

# LGBT 外国人と退去強制の社会学

## — マイノリティのマイノリティ（外国人性的少数者）の 権利は保護されるのか —

丹 野 清 人\*

- 0 はじめに
- 1 事実の概要
- 2 双方の主張と一審判決
- 3 控訴審における双方の主張と控訴審判決
- 4 国側主張および裁判所の判断に残る疑念Ⅰ——地方入管局長に在留特別許可の裁決権が委任されていく過程の確認
- 5 国側主張及び裁判所の判断に残る疑念Ⅱ——実務の実態との関連で
- 6 我が国は家族に包摂されない人の権利を無視するのか
- 7 結語にかえて

### 0 はじめに

本稿は、研究者の立場から、筆者が最高裁判所に提出した意見書の改稿版である。裁判所に提出した意見書は、具体的に事件の経緯を記す必要があるので正確に事実を記述した。だが、そこには本人のプライバシーに関する部分が多々含まれる。本稿は事実概要については本論での議論に関する限りにとどめた。筆者は、日本におけるLGBT外国人の権利保護が構造的に不可能になっていることを論じた部分を公開したいと思い、M氏および弁護団の了解のもとで公表できる部分について公表することとした<sup>1)</sup>。

本稿は、M氏に発布されている退去強制令書が著しく日本の法秩序において

---

\* TANNO, Kiyoto 首都大学東京大学院 人文科学研究科 教授 warashibechoja@hotmail.co.jp

例外的な現象であり、それが、M氏がトランスジェンダーであるという事実拘束されていることの問題性を論じるものである。筆者の意見は、①在留特別許可の裁決の地方入管局長への委任は行政庁の内部文書である通達を通して拡大されてきたものであり、入管法69条の2でこれが法文として定義された後でもこれまでの経緯のなかに位置づけられるものであること。②1990年代を通して順次拡大してきた在留特別許可の地方入管局長による裁決は裁決できる要件が予め決められてきたものであり、法務大臣の行うこれとは大きく性質を異にすること。その結果、③裁決行政庁である地方入管局長による裁決に全くの自由裁量は認められないし、処分行政庁である東京入国管理局横浜支局主任審査官による退去強制令書の執行は現在の国内的、国際的社会的環境のもとで警察比例原則や平等原則の制約を受ける要請があるというものだ。

本事件で、M氏に退去強制令書が執行される原因となったものは、氏の過去に犯してしまった覚せい剤取締法違反事件である。M氏はこの刑事事件で有罪判決を受けた事実がある。しかし、その一方で、M氏と同様に過去に覚せい剤取締法違反事件で有罪判決を受けて退去強制令書が執行されたにも拘わらず、国が在留特別許可を発布し在留を認めたケースも複数存在している。この同様な先例と比較した場合、M氏への処分は問題と言わざるをえない。なぜならM氏が同性愛者でトランスジェンダーであることが、構造的に氏を先例の枠組みから排除してしまっているからである。筆者はこの点の問題を裁判所に今一度考えてもらいたく、このような意見書を書くこととしたのであった。

## 1 事実の概要

日系三世の原告M氏は、1997年に新東京国際空港から入国しデカセギ労働者として稼働していた。2011年4月までに、外国人登録を17回も変更しながら、一度も帰国することなく働いた。2012年9月に、M氏は警視庁大井警察署に覚せい剤取締法違反で逮捕された。この事件で、11月14日に東京地裁は刑を懲役1年6月、執行猶予3年と言い渡し、判決は11月29日に確定した。

2013年2月4日と14日に、法務省東京入国管理局横浜支局入国警備官がM氏への違反調査を実施した。5月27日、M氏に入管法24条4号チに該当の疑いが

あるとして収容令書が発布された。5月29日、収容令書が執行されM氏は入管収容場に収容された。収容されると即日、東京入国管理局横浜支局入国審査官に引き渡され違反審査が行われた。違反審査の結果、入管法24条4号チに該当と認定され、この認定がM氏に通知された。M氏は特別審理官に口頭審理請求を直ちに行った。同日に、M氏に仮放免許可が出された。

M氏は、この間にレストランを開業していた。2013年9月6日、M氏に対する口頭審理が行われた上で、特別審理官は認定に誤りがない旨の判定を行い、M氏にこれを通知した。M氏は同日に法務大臣に対する異議の申し出を行った。9月12日、裁決行政庁（東京入管局長）が異議の申し出には理由がない旨の裁決をし、処分行政庁（東京入国管理局横浜支局主任審査官）に通知した。10月24日、処分行政庁は裁決を通知して退去強制令処分（以下、これを「本件退令処分」と言う）とし、東京入国管理局横浜支局入国警備官は退令書を執行、M氏を入管収容場に収容した。M氏は、10月28日に東京地裁に本件を提起した。11月28日に再び仮放免された。

M氏はこれまで18年間一度も帰国することなく日本で過ごし、住居変更した際も遅滞なく外国人登録の変更をしてきた。在留資格「定住者」として8回の期間更新を行いながら日本で過ごしてきた。ところで、M氏は同性愛者であり、確定した覚せい剤取締法違反事件も、覚せい剤の使用は当時M氏が付き合っていた男性からの勧めで始めていた。また、この間に容姿を変え、M氏はトランスジェンダーとなっている。

## 2 双方の主張と一審判決

一審訴状から見る原告側の主張は以下のようなものになる。原告M氏は真の日系三世のブラジル人であり、①日系人の在留資格は我が国との結びつきの強さを考慮されて認められてきた経緯があるのだから、この点を配慮しなくてはならない。②M氏は18年も本邦に連続して居住し続けており、長期間にわたる在留は考慮するに値する。しかも、③M氏はトランスジェンダーであり、容姿も男性性を感じさせるものはほとんど消えており、ブラジルに帰国した際にブラジルの労働市場に入ることはきわめて困難であり、家族にも受け入れられる

かどうか不確定である。その上で、④M氏が犯した罪は自己使用目的の覚せい剤取締法違反であり、これまでも自己使用目的の覚せい剤取締法違反事犯では在留特別許可が出ているケースも複数存在しており、M氏もこれに相当するということであった。

これに対して、国側の主張は、「国家は外国人を受け入れる義務を国際慣習法上負うものではなく、憲法上も、外国人は我が国に入国する自由を保障されているものではないことはもちろん、在留の権利ないし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。」「永住者の在留資格を有していても、その例外ではなく、法の予定する退去強制手続きから除外されていない。」名古屋地方裁判所平成21年（2009年）1月29日判決（判例集未登載）でも、「その者の在留を特別に許可することができる」ときの一つに「永住許可を受けているとき」（入管法50条1項1号）とあるが、これも「在留特別許可の拒否に当たり配慮することができる事由に定められているにすぎない」ものである。在留特別許可は、法務大臣等が「当該外国人の一切の行状等の個別事情や、国内の治安と善良な風俗の維持、保健衛生の確保、労働市場の安定等の諸般の事情を考慮して在留特別許可を付与すべきか否かを判断する」のであるから、日系性や永住者であることも判断材料の一つにしか過ぎないと論じる<sup>2)</sup>。

M氏がトランスジェンダーであること、およびそのブラジルへの帰還可能性について、国は①違反調査や口頭審理の段階ではトランスジェンダーであることの問題がでていなかったこと<sup>3)</sup>、②ブラジル政府が用意した帰国した労働者をブラジル労働市場へ復帰させる「帰伯労働者情報支援センター（NIATRE）が存在し、海外から帰国した者に対する職業斡旋を行っているセンター等も存在するから、帰国後にM氏が就職をすることができないというのは憶測にしか過ぎないから理由がない」としていた<sup>4)</sup>。

お互いの準備書面を通じた論争を、東京地裁は二つの論点に分け判断した。第一に在留特別許可をすべきかどうかについての裁決の適法性、第二にM氏を国外退去させるべきかどうかについての退令処分の適法性である。まずは、在留特別許可の裁決の適法性について、東京地裁がどのように考えたのか見ておこう。在留特別許可に関する法務大臣の権限は、入管法69条の2および入管法施行規則61条の2などを通して地方入管局長に委任することができるとなっ

いる。本件はその委任を受けた裁決行政庁が行ったものであるから、この在留特別許可の判断は法務大臣の権限として述べることに妥当する。憲法は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、国に対し外国人の入国又は在留を許容することを義務づける規定もない。特別の条約が無い限り国家は外国人を受け入れる義務を負っていないのだから、外国人を自国内に受け入れるかどうか、受け入れた場合にいかなる条件を付するかは、当該国家が自由に決定することができる。このことと在留特別許可を与えるかどうかは考えを同じくしている。よって、在留特別許可に当たっての法務大臣等の判断が違法となるのは、その判断が全くの事実の基礎を欠き、又は社会通念上著しく妥当性を欠くことの明らかなことが必要であり、この場合に法務大臣等に与えられた裁量権の範囲の逸脱又は濫用ということになる。

次いで、第二の退令処分 of 適法性について見ていこう。M氏は平成19年(2007年)または20年(2008年)頃より、当時付き合っていた男性の勧めで覚せい剤を用いるようになった。覚せい剤は使用者本人に影響を与えるばかりか二次犯罪を引き起こしたり、社会に蔓延した場合には人身をむしばんだりして、国家の存亡すら危うくしかねない。この点で、原告は国内の治安や善良な風俗の維持に反する行為をした。その一方で、ブラジルで同性愛者を被害者とする事件が発生していたとしても、M氏が帰国した場合に直ちにそのような事件に遭うと言うことができない以上、M氏の身体への安全性に対する懸念は一般的抽象的なものととどまる。

よって、在留特別許可の裁決の適法性、退令処分の適法性のいずれについても、原告に有利にしんしゃくしうる事情を可能な限り考慮しても、在留特別許可を付与しなかった本件裁決が、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であるなど、法務大臣等に与えられた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は認めがたいので適法なものである、としてM氏を敗訴とした。

### 3 控訴審における双方の主張と控訴審判決

一審判決を不服として、M氏側は2015年4月24日に控訴理由書を東京高等

裁判所に提出する。少しこの控訴理由書の検討を行うことで、控訴審での議論を押さえておこう。原告側は、控訴審では在留特別許可の判断に当たって法務省が公表しているガイドラインを問題にする。ガイドラインでは「特に考慮する積極要素」、「その他の積極要素」、「特に考慮する消極要素」、「消極要素」の4つの裁決の際に考慮されるポイントが分類され、基準の明確化が行われている。それぞれの要素が個別に勘案された上で、積極的に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った場合に、在留特別許可の方向で検討が行われる。ただし、積極要素がひと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ものでもないし、同様に消極要素が一つ存在するからといって在留特別許可の検討が行われないというものでもない。

国側の主張および一審判決では、外国人の長期滞在は在留特別許可の際の考慮する要素の一つにはなるが、考慮しなければならないものではないという。しかし、国が明らかにしているガイドラインでは「その他の積極要素」の一つに、「当該外国人が本邦での滞在期間が長期に及び、本邦への定着性が認められること」と挙げられている。そうであるならば、本邦への定着性の判断が十分に検討されなければならない。M氏の場合には、覚せい剤取締法違反事件での有罪のみが消極要素になっている。それは一審判決でも刑事事件における有罪判決が「重大な消極要素として評価されるべき」となっていることから明らかだ。しかし、ガイドラインではすべての薬物犯罪を「特に考慮する消極要素」とはしていない。このカテゴリーに当たるものは「違法薬物および拳銃等、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」になっている。すると、M氏の自己使用による覚せい剤取締法違反事件は「その他の消極要素」に当たるに過ぎない。また、M氏が幻覚や精神状態に異常をきたしたり、周囲の人々や社会に何か危害を加えたりした事実はない<sup>5)</sup>。

その一方でM氏には積極的に評価すべき事情が存在する。それが同性愛者やトランスジェンダーの人々に対する権利保護である。この性的マイノリティの権利は、国連人権理事会で2011年6月に国連決議(A/HRC/17/L.9/Rev.1)となっている。そこでは個人の性的志向や性同一性を理由とする暴力や差別に対して「由々しき懸念」の表明が行われて、性的マイノリティの権利は国際的な枠組みからアプローチしなくてはならないとされている。国連人権高等弁務官事務所

は性的マイノリティのホモフォビアから守られる権利は、世界人権宣言3条、自由権規約6条及び9条、難民条約33条1項に認められるとしているし<sup>6)</sup>、同性愛者が拷問や非人道的な取り扱いを受けない権利や品位を傷つけられない権利は、世界人権宣言5条、自由権規約7条、拷問等禁止条約1条1項、2条1項で認められている<sup>7)</sup>。同性愛に基づく差別は、世界人権宣言2条、7条、9条、及び12条、自由権規約2条1項、6条2項、9条、17条及び26条で禁じられ<sup>8)</sup>、性的志向及びジェンダーアイデンティティに基づく差別は、世界人権宣言2条及び7条、自由権規約2条1項及び26条、社会権規約2条、児童の権利条約2条で禁じられている<sup>9)</sup>。さらに、LGBTの人々に対する表現の自由や結社の自由は、世界人権宣言19条及び20条1項、自由権規約19条2項及び21条、22条で規定されている<sup>10)</sup>。性的マイノリティの人々の人権は、確立された国際人権法で保障されつつ、国連による一連の取り組みが行われているところである。一審判決は、国内法の論理だけで判断しており、国際法規や憲法にもうたわれている国際協調主義に基く国際社会の一員としての責任を放棄している。

国側は、この控訴理由書に対して真っ向から反論する。そもそもガイドラインは「在留特別許可に係る一義的、固定的な基準を示すものではなく、当該許可の拒否判断に当たり考慮する事項をあくまで一般的抽象的に例示したものに過ぎない」。在留特別許可の付与は、「法務大臣等の広範な裁量権を前提として、諸般の事情を総合的に考慮した上で個別に決定されるべき恩恵的措置であって、その拒否の判断を拘束する行政先例ないし、一義的、固定的な基準は存在しない。このことは、法が、在留特別許可について、その付与すべき要件を何ら具体的に規定せず、その拒否の判断を法務大臣等の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広範なものとした趣旨からも明らかである」。国はこのように、全くの自由裁量論として在留特別許可を扱うことによって、あたかも自らが公表したガイドラインにすら縛られないという主張を行う。

にもかかわらず、ガイドラインを制定しその改訂をしたのは、第171回の通常国会において成立した「出入国管理及び難民認定法に関する特例法の一部を改正する等の法律（平成21年法律第79号）」の審議で、この法律の附則60条2項に「入管法第50条第1項の許可の運用の透明性を更に向上させる等その他出頭を促進するための措置その他不法滞在者の縮減に向けた措置を講ずることを



検討するものとする。」との規定が追加修正されたためであると述べる。そして、ガイドラインでは確かに、原告主張のように、「特に考慮する積極要素」、「その他の積極要素」、「特に考慮する消極要素」、「その他の消極要素」に分類した上で在留特別許可の拒否判断の考え方を示している。しかし、これも「在留特別許可の方向」で検討する例、「退去の方向」で検討する例を複数掲載することで透明化をはかるのにとどまり、個々の事案は、①在留を希望する理由、②家族状況、③素行、④内外の諸情勢、⑤人道的な配慮の必要性、⑥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。したがって、ガイドラインも基準ではなく考慮する事項を例示的に示したものに過ぎないと国は言う。加えて、原告側が展開した性的マイノリティの権利については、国連人権委員会により採択された決議にブラジルも賛成し、ブラジル政府が同性愛者の権利保護に尽力しているから、M氏が帰国しても問題ないと論じるのである。

東京高裁は、一審判決に若干の文言の修正を行った上で、「控訴人は、控訴人が本件刑事判決を受けたのは薬物を自己使用したことによるものであり、これはガイドラインの特に考慮する消極要素には該当せず、その他の消極要素として挙げられている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に該当するにすぎないから、控訴人が覚せい剤使用等の事実で本件刑事判決を受けたことを重く評価するのは不当である旨を主張する。しかし法務大臣等に在留特別許可の権限を与える趣旨に鑑み、控訴人が本邦在留中に覚せい剤を常習的に使用し、本件刑事判決を受けたことを、控訴人に対する在留特別許可の拒否の判断における重大な消極要素として評価することが何ら不合理ではないことは前記ア判示の通りであって、控訴人の主張は採用できない」という文言を加えた。一審と同様に、高裁も、ほぼ100パーセント国の主張に沿った判断をしたのである。

#### 4 国側主張および裁判所の判断への懸念Ⅰ——地方入管局長に在留特別許可の裁決権が委任されていく過程の確認

さて、これまでの議論から、国側の主張及び裁判所の判断で筆者が疑念に思ったことを論じていきたい。



東京地裁判決は、「法務大臣の権限は地方入国管理局長に委任することができる（入管法69条の2、入管法施行規則61条の2、第11号）ところ、本件においては裁決行政庁がその委任を受けているため、在留特別許可に関し法務大臣の権限と述べることは、裁決行政庁に妥当する」、なぜなら「国に対し外国人の入国又は在留を許容することを義務づける規定は存在しない。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、特別の条約が無い限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、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」からだとし、すべての論理をここから組み立てている。

国の主張では法務大臣に与えられていた権限を地方入管局長に委任する法的手続きが整うと、法務大臣が行う裁決と地方入管局長が行う裁決とはまったく同じ裁決になるとしている。しかも、外国人には、そもそも日本に入国する権利もなければ引き続き在留することを要求する権利もないと言う。確かに外国人が日本に入国することを権利として要求することはできない。だが、国が有効な査証を持った外国人の入国を拒否することも入管法は許していない。入管法9条1項は「外国人が上陸許可条件（入管法7条1項）の一に適合する場合は上陸の許可を証印しなければならない」と定めているからだ。入管法では外国人の権利という言葉はでてこないが、有効な査証を持った外国人の入国を拒否できないように、外国人の入国や在留に国が全く自由に振る舞ってよいとはなっていない。

むしろ、実務の上では、手続き規定を通して実質的に権利に等しい効果が用意されている。退去強制手続きでも、異議申立制度や裁判に訴えることが認められている。在留特別許可は、本来この国に滞在することが違法である者を、その者の特殊な事情に鑑みて「恩恵」により合法的にその滞在を許可する。だからこそ、在留特別許可が発布されなければ、その者は退去強制処分とならざるを得ない。すると、この裁決は、ある意味、法を曲げるものであるから、裁決者に極めて大きな裁量が与えられるのは当然なのだ。しかし、裁量権が大きいことや裁量の幅が広いからといって、直ちに裁決者がどのように振る舞ってもよいとはならない<sup>11)</sup>。統帥権の独立によって、大日本帝国憲法が存在しながら

軍部の暴走を招いた反省のもとに作られた現行憲法のもとで、たとえ外国人に対してであっても、裁決者が何ものにも全く縛られずに裁決できるという解釈は行いえない。しかも、本件で問題になっているのは地方入管局長の裁決である。

ここでどのように法務大臣から地方入管局長に在留特別許可の裁決権が移されるようになってきたのか、地方入管局長の裁決する在留特別許可とはどのような性質のものなのかを見ておきたい。国の言うように在留特別許可の発布が全くの自由裁量で行われてきた時期は存在したかもしれない。だが、時間の経過とともに実務的には通達を通して、在留特別許可の裁量の幅は変わってきた。「平成4年4月8日及び平成8年8月1日付け法務省入国管理局長通達」（以下、この通達を「日配通達」と言う）は、「①不法入国、不法上陸、不法残留事案については上陸後（不適法・適法を通じて）3年以上本邦に在留していること、②日本人又は永住者と婚姻し、その婚姻に信ぴょう性及び安定性が見られること、③当該外国人が在留特別許可を申請（入管用語で「在留を希望して異議を申し出ている」こと）していること、④当該外国人が在留を希望していて異議を申し出ていることの各要件を満たす場合は在留特別許可をする。右基準に該当する事例についての在留特別許可処分（法務大臣裁決）は地方入管局長が専決する」とした。その後、日配通達は拡大され、平成8年（1996年）7月30日に「日本人の実子を扶養する外国人の取り扱いについての通達」（以下、これを「定住母子通達」と言う）となり、日本人等の実子を持つ場合に扶養者たる外国人親に在留資格を与えることとした。そして平成11年（1999年）4月6日に出された通達では日配通達の見直しが行われ（この通達を以下「婚姻通達」と言う）、子の有り無しに拘わらず、日本人等の配偶者については在留期間を問わないこととした<sup>12)</sup>。

こうした在留特別許可の地方入管局長への委任の事情がどのようなものであったのかは、「平成11年4月16日付法務省入国管理局長通達『出入国管理及び難民認定法に基づく上陸又は在留に関する異議の申し出に対する法務大臣の裁決の特例による許可の一部を地方入国管理署の長に専決させることについて』」（以下、この通達を「平成11年通達」と言う）から判断できる。そこでは「政治、外交、治安等に影響を及ぼすおそれがあるなど重要な案件以外のもので、

日本人等と婚姻しており、その婚姻の信ぴょう性および安定性が認められるものについては、行政の簡素化を図るため地方入国管理署の長が専決できる」と示されていたのである<sup>13)</sup>。

では「日配通達」、「定住母子通達」、「婚姻通達」、「平成11年通達」は何を示しているのだろうか。日配通達は、4つの要件を満たした場合には地方入管局長が専決するというものである。定住母子通達は、それが日本国籍を有している子を持つ外国人親にも広げられ、婚姻通達はたとえ子がなくとも婚姻期間中であれば、配偶者の外国人の在留期間を問わず、地方入管局長が専決できるとしたものだ。平成11年（1999年）通達は政治や外交、治安に影響を及ぼすおそれがなく、かつ、日本人等との婚姻が実体を伴ったものであれば、行政の簡素化のためにも地方入管局長が在留特別許可を専決できるとしたものである。そして、これら行政庁の内部文書で行ってきた地方入管局長への在留特別許可の裁決権の委任を法的にも安定させるために、これを法文のなかに取り込んだものが現行の「入管法69条の2」および「入管法施行規則61条の2」となるのだ。地方入管局長に法務大臣の権限を委任する改正は、第153回臨時国会に提出されて可決・成立し平成13年（2001年）法律第136号として公布されているのだから、入管法69条の2及び入管法施行規則61条の2の法文が、それ以前の通達の延長に位置づけられるものという筆者の解釈は間違いないはずだ<sup>14)</sup>。

これらの通達を示すのは、国や裁判所が言うように、法務大臣の行う在留特別許可の裁決と地方入管局長のそれとが全く同じであるというようなものではないということだ。地方入管局長に託される裁決は、一定の要件の整った場合の裁決なのであり、それは通達によって規定されてきたものなのだ。同じなのは、法務大臣の裁決も、地方入管局長の裁決も、在留資格を失っている者に在留資格を与えることができるという同じ効果をもたらすことだけだ。判断水準が同じなのではない<sup>15)</sup>。

ところで、入管行政における通達は、公表されることもあれば公表されないこともある。「定住母子通達」は広く一般に公表されたが、これは例外的な場合だ。だからこそ、在留特別許可が入管局のルーチンワークになって件数が増えてくると従って、その裁量の大きさに対して様々な疑念が寄せられるようになった。その結果、国もこうした声を無視することができなくなり、2003年よ

り極めて一部であるが在留特別許可をした事例を法務省入国管理局のホームページで公表するようになった。そして在留特別許可行政のさらなる透明化として、本件控訴審で争点となった在留特別許可のガイドラインの公表が行われていくのである。

国側の主張及び裁判所の判決のなかでは、あたかも本件における裁決がマクリーン事件の判例（後述）と全く同じ性質のものであるかのように議論されている。しかし、入管法69条の2は、法文上も①永住の許可、②難民への永住の許可、③難民認定の取り消しに関する裁決を地方入管局長へ委任する裁決から除外している。法務大臣の行う裁決と地方入管局長の裁決には明らかな違いが存在しているのだ。本節でも述べたように、地方入管局長に委任されるようになった在留特別許可の裁決は、通達を通して裁量の範囲がこれまでも定められてきたものであり、行政の簡素化のために一定の要件を満たした場合に地方入管局長（地方入国管理署の長）が裁決できるとされたものなのだ。高度な政治的判断を伴う法務大臣による裁決とは全く異なるものなのである。

## 5 国側主張および裁判所の判断への懸念Ⅱ——実務の実態との関連で

在留特別許可に対する裁量の問題を実務の実態との関連からも考えたい。国側の主張及び東京地裁判決にも出てくるマクリーン事件は、在留期間更新許可申請に対する法務大臣の裁量の範囲を問題にしたものだ。外国人の人権の範囲を示すものとして判例集や法学書では必ず引用される。「法務大臣は、在留期間の更新の可否を決するにあたっては、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の風俗の維持、保険・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、申請者の申請事由の当否のみならず、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、国際礼譲など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならないのであるが、このような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができないものと考えられる」という文言は、在留特別許可を争う事件の裁判では繰り返し引用されてきた。

ところが、前節でも論じたように、本事件の判断権者は法務大臣ではなく地方入管局長だ。法務省の一セクションである入国管理局のもとに設けられた8つの地方入管理局のうちの一人の長による判断にすぎない。内閣の一員である法務大臣であれば、「国内の治安と善良の風俗の維持、保険・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、申請者の申請事由の当否のみならず、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、国際礼讓など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならない」といった高度な政治的判断を行うこともあろう。そしてこうした高度な政治判断をとまなう事件に広い裁量権が求められるのも理解できる<sup>16)</sup>。

しかし、マククリーン事件の頃の在留特別許可と今の在留特別許可とは大きな違いが存在している。日系人の就労を可能にした「平成2年法務省告示第132号（いわゆる「定住告示」）」が出される以前、在留特別許可は毎年ほぼ400件から500件程度しか出ていなかった。行政庁の開庁日を考えれば一日当たり2件程度の判断を行っていたというものだ。これが1990年の入管法改正以後の在留特別許可の発布件数になると、許可件数が桁違いに増えているのだ。近年（この10年以内）でも多い年では1万件以上、2013年はこの10年で最も少なかったようだが、それでも2840件ほどは出ている。地方入管局長に在留特別許可の権限を委任せざるを得なくなって以降、在留特別許可に対する自由裁量が無条件に認めることはできない。少ない年でもおよそ3000件程度の在留特別許可をしていることは、1カ月におよそ250件、1週間当たりでも60件以上出していることになる（棄却件数を考えれば、判断を行った数はいっしょに多いことになる）。一日に1、2件程度の判断を行っていた頃であれば、全くの自由裁量で行っていたかもしれないが、今や在留特別許可は完全にルーチンワーク化した行政行為になっている。そして、そうした状況が定常的になったからこそ、法務大臣にのみ与えていた在留特別許可の判断権を地方入管局長にも委任することになったのだ。こうした行為であることを考えれば、例えば法文上裁量が広く認められていたとしても、「法律による行政の原理」、「平等取扱いの原則（平等原則）」、「警察比例原則（比例原則）」といった行政上の一般原理により強く縛られなくてはならない。

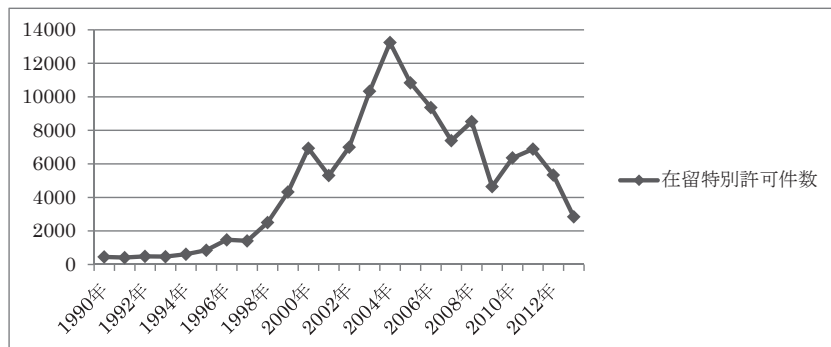


図1 在留特別許可件数

在留特別許可が認められなかった場合、M氏には退去強制令が執行される。2005年11月に広島で起きた日系ペルー人による少女誘拐殺人事件の後<sup>17)</sup>、2006年4月29日以降、国は日系人の定住ビザの発給及び在留期間更新に当たって犯歴照会を行うようになった<sup>18)</sup>。ただでさえ、退去強制歴のある人が日本に入国することは認められないのに、犯歴照会が入って以降の状況を考えれば、退去処分を受けたM氏が日本に戻れる可能性はない。退去強制令の執行は、氏に「死刑」を宣告するようなものだ。生物学的に氏は生きている。だが、M氏と「周囲の人びと」との関係は二度と修復されることなく、M氏の生はこの国から永遠になくなるのである。これは「社会的な死」に他ならない。入管法は国内の秩序・治安のための法であり、退去強制令の執行が当該外国人に対するこの国での「死」を意味するものであればこそ、比例原則と平等原則には縛られないなければならない。入管がホームページ上で明らかにしている在留特別許可を認めた事例でも、覚せい剤使用で逮捕されこれに対する判決が出ている事案が載っているのは、「社会的な死」を与えるには配慮を必要とするケースが多々存在するということの証でもある。

また、在留特別許可を行うに当たって平成18年（2006年）10月に法務省入国管理局が公示していた「在留特別許可に係るガイドライン」（いわゆる「旧ガイドライン」）では「（4）人道的配慮を必要とする特別な事情のあるとき」の事例で「本邦への定着性が認められ、かつ、国籍国との関係が稀薄になり、国籍国

において生活することが極めて困難である場合」と示されてもいた。旧ガイドラインでは帰国の可能性が問題にされるのではなく、帰国後の生活の困難性が予定されているかどうかが問題になっていた。平成21年（2009年）7月に旧ガイドラインが改訂されると（いわゆる「新ガイドライン」）、先の部分は「2その他の積極要素」のなかで「（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」となった（新ガイドラインでは、我が国への定着性のみが問題になり、帰国後の生活困難性は要件から外れた）。

M氏の事件では、氏が自らのレストランを経営することにより、本邦との様々な社会関係を構築し、デカセギ労働者時代には認めることが難しかった本邦への定着性を実態のともなったものとして形成してきていることが認められる。覚せい剤を使用してしまったが、決して他人への譲渡や販売を目的としたものではない。繰り返して強調すると、これまでの法務省が公表している在留特別許可を認めた事例のなかでも、自己使用だけを目的とした覚せい剤事犯では在留特別許可が認められている事例を複数確認できる。

また、身体的自由を拘束する場合、自国民には現行犯以外は令状主義で、逮捕状の発付、勾留状の発付のそれぞれの段階で裁判所による事前審査がある。逮捕・勾留されても、準抗告により速やかに保釈や勾留取消による身体拘束からの解放の制度が保障されている。しかし、入管法違反による摘発では、退去強制令書の発付は主任審査官が行うものであり、裁判所による事前関与が排除されている。しかも直ちに送還ができない場合に、「送還が可能なきまで」という不確定な期限に渡る収容を認めている。長期にわたる収容・身体的拘束に司法の事前審査がないばかりか、身体的拘束に対する不服申し立ての機会も与えられていない。身体的拘束からの解放である仮放免も、入管収容所長または主任審査官による決定で、司法の関与の結果ではない。このように入管法ではそもそも手続き保障がほとんど存在していない。入管法には人権保障という点で、司法の関与が最小化されており、こうした法の構造にあっては裁量が積極的に活用されることの方が公共の福祉にかなう<sup>19)</sup>。さらに言えば、M氏が強制退去させられれば、それは氏と氏を取り巻く人びとに回復困難な損害を与えるのだから、厳格に判断されなくてはならない。

以上のことから、旧ガイドラインに照らし合わせてもM氏が帰国した際の生



活困難性は十分に予見でき、かつ、M氏に在留特別許可を認めても、決してこれまで認めてきたラインを踏み越えるものにはならない（個人使用目的の覚せい剤取締法違反のある事例の一つ）。さらに言えば、覚せい剤使用が国の言うように習慣性が強いのであれば、氏は必ずやもう一度法違反をしてしまうはずであり、その際に退去強制令を執行しても遅くはない。日本への定着が認められるのに「死刑」にも等しい「社会的な死に至らしめる」のは犯した罪の大きさに比してあまりにも大きすぎる。初犯で執行猶予にしかかかっていない罪で、「死刑」にも等しい効果を与えるというのはあまりにも平等原則や比例原則から乖離している。また、他の事例と鑑みて、同様な事例で認められているものがあるのにこの事例では認められないというのでは、トランスジェンダーだから認められなかったのではないかという危惧を強く抱かせる。このような危惧を抱かせるような退去強制令の執行には細心の注意が払われなければならない。最後の危惧が、私にこの意見書を書かせることになった。

## 6 我が国は家族に包摂されない人の権利を無視するのか

さて、本事件でM氏に対する退去強制令書の執行が行われ、氏に在留特別許可が認められないのは、結局のところ、M氏が本邦に在留している家族を持っていないことに起因していると思われる。筆者が独自に調べた範囲でも、①日本人と婚姻した外国人があへん法違反で有罪判決を受けたが在留特別許可が発布されたもの<sup>20)</sup>、②日本人と婚姻した外国人が麻薬であるジヒドロコデインを含有する錠剤を輸入しようとして有罪判決を受けたが在留特別許可が発布されたもの<sup>21)</sup>、③日本人と婚姻した外国人が大麻を輸入しようとするなどして有罪判決を受けたが在留特別許可が発布されたもの<sup>22)</sup>、④日系二世の外国人と婚姻した日系三世の外国人が覚せい剤の自己使用で有罪判決を受けたが在留特別許可が発布されたもの<sup>23)</sup>、⑤日系二世の外国人が麻薬等の自己使用で有罪判決を受けたが在留特別許可が発布されたもの<sup>24)</sup>、⑥日系三世の定住者で在留中に自己使用で覚せい剤取締法違反の有罪判決を受けたが、執行猶予期間中に日系二世の外国人と婚姻し、その後に在留特別許可が発布されたもの<sup>25)</sup>、⑦日系三世の外国人で麻薬及び向精神薬取締法違反・大麻取締法違反で有罪判決を受けたが在

留特別許可が発布されたものがある<sup>26) 27)</sup>。国は、しきりに氏の覚せい剤取締法違反事件の悪質性に鑑みてのことという論理を立てている。だが、それでは、すでに論じたように、個人使用目的の覚せい剤取締法違反で逮捕歴のある者に何件も在留特別許可が認められているのであるから説明がつかない。

ところで、第4節でも論じたように、日配通達→定住母子通達→婚姻通達と、一連の通達によって、地方入管局長が裁決できる事案の要件が拡大されてきた。これは日本人等との国際結婚カップルの時間的経緯の変化に相応したものとみることができる。日配通達は日本人等と国際結婚し、二人の間に子をなした外国人親については、婚姻が実体を伴ったものであれば、在留を許可するというものである。子をなしても夫婦が離婚する場合もある。そうした離婚して日本人等の配偶者ではなくなった外国人親も、日本人等の子を看護養育していく場合には在留を認めていくことにしたのが定住母子通達だ。そして婚姻通達では婚姻が実体を伴ったものであれば、子の有無とは関係なく外国人配偶者の在留を認めることにした。これらの一連の経緯から、日本人等との家族の結びつきが定着性の指標の一つとして用いられてきたこと、その指標が1) 婚姻し子をもっていること→2) 日本人等の子を看護養育していること→3) 子はないが婚姻していることと緩められてきたことが分かる。

日本人等との家族を形成していることはガイドラインのなかにも見いだすことができ、これが「本邦での定着性」を示す重要な指標になっていることは容易に察することができる。だが、本事件で問題になっているのは、同性愛者のトランスジェンダー外国人である。外国人であるM氏が日本で国籍上の性別を変更することはほとんど不可能であるし、日本が同性婚を認めない以上、氏が日本では日本人等のパートナーと家族になることはできない。家族が本邦での定着性の要件になると、性的マイノリティの人々は、もし彼・彼女がヘテロセクシャルであれば認められた状態が構造的に認められないことになってしまう。

もちろん、新・旧いずれのガイドラインでも、家族との結びつきは絶対なものではないし、本邦への定着性を示す要素の一つにしか過ぎない。しかし、そうだとはいえ、これまでに公開された覚せい剤取締法違反事件で在留特別許可の認められたケースと比較すれば、M氏に欠けているものは「日本での家族の

形成」であると容易に察せられる。国が求める「日本での家族の形成」は日本人等との法律婚だ。同性愛者ははじかれざるを得ない。

国連女性差別撤廃委員会は、高齢女性に対する差別が単なる女性差別ではなく、年齢や他の属性との複合的な要因がより影響していたとしても、女性差別として是正されなければならないと断じる（United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 2010）。この論点は「性的志向とジェンダーアイデンティティの国際人権法」報告書でも引用され、「性的志向とジェンダーアイデンティティに基づく差別の禁止」が論じられる。日本が賛同した性的志向と性同一性に関する国連決議は、複合的な要因で、結果として性的マイノリティが差別を受けることも禁じているのである（United Nations Human Rights Office of the High Commissioner 2012: 43-44）。

入管法24条4号りは「へからちまでに規定する者のほか、昭和二十六年十一月一日以後に無期又は一年を超える懲役若しくは禁錮に処せられた者。ただし、執行猶予の言渡しを受けた者を除く」として、執行猶予判決を退去強制事由から除いている。しかし、地方入管局長に在留特別許可の委任ができるようになった第153回臨時国会において、入管法24条4号には「四の二 別表第一の上欄の在留資格をもつて在留する者で、刑法第二編第十二章、第十六章から第十九章まで、第二十三章、第二十六章、第二十七章、第三十一章、第三十三章、第三十六章、第三十七章若しくは第三十九章の罪、暴力行為等処罰に関する法律第一条、第一条ノ二若しくは第一条ノ三（刑法第二百二十二条又は第二百六十一条に係る部分を除く。）の罪又は盗犯等の防止及び処分に関する法律の罪により懲役又は禁錮に処せられたもの」が加えられ、執行猶予判決も退去強制事由に含まれるようになった<sup>28)</sup>。

この件が審議された第153回臨時国会の法務委員会で、法務省入国管理局長中尾巧は「その当時は、我が国に在留する外国人の大半は、いわゆる在日韓国あるいは朝鮮人等の、基本的には我が国への定着性の強い、長い、長期在留型と私どもで申しておりますが、長期在留型の外国人で占められておりましたので、こういう外国人を念頭に置いて、この退去強制事由の中から執行猶予判決を受けた者を除くというふうになったものと承知しております。したがって、これらの方々については定着性が強いわけありますので、直ちに退去さ

せないで国内で更生をしていただく、こういう法の趣旨があったんだろうと思います（傍点は筆者挿入）」と答弁している（第153回 法務委員会会議録 第12号（平成13年11月21日））<sup>29)</sup>。定着性の強い「長期在留型」の人々を念頭に置いた入管法であったから、執行猶予判決は退去強制事由から抜いていたし、執行猶予判決しか受けていない者についての更正は日本国内で行う必要を認めていたのだ。

中尾の説明によると、執行猶予判決が退去強制事由に加えられるようになったのは、（1）「いわゆるニューカマーの数が急激にふえてまいりまして、外国人登録者数は百六十二万人ぐらいおりますが、そのうちの百万を超えるのがいわゆるニューカマーで、従来の比率が変わって」きたこと、及び（2）「外国人犯罪が非常にふえてまいりました。窃盗等あるいはピッキング盗になりまして、そういう組織として加わって犯罪を犯しているにもかかわらず、執行猶予を受けますと残りの在留期間在留を認めるということになりますと、またその組織に戻って犯罪を敢行する、そういうふうな関係がふえて」きたことを挙げている。ニューカマーの組織犯罪対策を主要なターゲットとして、執行猶予判決を退去強制事由に含めるようになったと説明している<sup>30)</sup>。外国人犯罪との関連で執行猶予も退去強制事由に含められるようになったかもしれないが、入管法は、本来、定着性の強い人々についてはその更正の余地をも残す形で作られていたし、またそのように運用されてきたものなのである。

入管法が求めているのは「本邦への定着性」であり、これが実体を伴ったものになっていることだ。「家族」に包摂されることが難しい者に、他の指標でこれを代替することは排除されていない。ビジネスを起こして、それが継続しているという事実は十分に「実態のある本邦への定着性」の指標として認めることができるはずだ。なぜなら、店舗の賃貸、日々の営業に必要な取引活動、金融機関との取引、雇用者との労使関係の締結、顧客との関係など、さまざまな信用を個人や組織から付与されることによって、M氏が事業を継続することができているのである。このビジネスを継続しているという事実は、ある意味、家族という近しい人々からの信用のみよりも、より客観的に日本社会がM氏に信用を与えていることの指標として用いることができるものだ。

国は、裁決者の自由があるから判断された裁決には違法性がなく、それぞれ

の裁決は個別的に判断されるから基準に相当するものはない、と主張している。それならば定着性の指標は様々な角度から用いられなければならない、家族との結びつきを強く判断するだけでは個別判断が形骸化していると言わざるを得ない。在留特別許可を個別判断で行うこととし、その裁量権の余地が極めて大きいとされているのも、定着性の判断を実体の伴ったものとして判断するためには不十分だ。本件では、M氏の本邦での定着性は一面的な形骸化された視点から考慮されたものであるから、行政庁の判断もこれまでの裁判所の判決も考慮しなければならないものを考慮しないで行った判断と言わざるを得ない。とりわけ、退去強制令の執行には大きな疑問をつけざるを得ない。トランスジェンダーであるM氏の本邦への定着性についての判断は、より実態に即した判断でなければならないし、その退去処分にはトランスジェンダーという属性が関わっているような懸念を持たすようなものではあってはならない。

## 7 結語にかえて

日本国憲法の出発は「個人の尊厳」と「両性の平等」にあった。とりわけ、「両性の平等」の概念は、当時の家制度の否定に意味が置かれていた。現代では、日本も、2011年の性的志向と性同一性に関する国連決議（A/HRC/17/L.9/Rev.1）に賛成を投じているのであるから、憲法の「両性の平等」は「あらゆる性の平等」となっているのは間違いない。そうであればこそ、氏がヘテロセクシャルであれば残れたのに、そうでなかったから残れなかったということはあってはならない。法律上の家族に包摂されれば覚せい剤の個人使用の過去が認められて、そうでなければ認められないというのはあってはならない。家族に包摂されない場合でも認められる場合がなければならない。家族以外の指標を用いての本邦への定着性の証明であっても、個別判断で本邦への定着性を判断するという論理に変更は起きていないのである。

明治以降の日本の近代化は、積極的に西欧の法体系や価値観を輸入し、枠組みとしては西欧のものを使いつつも、土着の価値観としてのイエを残すことに腐心した。「民法出デテ忠孝減ブ」という論文が法学者穂積八束から論じられて民法典論争が起こり、旧民法が帝国議会を通過し公布されたにも拘わらず施行

されなかったように、一方での西欧化と土着的価値観の保持は時に激しくぶつかるも、絶えず日本社会のなかに同居してきた。大日本帝国憲法は第二次世界大戦の終結後、日本国憲法へと根本的な変革を遂げることでイエに中心をおく価値観は個人を尊重する価値観へと大きく変わった。だが、民法や刑法は明治に作られたものが100年の時を超えて生き続けている。民法の婚姻の考え方に、なかなか性的マイノリティの入り込む余地がないのは、法制度が作られたときに予定されていない概念であることが大いに関係していよう。

国の主張や裁判所の判断は、日本法の範囲のなかでのみ判断しようとし、特別な条約の無い限り国際法の規定にもほとんど影響されないとの立場を取る。しかし、法律用語である国民や市民、そして人権は言うに及ばず、穂積が問題にしたイエという概念すらも我が国が明治以降の西欧との邂逅のなかで形成してきたものに他ならない。定住外国人の社会保障やその子弟の教育を受ける権利は、難民条約の批准や子どもの権利条約の批准を通して、国民規定が緩和されることで認められてきた。外国人の我が国における社会権が実質的に担保されるようになったのもまた、西欧との邂逅の一つのヴァリエーションだ。ただし、この場合でも国は外国人には「準用」しているのであって、健康保険や年金、そして義務教育を受けることを権利としては要求できないという立場をとり続けている。しかしながら、権利として要求できるかどうかはさておき、実質的にこれらを享受できるかどうかはまず問題になるのだ。

平成20年(2008年)6月4日の国籍法3条に対する最高裁大法廷での違憲判決では、「両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子と我が国との結びつきの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちにはかることはできない(傍点、筆者挿入)」ということも、違憲判決の理由の大きな一つとされた(判例時報社 2008: 14)。性的マイノリティの場合も全く同じことが言える。カップルのいずれもが日本人であれば起きなかった問題が、いずれかが外国人になったとたんに関我が国との結びつきに複雑多様な面が生じてしまう。

この最高裁判決では「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際

規約及び児童の権利条約にも…」と日本が批准している国際法を挙げつつ「我が国を取り巻く国内的、国際的社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届け出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことはもはや難しくなっているというべきである」と述べている（判例時報社 2008: 14）。最高裁判所は、父母両系制になった昭和59年（1984年）の国籍法改正の時点では合憲であったものが2008年6月時点では違憲になっていると判断したのだ。マクリーン事件の最高裁判決は昭和53年10月（1978年10月）なのだから、明らかに国内的、国際的社会的環境は変化している。裁判所は在留特別許可や退去強制の判断だけが変わらない環境の元に置かれ続けているとでも言うのだろうか。

奥田安弘は、平成20年（2008年）国籍法違憲判決に自身が書いた最高裁への意見書の解説で「尊属殺重罰規定違憲判決をみれば、より軽い刑を求める権利などあるはずもないが、普通殺人に関する規定と比べ、あまりに重い刑が科され、それが被害者のいかんによって異なるという不合理な差別に基づいている場合には、普通殺人と同様に取り扱うべきであるという要請が働く…中略…同様に、現に準正子には届出による国籍取得を認める規定があり、これと比べ、父母の婚姻がないというだけで、国籍取得の途が閉ざされ、その結果、父の国籍国に住む権利などが否定される場合には、準正子と同様に取り扱うべきであるという要請が働く」と説く（奥田 2010: 21）。

法律婚ができれば同様な状況でも日本滞在の道が開かれているのに、そうでないから閉ざされているというM氏の状況はこれらの問題と全く変わるところはない。しかも、氏が性的マイノリティであるというジェンダー的特性は、本人にはいかんともしがたい属性に基づく差異なのである。

マクリーン事件以後に、日本は様々な国際条約や国連決議に批准し賛同しているのであるから、これらとの整合性を取らないでこれまでの先例の範囲のなかだけで運用することは許されなくなっている。そして、国内的な行政先例と国際条約等との整合性を取るには、恩恵としての滞在にとどまるもののだとしても、性的マイノリティ等の新しい政策対象者が出てきた場合には、これまでとは異なる「実態のある本邦への定着性」が求められる。その上で、性的マイノリティの外国人の国外退去は、日本の法秩序全体のなかに位置づけられなくては



ならない。我が国から将来にわたって存在を拒否されるような「社会的な死」があまりに軽い罪に対して行われることは、特定の属性の人々への差別に他ならないのである。

## [注]

- 1) 弁護団は、法律事務所ヒロナカ品川潤、船橋・習志野台法律事務所中村亮、横浜合同法律事務所石崎明人、横浜合同法律事務所海渡双葉、マーベリック法律事務所山縣敦彦の五人の弁護士および行政書士事務所フィガロ武藤久資行政書士から構成されている。筆者も、本事件について東京地裁から東京高裁に上訴される段階で関わるようになり、弁護団会議には可能な限り出席している。
- 2) そして、国側一審「準備書面（１）」では「原告が覚せい剤の所持および使用という悪質な犯罪行為に及んでおり、結局のところ、我が国の利益に合するとは言えないから、仮に原告に『永住者』の在留資格が付与されていたとしても、原告の在留を特別に許可すべき事情があるとは言えない」と断ずる。
- 3) 国側は、原告が性的マイノリティであると主張していることを途中から場当たりのするようになったと捉えている。しかし、「違反調査等の退去手続は、退去事由の疑いありと判断した入管が自ら調査を開始し、審理官がその調査結果に基づいて、Q & A方式で聞き取って確認していくという方式であって、当該外国人が自らの主張を組み立てて展開する訴訟手続と同視できるものではない。また、口頭審理に臨むにあたって違反調査と違反審査の調書は事前には開示されず、口頭審理の場でようやく開示され、短時間で目を通してそのまま口頭審理に臨む。従って、これらの手続の中で当該外国人が十分な主張を尽くす機会と時間を与えられたかのような前提で、本訴訟での原告の主張を『場当たりの』とする被告の主張は不合理である」と反論を加えている（原告側「第4準備書面」（2014年12月4日付け））。
- 4) この主張は2014年10月14日付けの国側「準備書面（１）」で主張される。だが原告から「第4準備書面」で、NIATREが2014年12月25日付けで廃止されるものであることが反論されている。NIATREの廃止は国が国側「準備書面（１）」を出すまでには決定された事項であったから、なぜM氏の帰国可能性を論じる根拠として廃止される組織の存在を挙げたのか理解に苦しむ。筆者が2015年8月にブラジル調査を行った際には、NIATREは既に廃止されており、この組織の入っていたサンパウロ文教ビル（日本移民資料館や厚生労働省の出先機関であるCIATEが入っている）地下一階は改装中となっており、この組織があったことの痕跡すら残っていなかった。
- 5) 刑事事件後は、携帯電話機も変えて密売人との連絡も絶って、自らの経験を生かしたレストランを起業し、覚せい剤とは一切関わらない生活を送っている。
- 6) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (2012: 14).
- 7) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (2012: 22).
- 8) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (2012: 29).

- 9) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (2012: 39).
- 10) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (2012: 55).
- 11) 国の主張および裁判所の一審判決には、法治国家の公務員が行う行政行為であるにも拘わらず、あたかも在留特別許可の判断では裁決者がいかようにも判断を行う自由があるかのようによに述べられている。
- 12) 丹野 (2007: 262) を参照のこと。
- 13) この通達、当時の小渕恵三総理大臣の答弁書 (答弁書第一七号 内閣参質一四五第一七号 平成十一年五月二十一日) でその存在を確認できる。  
<http://www.sangiin.go.jp/japanese/johol/kousei/syuisyo/145/toup/t145017.pdf> を参照のこと。
- 14) 平成13年法律第136号は衆議院のホームページで確認できる。  
[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_housei.nsf/html/housei/15320011130136.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/15320011130136.htm)
- 15) だからこそ、地方入管局長で判断できなかった案件については本省に進達することになっている。
- 16) ただし、法務大臣による裁決である難民認定でも「求められている立証がどの程度であるのか不明である。本件難民不認定処分を行うにあたっては、原告に対するインタビューが行われ、それらを根拠付ける証拠が提出されている。それにもかかわらず、具体的な証拠がないとの理由で難民の認定をしない旨の処分をするのであれば、提出された証拠、証拠の評価、要求される立証の程度、提出された証拠では立証として足りない判断される理由として示されなければ、行政処分の理由としては全く不備なものである。本件のような理由では、その判断過程は全く不明であって、慎重な判断の担保とは到底なり得ない。異議申立手続等によって反論をしようにも反論の対象が定まらず、的確な反論をなしえない」として、行政当局にどの程度の立証が必要なのかを投げ返すような訴えがなされていることを確認することができる (判例タイムズ社 2006: 107-108)。異議申立制度があるだけでは、手続的にこの制度が設けられている趣旨を満足するものではないことがみてとれる。
- 17) この事件については、栗野・奥田 (2005) が加害者の生活状況を論じている。
- 18) 平成18年法務省告示172号として出された。この告示は2006年の3月29日に発表され一月後から施行された。在留資格定住に「素行善良」要件が加えられた。
- 19) この部分の記述は丹野 (2007: 273-274) を参照のこと。
- 20) 平成11年 (1999年) に在留特別許可を発布。
- 21) 平成14年 (2002年) に在留特別許可を発布。
- 22) 平成16年 (2004年) に在留特別許可を発布。
- 23) 平成11年 (1999年) に在留特別許可を発布。
- 24) 平成17年 (2005年) に在留特別許可を発布。
- 25) 平成19年 (2007年) に在留特別許可を発布。
- 26) 平成19年 (2007年) に在留特別許可を発布。
- 27) なかでも②, ③, ⑤, ⑥, ⑦は、執行猶予判決でも退去強制事由に含められるようになった

2001年改正以後のものであるし、⑥と⑦に至っては定住告示が改正されて日系三世に素行善良要件が付されるようになった後のものでもある。

- 28) 「第四号の二は、第四号リと異なり、刑法等に定める一定の罪を犯して懲役又は禁錮に処せられ、別の執行猶予の言渡しを受けた場合、又は一年以下の懲役・禁錮の刑に処せられた場合を含め、退去強制事由とするためのである。」(出入国管理法令研究会, 2011: 61)と説明される。
- 29) この法務委員会会議録は  
[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000415320011121012.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000415320011121012.htm)  
 で確認できる。
- 30) なお、中尾と同じく政府委員として出席していた古田佑紀法務省刑事局長は「さまざまな事件がございまして、起訴基準ということが具体的にどうということか必ずしも明らかではございませんけれども、委員御案内のとおり、検察庁におきましては、それぞれの事件に応じまして、犯罪の内容、動機あるいは本人の状況その他の事情を考慮して起訴、不起訴を決めているわけがございまして、今回のこの改正によってその判断について変わるところはないと考えております」と答弁し、長期在留型の人々には今後も運用を変えないと答弁していた。

## [文献]

- 栗野仁雄・奥田祥子, 2005, 「広島女児殺害事件 ベルギー人逮捕! 『悪魔がやった!』」『読売ウィークリー』2005年12月18日号, 64(53): 26-28.
- 判例時報社, 2008, 「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決(最大判20. 6. 4)」『判例時報』(2008年7月1日), 2002: 3-25.
- 判例タイムズ社, 2006, 「1 ミャンマー国籍を有する原告が出入国管理及び難民認定法にいう難民に該当するとして、難民不認定処分が取り消された事例 2 在留特別許可を認めなかった裁決が裁量権の範囲を逸脱する違法な処分であるとして取り消された事例」『判例タイムズ』(2006年8月1日), 1210: 98-119.
- 広中俊雄, 2006, 『新版民法綱要 第一巻 総論』創文社.
- 奥田安弘, 2010, 『国籍法・国際家族法の裁判意見書集 日本比較法研究所 資料叢書9』中央大学出版会.
- 佐藤幸司, 1990, 『憲法[新版] 現代法律学講座5』青林書院.
- 出入国管理法令研究会, 2011, 『注解判例 出入国管理外国人登録 実務六法(平成24年版)』日本加除出版.
- 丹野清人, 2007, 『越境する雇用システムと外国人労働者』東京大学出版会.
- United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2010, General Recommendation No.27 on Older Women and Protection of Their Human Rights (CEDAW/C/GC/27).
- United Nations Economic and Social Council, 2009, General Comment No.20: Non-discrimination in

Economic, Social and Cultural Rights (art.2, para.2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (E/C.12/gc/20).

United Nations General Assembly, 2001, Question of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (A/56/156).

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2012, *Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*, New York and Geneva: United Nations.

## 謝辞

本研究は科研費挑戦的萌芽研究（課題番号：26590094）の助成を受けた成果である。

## **LGBT Foreigner and Sociology of Deportation**

*TANNO, Kiyoto*

*Tokyo Metropolitan University*

*warashibechoja@hotmail.com*