

取得時効の理論による非正規滞在者の正規化・試論

高 佐 智 美*

- I はじめに～マククリーン判決の「壁」
- II 取得時効による非正規滞在外国人の正規化
- III 非正規滞在者に対する取得時効援用の妥当性
- IV おわりに

I はじめに～マククリーン判決の「壁」

退去強制処分を受けた非正規滞在外国人が、引き続き日本における在留を希望する場合、法務大臣に在留特別許可（入管法50条）を申請するしかない。しかし、在留特別許可の許否に関しては、法務大臣の広範な裁量が認められており、同じような事例であっても認められることもあれば認められないこともあり¹⁾、極めて法的安定性に欠ける状況にある。また、10年以上もの長きにわたって滞在していたとしても、それが有利に考慮されるわけでは必ずしもない。たとえば、2009年にメディアでも大きく報道されたカルデロン一家²⁾につき退去強制処分を認めた東京地裁は、その判決において次のように述べている。

「原告らは、本件各裁判時まで、原告父が13年近く、原告母が14年近く日本に滞在しているところ、いずれも入管法違反以外に犯罪歴はなく、長年にわたって平穩に暮らし、地域や職場の人々によって受け入れられてきた旨主張しており…その旨認められないものではない。

しかし、在留資格のない者は、本来日本に在留することはできず、その在留の継続は違法状態の継続にほかならないのであるから、長期間平穩に暮らしてきた

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第9巻第3号2010年11月 ISSN 1347 - 0388

※ 獨協大学法学部准教授

- 1) 法務省「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例」(http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan25.html) (2010年8月6日アクセス)。
- 2) カルデロン一家事件については高佐智美「外国人の人権—現代国際社会における出入国管理のあり方」ジュリ1378号62頁（2009年5月）参照。

者に対して在留特別許可を付与しなかったとしても、それが直ちに社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとまではいえない。」³⁾

この点につき、同種の訴訟において裁判所は、『「違法状態」と言ったとたんに、行政裁量に関して完全に思考停止してしまう」との指摘もある⁴⁾。

それでは、こうした「違法状態」に対する裁判所の「思考停止」をもたらす最大の原因は何かといえば、マククリーン判決で示された次のような大前提である。

「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される…。したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないと解すべきである。」⁵⁾

このマククリーン判決の大前提を打破すべく、様々な考察が行われているが⁶⁾、本稿では、非正規滞在外国人が長期にわたって継続してきた「違法状態」そのものを、民法における時効（取得時効）制度の理論を援用することによって正当化し、もって在留特別許可における法務大臣の広範な裁量に一定の歯止めをかけることができないか、検討してみたいと思う。なぜなら、時効とは、結局のところ、違法な状態を一定の要件のもとに合法的な状態とみなして保護する制度に他ならず、その本質は在留特別許可制度そのものと同じといえるからである。

3) 東京地判2008年1月17日（LEX/DB：25450491）。

4) 岡田正則・古谷修一・渡辺彰悟「対談『マククリーン判決を乗り越える』—行政法・国際法の視点から見たマククリーン判決と退去強制処分取消訴訟—」Law and Practice 2号53頁、56頁（2008年4月）。

5) 最大判1978年10月4日民集32巻7号1223頁。

6) 前掲注2)、4)。その他、村上正直「退去強制をめぐる日本の裁判例と人権条約」研究紀要14号1頁（2009年）、福王守「日本における長期不法滞在者の人権保障」駒沢女子大学研究紀要16号141頁（2009年）など。

II 取得時効による非正規滞在外国人の正規化

1 時効制度とは

(1) 時効の存在理由

時効とは、「一定の事実の状態…が永続した場合に、この状態が真実の権利関係に合致するものであるかどうか…を問わずに、その事実状態をそのまま尊重し、これをもって権利関係と認め」る制度である⁷⁾。元来、法律は、正当な権利関係とは異なる事実状態が存在するときには、正当な権利関係に基づいて、この事実状態を覆すことに努めるものであるにもかかわらず、時効制度は、これとは逆に事実状態を尊重してこれを権利関係に高めようとするものである。

このような制度がなぜ存在するのか。その理由として挙げられるのは、まず長期間継続した事実状態を維持・尊重することが社会秩序の安定につながる、ということである。すなわち、一定の事実状態が永続するとき、社会はこれを正当なものとして信頼し、それを基礎として、種々の法律関係を築き上げる。従って、後日これを覆して、正当な権利関係に引き戻すことは、その上に築き上げられた社会の法律関係を悉く覆滅することになる。故に、社会の法律関係の安定のために、一定の期間継続した事実状態は、そのままこれを法律関係となし、これを覆さないことが至当だと考えられる場合がある⁸⁾。また、永続した事実関係が真実に反しているとしても、永年の間自分の権利を主張しなかった者は、権利の上に眠っていた者であって、法律の保護に値しない、ということも時効の存在理由として指摘される⁹⁾。

(2) 取得時効の要件

取得時効とは、ある者が所有権その他の財産権を法定期間支配し続けたという事実状態を基礎として、真実の権利関係を問うことなく、その者による権利の取得（原始取得）を認める制度である¹⁰⁾。取得時効の要件は、①所有の意思をもって、他人の物の占有を、②平穩かつ公然と、③一定の時効期間、継続することで

7) 我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）430頁。

8) 同上・431頁。

9) 同上・432頁。

10) 河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）550頁。

ある¹¹⁾。

まず①の要件につき、「占有」とは、「自己のためにする意思をもって物を所持すること」をいう。つまり、客体である物が、社会関係上、その物の事実的支配の下にあると認められる状態をいう。また、「所有の意思をもってする占有」、すなわち、「所有者としての占有（自主占有）」でなければならない。

次に②の要件につき、「平穩」とは「強暴」の反義語であり、判例によれば「平穩の占有」とは、占有者がその占有を取得しまたはこれを保持するについて「法律上許されざる強暴の行為をもってしたるにあらざる場合」（大判1916年11月28日民録22輯2320頁）ないし、「暴行脅迫などの違法強暴の行為を用いていない占有」をいう。したがって、原所有者から抗議を受けたとか、返還・明渡請求、登記抹消手続請求を受けたという事実があったとしても、それだけでは平穩な占有たることを失わない（最判1966年4月15日民集20巻4号676頁）。「公然」とは「隠秘」の反義語であるが、問題となるのはもっぱら動産についてである。なお、占有の平穩・公然性は推定される。

③の要件につき、占有の始めに善意・無過失であった場合の取得時効は10年間の平穩・公然たる自主占有で完成するが、占有の始めに悪意または有過失であった場合は、20年間が時効期間となる。時効の起算点は、取得時効が成立するために要求される事実状態（所有の意思をもって、平穩・公然と占有すること）を開始した時点からとするのが判例の立場である（最判1960年7月27日民集14巻10号1871頁）。

それでは、以上の要件を非正規滞在者についてあてはめてみることにする。

2 非正規滞在者に対するあてはめ¹²⁾

(1) 所有の意思を持つ「占有」

実際に土地の占有を開始する者と同じように、非正規滞在者も、その者が不法

11) 同上・555頁。

12) なお、取得時効の要件の非正規滞在者に対するあてはめについては、以下の論文を参考に、日本の民法の要件と照らし合わせて検討を加えてみた。Monica Gomez, "Immigration by Adverse Possession: Common Law Amnesty for Long-Residing Illegal Immigrants in the United States", 22 Geo. Immigr. L. J. 105 (2007).

上陸や不法入国によって日本に上陸したとき、事実上、日本における住民としての地位の占有を開始することになる。かつ、その占有は「所有の意思」を伴わなければならないので、非正規滞在者の場合は、日本における住民としての地位を所有する意思、すなわち、日本にとどまり、日本の住民として生活していく意思を持っていることが要件となる。この要件を満たすには、単に親族を訪ねてきたか、臨時の仕事を求めてきただけでは不十分である。日本における住民として日本にとどまりたいという意思は、様々な行為を通じて、明示的あるいは黙示的に推定することが可能である。たとえば、家を借りる、あるいは購入する、安定した仕事を見つける、税金を払う、家族生活を始める、などの行為により推定できるであろう。

（2）平穩かつ公然

占有は「平穩かつ公然」と行われなければならない。「平穩」は上述のように暴行脅迫等の行為の反義語であるから、不法入国や不法滞在といった入管法違反による占有の開始ならば、この要件は満たされるといえよう。「公然」の要件を満たすためには、占有は共同体や周囲の人々にその土地を占有している人の排他的所有のもとにあると思わせるほど十分に明白なものでなければならない。占有が実態に即しているという推定を示すほど公然な所有行為とは、使用、占有、土地の実体的改良、税金の支払いなどである。

「公然」の要件を満たせるかどうかは非正規滞在者にとっては多少やっかいなものかもしれない。自分たちの違法な状態を世間に示すことは、入管当局による発見及びその後の退去強制につながるからである。にもかかわらず、日本で暮らしていこうと考えている人々にとって、社会との公然たる交流なしに日常生活を営むことはほとんど不可能である。多くの非正規滞在者は車を運転し、旅行し、家を買ひ、仕事を見つけ、ビジネスを始め、税金を払い、病院にかかり、結婚し、子どもをなしているからである。そのような行為は、その本質上、「公然」と行われる。したがって、日本に住む一人一人の非正規滞在者を入管当局が把握することがほぼ不可能である以上、今日、およそ11万人の非正規滞在者が日本に居住し、交流していることから、公然性の要件は満たされているといえよう¹³⁾。

(3) 時効期間

最も重要な要件は、財産は法定期間が満了するまで中断なく継続して占有されなければならないというものである。時効の目的の一つは、真の所有者が自分の財産が他人に占有されているということを知るのに十分な時間を確保することであり、一方で所有者が「不当に権利の上に眠っている」場合には、事実状態を優先させ、もって財産の安定を図ることである。

日本の場合、占有の始めに善意・無過失であった場合、時効期間は10年であるが、悪意があった場合には20年となる。非正規滞在者の場合、自分たちの法的地位については認識しているはずであるから、悪意の占有ということになるであろう（ただし、法定期間の長さについては後に検討する）。

もし、非正規滞在者が時効達成前に政府によって発見され、拘留されたならば、その時点で時効は中断することになるだろう。しかし、友人や隣人、雇用主が非正規滞在者の違法状態に気づいていたとしても、それだけでは時効は中断されない。占有は、真の所有者によりその占有が発見され、請求（単なる「催告」では効力は生じない）や差押などが行われたときに終了となるからである。

なお、非正規滞在者は時効が完成するまでの間、占有を続けなければならない、すなわち継続して日本に住んでいなければならないという要件を、どこまで厳格に求めるかについては、議論の余地があるといえる。たとえば、この継続性の要件を厳格に求めると、やむを得ない事情によりいったん日本を離れた非正規滞在者の時効は、その者が日本を離れるたびに停止し、リセットされてしまうことになるが、それは果たして妥当といえるのか。この点については後に検討することにする。

Ⅲ 非正規滞在者に対する取得時効援用の妥当性

1 時効制度の趣旨

(1) 時効制度の存在理由

上述のように、時効制度の持つ「悪を正とする」という要素を正当化する伝統

13) 平成21年版「出入国管理」白書29頁（<http://www.moj.go.jp/content/000007326.pdf>）（2010年8月7日アクセス）。

的な議論がいくつか存在する。第一に、財産の帰属を安定させることである。財産の帰属を安定させることは、占有財産に対する権利を法的に承認されたものにするという占有者の利益と、財産の無欠性と市場性を確保するという政府の利益との双方に資するものである。同様に、長期間、日本国内で居住し生活を確立している者は、退去強制によって自分たちの生活が破壊されるのを防ぐためにも自分たちの地位を合法的なものにするという利益を有しているし、政府もまた、その国境内に住むすべての者を把握するという国家安全上の利益を有している。

第二の正当化事由は、真の所有者が自分の財産を無視し、あるいは、管理責任を十分に果たさないことを防ぐために、罰としての財産の譲渡を通じて、“権利の上に眠る者”を罰することにある。

日本の場合、他国と比較して、入管における姿勢は排他的であり続けているが、1980年代後半のバブル景気の影響を受けた1990年の入管法改正においては、例外的に移住労働者問題について積極的に対応した。しかし、当時の社会が必要としていた単純労働者の受け入れ問題を先送りしたため、結果的に不法就労外国人を増加させることとなった。にもかかわらず、1990年代前半のバブル景気崩壊後は、オーバーステイの外国人労働者への「刈り込み」による退去強制などにより、外国人労働者を雇用の「調整弁」として一方的に扱ってきた¹⁴⁾。その後も、特に9.11以降、従来以上に厳しい取り締まりが行われてきたため、非正規滞在者の数は減少傾向にある一方、少子高齢化社会の進行を受け、2005年に策定された第3次出入国基本計画では「人口減少時代における外国人労働者の受入れのあり方について検討すべき時期に来ている」との指摘もなされた。さらに、2008年6月には当時与党であった自民党の総裁直属機関「日本型移民国家へのプロジェクトチーム」から、50年間で1000万人の移民受け入れを求める『人材開国！日本型移民政策の提言』が提出され、話題となった。しかし、2008年9月のいわゆるリーマン・ショックは労働者、特に非正規労働者を直撃し、2008年10月から翌09年12月末までに約24万人の非正規滞在者が雇い止めされ、その9割が製造業という報告も厚労省より出された。その結果、高まりつつあった外国人労働

14) 鳥井一平「使い捨てでない外国人雇用対策を」外国人権法連絡会編『外国人・民族的マイノリティ人権白書2010』（明石書店、2010年）128頁、129頁。

者の受け入れ議論はまたもや下火となってしまった¹⁵⁾。しかし、失業率が高まる中でも、産廃処理場や製造業、農業といった特定の業種において人手不足が続いているのも事実であり、この分野において外国人労働者が経済活動を担っていることは1980年代以降変わっていないとの指摘もある¹⁶⁾。

以上のように、日本政府は、本格的な外国人労働者の受け入れ議論を先送りにしつつ、事実上の非正規滞在者の雇用を黙認することによって、非正規滞在者の存在にいわば貢献してきたといえる。すなわち、適切な入国管理政策を怠ったことで、日本に入国し、住居と家族と生活を確立した人々を追い出すことについて、政府は“権利の上に眠る者”になったのである。したがって、長期間日本で暮らしてきた非正規滞在者に対して政府がその立ち退きを求めても、その主張はすでに遅きに失しているといえる。

最後に、上述の正当化事由と関連して、取得時効を認めることは、一定期間、財産を占有し、発展させてきた人々の信用性という利益を保護することになる。非正規滞在者もまた、住居、家族、仕事、そして彼らが形成してきた文化的及び社会的つながりにおいて信用性という利益を発展させているからである。このような信用性の利益を正当化する根拠としては、善意の第三者の利益が挙げられる。同様に、法を犯していることを知りながら日本に入国した非正規滞在者の窮状に同情できない人であっても、彼らの何も知らない子どもたちの利益を無視することは難しいだろう。

(2) 時効と身分行為

時効は財産権に関するものであり、身分関係は、一般的にいて、事実関係に基づいて法律関係を変更するには適さないとされる。しかし、我妻も述べているように、夫婦や親子としての共同生活体が、法律的にみれば夫婦や親子としての効力を生じていないにもかかわらず、社会的な事実として存在し、世間からは、夫婦・親子として認められるという状態は決して稀ではない。そしてそのような状態が長く続いたときは、これを法律的に全く縁のない他人として取り扱うこと

15) 鈴木江理子「外国人労働者受入れ政策と金融危機」外国人入権法連絡会編『外国人・民族的マイノリティ人権白書2010』（明石書店、2010年）138頁、138～141頁。

16) 鳥井・前掲注14)、130頁。

は、多くの不都合を生ずる。従って、これについて何らかの法律的效果を認める必要がある。いわば、身分上の関係についても「身分関係の占有」ともいうべき状態があり、それが永続したときに何らかの法律効果を生ずるという意味では、取得時効に類似したものが含まれているともいえる¹⁷⁾。

2 裁判例における「違法状態」の正当化

冒頭で挙げたように、長期にわたって日本に暮らしている非正規滞在者に対する退去強制処分が争われる場合、その「違法状態」を理由に裁判所が「思考停止」してしまう例も多々あるが、中には長期にわたる「違法状態」にもかかわらず、その主張が認められた例も存在する。そのような事例においては、「違法状態」を正当化するにあたって、取得時効の考え方と類似する理由付けが見受けられる。以下、子どもの存在が問題になった事例と夫婦関係が問題となった事例をそれぞれ見ていくことにする。

(1) 在留特別許可の立法趣旨

退去強制処分時に約10年間日本に在留しており、小学6年生の長女と保育園児の次女を含む4人のイラン人一家の退去強制処分が争われた事例において、東京地裁は、次のように述べている¹⁸⁾。

「本件の特徴は…原告ら一家が10年近くにわたって平穩かつ公然と在留を継続し、既に善良な一市民として生活の基盤を築いていることにある。原告らは、この点を、有利に考慮すべき重要な事実であると指摘するのに対し、被告らは、これは原告らにとって有利な事実ではなく、むしろ、長期間不法在留を継続した点において不利益な事実であると主張する。…しかし、上記の事実は、在留特別許可を与えるか否かの判断に当たって、容疑者側に有利な事情の第一に上げること

17) 我妻・前掲注7)、435頁。実際、時効制度が存在した古代ローマにおいては、中断することなく1年間の共同生活することにより、事実上、夫に夫権の獲得をもたらした。すなわち、ある法律関係が、ノーマルな形態へと向かって伸長して、一定の期間が経過することによって、そこに到達するという法的思考の現れである。他方、妻は、一年のうちで連続して三夜、両親の家に戻って過ごすことによって、夫による「時効取得」の完成を阻止することができた。オッコー・ペーレンツ（河上正二訳著）『歴史の中の民法』（日本評論社、2001年）143頁。もっとも、この制度は長続きしなかったようである。河上・前掲注10)、536頁。

18) 東京地判2003年9月19日判時1836号46頁。

が、実務上、少なくとも黙示的な基準として確立しているものと認められる。」

そして、1981年の入管法の大改正にも触れ、当時の議論からすれば「我が国において将来にわたる生活の基盤を築き、在留中の素行に問題がなく、その外国人と我が国社会とのつながりが深いことは、在留特別許可を与える方向に考慮すべき事情としているものと認める」ことができると指摘し、「適法な在留資格を持たない外国人が長期間平穏かつ公然と我が国に在留し、その間に素行に問題なくすでに善良な一市民として生活の基盤を築いていることが、当該外国人に在留特別許可を与える方向に考慮すべき第一の事由であることは、本件処分時まで黙示的にせよ実務上確立した基準」であると明言している。

また、退去強制処分により「原告に著しい不利益が生じることが予測される状況の中、原告らにこのような不利益を甘受せよというには、被告が主張するように、不法な在留の継続は違法状態の継続にほかならず、それが長期間平穏に継続されたからといって直ちに法的保護を受ける筋合いのものではないとの考え方に拠るほかない」が、このような考え方は上記の理由により援用できないとした上で、「在留特別許可の制度は、退去強制事由が存在する外国人に対し、在留資格を付与する制度であり、その退去強制事由から不法残留や不法入国が除外されていることなどはないのであるから、法は、不法入国や不法残留の者であっても、一定の事情がある場合には在留資格を付与することを予定しているものとみることでもでき、単純に、不法在留者の本邦での生活が違法状態の継続にすぎないとしてそれを保護されないものとするのはあまりに一面的であり、当該外国人に酷なものであるといわざるを得ない」とする。

さらに「違法状態」を継続せざるを得なかった原告らの状況にも触れ、「在留資格を有しないことによる多くの不利益の中、自己や家族の生活の維持に努めながら、帰国しなければという思いと本邦での生活に完全にとけ込みながら成長していく子供の成長等の狭間で長期間にわたり自らの状態等に悩みながら生活していた原告夫及び妻の心中は察するにあまりあるものであり、当人らとしても違法状態を認識しながらもいずれの方法も採り得なかったというのが正直なところであると思われる」との配慮を見せる一方、政府に対しては「入管当局としても不法滞在外国人の取締り等を可能な限り行っていることは認められるが、本件に

限ってみても外国人登録の際や小学校・中学校への入学時など、原告らが公的機関と接触を持っている期間は多数あり、そのような場面での取締りが制度化しておらず、取締りが行われなかったことで長期化した在留について、その非をすべて原告に負わせるというのは無理があると考えられる」とし、まさに政府を“権利の上に眠る者”と捉えている。

(2) 憲法24条及びB規約23条

在留特別許可の許否のつき、夫婦関係の実態が争われた事例において、東京地裁は次のように述べている¹⁹⁾。

「…婚姻は、夫婦が同等の権利を有することを基本とし、相互の協力により維持されなければならないものであり（憲法24条参照）、我が国の国民が外国人と婚姻した場合には、国家としても当該外国人の在留状況、国内事情、国際情勢等に照らして当該外国人の在留を認めるのを相当としない事情がある場合は格別、そうでない限り、両名が夫婦として互いに同居、協力、扶助の義務を履行し、円満な関係を築くことができるようにその在留関係等について一定の配慮をすべきものと考えられ、B規約23条も『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。』、『婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。』と規定し、その趣旨を明らかにしているところである。そして、入管法が『日本人の配偶者』を在留資格として掲げているのもその配慮の一つの現れであるとみることができ。」

このように憲法24条及びB規約23条の趣旨を踏まえ、「被告法務大臣は、在留特別許可を与えるか否かについて前記のとおり広範な裁量権を有するものであるが、日本人と婚姻し、夫婦の実体を形成している外国人について右の裁量権を行使するに当たっては、両名の夫婦関係の維持、継続を保護するという右に述べた見地から十分な配慮をすることが要請されているものというべきである」とした上で、「原告は、結果的に約7年9か月にわたり我が国に不法残留し不法に就労していたものであり、右行為は、我が国の出入国管理の秩序を乱すものであって強

19) 東京地判1999年11月12日判時1727号94頁。

く非難されるべきであるが、就労行為自体及びその他の生活状況に関していえば、原告は、その間まじめに就労し、入管法違反（不法残留）のほかには、犯罪行為を犯した事実は認められず、我が国において平穩に生活していたものと評価できるのであって、在留特別許可を付与すべきかどうかの判断に当たって、不法残留の点のみを過大に評価し過ぎるのは適当でないというべきである」とする。

以上のように、長期の非正規滞在者に対して在留特別許可を認めた事例においては、裁判所はいずれも「違法状態」そのものではなく、その態様（平穩な生活、まじめな就労等）を重視し、そういう状態を長年維持してきたことに対して一定の保護を与えようとしている。このような考え方は、まさに上述のように取得時効の理論に通ずるものといえよう。

3 要件の具体化

それでは、以上の議論を踏まえた上で、取得時効の理論を非正規滞在者に援用するにあたり、より具体的に各要件について検討してみたいと思う。

(1) 誰に認められるか？

まず取得時効が認められるのは、長期間日本に在留している非正規滞在外国人である。非正規滞在者による“占有”は、入国許可なしに、あるいは偽造書類によって入国した時、またはビザが切れオーバーステイが始まったときに始まる。加えて、非正規滞在者は、入管法以外の罪を犯しておらず、公的負担にならないよう仕事を有しており、税金を払っていることを示さなければならない。これらの要件は厳しいかもしれないが、「平穩かつ公然」という取得時効の要件に合致する。取得時効による非正規滞在者の正規化の目的は、不法入国した者に恩恵を与え、非正規滞在者の問題を悪化させることではなく、一所懸命に働き、税金を払い、日本で暮らしている外国人の地位を安定させることにあるからである。

取得時効による正規化が認められるためには、非正規滞在者は時効期間の間、日本に継続して居住していなければならない。しかし、非正規滞在者が、やむを得ない事情により自国に戻った場合はどうなるか。取得時効においては、占有を放棄すれば時効は中断ということになり、時効のカウントはリセットされる。しかし、この要件をあまりに厳格に適用すると、非正規滞在者にとって苛酷な結果

になることもありうるだろう。

この点につき、アメリカでは、1952年の移民法において、定住外国人の「意図しない (unexpected)」あるいは「非自発的な (involuntary)」出国後の「入国」は、移民法における「入国」にはあたらないとする規定があったが²⁰⁾、「意図しない」あるいは「非自発的な」とはどういう意味なのかがはっきりしなかった。それが明らかにされたのが、1963年の *Rosenberg v. Fleuti* 判決である²¹⁾。この事件は、永住目的で7年間アメリカに滞在していた外国人が、2～3時間メキシコに出国し、再度アメリカに戻ったことが「入国」に当たるかどうか争われたものである。連邦最高裁は、「意図しない」出国とは、永住を「中断する意味を有する」とみなされないような態様で出国することであると、その判断基準として、不在期間の長さ、出国の意図、旅行証明書の必要性の有無を挙げ、本件は「入国」にはあたらないと判示した²²⁾。

隣国と陸続きのアメリカと異なり、日本においては、非正規滞在者が短期間であっても日本を離れ、再び戻ってくるという事態は考えにくい、このような可能性も一応考慮に入れておくべきであろう。

(2) いつ時効を主張できるか？

時間は、取得時効の理論を非正規滞在者にあてはめるにあたって、最も特定が困難な要件である。上述のように日本の民法では占有の開始時に善意であれば10年、悪意であれば20年となっているが、選択される期間は結局のところ恣意的であり、アメリカにおいては州によって5年から60年もの開きがある²³⁾。それでは、不法入国や不法残留を奨励する危険性を避けるためには、どのくらいの時間が必要であろうか。占有の開始時に悪意といえども、「平穩かつ公然」の要件も課されているのであるから、20年もの長い期間は必要ないだろう。一つの目安としては10年間の妥当ではないだろうか。この期間の根拠は、2006年に示された「永住許可に関するガイドライン」において、永住許可が認められる要件と

20) 8 U.S.C. § 1101 (a) (13).

21) *Rosenberg v. Fleuti*, 374 U.S. 449 (1963).

22) 高佐智美『アメリカにおける市民権』（勁草書房、2003年）242-243頁。

23) *Gomez, supra* note 12, at 110.

して「原則として引き続き10年以上本邦に在留していること」が挙げられていることである。永住許可については、その他の要件として「素行が善良であること」「独立生計を営むに足る資産又は技能を有すること」が定められているが、これらはすべて「平穩かつ公然」の要件に合致しているといえる。したがって、自らの「違法状態」に苦勞しつつも、日本で暮らしていくことを望んでいる非正規滞在者は、永住許可を求める人々に準じて考えることが可能と思われる。

(3) なぜ政府は非正規滞在者に取得時効を認めなければならないか？

取得時効による正規化は、多くの長期非正規滞在者にとって正当な解決法であるといえる。しかし、取得時効による正規化は政府にとっても何らかのメリットがあるだろうか？

取得時効によって非正規滞在者に合法的地位を認めることは、“国家の安全に資する”ことになる。すなわち、上述のように、取得時効による正規化が認められる非正規滞在者は、入管法違反を除いては、「平穩かつ公然」の要件を満たす、いわば国家にとってリスクの低い外国人である。そのような人々の不安を和らげ、正式に登録させることで、政府は、国境内にいるすべての人間を把握するという目的を、少なくとも部分的には達成することができるのである²⁴⁾。

IV おわりに

1 在留特別許可のガイドライン

在留特別許可は、法務大臣の裁量的処分であり、個々の事案ごとに在留を希望する理由、家族状況、生活状況、素行及び内外の諸情勢その他諸般の事情を総合的に考慮した上で決定しており、そのような理由から一般的な基準を設けることは馴染まないとされてきたが、2004年8月から、その透明化・公平性を図るため、法務省のホームページで、在留特別許可された事例の公表、さらに2006年6月からは在留特別許可されなかった事例も公表されるようになった²⁵⁾。

また、2005年3月に策定された第3次出入国管理基本計画や、2006年3月に閣

24) *Id.* at 124.

25) 中山昌秋『「在留特別許可に係るガイドライン」の見直し』法律のひろば62巻11号31頁(2009年)。

議決定された規制改革・民間開放推進3か年計画において、在留特別許可に係る運用の透明性・公平性をさらに向上させるため、ガイドラインの策定を検討する旨が確認されたのを受け、2006年10月に、在留特別許可の許否判断の考慮事項として「積極要素」と「消極要素」に区分した「在留特別許可に係るガイドライン」が策定、公表されるに至った²⁶⁾。

そして、このガイドライン策定から2年半以上経過したことや、2009年7月に「新たな在留管理制度」を大きな柱とする出入国管理及び難民認定法等の改正が行われたことから、在留特別許可の許否判断の透明性をさらに高めるとともに、不法滞在者が出頭しやすい環境を整備し、自発的な出頭を促して不法滞在者のさらなる縮減を目指すべく、2009年7月にガイドラインの見直しが行われた²⁷⁾。

従前のガイドラインは、在留特別許可の許否判断を行うにあたっての積極要素と消極要素を掲げるとどまっていたが、今回の改訂では、評価要素をそれぞれ、特に考慮する要素とその他の要素に区分し、より詳細な項目が列挙されるようになった。

まず積極要素については、「1 特に考慮する積極要素」と「2 その他の積極要素」が分けて列挙されており、そのうち1については(4)及び(5)が新設された。また、2については、従来のガイドラインでは「(4) 人道的配慮を必要とする特別な事情があるとき」として、2つの例が挙げられているに過ぎなかったが、今回、5つの項目が挙げられている。具体的な内容は以下の通りである。

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

26) 同上。

27) 同上。

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

そして、今回の改訂により新たに追加されたのが以下の項目である。

- (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

次に消極要素についても、「1 特に考慮する消極要素」と「2 その他の消極要素」とに分けられ、1の(1)で「素行不良」という曖昧な文言が削除され、2で(1)、(4)が新たに追加されている。

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
- (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

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

さらに、「在留特別許可の許否判断」という項目を設置し、在留特別許可の許否判断を行うにあたっての考え方や、「在留特別許可方向」及び「退去方向」で検討する例も掲げられている。

しかし、ガイドラインはあくまでも在留特別許可の許否判断を行うに際して勘案する事情の具体例を掲げたものにすぎず、許否判断の基準そのものではない²⁸⁾。したがって、「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」ものの、「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」ため、結局、在留特別許可の判断基準は、依然として不透明なままと言わざるを得ない状況である²⁹⁾。

2 09年入管法改定の問題点

2009年7月8日、出入国管理及び難民認定法（以下、「入管法」と略す）等の改定案が国会で可決、成立した。この改定は、現在の入管法及び外国人登録法（以下、「外登法」と略す）による外国人管理法制が確立された1952年以降、最大の

28) 同上・33頁。

29) 法務省「在留特別許可に係るガイドライン」〈<http://www.moj.go.jp/content/000007321.pdf>〉(2010年8月6日アクセス)。

改定であり、従来の入管法及び外登法による二元的管理体制から、入管法による一元的管理体制へ移行するものとなっている³⁰⁾。その目的は、9・11同時多発テロ以降、実施されてきた出入国管理の強化策をさらに推し進め、出入国管理のみならず、在留管理をも強化することにより、外国人に対する全面的な管理強化を図ることである³¹⁾。

改定入管法体制のもとでは、外登法が廃止され、これまで入管法及び外登法で行われてきた外国人の在留管理は入管法と住民基本台帳法で行われる。そして、日本に在留する外国人は概ね以下の3区分に分類される。

① 在留カードの対象者となる「中長期在留者」

中長期在留者とは、日本に在留資格を持って在留する外国人のうち、(a)3ヶ月以下の在留期間が決定された者、(b)短期滞在の在留資格が決定された者、(c)外交又は公用の在留資格が決定された者、(d)これらに準ずる者として法務省令で定める者以外の者である。

② 住民基本台帳の対象者

滞在資格の種類、存否とは別に、日本に住居を有して継続的に滞在する地位を認められ、その限りで住民として、各種住民サービスの対象となる外国人

- ・ 中長期在留者 (①と重複)
- ・ 特別永住者 (入管特例法により、中長期在留者とは別個に滞在資格が認められている)
- ・ 一時庇護許可者、仮滞在許可者 (一時庇護のために上陸を許可された者、もしくは難民認定申請中の者)
- ・ 出生による経過滞在者、国籍喪失による経過滞在者

③ 上記以外の外国人

- ・ 短期滞在の在留資格で滞在する外国人
- ・ 3ヶ月以下の在留期間である者
- ・ 不法滞在者 (退去強制手続で収容されている者、仮放免許可者等が含まれる)

30) 草加道常『『新たな在留管理制度』は何をもたらすか』移民政策研究2号120頁(2010年)。

31) 旗手明「どのように改定法が策定されたか」外国人入権法連絡会編『外国人・民族的マイノリティ人権白書2010』(明石書店、2010年)17頁。

特別永住者と中長期在留者にはそれぞれ、各自治体の長が発行する外登証に代わるものとして、法務大臣が発行するICチップの入った「特別永住者証明書」と「在留カード」が交付される。在留カードには、新たな在留管理制度により法務大臣が継続的に収集・保有する情報の重要部分が記載される。事後的に記載事項に変更が生じた場合には、変更の届出義務が課され、それが反映された新たな在留カードが交付されることとなり、常に最新の情報が記載されることとなる。

一方、③のカテゴリーの外国人には在留カードは交付されず、かつ住基法の対象外とされているため、これまで住民として外国人登録してきた非正規滞在者も、施行時に職権削除される。その結果、非正規滞在者や難民申請者は「見えない存在」とされ、行政サービスや社会保障へのアクセスを遮断されることになる。

3 基準の明確化の必要性

上述のように、度重なるガイドラインの改訂にもかかわらず、在留特別許可の許否基準は依然として不明瞭なままであり、退去強制処分取消訴訟における裁判所の態度も一貫していない。しかも入管法制の大々的な改定により、これまでは「在留資格なし」であっても外国人登録を行い、税金を支払い、子どもを学校に通わせ、行政サービスの提供を受けていた非正規滞在者が、さらに社会的に排除されることとなる。このような社会的に排除された、「見えない存在」を数多く生み出すことは、上述のように、国家の安全上の観点からいっても、むしろマイナスである。

そのような存在を少しでも減らすためにも、在留特別許可における判断基準の明確化が必要である。本稿は、甚だ雑駁ではあるが、判断基準の明確化の一つの可能性として、取得時効の論理の援用について検討を行ってみた。今後も、より多角的な視点から、在留特別許可の許否判断基準の精緻化について、検討を加えていきたいと思う。