

## ケース紹介：仮放免の両親から生まれた子どもの在留資格

永井康之\*

### 第1 はじめに

2023年6月9日、出入国管理及び難民認定法の改正法案が参議院で可決されて成立した。改正法案は入管収容に対する司法審査の導入見送り、送還停止効の一部解除、送還忌避罪の新設、管理措置制度の創設などの問題を指摘され、2021年に廃案となった旧改正法とほぼ同じ内容だった。2023年の国会審議の過程でも、現在の実務が抱えるさまざまな問題が表面化した。

改正法案の審議の中で大きくとりあげられた問題のひとつが仮放免の子どもたちの問題である。日本には2019年6月末時点において20歳未満の仮放免者が304人存在した<sup>1</sup>。日本で生まれた仮放免の子どもは約200人いるとされる。

外国人の子どもが日本で生まれた場合、出生後60日間は在留資格を有することなく適法に日本に在留できる（入管法22の2第1項）。出生後14日以内には出生届を提出しなければならない（戸籍法49条）。また、出生後30日以内に在留資格取得許可申請をしなければならない（入管法22条の2第2項）。中長期在留資格が取得できなければ、61日経過後に住民登録が抹消され、国民健康保険の加入資格を喪失するなど、さまざまな住民サ

ービスを受けることが困難となる。

改正法案の審議の中で政府は、両親の在留資格がない子どもについて、家族一体として帰国させることを前提に、在留特別許可を与えることを否定し、例外的に相当期間本邦の初等中等教育機関で教育を受けているなどの事情がある場合において、例えば、親のほかに適切な養育者が存在し、自活するめどが立っているなどの事情も勘案して、在留特別許可を認めていると答弁する<sup>2</sup>。

上記のような方針から、政府は仮放免の両親から生まれた子どもが在留資格取得許可申請をした場合、これを受理しない。受理した場合であっても在留資格を付与せず、不許可とする<sup>3</sup>。子どもに在留資格を付与せず、両親と共に退去強制手続に乗せるためである。一方で、両親が既に帰国し、または行方不明の未成年子は、養育環境が整備されていれば、告示外定住者と認められる<sup>4</sup>。

2023年3月に退令取消訴訟中の仮放免の両親の子どもが生まれた。本稿では子どもの在留資格取得許可申請について進行中の事件の経過を説明し、当該事件で申し立てた仮の義務付けに対する名古屋地方裁判所の決定を紹介する。

### 第2 事案の概要

Xさんの母親のBさんは日本生まれの日系3世ブ

ラジル人女性である。出生後まもなく日本を出国

\*執筆者は愛知県弁護士会所属弁護士で、元CIATE専務理事としてサンパウロ市で勤務し、日本に仕事を求める日系ブラジル市民や帰国者の相談業務も担当した。

<sup>1</sup> 第211回国会衆議院法務委員会議事録第10号令和5年4月18日28頁西山卓爾出入国管理庁次長答弁参照

<sup>2</sup> 第211回国会衆議院法務委員会議事録第10号令和

5年4月18日28頁西山卓爾出入国管理庁次長答弁<sup>3</sup> 筆者が聞いたところによると、本年にも関東地方で生まれた仮放免の難民申請者を両親に持つ子どもの在留資格取得許可申請が不許可になっている。

<sup>4</sup> 山脇康嗣『詳説 入管法と外国人労務管理・監査の実務—入管・労働法令、内部審査基準、実務運用、裁判例—〔第3版〕』641頁（新日本法規、2022）

し、ペルーで育ち、2019年8月に来日して定住者として暮らしはじめた。2022年に大麻取締法違反で有罪判決を受け、2022年9月20日に退去強制令書発付処分を受けた。Bさんの両親と兄弟は日本で暮らし、ペルーやブラジルに親類はいない。

Xさんの父親のAさんはペルー生まれのペルー人男性である。2014年に日本で暮らす父親の扶養を受けて暮らすために来日した。2022年に大麻取締法違反で有罪判決を受け、2022年9月20日に退去強制令書発付処分を受けた。Bさんの父親と兄弟は日本で暮らし、ペルーに親類はいない。

Xさんは2023年3月に三重県で生まれた。Xさんの両親は同月中にXさんの出生届を提出した。Xさんの両親は当初市役所から在留資格取得許可申請の申請期間である出生後30日を経過した後でなければ出生届の受理証明書、出生届の記載事項証明書および住民票を交付できないと言われていた。しかし、支援者が交渉し、8日後に出生届の受理証明書の交付を受け、さらにその2日後に出生届の記載事項証明書および住民票の交付を受けた。

筆者はXさんの申請等取次者となって、2023年4月13日に、希望する在留資格を「定住者」、在留期間を「1年」とする在留資格取得許可申請を

行った。Xさんにはその日のうちに在留資格を「短期滞在」、在留期間を「90日」とする在留資格取得許可処分がなされた<sup>5</sup>。そのため筆者は、同日、Xさんの申請等取次者となって、希望する在留資格を「定住者」、在留期間を「1年」とする在留資格変更許可申請をした。

筆者は、Xさんの代理人として、2023年4月24日に、「短期滞在」の在留資格取得処分の取消しおよび在留資格取得許可申請に対する許可の義務付けと、選択的に在留資格変更許可申請に対する処分の不作為の違法確認および在留資格変更許可申請に対する許可の義務付けを求める訴訟を提起した。また、2023年5月2日、在留資格取得許可申請に対する許可の義務付けを本案とし、在留資格を「定住者」とする在留資格の取得許可の仮の義務付けを申し立てた。

裁判所は、2023年6月5日、「本案について理由があるとみえるとき」（行政事件訴訟法37条の5第1項）に当たらないことを理由に、仮の義務付けを却下する決定をした。筆者は2023年6月12日に裁判所の決定に対して即時抗告を申し立てた。即時抗告に対する判断は本稿執筆時までになされていない。

### 第3 子どもの権利

#### 1 国際人権条約

子どもの権利条約は1989年の国連総会で採択された。日本は1990年9月21日に条約に署名し、1994年4月19日に条約を批准した（同年5月22日に発効）。子どもの権利条約は人類の歴史上最も多くの締約国を有する人権条約で、現在1

96か国の国と地域が子どもの権利条約の締約国となっている<sup>6</sup>。国連加盟国193か国のうち、アメリカ合衆国を除く全ての国が子どもの権利条約の締約国である。そのアメリカ合衆国の最高裁判所も、未成年者に対する死刑を違憲とした2005年のRoper v. Simmons 判決において、子どもの権利条約37条の未成年者に対する死刑禁止条約を援用して

<sup>5</sup> 在留資格取得許可申請が不許可とならず、「短期滞在」の在留資格が付与された理由として、Xさんが日系4世であることや、永住者である父方の祖父を扶養者とし、養育環境が整っていたことが考えられ

る。  
<sup>6</sup> 外務省 HP 外交政策＞日本の安全保障と国際社会の平和と安定＞人権・人道・難民＞人権外交＞児童の権利条約＞児童の権利に関する条約 締約国一覧

いる<sup>7</sup>。子どもの権利条約は、特定の国の文化や法制度を偏重することなく、すべての国に受け入れられるべき普遍性を有する<sup>8</sup>。

### (1) 一般原則

子どもの権利条約は、「差別禁止」(2条)、「子どもの最善の利益」(3条1項)、「生命・生存・発達に対する権利」(6条)、「子どもの意見の尊重」(12条)の4つの一般原則を定める。これらの一般原則は子どもの権利の実現を保障するために必要な措置を判断する際の指針として機能する<sup>9</sup>。子どもの権利条約における子どもとは「18歳未満のすべての者」である(子どもの権利条約1条)。

### (2) 差別禁止

子どもの権利条約2条は、父母の地位による子どもに対する差別を明示的に禁じる。また、自由権規約24条1項は子どもとしての地位に必要とされる保護に関し、いかなる差別も禁止する。

### (3) 最善の利益原則

子どもの権利条約3条1項は子どもに関するすべての措置をとるにあたって、子どもの最善の利益を主として考慮することを求める。締約国は児童の福祉に必要な保護および擁護を確保するため、すべての適当な立法上および行政上の措置をとらなければ

ならない(子どもの権利条約3条2項)。子どもの最善の利益原則は直接適用可能で、裁判所で援用できる<sup>10</sup>。実際に裁判所が退令取消訴訟において子どもの権利条約3条1項の子どもの最善の利益を重要な要素として考慮しなければならないとした例もある<sup>11</sup>。

### (4) 出生登録

子どもの権利条約7条1項および自由権規約24条2項は子どもが出生の後直ちに登録されることを定めている。出生登録に関する規定は子どもが特別な保護を受ける権利を有することと密接に関連する<sup>12</sup>。すべての子どもが親の移住資格にかかわらず、出生時に直ちに登録されることを確保しなければならない。子どもの出生登録は保健サービスへのアクセスの前提条件である<sup>13</sup>。出生登録の障壁を取り除く手段としては、保健サービス提供者または登録担当公務員と出入国管理執行機関のデータの共有を禁止すること、親に対して移住者資格に関する書類の提出を要求しないことが含まれる<sup>14</sup>。

### (5) 生命、発達および医療へのアクセス

子どもの権利条約6条1項はすべての子どもの生命に対する固有の権利を認める。また、同条2項は子どもの生存および発達を可能な最大限の範囲において確保することを定める。加えて、子どもの権利条約24条1項は締約国に対し、いかなる児童も保

<sup>7</sup> ケネディ判事の法廷意見には「弁護人が強調するように、合衆国とソマリアを除いて世界のすべての国が批准している国連子どもの権利条約37条では、18歳未満の少年が犯した犯罪に対する死刑が明示的に禁止されている」とある。なお、ソマリアは2015年に子どもの権利条約を批准し、締約国となった。

<sup>8</sup> 外務省 HP 外交政策 > 人道・人権 > 児童の権利に関する条約「作成および採択の経緯」

<sup>9</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見5パラグラフ12、同一般的意見20パラグラフ14、同一般

的意見25パラグラフ8

<sup>10</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見14パラグラフ6(a)

<sup>11</sup> 福岡高判平成17年3月7日判タ1234号73頁

<sup>12</sup> 自由権規約 条約機関の一般的意見17(35)パラグラフ7

<sup>13</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見15パラグラフ29

<sup>14</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見23パラグラフ21

健サービスを利用する権利が奪われないことを確保する義務を課している。送還を目的とした保健サービスへのアクセス制限によって、子どもの生命に対する権利が危険にさらされ、子どもの発達に悪影響が生じる可能性がある<sup>15</sup>。子どもの権利条約 6 条の義務には、こうしたリスクを可能なかぎり最大限に防止し、低減させることが含まれる<sup>16</sup>。非正規滞在者に対応する際にも、発達についての子どもの最善の利益を考慮することが求められる。子どもの権利条約 24 条 1 項は、締約国に対し、保健サービスがすべての子どもにとってアクセス可能であることを確保する強い行為義務を課す<sup>17</sup>。保健サービスはいかなる種類の差別もなく、すべての子どもにとってアクセス可能でなければならない<sup>18</sup>。

## 2 日本国憲法

憲法 98 条 2 項は条約および確立された国際法規を誠実に遵守することを求めている。この趣旨から

すれば、人権条約の権利保障範囲が憲法より広く、あるいはその方法が具体的で詳細であるような場合には、人権条約の趣旨が具体的に実現されるように憲法を解釈する必要がある<sup>19</sup>。実際に最大判 2008 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁は憲法 14 条を解釈適用するにあたって、子どもの権利条約 2 条および自由権規約 24 条 1 項の子どもに対する差別禁止原則を援用している。

したがって、憲法 14 条を解釈するにあたっては子どもの権利条約 2 条が父母の地位による子どもに対する差別を明示的に禁じ、自由権規約 24 条 1 項は子どもの保護に関し、いかなる差別も禁止していることを踏まえる必要がある。

また、憲法 13 条を解釈するにあたっては、子どもの権利条約が、子どもの生命、発達および医療へのアクセスを保護し、自由権規約および子どもの権利条約が、子どもの保護の前提としての出生登録を義務づけていることを踏まえなければならない。

## 第 4 裁判所の決定の概要

本件における仮の義務付けに対する裁判所の決定は本稿末尾に全文を添付することとし、ここでは簡単にその概要を紹介する。

裁判所は在留資格取得を許可する前提としての「定住者」の資格該当性の判断においても上陸許可に関する定住者告示の内容を尊重する必要があるとし、定住者告示に定めた地位に該当しない場合に定住者の地位を認めることができるのは、定住者告示に列挙された地位を有する外国人と同視できるか、これに準ずるものと考えられる人道上の理由その他特別の事情がある場合に限られるとした。

そして、子どもの権利条約および自由権規約は、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約又は取決めがない限り、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自由に決定することができるという国際慣習を前提としているとし、条約の規定は在留資格の判断に影響を及ぼさないとした。そして、条約機関の一般的意見は、締約国を法的に拘束しないから、条判所の条約解釈を揺るがさないとした。

<sup>15</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見 22 パラグラフ 40

<sup>16</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見 22 パラグラフ 42

<sup>17</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見 15 パ

ラグラフ 28

<sup>18</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見 15 パラグラフ 114

<sup>19</sup> 芦辺信喜「人権の普遍性と憲法—国際人権法との関連において—」法学セミナー 1991 年 5 月号

また、マクリーン判決<sup>20</sup>を根拠とし、憲法は外国人が本邦に入国する自由を保障されているものでないことはもとより、在留の権利又は引き続き在留することを要求することができる権利を保障していないとし、憲法 1 3 条および憲法 1 4 条が保障する権利は在留資格を検討する場面において人道上の理由

その他特別の事情として考慮されないとした。

そして、差別禁止、子どもの最善の利益、出生登録、生命、発達および医療へのアクセスなどについて人道上の理由その他特別の事情として考慮する必要性については、具体的に検討することなく申立てを却下した。

## 第 5 裁判所の決定の問題点

### 1 マクリーン判決と憲法上の権利の保障

本決定はマクリーン判決を根拠とし、憲法 1 3 条および憲法 1 4 条が保障する権利を在留資格の検討の場面で人道上の理由その他特別の事情として考慮しない。しかし、マクリーン判決は憲法 2 2 条 1 項が外国人の入国の自由を保障していないとした一方で、憲法上の権利の保障は憲法の基本的人権の保障は性質上日本国民のみを対象としているものを除き、外国人にも等しく及ぶと判示している。そして、政治活動について憲法の権利の保障が及ぶかを具体的に検討し、当時の内外の情勢にかんがみて、当該活動を日本国にとって好ましいものでないと評価し、在留資格の更新を認めなかった法務大臣の判断の適法性を具体的に検討している。マクリーン判決は、法務大臣の裁量判断の適法性を、国の裁量と外国人の憲法 2 2 条 1 項以外の憲法上の基本的人権の保障との優劣ないし調整の問題とした<sup>21</sup>。

これに対し、本決定は憲法 2 2 条 1 項の保障が及ばないことと、他の憲法上の権利の保障が及ばないこととを混同し、出入国管理行政を憲法上の権利の保障の枠外に置いてしまった。

### 2 人権条約の解釈と条約機関の一般的意見

本決定は子どもの権利条約および自由権規約は、

国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約又は取決めがない限り、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自由に決定することができるという国際慣習法を前提とし、外国人が希望する在留資格によって在留する権利を保障していないとし、条約上の権利を在留資格の検討の場面で人道上の理由その他特別の事情として考慮しない。

確かに子どもの権利条約および自由権規約は外国人が希望する在留資格によって在留する権利を保障していないものの、だからといって在留資格取得の場面での裁量判断の適法性を検討するにあたって、これらの条約が保障する権利についての検討が不要になるわけではない。本決定が出入国管理行政を条約上の権利の保障の枠外に置いた枠組みは憲法上の権利の保障に対する判断と同様の論理の飛躍がある。

また、本決定は、条約機関の一般的意見は締約国を法的に拘束しないから、裁判所の条約解釈を揺るがさないとする。しかし、人権条約機関は個人通報制度や国家報告制度の経験に基づいて一般的意見を採択している。条約機関が条約によって与えられた解釈権限を行使して示した司法判断に対し、締約国

<sup>20</sup> 最大判 1978 年 10 月 4 日民集 3 2 巻 7 号 1 2 2 3 頁

<sup>21</sup> 越山安久「判解」最判解民事篇昭和 53 年度 434 頁、449 頁

は妥当な考慮を払うべきである<sup>22</sup>。この点につき、大阪高判平成 6 年 10 月 28 日判時 1513 号 71 頁は自由権規約の一般的意見について解釈の補足的な手段（条約法条約 32 条）として依拠すべきものとする。また、大阪地判平成 16 年 3 月 9 日判時 1858 号 79 頁は、条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈について当事国の合意を確立するもの（条約法条約 31 条 3 項 (b)）ないし解釈の補足的な手段（条約法条約 32 条）に準ずるものとして、相当程度尊重されるべきとする。条約機関の一般的意見が締約国を法的に拘束するものではないとしても、条約法条約を無視した条約解釈は許されない。

### 3 定住者の要件該当性判断

本決定は上陸申請の許可にあたって、法があらかじめ定住者告示を定めた趣旨は、在留資格取得許可においても十分に尊重されるべきであるとし、定住者告示に定められた地位に該当しない場合には、原則として、定住者の在留資格該当性を欠くものとして相当な理由がないとする。しかし、法が定住者の要件を「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」と概括的に定める（入管法別表第二）一方で、入国審査官の上陸審査の場面においてのみあらかじめ定住者告示を定める（入管法 7 条 1 項 2 号）こととした趣旨は、高度な裁量判断ができない入国審査官が上陸審査の場面において法務大臣の裁量権を適用できるように、あらかじめ「定住者」として認めることのできる類型を示すことにある。本決定は法が上陸審査の場合と、在留資格取得の場合とで、異なる規定を有することを看過している。したがって、法務大臣は定住者告示に該当しない場合であっても、人道上の理由その他特別な事情の有無を検討し、定住者に該当するか

否かを判断しなければならない。

X さんは日系 4 世で母の B さんが在留資格を維持していれば 6 号ハの告示定住者に該当する。父の A さんが在留資格を維持していれば 6 号ロの告示定住者に該当する。父方の祖父が実父であれば 6 号イの告示定住者に該当する。両親が既に帰国し、または行方不明であれば告示外定住者と認められる。X さんについては、父方の祖父が扶養し、仮放免の両親が養育しているから、養育環境は整っている。

以上を前提として、本件における処分の適法性を判断するためには、差別の禁止、子どもの最善の利益、出生登録、生命、発達及び医療へのアクセスの権利等の国際人権条約および日本国憲法によって保護される権利を人道上の理由その他の特別の事情として斟酌しないことが明白に合理性を欠くといえるか否かを検討する必要がある。しかし、本決定はこの検討を怠った。

2023 年 4 月 18 日の衆議院法務委員会において、仮放免の子どもの社会保障制度に関する質問に対し、西山卓爾出入国管理庁次長は「子どもの教育、社会保障制度は、入管庁におきましても所管外でございます。その上で、私どもの所管内で、可能な限り人道的な配慮もしつつ、個別に対応しているところでございます」と答弁した<sup>23</sup>。本決定は政府の国会答弁との間にも齟齬がある。

## 第 6 マクリーン判決の克服

### 1 マクリーン判決の誤り

マクリーン判決は「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」と判示し、在留制度を人権の射程からはずして、外国人の人権の保障を在留制度によって枠付けた<sup>24</sup>。法務大臣が憲法の制約を受けず

<sup>22</sup> 岩沢雄司『国際法』379 頁ないし 381 頁（東京大学出版、2020）

<sup>23</sup> 第 211 回国会衆議院法務委員会議事録第 10 号令

和 5 年 4 月 18 日 28 頁

<sup>24</sup> 日比野勤「重点講座 憲法判例 50 年 <第 17 回> 外国人の人権 (2)」法学教室 217 号 43 頁

に在留に関する処分を行うことができるとしたマククリーン判決に対しては、明らかに誤りであるとの指摘もある<sup>25</sup>。

ただし、マククリーン判決自体には表現に微妙なところがあり、在留制度を人絹の射程からはずすことを必ずしも徹底していないところがある<sup>26</sup>。マククリーン判決は、在留期間中の政治活動に憲法の保障が及ぶことを確認した上で、当該活動の中に日米間の有効関係に影響を及ぼすおそれがないとはいえないものが含まれているとし、当時の内外情勢をかんがみた上で、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当な理由がないと判断したとしても、事実の評価が明白に合理性を欠き、判断が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとはいえないと判断した。マククリーン判決の調査官によれば、この問題は、憲法上外国人に対する在留の許否が国の裁量に任されていることと、外国人の憲法上の基本的人権の保障との間の優劣ないし調整の問題に帰結する<sup>27</sup>。

外国人の在留資格の許否の問題が、憲法上外国人に対する在留の許否が国の裁量に任されていることと、外国人の憲法上の基本的人権の保障との間の優劣ないし調整の問題に帰結するという点にマククリーン判決の真意があるとすれば、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」という判示は明らかに誤りである。この判示に引きずられ、本決定のように憲法上外国人に対する在留の許否が国の裁量に任されていることと、憲法上の基本的人権の保障との間の優劣ないし調整を具体的に検討しない例が産み出されている。

そのため、マククリーン判決の克服は入管行政に関する訴訟の大きな課題となっている。

<sup>25</sup> 泉徳治「統治構造において司法権が果たすべき役割 第2部【第6回】 マククリーン判決の間違い箇所」判例時報 2434 号 133 頁

<sup>26</sup> 日比野勤「重点講座 憲法判例 50 年 <第 19 回> 外国人の人権 (3)」法学教室 218 号 65 頁、70 頁

<sup>27</sup> 越山安久「判解」最判解民事篇昭和 53 年度 434

## 2 法制度の変化

マククリーン判決は 1978 年の出入国管理令に関する判例である。その後、在留制度をめぐる法制度は大きく変化した。入管法 69 条の 2 第 1 項は入管法に規定する法務大臣の権限は、政令で定めるところにより、出入国在留管理局長に委任することができるとする。また、同条第 2 項は第 1 項のものを含む出入国在留管理局長の権限は、法務省令で定めるところにより、地方出入国管理局長に委任することができるとする。在留資格更新についての処分や、在留資格取得許可についての処分は、2 重の委任によって、地方出入国管理局長が担っている。地方出入国管理局長は高度な政治的判断をする基礎に欠け、法務大臣が判断していたような高度な裁量権を持たないはずである<sup>28</sup>。実際に地方出入国管理局長の判断は、諸般の事情を広範に考慮して行われているのではなく、裁量権行使の準則に従ってなされる。2018 年の入管法改正の際に、永住許可に関する権限を地方出入国管理局長に委任できるようになったが、その理由はガイドラインの整備等により、相当程度、画一的な処理が可能となっていることである<sup>29</sup>。しかし裁判所は、本決定がそうであるように、地方出入国在留管理局長の処分であっても広範な裁量について法務大臣の場合と異なる解釈をすべき根拠はないとしている。

## 3 特別の条約

マククリーン判決は「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

頁、449 頁

<sup>28</sup> 児玉晃一ほか編『コンメンタール出入国管理及び難民認定法 2012』549 頁ないし 553 頁（現代人文社、2012）

<sup>29</sup> 出入国管理法令研究会『注解判例出入国管理実務六法〔令和 5 年版〕』178 頁（日本加除出版、2022）

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」と判示している。

マクリーン判決の後、日本は数多くの人権条約を批准し、締約国となった。自由権規約は1966年12月16日に採択された。日本では1979年9月21日に効力が発生している。社会権規約も同様である。また、難民条約は1951年7月28日に採択され、日本では1982年1月1日に効力が発生した。子どもの権利条約は1989年11月20日に採択され、日本では1994年5月22日に効力が発生した。拷問等禁止条約は1984年12月10日に採択され、日本では1999年7月29日に効力が発生した。強制失踪条約は2006年12月20日に採択され、日本では2010年12月23日に効力が発生した。これらの条約はいずれも送還禁止原則（ノン・ルフルマン原則）を有する。そして、ノン・ルフルマン原則が条約上明文によって定められた難民条約、拷問等禁止条約および強制失踪条約については、入管法上も規定が設けられている（入管法53条3項）。自由権規約および子どもの権利条約はノン・ルフルマン原則を明文で定めていない。しかし、自由権規約6条および7条はノン・ルフルマン原則についての規定であると解されている<sup>30</sup>。また、子どもの権利条約もノン・ルフルマンの規定を含む<sup>31</sup>。

そして、マクリーン判決が外国人の入国の自由を、外国人が引き続き留まる自由と同列に扱ってい

ることからすれば、外国人の送還を禁止するノン・ルフルマン原則はマクリーン判決の「特別の条約」にあたらなければならない。

しかし、裁判例を見ると、自由権規約や子どもの権利条約の子どもの最善の利益を援用して退去強制令書発付処分を取り消した福岡高裁判決はこれらの条約がマクリーン判決の「特別の条約」にあたることを否定している<sup>32</sup>。また、難民の認定等に関する法の趣旨に照らし、難民認定申請者に対する在留期間更新許可を義務付けた東京高裁判決<sup>33</sup>もマクリーン判決の枠組みを前提としている。実務上「特別の条約」を基点とし、マクリーン判決の射程を逃れるハードルは高い。

#### 4 裁量統制

マクリーン判決は「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として不当の問題を生ずるととどまり、当然に違法となるものではない。処分が違法となるのは、それが法の認める裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限られるのであり、また、その場合に限り裁判所は当該処分を取り消すことができるものであって、行政事件訴訟法三〇条の規定はこの理を明らかにしたものにほかならない」とする。その後の法改正なども踏まえると、この判示はすでに先例的価値を失った<sup>34</sup>。マクリーン判決のこの部分を明示的に否定した裁判例<sup>35</sup>も存在する。

マクリーン判決の裁量の根拠はその判断が政治的

<sup>30</sup> 自由権規約 条約機関の一般的意見 31 パラグラフ 12

<sup>31</sup> 子どもの権利条約 条約機関の一般的意見 22 パラグラフ 45 ないし 47

<sup>32</sup> 福岡高判 2005 年 3 月 7 日判タ 1234 号 73 頁

<sup>33</sup> 東京高判 2020 年 2 月 13 日令和元年（行コ）第

257 号判例秘書搭載

<sup>34</sup> 山本隆司「日独行政法シンポジウム④ 日本における裁量論の変容」判例時報 1933 号 11 頁、16 頁

<sup>35</sup> 東京地判 2015 年 9 月 19 日判時 1836 号 46 頁。ただし、結論は控訴審で覆された。



な判断であったことにある<sup>36</sup>。しかし、地方出入国在留管理局長がガイドラインに基づいて行う在留資格に関する処分の多くは政治的な判断を含まない。実務的にはガイドラインや国際人権条約上の権利を手がかりに、考慮要素に着目した判断過程審査を求めていくことが有用であると思われる。特に本決定のように、マクリーン判決の規範に便乗し、個別審査をまったく行わない判断に対しては、マクリーン判決でさえも具体的な審査を行っていくことを指摘し、不服を申し立て、判断過程審査を行った裁判例を蓄積していくべきである。

## 5 まとめ

## 第7 医療にアクセスする権利の確保

国民健康保険法5条は「都道府県の区域内に住所を有する者」を国民健康保険の被保険者としている。同法6条は適用除外を定め、11号は「その他特別の理由がある者で厚生労働省令で定めるもの」とする。そして、国民健康保険法施行規則1条1号は、法6条11号について、「日本の国籍を有しない者であって、住民基本台帳法（昭和四十二年法律第八十一号）第三十条の四十五に規定する外国人住民以外のもの（出入国管理及び難民認定法（昭和二十六年政令第三百十九号。以下「入管法」という。）に定める在留資格を有する者であって既に被保険者の資格を取得しているもの及び厚生労働大臣が別に定める者を除く。）」と定めている。

住民基本台帳法第30条の45に規定する外国人住民というのは要するに住民票のある外国人である。括弧書きの規定によって「在留資格を有する者であって既に被保険者の資格を取得しているもの」

マクリーン判決は当初から不適切な判示を含む。当時から、法制度は大きく変化し、数多くの国際人権条約が締結され、その前提はすでに失われている。また、裁量権統制に関する判示はすでに先例的価値を失った。しかし、こうした主張が裁判所に引き上げられることはほとんどない。一方でマクリーン判決を前提としつつ、極めの細かい裁量統制をすすめる裁判例が数多く登場している<sup>37</sup>。そこでは憲法上の権利はもちろんのこと、条約上の権利も正面から検討されることがある。実務上の工夫としては、こうした裁判例を援用し、マクリーン判決の矛盾を踏まえ、極めの細かい裁量統制を求めていくのが現実的である。

は引き続き国民健康保険の被保険者となる。

上記規定に従えば、出生後60日以内に国民健康保険の被保険者となった子どもは、その後短期滞在の在留資格となって住民登録を失ったとしても、健康保険の被保険者資格を継続できる。

この規定は十分に周知されておらず、規定に従った取扱いがなされないことが多いようだ。筆者が上記規定を知ったのは本決定後で、国も上記規定に基づいて短期滞在の在留資格でも国民健康保険の被保険者資格を継続して医療へのアクセスが確保されるというような主張をしていない。

したがって実際にはどのような結果になるか分からないものの、Xさんの医療へのアクセスを確保するために短期滞在の在留資格を更新し、上記規定に従って国民健康保険の被保険者資格を継続するように交渉していくことも必要であると思われる。

<sup>36</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第7版〕』351頁（有斐閣、2020）

<sup>37</sup> 泉徳治「特集1 外国人の人権と弁護活動 マク

リーン事件最高裁判決の枠組みの再考」自由と正義2011年2月号

[参考資料：判例集未搭載]

令和5年(行ク)第24号 仮の義務付け申立事件

(本案事件 令和5年(行ウ)第44号 中長期在留資格取得許可義務付け等請求事件)

### 決定

三重県▲

申立人	X
同法廷代理人親権者	A
	B
同代理人弁護士	永井康之

東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

相手方	国
同代表者法務大臣	齋藤健
処分行政庁	名古屋出入国管理局長
	▲
同指定代理人	別紙指定代理人目録のとおり

### 主文

- 1 本件申立を却下する。
- 2 申立費用は申立人の負担とする。

### 理由

#### 第1 申立ての趣旨

名古屋出入国管理局長は、申立人に対し、在留資格を「定住者」とする在留資格の取得の仮の許可をせよ。

#### 第2 事案の概要

本件は、ブラジル連邦共和国(以下「ブラジル」という。)国籍を有する外国人女性を母親として本邦で出生した申立人が、在留資格を「定住者」とする在留資格取得許可申請(以下「本件取得申請」という。)をしたところ、法務大臣の権限の委任を受けた名古屋出入国在留管理局長(以下「名古屋入管局長」という。)から「短期滞在」とする在留資格取得許可処分(以下「本件取得処分」という。)を受け、その後、「短期滞在」から「定住者」への在留資格変更許可申請(以下「本件変更申請」という。)をしたが、これに対する処分がされないことから、相手方を被告として、選択的に、本件取得処分の取消し(以下「本案事件①」という。)及び本件取得申請に対する許可の義務付け(以下「本案事件②」という。)、又は、本件変更申請に対する処分の不作為の違法確認(以下「本案事件③」という。)及び本件変更申請に対する許可の義務付け(以下「本案事件④」という。)を求める本案訴訟を提起した上で、本案事件②を本案として、相手方を相手に、在留資格を「定住者」

とする在留資格の取得許可の仮の義務付けを求める事案である。

- 1 前提事実（当事者間に争いのない事実及び証拠（枝番のあるものは各枝番を含む。以下同じ。）等により容易に認められる事実）

(1) 申立人の身分関係等

申立人は、A（ペルー共和国（以下「ペルー」という。）国籍。以下「A」という。）を父親（ただし、申立人と A の父子関係は争いがある。）、日系 3 世である B（ブラジル国籍。以下「B」という。）を母親として、令和 5 年 3 月▲日に三重県▲において出生した、ブラジル国籍を有する外国人女性である。A 及び B（以下「申立人の両親」という。）は内縁関係にある。

(2) 申立人の在留の状況

- ア 申立人は、令和 5 年 3 月▲日、出生し、申立人の両親は、同月▲日、申立人の出生届を提出した。  
（疎甲 1、2）
- イ 申立人は、令和 5 年 4 月 1 3 日希望する在留資格を「定住者」、在留期間を「1 年」とする在留資格取得許可申請（本件取得申請）をした。（疎甲 4）
- ウ 法務大臣から権限の委任を受けた出入国在留管理庁長官から更に権限の委任を受けた名古屋入管局長は、令和 5 年 4 月 1 3 日、申立人に対し、在留資格を「短期滞在」、在留期間を「90 日」とする在留資格取得許可処分（本件取得処分）をした。（疎甲 5）
- エ 申立人は、令和 5 年 4 月 1 3 日希望する在留資格を「定住者」、在留期間を「1 年」とする在留資格変更許可申請（本件変更申請）をした。（疎甲 6）
- (3) 申立人は、令和 5 年 4 月 2 4 日、本案事件に係る訴えを提起し、同年 5 月 2 日、本件申立てをした。

2 争点及びこれに関する当事者の主張

本件の争点は、本件申立てについて、①本案の訴えが適法に係属しているか、②「本案について理由があるとみえるとき」（行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）37 条の 5 第 1 項）に当たるか、③「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」（同項）があるか、④「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」（同条 3 項）があるかであり、これに関する当事者の主張は、以下のとおりである。

- (1) 本案の訴えが適法に係属しているか、及び「本案について理由があるとみえるとき」に当たるか。  
（争点 1、2）

(申立人の主張)

- ア 申立人が「定住者」の在留資格を求めて本件取得申請をしたのに対し、「短期滞在」の在留資格を許可した本件取得処分は、申立人を社会保障の対象から除外し、医療へのアクセスを著しく困難ならしめ、その健全な成長や生命を脅かす処分として、その取消しを求める訴えの利益がある。相手方は、本件取得処分が「却下し又は棄却する旨の処分」（行訴法 37 条の 3 第 1 項 2 号）に当たらないと主張するが、「定住者」の在留資格の取得の申請に対し、「短期滞在」の在留資格の取得を許可した本件取得処分は、「却下し又は棄却する旨の処分」に当たる。
- イ 在留資格の取得の許否の判断に当たり、法務大臣、同大臣から権限の委任を受けた出入国在留管理庁長官又は同長官から権限の委任を受けた地方出入国在留管理局長（以下「法務大臣等」という。）に一定の裁量が認められるとしても、公益と外国人の正当な権利及び利益の調整を図るという趣旨にき束され、憲法 98 条 2 項及び 99 条により、条約及び確立された国際法規を考慮しなければならない。児童の権利に関する条約（以下「児童の権利条約」という。）3 条 1 項、6 条 1 項、7 条 1 項、

24条1項、26条1項、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「B規約」という。）6条1項、24条及びこれらについての条約機関の一般的意見並びに憲法13条及び14条によれば、子の最善の利益を考慮し、保健ケア、保護、教育その他の社会サービスへの平等なアクセスが保護されるべきである。

我が国の実務において、仮放免中の両親から生まれた子は、在留資格を取得することができないか、取得できたとしても「短期滞在」であり、そのうち在留期間の更新が不許可となり、退去強制手続が開始し、仮放免者となる。仮放免者は、国民健康保険に加入することができず、労働が禁じられ、生活保護を受給することはできず、県外への移動に許可を要する。

自由権規約委員会は仮放免中の外国人に労働や生活保護を禁じていることに懸念を表明しており、児童の権利に関する委員会は、仮放免中の子に保健サービスを提供するよう勧告した。「短期滞在」の在留資格を有する外国人は、住民登録の対象とならないため、県外への移動に許可を要しないほかは、仮放免者と変わらない。我が国で生まれた子は、出生から60日間は在留資格なく住民登録されるものの、出生後61日目を経過しても出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）19条の3に規定する中長期在留者（以下「中長期在留者」という。）に当たる在留資格（以下「中長期在留資格」という。）を取得していない場合、自動的に住民登録が抹消され、各種行政サービスが受けられなくなる。特に乳幼児期における医療アクセスの重要性や、国民皆保険制度を採用する我が国において保険対象外者が適正な金額で医療にアクセスすることが困難であるという現実を鑑みると、中長期在留資格を付与しない旨の判断は、B規約や児童の権利条約に違反するだけでなく、原告の生命に対する権利を否定するに等しく、合理的な理由のない社会的身分による差別に当たるから、明白な裁量権の逸脱又は濫用となる。

入管法別表第二の定住者の項の下欄に掲げる地位（平成2年法務省告示第132号）（以下「定住者告示」という。）は、法務大臣の裁量判断を入国審査官の審査において適用するために類型化したものにすぎず、法務大臣は、定住者告示に該当しない者であっても、当該外国人について、これと同視し、又はこれに準じる事情があるかなどを検討し、「定住者」該当性の有無を判断しなければならないところ、申立人は、両親のいずれかが「定住者」の在留資格があれば、定住者告示に該当し、仮放免中の両親とともに父方の祖父の扶養を受けることを予定していること、申立人の両親が退去強制令書発付処分を受けて取消訴訟を提起していることなどに照らすと、申立人は定住者告示によって類型化された外国人の場合と同視し、又はこれに準ずる事情があり、「定住者」の在留資格を認めるべき人道上の理由があるから、本件取得処分は裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用したものとして違法であって、「定住者」の在留資格の取得がされるべきであるから、本案の義務付けの訴えは適法に係属しており、かつ、「本案について理由があるとみえるとき」に当たる。

#### （相手方の主張）

- ウ 本案事件①は、「定住者」の在留資格取得許可を求めたのに対して「短期滞在」の在留資格取得許可をした本件取得処分の取消しを求めるものであるが、本件取得処分は許可処分であるから、「却下し又は棄却する旨の処分」に当たらず、申立人はその取消しを求める訴えの利益がなく、不適法である。本案事件②は、申請型義務付けの訴えであり、処分が取り消されるべきものであること等が訴訟要件であるところ、本案事件①は不適法であり、また、後記イのとおり取り消されるべきものであるとはいえないから、本案事件②も不適法である。
- エ 国家は、国際慣習法上、外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約又は取決めがない限り、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

かを自由に決することができるのであり、憲法上も、外国人は、本邦に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、在留の権利又は引き続き本邦に在留することを要求する権利を保障されているものでもない（最高裁昭和50年（行ツ）第120号同53年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223頁）。在留資格取得許可が認められるためには、申請者に在留資格該当性が認められることが必要であるところ、「定住者」の在留資格該当性を認めるか否かの判断は、法務大臣等の広範な裁量に委ねられている。そして、入管法7条1項2号の規定に基づき、定住者告示が定められており、法務大臣等が特別な理由を考慮して上陸を認めるべき外国人を類型化が可能な限り網羅的に列挙しているのであるから、定住者告示に該当しない場合は、原則として、「定住者」の在留資格には該当しないものとするのが相当であり、定住者告示に該当しない場合でもこれに列挙された外国人の場合と同視し、あるいはこれに準じるものと考えられる人道上の理由その他特別の事情があることを考慮して「定住者」の在留資格該当性を認めるか否かの判断については、法務大臣等の広範な裁量に委ねられている。したがって、法務大臣等の「定住者」の在留資格該当性に関する判断が、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるのは、その判断が全く事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかな場合に限られる。

オ

- (ア) 申立人と A の間に父子関係を認めるに足りる疎明があるとはいえないことから、申立人に係る各種在留申請の審査において、B との母子関係が一事情とされることとなる。そして、申立人の母 B は、従前、日系 3 世として「定住者」の在留資格で本邦に在留していたところ、令和 4 年 1 月 26 日、大麻取締法違反及び窃盗の罪により懲役 1 年、執行猶予 3 年の有罪判決（以下、この刑事事件を「B に係る刑事事件」という。）が確定し、同年 8 月 22 日の在留期限を超えて不法残留となり、同年 9 月 20 日に退去強制令書が発付され、在留資格を有さずに本邦に残留している状態である。申立人は、母 B が日系 3 世であることから、両親いずれかが「定住者」の在留資格を有する場合には、「定住者」の在留資格取得許可が考えられるが、B は「定住者」の在留資格を有しないことから、申立人が定住者告示に該当しないことは明らかである。
- (イ) 申立人の父とされている A も、永住者の未成年未婚の実子として「定住者」の在留資格で本邦に在留していたところ、令和 4 年 2 月 8 日、大麻取締法違反及び窃盗の罪により懲役 1 年、執行猶予 3 年の有罪判決（以下、この刑事事件を「A に係る刑事事件」という。）が確定し、その後不法残留となり、同年 9 月 20 日に退去強制令書が発付され、在留資格を有さずに本邦に残留している状態である。永住者の未成年未婚の実子の、さらにその未成年未婚の実子は、定住者告示 6 号に該当し得るが、父が「定住者」の在留資格を有していることが必要であり、仮に申立人と A の父子関係が認められる場合であっても、A は「定住者」の在留資格を有さないから、申立人が定住者告示に該当しないことは明らかである。
- (ウ) さらに、「定住者」の在留資格は、基本的には「日本社会とのつながり」、特に「日本社会との血のつながり」を考慮して、その受入れや我が国における「定住」を認めるものであるが、申立人については、本邦に在留期間は出生から現在まで数か月にとどまり、日系 3 世である B も既に在留資格を失っているから、定住者告示と同視、あるいはこれに準ずるものと考えられる人道上の理由その他特別の事情があるとは認められない。
- (エ) 加えて、申立人は、憲法、児童の権利条約、B 規約及び条約機関の一般的意見を挙げて法務大臣等の

裁量が制約されると主張するが、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、申立人の主張する国際条約等は、これを受け入れる場合にいかなる条件を付すかを自由に決定することができるという国際慣習法上の原則を排斥するものではない。また、申立人が医療保険に加入する必要性があるからといって中長期在留資格への変更を認めるべき事情があるとまでは認められず、申立人が本邦に在留している間に限れば、B のほか、親族も本邦に在留していることから、家族や親族からの支援も期待できる。

カ 以上より、本案事件①は訴えの利益がなく、申立人は、定住者告示に定められた地位にあるとは認められず、定住者告示に類型化して列挙された外国人の場合と同視し、あるいはこれに準ずるものと考えられる人道上の理由その他特別の事情があるとも認められない。したがって、本件取得処分は適法であり、取り消されるべきものとはいえないから、本案の義務付けの訴えは不適法であり、かつ、「本案について理由があるとみえるとき」には当たらない。

(2) 「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるか。(争点 3)

(申立人の主張)

申立人は、出生後 61 日目を経過しても中長期在留資格を取得していなければ、自動的に住民登録が抹消され、健康保険やこども手当等の各種行政サービスを受けることができなくなる。国民皆保険制度を採用する我が国において、無保険者が適切な医療を受けることは困難であり、乳幼児期における命の不安定さや医療アクセスの重要性を考慮すれば、無保険のまま申立人が疾病に罹患した場合、速やかに治療に取り組む医療機関を受診できず、命の危険が生じる可能性が高いから、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があることは明らかである。

(相手方の主張)

「償うことのできない損害」とは、損害の回復の困難の程度が比較的著しい場合であって、金銭賠償が不可能な損害のほか、社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるような場合をいい、「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるか否かは、仮の救済の必要性という観点から、申立人の生活や事業活動の基盤に深刻な影響を及ぼすおそれがあるかどうか、回復が著しく困難な状況を生じさせるおそれがあるかどうかなど、それぞれの事案に応じて様々な事情を考慮した上で判断されるべきである。

申立人は、現在疾病に罹患している旨の主張立証はなく、また、乳幼児期であり健康状態が不安定なことから、仮に疾病に罹患した場合、速やかに適切な医療機関を訪れる必要があるとしても、B が本邦から退去強制されるべき立場にある状況下に出生した申立人について、そのような可能性があることをもって「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があると認めることは困難である。さらに、申立人が本邦に在留している間に限れば、B のほか、親族も本邦に在留していることから、それら家族からの支援も期待できる。

(3) 「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」があるか。(争点 4)

(相手方の主張)

本件申立てが認められるようなことがあれば、退去強制処分を受けたにもかかわらず送還を忌避する者が、本邦において在留を継続する目的で子に在留資格を取得させることを容認することになり、子が在留資格を得たことを契機として送還業務が更に滞留することとなる。そうなれば、円滑な送還業務が妨げられ、出入国在留管理行政の根幹を揺るがす事態となり、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」がある。

(申立人の主張)

我が国の法制度は、中長期在留資格を有しない者に対し、医療に対するアクセス等の重大な権利を認めな

いこととしているが、児童の権利条約は、子どもの医療に対するアクセス等の重大な権利を確保することを義務付けているのであり、子どもに対し中長期在留資格を付与しないことを法が許容するところではない。申立人に対し中長期在留資格を付与することを認めたとしても、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」はない。

### 第3 当裁判所の判断

1 争点1、2（本案の訴えが適法に係属しているか、及び「本案について理由があるとみえるとき」に当たるか。）について

(1) 行訴法37条の5第1項は、「本案について理由があるとみえるとき」という要件を仮の義務付けを命ずるための積極的要件として規定している。また、行訴法37条の3第1項2号は、義務付けの訴えについて、処分が取り消されるべきであること等を要件としている。そこで、本件において、本案事件①について、「本案について理由があるとみえるとき」に当たるか否か、以下検討する。

(2) 憲法は、日本国内における居住・移転の自由を保障する（22条1項）にとどまり、外国人が本邦に入国し又は在留することについては何ら規定しておらず、相手方に対して外国人の入国又は在留を許容することを義務付ける規定も存在しない。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かを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、外国人は本邦に入国する自由を保障されているものでないことはもとより、在留の権利又は引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものでもなく、法に基づく外国人在留制度の枠内においてのみ本邦に在留し得る地位を認められているものと解すべきである（前掲最高裁昭和53年10月4日大法廷判決、最高裁昭和29年（あ）第3594号同32年6月19日大法廷判決刑集11巻6号1663頁参照）。

(3)

ア そこで、入管法の定めについてみると、同法は、外国人が本邦で在留中に従事する活動又は在留中の活動の基礎となる身分若しくは地位に着目してこれを類型化し、各種の在留資格を定め、本邦に在留する外国人は、該当する在留資格をもって在留し（2条の2第1項）、在留資格として定められた活動や、身分又は地位を有するものとしての活動が認められ（同条2項）、原則として、該当する在留資格に対応して定められる在留期間においてその在留が認められており（同条3項）、在留資格の取得を受けようとする外国人は、法務大臣に対して在留資格の取得を申請しなければならず（2条の2第2項）、法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留資格の取得を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができるものとしている（同条3項、20条3項本文）。

イ そして、入管法20条3項の規定はその要件を具体的に限定せず、法務大臣が考慮すべき事項を掲げるなどしてその判断をき束するような規定も存在しない上、法務大臣が在留資格取得の許否の判断をするに当たっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良な風俗の維持、保健衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持の見地に立って、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓などの諸般の事情を酌し、時宜に応じた的確な判断を行うことが求められるのであり、このような同法の規定や事柄の性質に照らし、在留資格取得の許否の判断は、出入国管理の責任を負う法務大臣の広範な裁量に委ねられているものと解するのが相当である。

ウ 申立人は、児童の権利条約 3 条 1 項、6 条 1 項、7 条 1 項、24 条 1 項、26 条 1 項、B 規約 6 条 1 項、24 条及びこれらについての条約機関の一般的意見により、法務大臣等の裁量がき束される旨主張するが、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、特別の条約又は取決めがない限り、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自由に決定することができるのであり、児童の権利条約 9 条 4 項が、父母の一方若しくは双方又は児童の退去強制の措置に基づき、父母と児童が分離されることがあることを予定していることからすると、児童の権利条約も、上記の国際慣習法上の原則を前提としており、また、B 規約の中にこのような国際慣習法上の原則を排する規定は存在せず、かえって、B 規約 13 条は、合法的に締約国の領域内にいる外国人に対しても退去強制の措置を採り得る旨を定めていることからすれば、児童の権利条約及び B 規約は、外国人が本邦において希望する在留資格により在留する権利まで保障していないというべきである。申立人は、条約機関の一般的意見を主張の根拠として挙げるが、B 規約委員会は、締約国の規約の履行状況に関する報告を検討する機関であり、児童の権利委員会は、児童の権利条約締約国の同条約の履行状況に関する進捗を審査する機関であって、それらの一般的意見は、いずれも締約国を法的に拘束するものではなく、上記 B 規約及び児童の権利条約に関する解釈を揺るがすものではない。

(4)

ア 次に、「定住者」の在留資格についてみると、入管法は、別表第二の「定住者」の項の下欄において、「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」と規定しており、同法が「定住者」の在留資格を設けた趣旨は、社会生活上、外国人が本邦において有する身分又は地位は多種多様であり、別表第二の「永住者」、「日本人の配偶者等」及び「永住者の配偶者等」に該当しない外国人であっても、人道上の理由その他特別な事情によって本邦での居住を認めるのが相当である場合があるから、そのような場合に対応することができるようにするためであると解される。このような「定住者」の在留資格が設けられた趣旨に加え、法務大臣が在留資格取得の許否の判断に広範な裁量権を有し、同法が「定住者」の在留資格の要件について「法務大臣が特別な理由を考慮し」て居住を認める者という概括的な文言により規定していることに照らせば、法務大臣は、外国人に「定住者」の在留資格を認めるか否かについても、同様に広範な裁量権を有しているものと解するのが相当である。

イ ところで、上陸申請の許可に当たって、「定住者」の在留資格については、上陸の申請をした外国人が、法務大臣があらかじめ告示をもって定める地位を有する者としての活動を行おうとする者であることが必要であり（入管法 7 条 1 項 2 号）、法務大臣は、同号の委任に基づき定住者告示を定め、同告示において特別な理由を考慮して居住を認める外国人として「定住者」の在留資格に該当するとされる地位を類型化して列挙しているところ、上記のとおり、法務大臣が「定住者」の在留資格を認めるか否かの判断につき広範な裁量権を有していることに照らすと、上陸のための審査において、定住者告示に定められた地位に該当しない者は、同号にいう「定住者」の地位を有する者として予定されておらず、また、上陸審査における法務大臣の裁決の特例を定めた同法 12 条 1 項は、法務大臣が、同法 11 条 1 項の異議の申出に対する裁決において、「特別に上陸を許可すべき事情があると認めるとき」などに限り、特別に上陸を許可するものであり、個別の事情に応じた限定的な対応であることに照らし、定住者告示に定められた地位に該当しない者は、原則として、「定住者」の在留資格を有



する者として上陸の許可を受けることができないものというべきである。

そして、定住者告示は、法務大臣が定住者の在留資格で上陸を許可する者の地位を定めたものであり、在留資格取得を許可する前提としての「定住者」の在留資格該当性の判断の基準を直接定めたものではないが、在留資格の取得と上陸許可は、いずれも外国人の管理に係る事項であって、両者は密接な関連を有するものであり、上陸申請が許可される場合と在留資格の取得が許可される場合とが余りに整合性を欠くことは、外国人の出入国及び在留全般を公正に管理するという入管法の目的にも抵触する結果となりかねないから、在留資格取得を許可する前提としての「定住者」の在留資格該当性の判断においても、定住者告示の趣旨及び内容は十分に尊重されるべきものと解するのが相当である。

以上より、当該外国人が定住者告示に定められた地位に該当しない場合は、原則として、定住者の在留資格該当性を欠くものとして在留資格を許可することに相当な理由があるとはいえず、なお例外として「定住者」の在留資格を認め、在留資格を取得し得るのは、当該外国人が定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視できるか、あるいはこれに準ずるものと考えられる人道上の理由その他の特別の事情がある場合に限られると解するのが相当である。

- ウ なお、以上のことは、法務大臣からその権限の委任を受けた出入国在留管理庁長官又は同長官から更に権限の委任を受けた地方出入国在留管理局長についても別異に解する理由はない。
- (5) そこで、上記(2)～(4)の観点から、本件取得処分における名古屋入管局長の判断が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものといえるかについて検討する。

#### ア 認定事実

前提事実に加えて、当裁判所に顕著な事実並びに証拠及び審尋の全趣旨によれば、以下の事実が一応認められる。

- (ア) 申立人の出生届には、父母との続き柄を嫡出子、父を A とする記載があるが、それぞれ二重線により抹消され、父母との続き柄を嫡出でない子と記載されている。また、本件取得申請の申請書には、父として A の記載があるほか、同居人として祖父、同居しない在日親族として叔父、祖父、祖母及び伯母が記載されており、本件変更申請の申請書にも同一の在日親族が記載されている。さらに、本件取得申請の在留の理由には、父方祖父（永住者）の扶養を受けて本邦に在留する必要があるとの記載があり、本件変更申請の申請書には、扶養者として同人が記載されている。（疎甲 1、2、4、6）
- (イ) B は、平成 7 年▲月▲日、本邦において出生し、「定住者」の在留資格を取得し、同年▲月▲日に出国した後、令和元年 8 月▲日、本邦に上陸し、「定住者」の在留資格の取得をしたが、令和 4 年 1 月 11 日、津地方裁判所において大麻取締法違反及び窃盗の罪により懲役 1 年、執行猶予 3 年の有罪判決の言渡しを受け、同月 26 日にこれが確定し（B に係る刑事事件）、同年 8 月 22 日の在留期限を超えて不法残留となった。B は、退去強制手続により、同年 6 月 20 日、名古屋出入国在留管理局（以下「名古屋入管」という。）入国審査官から入管法 24 条 4 号チ（薬物法令違反）に該当する旨の認定を受け、口頭審理の請求をしたが、名古屋入管特別審理官から上記認定に誤りがない旨の判定を受け、異議の申出をしたが、法務大臣から権限の委任を受けた出入国在留管理庁長官から更に権限の委任を受けた名古屋入管局長から異議の申出には理由がない旨の裁決を受け、同年 9 月 20 日、名古屋入管主任審査官から退去強制令書発付処分を受け、仮放免中である。B は、上記裁決及び退去強制令書発付処分の取消しを求め、名古屋地方裁判所に対し、訴えを提起した（同裁判所令和 5 年（行ウ）第 29 号）。（疎乙 1～4、12、13）

(ウ) A は、1999 年 (平成 11 年) ▲月▲日、ペルー共和国において出生し、平成 26 年 3 月▲日、本邦に上陸し、「定住者」の在留資格の取得及び更新をしたが、令和 4 年 1 月 24 日、津地方裁判所において大麻取締法違反及び窃盗の罪により懲役 1 年、執行猶予 3 年の有罪判決の言渡しを受け、同年 2 月 8 日にこれが確定し (B に係る刑事事件)、同年 4 月 5 日、在留期間更新不許可処分を受け、同月 22 日の在留期限を超えて不法残留となった。A は、退去強制手続により、同年 6 月 20 日、入管法 24 条 4 号チ (薬物法令違反) 及びロ (不法残留) に該当する旨の認定を受け、口頭審理の請求をしたが、名古屋入管特別審理官から上記認定に誤りがない旨の判定を受け、異議の申出をしたが、法務大臣から権限の委任を受けた出入国在留管理庁長官から更に権限の委任を受けた名古屋入管局長から異議の申出には理由がない旨の裁決を受け、同年 9 月 20 日、名古屋入管主任審査官から退去強制令書発付処分を受け、仮放免中である。A は、上記裁決及び退去強制令書発付処分の取消しを求め、名古屋地方裁判所に対し、訴えを提起した (同裁判所令和 5 年 (行ウ) 第 30 号)。(疎甲 4、疎乙 2～4、12、13)

イ 上記認定事実に基づく検討

(ア) まず、申立人が定住者告示の定める地位を有するかについて検討すると、申立人は日系 3 世である B の子であり、日系 4 世に当たるが、これに相当する定住者告示の定めはなく、申立人の母 B は日系 3 世として「定住者」の在留資格を有していたものの、令和 4 年 8 月 22 日の在留期限を超えて不法残留となり、また、申立人の父とされる A も「定住者」の在留資格を有していたものの、同年 4 月 22 日の在留期限を超えて不法残留となり、さらに、申立人は永住者の在留資格を有する父方祖父の扶養を受けて生活しているとしても、同人の実子ではないから、申立人が定住者告示 6 号イ、ハ又はロに当たることはなく、その他定住者告示に申立人が当たるものはない。

以上より、申立人が定住者告示に定められている地位を有する者であるとは認められない。

(イ) 次に、申立人が、定住者告示に類型化して列挙された地位を有する外国人と同視できるか、あるいはこれに準ずると考えられる人道上の理由その他の特別の事情が認められるかについて検討すると、申立人は日系 4 世であるが、申立人の両親はそれぞれ大麻取締法違反及び窃盗の罪により有罪判決の言渡しを受け、退去強制手続を経て、令和 4 年 9 月 20 日、それぞれ退去強制令書発付処分を受けており、申立人が出生したのは当該退去強制令書発付処分後の令和 5 年 3 月▲日であるから、申立人について、「定住者」の在留資格として考慮される日本人又は永住者等との血縁・親族関係を始めとする日本社会とのつながりが十全に形成されていたものとはいえず、人道上の理由その他の特別の事情があるということもできない。

(ウ) これに対し、申立人は、申立人に定住者の在留資格を認めないことは、申立人の生命に対する権利 (憲法 13 条) 及び平等権 (憲法 14 条) を侵害するものであるなどと主張するが、上記 (2) のとおり、憲法上、外国人は本邦に入国する自由を保障されているものでないことはもとより、在留の権利又は引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではないから、申立人の上記主張は理由がない。

ウ 以上より、名古屋入管局長が行った本件取得処分は、全く事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるということとはできず、その裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用してされたものということとはできないから、違法とはいえないというべきである。

(6) したがって、本件取得処分の取消しを求める請求は理由がないから、「本案について理由があるとみ

えるとき」に当たらず、その余の点を判断するまでもなく、本案事件②を本案とする本件申立ては却下すべきである。

#### 第4 結論

以上によれば、その余の点を判断するまでもなく、本件申立てを却下することとし、主文のとおり決定する。

令和5年6月5日

名古屋地方裁判所民事第9部

裁判長裁判官 劔持亮

裁判官 佐久間隆

裁判官 井筒土筆