

外国人の追放と子どもの最善利益原則

2021年12月20日
村上 正直

I. 裁判

1. 事実

タイ国籍の母（A）と、日本で出生したその子（B。タイ国籍）

1995年 A来日、その後、在留期限を超えて残留し（不法残留）、稼働（不法就労）
2000年 B出生
2013年春 B中学2年に編入
2013年夏 AB東京入国管理局に出頭
2014年 ABに退去強制処分
2015年 ABの退去強制処分などの取消しを求めて東京地裁に提訴
2016年 東京地裁判決（6月。AB敗訴）。Aタイに向け出国（9月）、東京高裁判決（12月。B敗訴）
2017年 Bに対して在留特別許可
現在 Bは高校を卒業し、甲府市内で工場に就職し稼働（2020年1月現在）

2. 判旨

→ 資料参照

3. 若干の用語の説明

(1) 退去強制（＝追放）

出入国管理に関する基本法令の違反者（例えば、不法入国や不法残留、不法就労）や刑罰法規違反者などを日本から強制的に退去させること。退去強制がなされる理由（退去強制事由）やその手続は「出入国管理及び難民認定法」（入管法）が定めている（第24条など）。

(2) 特別在留許可

退去強制事由に該当するものと認められるが、他方で何らかの理由により、特別に日本での在留を認められること（入管法第50条など）。

II. 判断基準

日本が当事国である「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（自由権規約）と「児童の権利に関する条約」（子どもの権利条約）、自由権規約委員会の見解

1. 関連規定

(1) 自由権規約

第17条1項

何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。

第23条1項

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。

第24条1項

すべての児童は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、国民的若しくは社会的出身、財産又は出生によるいかなる差別もなしに、未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であって家族、社会及び国による措置について権利を有する。

2. 子どもの権利条約第3条1項

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福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、**児童の最善の利益が主として考慮されるものとする。**

3. Winnta 事件自由権規約委員会「見解」(Winata et. al. v. Australia、2001年7月26日)

(1) 事実

両親(X1及びX2)は、それぞれ1985年と1988年にインドネシアからオーストラリアに入国し、同国で同棲関係に入り、1988年には子ども(X3)が出生した。X1・2は、いずれも同国での滞在許可期間を超えて同国に残留し、不法残留となった。X3は、1998年にオーストラリア国籍を取得し、その直後にX1・2は保護ビザを申請したが認められず、追放処分がなされた。なお、X3はオーストラリア国籍をもつが故に追放処分の対象とはならなかった。

(2) 「見解」要旨

子どもが両親に同行してインドネシアに赴くか、又はオーストラリアに残留するかのいずれであって**も、長期にわたって定着してきた家族生活の実質的な変更を生ずるおそれがあるから、両親の追放措置は家族に対する干渉となる。**

当該干渉が正当化できるかどうかについては、それが恣意的であるかどうかによる。不法残留者の追放については締約国に広い裁量がある。しかし、この裁量は無制限のものではない。**両親は14年以上にわたる居住歴があり、また、子どもは出生以来オーストラリアで成長し、普通の子どもとして同国の学校に通学し、それに付随する社会的関係を発展させてきた。**この期間に鑑みれば、追放が恣意的なものとならないためには、自国の出入管理理法の執行のためというだけではなく、両親の追放を正当化するそれ以上の追加の要素を示す責任がオーストラリアにはある。本件ではそれが示されていないため、当該追放は恣意的である。

従って、X1・2・3について、第23条に関連して第17条違反が、子どもX3に関して未成年者としての必要な保護措置を提供しなかったことから第24条1項違反が認められる。

Ⅲ. 評 価

1. 長期の滞在歴

2. 「可塑性」

3. 12歳以降のBの努力

4. 児童の最善利益

5. 「消極的要素」の存在？

資 料

I. 「グローブ」89号(2017年春)「高校生に対する退去強制」

II. 「在留特別許可に係るガイドライン」(法務省入国管理局)

<https://www.moj.go.jp/isa/content/930002524.pdf>

高校生に対する退去強制



研究センター研究員
大阪大学大学院国際公共政策研究科教授
村上 正直

2016年6月に東京地裁判決が、12月にその控訴審である東京高裁判決があった。タイ国籍の母(A)と、日本で出生し、日本の公立高校2年生であったAの子(B)。タイ国籍・控訴審当時17歳)への退去強制令書発付処分(追放処分)の取消しを求めた事件である。第1審は、両者に対する追放命令を合法とした。Bは控訴したが(Aは控訴せず、9月にタイ向け出国)、控訴審判決もほぼ同じ理由でBは敗訴した。私はBに対する裁判所の判断に違和感がある。ここでは、その違和感を考えてみたいと思う。

A Bの追放理由は不法残留であり、その期間は、Aが約18年、Bが約14年である。不法残留は違法である。ただ、そうであっても、追放が禁止され、残留が認められたいと思う。

私には、Bが未成年であることから「児童の権利に関する国際条約」第3条が頭に浮かぶ。その第1項は、「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福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによつて行われるものであつても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定する。児童の最善利益原則である。「主として」というのは、児童の最善利益が常に唯一最高の考慮事項となるのではなく、それを上回る他の重要な原則があれば、それが優先されるということである。

児童の最善利益原則を出発点として考えるとどうなるか。私の感じた違和感のその1。裁判所は、Bの長期間の不法滞在が悪質であるというが、これはBの責任ではない。児童の最善利益原則は、Aの行為とは独立してBの利益を考へることを求める(子どもは親の付属物ではない)から、Aの行為はBの行為の評価に影響を及ぼさない。また、一般に、居住が長期に及べば、その居住国との絆は深まり、逆に出身国との絆は薄まる。Bが狭い生活空間で育ったとしても、その空間を取りまく環境は日本であり、生活のそここに日本が姿を現したはずで

るべき場合がある。追放処分の違法性の有無の判断は、国や社会に不利益となる事情(国・社会の利益)と、個人の側の事情(個人の利益)とのいずれがより重いのかによる。

裁判所の判断をみておこう。裁判所は、まず、不法残留が長期に及び、悪質であるという。また、Bの日本社会への定着性の度合いは全体として低いという。なぜか。Bが日本の幼稚園や小学校には通わず、Aや、Aのタイ国籍の友人とその子らとともに育ってきたからである。Bは、そのため、12歳の時には、日本語の会話能力はあるものの、読み書きや算数の能力は小学校低学年程度とされていた。しかし、この12歳の頃から日本の学校に通うための学習を開始し、1年後には小学校高学年相当の学力を身につけ、公立中学の2年次に編入学した。その後は、普通の中学生生活を送り、高校にも入学した。

この点について、裁判所は、Bが日本社会への定着性・順応性を高めてきたこと、Bには日本以外の国での生活経験がないことから、タイの生活環境・習慣などへの順応に困難が伴いいうることを認める。他方で、裁判所は、追放命令時にBは14歳であり、いまだ保護者の存在が必要であるところ、日本にはかかる者はなく、Bのみが日本に残留することは子の福祉に沿わないという。裁判所は、また、Bが母とタイに赴く場合には、母の監護を受けることができること、Bは14歳という可塑性に富む年

あるし、Bは、12歳以降急速に日本社会への定着性を強めてきた。他方、Bとタイとの結びつきは、日本で主にタイの人々のなかで生活してきたこと、タイ語の日常会話ができる(読み書きはできない)といった、いわば間接的なものであり、タイで一定期間生活をしたという事実もない。どちらの国との絆がより強いかは、明らかである。Bの最善利益は日本での滞在の継続である。

違和感のその2。12歳からのBの努力は、日本の社会で生きていくためのものである。それを、タイでの生活への順応性という真逆の方向で援用されるのは、Bにとって不本意であろう。違和感その3。Bが未成年であることから、なお保護者が必要であることは事実である。しかし、国際社会や他国では次のような判断がなされることも多い。①Bの最善利益は日本での生活の継続にある。②Bは、いまだ親による養育が必要である、従つて、③Aの追放はBの最善利益に反し、A Bとも日本に残留することが認められるべきである。

このようにみてくると、Bの最善利益を上回る事情、つまり、Bの追放を支持する事情はほとんどないということになりはしないか。裁判所の判断の是非は、人により考え方が分かれ、最終的には、それぞれの価値観による。ただ、この種の問題を考え、議論する必要性は、日本社会のグローバル化とともに、ますます必要になるように思う。

在留特別許可に係るガイドライン

平成18年10月
平成21年7月改訂
法務省入国管理局

第1 在留特別許可に係る基本的な考え方及び許可判断に係る考慮事項

在留特別許可の許可の判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して行うこととしており、その際、考慮する事項は次のとおりである。

積極要素

積極要素については、入管法第50条第1項第1号から第3号（注参照）に掲げる事由のほか、次のとおりとする。

1 特に考慮する積極要素

- (1) 当該外国人が、日本人の子又は特別永住者の子であること
- (2) 当該外国人が、日本人又は特別永住者との間に出生した実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、次のいずれにも該当すること
 - ア 当該実子が未成年かつ未婚であること
 - イ 当該外国人が当該実子の親権を現に有していること
 - ウ 当該外国人が当該実子を現に本邦において相当期間同居の上、監護及び養育していること
- (3) 当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、次のいずれにも該当すること
 - ア 夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること
 - イ 夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること
- (4) 当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること
- (5) 当該外国人が、難病等により本邦での治療を必要としていること、又はこのような治療を要する親族を看護することが必要と認められる者であること

2 その他の積極要素

- (1) 当該外国人が、不法滞在者であることを申告するため、自ら地方入国管理官署に出頭したこと
- (2) 当該外国人が、別表第二に掲げる在留資格（注参照）で在留している者と婚姻が法的に成立している場合であって、前記1の（3）のア及びイに該当すること
- (3) 当該外国人が、別表第二に掲げる在留資格で在留している実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、前記1の（2）のアないしウのいずれにも該当すること
- (4) 当該外国人が、別表第二に掲げる在留資格で在留している者の扶養を受けている未成年・未婚の実子であること
- (5) 当該外国人が、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること
- (6) その他人道的配慮を必要とするなど特別な事情があること

消極要素

消極要素については、次のとおりである。

1 特に考慮する消極要素

- (1) 重大犯罪等により刑に処せられたことがあること
＜例＞
 - ・ 凶悪・重大犯罪により実刑に処せられたことがあること
 - ・ 違法薬物及びけん銃等、いわゆる社会悪物品の密輸入・売買により刑に処せられたことがあること
- (2) 出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性の高い違反をしていること
＜例＞
 - ・ 不法就労助長罪、集団密航に係る罪、旅券等の不正受交付等の罪などにより刑に処せられたことがあること
 - ・ 不法・偽装滞在の助長に関する罪により刑に処せられたことがあること
 - ・ 自ら売春を行い、あるいは他人に売春を行わせる等、本邦の社会秩序を著しく乱す行為を行ったことがあること
 - ・ 人身取引等、人権を著しく侵害する行為を行ったことがあること

2 その他の消極要素

- (1) 船舶による密航、若しくは偽造旅券等又は在留資格を偽装して不正に入国し

たこと

- (2) 過去に退去強制手続を受けたことがあること
- (3) その他の刑罰法令違反又はこれに準ずる素行不良が認められること
- (4) その他在留状況に問題があること

<例>

- ・ 犯罪組織の構成員であること

第2 在留特別許可の許否判断

在留特別許可の許否判断は、上記の積極要素及び消極要素として掲げている各事項について、それぞれ個別に評価し、考慮すべき程度を勘案した上、積極要素として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情を上回る場合には、在留特別許可の方向で検討することとなる。したがって、単に、積極要素が一つ存在するからといって在留特別許可の方向で検討されるというものではなく、また、逆に、消極要素が一つ存在するから一切在留特別許可が検討されないというものでもない。

主な例は次のとおり。

<「在留特別許可方向」で検討する例>

- ・ 当該外国人が、日本人又は特別永住者の子で、他の法令違反がないなど
在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・ 当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻し、他の法令違反がない
など
在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・ 当該外国人が、本邦に長期間在住していて、退去強制事由に該当する
旨を地方入国管理官署に自ら申告し、かつ、他の法令違反がないなど
在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・ 当該外国人が、本邦で出生し10年以上にわたって本邦に在住してい
る小中学校に在学している実子を同居した上で監護及び養育していて、
不法残留である旨を地方入国管理官署に自ら申告し、かつ当該外国人親
子が他の法令違反がないなどの在留の状況に特段の問題がないと認めら
れること

<「退去方向」で検討する例>

- ・ 当該外国人が、本邦で20年以上在住し定着性が認められるものの、
不法就労助長罪、集団密航に係る罪、旅券等の不正受交付等の罪等で刑
に処せられるなど、出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性
の高い違反をしていること
- ・ 当該外国人が、日本人と婚姻しているものの、他人に売春を行わせる
等、本邦の社会秩序を著しく乱す行為を行っていること

(注) 出入国管理及び難民認定法 (抄)

(法務大臣の裁決の特例)

第50条 法務大臣は、前条第3項の裁決に当たって、異議の申出が理由がないと認める場合でも、当該容疑者が次の各号のいずれかに該当するときは、その者の在留を特別に許可することができる。

- 一 永住許可を受けているとき。
- 二 かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき。
- 三 人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき。
- 四 その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき。

2, 3 (略)

別表第二

在留資格	本邦において有する身分又は地位
永住者	法務大臣が永住を認める者
日本人の配偶者等	日本人の配偶者若しくは民法（明治二十九年法律第八十九号）第八百七条の二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
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
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