない非正規滞在者に対し、在留を特別に許可する制度は、「正規化」、「アムネスティ」、「適法化」などと諸外国では呼ばれている。本稿では、正規化をめぐる諸外国の動向を、一時期に大量に行う「一般アムネスティ」と、そのつど個別に判断する「在留特別許可」の2通りに整理しながら、日本におけるこの未開拓の問題を検討することにする。

1999年9月1日に、法務大臣による在留特別許可を求めて、超過滞在している5家族と単身者2人からなる21人の外国人が、東京入国管理局に一斉に出頭した。ついで、同年12月27日にも、4家族17人が、これに続いた。学齢期の子どもを含む長期の非正規滞在者や、労働災害による病気治療中の者の正規化について、どのように考えたらよいのであろうか。この種の問題は、日本にかぎらず、多くの国で起こっており、諸外国における正規化類似の手続とその運用について調査することは焦眉の課題といえよう。

1 居住の自由

(1) 立憲性質説

日本国憲法にかぎらず、諸外国の憲法も、非正規滞在者の正規化については、およそなんら明示的な規定をもっていないようである。ただし、居住の自由についての規定を有する憲法は、いくつみられる。居住の自由については、日本国憲法22条1項は「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」と定めている。すなわち、これを素直に読めば、国民ではなく、すべての人が居住・移転の自由と職業選択の自由をもつと書いてある。日本国憲法の公定英訳では、Every person shall have freedom to choose and change his residence…と定められているので、居住の自由とは、住居選択の自由¹といった狭い意味に解することが制定意思に近

1 マッカーサー草案では、「運動及住居選定 (movement and choice of abode) ノ自由」と訳されていた。参照、高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程II』(有斐閣、1972) 223, 277, 449頁、筒井若水ほか『日本憲法史』(東京大学出版会、1976) 386頁。

い解釈といえよう²。ただし、住居選択の自由という狭い意味に解したとしても、国外に退去強制されることは、住居選択・住居移転の自由意思を制約する問題であり、日本国憲法22条の問題の射程として当然に扱われるべきことに注目すべきである。日本における人権の享有主体に関する通説・判例は、文言説ではなく、いわゆる性質説と考えられている。したがって、マクリン事件最高裁判決がいうように、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」。

そこで、入国の自由、社会権、参政権は、国民に限定される御三家と一般に考えられてきた。この点、入国の自由は、日本国憲法に明文の規定がないので、外国人に全く保障されないとすることも、立憲主義とは矛盾しない。あらかじめ、成文の憲法をかかげ、個人の権利・自由を国家権力の恣意的な侵害から守り、権力分立その他の憲法に定めるルールにしたがった国政運営を行う立憲主義は、日本も含む現代の多くの国で採用されている重要な憲法原理である。従来、自覚的に論じられてこなかったように思うが、性質説はこの立憲主義との関係で、重大な制約を受けるものと思われる。

たしかに、「国民」という文言を権利の性質上、広く解することは、可能であるが、「何人も」という文言を狭く解することは許されるべきではない。たとえば、社会権に関する25条の生存権や26条の教育を受ける権利など、「すべて国民は」という文言が定めてある権利の享有主体を「国籍保有者」の意味

2 憲法制定時の国会審議において、居住の自由とは、公営住宅の建設など社会権の要素をもった「居住権」の保障を内容として含んでいるかどうかの質問に対し、「居住の自由」とは「人が居住せんとする行為を国家が妨げてはならない、これを若し妨げる場合がありとすれば、公共の福祉が害なわれることになるのである」という趣旨だと金森国務大臣は答弁している。清水伸編『逐条 日本国憲法審議録 第2巻』（有斐閣、1962）459—461頁。なお、社会権の側面をもつ「適切な住生活を営む権利」としての「居住権」ないし「住居権」の議論は、今日、国際法上、重要であるものの、ここでは扱わない。参照、穂坂光彦『「居住の権利」補論』国際人権8号（1997）45頁。また、居住・移転の自由は、複合的性格をもっており、経済的自由、人身の自由、表現の自由、人格形成の自由の側面をあわせもっている。野中俊彦ほか『憲法I（新版）』（有斐閣、1997）410頁。

ではなく、広く「人々」の意味に解し、外国人も含める解釈は、「国民」の権利を恣意的に侵害するものではないので許容されうる。また、参政権を権利の性質上、国籍保有者たる国民に限定する解釈も、憲法15条の定める「国民固有の権利」という文言を狭義に解釈するならば、少なくとも立憲主義とは背馳しない。もちろん、「国民」を広義に解釈して、「永住者等」を含めることも立憲主義とは矛盾するものではない。他方、憲法13条の幸福追求権、同14条の平等権などは、「すべて国民は」という文言であっても、「日本の領土にある外国人」にも保障されていると一般に解釈することも立憲主義上、問題はない。

しかし、「何人も」という文言が定めてある権利の享有主体を「日本国民」すなわち「日本国籍保有者」に限定する解釈は、「日本の領土にある外国人」の権利を恣意的に侵害するものであり、許されるべきではない。憲法22条1項の「何人も」という文言にかかわらず、居住・移転の自由、職業選択の自由の享有主体を「日本国籍保有者」の意味での国民に限定することは、立憲主義との関係で背理に陥る。立憲主義に根ざした性質説、すなわち「立憲性質説」においては、「何人も」という文言の規定の場合には、「日本国民と日本の領土にある外国人」を権利の享有主体としており、「国民は」という文言の規定および主体を明示していない憲法第3章の規定においては、「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留している外国人に対しても等しく及ぶ」と解することになる。

自説の立憲性質説が、従来の性質説と大きく異なる点を、「居住の自由」との関連以外にも、ここでは3点ほど指摘しておこう。まず、従来、憲法22条2項の定める「国籍離脱の自由」において、「何人も」と書いてあるにもかかわらず、もっぱら「日本国民」の日本国籍離脱の自由を定めた規定である旨がしばしば文言説が不都合を生じる論拠として指摘されることが多い³。もちろん、文言説は国際化時代にあつて、外国人の人権享有主体性を狭くとらえる上で不都合である。さりとて、「何人も」とある規定を「日本国民は」と狭く読む従来の「性質説」も、立憲主義に反するとともに、国際化時代におい

3 たとえば、野中ほか、前掲書、204頁。

て不都合をまねくことになりかねない。ここにいう国籍離脱の自由は、かつて『注解日本国憲法』において、国や自治体が、「国籍離脱者に経済的に不利な条件を課して、離脱の自由を制限することも許されない」旨を含んでおり、たとえば公権力の行使に直接関与することなく、公務員の資格が国民に限られていない性質の公務員について、国籍離脱をその地位喪失の事由とすることは本項違反と指摘されていた⁴。ならば、すでに公務員に採用されている外国籍の者に在職要件として、その外国籍の離脱と日本国籍の取得を課す行為を国や自治体が行うことは本項違反となるのではないだろうか。また、かつて日本国籍に帰化して外国籍を離脱することが要件とされたことが見直され、今日では日本国籍を必要とされなくなった「司法修習生採用問題」⁵も、国籍離脱の自由を侵害する事例であったと考えることができる。いわば、本項の対象とする「何人」には日本国民以外も含まれており、国籍を離脱したり、離脱しなかったことに伴う、不利益扱いの禁止を国や自治体に課す側面をもっているのである。国籍を離脱する自由は、自己の意思に反して国籍を離脱しない自由も含む概念として理解すべきである⁶。

ついで、「何人も」と規定している憲法22条1項の「職業選択の自由」も、外国人に保障される⁷。この点、「公権力の行使または公の意思の形成に関与する公務員となるには、日本国籍を必要とする」といわれる、いわゆる「当然

4 法学協会編『注解日本国憲法 上巻』（有斐閣、1953）447頁。

5 参照、田中宏『在日外国人〔新版〕』（岩波書店、1995）139頁。

6 「国籍離脱の自由」とは、国籍の得喪に関し、個人の自由意思を尊重するという「国籍自由の原則」について、国籍の喪失の側面を定めた規定である。日本国憲法10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定し、国籍の取得については具体的な要請を定めていないものの、国籍の喪失については一定の制約が本項により国籍法に課されているのである。その意味で、日本の国籍法14条の定める二重国籍者の「国籍選択義務」は、「国籍の剝奪」を禁じたドイツ基本法16条1項の通説的理解のように、当事者の意思に反し、当事者が回避できない国籍の離脱強制を禁じる要素を、日本国憲法22条1項所定の「国籍を離脱する自由」に認めるならば、憲法違反といえる。参照、近藤敦「憲法と国籍制度」ドイツ憲法判例研究会『人間・環境・科学技術—二一世紀の憲法理論』（信山社、2000予定）。

7 参照、近藤敦「外国人の公務就任権」芦部信喜ほか編『憲法判例百選 I 〔第四版〕』（有斐閣、2000予定）。

の法理」による制約を論じることは、問題がある。本来、同項所定の「公共の福祉に反しないかぎり」という制約可能性を論じるべきである。その際、公益としての安全保障上の必要性などが、個人の公務員という職業を選択する利益を上回るかどうかを総合的に判断する議論がなされる必要があるように思われる。そうであるならば、スウェーデンやオランダが採用している外国人の公務就任の制約基準が、参考になるように思われる⁸。憲法の明文で、「何人も」保障されている権利に、「当然の法理」という不文の制約基準を持ち出すことも、立憲主義の理念に反することはいうまでもない。

さらに、「何人も」としている憲法17条の「国家賠償請求権」を具体化する国家賠償法6条は、外国人が被害者である場合の相互保証主義を定めている点も、立憲主義に反する。裁判実務上、相互保証なしとした運用例はないと思われるが、目下、一九九四年に東京地裁に提訴された係争中の事件などでは、イラン人の原告の国賠請求訴訟があり、イランでの国家賠償法の不存在を理由に、国賠法六条の相互保証主義が争われている⁹。これまで文面上、違憲としない学説も多く存在したことは、性質説と立憲主義との緊張関係について無自覚であったことも大きく作用したと思われる。性質説にあっても、「本国法の不備のゆえに、現実には日本政府から蒙った損害を、なぜ自分の負担として甘受しなければならないのか」という疑念があり、「被害者の属する国籍のいかんによって、権利が与えられなかったりする性質のものではない」として、国家賠償法6条の相互保証主義を違憲とする見解もあるが¹⁰、立憲性質説は、その違憲性をより明白に主張しうる。

8 近藤敦「ヨーロッパにおける外国人の公務就任—「新たな当然の法理」—」エコノミクス2巻1号(1997)213—214頁。

9 参照、古崎慶長「国家賠償法六条の相互保障に関する諸問題」判例タイムズ344号(1977)23頁、宇賀克也『国家賠償法』(有斐閣、1997)359頁以下、入管問題調査会編『密室の人権侵害』(現代人文社、1996)15頁。なお、同趣の裁判の原告側準備書面では、国賠法6条が国際人権規約B規約2条3項の「効果的な救済措置」条項に違反し、規約人権委員会の一般的意見20にある「効果的な補償措置」を締約国が保障する義務に反するおそれがある点など国際人権規約違反も指摘されている。

10 奥平康弘『憲法III』(有斐閣、1993)392—393頁。

(2) 「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」

立憲性質説においては、「居住の自由」の内容がどのように理解されるべきかについて、以下に検討しよう。まず一般に、条約等で特別に入国の自由を認められた場合を除き、入国の自由を保障されていない外国人の場合には、その関係でこれらの自由を制約されることは多くの国で共通してみられる。各国の経済・労働・社会政策を反映して、現実の権利状況は当然に異なってくる。この点、日本国憲法22条1項も、「公共の福祉に反しないかぎり」という政策的制約の可能性を明示している。また、こうした制約を規定する法律の1つとして、いわゆる「入管法」がある。しかしながら、憲法上は、日本にいる外国人も、まずは居住の自由をもちうるという前提に立って¹¹、それを何らかの政策上の必要から制限することが可能だということを出発点に置くべきである。「何人も」と規定する日本国憲法の比較憲法上特殊な定め方をしている点に着目したい。諸外国では、「入国の自由」と同様、「居住の自由」を「国民」などに限定する憲法も少なくない¹²。そこでまず、日本国憲法における「居住の自由」の内容が明確にされる必要がある。本来、居住・移転の自由とか、居住の自由というのは、「住所または居所を自ら決定ないし変更する自由」を意味するはずである。自由権の核心が国による妨害排除の請求権

11 1957年の最高裁判例では、「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ら規定していないというべきであって、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って、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」とある。ただし、この多数意見にあっても、「居住・移転及び外国移住の自由」という「これらの憲法上の自由を享ける者は法文上日本国民に局限されていないのであるから、外国人であっても日本国に在ってその主権に服している者に限り及ぶものであることも、また論をまたない」という。真野裁判官の少数意見では、「居住、移転という中には入国も当然含まれている趣旨であると解する」とある。多数意見と少数意見では、居住・移転の自由の中に、入国の自由が入るか入らないかで違いがあるものの、居住の自由については、日本に在る外国人も享受する点では一致している。最大判昭32・6・19刑集11巻6号1663頁。従来、外国人の居住権というものが、入国の自由の問題の後景にしりぞき、居住権(ないし職業選択の自由)の対象と範囲に関する細かな議論が不足していたように思われる。憲法上の居住の自由ないしは居住権の主体は、日本の領土にあるすべての人か、合法的な在留資格を有する外国人と国民か、国民に限るのか、明確な議論はこれまでされてこなかったように思われる。

であることに留意して、言い換えるならば、「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」を意味することになる。たとえば、「居住・移転の自由が保障されているということは、人が自分の好む場所に居住し、または居住地を変更することについて、公権力によって干渉・妨害されないことを意味する」と説明される¹³。ならば、外国人の退去強制による居住の自由の制約も、全く日本国憲法から自由なフリーハンドをもつわけではないことをまず確認したい。

従来から、何らかの形で日本に入国し滞在する外国人が、引き続き日本に在留する権利としての「在留権」概念が必要だとする指摘はあった。しかし、「入国の自由」を外国人に認めない国際慣習法との関係で、困難な壁にぶつかるという¹⁴。たしかに、マクリーン事件最高裁判決は、「外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することができる権利を保障されるものではない」としている¹⁵。そこで通説も、入国の自由が外国人に保障されないことは、今日の国際慣習法上当然である、と一般に解されている」とし、「入国の自由がない以上、在留の権利もまた、外国人には憲法上保障されているとは

12 「居住の自由」については、イタリア憲法16条は「すべての国民」、インド憲法19条は「すべての公民」、オーストリア国民の一般的権利に関する国家基本法6条は「すべての国民」、スペイン憲法19条は「スペイン人」、大韓民国憲法14条は「国民」と定めている。フィリピン憲法3条6節は、主体を明示していない。ブラジル憲法5条15号は「何人も、法律の定めるところにより」と法律の留保を定めており、ポーランド憲法52条は「各人」とし、「法律において定められた制限を受けることがありうる」、ロシア憲法27条1項は「ロシア連邦の領土に合法的に滞在する者はすべて」と規定している。

「移転の自由」については、ドイツ憲法11条は「すべてのドイツ人」、スウェーデン憲法8条は「国民」と規定する。

アメリカ憲法、オーストラリア憲法、中華人民共和国憲法、デンマーク憲法、フランス憲法、ベルギー憲法は、「居住の自由」も「移転の自由」もともに規定していない。

「入国の自由」については、アメリカ憲法、イタリア憲法、オーストラリア憲法、オーストリア憲法、大韓民国憲法、中華人民共和国憲法、デンマーク憲法、ドイツ憲法、フランス憲法、ベルギー憲法、ポーランド憲法、ロシア憲法は規定していない。スウェーデン憲法7条は「国民」、スペイン憲法19条は「スペイン人」と定めている。ブラジル憲法5条15号は「何人も、法律の定めるところにより」と法律の留保を定めている。

13 初宿正典『憲法2 基本権』（成文堂、1996）354頁。

14 毛受久「在留」田中宏・江橋喬編『来日外国人入権白書』160、173頁。

15 最大判昭和53・10・4民州32巻7号1223頁。

言いがたいであろう」という¹⁶。しかし、引き続き在留することができる権利とは、一般に「永住権」として保障される国が多く、入国の自由がない外国人にあっても、永住権が憲法上保障される例もないわけではない。また、在留権という入管法上の用語から導かれる権利概念をもとに憲法上の議論をすることはたしかに困難な問題が多く、ここでは日本国憲法22条の「居住の自由」との関連から、さまざまなタイプの滞在の権利を総称して、「居住権」と呼び、その内容を検討することにしたい。居住の自由の保障の程度、またはその裏返しとしての制約の程度が各人の状況に応じて総合的に判断される性質の権利である点は、職業選択の自由と同様である。しかし、職業選択の自由の保障が外国人にも及ぶように¹⁷、居住の自由の保障も外国人にも及ぶのであり、国民との別異の取扱、外国人相互の別異の取扱は、それぞれ合理的な理由を必要とする権利である。

(2) 入国の自由と居住の自由の区別

まず、居住権の内容を説明する前に、入国の自由と居住の自由は、原理的には区別されるべきものであることを指摘したい。最近の憲法では、この点を明かにしているものもある。たとえば、1982年のカナダ憲法では、「入国・滞在・出国の権利 (right to enter, remain in, and leave Canada)」は「カナダのすべての国民 (citizen)」(6条1項) が享有主体であるとする一方、「州内を移動し住居を定める権利 to move to and take up residence in an province」は「カナダのすべての国民およびカナダの永住権をもつすべての者 (every person who has the status of a permanent resident of Canada)」(6条2項) が享有主体である旨を明示している¹⁸。また、1997年のポーランド憲法は、入国の自由については明記していない一方、「各人」に「住所および居所を選択する自由」(52条1項) が保障されるものの、「法律において定

16 芦部信喜『憲法学II人権総論』(有斐閣, 1994) 139頁。

17 参照, 東京都管理職選考試験受験拒否事件, 東京高判1997年11月26日判例タイムズ960号(1998) 79頁。

18 参照, http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1982.html。

められた制限を受けることがありうる」(同2項)旨を定めている。この点、日本国憲法は、法律の留保の規定を設けるのではなく、公共の福祉に反してはならないとの制約根拠を規定している点はすでにみた通りである。

そこで、日本国憲法においても、入国の自由は実定憲法上保障されていない一方、憲法22条を根拠とする「居住の自由」は、日本国憲法の効力の及びうる範囲の(領土内にいるか、日本国籍を有する)「何人」に対しても、保障されるという前提に立って、公共の福祉によるその制約の合理性を個別に判断するアプローチを提唱したい。もちろん、公共の福祉という曖昧な概念で国が一方的に制約できるのではなく、この場合、具体的な公益や個人の利益を比較衡量したり、憲法31条の適正手続、13条の幸福追求権その他の憲法上の人権条項はいうまでもなく、日本が批准した国際人権条約との抵触のおそれがないかについても検討する必要がある。憲法98条2項は、「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」と国際協調主義を定めていることも当然に考慮される。

(3) 入管法上の「公正な管理」

一方、憲法の理念を具体化する法律の1つとしての入管法はその1条において、「出入国の公正な管理」を目的とかかげ、「出入国管理に関する規定は、外国人の人権保障に関する国際基準に合致するものでなければならず、外国人の出入国に関する処分は、公平かつ適正に行われなければならない」¹⁹との実務家の解説もある。1981年の難民条約の批准に伴い²⁰、出入国管理法に代えて、現行の「出入国管理及び難民認定法」が制定され、いわば人権に関する国際条約に応じて、難民の居住権を保障する法律の側面をももつようになったといえよう。

外国人の居住権といってもその内容はさまざまであり、居住権の内容のここでの重要な側面について、以下に整理しておこう。先ほどみた「在留し続

19 坂中英徳・斎藤俊男『出入国管理及び難民認定法逐条解説』(日本加除出版, 1984) 19頁。

20 難民条約26条は「居住地を選択する権利」を定めている。

ける権利」という内容は、裏を返せば「恣意的に退去強制されない権利」を意味する。まずもって、自由権である居住の自由の核心は、国により居住が妨害されそうになった場合に妨害排除を請求する権利であろう。第1に、国民にあっても、違法建築物の除去、収用など、さまざまな法律によって、居住の自由を制約されることがあり、「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」として、その制約が諸般の事情を考慮して合理的なものであるかどうかの審査を裁判所を通じて要求することができる。また、国民の場合、国外に退去強制（すなわち追放）されること自体が恣意的であり、合理性をもたないことは今日の民主主義国家では確立されたルールといえよう²¹。そしてごく限られた例外を除き、それに近い権利を条約上の政治難民²²、無国籍者、(特別)永住者も、原則的には享受している点にも着目する必要があるだろう。

居住権のありようは、オール・オア・ナッシングの関係ではなく、段階的であり、更新を必要とする在留期間に定めのある場合の居住権の側面も憲法上の権利として考えられてよい。通説にあってもこの点、「正規の手続きで入国を許可された者は、その在留資格をみだりに奪われないことを保障されていると解されるので、その限度での在留権なるものは、認められると言ってよい。このことはいわゆる定住外国人については、一段と強い程度で妥当しよう」ともいう²³。したがって第2に、正規滞在者のもつ「恣意的に在留資格を奪われない権利」も居住権の内容と考えることができる余地もある。永住者はこの点において安定した居住権を有し、他の正規滞在者はそれよりも弱い程度でこうした居住権の中身を保障されていると解することができる。別の言い方をすれば、「在留期間更新と入国とは同次元の問題ではなく、入国の許可についての法務大臣の裁量権の幅と、いったん入国を許可した者について引き続き在留を認めるかどうかの決定についての裁量権の幅とは異なる

21 日本国憲法の草案段階で、「日本国民を日本の領土から追放することはできない」という規定が削除されたことは、国民の追放を容認するものではないであろう。参照、高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程II』（有斐閣、1972）166頁。

22 参照、難民条約31条、32条、33条。

23 芦部、前掲書、139頁。

る」。したがって、「正当な理由のない更新不許可処分に対しては裁判による救済」が問題となりうる。マククリーン事件についても、「政治的活動を理由とする著しく不合理な差別的取扱いをしたことにならないのかどうか等、疑問が残る」との指摘もある²⁴。この場面でも、「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」として居住の自由を位置付けることもできよう。

さらに、最も居住権の弱い非正規滞在者にも、退去強制令書発布処分取消訴訟を裁判所に提訴する権利などは認められていることもつけ加えておきたい。そこで第3の側面として、正規滞在者にかぎらず、非正規滞在者にあっても、「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」は、憲法上および入管法上保障されているのではないだろうか。憲法22条が「何人も」、「居住」の自由をもつと定め、入管法1条が「すべての人の出入国の公正な管理」を目的と定めていることのここでの重要な意味は、不公正ないしは恣意的に退去強制されない権利を、正規滞在者、非正規滞在者において保障することにある。もちろん、不公正であるかどうかの判断は、正規滞在者、非正規滞在者の間で異なるだけでなく、個々人の事情により異なる総合的な判断が必要なことはいうまでもない。合理性を欠く意味で恣意的と判断される退去強制が、不公正な出入国管理を意味することに着目すべきであろう。

また、入管法50条が定める在留特別許可制度も、公正な管理に資する目的のための制度の1つである。入管法上「不法な」滞在をしている者の資格を正規化するこの制度は、法治国家における入管法そのものが予定するものであることはもちろん、その運用が「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」としての居住の自由の実質的な中身を充填する機能をもっているともいえる。

用語を整理するならば、「居住の自由」とは「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」である。そこから導かれる居住権の態様は、各人さまざまであり、永住権その他の類別が可能であろう。なお、付言しておくならば、日本国憲法が亡命権ないし庇護請求権を定めているかについては、消極説が支配的とされている²⁵。この点、「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」が憲

24 初宿，前掲書，150頁。

25 参照，小林武「亡命者・政治難民の保護」憲法判例百選Ⅰ（有斐閣，1984）17頁。

法22条の「居住の自由」において日本の領土内にある「何人」にも保障されると考える立憲性質説の場合には、亡命者ないし庇護希望者が日本での庇護を請求する権利の中心的な根拠規定は、この「居住の自由」に求めることも可能であるように思われる²⁶。

(4) 国際法上の居住の自由

そもそも、第2次世界大戦後は、人権が一国の国内問題であるだけでなく、諸国が守るべき国際的な人権基準が設定され、国際的な人権保障の取り組みがなされている。「国際人権法」という言葉が、今日では使われるようになり、こうした国際的な人権保障の制度や手続をめぐる国際法と国内法の法体系を指すとされる²⁷。国際人権基準の設定は、世界人権宣言(1949年)にはじまり、その内容の条約化として、1996年の国際人権規約社会権規約、同自由権規約、1965年の人種差別撤廃条約、1979年の女性差別撤廃条約、1989年の子どもの権利条約など23の人権条約が国連の活動によって成立した。

そこで、憲法の伝統理論も、人権条約の影響を受けることになる。これまで、入国の自由、社会権、参政権は、外国人には保障されない御3家と考えられ、入国の自由のコロラリーとして、居住の自由まで保障されないかのように理解されてきた感が強い。しかし、国際人権規約社会権規約と難民条約の批准後、難民と永住者等の社会権は、国民と平等になる。そして、庇護希望者は当初、不法入国者であったとしても、難民として認定されれば居住の自由と職業選択の自由が国民に近い形で保障されていく。出入国に関する国家の裁量権は絶対的なものではなく、二国間または地域的な条約による例外が多いばかりか、国際人権法もまた、手続的な制約を課してきている²⁸。

一方、そうは言っても、国際人権規約自由権規約の12条は、「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(freedom to choose his residence)についての権利を有する」

26 参照、近藤敦「外国人と人権① [尹秀吉事件]」杉原泰雄・野中俊彦編『新判例マニユアル 憲法I』(三省堂, 2000予定)。

27 山崎公士「国際人権法とはなにか」法学セミナー530号(1999)28頁。

とある。合法的な滞在者にのみ居住の自由（ないしは住居選択の自由）を保障しているにすぎない。また、国際人権規約委員会が採択した一般的意見15の5号では「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 (the right of aliens to enter or reside) を認めていない」という²⁹。他方、1990年の移住労働者とその家族に関する条約は、正規滞在者にかぎらず、非正規滞在者にも各種の人権を保障している。同69条は退去強制だけでなく、正規化をも奨励しているとも解されるものの、異論もあり、正規化の要請を定めるまでには至っていない³⁰。すなわち、「一 締約国は、その領域内に非適法状態にある移住労働者及びその家族構成員がいる場合、かかる状態が持続しないことを確保するため、適切な措置をとる。二 関係締約国が、適用される国内法及び二国間又は多国間の協定に従い、前項の者の状態を適法化する可能性の検討に際しては、入国の状況、雇用地国における在留期間及びその他の関連事項、特に家族の状況に関して、適切な考慮が払われなければならない」³¹。もちろん、日本の批准していないこの条約上の義務は日本政府にはないことはいうまでもない。しかし、日本国憲法の定める「居住の自由」と入管法の定める「公正な管理」の内容として、在留特別許可に関する類似

28 Linda S. Bosniak, 'Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants Under the International Migrant Workers Convention' *International Migration* vol. 31 (1993), p. 743. 以下, Bosniak (1993) と省略する。国際人権規約 B 規約13条によれば、「合法的に子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。国の安全のためのやむを得ない理由がある場合を除くほか、当該外国人は、自己の追放に反対する理由を提示すること及び権限のある機関又はその機関が特に指名する者によって自己の事案が審査されることが認められるものとし、このためにその機関又はその者に対する代理人の出頭が認められる」。また、難民条約33条は、いわゆるノン・ルーフルマンの原則を定めている。すなわち、「締約国は、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」。

29 参照, <http://www.nichibenren.or.jp/hrsympo/ebody/gcb.htm#anchor1178953>.

30 Bosniak (1993), p. 762.

31 金東勲編『国連・移住労働者権利条約と日本』（解放出版社, 1992）

の適切な考慮が払われ、不公正な退去強制は回避されるべき義務があると解することができる。

(5) 国際人権法上の正規化

日本の批准した人権条約においても、非正規滞在者の正規化を導きうる手がかりはある。たとえば、自由権規約（B規約）の23条1項では、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する」と定められている（この点、ヨーロッパでは、ヨーロッパ人権条約8条1項の「家族生活」が尊重される権利の問題として扱われることが多い）1999年11月12日の東京地裁判決では、日本人の配偶者である非正規滞在者に対する在留特別許可の不許可処分について、「婚姻意思ないし婚姻関係の実体についての評価が明白に合理性を欠き」、「条理及びB規約23条の趣旨に照らして好ましくない」、「社会通念に照らし著しく妥当性を欠く」法務大臣の「裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した違法がある」として、取り消している³²。

また、自由権規約17条1項は「何人も、その私生活、家族、住居、若しく

32 参照、在特不許可処分取消訴訟東京地裁判決（1999.11.12）

http://member.nifty.ne.jp/JIRO_S/doc/Doc991112.html.

ユパル対英国事件：インド人であるユパル夫婦は、短期滞在目的で1974年に英国に入学したが、その後不法残留し、1975年、1977年に2子をもうけた。その子らは、連合王国及び植民地市民の地位を取得している。その後、ユパル夫婦が定住許可申請のために、英国当局に出頭したところ、1977年12月、英国政府により退去強制の決定がなされた。それに対し、ユパル夫婦、その子ども、両親より、退去強制の取消しを求める申立てがヨーロッパ人権委員会になされ、同委員会は、かかる申立人夫婦、両親、子の3家族のレベルにかかわることに注目して、1979年5月、その申立てを許容する旨の決定を行った。

ペレハップ事件：オランダ在住のモロッコ人男性ペレハップは、オランダ人女性との婚姻後2年たらずで離婚したが、その直後に長女レベッカが誕生し、ペレハップが在留許可の更新を求めた。更新は認められず、ペレハップは退去強制となったが、ヨーロッパ人権委員会は、ペレハップとレベッカの家族生活が侵害されたとして、オランダの処分をヨーロッパ人権条約8条違反とした。

は通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉されまたは名誉及び信用を不法に攻撃されない」と定めている。ここにいう「恣意的な干渉」を受けないとは、規約人権委員会の一般的意見16の4号によれば、「法によって規定された干渉」の場合もまた、それが「合理的な干渉」であることを必要とする³³。したがって、家族を離れ離れにする退去強制は、原則として認められない。国民の家族が非正規滞在者の場合、さらには正規滞在者の家族が非正規滞在者の場合には、国際人権法上、退去強制には制約があると考えることができよう。このことは多くの先例が認めるところとなり、たとえば1996年7月30日の法務省入国管理局長通達においても、未婚かつ未青年の日本人の実子を養育している親権者である親に「定住者」の在留資格を認める旨が示されている³⁴。

また、子どもの権利条約3条では、「児童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、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定されている³⁵。そこで、長期に滞在する国で養育され

33 <http://www.nichibenren.or.jp/hrsympo/hrbody/gcb.htm>; 竹岡八重子「外国人の子どもの在留の保護」自由人権協会編『日本で暮らす外国人の子どもたち』（明石書店、1997）177—178頁。

34 坂中ほか、前掲書、70、71頁。

35 実務家を対象とした出入国管理法令研究会編『注解判例・出入国管理外国人登録・実務六法』（日本加除出版、1999）871頁が子どもの権利条約3条を割愛しているのは、この点問題である。

36 トレス夫妻事件：1995年9月4日に、トレス夫妻はパリ市警察から国外退去強制を命じられたので、その処分の取消をパリ行政裁判所に申立てた。同裁判所が同月7日に原告敗訴の判決を下したのに対し、コンセイユ・デタは、この判決を1997年1月29日の判決で無効とした。まず、トレス夫妻は1986年にフランスに入国し、以来非正規に滞在しており、2人の子供は、それぞれ1989年と1991年にフランスで生まれている。そこで、両親の退去強制が「家族的つながりを侵害するものである」こと、「トレス夫妻が1986年以来就労し、子どもがフランスで教育を受け、家族が完全にフランスに統合していることを証明している」ことなどをあげて、退去強制命令が、1990年1月26日にフランスが批准した「子どもの権利条約」の3条1項に違反しているとコンセイユ・デタは判断した。参照、CE4SS173470C, TORRES（判例集未登載）。なお、稲葉奈々子氏より資料と助言を提供していただいた。

た子どもが親とともに正規化を望む場合、在留特別許可が「児童の最善の利益」に合致すると考えることもできる。フランスのコンセイユ・デタは、子どもの権利条約3条違反にあたるとして、退去強制を無効とした判例がある³⁶。この例からもわかるように、同3条は、自動執行力をもっていると考えられる。この3条については、日本が同条約の批准に際して9条および10条に関する解釈宣言をしていることとは別問題である³⁷。したがって、日本の行政機関も、児童の最善の利益を考慮することが在留特別許可に関する重要な判断基準となる。

2 正規化の国際比較

(1) 非正規滞在者

国際的な人権の水準は、各種の人権条約に規律されているものがすべてではない。少なくとも、日本の出入国管理に関する憲法政策上の妥当性は、類似する各国の法規と運用を比べ、各国固有の特殊性を捨象し、一般性を抽出したものの中に、日本の事情を考慮した在留特別許可の運用の指針を求めることが得策と思われる。そこで、いわゆる欧米先進諸国の正規化に関する取り組みについて概観することにする。

そもそも、非正規滞在者 (irregular residents) とは、証明書をもたない人 (undocumented persons)、または隠れた移民 (clandestine migration) と表記されることもあるが、国連では規範的意味合いを一般化することへの批判から、不法滞在者 (illegal residents) とか、不法移民 (illegal migration) という言葉を使わず、非正規移民 (irregular migration) ないし証明書をもたない移民 (undocumented migration) という用語を用いている。1994年の人口と発展に関する国際会議では、「証明書をもたない移民、または非正規の

37 この点、ドイツが子どもの権利条約の全体について、「不法滞在が許容されると解される余地はない」とか、「外国人の入国および滞在の条件に関する法律および命令を公布し、内国人と外国人を区別するドイツ連邦共和国の権利を制限する規定は存在しない」と解釈宣言しているのとは、日本の解釈宣言は異なる。

移民は、入国、滞在または経済活動の行使について、到着国で定められた要件を満たさない人」と定義されている³⁸。非正規滞在者は、不法入国と呼ばれることの多い非正規入国 (irregular entry)、すなわち密入国または正規の旅券証明書をもたない入国の場合と、正規の滞在許可の期間を超過した超過滞在 (overstaying) の場合をともに含む。さらに、難民申請をしている庇護希望者 (asylum seekers) が難民認定を拒否されたのちも、本国に帰らない場合も非正規滞行者となる³⁹。

少し古い情報であるが、ILO による1991年のヨーロッパにおける非正規滞行者の推定人数は、表1のように整理されている⁴⁰。1996年10月には、アメリカではおよそ500万人の非正規滞行者がおり、毎年、27万5000人が増えているといわれる⁴¹。人の移動の複雑な性質と非正規滞行者に関する統一的な定義を欠いているため、正確なデータはどこにも存在しないものの、近年、国際移住機関 (IOM) は、自国以外で非正規状態で経済活動をしている人、密入国した人、不法就労している人は、1500万人から3000万人ぐらいであろうと推定している⁴²。表2では、IOMの研究とOECD加盟国の移住に関する逐次報告機構 (SOPEMI) の研究が把握している比較的最近の推定人数をかかげる。これらの数字から、非正規滞行者の多い国のおおよその目安がわかるであろう。

38 United Nations, *International Migration Policies* (New York: United Nations, 1998), p. 207.

39 一方、不法就労と日本で呼ばれる非正規活動ないし雇用 (irregular activity or employment) は、非正規滞行者の就労の場合と正規滞行者の許可された以外の活動の場合とがあり、必ずしも、外国人の場合に限らず、国民が就労している場合も含む。参照、Ghosh, *op. cit.*, pp. 1-4.

40 W.R. Böhring, 'Integration and immigration pressures in Western Europe' *International Labour Review*, vol. 130 (1991), p. 450.

41 参照, <http://www.ins.usdoj.gov/graphics/aboutins/statistics/illegalalien/index.htm>.

42 Bimal Ghosh, *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration* (IOM and Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 18.

表1 ILOによる1991年のヨーロッパにおける非正規滞在者の推定人数

	フランス	ドイツ	イタリア	スペイン	スイス	その他	合計
庇護希望者としての入国者を含まない人数	20万	35万	60万	30万	10万	40万	195万
庇護希望者としての入国者の人数	—	30万	—	—	—	35万	65万

表2 IOMおよびSOPEMIによる比較的最近の非正規滞在者の推定人数

国	推定人数	時期
アメリカ	500万	1996年
ポルトガル	20万	1992年
イタリア	24万	1998年
フランス	20—35万	1996年
イギリス	25万	1993年
スイス	10—20万	1995年
ベルギー	4—8万	1993年
オランダ	5—10万	1993年
ドイツ	50万	1991年 ⁴³
日本	30万	1994年
オーストラリア	5万	1997年
ニュージーランド	2万	1991年

出典：Bimal Ghosh, *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration* (IOM and Mrtinus Nijhoff Publishers, 1998), pp. 9-18; SOPEMI, *Trends in International Migration* (OECD, 1999), pp. 96, 162.

(2) 正規化の種類

非正規滞在者（超過滞在者および非正規入国者）に対して、在留許可証を認める方法は、大きく分けて「一般アムネスティ」と「在留特別許可」の2通りのものに整理するのが日本との比較の上で適当と思われる。しかし、欧米の文献では、しばしば両者は、アムネスティ (amnesty)、正規化

43 参照, Harald W. Lederer, 'Typologie und Statistik illegaler Zuwanderung nach Deutschland' in Eberhard Eichenhofer (ed.), *Migration und Illegalität* (Bramsche: Rasch, 1999), pp. 62-63. 15万人から100万人と推定人数はさまざまになされている。

(regularization), または適法化(legalization)という名称のもと、一緒に論じられている。

第1に、議会の法律・内閣の政令などにより、一定の期間内に申請し、一定の要件(短期の滞在期間など)を満たす大量の非正規滞在者を正規化し、在留資格を認める「一般アムネスティ」がある。

第2に、法務大臣などの所轄行政庁が、個別の事例に応じて裁量により、強制退去をせず、在留資格を認める「在留特別許可」がある。

(3) 一般アムネスティ

一般アムネスティは、さまざまな動機からなされる。一定の滞在期間を要件とするタイプは、人道的理由、非正規滞在者の状況への同情が第1の理由であろう。たとえば、「多くの人を不法なステイタスのままでいさせることは、さまざまな原因から搾取され、恒常的な下層階級を永続させるからである。また、長くその国に住んでおり、人間関係のネットワークをつくってきた人々を強制退去することは、人道に反するからである」と国連の文書では説明されている⁴⁴。ただし、その後の取締り強化のための法制化とセットになることも多い。特定の職業にかぎり認めるタイプは、その特定の職業の労働力不足の解消を求める雇用者側のニーズが理由であろう。申請にお金を必要とするタイプは、政府の財政確保も1つの理由となっていると思われる。中には特定の国との間だけで認めるタイプもある。

まず、諸外国における主なアムネスティの実施状況を表3にかかげ、時期、およその人数(正規化許可者数または申請者数)、実施条件の概略を整理しておこう。

以下に各国の事例を検討しておこう。

アメリカ

1986年の移民改革規制法(IRCA)により、大規模なアムネスティが行われた。これには3つの内容があった。1) 一般的なアムネスティは、1982年1

44 United Nations, *op. cit.*, p. 225.

表3 諸外国のアムネスティの実施状況

国または地域	実施年	許可者数 (申請者数)	主な実施条件 (空欄は未確認)
アメリカ	1987-88	300万	82年1月1日以後継続居住者/前年90日以上農業従事者
フランス	1981-82	12万(15万)	81年の1月1日以前に入国, 安定雇用(不要な場合あり)
フランス	1997-98	(15万)	長期在留家族など多くのカテゴリー
イタリア	1987-88	11万(12万)	87年1月27日以前に入国
イタリア	1990	21-24万	89年12月31日以前に入国した労働者とその扶養者
イタリア	1995-97	23-26万	過去12カ月間の4カ月就労/ 2年以上居住, 十分な生計能力と家のある親戚
イタリア	1998-99		98年3月27日以前に入国, 雇用
スペイン	1985-86	4万(4万)	85年7月24日以前に入国
スペイン	1991	11万(13万)	85年7月24日以前入国の自営業者/91年5月17日以前入国の継続居住者・勤労者・自営業計画者(のちに家族も)
スペイン	1996	2万	96年1月1日以前に入国
スペイン	2000		99年6月1日以前に入国, 過去3年間に滞在許可または労働許可を取得または申請した者
ポルトガル	1992-93	4万	
ポルトガル	1996	2万	95年12月31日以前入国のポルトガル語会話国の国民/95年3月25日以前入国の他のEU以外の国の国民
ギリシア	1997-98	(38万)	非専門職労働者の40労働日分相当の所得
ベルギー	2000		庇護申請後4年(学齢期の子どもがいれば3年)の決定 放置/送還困難/重病/6年(学齢期の子どもがいれば5年)の居住
オランダ	1975	1万	74年11月1日以前の入国後継続雇用
カナダ	1973	(5万)	72年11月以前に入国, 安定雇用と家族のつながり
オーストラリア	1980	1万	80年1月1日以前に入国して同年6月19日に滞在する者
マレーシア	1992	(44万)	不法就労者の登録義務
マレーシア	1996-97	(42万)	不法就労者の登録義務
タイ	1996	37万	不法就労者の登録義務による2年間の労働許可
台湾	1991-92	2万	
韓国	1992	6万	工場労働者の短期滞在許可とその更新
アルゼンチン	1974	15万(18万)	74年1月1日以前に入国
アルゼンチン	1984	14万	
ベネズエラ	1980-81	(35万)	78年1月1日以前/正規化プログラムの約2年前に入国

月1日以来, 継続して非正規に滞在していることが要件であり, 1987年5月5日から1988年5月4日の間が申請期限とされた。まず, 短期滞在資格を与えられ, 2年間の間に永住資格を申請する2段階方式である(永住資格の取得には, 短期滞在許可後の継続居住, 英語能力, アメリカの政治と歴史の知識が必要である)。約180万人がアムネスティにより正規化された。このときのアムネスティの理由は, 第1に, 同情であり, 第2に, 正規化した方が生産的だとの判断により, 第3に, 新たに雇用者に不法就労助長罪を創設する

こととの兼ね合いでいわば飴と鞭の関係においてなされたといえよう。

なお、厳密にいうと、特別農業労働者プロジェクトは、一般アムネスティとは異なる。しかし、短期間の滞在・労働を要件として大量に正規化する点は一般アムネスティと共通の性質をもっている。特別農業労働者プロジェクトは、1986年5月1日以前の12ヶ月間で90日以上働いていた農業労働者を対象としており、申請期限は1987年6月1日から1988年12月1日である。こちらでも短期滞在資格から永住資格への2段階方式であった。3) 少数ながら、3万8000人のハイチとキューバからのボートピープルにもアムネスティが認められた。こちらはただちに永住資格が認められた⁴⁵。

1992年2月段階で、一般的なアムネスティが175万9705人、特別農業労働者プログラムが127万2143人、合計300万人以上が合法的な移民のステイタスを得ている。

フランス

ヨーロッパ諸国では、1970年代前半の第1次オイルショック以後、移民労働者の受け入れを停止した関係で、その後、非正規滞在者の問題がクローズアップされてくる。フランスが移民労働者の受け入れを停止したのは、1974年の7月である。1945年以来、人口政策および労働市場政策上、移民を奨励してきたフランスでは、多くの移民は労働許可なしに入国していたので、それまで「合法」移民と「非合法」移民の区別は重要ではなかったが、1974年以後は、重要となった。1981年には、30万人の非合法移民が推定されている⁴⁶。

1981年—1982年の大規模な正規化の目的は、第1に、法的保障を与えることで不安定かつ最底辺にある状況を終わらせ、不法就労および不法な労働斡旋と戦うためである。第2に、とりわけ好意的に協力する関係諸国とともに、この施策の実施状況を検討しながら、新たな入国制限を目的とする。別の論

45 Stephen H. Legomsky, *Immigration and Refugee law and Policy* (Westbury: The Foundation Press, 1997), pp. 498-502.

46 Doris Meissner et al., 'Legalization of Undocumented Aliens: Lessons from Other Countries' *International Migration Review* vol. 21 (1987), p. 424.

者の説明では、道徳上およびプラグマティックな理由による。すなわち、非正規滞在者はフランス経済のニーズに対応し、すでにフランス経済に貢献しているため、彼らを迎え入れ、統合を手伝うのは「正しいこと」であるとする道徳上の理由による。また、正規化は不法性を取り除き、大半の非正規滞在者が雇用されていると考えられる地下経済を規律し、すでにフランスにいる外国人の家族の社会経済的統合を容易にするというプラグマティックな理由に基づく⁴⁷。

1981年の1月1日以前に入国し、安定雇用を証明できることが要件とされた。実際には、複数の雇用主をもつ賃金労働者、短期就労資格者、報酬を得る研修生、年季契約の労働者、正規化を求めたために解雇された労働者、妊娠している女性、病人、職業活動を伴わない短期滞在資格者、庇護希望者、学生であると主張する者、本国に帰るための援助を受け取った者、数年間恒久的な仕事に準ずる形で季節労働に従事していた者にも、対象が広げられた。1978年1月1日から1982年1月1日までの正式な書類のない小売商も、正規化された。なお、アルジェリア人の場合は、二国間協定により別枠で扱われた。申請の期限は、当初、1981年12月31日であったが、1982年1月15日（季節労働者の場合は同29日）まで延長された⁴⁸。

1983年8月1日段階では、14万9226人が申請して、13万1360人が正規化された。カテゴリー別にみた申請者（および許可者）の内訳は、アルジェリア人1万7381人（1万4567人）、他の国籍者12万2529人（10万9012人）、季節労働者6858人（6581人）、小売商2458人（推定1200人）であった⁴⁹。国籍別の内訳の比率は、チュニジア17.3%、モロッコ16.7%、サハラの前フランス国籍のアフリカ14.9%、ポルトガル12.7%、アルジェリア11.8%、トルコ8.7%、モーリシャス2.3%、ユーゴスラビア2.2%、パキスタン2.1%、スペイン1.0

47 Meissner et al., *op. cit.*, pp. 424-425.

48 French Ministry of Social Affairs and National Solidarity, 'The Employment Market and Immigrants in an Irregular Situation: Lessons from the Recent Legalization Exercise in France' *International Migration Review* vol. 18 (1984), pp. 560-561.

49 *Ibid.*, p. 561..

%, その他10.3%である⁵⁰。

正規化された8938人に対するアンケート調査の結果、82.5%が男であり、17.5%が女であった。その人口構成は、80%が32歳以下であり、17%が22歳以下と若かった。独身者は59.9%である。女性の独身者は66.8%であり、その多くは未亡人であり、離婚者は8.5%であった。婚姻している者のうち、3分の2以上は配偶者が国外に生活していた（ただし、男の場合76.2%、女の場合20%以下が国外に配偶者をもつといった大きな違いがあった）。正規化された者のうち、36%が1人の子どもをもち、15%が2人以上の子どもをもつにすぎなかった⁵¹。非正規状態にあった理由は表4の通りである。また、フランスでの滞在期間は、調査対象者の40%がせいぜい1年、70%が2、3年、90%が1947年7月の移民労働者の受け入れ停止後にはじめて入国している⁵²。

調査対象者のうち、勤労者は95.3%の8517人であった。経済部門、職場の規模、および職種の内訳は、それぞれ表5に示す通りである。

表4 非正規状態の理由

非正規状態の理由	%	調査人数
旅行者の超過滞在	68.4	6119
(元) 学生	6.2	558
元季節労働者	5.7	502
偽造証明書	5.6	502
在留または労働の不許可	4.9	441
不法入国	4.9	434
在留または労働の非更新	2.8	253
フランスで16歳以上になった若者	0.7	60
政治難民の不認定	0.6	56
退去強制後の不法入国	0.2	13
合計	100	8938

出典：French Ministry of Social Affairs and National Solidarity, 'The Employment market and Immigrants in an Irregular Situation: lessons from the Recent Legalization exercise in France' *International Migration Review* (1984), p. 565.

50 *Ibid.*, p. 562.

51 *Ibid.*, p. 565.

52 *Ibid.*, p. 566.

表5 経済部門、職場の規模、および職種の内訳

雇用部門	%	雇用者数	%	職 種	%
建設・土木	30.0	1人以上4人以下	41.8	肉体労働	70.4
ホテル・配膳	11.8	5人以上9人以下	24.5	(非熟練労働)	(14.2)
農林業	10.7	10人以上19人以下	12.4	(熟練労働)	(43.5)
家事手伝い	10.3	20人以上29人以下	7.9	(農業等)	(9.8)
小売・卸売り	9.5	50人以上	10.6	非肉体労働	7.9
繊維・皮革	7.8	不明	2.6	(店の補助者)	(5.4)
輸送その他の 産業	7.2	無回答	0.2	直接個人に雇われ たサービス業	17.3
職場清掃	4.6			その他の職業	4.3
その他の活動	8.1				
合計(8517人)	100		100		100

出典：Ibid., pp. 567-169.

1997年から1998年の大規模な正規化プログラムでは、およそ14万4000人の申請があり、約7万7000が正規化された⁵³。その後も6万人の正規化が問題となっている。1997年の内務大臣の通達に基づいて知事によって行われる期間を限った大規模な一般アムネ스티の対象者は、1) フランス人の配偶者、2) 正規滞在外国人の配偶者、3) 難民資格をもつ者の配偶者、4) フランスで長く生活する外国人家族(3年以上滞在する外国人家族、フランスで生まれた16歳未満の子どもの親)、5) 正規滞在外国人の子で、家族呼び寄せの手続きによらずに入国した者、6) 正規化されうる家族をもたない外国人で7年以上居住している者、7) 重大な病気による退去強制の不適用にあてはまる外国人、8) 高等教育を受けている学生、9) 難民資格はないが、本国への帰国が生命の危険を伴う者である⁵⁴。

53 Migration News, Vol. 5, No. 11.

54 Journal officiel de la republique francaise (26. 6. 1997), pp. 9819-9821. なお、馬場里美氏より、資料と助言を提供していただいた。さらに参照、Maiténa Polemans and Sophie de Sèze, 'Raport France' in Joanna Apap and Catherine Schmitter (eds.), *The Regularisation of Clandestine Immigrants in the European Union* (forthcoming).

イタリア

イタリアはアムネスティを4回行っている。まず、60万人から120万人の非正規滞在者が推定されていた1986年12月30日に、イタリアでは包括的な移民法がはじめて制定され、1987年1月27日に施行された。この法律は大きく3つの要素からなり、1) イタリア人労働者と外国人労働者の同権、2) 搾取目的で非正規滞在者を雇用した経営者の処罰、3) アムネスティについて規定していた。当初、同法施行から3カ月が期限であったが、その後、1989年まで4度、期限が延長された⁵⁵。同法施行以前から滞在しており、1988年9月までに警察に申告して居住許可を取得し、地方労働事務所に届け出れば労働許可を取得するものである⁵⁶。このアムネスティには11万8300人が申請し⁵⁷、10万5813人が正規化された。その内訳は、アフリカ52.2% (うちマグレブが63.5%)、アジア30.7% (うち中東が81.9%)、EC以外のヨーロッパ7.8%、中南米5.7%、EC2.2%、北米1.2%、オセアニア0.2%である⁵⁸。

ついで、1990年2月28日に制定され、起草者である副首相の名前がつけられている通称マルテリ法により、1989年12月31日以前に入国した者は、6カ月以内に正規化される旨が定められている。申請者は警察に有効なパスポートと身元を証明する2人の証人を示す必要がある。1986年の移民法との違いは、雇用主の反対をやわらげるため、不法就労者の雇用主をさかのぼって処罰することをなくし、税金や社会保険料の支払いを免除した点にある。正規化により、2年の居住資格が与えられ、その後4年ごとの更新が認められるためには、老齢年金相当額の月給を地下経済以外で稼いでいることが要件とされる⁵⁹。23万8800人が申請し⁶⁰、23万5000人が正規化された⁶¹。内訳は前回

55 Kitty Calavita, 'Italy and the New Immigration' in Wayne A. Cornelius et al (eds.), *Controlling Immigration* (Stanford: Stanford University Press, 1994), pp. 314-317.

56 岡部一明『多民族社会の到来』(お茶の水書房, 1991) 177頁。

57 SOPEMI (1998), p. 127.

58 Daniel Kubat, *The Politics of Migration Politics* (New York, Center for Migration Studies), p. 291.

59 Calavita, *op. cit.*, pp. 317-318.

60 SOPEMI (1998), p. 127.

よりもアフリカ出身者が増えた (60.3%)⁶²。

1995年の年末に政府は3度目のアムネスティの政令を発した。1995年11月から1997年1月15日までに、約26万人の申請者があり⁶³、およそ25万9000人が正規化された⁶⁴。申請者は、過去12カ月間に4カ月働いていたか、または2年以上住んでおり十分な生計能力と住宅を有する親戚がいることを証明する必要がある。自営業者はこのプログラムからは除かれた。ほとんどすべてが就労に関する申請者であり、モロッコ人、アルバニア人、フィリピン人、中国人が多かった。多くは過去に居住または労働許可を得ており、更新されなかった者である⁶⁵。

4度目の1998年のアムネスティは、1998年3月27日以前に入国し、雇用されていた者を対象とする。この要件を満たす者が非常に多いため、1999年4月13日に枠を30万人に拡大した。1999年5月13日の通達で正規化手続きがさらに緩和され、書類の提出期限は1999年10月20日に延長され、年収や滞在証明を簡略化した。1998年のアムネスティは同年4月15日の時点で、23万5600人である⁶⁶。1999年2月段階で、申請者が約30万人、許可者が約15万人といわれる⁶⁷。

スペイン

スペインは3回アムネスティを行った。1980年代半ばには、非正規滞在者の数は、研究者により、36万6500人と推定されており、1991年には13万1500

61 Alessia di Pascale, 'Reseau Odysseus—Raport Italien' in Apap and Schmitter (eds.), *op. cit.*, (forthcoming).

62 Kubat, *op. cit.*, p. 291. なお、21万4209人が正規化されたとの数字もある。

63 SOPEMI (1999), p. 163.

64 Pascale, *op. cit.*, (forthcoming).

65 SOPEMI (1998), p. 127. なお、1996年の正規化プログラムでは、非正規滞在者とその雇用主（イタリア人でなければならない）は、常勤の職にあり、6カ月以上社会保険料を当該地域で払っていることを証明しなければならないとの指摘もある。Ghosh, *op. cit.*, p. 118.

66 SOPEMI (1999), p. 163.

67 Migration News, Vol. 6, No. 11.

人と推定されている⁶⁸。1990年の政府報告によると、約30万人の非正規滞在者が推定されていた。

まず、1985年8月1日から1986年3月31日にかけてのアムネスティは、きちっと計画され、宣伝されることがなかったため、およそ4万5000人の申請が許可された⁶⁹。これは1985年の外国人法による3カ月の時限立法が、のちに少し延長されたことによる。正規化の対象は、外国人法が施行された1985年7月24日に不法に就労または居住している者である。このとき、4万3815人が申請し、3万8181人が正規化された。申請者の内訳は、多い順に、モロッコ人(18.1%)、ポルトガル人(8.8%)、セネガル人(8.2%)、アルゼンチン(6.6%)、イギリス人(5.7%)、フィリピン人(4%)などであった⁷⁰。

ついで、1991年6月10日から同年12月10日にかけて2度目のアムネスティが実施された。正規化の対象は、1985年7月24日以前に入国して働いている労働者と自営業者、1991年5月17日以前に入国して、1)以前に居住または労働許可を有していた者、2)過去2年間に9カ月以上働き、現在もスペインに住んでいる者、3)仕事を提供しているか、事業を計画している者である⁷¹。1991年以前から継続して住んでいる申請者は、雇用主からの労働契約があるか、子どもが学校に通っていたり、長期の家の賃貸契約があったり、任意団体のメンバーであるなどの手段により地域に定着していることを示す必要がある⁷²。正規化の許可、不許可、申請者の国籍別の内訳は表6の通りである。なお、1991年には、13万5393人が申請し10万9135人の正規化が認められ、正規化された労働者の家族が1991年6月10日から1992年3月10日まで特別に正規化されたとも指摘されている⁷³。合計すると14万2170人が申請して、11万

68 Laura Huntoon, 'Immigration to Spain: Implication for a Unified European Union Immigration Policy,' *International Migration Review*, vol. 32 (1998), p. 433.

69 SOPEMI (1992), p. 76.

70 Cristina J. Gortázar, 'The Regularisation of Clandestine Immigrants in Spain' in Apap and Schmitter (eds.), *op. cit.* (forthcoming).

71 *Ibid.*

72 Wayne A Cornelius, 'Spain: The Uneasy Transition' in Cornelius et al, *op. cit.*, pp. 353-355;

73 Gortázar, *op. cit.*, (forthcoming).

表6 1991年のスペインにおけるアムネスティの国籍別内訳

国	許可人数	%	不許可人数	%	申請者人数	%
モロッコ	4万8284	4.6	7992	41.1	5万6276	44
アルゼンチン	7415	6.8	314	1.6	7729	6
ペルー	5677	5.2	231	1.2	5908	4.6
ドミニカ共和国	5547	5.1	233	1.2	5780	4.5
中国	4061	3.7	2865	14.7	6926	5.4
ポーランド	3312	3.1	142	0.7	3454	2.7
アルジェリア	3043	2.8	28	0.1	1212	0.9
フィリピン	2612	2.4	81	0.4	2693	2.1
チリ	2331	2.2	116	0.6	2447	1.9
コロンビア	2135	2.0	188	1.0	2323	1.8
セネガル	2080	1.9	2567	13.2	4647	3.6
ガンビア	2039	1.9	518	2.7	2557	2.0
ブラジル	1503	1.4	142	0.7	1645	1.3
ウルグアイ	1492	1.4	84	0.4	1576	1.2
ポルトガル	1184	1.1	128	0.1	1212	0.9
アメリカ	1031	1.0	45	0.2	1076	0.8
パキスタン	517	0.5	1398	7.2	1915	1.5
その他	1万3282	12.3	1768	9.1	1万5050	11.8
合計	10万8372	100.0	1万9453	100.0	2万7825	100.0

出典：SOPEMI (1993), p. 92.

表7 スペインにおける職種別のアムネスティ許可者数(人)

	1991	1996
許可の種類と職種	10万8400	2万1300
居住および労働許可	10万8400	1万3800
農業	5500	1700
工業	8400	500
建設	1万6600	2100
personal services	2万3300	3100
ホテル	1万3600	2200
貿易	9300	1600
輸送	1200	300
その他のサービス	1万6800	1700
その他	3800	700
居住許可のみ	—	7500

出典：SOPEMI (1998), p. 165.

5024人が正規化されたことになる。

1996年の新外国人法により、1996年4月23日から8月23日までアムネスティが行われた。1991年のアムネスティで正規化された者の4分の1が、1994年に居住ないしは労働許可が更新されなかったことに対応するプログラムであった⁷⁴。1991年と1996年に正規化された外国人の職種は表7の通りである。

4度目として、2000年2月1日に施行された新外国人法により、アムネスティが実施される。すでに、1999年8月初旬に、国民党とカタロニア民族主義政党の連立政権は、不法入国外国人の滞在資格の正規化について、野党の社会党と合意した。今回の法案は、1985年に制定した外国人法を改正し、1999年6月1日以前に入国した不法入国外国人に居住権を与えるものである。法案は同年9月6日に衆議院に提出された。アムネスティの要件は、1999年6月1日以前以前からスペインに滞在したことが証明でき、新法が施行されるまでの3年間に、滞在許可または労働許可を取得したことがあるか、少なくともその申請をしたことがあることとなっている。申請期間は2000年3月21日から同年7月31日までであり、およそ8万人が正規化される見通しである⁷⁵。

ポルトガル

まず、1992年10月から1993年3月まで、アムネスティが行われた。ついで、1996年のアムネスティでは、ポルトガル語会話国の国民の場合、1995年12月31日以前に入国すること、その他のEU以外の国の国民の場合、1995年3月25日以前に入国することが、1996年6月11日から6カ月間続いた正規化プログラムの要件である⁷⁶。2度のアムネスティで正規化された外国人の出身国と人数は、表8の通りである。

ギリシア

さまざまな推定結果により、非正規滞在者は、25万人ないし50万人といわ

74 SOPEMI (1997), p. 158.

75 <http://www.demographie.de/newsletter/> および <http://www.elpais.es/p/d/20000203/espana/ley.htm>.

76 SOPEMI (1997), p. 144.

表 8 ポルトガルにおける出身国別アムネステイ許可者数

国	1992-1993	1996
アンゴラ	1万2500	6800
カボヴェルデ	6800	4000
サントメープリンシペ	1400	2000
ブラジル	5300	300
中国	1400	—
モザンビーク	800	—
その他	4100	3700
合計	3万9200	2万1800

出典：SOPEMI (1998), p. 155.

れ、ギリシアの労働人口の6%ないし12%に及ぶとされていた。長期間の協議の後に、正規化手続きが2段階に分けて実施された。1998年1月1日からはじまる第1段階では、申請者は、職業、教育レベル、技能、職歴、年齢、家族状況、国籍および出身国を記入した書類を提出することにより、労働と居住に関する国民と対等の暫定許可を取得する。1998年5月31日までにパスポートその他の旅券、犯罪歴のないことの証明書、ギリシアでの以前の滞在に関する書類を提出する必要がある。第2段階では、1998年7月31日までに（その後12月31日まで延長）、非専門職労働者の40労働日分相当の所得があったことを証明することにより、1年ないしは3年の短期許可を取得し、その後2年間の更新が可能であり、5年の許可を与える特別条項もある⁷⁷。予想よりも多くの、ほぼ37万5000人がアムネステイの申請をしており、半分以上はアルバニア人であった。85%が20歳から44歳のグループであり、70%が男性であった。教育歴はギリシア国民の平均よりも高かった⁷⁸。

オランダ

1975年5月30日から同年11月1日までを申請期限として、政府は1974年11月

77 SOPEMI (1998), p. 116.

78 SOPEMI (1999), p. 149.

1日以前にオランダに入国し、常時働いていること、一定の年齢制限⁷⁹、犯罪歴がないこと、有効なパスポートをもっていることを要件として、アムネ스티を行った。ただし、この条件を満たさない場合でも、オランダ人女性または正規滞在者と結婚している場合、就業中の事故で障害を負い社会手当を得ている者は、人道上の理由から正規化された。およそ1万8000人が申請し、主としてトルコ人とモロッコ人からなるおよそ1万5000人が事実上の永住資格を取得した。このときわずかに基準を満たせなかった180人ほどが、ハンガーストライキ、教会占拠、デモなどの活動の後、3年後に在留資格を取得した。ついで、1979年の外国人雇用者規制法の制定を機に、1980年5月2日から同月16日までを申請期限として、1978年の1月から1979年の10月31日まで続けて働き、その間税金と社会保険料を納め、犯罪歴がなく、最低限度の生計能力を有している者、およそ1800人を正規化した⁸⁰。

ベルギー

2000年1月10日から31日までの3週間にわたって（全書類の提出期限はさらにその後の1カ月間に）、ベルギーでは正規化手続の申請を受けつけている。その対象は、1999年10月1日にベルギーにいる者であって、つぎの4つの要件のいずれかを満たす者である。1）庇護申請後4年間（学齢期の子どもがいる家族の場合は3年間）審査中であり、決定が下されていない者である。厳密にいうと、たとえば、1992年1月に庇護申請し、1996年4月までに国外退去しなければならないとの決定が1995年12月下されたとしても、1992年1月から1996年4月までは4年以上あるので、正規化が認められることになる。2）政治危機などの理由から、出身国（国籍国または定住国）への送還が困難な場合である。3）重病人の場合である。4）社会的つながりと人道上の理由による場合であり、合法・違法を問わず、6年（学齢期の子どもがいる家族の場合は5年）以上居住しているか、過去5年間に退去強制命令

79 教育のある場合は入国時に18歳から45歳まで、教育のない場合は18歳から35歳までとされた。

80 Thomas Spijkerboer, 'Country Report on the Netherlands' in Apap and Schmitter (eds.), *op. cit.* (forthcoming).

を受けていないか、かつて庇護希望者・学生・旅行者以外の合法的な資格で滞在していた者の場合である⁸¹。

6万ないし7万人と推定されているベルギーの非正規滞在者のうち、1万ないし2万人が正規化される見込みといわれている。多くはアジア、アフリカ、中東からの出身者であり、2)の送還危険対象国として、アフガニスタンなどが考えられている。同時に、アムネスティを求める移民がヨーロッパ各国からベルギーに流入するのを防ぐべく、この時期国境管理を行っている⁸²。

カナダ

1972年11月に、正規の書類をもたない者に正規化の申請をするように移民局が求めた。1973年6月の移民法で、1972年11月以前に入国した者は、正規化される旨を定めた。安定した雇用歴とカナダにおける家族のつながりを示すことが要件とされた。推定された20万ないし30万人の非正規滞在者のうち、5万人が永住権の申請をした⁸³。

オーストラリア

オーストラリアでは、およそ1973年に300人、1976年に8000人、1980年に1万1000人が正規化された。非正規滞在者の実質的な部分は、これらのプログラムに参加したと考えられている。この国の比較的少ない非正規滞在者は、ビザを必要とする入国規制の厳しさと地理上の位置に起因するといわれた⁸⁴。

1975年段階で、3万人から5万人の非正規滞在者が公式に推定されている。1976年1月26日に政府は、1975年12月31日以前に入国し、1976年1月26日から4月30日までに申請した者を正規化することにした。1976年の8614人の申

81 <http://antiracisme.fgov.be/regularisatie/fr/regularisation.htm>. 1999年12月22日法および2000年1月6日の通達に基づいて実施された。

82 http://news.bbc.co.uk/hi/english/world/europe/newsid_595000/595535.stm; Migration News Vol. 7, No. 2.

83 Meissner et al., *op. cit.*, p. 429.

84 *Ibid.*, p. 430.

請者の国籍別の内訳は、ギリシア (14.9%)、イギリス (10.6%)、インドネシア (8.7%)、中国 (7.5%)、トルコ (5.4%)、フィジー (5.1%)、香港 (4.2%)、イタリア (3.9%)、アメリカ (3.3%)、トンガ (3.1%)、マレーシア (3.0%)、インド (2.3%)、ユーゴスラビア (2.1%)、ポルトガル (1.7%)、キプロス (1.4%)、シンガポール (1.3%)、フィリピン (1.3%)、フランス (1.2%)、ドイツ (1.2%)、その他 (17.9%) であった⁸⁵。

1980年までに、非正規滞在者が増え、5万人から6万人が推定される。正規化対象者は3つのグループである。1) 1980年1月1日以前非合法であり、同年6月19日現在も滞在している者、2) 1980年1月1日以前合法であり、同年6月19日現在も滞在している者、3) 1980年1月1日以後に合法的に入国し、同年6月19日現在も合法的であり、まだ永住許可を取得していない者である。合法・非合法いずれの者も、永住許可を認めるものであった。申請者の地域別内訳は、ヨーロッパ (43.0%)、アジア (33.7%)、アメリカ (9.6%)、オセアニア (7.5%)、中東 (5.1%)、アフリカ (1.1%) であった。男が73%であり、21歳から30歳が55%、31歳から40歳が21%であった。54%が独身、36%が婚姻しており、11%が離婚している。50%が非熟練労働者、15%が事務職または軽度の専門職、11%が熟練労働者、10%が働いておらず、8%が小経営者、6%が専門職またはビジネスマンである。入国時期は、1974年以前が1%、1974年ないし1975年が3.5%、1976年ないし1977年が28.5%、1978年ないし1980年が65.5%である⁸⁶。

85 David S North, 'Down Under Amnesties: Background, Programs and Comparative Insights' *International Migration Review* vol. 18 (1984), pp. 526-528.

86 *Ibid.*, pp. 529, 530, 534-536.

87 アルゼンチンでは、第2次世界大戦後すでに1949年、1958年、1964年、1974年と大規模なアムネスティを行っている。1949年は19カ月、1958年は6カ月、1964年は24カ月正規化プログラムが続いた。1974年はアムネスティに関する命令の布告後90日以内にはじまり、6カ月続いた。1974年1月1日以前に入国した者を対象とするこのプログラムの申請者は約18万人であり、当時の非正規滞在者の公式推定が20万ないし30万人であったので、その50%ないし75%が申請したことになる。Meissner et al., *op. cit.*, p. 426. このプログラムによりおよそ15万人が合法的に定住できるようになった。Juan Manuel Villar, 'Argentine Experience in the Field of Illegal Immigration' *International Migration Review*, vol. 18 (1984), p. 463.

その他の国

アルゼンチン⁸⁷、ベネズエラ⁸⁸などの南米諸国、マレーシア⁸⁹、台湾⁹⁰、韓国⁹¹、タイ⁹²などのアジア諸国でも正規化は行われている。

(4) 在留特別許可

在留特別許可とは、所轄の大臣の裁量などで、強制退去をせず、在留許可を認める個別の行為である。多様なルールがあり、その主なものの要件を整理すると表9のようになる。

88 ベネズエラでは、1980年5月22日にアムネスティプログラムが布告され、4カ月の準備期間を経て、1980年12月23日から1981年4月23日までを申請期間とした。1978年1月1日以前から滞在している外国人を対象としている。120万人の非正規滞在者が公式推定されていたうち、35万1000人（28万3000人という研究者もいる）が正規化を利用した。Meissner et al., *op. cit.*, p. 428. 約27万5000人が正規化されたとも指摘されている。Ralph Van Roy, 'Undocumented Migration to Venezuela' *International Migration Review*, vol. 18 (1984), p.555.

89 マレーシアでは、1992年6月までに、すべての不法就労者は登録する必要があるとあり、44万4000人が登録していた。Patrick Pillai, 'Labour Market Development and International Migration in Malaysia' in OECD, *Migration and the Labour Market in Asia: Prospects to the Year 2000*, (Paris: OECD, 1996), p. 144. 1996年7月から12月までに42万3180人の不法就労者が登録した。このアムネスティは1997年1月まで続き、1989年と1991年のアムネスティに続く3回目である。Migration News, Vol. 4, No. 2 and 9.

90 1991年から1992年にかけて2万2579人が正規化を申請または許可されている。Ghosh, *op. cit.*, p. 117.

91 韓国では、非熟練労働者の不足から、1992年6月に、届け出た非正規外国人就労者6万1000人以上にその年の年末までの滞在許可を認め、また6カ月さらに6カ月と滞在を認めている。その主な出身国は中国2万2000、フィリピン1万9000、バングラディッシュ9000、ネパール5000である。Young-bum Park, 'Labour Market Development and Foreign Worker Policy in the Republic of Korea, in OECD, *op. cit.*, p.169.

92 タイでは、非正規滞在者が1995年中旬に59万人、1996年中旬に70万人と推定されており、雇用主が罰金を払って、農業、建設、漁業、水上交通の分野で不法就労者を正規化させ、正規化された労働者を雇用する、すなわちタイ人労働者と同じ賃金で雇用するというルールを実施した。Migration News, Vol. 3, No. 9 and 11. 1996年9月にはじまり、同11月までに雇用主は不法就労外国人を登録しなければならず、37万1971人の不法外国人が登録され、2年間の労働許可を得た。Migration News, Vol. 4, No. 4.

表9 諸外国の主な在留特別許可の要件

アメリカ	(1)10年居住, 善良, 退去強制がアメリカ国民または永住者である家族に非常な困難, (2)72年1月1日以後, 継続して居住し, 善良であれば, 非常な困難の証明不要。
フランス	(1)10歳より前から居住する未成年者, (2)10年以上居住する者。
イギリス	(1)7年以上居住している若い子どものいる家族, (2)14年の居住。
オランダ	(1)6年継続居住・就労, 税金・社会保険料の支払, (2)3年以上居住許可の決定放置。
ドイツ	拒否された庇護希望者の場合であるが, 非正規滞在者が庇護申請することもできるので, (1)90年7月1日以前に入国した未成年の子どものいる家族(所得, 住宅, 無犯罪など), (2)87年1月1日以前に入国した独身者と子どものいない夫婦などである。

アメリカ

在留特別許可に相当するものは、2通りあり、いずれも永住資格が認められる。第1に、退去強制の停止 (cancellation of removal) がある。法務長官の裁量により、申請日以前に10年以上継続してアメリカに実際に存在し、そのあいだ善良であり、退去強制がアメリカ国民または永住者であるその配偶者・親・子どもにとって例外的で非常な困難をもたらすことを証明することが要件である (INA § 240A (b) (1))。また、年間、4000人を超えてはならないという要件もある (INA §§ 240A (b) (3) and 240A (e))。第2に、届出 (registry) があり、これも法務長官の裁量である。1972年1月1日以後、継続してアメリカに滞在し、善良であることを要件とする (INA § 249)。この場合は、非常な困難を証明することなしに認められうる。

アメリカと比較する上では、つぎの4点に注意する必要がある。1) 無条件型の生地主義の国籍制度をもつアメリカでは、非正規滞在者の子どもも、アメリカで出生することによりただちに国籍を取得する。したがって、子どもの退去強制はありえず、親の正規化が問題となるにすぎない。2) 子どもの権利条約を批准していないアメリカでは、アメリカの学校に長期に通っている非正規滞在の子どもの退去強制を制約する国際法上の要請を論ずる必要がない。3) すでに特別農業労働者プログラムを含む一般アムネスティにより、大量に正規化がなされている。4) 正規の移民としての入国が可能であり、正規の移民と非正規移民とを区別すべき理由が存在することを考慮するならば、アメリカの在留特別許可の運用は、ただちに日本の参考とはなりにくい。

フランス

これに対して、子どもの権利条約を批准しているヨーロッパ諸国の状況は、日本の在留特別許可の運用基準を考える上で、参考になるところが多い。フランスでは、その後何度か改正される1945年11月2日のオルドナンスの1998年5月11日に改正された12Bis条において、公共の秩序への脅威がないかぎり、一定の場合に私生活および家族生活のための短期滞在許可が認められる。第1に、10歳より前からフランスに居住する未成年者の場合である（1項2号）。第2に、10年以上（学生の資格で滞在した場合は15年以上）フランスに居住する者の場合である（1項3号）。第3に、労災または職業病の年金の資格者の場合である（同9号）⁹³。

子どもの権利条約3条所定の「児童の最善の利益」を援用して、子どものみならず、その親の退去強制を無効とする判決があることは、すでにみた通りである。

なお、先述した2度の一般アムネ스티のほかに、正規化された人数と申請が認められた割合は、たとえば、1974年に4万人(42.5%)、1975年に1万3103人(83.1%)、1976年に7000人(45%)、1977年に7200人(57.5%)、1978年に6200人(69%)である⁹⁴。

イギリス

1971年の移民法改正に伴い、入国の自由を含む居住権(right of abode)をもたない英連邦市民およびパキスタン国民のうち、同法施行日の1973年1月1日以前に入国した非正規滞在者に対し、1974年と1977年に1809人と462人の小規模なアムネスティが行われている。

一般には、1987年11月5日の内務大臣の声明により、10年以上の継続的な合法的居住者は、国家の安全、公共の秩序、公衆衛生、公共の倫理を理由と

93 Catherine Teitgen-Colly, *Textes du droit des étrangers* (Paris: PUF, 1999), pp. 66-67.

94 French Ministry of Social Affairs and National Solidarity, *op. cit.*, pp. 559-560.

しない限り、退去強制されないとされた。また、合法であれ、不法であれ14年以上の継続居住は、重大な犯罪などが無い限り、永住権を通常取得することになった⁹⁵。

1999年3月1日からは、大臣の裁量により、非正規であれ、7年以上居住している若い子どものいる家族は、永住権を取得することになった。内務・移民大臣がいうには、「人生の実質的な形成期をイギリスで過ごした子どもは、特別な理由が無い限り、住み慣れた場所から追い出すべきではない」というのがその理由である。したがって、イギリスでは子どものいる家族は7年、そうでない場合は14年が正規化の基準となっている。主としてこうした長期居住特権による永住権の取得の事例は、1985年には1350であったのが、1994年には、4240、1998年には、5900と増加してきている⁹⁶。

また、イギリスその他の国において、庇護希望者が長いこと決定を待たされている場合が多く、アムネステイ類似の正規化が問題となる。この場合は一般アムネステイに整理するか、在留特別許可に整理するかは、微妙であるものの、滞在が比較的長いことと、個別の事情が左右していることから在留特別許可において整理することにする。およそ5万1000件の未処理の庇護申請事件があるイギリスでは、一般アムネステイではないが、1993年7月1日以前に申請し、1998年7月27日においても決定が下されない庇護希望者については、永住権 (indefinite leave to remain) を与え、1993年7月1日から1995年12月31日までの申請者には、少なくとも4年の例外的滞在許可 (exception leave to remain) を与える案を内務省が提案した。第1のグループはおよそ1万件、第2のグループは2万5800件あるという⁹⁷。

95 Michael Supperstone and Declan O'Dempsey, *Immigration: The law and Practice*, 3rd ed. (London: Longman, 1994), pp. 263-264.

96 Elspeth Guild and Kingsley Napley, 'UK Report' in Apap and Schmitter (eds.), *op. cit.* (forthcoming).

97 Migration News, Vol. 5, No. 9; Jane Fiddick, 'Immigration and Asylum', Research Paper 99/16 (House of Commons Library), pp. 34-37.

オランダ

公刊されている通達において在留特別許可の規定が定められている。2通りのものがあり、「長期の非正規滞在者」を対象とするものと、「3年政策」に基づくものがある。第1に、1996年の規則に基づく長期の非正規滞在者の正規化は、6年以上の非正規な居住(居住基準)、その間継続して就労し税金と社会保険料を払っているか、またはその支払いに基づく手当を支給していることを要件とする(経済基準)。この2つの基準を満たす場合には、通常、正規化が認められる。これらの基準に満たない場合も、ほぼそれに近いとか、オランダ社会と密接な関係にある(統合基準)として、法務大臣には正規化を認める裁量がある。さらに、退去強制令の発令経験、誤った情報の提供(信義誠実基準)、偽造旅券の所持・犯罪歴(公安基準)がないことも必要とされる。4大都市では、大臣に助言する市長会議の役割が重要となっており、市長会議が正規化が望ましいといえ、人道的理由から大臣は居住資格を認めることになる。通達上、統合基準は、帰化の要件と類似の関係にある。自己のコミュニティのみに目を向けるのではなく、オランダ人とのクラブなどに参加しているか、日常会話の言語能力も主要な社会統合をはかるテストとなっている。ただし、文盲、教育を受けていない人、老人の場合は例外である。家族状況や学校に通っている子どもがいることも関係してくる。

第2に、3年政策とは、オランダに入国し、居住許可の申請をしたのち、3年以上決定がなされなかった場合に、人道的に居住資格が認められるルールである。この政策は庇護希望者に対しても、通常の入国者に対しても適用される。この目的は行政の事務の滞りを解消することにある。地方裁判所のルールとして始まったこの政策は、1996年に最終的に公刊された。その際、3つの要件、すなわち1) 3年のあいだ居住許可の決定がなされないこと、2) 出身国の非協力による遅滞からではなく、出身国の状況や申請に理由がないことの認定ができなかったなどを理由として退去強制が政策上の理由からなされなかったこと、3) 犯罪活動などがみられないことが必要とされた⁹⁸。

98 Spijkerboer, *op. cit.*, (forthcoming). なお、著者にたずねたところ、1998年7月1日よりオランダでは非正規態在社は社会保険に加入できなくなっている。

ドイツ

公式の統計はないが、非正規滞在者は50万人から100万人とさまざまな機関により推計されている⁹⁹。不法入国と拒否された庇護希望者が多いため、超過滞在者の問題はあまり重要と考えられておらず、庇護希望者が難民として認定されなかった場合が中心問題となっている。非正規滞在者であっても、拷問、死刑、身体・生命・自由への具体的かつ重大な危険、ヨーロッパ人権条約上の追放障害理由などがある場合には、退去強制されない（外国人法53条）。これらの人は難民の資格を得るか、国際法上・人道上の理由から追放の停止（同54条）、または人道上・個人的理由・公益上の必要から猶予（*Duldung*）の手続がとられる（同55条）。この猶予手続は、正規化手続ではなく、1年以下の期間をかぎっている。ただし、更新がなされる。

そこで、ドイツでは、一般的な正規化手続はないものの、正規化に類似する手続は、いわば2段階でなされる。第1段階は、追放または送還が不可能であったり、出身国の受け入れ拒否により猶予される。この猶予は、一定のカテゴリーの人々に対する一般決定の場合もあれば、個別決定に基づく場合もある。第2段階は、一定の期間、退去強制が猶予されていた者が、「在留特別許可（*Aufenthaltsbefugnis*）」¹⁰⁰により正規化される。この在留特別許可は、国際法上または急迫の人道上の理由などから、退去強制が困難な個別の特別な事情に基づいて認められる（同30条）。原則として、「急迫の人道上の理由」は、外国人とその家族の従来滞期間から導かれるものではない

99 Lederer, *op. cit.*, pp. 62-63. 労働大臣が15万人から60万人と推定したのが下限であり、ILOが100万人と推定しているのが上限であり、50万人ぐらいの推定が多い。

100 外国人法30条の *Aufenthaltsbefugnis* は、「滞在権限」とも訳されているが、日本の入管法の「在留特別許可」に機能的に準じるものであり、意識することにした。参照、広渡清吾『統一ドイツの法変動』（有信堂、1996）199-200頁。なお、「滞在資格」との訳語もあり、1990年の外国人法改正で新設されたこの資格は、ほぼ自動的に労働許可を付与されることもあって、実質的には、母国の困難な政情等を理由に人道的見地から送還を猶予されている「事実上の難民」に多く見られた不法就労者のアムネステイ（合法化措置）の意味を有しているとの指摘もある。また、*Duldung* は黙認と訳されている。参照、野川忍『外国人労働者法』（信山社、1993）247、263頁。

といわれる¹⁰¹。しかし、さらなる滞在が見込まれる場合にのみ、滞在期間が考慮される¹⁰²。したがって、後述する退去強制が「困難」な場合には、滞在期間が考慮されることになる。在留特別許可は、連邦内務大臣の同意を得て、州当局が決定する(同32条)。在留特別許可は、最長2年の期間の定めが付されているものの、追放障害の理由がある以上、延長が可能であり(同34条)、8年間の滞在により、「無期限滞在許可 (unbefristete Aufenthaltserlaubnis)」が認められうる(同35条)。

したがって、ドイツの在留特別許可は、人道上または事実上退去強制ができない場合に個別の決定により認められる要素と、一定のカテゴリーの人に対して一般政策上認められる要素がともに存在する。そして1996年3月29日に、連邦政府は、人道上および国際法上の理由から、非正規滞在者のうち、つぎのような一定の国の出身者または一連のグループに在留特別許可を認める規則を制定した。

- 1989年10月31日以前に入国した中国人の科学者、学生および研修生。
- 1989年12月31日以前に入国したトルコのキリスト教徒とヤジューディー教徒。
- 1988年12月31日以前に入国したエチオピア人とアフガニスタン人、および1990年12月31日以前に入国した家族のいるエチオピア人とアフガニスタン人。
- 1988年12月31日以前に入国したイラン人、レバノン人、パレスチナ人、レバノンからのクルド人、スリランカからのタミール人、1990年12月31日以前に入国したその配偶者と未成年の子ども。
- 拒否された庇護希望者であって、1987年5月1日以前に入国し、ポーランド、ハンガリー出身者、または1989年4月14日以前に入国した他の旧東欧諸国出身者。
- 被追放者 (Vertriebener) の申請 (ドイツ民族の帰還者としてのドイツ国籍

101 Kanein / Renner, *Ausländerrecht, Kommentar*, 6th ed. (München: C. H. Beck, 1993), p. 135.

102 Günter Renner, *Ausländerrecht in Deutschland* (München: C. H. Beck, 1998), p. 544.

の取得)を拒否された者であって、受け入れ証明をもって入国した者、または1990年7月1日以前に入国した者。

- 旧東ドイツに契約労働者として1990年6月13日以前に入国したアンゴラ、モザンビーク、ベトナムの出身者。
- 1991年1月1日以前に提出した庇護申請の結果がまだ出ていない、アフガニスタン、中国、イラク、イラン、ラオス、リビア、ミャンマー(ビルマ)出身者。
- 1989年1月1日以前に入国したアフマディー教徒のパキスタン人、1991年1月1日以前に入国したその配偶者および子ども。
- 1989年12月31日以前に入国したヤジーディー教徒のトルコ人、1994年11月1日以前に入国したその配偶者と子ども。
- 1995年12月15日以前に入国したボスニア-ヘルツェゴビナからの戦争難民。
- 退去強制が困難な場合として、庇護申請が拒否された者および被追放者申請が拒否された者であって、1990年7月1日以前に入国した未成年の子どもがいる家族、および1987年1月1日以前に入国した独身者または子どものいない夫婦。

このように難民審査において難民と認定するには至らなかったものの、本国への送還に問題があるとされる、いわば「難民性をもった非正規滞在者」は多い。これらの人々の在留特別許可が認められることは難民認定の厳しい日本ではとりわけ参考にすべきである。また、この最後のカテゴリーも日本の近年の非正規滞在者問題と関係して重要である。その際、長期の滞在期間だけでなく、ドイツの経済・社会・法秩序に統合していることが要件とされる。統合基準としては、健康保険を含む十分な生計能力があることも問題となるが、特に困難を示す場合にはこうした要件は不要とされた。また、十分な住居空間があり、子どもが義務教育を受けていることも要件とされる。さらに、長期の公的扶助の受給は在留特別許可の拒否事由とされた行政裁判所の判例もあるが、高齢の大家族の場合など例外は認められている。外国人オンプズマンによれば、職に就くことを禁じられているこれらの人々に対して、常勤の雇用を正規化の要件とすべきではないという。

1996年12月31日にひとまずこの正規化プログラムは終わり、全体で7865件の申請が許可された¹⁰³。1998年11月20日に、再び各州の内相と連邦の内相が協議して、先述と同様の要件で「未成年の子どものいる長期滞在家族」と「独身者および子どものいない夫婦」の在留特別許可を認める方針を打ち出した。現在の連立政府は、5年間（家族のいる場合は3年間）の滞在の後、庇護希望者を一般的に正規化することを議論している¹⁰⁴。

カナダ

伝統的な移民受け入れ国であるカナダにも、在留特別許可はある。1984年の文献によれば、雇用・移民大臣が裁量により、個別のケースにつき、在留特別許可を認めることができるとある。その際、非正規滞在の期間（5年以上）、重大な犯罪を犯していないこと、非正規となり、それを継続させる決定にいたる事情、生計能力および社会統合の見こみ、最近および今後の事実上のカナダでの家族状況、申請者の本国の事情を勘案する¹⁰⁵。

現在、市民権・移民大臣が、情状酌量または人道的配慮が存在することを理由に、在留特別許可を認めることがある。その際、滞在期間と家族状況が勘案されるとのことである。

ベルギー

1980年12月15日の外国人の入国・短期滞在・居住・出国に関する法律（外国人法）の9条3項において、在留特別許可の規定がある。本項に関する1998年12月15日の通達および1999年1月13日の指令によれば、1）庇護申請後、不合理な期間（通常、5年間、学齢期の子どもがいる家族の場合は4年間）最終決定が下されていない者（解釈上、統合の証明も必要）、2）本人の意思

103 'National Report—Germany' in Apap and Schmitter (eds.), *op. cit.* (forthcoming).

104 バンベルク大学の Wolfgang Bosswick 氏には、資料の提供と助言をいただいた。注103の文献の年号において誤植があると思われる箇所は、氏の情報にしたがった。

105 W. G. Robinson, 'Illegal Immigrants in Canada: Recent Developments' *International Migration Review*, vol. 18 (1984), pp. 481-482.

とは別の外国の事情により、退去強制が困難な者、3) 重病の者、人道上の理由(子どもの性的搾取や性風俗産業を含むさまざまな経済部門で搾取されている場合など)から、正規化されるべき者に対して、在留特別許可が認められる¹⁰⁶。

おわりに

以上の諸外国の事例から、在留特別許可は、主につぎの5つの場合に認められていると整理することができよう。(1)家族のなかに国籍保有者がいる非正規滞在者の場合、(2)学齢期の子どもがいる長期の非正規滞在家族の場合、(3)長期の非正規滞在者の場合、(4)難民認定するに至らない難民性をもった非正規滞在者の場合、(5)労働災害などの病気治療中の非正規滞在者。このうち、もっぱら日本はこれまで(1)の場合に在留特別許可を認めてきたのであって、他の場合での人道的配慮において積極的な国ではなかった。

本稿の研究を行う上で、ストックホルム大学移民・民族研究所名誉教授トーマス・ハンマー博士からの私信が、まずは導きの糸であった。日本における超過滞在者の在留特別許可問題に関連して、西洋諸国での取り組みをたずねたところ、「入国管理がきちんとせず、多くの非正規労働者を有するのは、その個人だけの責任ではなく、国家にも責任がある。行政の能率だけの理由でなく、国益に合致するとか経済上の理由から、国は非正規労働者を黙認しているとしても、これを長く続けることはできない。アメリカ、フランス、イタリアのようなアムネスティや正規化で有名な国以外でも、さまざまな名称と条件で類似の退去強制をしない場合が存在する」との回答であった。

なるほど、一般アムネスティにかぎらず、わが国の在留特別許可に類似する手続は多くの国に認められた。その後も多くの文献や、名前をあげることを特別な場合以外は省略したが、国内外の多くの実務家や研究者からの助言に支えられて、主な西洋諸国の正規化の概要を調べることができた。子ども

106 Joanna Apap, 'la régularisation des personnes en situation irrégulière: Le cas de la Belgique' in Apap and Schmitter (eds.), *op. cit.* (forthcoming).

の権利条約を批准していない国（アメリカ）を別にして、西洋諸国との比較のうちに、在留特別許可に関する入管政策上の妥当な基準を導くとすると、居住基準はさまざまであるものの、5年ないし10年が一応の目安となろう。生計能力などの経済基準は不要な場合もあろうが、原則的には考えられてよい。一定の罪を犯していないという公安基準は多くの国に共通する。偽造パスポートなどをつくらないという信義誠実基準は不要な場合もありうる。子どもや家族を含む社会への定着度を問題とする統合基準は多くの国に共通する。その際、言語習得、地域活動への参加、就労などが考慮されることがある。

2000年1月末に、日本の法務省も、長期に日本の学校に通う子どもを含む非正規滞在者の家族に対し、在留特別許可を認めた。日本人の子どもの養育のためという従来の基準を広げ、外国人の子どもであっても、日本語で教育を受け、日本に定着している場合には、家族と一緒に今後も日本で生活することが適当と判断した。こうした傾向は、子どもの権利条約を批准した国々でも多く確認されている。ようやく、日本も(2)の場合の新しい基準を打ち出しつつある。今後、予想される多くの類似の状況にある家族の在留特別許可申請の際に、トラブルを回避するためには、基準を明確化する必要があるだろう。不明確な基準の場合には、自分では基準に達していると判断した申請者が、不許可となった場合、その精神的ショックと抵抗の強さは経験的に予想可能であり、十分な政策的配慮が望まれる。(3)、(4)、(5)の場合をどうするかという問題も依然として残っている。長期の滞在により生活基盤を築いている者、病気治療中または障害手当を受給している者、難民と認定するには至らない難民性をもった者、先述したさまざまな要件を少し満たさない者にも人道上在留資格を認めることも多くの国で認められる。なお、(4)と(5)の基準づくり・基準緩和が進まず、(2)だけの新しいゆるやかな基準ができつつあるのは、在留特別許可が日本の将来の労働人口の減少を念頭に置いた、経済的理由によりなされているのであって、人道上の理由から基準を緩和するという発想が、日本は弱いという評価も可能である。たしかに、今回の法務大臣の判断は、子どもの権利を考慮した点で、人道上の配慮を示した画期的な第一歩であることは評価されるべきであろう。しかし、今回の在留特別許可の処分結果が

(5)の事例には、冷たい結果になっている。少子高齢化が進めば、おのずと(2)と(3)の基準緩和にベクトルは向かうであろう。(4)と(5)は、もっぱら人道上の理由から在留特別許可を認めるバロメーターの役割をになうのでないだろうか。

日本を含め批准している国は少ないが、移住労働者とその家族に関する条約69条2項が定める「正規化の可能性を考える場合、入国の状況、雇用地国における在留期間及びその他の関連事項、特に家族の状況に関して、適切な考慮が払われなければならない」という国際基準は、すでにこれらの国にも妥当している。さらに、アメリカなど、無条件の生地主義の国籍制度を採用している国では、子どもはその国での出生により国籍を取得していることや、一般アムネステイを採用している国との比較は、そのぶん在留資格を有する対象が広がっていることも考慮する必要がある。日本の在留特別許可の運用は、以上の比較対象国にみられる「国際基準」からすれば消極的であったことは容易に検証されうる。より詳しい各国の正規化手続基準に関する最近の運用を調査するとともに、正規化の影響や評価に関する議論を検討することが今後の課題である¹⁰⁷。

また、本稿は、憲法の「居住の自由」、国際人権規約自由権規約の「家族の権利」、および子どもの権利条約の「子どもの権利」から、在留特別許可を求める権利の要素が導かれることを明らかにした。そもそも、日本国憲法22条2項の規定は、世界でも珍しく、「何人も」居住の自由を有する旨が定められている。この点、通説たる性質説と、立憲主義とを整合させる新たな解釈が試みられる必要がある。とりわけ、国際法の近年の発展とも調和しうる解釈として、居住の自由の内容を「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」と

107 本稿は、近藤敦「在留特別許可の法的根拠」駒井洋ほか編『超過滞在外国人と在留特別許可』（明石書店、2000）52-60頁の参考文献を示すとともに、より最新の情報や立憲性質説その他の多くの論点を追加し、豊富な参考データを示すことにより、今後の議論と実務の発展に資することを期待するものである。正規化について法学者が本格的に取り組む先行研究が極めて乏しい反面、情報の国際化により、この多くの国の社会問題に関する情報入手は、比較的容易になっている。インターネット上の新聞報道など、サイトを参照しても、いずれ削除されると思われるものも、後続研究のながしかな手がかりになりうるとの判断のもと引用することにした。

考えることが望ましい。なお，ここでは「立憲性質説」とでも呼ぶべき新たな解釈手法の概略を示すにとどまり，居住権と正規化の問題を中心に論じてきた。憲法上のその他の権利に即した詳しい立憲性質説の内容の叙述は，後日，稿を改めて行うことにしたい。