

国際家族の人権保障強化の可能性について

—アメリカ判例理論を素材として—

新井 信之

はじめに

1. わが国における「外国人の人権」保障の現状

- (1) 外国人の人権享有主体性
- (2) 日本国憲法22条と外国人の出入国の自由
- (3) 外国人の「在留ないし居住の自由」利益

2. 憲法における「家族」の地位

- (1) 個人の家族生活を営む権利……わが国の学説の現状
- (2) 「家族」の人権
- (3) 各国の憲法における保障状況
- (4) アメリカにおける「家族」の憲法理論
- (5) アメリカ移民・国籍法における家族の保護

3. 外国人の「家族生活を営む権利」構築の視点

- (1) 家族生活の保護から介入の排除へ……保護の客体から権利の主体へ
- (2) 家族・社会との紐帯 (community tie) 理論
- (3) 親密な私的領域からの公権力排除のルール

4. まとめとして—「国際家族」の人権保障の展望

- (1) 国際家族の人権保障
- (2) 国家主権の壁
- (3) わが国の憲法学の課題

Abstract

In the framework of the modern nation-state system, it is said that aliens have no right to enter and reside in other countries. International law recognizes that each nation can decide every case with its discretionary power. So if aliens want to enjoy their family life abroad, basically they have to get permission to enter and reside there from the said government.

However, enjoying family life is essentially one of the fundamental human rights. Modern states have given special protection to families because family is the natural and fundamental group unit of society. Nowadays human exchange is getting more and more worldwide, and many transnational families will be born as a result, which means that modern states are required to create a fair legal relationship regarding the family matters.

This article examines alien's free interest to reside abroad from the point of view of fundamental human rights in order to protect his/her family life. First, I survey alien's legal situation in Japan. Second, I look at other countries' legal situation, especially the U.S. Constitutional law theory about family and immigration matters. Then I propose a new approach to entitle the protection of transnational families in Japan.

はじめに

昨今、地球規模での人口移動の増加によって外国人の定住化現象が世界各国でみられる。大量難民の発生や経済格差による密入国の増加という特殊な例だけではなく、交通手段等の発達により新規に入国する外国人が増加し、その一方で多くの国民が海外に出掛けて人的交流をおこなう。そして、人間の自然な営みの結果として、ますます「国際家族」が増えることになるのである。ここでは、国民と外国人、外国人同士等、国際的な移動により国家の壁を越えた家族関係を有する人的集合体を国際家族とよぶこととする⁽¹⁾。そうした人たちが現実の家族生活を営む場合、滞在する国は単なる外国ではなく、特別な国となるのは容易に想像することができよう。

しかしながら、滞在国の国籍を有さない外国人は、国家への一定の忠誠義務をもつ国民および当該国家との関係の中では異質な存在となる。そのような状況の中で政治的にも、社会的にも一定の緊張関係が存することは、各主権国家の外国人に対するこれまでの共通した認識であったといえる。このことはとくに移民国家の例を

あげるまでもなく、歴史が事実を物語っているのである⁽²⁾。

このような滞在国との緊張関係は、国民にはない外国人のみに適用される退去強制処分によって顕在化される。たとえ合法的に入国したとしても、本邦に在留している間に刑事事件を起こすなど滞在する国家や社会にとって好ましくないと思量される場合、そのような外国人は入管法の規定によって自国に強制的に送還される退去強制処分の対象となるのである。

一般的に外国人は、わが国においては出入国管理及び難民認定法(以下、「入管法」という)⁽³⁾上、誰もが退去強制の対象者となっているため、常に国外追放される可能性を有している。これは世界各国に共通する制度で、不法就労のような資格外活動や不法残留する外国人も退去強制事由に該当することが定められている(入管法24条)。だが、もし本邦で家族生活を営む外国人が退去強制されることになった場合、単に退去強制される本人だけの自由利益が侵害されるのではなく、その者の家族にとっても大きな犠牲を強いることになる。すなわち家族の結合性ないし一体性(インテグリティ)が損なわれ、

一家離散の危険にさらされてしまうのである。

そもそも近代国民国家の枠組みの中で、外国人には他国に在留ないし居住する法的権利が存在するのであろうか。他国で家族生活を営むには、その国に在留ないし居住することが前提となってくる。この点について、国際社会は特別な場合をのぞいて外国人が自国へ自由に入国し滞在することを認めてはおらず、それはあくまで当該国家の判断に委ねられるというものになっている。外国人が家族生活を営むとしても、現実には国家の壁が厳然とたちはだかっているのだ。外国人が国際家族を形成し、家族生活を営むにしてもそれは滞在国の許可を抜きにしては考えられないものといえる。

しかしながら、本来、家族生活の営みは自然人としての前国家的な権利である。近代国家は、家族が社会の基礎的な単位であり、その重要性に鑑み法的にも特別の保護を与えようとしてきた。それゆえに、地球規模での人的交流がますます増加する今日、国際家族の発生とその保護について国家がどのように向き合い、適正な関係を構築するかが重要な課題となっているのである。

本稿では、近代国民国家の枠組みでは外国人として処遇される国際移動者が家族生活を営むための前提である在留ないし居住の自由利益をいかに保障されるかという問題について基本的人権の視点から考えていく。第1に、わが国の法的状況を概観し、ついで各国の状況、とくにアメリカの憲法理論を踏まえて日本国憲法の立場からわが国における国際家族の人権保障の問題点とその新たな解決への可能性を考察する。

1. わが国における「外国人の人権」保障の現状

(1) 外国人の人権享有主体性

日本国籍を有しない外国人が、日本国憲法の保障する人権享有主体であるか否かについて、

わが国の最高裁は、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者といえどもこれを有する」(最判昭和25年12月28日)という立場をとっている。その後の判例も、ほぼ一貫して、「憲法上の保障がわが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」という見解を支持している。外国人の政治活動の自由に関するマクリーン事件最高裁判決は、「憲法第三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」(最大判昭和53年10月4日)として、権利性質説の立場をとっている。

通説も人権の前国家的・前憲法的性質や日本国憲法の国際主義を理由として積極的に権利保障をとらえる方向にあり、権利の性質によって外国人に適用されるものとそうでないものとを区別し、できるかぎり憲法上の権利保障を及ぼすべきであるという権利性質説が支配的となっている⁽⁴⁾。だが問題は、わが国の最高裁が先のマクリーン事件において基本的人権の保障は権利の性質によって外国人にも等しく及ぶが、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」(最大判昭和53年10月4日)との判断を示していることである。このことは、外国人の基本的人権の享有が、本人の在留目的を前提として、その範囲内で認められることを意味するものである。これは、法律によって入国を許可されたのであるから法律によってどのような本邦における法的地位を変更することができるとの考えを容認するもので、人権保障の実現からは程遠いものといわなければならない。

(2) 日本国憲法22条と外国人の出入国の自由

「入国の自由」が外国人に認められないとするのは、国家の対外的な主権原理を理由として、国際慣習法上も当然のこととされている。わが

国の判例は、「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ものである」(最大判昭和32年6月19日)との判断を示している。その一方で、外国人の「出国の自由」については、「その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない」(最大判昭和32年12月25日)として、最高裁も認めることである。

しかしながら、外国人にとっての「出入国の自由」の意味は、「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」⁽⁶⁾によって法定特別永住者(第3条)となった人たちや入管法の別表第二関係の外国人等、わが国で家族生活を営みかつ財産を所有するなど、生活の本拠を本邦に有し日本社会やそこに居住する他の人びとと市民生活上のさまざまな紐帯(community tie)を有するいわゆる永住・居住外国人⁽⁶⁾にとって、一時的に滞在する外国人とはその意味が法的にもまったく異なるのである⁽⁷⁾。

(3) 外国人の「在留ないし居住の自由」利益

わが国の判例理論では、先にみたマククリーン事件で「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」(最大判昭和53年10月4日)とされている。このことは、他国の裁判所においても同様で、ドイツ連邦憲法裁判所も、「婚姻及び家族の保護を根拠として、ドイツ人と結婚している外国人に対する退去命令の執行を原則的に禁じたわけでもなく、ドイツに滞在する外国人の家族に対し、ドイツに入国及び滞在する原則的な権利を認めたわけでもない。あくまでも、個々の事例における国の裁量に対する限界を導き出したにすぎない。」⁽⁸⁾とのべている。

しかしながら、たとえ非合法であっても、いったん本邦へ入国して日本国憲法の効力が及ぼされる領域に存在する限り、その「人」と憲法との間には、法律では断ち切ることのできない、何かしらの結びつき、すなわち憲法上の権利が発生するものと考えられる。たとえば、一週間前にやってきた人と30年間以上も生活の本拠を有している人とを比べて、財産や家族関係など、日本社会との結びつきの強さがそれぞれ異なることは明らかである。日本国民と変わらぬ実質的な権利義務関係を有する外国人の平等保護と、その日本社会との結びつきないし紐帯をいかに守っていくかがわが国の法理論に強く求められているのである。アメリカの判例理論でも、入国拒否に関しては国家の主権的な権限の行使として自由裁量ともいうべき判断が認められるが、一旦入国した外国人の退去強制についてはそれと区別して、憲法上の制約が課されることが早い時期の判例にもみられるのである⁽⁹⁾。

外国人の在留ないし居住の自由は、それ自体が憲法上の権利として保障されていないとしても国の裁量権限の行使が制限される場合には、反射的にその自由利益が実現されうる。これは、たとえソドミー行為が憲法上の権利とみなされないとしても、それを規制する国の権限が限界を越えている場合には、その権限行使は無効であり憲法上許されないものとなり、その結果、当該行為は一般的な自由利益として享受されうるという理論構成と同様のものである⁽¹⁰⁾。「在留ないし居住の自由」とは区別される外国人の憲法上の「家族生活を営む権利」の確立は、それ自体が前国家的な権利として位置づけられるゆえに、国の権限行使を制約する大きな根拠となりうるのである。また、逆に在留が認められることによって、当該外国人とその家族構成員の家族生活を営む自由利益が実現するというのである。

2. 憲法における「家族」の地位

(1) 個人の家族生活を営む権利……わが国の学説の現状

日本国憲法24条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定している。一般的に、これがわが国における家族生活を営む権利の根拠規定とされる。それとともに、日本国憲法13条の幸福追求権（自己決定権）を根拠とする学説が存する。それは、「家族関係は、世代を追って文化や価値を伝えて行くという意味で、社会の多元性の維持にとって基本的な条件であるが、何よりもそれが個人の自己実現、自己表現という人格的価値を有するが故に、基本的には、人格的自律権の問題と考えるべきである。」⁽¹¹⁾というものである。

法律レベルでの家族についての基本原則は、個人の自由を基礎とし、個人の尊厳と両性の本質的平等を定める日本国憲法24条の精神に基づく近代家族の理念を基礎に置くものとされる⁽¹²⁾。この近代家族とは、婚姻を家族関係の出発点とするもので、夫婦とその間の未成熟の子で形成される家族の形態をいう⁽¹³⁾。現行民法の第4編親族および第5編相続がこの原則を採用して家族関係について規定するのである⁽¹⁴⁾。

生活共同体としての家族について日本国憲法24条は、両性の自由意思によって法律上の婚姻関係を結ぶことだけでなく、事実上も含めて家族という共同生活をおこなう自由すなわち生活共同体を形成する自由を保障しているものと考えられる。そして、公権力の行使については、個人の家族形成および共同生活の自由を妨げないだけでなく、むしろ婚姻および家族を積極的に保護および援助することが義務づけられているとの主張も存する⁽¹⁵⁾。

ところが、残念なことに生活共同体としての

家族すなわち家族単位の人権享有主体性はこれまで消極的にとらえられてきた。わが国の憲法学では、伝統的な個人対国家の図式の中で基本的人権が論じられてきた一方で、人間のリプロダクション（生命の再生産）や人格の発達に欠かすことのできない社会単位としての「家族」の憲法上の地位があまり詳しく論じられてこなかったのである⁽¹⁶⁾。昨今の社会状況の急激な変化の中でいかに家族の保護ないし権利保障を実現するか、人権保障の視点からの法理論の構築が求められるところである。

(2) 「家族」の人権

そもそも私的領域において権利の享有主体となるのは自然人だけではなく、営利を目的とした法人の経済的自由、宗教法人の信教の自由、学校法人の学問の自由、放送会社の報道の自由など、明示的に規定されてはいないがわが国の最高裁判所は法人や団体にも人権享有主体性を認めている⁽¹⁷⁾。個人だけでなく、それぞれの人的集合体に法的人格を認めてその人権を保障することは、結局、その利益は個人とそのコミュニティに帰属するゆえに、憲法上もその保障が認められるのである。そうだとすると、日本国憲法は家族それ自体を明示的に憲法上の人権享有主体とは規定していないが、それを当然含意する趣旨であると考えられる。なぜならば、家族とは国家・社会および万人にとってすぐれて重要かつ永遠のテーマであるからである。また、法律レベルにおいても、社会保障の年金制度やその他の場合については「家族単位」(family unit)ないし「夫婦単位」(marital unit)を基礎に制度化されており、積極的な意味をもつてとらえられてきたのである⁽¹⁸⁾。

さらに、わが国では国際人権規約A・B規約(1979年)、難民条約(1980年)、女子差別撤廃条約(1985年)、児童の権利条約(1994年)、少数民族の保護条約(1999年)等の国際人権諸条約に加入し、日本国憲法98条2項を根拠として

条約に国内法的効力が認められ、法律と条約との効力関係については条約が法律に優位することにはほぼ異論がない状況であるゆえに⁽¹⁹⁾、家族やその構成員の諸権利の保障について細分化されることは容易に認められるところである。すなわち、家族を単なる保護の客体としてのみとらえるのではなく、法律より上位の法によって具体的に権利の主体としてとらえる可能性がここに存するのである。

(3) 各国の憲法における保障状況

それでは、先にみたわが国における規定との比較的地から、各国の家族に関する憲法上の規定を以下列挙することとする。

- ①ドイツ連邦共和国基本法・・・「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」(第6条1項)
- ②イタリア共和国憲法・・・「共和国は、婚姻に基づく自然的な結合である家族の諸権利を承認する。」(第29条1項)、「婚姻は、家族の統一を保障する法律によって定められる制限内で、両配偶者の道徳上および法上の平等に基づくものとする。」(同2項)、「共和国は、経済的手段およびその他の措置により、家族の形成およびその責務の遂行を、とくに大家族を考慮して、助成する。」(同31条1項)
- ③スウェーデン憲法・・・「共同体は、男女に平等の権利を保障し、個人の私生活および家族を保護しなければならない。」(第2条3項)
- ④スペイン憲法・・・「公権力は、家庭の社会的、経済的および法的保護を保障する。」(第39条1項)
- ⑤大韓民国憲法・・・「婚姻および家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立し、維持されなければならない、国家は、これを保障する。」(第36条1項)
- ⑥中華人民共和国憲法・・・「婚姻、家

庭、母親および児童は、国家の保護を受ける。」(第49条1項)

- ⑦フィリピン共和国憲法・・・「国は家族生活の絆を神聖なものとして認め、家族を社会制度の基本的かつ自発的単位として保護強化する。」(第2条12節)
 - ⑧ベルギー憲法・・・「何人も、法律の定める場合および条件を除き、私的および家族的生活の尊重に対する権利を有する。」(第22条1項)
 - ⑨ポーランド共和国憲法・・・「各人は、私生活、家族生活、名誉および名声の法的義務を受ける権利、ならびに自己の個人的生活について決定する権利をもつ。」(第47条)、「国家は、自らの社会政策および経済政策において、家族の福祉を考慮する。困難な物質的および社会的条件にある家族、とりわけ子どもの多い家族および単親家族は、公的権力からの特別な援助を受ける権利をもつ。」(第71条1項)
 - ⑩ロシア憲法・・・「各人は、私生活の不可侵、個人と家族の秘密、自己の名誉と名声の保護の権利を有する。」(第23条1項)、「母性と子供であること、家族は、国家の保護の下におかれる。」(第38条1項)
- (阿部・畑編『世界の憲法集〔第2版〕』(有信堂、1998年)より)

それでは、つぎにわが国の憲法および出入国管理法に多大な影響を与えているアメリカ合衆国における「家族」についての法理論を概観することにしよう。

(4) アメリカにおける「家族」の憲法理論

家族生活を営む権利についてアメリカ連邦最高裁判所は、「家庭をもち子どもを育てる」個人の諸権利は修正14条のデュー・プロセス条項で保障される自由に含まれる諸権利であると繰り返し述べてきた⁽²⁰⁾。だが、連邦最高裁判所は、

これまで実体的デュー・プロセスの保障を目的として「家族」を定義したことはないのである⁽²¹⁾。それにもかかわらず、連邦最高裁判所の諸判決は、親密な私的領域における人間関係の核心ともいえる家族が州の侵害からの憲法的保護を享受することに関するいくつかの指針を与えている。たとえば、Prince v. Commonwealth of Massachusetts 判決 (321 U.S.158[1944]) において「州が介入しえない家族生活の私的領域」を認め、親密な私的領域に「法は家庭に入らず」としている。また、州の後見人や未婚の父の面接交渉権等の事案で憲法に結び付けて、「結社の自由」には還元しきれない家族単位のインテグリティ（結合性）やプライバシー（自己決定）の権利について以下のように判示している。

連邦最高裁判所は、法律婚をせず断続的に18年間「妻」と同棲し、その間に3人の子どもをもうけた未婚の父が、「妻」が死亡したため州が子どもを後見下に移したことについて争われた Stanley v. Illinois 事件 (405 U.S. 645 [1972]) で、家族単位のインテグリティ（結合性）はデュー・プロセス条項、平等保護条項、修正9条によって保護されているとのべている⁽²²⁾。これにより、法律に基づく家族以外の事実上の家族関係についても家族単位のインテグリティを認め、子どもの後見を主張する州（公権力）の介入を排除したのである⁽²³⁾。また、住宅の居住者構成が争われた Moore v. City of East Cleveland 判決⁽²⁴⁾では、家族単位を憲法上保護する最も強力な判決を下した。連邦最高裁の多数意見は、実体的デュー・プロセス条項に依拠して確立された家族単位のインテグリティを侵害するゾーニング規制を無効としたのである。ここでいうゾーニング規制とは、家族の定義を直近の核家族に限定したもので、祖母が自分の二人の孫と生活することを禁止するために用いられたものである。

さらに、母親の不倫の結果生まれた子どもへの生物学上の父の面接交渉権が争われた連邦最高裁の Michael H. & Victoria D. v. Gerald D. 判決⁽²⁵⁾は、家族単位のインテグリティとプライバシーは尊重されるべき重要な社会の基本枠であるとして、たとえそれが生物学上の父親であっても正式な家族関係（婚姻家族）に対する外部からの侵入を排除するとの判断を下している。

連邦最高裁判所は、これらの判例を通じてデュー・プロセス条項を根拠に州の不当な介入に対して家族のプライバシーを保護してきたのは明らかである。家族のそれぞれの構成員の利益すなわち家族内部の問題に州が介入する権限に対する憲法上の制約原理として家族のプライバシーの観念を論じるのは理由のあることであつたと思われる。また、家族単位のインテグリティ（結合性）の保持という利益は、家族構成員個々人の利益としては分解しきれない相互的な利益であり、家族単位の破壊は子どもと親の双方に多大な不利益をもたらすことになる。すなわち、家族単位のインテグリティの権利は、親と子どもの双方の相互的な諸権利を含んでいるということなのである⁽²⁶⁾。

このように連邦最高裁は、早い時期から家族のそれぞれの構成員だけでなく、家族それ自体も憲法上の保護をうけることを認めている⁽²⁷⁾。家族単位のインテグリティ・プライバシーの保持という利益の重要性からすれば、政府による家族関係への介入は、極めて例外的な場合にのみ認められるべきというのである⁽²⁸⁾。

（5）アメリカ移民・国籍法における家族の保護

A. 移民・国籍法における家族単位

たしかに、合衆国憲法は家族および外国人の出入国については明示的に規定していないが、連邦最高裁判所は政府の侵害行為からの家族保護をことのほか認めてきた。また、アメリカ移民法も入国や在留に関してアメリカ市民や永住

外国人の家族に対しては優遇措置をおこなってきたし、またそれが大きな原則でもあった⁽²⁹⁾。移民・帰化局は、家族集団を維持する原則として家族単位をつぎのように定義する。それは、家族集団を配偶者、他の家族世帯の構成員でない18才以下の未婚の子どもおよび家族集団の世帯の中で居住する両親とするものである⁽³⁰⁾。

だが、その一方で連邦裁判所は、外国人の入国管理を国家主権の権限行使として認識しているため、移民法における家族の諸権利を認めながらも違憲立法審査権の行使を控えてきたといわれる⁽³¹⁾。実際、移民法上の家族単位の主張は、1950年代までまともに取上げられず、ほとんど検討されずに拒否されてきた。たとえば、United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy 判決⁽³²⁾では、連邦最高裁判所は国家の安全保障上の理由によってアメリカ市民の配偶者を聴聞手続なしで入国拒否することを認めた。また、ワシントン特別区連邦控訴裁判所は、1958年の Swartz v. Rogers 事件 (254 F.2d 338 [D.C. Cir. 1958]) で、修正5条のデュー・プロセス条項が夫婦関係を崩壊させる真のある退去強制からの保護を含むかどうかを初めて判断したのだが、退去強制は婚姻関係に不利益をもたらせるかもしれないが、「決して婚姻が創設する法的な結合を崩壊させるものではない」として、原告の主張を退けたのである⁽³³⁾。妻は自らが望めば退去強制される夫といっしょに出国できるというのである。さらに第2巡回区連邦控訴裁判所は、アメリカ市民と婚姻関係にある外国人を永住外国人と婚姻関係にある外国人に較べて優遇的に取り扱う法律上の差異が問題となった Noel v. Chapman 事件⁽³⁴⁾において、平等な取り扱いの訴えを認めなかった。それは、永住外国人は家族単位のインテグリティ理論を根拠として入国を求める憲法上の権利は存在しないというものであった。

しかしながら、アメリカにおける家族単位の

インテグリティ・プライヴァシー法理の移民・国籍法への適用は、国際人権諸条約の国内法的効力によってその可能性が唆されている。たとえば、第9巡回区連邦控訴裁判所は、Cerrillo-Peres v. INS 判決⁽³⁵⁾において世界人権宣言を引用し、「家族が社会の自然かつ基本的な集団の単位でありかつ社会および国家によって保護される権利を有するのは普遍的に認識されている」として、移民不服審査委員会がアメリカ市民である三人の子どもの外国人親を退去強制させた場合に発生すると予想される困難さを考慮して退去強制の事案を差し戻した。このことは連邦下級裁判所および州裁判所ではますます認識されていて、人権に関する諸条約は合衆国における外国人の諸権利の保障を促進しかつその輪郭を示すために使用されてきている⁽³⁶⁾。世界人権宣言や国際人権規約等をはじめとする国際人権諸条約は、家族の重要性とそれが社会の基本的な構成要素であることを認めており、かつ重要な人権としてその保護を命じているゆえに、学説においても、家族単位の人権がさまざまな事案の下で主張されるのは当然のことであると指摘されている⁽³⁷⁾。

B. 家族の呼び寄せについて

早い時期の判例理論においては、配偶者および子ども等の呼び寄せの権利も絶対的なものではなく、連邦議会によって制限され得るものであるという判断がなされていた⁽³⁸⁾。その後も、アメリカ市民と永住外国人との間の格差やアジア地域からの家族の呼び寄せについての差別的処遇が、1921年の法律⁽³⁹⁾や1924年の移民法⁽⁴⁰⁾を根拠として1965年まで続けられていた。また、性別による取り扱いの格差も存在し、男性が優遇されていたことも事実であった⁽⁴¹⁾。このような中で、現在も国際家族の呼び寄せの自由利益を阻害する問題点としては、①永住外国人はアメリカ市民のそれよりも不利に扱われていること、②永住外国人は、親戚の入国について出身

国別に多様に扱われていること、③入国許可の遅延が永住外国人の正常な家族生活を営む憲法上の実体的な権利を侵害すること等が指摘されている⁽⁴²⁾。

現実問題として国際家族の呼び寄せが保障されるには、親と未成年者または配偶者としての実体的な関係がなくてはならないということであろう⁽⁴³⁾。すくなくとも親が未成年の子どもの入国を求める場合、生物学的な紐帯の存在が憲法上保護されるために必要であると考えられる。移民・国籍法における家族の呼び寄せの優先的な取り扱い、配偶者および未成年の子どもという核家族の構成員のような憲法上保護される者に限定される、との指摘もなされている⁽⁴⁴⁾。

C. 家族構成員の退去強制

しかし、家族構成員の退去強制が問題となる場合は、強固な家族の紐帯が存在するかどうかにより判断することができると考えられている。なぜなら移民・国籍法は、退去強制令状からの救済を認めるに際して、これまで法律上の要件として「極度の困難さ」の呈示を求めることによってそれを実現しようとするアプローチをとってきたからである⁽⁴⁵⁾。合衆国に7年以上あるいは10年以上継続的に在留し、善良な道徳的性格を持つ外国人が退去強制される場合、その者の退去強制が合衆国市民もしくは合法的永住外国人の配偶者、親、もしくは子どもにとって極度に困難な状況を生ぜしめると司法長官が判断するときには、退去強制の執行停止の措置が規定されていたということである⁽⁴⁶⁾。在留の年限や家族関係について、法律レベルで、合衆国の「市民社会」や家族という共同体（community）との結合性ないし紐帯（tie）を「極度の困難さ」を計る上で考慮することを意味するものである⁽⁴⁷⁾。

連邦最高裁判所は、困難さの考慮はその親類にたいする当該外国人の関係が親子関係と事実上「機能的に同等なもの」であったとしても、

その他の親類には及ばないと判断した⁽⁴⁸⁾。第9巡回区連邦控訴裁判所は、「極度の困難さ」を判断する要素について、①当該外国人のその者が属する地域社会への貢献、②当該外国人の国外退去によってその者の合衆国市民である子どもに及ぼされる「極度の困難さ」を含むその者の家族からの分離の影響、および、③当該外国人に対する経済的困難さを判示した⁽⁴⁹⁾。

実際、移民不服審査委員会も退去強制の取消しの事案において、これまでも家族の紐帯について考慮してきた。移民不服審査委員会は、In Matter of O-J-O事件において13才のときから合衆国に居住する24歳のニカラグア人の国外退去は、その者が要件とされる年限を満たす期間合衆国に居住し、合衆国における生活にとけ込んでいたゆえに、「極度の困難さ」を構成すると判断したのであった⁽⁵⁰⁾。さらに移民不服審査委員会は、In re Ige事件において初めて「極度の困難さ」に関連する要件をつぎのように明示した。すなわち、①当該外国人の年齢、②合衆国における居住の年限、③合衆国および外国における家族の紐帯、④その者の健康状態、⑤その者が送還される国における経済的および政治的状況、⑥その者の財政状況、商売、および職業、⑦資格変更のその他の手段の可能性、⑧その者の出入国記録、および、⑨その者の地域社会における地位があげられている⁽⁵¹⁾。

ところが連邦議会は、この移民不服審査委員会の決定が極度の困難さの基準を弱めさせる効果をもつものではないかと恐れ、そのため1996年の不法移民修正及び移民責任法⁽⁵²⁾によって、「困難さ」を示す要件を「例外的かつ極度に尋常でない困難さ」に引き上げたのである（移民・国籍法二四〇A条b項一号（D）⁽⁵³⁾）。この変更は、当該外国人が、合衆国市民または合法的永住外国人であるその者の配偶者、親、または子どもへの損害が、一般人が普通に考えて国外退去から発生するであろうと予測される損害を実

質的に越えるような証拠を準備しなくてはならないことを意味するものであった⁽⁵⁴⁾。現実には、司法長官と移民・帰化局は、何が「極度の困難さ」を構成するかを決定するに際して、かなりの裁量的権限を有する⁽⁵⁵⁾。さらに、外国人の国外退去の再審申し立てが、要求された居住期間および「極度の困難さ」を満たし、国外退去の取消しについて一応有利な状況にあるとしても、司法長官は再審の申し立てを拒否する裁量的権限を有している⁽⁵⁶⁾。1996年の不法移民修正及び移民責任法以降は、司法長官のこのような裁量的権限は、もはやいかなるタイプの司法審査にも服さないことになったのである（移民・国籍法242条a項2号(B)）⁽⁵⁷⁾。

D. 非合法外国人家族の救済手段

また、非合法に在留する外国人家族の権利についてはさらに微妙なものとなっている。非合法に在留する外国人について1986年の移民修正管理法⁽⁵⁸⁾は、1982年1月1日以前から不法な状態で継続して合衆国に居住する外国人の在留資格に対する合法化を規定した⁽⁵⁹⁾。継続的に居住している十分な証拠があれば、その外国人は一時的在留の資格を付与され、その後18カ月たてば永住の資格が付与されることになった。だが、このような要件を満たす非合法外国人には、要件を満たさない妻や子どもがいる場合が多いのである。そうすると、要件を満たす外国人が合法的な地位を獲得する一方で、要件を満たさない当該外国人の家族は合衆国を去らねばならないか、または不法残留しなくてはならず、かれらは発見され収捕されると退去強制の対象となる。移民修正管理法が家族をひとつの単位として取り扱っていないため、多くの非合法外国人は自分の家族が崩壊する可能性に対して合法化の機会を量りにかけることを強いられることになるのである⁽⁶⁰⁾。

このような状況において1987年10月27日、移民・帰化局は、両親が合法的に居住する外国人の18

才以下の未婚の子どもが1986年11月6日以前に非合法の在留となった場合、無期限の自発的退去を認めるガイドラインを発した。期限を定めないことによって、事実上の在留を認めるものである。だが、このような優遇措置は非合法に在留する親の子どもには認められないものであった⁽⁶¹⁾。結局のところ1986年の移民修正管理法の不法残留外国人に対するの合法化の目論みは、同法によっては資格を認められない配偶者や子どもの合法化を拒絶することによって失敗してしまった。多くの非合法に残留する外国人の家族は、合法化のアムネ스티プログラムの申請を拒否してしまったのである。非合法外国人の家族のインテグリティを尊重しない政策は、結局のところ非合法外国人の人口を削減するという目的を達成できないでいる原因となっている、と指摘される⁽⁶²⁾。

以上が、アメリカ合衆国の憲法および移民法における家族の法理論の概要であるが、わが国の憲法および出入国管理法制がアメリカ法の継受であるといわれるところからも⁽⁶³⁾、これらの法理から示唆されるところが少なからずあると思われる。

3. 外国人の「家族生活を営む権利」構築の視点

(1) 家族生活の保護から介入の排除へ……

保護の客体から権利の主体へ

これまで家族については、国際法および国内法の視点からも主として当該国家の保護の対象として扱われてきた。しかし、外国人がその構成員となって家族生活を営もうとする場合、これまでの考察からもその前提として滞在国での在留ないし居住の自由が保障されなくてはならないことが理解される。たしかに、家族生活そのものは滞在国でなくても実現可能であるとしても、国際家族としての自己実現を当該国家に求めるとしたら、その前提として在留が保障さ

れなくてはならない。この点についていえば、各国の憲法および国際人権諸条約が家族保護を規定するが、多くは家族それ自体を権利主体としてではなく保護の客体とし捉え、それを単に国家の責務ないし義務としているため、それについては一定の限界があったといわざるをえないのである。

②家族単位の人権享有主体性

日本国憲法において家族について唯一明示する第24条2項の規定は、国家の介入を排除するという意味において自由権的基本権であるとともに、国家による特別な保護を求めることができる社会権的基本権としての性質をもつものとしてこれまで議論がなされてきた⁽⁶⁴⁾。それとともに憲法24条は平等権や「結社」の一場面として捉えられたりするため、複合的な性質をもつものであることは否定できないところであった⁽⁶⁵⁾。また、個人の尊厳を根拠として児童虐待防止法⁽⁶⁶⁾やドメスティック・バイオレンス防止法⁽⁶⁷⁾などによるパターンリスティックな公権力の介入も許されることになる。だが、家族それ自体を人権の享有主体であるとする学説は、先にもふれたように、わが国ではほとんどみられないのが現状である。

しかし、「家族から引き離されない権利（家族とともに生活する権利）を、24条2項の趣旨に照らして解釈された13条（見方によっては25条）によって保障される一つの憲法上の権利として構成し、その侵害を問題とすることも、理論的には可能であろう。」⁽⁶⁸⁾との主張にもあるように、日本国憲法24条および13条は、家族単位のインテグリティとプライバシーの権利の根拠となりうるものである。ここでいう家族単位のインテグリティとは、とくに家族が離散させられない権利である。また、家族単位のプライバシーは、家族の自己決定権すなわち本邦であるいは海外でどのような生活を営もうが、それは家族単位の権利として尊重されなく

てはならないという意味である。これらが国家によって制約されるとすると、国際家族の不利益が発生するというものである⁽⁶⁹⁾。

さらに、このような家族単位の人権保障の可能性は、わが国が加入している国際人権規約B規約23条1項が、「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。」として、家族単位そのものを権利の享有主体として認めていることをもその根拠とすることができる。本条の趣旨は、人権の保障は個人の人権を保障するだけでは十分とはいえず、その個人が属する家族を保護しなければならないというものである。同項は、家族それ自体が社会および国による保護を受ける権利を享有することを規定しているのである⁽⁷⁰⁾。この点、世界人権宣言16条3項もまったく同一の趣旨であり、この国際人権規約B規約が即時の実施義務を締約国に負わせている（2条2項）⁽⁷¹⁾ことに鑑みても、日本国憲法98条2項を通じて国内法的効力を有する国際人権B規約23条1項から家族単位の人権享有主体性を導くことは、十分に可能であると考えられる。

また、児童の権利条約第7条1項〔父母によって養育される権利〕は、「児童は、出生の後直ちに登録される。児童は、出生の時から氏名を有する権利及び国籍を取得する権利を有するものとし、また、できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有する。」と規定し、第9条1項〔父母から分離されない権利〕も「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。」と規定する。さらに、児童の権利条約10条2項〔家族の呼び寄せのための出入国〕も、「父母と異なる国に居住する児童は、例外的な事情がある場合を除くほか定期的に父母との人的な関係及び直接の接触を維持する権利を有する。このため、前条1項の規定に基づく締約国の義務に従い、締約国は、児童及びその父母が

いずれの国（自国を含む。）からも出国し、かつ、自国に入国する権利を尊重する。出国する権利は、法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この条約において認められる他の権利と両立する制限にのみ従う。」と規定する。すなわち、これらの規定は、「家族が一緒に住みかつ生活することを人権」として保障しているのである⁽⁷²⁾。ただし問題は、これらの条項について日本政府が解釈宣言をおこない条約の趣旨を歪めかねない状況が依然として続いていることである⁽⁷³⁾。

これらの法的根拠をもとに国際家族の権利保障の強化について考えてみると、家族の憲法上の地位が認められるとするならば、法律によって入国が許可されたとしても、とくに日本国民と実質的な家族関係が存在する者を単に法律レベルの解釈で一律に外国人として退去強制し、その結果として引き起こされる他の家族構成員の家族生活を侵害することは許されないことになる。この場合、退去強制される外国人だけが権利を侵害されるのではなく、家族単位の崩壊によって当該家族の他の構成員もが憲法上の自由利益を侵害されることになるゆえに、その家族構成員にも退去強制処分取消しの原告適格が認められなければならないことになる⁽⁷⁴⁾。これは反射的利益の享受から権利主体への転換であり、これまでの柳文卿事件（退去強制処分の取消／執行停止）、森川キャサリーン事件（再入国事件）、チョエ・ソンエ事件（再入国事件）等の重要な事案をあげるまでもなく、理論的には適用可能な法理といえよう。法解釈のレベルでも、入管法の個別的な適用や運用について、憲法上の家族単位の地位を前提として国家の権限行使を制約する可能性が広がると考えられる。

（２）家族・社会との紐帯（community tie）

理論

先にもふれたように出入国の自由は、生活の

本拠が日本社会に存在し、日本国民や本邦に在留する外国人と市民生活上のさまざまな紐帯を有する外国人にとっては、一時的に在留する外国人とはその意味がまったく異なることに注意しなくてはならない。それは、日本に生活の本拠を有する日本国民の海外渡航や居住・移転の自由と実質的にはなんら変わりはないのである。一旦合法的に本邦に入国し、実質的な家族関係や財産関係など日本社会との紐帯が発生したならば、そのような外国人については、退去強制事由に該当したからといって入管法を拘子定規に運用して簡単に国外へ追放することは、単なる人道上の問題を発生させるだけでなく、憲法的にも、外国人の生存権保障にかかわる問題となるのは明らかである。

この点について、平成12年3月24日策定の「出入国管理基本計画（第2次）」（法務省告示149号）Ⅲ2（2）は、「在留特別許可を受けた外国人の多くは、日本人等との密接な身分関係を有し、また実態として、さまざまな面で我が国に将来にわたる生活の基盤を築いているような人である。より具体的な例としては、日本人と婚姻し、その婚姻の実態がある場合で、入管法以外の法令に違反していない外国人が挙げられる。法務大臣は、この在留特別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、その外国人の家族状況、生活状況、素行その他の事情を、その外国人に対する人道的な配慮の必要性和他の不法滞在者に及ぼす影響とを含めて総合的に考慮し、基本的に、その外国人と我が国社会とのつながりが深く、その外国人を退去強制することが、人道的な観点等から問題が大きいと認められる場合に在留を特別に許可している。」と明記している。

すなわち、合法・非合法を問わず、外国人が本邦で家族共同体ともいえる関係性を有することになったら、あきらかにその受け皿である日本社会や私的領域におけるさまざまなコミュニ

ティとの紐帯が発生し、それが憲法レベルの強固な紐帯となる場合が少なからずあると考えられる。まさにその点が外国人の人権についての憲法上の争いとなるのである。このことは、法定特別永住者等の退去強制について、法制度上も一般外国人よりかなりの程度で優遇措置がとられているところからも理解されよう（入管特例法9条）。

わが国の判例も現在の法定特別永住者にあたる外国人の退去強制事件で、①原告が約40年間もの長期にわたって本邦に居住し、日本国民と家族生活を営み、生活基盤を築きあげてきたこと、②原告の入管令違反の軽微性と、退去強制による原告とその家族の崩壊および残された妻子の生存にも重大な影響を与えることを比較して、③本件における退去強制処分は、極めて苛酷な措置であり、甚だしく正義の観念にもとり、人道にも反するゆえに、法務大臣に裁量権の逸脱・濫用があったとして、当該処分を取り消した事例がある⁽⁷⁵⁾。これは、明らかに、外国人と日本社会との紐帯を意識して、それが、法的判断基準となることを認めたものである。とくに、社会構成員性を有する外国人⁽⁷⁶⁾の退去強制や再入国については、新規に入国する一般外国人とはことなり、日本社会との紐帯が憲法上の権利を発生させるものと認めつつ、その具体的基準について、今後とも個々の判例を積み重ねていく努力が求められるところであろう⁽⁷⁷⁾。いずれにせよ、合法・非合法を問わず、日本社会との結びつきない紐帯がどの程度強固かを判断することによって、入国拒否、退去強制や再入国処分等の出入国管理制度の運用・適用をコントロールする基準となる可能性が認められるところである。

（3）親密な私的領域からの公権力排除のルール

国際家族の人権保障を論議する上でも気がつくのは、家族生活を営む自由は、他者との関係性における親密さの程度という視点からは同じ

市民社会（私的領域）における権利・自由であっても他の自由とはその性質が異なるということである。たとえば、表現・言論の自由や経済活動の自由などの市民的諸自由は、公共的な領域において不特定の人たちが自発的に結びつき実現されるものであるが、それとは異なり、本稿の考察の対象となっている特定の人と人との結びつき実現される「家族生活を営む自由」などのように、きわめて親密な人間関係を実現する社会領域が必要とされる。これは、特定の個人が結びつき家族生活や友人関係を営む公共的な私的領域よりも強固に公権力の介入を拒否する、きわめて親密な私的領域を必要とするものである⁽⁷⁸⁾。

このような親密な私的領域における自由の営みについては、「法は家庭には入らず」という法諺にもあるように、その実態を国家の法によって規制することは事実上不可能なことである。市民的自由の実現はともかくとして、たとえ在留資格が合法的なものでないとしても、そのような外国人の親密な私的生活の営みは強固に保障されなくてはならず、公権力による規制は消極的に考えなくてはならないのが近代法のルールであると考えられる。

ただ、難しいのは、最近にもあった不法残留する外国人家族がアムネ스티を求めるような事案である⁽⁷⁹⁾。さきにみた第2次基本計画の趣旨からして、「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」と認めることができる。これに基づく実務上の規準としても「適法な在留資格を持たない外国人が長期間平穩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礎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

時までには黙示的にせよ実務上確立した基準であった」ということができよう⁽⁸⁰⁾。

その一方で、法務大臣の広範な裁量権である在留特別許可は、「その性質は、恩恵的なものであるというべき」であり、判断するに当たっては、「当該外国人の個人的事情のみならず、その時々国内の政治・経済・社会等の諸事情、外交政策、当該外国人の本国との外交関係等の諸般の事情を総合的に考慮すべき」であることが認められている。わが国の最高裁判所も、在留特別許可を与えなかった事案について「本邦に不法入国し、そのまま在留を継続する外国人は、出入国管理令9条3項の規定により決定された在留資格をもって在留するものではないので、その在留の継続は違法状態の継続にほかならず、それが長期間平穩に継続されたかた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」（最判昭和54年10月23日）としているのである。

本件のような場合については、単純な比例原則違反の主張だけではなく、子どもを不法残留する外国人親とは切り離して教育・福祉を受ける独立した権利主体として理論構成し、その上で家族生活を営む権利に対する侵害の重大性を主張する論理展開も考えられよう⁽⁸¹⁾。また、公的機関による違法状態の放置によって不法残留が長期化したことの非をすべて当該外国人に負わせるのではなく、国家の責任として追求する論理構成も成り立ちうるであろう。

4. まとめとして—「国際家族」の人権保障の展望

(1) 国際家族の人権保障

以上のように、外国人がその家族生活を営む前提となる在留ないし居住の自由を確保するための法理について憲法を視点として検討してきた。本稿では、家族単位の人権享有主体性や生活の本拠が日本社会に存することによって入管法

の適用が制限されうる可能性を検討することができた。とくに出入国許可については、国際法上の国家主権の法理が適用され当該国家の構成員ではない外国人には原則として認められないとされるが、一旦本邦に入国し、実質的な家族関係が発生したならば、そのような外国人の退去強制や再入国不許可処分等については、その運用・適用を消極的におこなう根拠となりうるであろう⁽⁸²⁾。この点について、1996年7月31日の法務省通達により日本人の実子を扶養する外国人親の在留について取り扱いが緩和されたことは評価されるところである。

(2) 国家主権の壁

とくに外国人の出入国の問題は、単なる「公共の福祉」と人権の問題にとどまらず、国家の主権原理と直接かかわることにその特殊性が存するのは否めないが、国家主権の最高・独立性が強調されればされるほど、権利侵害が発生する危険性も増大するゆえに、裁判所は、外国人の権利保障という立場に立って、積極的にその役割を果たすことが求められよう。また、国家主権そのものも絶対的なものから相対的なものへと変質をとげつつあることは留意されなくてはならず、ヨーロッパ連合（EU）などにおける外国人の処遇が、その良い例であろう。

国家主権を根拠として外国人の入国および在留を制限するならば、家族の構成員がいっしょに生活する権利は明らかに慣習国際法の規準であるので、当該国家は国家主権の主張と権利の衝突との相殺の正当性の立証責任を果たしてはじめて認められると考えられる⁽⁸³⁾。つまり、入国拒否や退去強制が国家主権の属性として、それを根拠に重大な人権を制約するのであるならば、国家主権とのバランスを立証しなくてはならないのである。それは当該政府の全くの自由裁量行為とはいえないのであり、立証が不十分ならば「裁量権の逸脱・濫用」とされ違法な行政行為と判断されるべきである。

国家にはその領域からすべての外国人を排除する権利があると主張されるのは、比較的新しい法理であり、それは、すべての外国人を排除する国家の絶対的権利（plenary power）は「古くからある法理」であるといった間違った解釈によってもたらされたものである。現実には、外国人を排斥する国家の絶対的権限は19世紀末の頃の英米の判例法を起源とするものであり、それが現在まで引き継がれているだけであることを認識すべきであろう⁽⁸⁴⁾。

（3）わが国の憲法学の課題

諸外国と同様、わが国においても日本国民と婚姻関係や家族関係を有する外国人に対する退去強制が禁止されているのでも、いわんや外国籍同士で家族関係を有する外国人の退去強制が禁止されている訳ではない。ここで重要なことは、「家族生活を営む権利」が明確化され、個々の事例における国家の裁量権限の行使に対する限界を導くことによって、国際家族の自由利益が広がるのを認識するのである。またそれが立法政策や行政政策に影響を及ぼすことも考えられる⁽⁸⁵⁾。

今後とも国際家族をはじめとしてさまざまな形態をもつ「家族」が大きなテーマとなってくるものと予想される⁽⁸⁶⁾。それゆえに、憲法学もさまざまな分野における家族研究者の研究成果を積極的に取り入れていくべきであろう。司法改革にともなって憲法的価値の実現可能性も広がっていくと予想されるが⁽⁸⁷⁾、家族の保護・権利保障についても積極的に判断されることが期待される。そのためにも実践的な法理論の開拓が求められているといっていよい。

この点については、本稿でも触れたようにわが国では日本国憲法98条2項を根拠として条約の国内法的効力が認められ、国家機関はすべてこれらの法的効力に拘束されることが大きな鍵になるように思われる。それゆえに、今後とも日本国憲法の人権規定の解釈とともにそれを拡

充する国際人権諸条約の国内法的効力をさまざまな事案において適用する努力がなされなくてはならないであろう。

注

- (1) 鳥居淳子「国際家族」米倉明編『家族生活と法』（有斐閣、1988年）219頁）
- (2) たとえば、新井信之「アメリカにおける退去強制制度の憲法的考察」広大法学15巻2号49頁（1992年）以下を参照。
- (3) 昭和26年10月4日政令第319号。
- (4) この中で、外国人に認められない権利は、一般的に「出入国の権利」「社会保障を求める権利」「政治参加の権利」とされる。たとえば、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）129頁以下を参照。
- (5) 平成3年法律第71条。
- (6) 詳しくは、新井信之「国民と外国人—わが国における外国人の地方参政権保障に関するひとつの覚え書—」長崎外国語短期大学論叢56号12頁（2001年）以下を参照。
- (7) とくに永住・居住外国人の「再入国の自由」について通説は、日本国民が憲法22条によって保障される海外渡航の自由と実質的に変わらないものとする。判例も、日本社会に生活の本拠を有する外国人の再入国は、東京地裁が北朝鮮祝賀団事件で述べるように、「その実質は、日本国における在留地を生活の本拠とする一時的な海外旅行である」（東京地判昭和43年10月11日）るというように、その自由利益は、日本国民の海外渡航の自由と同様に、憲法22条によって保障されていると考えなくてはならないであろう。
- (8) 宮地基「憲法に基づく外国人の滞在の権利の保障」法学研究60号361頁（1996年）。
- (9) 1903年の Kaoru Yamataya v. Fisher 判決（189 U.S. 86(1903)）において連邦最高裁は、退去強制と入国拒否を区別すべく外国人への退去強制は個人の自由を侵害するものであり、憲法上のデュー・プロセスの保障が問題となることを認めた。
- (10) たとえば、米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、1992年）224頁以下を参照。この点、国はその外国人の滞在を認める憲法上の義務があるとして、それを憲法上の外国人の「滞在権」と観念する主張も存するが（宮地・前掲注（8）論文、332頁。）、これまでの考察からも「在留ないし居住の自由」は、国民ではない外国人にとって憲法上の基本的権利とはいえないことは明らかである。したがって、「滞在権」ないし「在留権」というような確立した法的権利をイメージさせるような用語の使用は妥当ではなく、本稿では外国人の「在留ないし居住の自由」利益の意味にとらえ、そのような意味において用語を用いることとする。
- (11) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、1995年）460—461頁）
- (12) しかしながら、とくに平等保護という観点からは、現行の法制度において規定される「夫婦同姓」「婚姻適齢の男女差」「女性のみ再婚禁止期間」「嫡出

- 否認の訴えにおける父の優越」「非嫡出子に対する差別」等の問題点が指摘されている。これについては、金城清子「憲法と家族」利谷信義編『現代家族法学』(法律文化社、1999年)20頁以下を参照。
- (13) 井戸田博史『家族の法と歴史』(世界思想社、1993年)26頁。
- (14) これについては、現行民法は明治民法の「家」制度をめぐる家族像との対立と妥協の産物であり、正確には近代的小家族=核家族を基本としつつも、直系家族と同居の親族をも副次的な家族像としていると指摘されている。利谷信義「家族法システムの法」同編『現代家族法学』(法律文化社、1999年)5頁。
- (15) 宮地・前掲注(8)論文、351頁。
- (16) 新井信之「法人・外国人の人権」畑・阪本編『憲法フォーラム』(有信堂、1994年)87頁。わが国の憲法学説においては、家族に関する総合的で原理的な研究はかならずしも十分にはなされてこなかったとの指摘がなされて久しい。その理由として、①結婚、妊娠、出産、子どもの養育教育、離婚等に関する憲法13条の自己決定権の分析が不十分であったこと、②憲法の家族関係への導入は、個人の権利保障に仕える反面、家族の自律を破壊する危険性を内包していること等が考えられるからであるという(米沢・前掲注(10)書、272頁)。最近では、君塚正臣「日本国憲法二四条解釈の検証」関西大学法学論集52巻1号(2002年)2頁以下も、憲法学において家族が十分議論されてきていなかったことを指摘しつつこれまでの学説の整理をおこなっているが、ここでも家族を人権享有主体の単位として扱う学説はほとんどみられない。
- (17) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁、判例時報596号3頁。
- (18) 橋本宏子「社会保障法と家族」利谷信義編『現代家族法学』(法律文化社、1999年)171-177頁。
- (19) 佐藤・前掲注(11)書、31頁。
- (20) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399(1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510(1925); Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158(1944); Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629, 639(1968)。
- (21) たしかに「家族」の定義について、連邦最高裁は憲法上の保護をうける「家族」を一義的に定義づけることを避けているが、OFFER判決(431 U.S. 816[1977])において、「家族」を定義づける際の指針として、血縁関係、結婚関係、日々の結合の緊密性の三点をあげている。憲法上の保護をうける「家族」とは、①法律上の家族だけでなく事実上の家族、②核家族だけでなく祖父母と孫のような「拡張」家族まで含めるようになっていく。連邦最高裁は、法律婚や養子縁組に基づく正式の家族関係に加えて、事実上の家族関係にまで、憲法上の保護を拡大しようとしているのである。米沢・前掲注(10)書、226-227頁。
- (22) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 651(1972)
- (23) 米沢・前掲注(10)書、111頁。
- (24) Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494[1977].
- (25) Michael H. & Victoria D. v. Gerald D., 491 U.S. 110[1989].
- (26) Dechesne v. Sugarman, 566 F.2d. 817, 825(2d Cir. 1977).
- (27) Note, *The Right to Family Integrity : A Substantive Due Process Approach to State Removal and Termination Proceedings*, 68 GEO.L.J. 213(1979). ; R. Keiter, *Privacy, Children, and Their Parents : Reflections on and beyond the Supreme Court's Approach*, 66 Minn. L. REV. 459, 490-91, 508(1982).
- (28) しかしながら、結合体である家族それ自体が権利の主体であるという見解については、以下のような批判も存する。それは、①個人はあくまで自己に帰属するのであって他者や全体としての社会に帰属するのではない、②自立の価値は他の者から独立して決定を行うところにあるといったプライバシーの権利の基本的な考え方に反するというものである。米沢・前掲注(10)書、231頁。
- (29) 現行の移民・国籍法では、アメリカ市民の「直近の親類」(アメリカ市民の21才以下の未婚の子ども、妻および両親を含むと規定される)は入国に関して優遇されている(8 U.S.C § 1151(b)(2003).)。
- (30) Carol Sanger, *Immigration Reform and Control of the Undocumented Family*, 2 GEO. IMMIGR. L. J. 295, 328(1987).
- (31) J. Guendelsberger, *Implementing Family Unification Rights in American Immigration Law: Proposed Amendments*, 25 SAN DIEGO L.REV. 253, 262(1988).
- (32) United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537(1950).
- (33) Swartz v. Rogers, 254 F.2d 338, 339(D.C. Cir. 1958)
- (34) Noel v. Chapman, 508 F.2d 1023(2d Cir.), cert. denied, 423 U.S. 824(1975).
- (35) Cerrillo-Peres v. INS, 809 F.2d. 1419(9th Cir. 1987).
- (36) See, e.g., Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson, 654 F.2d 1382(10th Cir. 1981)(これはキューバからの入国者を不定期に収容した事案で、それは世界人権宣言に規定される慣習国際法を侵害することを認めた。) ; Doe v. Plyler, 458 F. Supp. 569, 592(E.D. Tex. 1978), aff'd, 628 F.2d 448(5th Cir. 1980), aff'd, 457 U.S. 202(1982). (本件は、教育の機会を拡大することに対する連邦政府の介入の根拠としてプエノスアイレス議定書を引用し、公立学校から非合法の外国人少年を排除するテキサス州法を違憲と判断した。)
- (37) C. Sanger, *supra* note 30, at 337-340
- (38) In re Chung Toy Ho, 42 F.398, 400(D.Or. 1890).
- (39) Act of May 19, 1921, ch.8, 42 Stat. 5, amended by Act of May 11, 1922, ch.187, 42 Stat. 540(1921).
- (40) Immigration Act of 1924, ch.190, 43 Stat. 153(1924).

- (41) J. Guendelsberger, *supra* note 31, at 256-257
- (42) *Id.* at 269-270
- (43) *Id.* at 266
- (44) *Id.* at 277
- (45) Note, *Judicial Review of "Extreme Hardship" in Suspension of Deportation Cases*, 34 AM. U.L. Rev. 175 (1984).
- (46) 8 U.S.C. § 1254(a)(1991).
- (47) この、いわゆる結合性理論 (community tie theory) は、外国人の人権のみならず国民の基本的人権を考える上で、本稿でも注目しているモデルである。 *Developments in the Law — Immigration Policy and the Rights of Aliens*, 96 HARV. L.REV. 1289 (1983)。
- (48) *INS v. Tor*(Sup.Ct.1986)
- (49) *Villena v. INS* (9th Cir.1980)
- (50) *In re O-J-O(BIA 1996)*. 本件は、13才のときに入国して以来10年以上合衆国に居住していた外国人の事案で、その外国人は、かれの父親の運送事業を引きつぎ教会活動も熱心におこない、そして多くのコミュニティ活動に参加していた。移民不服審査委員会は、当該外国人の居住期間だけでなく、アメリカ社会への同化の程度および友人並びに地域社会との結びつきの強さを考慮したのであった。そして、本件は当該外国人が合衆国でいくばくかの期間過ごした後に単に本国における元の生活に再適用するというような事案ではないことを認めた。本件は、当該外国人が多年にわたり居住した後に社会および文化的な絆を形成した地域社会から強制的に引き裂かれる事案であるとの事実認定をおこなったのである。
- (51) Elwin Griffith, *The Transition Between Suspension of Deportation and Cancellation of Removal for Nonpermanent Residents under the Immigration and Nationality Act*, 48 DRAKE L.REV. 79, 114 (1999).
- (52) *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*, Pub.L.No.104-208, 110 Stat. 3009 (1996).
- (53) 8 U.S.C. § 1229b(b)(1)(D)(2003).
- (54) D. Weissbrodt, *IMMIGRATION LAW AND PROCEDURE IN A NUTSHELL* 4th Edition 234, WEST GROUP(1998).
- (55) *INS v. Jong Ha Wang* (Sup.Ct.1981).
- (56) *INS v. Rios-Pineda* (Sup.Ct.1985); *INS v. udu* (Sup.Ct.1988).
- (57) 8 U.S.C.A. § 1252(a)(2)(B)(2002).
- (58) Act of Nov. 6, 1986, Pub. L.No.99-603, 100 Stat. 3359(1986).
- (59) すなわち合法化に必要な在留年数は5年間以上ということになる。これについては、たとえば、*Mathew v. Diaz*判決 (426 U.S. 67 (1976)) において、永住・居住外国人が社会保障の需給権を取得する要件を5年とすることとも共通するところである。C. Sanger, *supra* note 30, at 322.
- (60) C. Sanger, *supra* note 30, at 295-296.
- (61) *Id.* at 341. この自発的退去とは、退去強制からの救済および労働許可の双方を与える構造をもつもので、賢明かつよくとられる解決方法である。この自発的退去は、退去強制になる外国人が退去を強制されるというよりもむしろその国を自発的に離れまたは離れることに同意することを意味する。8 U.S.C. § 1254(e).
- (62) *Id.* at 355.
- (63) わが国の日本国憲法はアメリカ型の民主憲法を継受したものといわれ [小林直樹『(新版) 憲法講義上』(東京大学出版会、1980年) 43頁]、また、出入国管理法制もあきらかにアメリカ法の継受とされている [法務省出入国管理局出入国管理法令研究会編『出入国管理法講義』(日本加除出版、1995年) 19頁]。そのような意味において、外国人の出入国管理についてアメリカ法の示唆するところは他国に比べてはるかに大きいものと考えられる。
- (64) 利谷・前掲注 (14) 論文、4頁。
- (65) たとえば、君塚・前掲注 (16) 論文、20頁以下を参照。
- (66) 「児童虐待の防止等に関する法律」平成12年5月24日法律第82号。
- (67) 「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」平成13年4月13日法律第31号。
- (68) 内野政幸「法学基本セミナー」法セ1987年4月号79頁。
- (69) R. Keiter, *supra* note 27, at 490-508.
- (70) 宮崎繁樹編『国際人権規約』法学セミナー1979年5月臨時増刊207頁。
- (71) 伊藤正己「国際人権法と裁判所」国際人権1号10頁(1991年)。
- (72) 奥田安弘『家族と国籍』(有斐閣、1996年) 27頁。
- (73) 日本政府の解釈宣言については、大田育子「児童の権利条約」畑・水上編『国際人権法概論 (第三版)』(有信堂、2004年) 91頁以下を参照。
- (74) しかしながら、現行の行政事件訴訟法第九条 (昭和37年5月16日法律第139号) における処分または裁決の取消しの原告適格たる「法律上の利益を有する者」とは、退去強制の事案については当該外国人のみをさすものとして運用されており、その点が問題となっている。
- (75) 柳楨烈事件・札幌地判昭和49年3月18日、判例時報743号12頁。
- (76) この社会構成員性については、大沼保昭『(新版) 単一民族社会の神話を超えて—在日韓国・朝鮮人と出入国管理体制』(東信堂、1993年) 218頁以下および新井・前掲注 (6)、9頁以下を参照。
- (77) 現行のアメリカ移民・国籍法は退去強制からの救済要件について具体的に法令で明示しており、この点については参考に値するものである (8 U.S.C. § 1229b (2003))。
- (78) 社会領域の三分法モデルについては、新井信之「近代立憲主義における『公／私』モデルの変容」阪本編『立憲主義—過去と未来の間—』(有信堂、2000年) 47頁以下を参照。
- (79) いわゆるアミネ・カリル事件 (東京地裁平成12年(行ウ) 第211号、退去強制令書発布処分取消請求事件、平成15年9月19日民事第三部判決) は、「不法残留し、資格外活動をおこなっているいわゆる不法滞

在のイラン人家族が自ら出頭し、特別在留許可を求めた」事案で、地裁判決の勝訴に対して高裁の逆転判決が出された。

- (80) 同上、アミネ・カリル事件の東京地裁の判旨。
- (81) この点について、アメリカ法は日本と比べて子どもを親とは別個の独立した存在とみる傾向がある。たとえば、樋口範夫「子どもと法」法セ増刊・これからの家族128頁(1985年)を参照。
- (82) 大沼・前掲注(76)書、218頁以下を参照。
- (83) C. Sanger, *supra* note 30, at 354
- (84) Nafziger, The General Admission of Aliens Under International Law, 77 AM. J. INT'L L. 804, 808-15, 823-24 (1983).なお、アメリカにおける退去強制制度の歴史的展開については、新井・前掲注(2)、141頁以下を参照。
- (85) 同様の趣旨として、宮地・前掲注(8)論文、361頁。
- (86) たとえば、岡田光世『アメリカの家族』(岩波新書、2000年)にもあるように、これまでの家族の概念を超えるような家族像が現実存在し、その中で大人も子どもも家族生活によってもたらされる自由利益を享受しているのである。
- (87) このことは、司法制度改革審議会の意見書にも表れている。それは、日本国憲法によって立つ個人の尊重と国民主権が真の意味において実現されるために、自由と公正を核とする法秩序が、国家、社会に浸透し、国民生活に息づくようにするというものである。佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、2003年)300頁。

E-mail : arai@tc.nagasaki-gaigo.ac.jp