

現代の問題から考える外国人の人権

B班 小西和也・溝梨紗子・前田実来

目次

1	出入国管理局の収容施設における難民認定申請者の人権侵害	2
1.1	収容施設の実態	2
2	外国人の不就学問題	15
2.1	不就学問題の現状	15
2.2	教育を受ける権利（憲法26条）に関する検討	17
2.3	具体的に考えられる政策	22
2.4	おわりに	24
3	参考文献	25
3.1	難民認定申請者の人権侵害	25
3.2	外国人の不就学問題	26

1 出入国管理局の収容施設における難民認定申請者の人権侵害

難民とは「人種、宗教、国籍、政治的意見やまたは特定の社会集団に属するなどの理由で、自国にいると迫害を受けるかあるいは迫害を受けるおそれがあるために他国に逃れた」人々¹のことを指し、各国での領土や宗教をめぐる争いが近年激化する中で、その総数は増加傾向をたどっている。具体的に統計で見てみると、2019年末時点で故郷を追われた人の総数は7950万人²にのぼるといわれている。

難民認定はこのような他国に逃れた難民が「この人は難民である」と認められることによって国際保護の対象として「その地位に付随する権利と資格」を享受することが確保される。その結果日常的に彼らが受けている迫害から解放されるのである。

では上記のような難民への救済に対し、先進各国はどのような対応をとっているのだろうか。実は難民を多く受け入れている国はその多くが発展途上国であり、国際社会における強者である先進国があまり手を差し伸べず、弱者同士が助け合うという構造になっていることが統計からよく分かる³。難民の受け入れが余り進んでいないことに加えて、日本ではその難民認定率の低さも近年注目されている。G7各国と韓国をくわえた8カ国の難民認定率をみてみると、カナダやアメリカ合衆国ではその割合が半数を超えており、韓国は1%にとどまり、日本は0.3%という非常に厳しい難民認定率であることが分かる⁴。以上の難民受入れに対する消極的姿勢と、難民認定率の低さから日本の「難民鎖国」としての性格が浮き彫りとなる。

そして上記の難民認定の厳格さからもう一つの問題が現在顕在化している。難民認定申請者の出入国管庁の収容施設における長期収容とそれに伴う人権侵害である。2019年4月から6月の難民申請の平均審査処理期間は458日と発表されており⁵、その期間難民申請を待つ人々は命の危険にさらされる祖国に帰るわけにもいかないので当該収容施設に長期間収容され、収容所での長期生活の中で「人間らしい生活」が本当に保障されているのか疑わしい事件も実際に発生している。

では収容施設の実態とはいかなるものなのだろうか、以下に見ていく。

1.1 収容施設の実態

1.1.1 出入国管理庁における収容施設とは

出入国管理庁とは前身を法務省の内部部局である出入国管理局に持ち、2019年に外国人の生活支援の拡充を図るために、法務省の外局組織として、現在の地位に事実上の格上げをされた組織である。その主な業務は①日本における出入国管理②在留期間の管理③特定技能実習などの外国人人材の受入れ④難民認定などがあげられる。収容所はその出入国管理庁の組織施設の一つであり、茨城県の東日本入国管理センターや長崎県の大村入国管理センターなどの他にも地方収容場や空港に併設されている収容場も日本国内には存在する。

このような収容所や収容場（以下、簡易的に「収容所」と統一する。）に収用されている人々は「在留制度の枠外にいる外国人」であり、大きく分けて2類型に分けることができる。1つめはオーバーステイ、不法就

*¹ 難民の地位に関する条約（1951年）。

*² UNHCR 統計「グローバル・トレンド・レポート 2019」—「数字で見る難民情勢」。
https://www.unhcr.org/jp/global_trends_2019 (2021年2月20日最終閲覧)。

*³ UNHCR "Global Trends : Forced Displacement (2015年)。

*⁴ UNHCR Global Trends (2016年)。

*⁵ 出入国在留管理庁「難民認定審査の処理期間の公表について」(2019年)

http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyuukokukanri03_00029.html (2021年2月20日最終閲覧)。

労、偽造パスポートでの入国など入国管理法の規定に違反し、強制退去の対象となった外国人である。そしてもう一つは難民認定の申請をしている外国人であり、在留期間を過ぎてしまったので更に滞在を希望する人や難民認定が一度不認定になったのでもう一度行っている人などがあげられる。本レポートでは日本での出稼ぎ目的や不正な手段を用いて日本に入国しようとしている前者に見られる外国人についてまで射程が及ぶとは考えておらず、命の危険のある祖国から日本に庇護をもとめてやって来た後者にあげた外国人の人権について提言しているため、あらかじめここで示しておきたい。

では、このような施設ではどのような人権侵害が起きているのだろうか。出入国在留管理庁によると、「収容されている外国人は、保安上支障が無い範囲内において、できる限りの自由が与えられ、その属する国の風俗習慣、生活様式を尊重されてい」る^{*6}とされているが、実際には長期収容の常態化による家族の引き離しや「人間らしい扱い」をうけていない難民認定申請者達の過酷な生活環境が垣間見える事件が発生している。

1.1.2 実際に起きている人権侵害

刑事事件の収容と比較して分かる長期収容の温床 無期限収容が顕在化したといえる事件は、全国的に収容所で増加しているハンガーストライキである。ハンガーストライキとは要求を通すための闘争手段として絶食をすることであるが、2019年6月以降その手段をとる人数が198人に上っており、大村入国管理センターに収容されていたナイジェリア人の40代男性が一ヶ月にわたるハンガーストライキのために2019年6月24日に餓死するという悲劇的な事件も発生している^{*7}。

このような事案から、私たちは収容所での無期限収容が一般的になっており、結果的に人身の自由を侵害しているのではないかと考えた。

では、なぜこのような長期収容につながりやすいのだろうか。それは日本の刑事事件における被疑者の収容と比較すると分かりやすくなる。被疑者の収容の過程では①逮捕状や勾留状を出す主体が裁判官であるため、その決定段階において裁判官が関与することができる点②刑事案件で身体拘束できる期間は23日間であり厳格な時間制限^{*8}がある点にその特徴があると考えられる。一方、出入国管理庁ではまず出入国及び難民認定法(以下「法」と称する。)39条に基づいて強制令書が発付されると、そこから30日間の身体拘束が可能であり、法41条に基づいてさらに30日間延長することもできる。①この強制令書の発付とその延長の段階で裁判所が関与する余地はなく、主任審査官が裁量を有するため、すべて行政内で処理される点で刑事案件と大きく異なる。さらに延長後、②法52条に基づいて退去強制令書が発付されると同条5項により、送還可能なときまで収容可能となるため、事実上の無期限収容が完成するのである。

収容要件についても刑事案件と比較するとその違いが見えてくる。刑事案件では前提として憲法34条において「拘禁」には「正当な理由」が要求されるため、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」(刑訴法207条1項・60条1項柱書)に加えて、60条各号に該当する必要性が要件^{*9}となる。一方入国管理庁の収容施設では「容疑者が第24条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、収容令書により、その者を収容することができる」(法39条)とされており、容疑があれば刑訴法条の「勾留の必要性」のような事由がなくとも収容することができる。このような原則は全件収容主義・収容前置主義と呼ばれ、そこでは収容が最終手段として機能していないため、無期限収容につながりやすい現実がある。

*6 出入国在留管理庁「収容施設について(収容施設の処遇)」<http://www.immi-moj.go.jp/tetuduki/taikyo/shisetsu.html>(2021年2月20日最終閲覧)。

*7 每日新聞「入管施設収容者、ハンスト急増198人 治療拒み『餓死』も」(2019年)。

*8 宇藤崇ほか「刑事訴訟法」(有斐閣、2018年) 75-77頁。

*9 宇藤・前掲注(8) 78-79頁。

統計から見る長期収容化 実際に統計からも長期収容の常態化を確認することができる^{*10}。令和元年6月の時点での収容されている1253人のうち、6ヶ月以上収容されている者は679人という全体の54%にのぼり、3年以上収容されている者も76人確認されている。参考として韓国^{*11}をあげると、2017年時点ではあるが、韓国の収容期間別の割合を見てみると90日未満が全体の86.9%を占めており、日本の長期収容が明らかであるといえる。

収容後の司法救済 収容後の司法救済としては、①仮放免（法54条）②特別放免（法52条6項）③人身保護（人身保護法）④執行停止（行政事件訴訟法25条）の4つがあげられるが、②は実務でも過去に一件あったくらいで、非常に運用が限定的であり、③は親による子供の連れ去りに関連して用いられるのが一般的であり、国相手に主張してもほぼ効果が無いことが実務の現状である。また④についても裁判例^{*12}の中で「本件処分により申立人が被る損害は、収容による身体拘束をうけることであるが、身体拘束自体が個人の人権に対する重大な侵害であり、それ自体が精神的・肉体的に重大な損害をもたらす……社会通念上現状を回復させることが容易でない損害」として執行停止を認めており、平成16年の行政事件訴訟法改正により執行停止の要件は緩和されているが、以降裁判所は執行停止決定に対して消極的な姿勢をとるようになっている。

つまり実質的に長期収容からの救済として実効的と考えられるのは①の仮放免であるが、その運用も出入国管理庁が審査するため、審査期間・許可不許可事由・基準のいずれも不明確な恣意的な運用であるものが現実である。また仮に仮放免を許可されたとしても就労に就くことも生活保護を受けることもできないので、生活基盤が脆弱で犯罪助長につながることも否定しがたい。さらに県外の住居移転や外出において管理庁が厳しく追及するため申請者側のインセンティブも減少する結果となっている。

以上の長期収容後の司法救済の側面からも、「一度収容されればもう出ることは難しい」という構造になっていることがよく分かる。

収容所の外での「人間らしい扱い」 人身の自由あげた司法救済において言及したように、仮に仮放免が認められたとしても就労禁止、生活保護・健康保険の受給主体になり得ないなど必ずしも難民申請者の生活基盤に配慮した社会保障がはかられていない現状がある。私たちは彼らの生活基盤が確保されないことによって犯罪が助長されればそれは日本国民にも無視できない問題であると考えた。

収容所の中での「人間らしい扱い」 収容所の中での人間らしい生活の確保が急務であると考えられる事件も現に発生している。「死にそうだ」「死にそうだ」「水がほしい」と訴えて悶え続けるカメルーン人男性を入管職員が確認しながら、救急車も呼ばずに死に至らせた事件や東京入国管理局に収容中のトルコ国籍のクルド人男性が激しい腹痛の症状を訴えたにもかかわらず、職員が「容態観察」として20時間以上診療を受けさせなかったという事件が報告されている。また最近になっても2020年に収容中のインドネシア人男性が意識不明となり搬送先の病院で死亡した事件が発生しており、その報告の不透明さ等に対して弁護士会から抗議の声明も出されている。特にこのような収容所の中での生活の問題は、その者の国籍がどこであるなどの事由によって左右されることのない最低限度の人間らしい生活が脅かされていると推察でき、それは歴史の中で人が負の遺産として忘れることのできない虐殺や差別の温床になっているのではないかと私たちは危機感を抱いた。

よく外国人の生存権が話題になる中で聞く批判として「日本に来てひどい扱いをされるのが嫌だから声を上げているのならば、自分の祖国に帰ればいい」という意見をよく耳にする。しかしこのレポートにおいて私た

*10 公益社団法人アムネスティ・インターナショナル日本日本の難民・移民－外国人の収容問題

https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/refugee_in_japan/immigration.html (2021年2月20日最終閲覧)。

*11 児玉晃一「長期収容とその解決に向けた提言」(2020年)8頁 <http://www.moj.go.jp/content/001318374.pdf> (2021年2月20日最終閲覧)。

*12 東京地判平成13年11月6日裁判所ウェブサイト https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/492/015492_hanrei.pdf (2021年2月20日最終閲覧)。

ちが念頭に置いている難民認定申請者は命の危険のある祖国から日本に庇護を求めて逃れてきたのであり、庇護されるべき祖国を失った難民認定申請者達に上記のような批判をぶつけるのはナンセンスな批判であると考える。身体を入国管理庁の決定で拘束している以上、生命や身体・人身の自由を入国管理庁が保護すべき義務を負っているのではないだろうか。

以下ではこれまで見てきた人権侵害について憲法上の人権問題としてどのような権利が侵害され、それが合憲といえるのか、より実効的な施策はないかをグループで見ていきたいと思う。

1.1.3 人権侵害の合憲性判断

以下では、先述した入管施設で行われている長期収容が抱える憲法上の問題について、具体的に検討していく。すなわち、当該収容が、被収容者である外国人の人身の自由および生存権を不当に侵害するものか否かが、本節で提起される問題となる。

■外国人の人権享有主体性 はじめに前提として、一般に外国人の人権が憲法上どのように保障されるか、外国人の基本的人権の享有主体性について検討する必要がある。

外国人の基本権保障がどのようになされるかについて、かつて学説では「無保障説」^{*13}、「文言説」^{*14}、「(権利)性質説」といった争いがあったが、現在では「性質説」が通説的見解とされている。その理由としては、次の点が挙げられる。すなわち、①無保障説に立った場合、日本国憲法が掲げる国際協調主義と明確に矛盾することとなり、②また文言説に立った場合でも、外国人に保障されるべき人権を明確に区別することが困難である。このような理由により、両説を採用することは妥当でなく、外国人にも原則として憲法上の権利が保障されるとしつつ、その保障の程度に関しては各々の権利の性質に応じて決定されるべきと解するのが適当であるという帰結に至っている。

以上の学説の動向と関連して、判例もマクリーン事件最高裁判決^{*15}において、「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ものと解すべき」であるとして、外国人の人権享有主体性について性質説を明示した。もっとも、最高裁は続けて、「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」とも判示しており、外国人の基本的人権の保障が、在留制度を軸とする出入国管理制度に劣後する余地を認めている。

マクリーン事件判決で示された上記の判例法理は、本稿で議題の中心としている難民申請者的人権保障を考えるにあたって、大きな障壁となる。すなわち、難民申請者の多くは在留資格の与えられないまま日本に上陸した非正規滞在者であり、判例法理を素直に読むならば、文字通り「在留制度の枠外」に置かれている非正規滞在者には何ら人権が保障されないという帰結に至りかねない^{*16}。しかしながら、このような結論は、立憲主義に基づく人権保障の意義を歸せしめるものであり^{*17}、妥当ではないというべきである。今日では、学説の中から唱えられた性質説についても、対象となる権利の性質だけでなく、外国人の態様に着目して、基本的人権の保障が及ぶか否かを判断するように修正されている（性質・態様説）^{*18}。難民申請者に憲法上の権利が

*13 佐々木惣一『改訂日本国憲法論〔補正版（再版）〕』（有斐閣、1954年）468頁。

*14 稲田正次『憲法提要〔新版〕』（有斐閣、1964年）144頁。

*15 最大判1978（昭和54）年10月4日民集32巻7号1223頁。

*16 関聰介「非正規滞在者の権利」近藤敦編『外国人の人権へのアプローチ』（明石書店、2015年）158頁。

*17 近藤敦『外国人の人権と市民権』（明石書店、2001年）343頁。

*18 横田耕一「人権の享有主体」芦部信喜ほか編『演習憲法』（青林書院、1984年）140頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2015年）92頁、米沢広一「国際社会と人権」樋口陽一編『講座憲法学（2）主権と国際社会』（日本評論社、1994年）175頁。

保障されるか検討する際にも、このような判断枠組みを用いて考察する必要があるだろう。

1.1.4 人身の自由

■総説 人身の自由とは、人がその身体を不当に拘束されない自由のことを指し、身体の自由ともいう。日本国憲法では憲法18条（奴隸的拘束・苦役の禁止）および31条以下（適正手続保障）が人身の自由を保障する根拠規定となるが、難民申請者に対する入管収容の場面で問題となるのはとりわけ後者の方である。もっとも、人身の自由そのものは、人の自由な活動の根源に相当し特に尊重されるべきであり、難民申請者であるないし日本に在留する資格がないという理由で一切の制約が許されると解するのは明らかに不当だろう。人身の自由は、（在留資格の有無にかかわらず）日本に滞在するすべての外国人に、日本国民と同程度の保障が及ぶというべきである。

したがって、本節で主に問題となるのは、憲法および入管法の規定の内容そのものである。すなわち、憲法31条以下は、文言上刑事手続についての適正手続保障、および被疑者の権利を保障する規定であるところ、行政手続である入管収容等の手続についても当該規定が適用されるか否かという点、そして入管手続についても憲法31条以下の規定が適用されるとして、現行の入管法の規定およびそれに基づく実務での制度運用が憲法上要請される適正性を欠くものであるか否かという点が、中心的に検討すべき課題である。

■憲法31条（適正手続保障）と行政手続 憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定し、刑事手続についての適正手続保障、とりわけ告知と聴聞を受ける権利を保障している。もっとも今日では、国家による刑罰権だけでなく、行政活動によっても個人の生命および自由が脅かされる事態が生じている。そこで、行政手続に関しても、適正手続の保障が及ぶか否かが問題となる。

学説上、一般に憲法31条の規定が行政手続に適用されるかについては、次のような争いがある。

適用否定説 行政手続には適正手続の保障が憲法上及ばないとする見解。憲法31条が「その他刑罰を科されない」などと文言で示している点を重視し、その射程を刑事手続に限定するものである。もっとも、一切の行政手続に対し適正性を不要とする趣旨ではなく、行政聴聞や伝染病予防法による強制入院、少年法の保護処分、行政調査のための立入調査などでは、刑事手続類似の適正性が必要であるといわれる^{*19}。

直接適用説 行政手続についても、憲法31条の規定がそのまま適用されるとする見解。行政権が日々拡大しつつある現状をふまえて、行政手続についても人権保障の観点から適正性が必要であるという点を根拠とする。もっとも、この見解においても、刑事手続に要求される適正性をそのまま行政手続に適用させるというものではなく、行政の性質に応じた修正も許されるとする^{*20}。

準用ないし類推適用説 行政手続については、憲法31条の規定が準用ないし類推適用されるとする見解。②直接適用説の見解にて行政手続に求められる適正性を修正すること認めるとすれば、肝心の刑事手続における保障を弱めてしまうという批判を根拠とする^{*21}。

13条適用説 憲法31条の規定は刑事手続に限定されるとする一方で、行政手続の適正性は明文の規定のない新しい人権として憲法13条によって保障されるとする見解。13条の規定の抽象性から、31条を本条の内容

*19 近藤敦『人権法〔第2版〕』(日本評論社、2020年) 238頁参照。

*20 鵜飼信成『憲法〔新版〕』(弘文堂、1968年) 104頁、佐藤功『憲法(上)』(有斐閣、1983年) 515頁、近藤・前掲注(19) 238頁、野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』(有斐閣、2012年) 414頁参照。

*21 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年) 296頁、芦部・前掲注(18) 254頁、野中ほか・前掲注(20) 414頁参照。

具体化の手段として援用ないし準用するべきとする主張も存在する^{*22}。

手続的法治国説 憲法の具体的条文によるのではなく、日本国憲法における法治国の原理手続法的理解の下に、国民の権利利益の手続的保障が憲法上の要請であるものとする見解^{*23}。

最高裁は、成田新法事件判決において、「憲法 31 条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」とする一方で、「同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、一般に、行政手続は刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと解するのが相当である」と判示しており^{*24}、判例の立場としては③準用ないし類推適用説に近い判断をしている。

なお、法律のレベルでは、1993 年に行政手続法が成立し、行政による一般的な不利益処分に対する告知と聴聞の機会は保障されるに至ったが、本稿で議題とする入管手続については同法の適用から除外される（3 条 1 項 10 号）。また 2014 年には改正行政不服審査法が成立し、行政行為に対する事後救済制度の拡充が図られたが、こちらも入管手続に関しては外国人の出入国および帰化に関する部分が適用除外となっている（7 条 1 項 10 号）。

■入管手続と憲法 31 条 本稿では、特に入管による外国人収容手続の問題点を中心として論じているが、こうした収容手続は、実際には入管法上の退去強制手続の一環としてなされるものである。すなわち、わが国に滞在する外国人の中で入管法 24 条で規定する退去強制事由に該当すると思料される者がいる場合には、入国警備官に当該外国人に対する違反調査が認められ（入管法 27 条以下）、調査の結果として退去強制事由に該当すると疑うに足る理由が認められる場合には、入国警備官に当該外国人の収容が認められる（入管法 39 条以下）。その後、容疑者に対して入国審査官による違反審査が行われ（入管法 45 条以下）、退去強制事由に該当すると認定されかつ容疑者が当該認定に服する場合には退去強制令書の発付が行われる（入管法 47 条 5 項）。違反審査における退去強制事由認定に不服がある場合には、容疑者は特別審査官に対して口頭審理の請求をすることができ（入管法 48 条）、口頭審理での判定でさらに不服がある場合には、容疑者は法務大臣に対して異議を申し出ることができる（入管法 49 条）。口頭審理にて退去強制事由に該当すると判定されかつ容疑者が当該判定に服する場合または異議の申出に理由がないとの裁決がなされた場合にも、退去強制令書が発付される（入管法 48 条 9 項、49 条 6 項）。退去強制令書の発付を受けた者は、入国警備官による執行がなされるまで入管施設に実質無期限で収容されることとなるのは先述の通りである（入管法 52 条 5 項参照）。

以上の一連の退去強制手続の中で前節で述べた憲法 31 条の適正手続保障が問題となるのは、違反認定に対する口頭審理および異議申出の手続の部分である。この点について判例は、同手続の性質を「特別な不服申立手続」であると判示しており^{*25}、行政不服審査法の一般規定の適用が及ばない独自の不服申立制度であるとしている。この見解によれば、不服申立制度の実現が憲法上の要請に含まれず、権利救済上不可欠な制度であ

^{*22} 杉村敏正・兼子仁『行政手続・行政争訟法』（筑摩書房、1973 年）96-97 頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第 2 版〕』（成文堂、2020 年）217 頁、370 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 5 版〕』（有斐閣、2020 年）159 頁、近藤・前掲注（19）238-239 頁、野中ほか・前掲注（20）414-415 頁参照。

^{*23} 塩野宏『行政法 I 行政法総論〔第 6 版〕』（有斐閣、2015 年）、298-302 頁参照。

^{*24} 最大判 1992（平成 4）年 7 月 1 日民集 46 卷 5 号 437 頁。

^{*25} 最小判 2006（平成 18）年 10 月 5 日判タ 1227 号 140 頁。

るとはいえないため、どのような制度設計にするかは立法裁量に委ねられることになる^{*26}。

他方で、入管法上の口頭審理および異議申出の手続の性質を告知および聴聞の機会を確保するための行政手続であるとする見解もある。例えば、当時法務省入国管理局長であった小林俊二は、次のように述べる。

「入国管理法というのは、昭和 26 年にできているのですが、その手続を極めて精細に規定しているという意味で、非常に先覚的な立法だった、と言い得るのではないか」「退去強制手続には、告知という手続も明文で規定されているわけなので、一般的に行政手続法に記載されている聴聞、ヒヤリングを中心とした要件は、ほとんど完全に入国管理法においては充たされている」^{*27}

また、多賀谷一照政府参考人も、国会答弁において小林と同趣旨の発言をしている。

「入管法というのは、基本的に、戦後アメリカの影響を受けたことで、ある意味で行政手続の仕組みを元々組み込んである法律なんです。要するに、退去強制等をする場合に事前にちゃんと言い分を聞くというそういう仕組みが入っておりまして、これに対して日本のほかの行政手続は一切そういう事前手続がなかったんですね。それが十数年前に行政手続法ができてそれが入ったわけですけれども。入管法は事前にそういう仕組みがあるからその仕組みを尊重しようということで入っていなかったということで、行政不服審査法は事後手続ですけれども、基本的に事前手続を整備すると。そして、ただ、事前手続において、行政手続法の場合にはやはり聴聞主宰官という形でやりますけれども、入管法の場合にも、その事前手続において専ら入管の行政官だけでやるというのは第三者性を欠くから、そこについて制度改革を数年前にやったと思います。その意味において、仕組みがないというのは、既に入管法の中にあるからということだと思います」^{*28}

すなわち入管法は、容疑者が退去強制事由に該当するとの認定ゆえに退去強制令書を発付する際には、入国審査官は、事前に容疑者に対し口頭審理をすることができる旨の告知をしなければならないと規定し（47 条 4 項）、さらに同法 48 条の定める口頭審理により容疑者の主張を聴取する機会を設けることで、行政手続法上の告知および聴聞を受ける機会を既に担保していると考えるのである。

入管法上の口頭審理および異議申出の手続の性質を以上のように告知および聴聞の機会を確保するための行政手続であると理解した場合、当該手続について適正であると保障することは、（少なくとも先述の成田新法事件最高裁判決の考え方では）憲法 31 条から導かれる一般的の要請であるため、たとえ行政手続法による適用除外がある場合でも適正手続の保障は憲法上要請されるという結論に至る^{*29}。

この論点については下級審裁判例が、退去強制手続においても、当該手続の性質および結果の重大性に着目して、適正手続保障を定める憲法 31 条の趣旨を十分に生かすべきであるとして次のように判示した点に注目すべきだろう。

「退去強制の手続は、法二四条所定の退去強制事由の有無を明らかにして最終的には行政処分である退去強制処分を行うことを目的とする手続であるから、刑事責任追求を目的とする手続に適用される憲法三一条は当然には適用されない。しかし、退去強制の手續がその過程においては容疑者の身体の自由を拘束し最終的には退去強制処分という容疑者の身体の自由に重大な影響を与える不利益処分を実施するための手續であることからすれば、憲法三一条が刑罰という同じく身体の自由等に重大な影響を与える不利益処分を行うについて適正な手続によるべきであると規定した趣旨は、退去強制の手続においても十分に生かさるべきである」^{*30}

退去強制手続が一貫して容疑者の身体の自由という重大な利益を制限し、また最終的な結果としての退去強

^{*26} 坂東雄介「日本における入管法上の不服申立制度の現状と課題」商学討究 68 卷 2・3 号（2017 年）201 頁。

^{*27} 小和田恒ほか「[座談会] 入国管理の現状と外国人の就労問題」ジュリスト 877 号（1987 年）18 頁。

^{*28} 第 171 回国会参議院法務委員会第 14 号 2009（平成 21）年 7 月 2 日

<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/117115206X01420090702/77> (2021 年 2 月 20 日最終閲覧)。

^{*29} 坂東・前掲注（26）201-202 頁。

^{*30} 福岡地判 1992（平成 4）年 3 月 26 日判タ 787 号 137 頁。

制処分が当人の身体の自由に著しく不利益な影響を与えることを考慮して憲法 31 条の規定を事実上適用ないし準用した福岡地裁の判断は、適當であると考える。口頭審理および異議申出の手続は、たしかに法制度上は判例が示すように「特別な不服申立制度」であるとしても、その実質的構造に着目すれば、告知および聴聞の機会を保障する事前手続としての側面をも有するといった理解は十分にとることができる^{*31}。そして、退去強制手続が容疑者的人身の自由を拘束し、かつ重大な不利益処分を課すための行政手続である点を鑑みれば、刑事手続に類する適正性を憲法上確保すべきであるという考えが妥当であるように思われる。

以上により入管による退去強制手続においても適正手続の保障が憲法上要請されるという結論をとった場合、適正性が担保される告知の内容および方法のあり方がとりわけ問題となる。先述の通り入管法 47 条 4 項は、退去強制令書の発付に先立って容疑者に対し口頭審理を請求することができる旨を知らせなければならないと定めるが、実務上、違反審査の対象たる容疑者の外国人が日本語や日本の法制度を十分に理解しているとは通常考えられにくく、これについてどの程度の配慮を要するかが課題となる。特に後者の法制度の部分と関連して、仮に入国審査官に課される告知義務の対象が、単に口頭審理という手続が存在することのみに限定されると解するとすれば、その後の異議申出や在留特別許可といった制度の存在を十分に理解することのないまま容疑者が口頭審理請求権を放棄するといったケースが想定される。というのも、口頭審理請求権を放棄すると退去強制手続が終了し、直ちに退去強制令書が発付されてしまうため、在留特別許可を得る機会がそもそも失われてしまうためである^{*32}。告知の場面においては、必要に応じて翻訳や通訳等を設け手続の言語的デューペロセスを確保するとともに^{*33}、容疑者の十分な権利救済の要請という観点から、口頭審理のみならず異議申出や在留特別許可等の容疑者に有益な法制度を含む広い意味での内容説明が必要とされると解すべきだろう。もっとも、下級審裁判例では、口頭審理制度以外の法制度の存在についての告知は原則不要であるという立場が多数を占めている^{*34}。

■入管手続と憲法 33 条 憲法 33 条は、「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となってゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」と定め、刑事手続における逮捕令状主義を表す。しかしながらこれまで述べた通り、入管による退去強制手続についても、容疑者的人身の自由を著しく制限するものであるから、適正手続保障を定める憲法 31 条の精神に照らし、刑事手続に類する適正性が要請されるというべきだろう。

入管法 39 条 1 項は、「入国警備官は、容疑者が第 24 条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、収容令書により、その者を収容することができる」とし、容疑者の収容にあたって収容令書が必要である旨を定めるが、その実質は刑事手続と大きく異なる。すなわち、刑事訴訟法 199 条本文は「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官のあらかじめ発する逮捕状により、これを逮捕することができる」とし、被疑者の通常逮捕に要する逮捕令状は裁判官により発付されるものであるのに対し、入管法 39 条 2 項は「前項の収容令書は、入国警備官の請求により、その所属官署の主任審査官が発付するものとする」とし、容疑者の収容に要する収容令書は、同じ行政府の判断機関により発付されるものと定めているのである。このような制度運用の可否に関して、下級審裁判例は、退去強制手続について「当該手続が目的に適合する必要なものであつて、手続の全体的構造において明らかに不合理と目すべき点が存在せず、かつ事後的にせよ究極的には司法裁判所による救済の方途が存置されて

*31 坂東・前掲注（26）203 頁。

*32 坂東・前掲注（26）205 頁、大江裕幸「判研」自治研究 86 卷 9 号（2010 年）143 頁参照。

*33 近藤・前掲注（19）237 頁。

*34 福岡地判 1992（平成 4）年 3 月 26 日判タ 787 号 137 頁、大阪地判 2006（平成 18）年 11 月 2 日判タ 1234 号 68 頁参照。

いるかぎり」、当該手続の具体的な内容は立法裁量により決められるとして、合憲とする^{*35}。しかしながら、同一の行政府に属する入国管理局の主任審査官が収容令書の発付に関して中立的といえるかどうかは疑問であり^{*36}、入国警備官による収容権限の濫用のおそれがあることを鑑みても^{*37}、入管法39条1項および2項は適正性を欠くものとして憲法上問題となるというべきだろう。

なお、入管法43条1項は、退去強制事由に明らかに該当する者で、収容令書の発付を待つて逃亡のおそれがあると信ずるに足りる相当の理由があるときは、収容令書の発付を待たずして、その者を収容することができると定める（いわゆる要急収容）。この場合、当該収容の後に入国警備官はすみやかにその理由を主任審査官に報告して、収容令書の発付を請求しなければならず（同法43条2項）、主任審査官が当該収容を認めない場合には、入国警備官は、直ちに当該被収容者を放免しなければならない（43条3項）。以上の規定と関連して、東京高裁は、要急収容について刑事手続におけるほど厳格な憲法上の制約に服する必要はないとして^{*38}、また最高裁は要急収容が現行犯逮捕またはそれに類するものであるとして司法官憲の発する令状は不要であるとする^{*39}。しかしながら、要急収容は刑事訴訟法上の緊急逮捕に類するものであり、適正手続の趣旨からは事後的な収容令書の発付が必要であるというべきだろう^{*40}。

■入管手続と憲法34条 憲法34条は「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない」と定める。憲法上の「抑留」とは逮捕した身体の一時的拘束を、「拘禁」とは継続的拘束を指し、それぞれ刑事訴訟法上の「留置」と「勾留」に対応する。以上の規定は主として(i) 被疑者の弁護人依頼権および(ii) 拘禁理由開示請求権（不当な身体拘束からの自由）の二つを保障するが、当該規定もまた入管手続との関連性が大きな問題となる。

退去強制手続において、代理人に関する定めをおく条文は、口頭審理（入管法48条5項、10条3項）および仮放免（54条）に限られており、代理人選任権を定める明文の規定は存在しない。しかしながら入管法31条は、入国警備官が違反調査を行うにあたって臨検、捜索または押収をする際には、裁判官による許可が必要であると定め、この点で刑事手続との類似性が存する^{*41}。そして容疑者は退去強制事由に該当しない旨の主張について自ら立証責任を負うとされているところ（入管法46条）、容疑者は自ら証拠を収集する機会を保障されていない。したがって、証拠収集活動は、自ら行動することのできない容疑者に代わって、その代理人が行うことが必要となる^{*42}。以上により、容疑者の代理人選任権は当然に保障されているというべきであり、少なくとも収容令書による収容（入管法39条）および口頭審理の場面で代理人を選任することができると解するのが自然であるだろう^{*43}。この点について下級審裁判例も、「収容された外国人について口頭審理が行われる場合、当該外国人またはその者の出頭させる代理人は口頭審理に當つて、証拠を提出し、および証人を尋問することができる旨定め…、当該外国人が代理人を依頼し得ることを当然の前提としており、かつ口頭審理前

*35 東京地判 1974（昭和49）年7月15日判タ318号180頁。

*36 野中ほか・前掲注（20）421-422頁。

*37 近藤・前掲注（19）240頁参照。

*38 東京地判 1972（昭和47）年4月15日判タ279号359頁。

*39 最決 1974年4月30日裁判所ウェブサイト https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei.jp/750/059750_hanrei.pdf (2021年2月20日最終閲覧)。

*40 近藤・前掲注（19）242頁。

*41 坂東・前掲注（26）206-207頁。

*42 児玉晃一ほか編『コメントール出入国管理及び難民認定法2012』（現代人文社、2012年）106-107頁、332頁、339頁。

*43 坂東・前掲注（26）207頁。

に代理人を依頼することが禁止されていると解すべき理由はなく、当該外国人はいつでも代理人を選任する権利が与えられているものというべき」としている^{*44}。

なお以上のような代理人選任権について、退去強制手続開始前にその存在の告知を受ける権利が憲法上保障されるかという点も問題となるが、下級審裁判例はこれを否定する^{*45*46}。

入管手続と不当な身体拘束からの自由 憲法 34 条後段は、「何人も、正当な理由がなければ、拘禁され」ないとし、刑事手続において恣意的な身体拘束が許されないとする旨を定める。しかしながら入管による退去強制手続においても、憲法 33 条の場合と同様に、適正手続保障を規定する憲法 31 条の精神に照らして、正当な理由のなき身体拘束の禁止が要請されているというべきだろう。

以上の規定と関連して問題となるのが、入管が現在外国人を収容するにあたって採用する制度運用方針である「全件収容主義」の可否である。全件収容主義とは、退去強制事由に該当すると考えられる外国人を、その者を真に収容する必要性（逃亡のおそれ）があるか否かにかかわらず収容するとするものである。入管法 39 条 1 項が、「入国警備官は、容疑者が第 24 条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、収容令書により、その者を収容することができる」とし、収容の必要性について明文の規定がないことを根拠とし、こうした見解をとることの背景には、（難民申請者含め）在留資格のない者の在留活動を禁止しようとする意図があるとされる^{*47}。

他方、収容全件主義に対して、収容の必要性を要件とし、逃亡のおそれのない外国人の収容には慎重であるべきとする「収容謙抑主義」という見解もある。この見解の主な根拠としては、以下の二点が挙げられる。

第一の根拠は、現行の入管法の成立に至るまでの立法過程である。現行の入管法の前身となったのは、1949 年と 1950 年とでそれぞれポツダム政令として定められた出入国管理に関する政令および不法入国者等退去強制手続令であるが、そのうちの不法入国者等退去強制手続令 5 条 1 項は「入国審査官は、登録令第 3 条又は臨時措置令第 1 条の規定に違反した者がある場合において、その者を退去強制するかどうかを決定するために必要があるときは、第 7 条に規定する収容令書を発付して入国警備官にその者を収容することを命ずることができる」とし、同令 7 条 1 項は「収容令書を発付する場合においては、あらかじめ当該入国審査官が地方審査会に収容を必要とする充分な理由を明示してその承認を得なければならない」と定め、外国人の収容について退去強制事由に該当するとの容疑の相当性だけでなく、収容の必要性も要件として考慮していることが明示されている。1951 年には両政令の手続的内容を包括する形で出入国管理令が定められ、収容の必要性に関する規定が文言上消滅したが、それは収容の必要性を要件としない趣旨ではなく、むしろこれを要件とすることを当然のこととして法文を簡素化したものにすぎない^{*48}。

第二の根拠として、旧法である出入国管理令に関する立法者意思の存在である。1952 年にポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基づく外務省関係諸命令の措置に関する法律が制定され、出入国管理令が法律としての効力を有するようになった後、同令における収容制度が議題となった国会審議にて、当時の法制意見長官である佐藤達夫は、次のように答弁している。

「どうも処分をむしろ慎重にするために一定の調査をすると、もとより自由に、その疑われた個人を自由に置いておくことは勿論かまわないと、むしろそれが原則でございますが、どうしてもやはり或る種の拘束を加

*44 東京地判 1974（昭和 49）年 7 月 15 日判タ 318 号 180 頁。

*45 東京地判 1974（昭和 49）年 7 月 15 日判タ 318 号 180 頁。

*46 なお刑事手続の分野では、刑事訴訟法 272 条における弁護人選任権の告知が憲法上の要請であると解すべきか否かが問題となったが、判例はこれを否定している。最高判 1953（昭和 28）年 4 月 1 日刑集 7 卷 4 号 716 頁。

*47 近藤・前掲注（19）245 頁、児玉晃一「入管収容の目的は何か—「在留活動禁止説」を批判する」移民政策学会設立 10 周年記念論集刊行委員会編『移民政策のフロンティア』（明石書店、2018 年）51 頁参照。

*48 児玉晃一「全件収容主義は誤りである」移民政策研究創刊号（2009 年）88 頁。

えて置かないと危険であるという場合に限ってこの収容の条文が働くわけでございますから、そのようなことを彼此勘案して考えますと言うと、人権を保障しつつ、而も我が国としては止むを得ざるこの退去の措置というものをやっていこう、そういうあらゆる観点から総合して適當な妥当なところをここで規定しておるというふうに言い得る」「即決主義で退去強制するということも制度上考えられますけれども、それはとらない。眞の保障のために十分審査を尽した上で、その結論によって退去強制をするかしないかをきめようというのがこの骨子であります。ところが十分な審査をするために必要な期間というものは当然予想されるわけであります。而してその疑われた人によっては、その間どうしても放任して置けない人もある。従ってそういう人たちにつきましては、収容することができると書いてあるのであります、すべてを収容するわけでないことは明瞭であります。収容せざるを得ないような人たちについては、その審査の間収容しなければならん、止むを得んというそれは趣旨でてきておるわけであります」*49

以上の発言から、出入国管理令における立法者意思が収容謙抑主義にたっていることは明らかであり、ゆえに同令の規定をほぼ継承した入管法も明らかに、収容謙抑主義にたっていると考えるのである*50。

収容謙抑主義の背景として想定されているのは、退去強制および送還手続の執行の保全である。すなわち、収容は退去強制および送還という行政手続を円滑に執行するために行われるべきであって、当該目的に対して合理性・必要性・相当性が欠如する収容は、恣意的なものであるとして許されないとする*51。入管手続としての外国人収容が容疑者の人身の自由を著しく制限するといった点を鑑みても、収容謙抑主義をとることが手続の適正性を確保するものとして妥当であるように思われる。この点について下級審裁判例は、収容の要件について退去強制事由に該当する容疑の相当性だけでなく、収容の必要性をも考慮しており、収容謙抑主義にたつものと評価できる*52。

1.1.5 生存権

■合憲性判断基準 難民申請者の生存権侵害の合憲性判断について検討する。

そもそも、生存権を定める憲法 25 条 1 項の「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」という文言は、極めて抽象的・相対的な概念であって、その具体的な内容は、その時々における文化の発達の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係において判断決定されるべきものであるとともに、右規定を現実の立法として具体化するに当たっては、国の財政事情を無視することができず、また、多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである。また、憲法 25 条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるのかの選択決定は、立法府の広い裁量に委ねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱濫用と見ざるを得ない場合を除き、裁判所が審査判断するのに定期しない事柄であると言わなければならない。*53

■具体的検討 以下、難民申請者の生存権について収容所の中と外に分けて検討していく。

*49 第 13 回国会参議院外務・法務連合委員会第 2 号 1953（昭和 27）年 4 月 15 日

<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/101313966X00219520415/111>,

<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/101313966X00219520415/113> (2021 年 2 月 20 日最終閲覧)。

*50 児玉・前掲注（49）92 頁。なお児玉は、この他に現行の入管法の規定（28 条、43 条、44 条、45 条、47 条、48 条 3 項・6 項、49 条 4 項、63 条 1 項、64 条 2 項）の解釈および国際人権法の趣旨によっても収容謙抑主義をとるべきとの帰結が導き出せるとする。

*51 近藤・前掲注（19）245 頁、児玉ほか・前掲注（43）309 頁、児玉・前掲注（48）51 頁、収容・送還に関する専門部会第 3 回会合会議録（2019 年）<http://www.moj.go.jp/isa/content/930005017.pdf> (2021 年 2 月 20 日最終閲覧) 参照。

*52 東京地方裁判所 1969（昭和 44）年 9 月 20 日決定判例タ 240 号 194 頁、東京地方裁判所 2001（平成 13）年 11 月 6 日決定ジュリスト 1224 号 310 頁参照。

*53 最大判 1982（昭和 57）年 7 月 7 日民集 36 卷 7 号 1235 頁（堀木訴訟）。

まず、収容所の「中」での人間らしい生活について考える。

ここで、生存権を大きく4つの種類に分類してみたい。1つ目は、憲法25条から28条が定めている、社会権と同義の生存権的基本権を意味する「最広義の生存権」である。2つ目は、憲法25条2項が定める、より広範な立法裁量を認める「広義の生存権」である。3つ目は、憲法25条1項が定める「狭義の生存権」である。4つ目は、生命そのものを自らの意思に反して失わない権利としての「最狭義の生存権」である。ここでは、4つ目の最狭義の生存権について詳しく検討していきたい。最狭義の生存権には、憲法13条に見られるような自由権的側面と憲法25条に見られるような社会権的側面とのふたつの側面がある。このうち、社会的側面に緊急医療権が認められると考える。緊急医療権とは、自身の身体に何らかの異常が起こっており、生存の危機に瀕している際には適切な医療を受ける権利を主張することができるというものだ。

では、難民認定申請者にこの緊急医療権は認められるのだろうか。ここで問題となるのが、憲法25条の外国人の人権享有主体性である。生存権の内容や外国人の種別によって個別に判断するという部分的肯定説に立つと、最狭義の生存権は難民認定申請者にも認められると解するのが妥当だ。これを裏付ける根拠としては次のようなものが挙げられる。不法滞在者生活保護訴訟では、人の生存自体は人権享有の前提となるのであって、人であることによって認められる基本的人権は国籍又は在留資格の有無にかかわらず、生存そのものの危機に瀕しているものの救護は法律上の配慮を受けるべきものといえようとしている。^{*54}また、世界人権宣言22条では、「すべて人は、社会の一員として社会保障を受ける権利を有し、かつ、国家的努力及び国際的協力により、また、各の組織及び資源に応じて、自己の尊厳と人格の自由な発展とに欠くことのできない経済的、社会的及び文化的権利を実現する権利を有する」とあるように、国籍を基準とした国民基準ではなく、社会の構成員であるかを基準にして社会保障を受ける権利を有していると示している。また、すべての移住労働者及びその家族の権利保護に関する条約28条では、「移住労働者とその家族は、その国の国民と平等に待遇されることを基本にして、生命の維持と回復し難い健康被害の防止のために緊急に必要とされる医療を受ける権利を有する。救急医療は、その者の在留または就業が不正規であるという理由で拒絶されてはならない。」とされており、在留資格や就業資格の有無にかかわらず、全ての移住労働者に緊急医療権が保障されるべき旨を規定している。この移住労働者権利条約は日本では批准されていないが、これは日本が人権保障に関してグローバルスタンダードから遅れをとっていることを示しているのではないだろうか。以上から分かるように、最狭義の生存権の位置内容である緊急医療権は国籍または在留資格にかかわらず保障されるべきであり、その保護については当該外国人の国籍ではなく、滞在国が行うべきという考えがグローバルスタンダードになりつつあると解することができる。

では、これらの前提を本件について当てはめてみるとどうだろうか。難民認定申請者とは、庇護されるべき国を失い、日本に庇護を求めてきた外国人である。そして、緊急医療権は生物的生存という生存権の中核的保護法益に関わる性質を有しており、これを考慮すると、このような難民認定申請者にも当然保護が及ぶと考えられる。また、判例における緊急医療権の言及や条約の規定、庇護国を失った難民認定申請者のバックグラウンドなど諸般の事情を総合考慮すれば、滞在国である日本が収容所での緊急医療権について保障しなければならないと考えられる。しかし、収容所の中での現状は緊急医療権が保障されているとは到底言えず、人間らしい生活が保護されているとは言えない。そして、この生命の危機に瀕する難民認定申請者に対して一切の医療行為を提供しないという対応は意見になりうる可能性があると考える。

次に、収容所の「外」での人間らしい生活について考える。

難民認定申請者に対していかなる対策をしていくべきであるか検討していく。

^{*54} 東京地判平成8年5月29日行集47巻4・5号421頁（不法滞在者生活保護訴訟）。

まず、経済的な社会保障制度を拡充すべきかを考える。この点について、塩見訴訟を参考にする。^{*55} 塩見訴訟では、広い立法裁量論がとられており、社会保障上の施策における在留外国人に対する一般的な待遇について、国は特別の条約の存しない限り、その政治的判断によりこれを決定することができるとしている。また、永住外国人と生活保護受給権について争われた判決においては、在留の状況を問わず、外国人一般が法による保護の対象外であり、保護の受給権を有しないことを明らかにしている。^{*56} これらの判決を参考にすると、社会保障政策に関して最高裁判決の壁を越えることは困難であると考える。

次に、就労制限を緩和すべきかを考える。この点について、2018年までは申請時から6ヶ月経過後は就労可能であったが、偽装難民の増加を理由に廃止されている。日本の入国管理局は、出稼ぎ目的の難民が増え、日本で急増する難民認定申請の大半が内戦などの理由による大量の難民や避難民を生じさせるような事情がない国々からの申請によるものだと説明している。だが、実際には入管による恣意的な運用も指摘されており、廃止自体に疑問の残る部分も多い。また、日本は2018年の入管法改正で単純労働力の受け入れを拡大しており、今後の国内での労働力不足を懸念しているという事実があることは明らかだ。このように考えると、難民認定申請者に対する就労禁止は合理的な制度であるとは言えず、就労禁止の緩和が認められるべきだと言える。

最後に、日本ではなぜ難民認定がこれほどまでに厳しいのか検討したい。^{*57} 日本の難民認定率が低い理由としては認定基準と手続き基準の大きく二つの判断基準に問題点が挙げられる。

まず、誰を難民と認定するかに関する基準について、日本では「難民」や「迫害」の解釈が他国と比較して狭すぎるのではないかと言われている。難民や迫害の定義を解釈することは各国の権限にあるものの、恣意的な解釈をしても良いという問題ではない。日本の解釈は厳格であるという以上に、本来の難民保護の意図を外れているとも言える。これを裏付ける根拠としては、日本には政府から個人的に狙われていなければ難民ではないという個別把握論がとられており、独自の解釈により認定されるべき対象の範囲を極端に狭めている。実際には、政府が個人をターゲットに迫害するケースは少なく、人権侵害は集団に対してなされるものであることを踏まえると非現実的で不合理な判断基準である。また、強制労働は迫害と認めないと迫害の解釈が狭いことも指摘されている。そして、そもそも難民であること自体を証明することも困難である。というのも、迫害から逃れてきた難民が自ら何らかの証拠を持って逃げてくることは逃亡の際に多くのリスクを伴う行為であり、非現実的であるからだ。

次に、手続きが適正に行われているかに関する基準である手続き基準について検討する。これを検討する上では、難民側に主張立証するための十分な機会が与えられ、公正に手続きがなされているかが重要なポイントとなる。日本では難民認定の申請に必要な書類は全て日本語で記されている上、中立の立場に立つ通訳も手配されておらず、言語の壁を乗り越えることも非常に困難である。また、難民不認定の場合に理由が十分に開示されないことも不透明な手続きの一つだと言えよう。そのほか、難民であることの立証責任が全て難民側に課せられており、国家が収集可能な情報等も全て揃えなければならないと言ったことも大きな負担になっている。

これまでに見てきた長期収容の改善に向けてどのような策を講じていくべきだろうか。一つ目に、収容期間の上限を導入すべきである。台湾では無期限収容を違憲と判断しており、日本の現状を改善する必要性を感じる。二つ目に、恣意的な拘禁の防止のため、収容の目的や要件を送還の準備のために必要不可欠な場合を法律に明記し、司法審査を導入すべきである。三つ目に、出入国在留管理庁に難民審査をさせないことだ。現在の

^{*55} 最一小判 1989（平成元）年3月2日訟月35巻9号1754頁。

^{*56} 最二小判 2014（平成26）年7月18日訟月61巻2号356頁。

^{*57} 難民支援協会「日本の難民認定はなぜ少ないか？—制度面の課題から」<https://www.refugee.or.jp/jar/report/2017/06/09-0001.shtml>（2021年2月20日最終閲覧）。

入管のスタンスは危険分子として外国人を排除しているように見受けられるが、本来、難民認定には人道配慮の姿勢こそが求められるのだ。四つ目に、仮放免・特別在留許可が2018年以降厳しくなっているが、これらも以前のレベルに引き戻すべきであり、難民認定申請者の人権を不当に侵害すべきでない。

しかし、日本の現実としては、2020年には送還忌避罪の創設を検討するなど人権後進国かがますます進んでいる。送還忌避罪とは、難民認定申請者など帰国困難者に対して、強制送還を忌避した場合に刑罰を科すと言った内容のもので、威嚇として刑罰を用いることで、帰国を促そうとするものである。このままでは「難民」であること、それ自体で刑罰が科される国になってしまふのではないだろうか。

2 外国人の不就学問題

2.1 不就学問題の現状

不就学とは義務教育の年齢に達していないながら、どの教育機関にも属していない状態を指し、外国人の不就学児童の数は日本で暮らす在留外国人の増加などを背景に増加している。実際の文科省発表の統計^{*58}においても令和元年5月1日時点で学齢相当の外国人の子供の数は小学生相当と中学生相当を合わせて124,049人であり、そのうち不就学の可能性があると考えられる児童の数は19,654人とされている。

このような不就学児童の拡大に対して国は「我が国においては、外国人の子の保護者に対する就学義務はありませんが、公立の義務教育諸学校へ就学を希望する場合には、国際人権規約等も踏まえ、その子を日本人児童生徒と同様に無償で受け入れているところです」^{*59}としている。しかし実際に不就学児童の数が拡大している状況下において外国人の就学について十分配慮できているのか私たちは疑問を感じた。そこでなぜ不就学に陥るのかを様々なアプローチから検討し、改善策を考えたので以下に見ていく。

2.1.1 不就学に陥る原因

■入学以前の要因

子供の就学資格に関する問題 ここでは本国で義務教育相当の教育を何らかの事情で受けられなかった児童を想定したいと思うが、そのような児童は15歳以上で日本に入国してきた場合、日本の義務教育対象年齢である15歳以上であるため、日本でも義務教育を受けることができず、不就学に陥る。

このような児童は義務教育を受けないまま社会に出るのでうまく就職先が見つからず、社会生活上大きなハンデを負うこととなる。

保護者の教育能力に関する問題 滞在資格

日本で違法滞在状態になっている外国人家庭の場合には入管に恐れて自ら行政の法にアプローチしてこない。Iでも示したように入国管理庁の収容施設での人権侵害が実態としてあるため、人権侵害を受けるくらいなら自分の子供を就学させないという選択肢をとる親も現実に存在すると考えられる。

経済状態

外国人の家庭としてはインターナショナルスクールや民族学校などの各種学校に子供を就学させるという選択肢も考えられるが、これらの学校は国からの認可を受けていないため、正規の学校（いわゆる1条校）よりも親の経済的負担が大きく、貧しい家庭の場合には正規の学校に行くか就学しないという選択肢に限られてし

^{*58} 文部科学省総合政策教育局男女共同参画共生社会学習・安全課「外国人の子供の就学状況等調査結果」(2019年)3頁。

^{*59} 文部科学省「外国人の子等の就学に関する手続について」

https://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/shugaku/detail/1422256.htm (2021年2月20日最終閲覧)。

まうと考えられる。また前者の選択肢をとって正規の学校に通学したとしても以下に記述するようにドロップアウトの可能性はゼロではないと考えられる。

また親が病気などのために就労できず、生活費を稼ぐことが困難である場合には子供が就労を選択せざるをえないとも考えられ、仮に就学したとしても学習時間が就労のために確保されずドロップアウトをする可能性も考えられる。

学校行政上の問題　自治体による就学通知案内

外国人家族が転居して、子供が転入や住民登録を行う時に行政の連携不足で全ての家庭に就学案内を通知できていないと考えられる。実際に就学案内をしている地方公共団体においても約半分は「確認して（外国人家族から）希望があった場合」や「（確認なしに）外国人家族から希望があった場合」にしか就学案内をしておらず⁶⁰、外国人家族による主体的な情報収集の姿勢が重視されている反面、行政に積極的に近づくことのできない外国人家庭の事情を十分に考慮できていないと考えられる。これに関連する行政上のシステムの問題点としてあげられるのは、学齢相当に当たる外国人児童の名簿や住民基本台帳と連携した名簿の作成が全国的浸透の途上にあることがあげられる。しかしこのようなシステムは全国的に拡大することによってはじめてその効力を発揮すると考えられ、一部の地域にしか浸透していない場合には、児童の追跡の実効性について地域間格差が生じるため、適切ではないと考えられる。

また、就学のガイドブックなどの就学の案内に関する資料が外国人の目の届きにくいところにしかないことも要因としてあげられる。まず備え付けや配布を行っている公共団体が全体の 12.5 % と非常に限られており、その中でも自治体の窓口やホームページに掲載されることはよくある一方で、在住外国人が多く就労している企業や、頻繁に利用される商業施設に備え付けられていると回答した公共団体はどちらもそれぞれ全体の 1 % にとどまっており⁶¹、必ずしも在住外国人のライフスタイルに合わせた掲示とは言えないと考えられる。

さらに就学案内や就学に関する資料の使用言語が必ずしも在住外国人のニーズに合っていないと考えられる。外国籍児童生徒の母語別在籍状況⁶²はポルトガル語 10,404 人、中国語 9,712 人、フィリピノ語 7,919 人、スペイン語 3,788 人、ベトナム語 1,845 人、英語 1,106 人、韓国・朝鮮語 595 人、その他 5,386 人であるが、上記の 12.5 % の公共団体で作られているもののうち、日本語や英語・中国語に対応するものは多い一方で、それ以外の言語では全体の半分以下しか作成されていない⁶³ことが分かる。これでは在住外国人に対して十分な配慮がなされていないと考えられる。

外国人児童を迎える学校側のシステム上の欠陥としてあげられるのは、日本語指導の支援者や母語支援員の配備、教育委員会の研修不足⁶⁴などがあげられる。日本語指導員の支援者や母語支援員の配備・登録のある地方公共団体はいずれも 30 % を切っており、日本語指導が必要な児童生徒に対する教育の研修についても全体の 12.1 % にとどまっており、研修内容についても外国人児童の学校生活における心理的な面でのケアなどには十分行き届いておらず言語の多様化にも対応し切れていない現状がある。これでは、外国人児童を入学しやすい制度を構築したとしても教育の全体的提供がすすまず、ドロップアウトの可能性は払拭できないと考えられる。

教育委員会による入学許可

*60 文科省総合政策教育局・前掲注（60）6 頁。

*61 文科省総合政策教育局・前掲注（60）7 頁。

*62 文部科学省総合教育政策国際教育課「「日本語指導が必要な児童生徒の受け入れ状況等に関する調査（平成 30 年度）」の結果について（2019 年）6 頁。

*63 文科省総合政策教育局・前掲注（60）8 頁。

*64 文科省総合政策教育局・前掲注（60）15 頁。

外国人の子供の公立学校への入学は、自治体の教育委員会が許可または不許可をする形で判断されるため、日本人の子供のように無条件で入学が認められるわけではない。しかし、就学案内を受け取れたとしても教育委員会の裁量で不許可処分がなされると就学の途が閉ざされるのであり、そのような不利益の大きさを考えると義務教育段階において日本人の子供と外国人児童を区別化する必要性があるのか疑問である。

実際に報告されている事案として、自治体の中には外国人の子供の入学を拒否したり、「誓約書」等を書かせて入学に重い条件を課して外国人児童が義務教育に手を伸ばすインセンティブを著しく低下させることもある。このような自治体による権利行使は裁量の範囲内と言えないと考えられる。

■入学以後の問題

学校教育に関する問題 公立学校に在籍する外国籍の児童生徒数は93,133人であり、このうち日本語指導等「特別な指導」が必要な児童生徒数は40,485人である。つまり、約半数の外国籍児童は校内に同じ言語を話す児童生徒がいない（いたとしても少数）の中で学校生活を送ると考えられる。このような学校生活では日本語で行われる授業について行くのは大変な努力を要し、友達を作ろうとしてもクラスメイトとコミュニケーションを図ること自体が困難であると考えられ、心理的にドロップアウトの可能性を高めると考えられる。一方で学校施設内での外国人児童を言語面や精神面でサポートする支援体制は上記で言及したように不十分であるため、十分な対策がなされているとは言えない。

また、学校や教育委員会の外国人児童に対する基本的スタンスが「外国人の子供には義務教育を受けさせなくてもいい」であることと関連する問題であるが、「退学・除籍させないようにしよう」という積極的な働きかけが学校から児童になされないことがあげられる。そこでは退学や除籍について学校の広い裁量に委ねており、ソーシャルワーカーなども介入しないため、日本人児童よりも退学や除籍につながりやすいといえる。しかし上述したように外国人児童と日本人児童を義務教育の段階で区別する合理的な必要性は認識できず、外国人児童が義務教育から離れようとするとき学校が最後のセーフティネットとして機能しないのは本末転倒ではないのかと私たちは考える。

2.1.2 見えにくい外国人の不就学問題

このような外国人の不就学問題は、なぜ身近な問題として捉えられないのだろうか。それは学齢期を超えた義務教育未修了者の外国人は上述したように社会において大きなハンデを負っている存在であり、その発言力も決して大きくないため、どうして彼らが義務教育を受けられなかったのか、なぜ義務教育からドロップアウトしてしまったのか、その分析や議論についてうまく進んでこなかったことがあげられる。そのためそのような外国人住民の学習権保障の問題は目に見えにくい問題として置き去りにされてきたのである。しかし年を重ねるごとに日本にやってくる外国人が増加している現代においてこの問題は無視するべきではないと私たちは考える。

よって以下ではこの外国人の不就学問題を憲法的観点から見ればどのような論点が出てくるのか分析をし、グループとして考えられた改善策を提示したいと思う。

2.2 教育を受ける権利（憲法26条）に関する検討

外国人の人権享有主体性について、判例・通説は、対象となる権利の性質に応じて判断されると解しているのは先述の通りである（性質説）。本節では性質説の見解にたち、憲法上の教育を受ける権利が、外国人に保障されるか、および自らの子女に教育を受けさせる義務が外国人に課されるかという点について検討

する。

2.2.1 外国人と教育を受ける権利

憲法 26 条 1 項は、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する」と規定し、教育を受ける権利を保障している。当該権利が、日本国籍を持たない外国人に保障されるかが問題となる。

まず、政府見解では、憲法 26 条 1 項の条文を文言的に解釈し、教育を受ける権利は憲法上外国人には保障されないとしつつも、わが国が締結する社会権規約等の国際条約の規定をふまえ、希望する外国人に対し公立の義務教育を受ける機会を保障するとしているようである^{*65}。

それでは、学説の状況はどうだろうか。この点について、多くの教科書・注釈書は、教育を受ける権利の享有主体に外国人が含まれるか否かについて明確には言及していない^{*66}。その理由として、竹内俊子は、教育を受ける権利が一般に「社会権」に分類され、また「社会権」は、第一次的には各人の所属する国によって保障されるべき権利であることから、外国人にも保障されるべき権利とは当然には考えられなかったという点を指摘する^{*67}。もっとも竹内は続けて、憲法学にて教育を受ける権利が「外国人にも当然保障される権利」と考えられなかったとしても、「権利の性質上、外国人にはおよそ保障されない権利」であると論じられてきたわけではなく、むしろ近年では教育を受ける権利を含む社会権が、外国人に対して原理的に排除されていると解釈するのは妥当ではないといった見解が散見していると述べる^{*68}。例えば芦部信喜は、社会権一般について、その保障が外国人に対して原理的に排除されていると解釈するのは妥当ではないとし、わが国が国際人権規約を批准したことによりこのような趣旨は一段と強められたと述べている^{*69}。そして教育を受ける権利について、奥平康弘は、教育そのものが国籍を問わない人間的なものであり、世界人権宣言や国際人権規約が当該権利はすべての人に具わっていると宣言している点などに着目して、教育を受ける権利が外国人含むすべての人に保障されると解釈すると余地があると指摘する^{*70}。また、渋谷秀樹も、教育が経済生活の基盤をなす権利でありかつ精神生活形成の重要な機能を果たすという観点から、国籍によって教育を受ける権利を否定する根拠を見出すことができないと述べ、同様の結論を導く^{*71}。さらに戸波江二は、日本に居住する外国人の子どもの教育が、本国による配慮を期待できない状態にあるという点を重視し、日本政府がその配慮義務を免れるとすることはできないと指摘するのである^{*72}。

以上をまとめると、教育を受ける権利が憲法上外国人に保障されるか否かについては、大きく否定説と肯定説の二つに分けて考えられることになる。否定説の場合、憲法 26 条 1 項が冒頭にて「すべて国民は (...)」と規定している以上、その保障の射程は日本国民に限られるとする文言的解釈のほかに、教育を受ける権利が社会権に分類される以上、その外国人の所属する国により優先的に保障されるべきとする主張が、その根拠とな

*65 初等中等教育における外国人児童生徒教育の充実のための検討会「外国人児童生徒教育の充実方策について（報告）」（2008 年）
https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/shotou/042/houkoku/08070301.htm（2021 年 2 月 20 日最終閲覧）参照。

*66 芦部・前掲注（18）92-98 頁、283-286 頁、佐藤・前掲注（22）161-170 頁、405-410 頁、長谷部恭男『憲法〔第 7 版〕』（新世社、2018 年）117-123 頁、289-293 頁、高橋・前掲注（22）94-102 頁、343-347 頁、野中ほか・前掲注（20）222-230 頁、516-522 頁参照。

*67 竹内俊子「教育を受ける権利主体としての『国民』の意味」立命館法学 333・334 号（2010 年）855 頁。

*68 竹内・前掲注（69）855-856 頁。

*69 芦部信喜『憲法学 II 人権総論』（有斐閣、1994 年）136-137 頁。

*70 奥平康弘「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法 III 人権（2）』（有斐閣、1981 年）370 頁、373 頁、378 頁。

*71 渋谷秀樹『憲法〔第 3 版〕』（有斐閣、2017 年）121 頁。

*72 戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、1998 年）140 頁。

る。他方で肯定説では、教育を受ける権利が社会権に分類されるとして、その権利が外国人の所属国によって十分に保障しえない場合には、日本政府が当該権利について配慮すべき義務を認める余地があるとする。

このように、教育を受ける権利が一般に社会権の文脈で語られることが多いのはたしかだが、教育を受ける権利が個人の経済生活および精神生活にとって重要な役割を果たすという自由権的側面をも併せ持つ複合的性格を有する点は見落とすべきではない。むしろ、わが国が批准した国際人権規約等の趣旨と照らし合わせれば、教育を受ける権利の保障の有無を国籍を理由に区別する姿勢の妥当性はますます失われているといってよい。以上をふまえると、肯定説の見解にたち、わが国に滞在する外国人にも教育を受ける権利が保障されると解するのが適当であるように思われる。

2.2.2 外国人と義務教育

憲法 26 条 2 項前段は、「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」と規定し、国民の普通教育を受けさせる義務を定める。そして当該条文に基づいて、教育基本法 5 条 1 項は、「国民は、その保護する子に、別に法律で定めるところにより、普通教育を受けさせる義務を負う」とし、さらに学校教育法 16 条および 17 条 1 項、2 項にて義務教育の具体的な内容が定められる。すなわち、日本国籍を有する者は、学齢期（満 6 歳）に達した自らの子女に対して、小学校（もしくは義務教育学校の前期過程または特別支援学校の小学部）に 6 年、中学校（もしくは義務教育学校の後期過程または特別支援学校の中学校）に 3 年の、計 9 年にわたって当該教育機関に就学させ、普通教育を受けさせる義務を負うとする。

そこで、同様の義務がわが国に滞在する外国人にも課されるか否かについて、以下学説の状況に即して検討することとなるが、その際に前提として確認すべきであるのが、「教育を受けさせる義務」の定義の仕方である。すなわち、「教育を受けさせる義務」には自らの子女を学校に通学させる義務である「就学義務」と、自分の子女に何らかの手段を用いて教育を受けさせる義務である「教育義務」といった分類がなされている。そして、当該義務が就学義務と教育義務のどちらを前提として論じているものであるかについて各々の見解が異なるため、この点を特に注意する必要がある。

■A 説（就学義務否定説） まず、「教育を受けさせる義務」は就学義務のことであるとして、外国人に就学義務は課されないとする見解がある。その根拠としては以下の二点が挙げられる。

第一の根拠として、先述した教育を受ける権利と同様に、「教育を受けさせる義務」に関する規定を文言的解釈するというものがある。すなわち、憲法 26 条 2 項前段および学校教育法 5 条 1 項は、冒頭にて「(すべて) 国民は (...)」と定めていることから、「教育を受けさせる義務」の射程は日本国民に限られるとするものである^{*73}。

第二の根拠として、わが国の義務教育の内容そのものが、外国人の子どもに受けさせるにはふさわしくないとするものがある。つまり、義務教育としてどのような内容を受けさせるかは、専ら文部科学省が告示する学習指導要領に基づいて決定されており、その中にはわが国の民族固有の内容が含まれていることから、外国人の子どもに同様の教育を受けさせることは不適当であるとするのである。例えば下級審での裁判例では、市立中学校の校長が、在学中の韓国国籍の学生の保護者に対して「外国人に就学義務はないため、除籍ができる」という旨の発言を行ったことが、憲法 26 条 2 項、教育基本法、学校教育法で定められた就学義務規定に反し違法であるかが争われた事案にて、次のように判示している。

^{*73} 文部科学省ホームページ「小・中学校への進学について」https://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/shugaku/index.htm（2021 年 2 月 20 日最終閲覧）参照。

「憲法 26 条 2 項前段は、上記の親が子に対して負担するいわば自然法的な責務（親が子に対して負う責務）を具体化して、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務（親が国に対して負う義務）を規定している。そして、上記憲法の規定に従って法律によって普通教育の内容を定めるに当たっては、言語（国語）の問題や歴史の問題を考えれば明らかのように、わが国の民族固有の教育内容を排除することができないのであるから、かかる学校教育の特色、国籍や民族の違いを無視して、わが国に在留する外国籍の子ども（の保護者）に対して、一律にわが国の民族固有の教育内容を含む教育を受けさせる義務を課して、わが国の教育を押しつけることができないことは明らかである（このような義務を外国人に対して課せば、当該外国人がその属する民族固有の教育内容を含む教育を受ける権利を侵害することになりかねない。）」⁷⁴

そしてこの判決では、憲法 26 条 2 項前段で規定された教育を受けさせる義務は、日本国民にのみ課せられたものであり、外国人の子どもの保護者に課せられた義務であることはできないとした。

以上の A 説の見解にたつ場合、外国人の子どもの保護者は、自分の子女を日本の学校に通学させることを強制されない。もっとも実務上は、当人が希望する場合には、日本国民と同様に学校に通学できるよう配慮するといった方針がたてられているため、実質的には子女を通学させるかどうかについて自由に選択できるといった結論に至る。

■B 説（就学義務肯定説） 一方で、A 説と同様に「教育を受ける権利」を就学義務のことであるとしながらも、外国人に就学義務が課されるとする帰結を導く見解もある。この見解では、たしかに外国人の保護者は、「日本国に対して」は就学の義務を負わないにしても、「自らの子女との関係において」は就学させる義務を負うと構成するのである。この見解についても、以下の二つの根拠が挙げられる。

第一の根拠は、子どもを主体とした場合の教育を受ける権利の性質に着目して説明される。旭川学力テスト事件最高裁判決によれば、憲法 26 条 1 項にて定められた教育を受ける権利は、その中心的な享有主体である子どもの立場からは、「学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利」であり、当該権利を保障することは、「その充足をはかりうる立場にある者の責務」であると説明されている⁷⁵。そして同判決文中の「その充足をはかりうる立場にある者」とは、第一次的には、子どもの保護者たる親であり、さらには国および地方公共団体もその対象として含まれるのである^{76*77}。このような理解に基づくならば、保護者は自らの怠慢によって子どもの教育を受ける権利を奪うことは許されず、国および地方公共団体もまた、当該権利を確実に保障するために必要な制度を整備する責務を負うこととなる。

第二の根拠は、わが国が締約した人権条約の規定である。社会権規約 2 条 1 項は、「この規約の各締結国は、立法措置その他のすべての適切な方法によりこの規約において認められる権利の完全な実現を漸進的に達成するため、自国における利用可能な手段を最大限に用いることにより、個々に又は国際的な援助及び協力、特に、経済上及び技術上の援助及び協力を通じて、行動をとることを約束する」とし、さらに児童の権利に関する条約 4 条は、「締約国は、この条約において認められる権利の実現のため、すべての適切な立法措置、行政措置その他の措置を講ずる。締約国は、経済的、社会的及び文化的権利に関しては、自国における利用可能な手段の最大限の範囲内で、また、必要な場合には国際協力の枠内で、これらの措置を講ずる」と定める。以上の規定により、締約国は社会権のより完全な実現のために、立法措置や行政措置等、自国で利用可能な手段を最大限講ずる義務を課される。そこで、外国人の子どもの教育を受ける権利についても、国および地方公共団

*74 大阪地判 2008（平成 20）年 9 月 26 日判タ 1295 号 198 頁。

*75 最大判 1976（昭和 51）年 5 月 21 日刑集 30 卷 5 号 615 頁。

*76 竹内・前掲注（69）862 頁。

*77 同様に親の「教育を受けさせる義務」を子どもの学習権に対応するものとして理解する学説として、兼子仁『教育法〔新版〕』（有斐閣、1978 年）206-207 頁、堀尾輝久『現代教育の思想と構造』（岩波書店、1971 年）162-163 頁参照。

体は当該権利の実現を図ることが要請されているということになる^{*78}。

このようにB説の見解では、就学義務としての「教育を受けさせる義務」が、子どもを二重の名宛人とする義務として理解される^{*79}。すなわち、外国人の保護者は自らの子どもに対して、彼らの学習権を確保するための手段として学校に通学させる義務を負う一方で、国および地方公共団体もまた、外国人の子どもに対して、当該学習権を確保するために必要な制度を整備する義務を負うという帰結が導き出せる。

■C説（教育義務肯定説） 前二説の見解と異なり、C説は「教育を受けさせる義務」を教育義務のことであると解する。そして外国人の保護者には教育義務が課され、自らの子女を学校に通学させない場合には、いわゆる家庭教育（ホームスクール）等を通じて、子どもの教育を受ける権利を充足させる義務を負うとする。

C説の根拠は、先程B説においても述べた児童の権利に関する条約の規定に求められる。同条約の28条1項は、「締約国は、教育についての児童の権利を認めるものとし、この権利を漸進的にかつ機会の平等を基礎として達成するため（…）初等教育を義務的なものとし、すべての者に対して無償のものとする」と定める。そして、当該条文にある「初等教育の義務化」というものが、必ずしも就学義務に限定する趣旨ではなく、家庭で子どもに教育を受けさせることでも、義務教育の履行が可能であるとみることはできるとするのである^{*80}。

なお、比較憲法的にみれば、義務教育と同等の教育を提供できる場合には、保護者の義務を免除する国も少なくない。例えば、デンマーク憲法76条後段では、「自ら子ども・被保護者のために初等・中等学校（folkskole）に等しい教育を用意できる親・保護者は、その子ども・被保護者を初等・中等学校で教育を受けさせる義務を課されない」と定められ、学校教育に代わって家庭教育を教育方針として選択することを容認している^{*81}。

■総括として 以上の三説のうち、どの見解を採用すべきだろうか。

たしかに義務教育は、国の民族性および文化性と不可分である以上、日本国民の学習する教育の内容と全く同様のものを外国人の子どもに受けるよう強制することが適切ではないという主張もありうる。しかしながら、このような理由をもとに、外国人に教育を受けさせる義務を一切課さないとすると、その子どもの学習権が著しく害される危険が生じるため、妥当ではないだろう。国語や日本史などといった人文科学系の科目はともかくとして、数学や理科などといった自然科学系の科目では、日本国民と同様の教育内容を外国人の子女に提供することの有益性がなおもあるように思われる。よって、子どもが自分の学習要求を充足できるようするために、外国人の保護者に対して何らかの形で「教育を受けさせる義務」を課す必要があるのではないかと考える。

このように解すると、実際に外国人の保護者に課されるべき義務が就学義務と教育義務のいずれであるかが問題となる。この点について、憲法26条2項前段は義務教育として受けさせるべき教育内容について、その決定権限を法律に委任し、そして教育基本法および学校教育法は義務教育の内容を「就学させることにより受けさせる普通教育」であると定めている以上、現行法の体制では、子どもに家庭教育を受けさせることで義務教育の履行を果たしたとみなすことは難しい。したがって、少なくとも法解釈のレベルにおいては、B説の見解にたち、外国人の保護者に就学義務が課される（同時に、国および地方公共団体に対しても、子どもが適切

^{*78} 竹内・前掲注（69）862頁参照。

^{*79} 奥平・前掲注（72）375頁、山崎真秀「教育を受ける権利・教育の義務」有倉遼吉編『基本法コメントタール憲法〔新版〕』（日本評論社、1977年）121頁参照。なお奥平は、保護者の「教育を受けさせる義務」とは国に対する義務に限定されるものであって、親子関係のような自然的関係の中に容易く憲法条項を持ち込むような議論はなるべく避けるべきであり、また「教育を受けさせる義務」の名宛人を誰とするのかを議論する憲法学的な実益がそもそもないと指摘する。

^{*80} 近藤敦「教育をめぐる権利と義務の再解釈：多様な教育機会の確保に向けて」名城法学66巻1・2号（2016年）317頁参照。

^{*81} 近藤・前掲注（82）316-317頁。

に自らの教育を受ける権利行使できるような学校教育制度を整備する義務が課される）という結論をとることが妥当であるということになるだろう。

しかしながら、C説が「教育を受けさせる義務」の定義を教育義務にまで拡大させ、保護者が子どもに家庭教育を受けさせることを義務づけようとする背景にある問題意識については、なお熟考する必要があるように思われる。その問題意識とは、学校という教育機関で子どもに学習させることの真の実効性である。「就学していること」が、「子どもに教育を受けさせる」という義務教育の要請と必ずしも合致するとは限らず、逆に学校以外の場での学習により、こうした要請を満たすことも十分にありうるだろう^{*82}。このように考えると、義務教育を提供する主体をひたすらに学校という教育機関に限定する現行法の体制を維持することが、外国人の子どもの学習権の確保につながるのかといった点について疑問が生じる。

先述したB説とC説の見解の対立の根底にあるのは、子どもの教育に関して、学校と家庭のいずれが主体的な役目を担うべきかという、教育の役割分担の問題である^{*83}。B説の立場から、現行法制度にしたがって学校が全ての外国人の子どもに適した教育体制を整備しなければならないとする、学校側に著しく重い負担が生じるおそれがある。他方で、C説の立場から、外国人の子どもの教育をその保護者に全て一任とした場合には、教育の質を担保することができるのかといった懸念も生じる。

以上により、政策論のレベルとしては、B説とC説のいずれかに固執するといった姿勢をとることが妥当であるとはいはず、両説を折衷する見解をとることが適当であるように思われる。すなわち、子どもの教育について、学校と家庭のそれぞれがどの部分をどのように分担すべきかといった視点にたち、学校教育と家庭教育の両路線を拡充する形での政策展開を模索することが必要であると考える。

2.3 具体的に考えられる政策

不就学問題の現状から具体的に考えられる政策はどのようなものだろうか。

不就学問題の要因を総合して考えると、外国人の子どもが学校で十分な教育を受けられるような行政対応がなされていないことや、学校教育以外の場で外国人の子どもが学習できる機会が認められていないことが大きな要因として挙げられる。これらの点を踏まえると、①現行法制度を柔軟に活用する方針を検討するほか、②家庭教育を中心とした新たな教育制度のあり方を模索すべきである。

2.3.1 現行法制度の活用

まず、現行法制度の柔軟な活用について検討する。

外国人の子どもの就学資格に関する問題として、子どもの学齢期が挙げられる。学齢期に不就学であった外国人の子どもは学齢超過時に義務教育未修了という扱いを受ける。これに対して国は学齢超過した者の中学校入学を許可しているものの、教育を受ける権利自体が法的に保障されているわけではない。そこで、夜間中学の拡充を検討する。そもそも、夜間中学とは、経済状態が不安定なため昼間に就労をせざるを得ない学生を対象に夜間に授業を行う中学校を指すものであり、戦後の混乱期の世相に合わせて設立されたのが原点である。夜間中学の現状として、全国でわずか31校しかなく、その大半が首都圏と関西圏に設置されている。そのため、外国人の子どもが多い自治体で夜間中学を拡充することで、不就学問題の解決の兆しにもなりそうである

^{*82} 近藤・前掲注（82）317頁参照。

^{*83} 渋谷秀樹は、「教育を受けさせる義務」が外国人の保護者にも課されるか否かという議論の根底には、子どもがその国籍を問わず自ら経済的に自立する術を教える義務が、保護者と政府にそれぞれ課されるのかという問題があると指摘する。渋谷・前掲注（73）120-121頁参照。

が、既に夜間中学校の在籍生徒のうちの約8割が外国人の生徒であることから、反対の声も多く、現実化することは困難であるともいえる。

保護者の教育能力に関する問題として、保護者の在留資格や経済状態などがあげられる。

在留資格について、保護者が非正規滞在者であることを理由に子どもの就学手続きをおわない場合がある。自治体の中には、本人確認のできるパスポートや民生委員による居住証明書や母子手帳を提示すると、非正規滞在者であっても就学手続きを受け入れるところもあるが、他方で、外国人登録証の提出を厳格に求める自治体も少なくないのが現状である。また、保護者に就学させる意思がありながら、非正規滞在であることを理由に手続きを拒否することは在留特別許可制度との間でも問題がある。在留特別許可とは非正規滞在外国人に対して法務大臣が裁量によってその者に在留資格を付与する制度であるが、その中の在留特別許可にかかるガイドライン^{*84}では、特に考慮する要素として、「当該外国人が、本邦の初等・中等教育期間（母国語による教育を行っている教育期間を除く。）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」とあり、就学手続きを認めないことにより在留特別許可も認められない可能性が高まるのだ。

保護者の経済状態については、経済状態が不安定であるため子どもが就労せざるを得ない状態が多く、その結果学校に通えないといったケースが多いため、奨学金制度の整備や労働法分野の整備が求められることとなるだろう。

学校行政上の問題点として、「一条校」と「各種学校」の区別、自治体による就学案内通知、教育委員会による入学許可が挙げられる。

まず、「一条校」と「各種学校」の区別について検討する。そもそも、一条校とは、学校教育法1条に規定される学校のことで、指定された学校を卒業することで義務教育修了が認められる。一方、各種学校とは、学校教育法134条に定められているもので、卒業しても義務教育修了が認められず、多くの場合は高校受験の資格も得られない。そして、外国人学校の多くがこの各種学校であるというのが現状である。しかし、現行法上では、外国籍の子どものみを対象とする学校が一条校になれないと規定するルールはなく、インターナショナルスクールでも一条校としての認可を受けた例もあることから、今後、外国人学校が一条校として認可されることも検討していくべきである。

次に、自治体による就学案内通知について検討する。就学案内通知に関しては各自治体に裁量があるところ、自治体によって格差があり、中には、日本語でしか書かれていないものもある。また、通知発送後の保護者に対するフォローアップについても差がある。このような現状を踏まえて、就学案内通知の多言語化や他の機関と連携した就学の働きかけの実施をしていく必要があるだろう。具体的には、地元の民生委員や自治体施設の協力、学校ソーシャルワーカーの設置、私立学校や外国人学校など公立学校以外の選択肢を示すことなどが考えられる。

次に、教育委員会による入学許可について検討する。外国人の子どもの公立学校への入学は教育委員会による裁量で許可・不許可が決められており、これにより入学が拒否されるケースも発生しているのが現状である。これを改善するには、教育委員会にも子どもの学習意欲に対して配慮する姿勢を求めていくべきだろう。

入学以後の学校環境に関する問題として学校生活や退学・除籍への対応が挙げられる。学校でのいじめなど外国人の子どもは特に学校生活に馴染めないケースが多く、日本人の生徒に比べ、退学・除籍が容認されやすい傾向にあることから、外国人の子どもの学習を受け入れるサポート体制の構築も求められるだろう。

^{*84} 法務省入国管理局「在留特別許可にかかるガイドライン」(2009年) <http://www.moj.go.jp/isa/content/930002524.pdf> (2021年2月20日最終閲覧)。

2.3.2 新たな教育制度のあり方

次に、家庭教育を中心とした新たな教育のあり方を模索していきたい。これまでに現行法を活かした政策を考えてきたが、現行法だけでは限界があるため、新たな教育のあり方として、家庭教育を認めつつも、子供の教育を家庭と学校が分担して役割を担っていく方法について検討する。^{*85}

この教育制度を二重在籍制度と呼び、ホームスクールで学びながら学校に在籍することを指す。そもそも、ホームスクールとは、親が子どもを学校に通わせず、過程で自ら教育し、それが就学形態の一つとして認められているものを指す。これは、学校教育への参加を一つの選択肢とみなして、主として家庭や地域の中で子供の生活と学習を支援していくものであり、子供の自己成長を尊重しながらも親や地域の大人が積極的に関わることができるという利点がある。しかし、ホームスクールだけでは閉鎖的な面もあるため、親のネグレクトなどが起こっていても周囲が気づくことができないといった短所も存在する。そこで、二重在籍制度を取り入れることで、家庭と行政の相互補完的な教育を受けることができ、行政の監視があることでホームスクールの欠点を克服することができると考える。

しかし、日本では二重在籍制度はもちろんのこと、ホームスクールに関する具体的な政策の整備が進んでいない。そこで、ホームスクールの制度が整っているアメリカを参考に日本におけるホームスクールの可能性を検討していきたい。アメリカのホームスクールでは、ホームスクールを認める条件として、保護者の適格性、学校に準じたカリキュラムの実施、教科書・教材の使用、学習・行動記録の提出、学力テストの受験などが課されていることが多い。また、行政からの支援例としては、オンライン学習プログラムの配布などがなされている。

ここで、学校教育では得られるものの、ホームスクールにはないデメリットについて検討する。大きく問題視されるのは、教育の質と社会性の習得であろう。これらの点をどのように政策でまかなっていくべきだろうか。

まず、教育の質については、公立学校で使用している教科書をホームスクールで学んでいる子どもにも同様に無償で配布すること、学習記録の提出を義務付けること、教員が定期的に家庭訪問を行うこと、学力が備わっているか判断するために学力審査やテストを行うことなど行政が家庭に介入し、サポートを行うことで保たれると考えられる。

次に、社会性の習得については、ホームスクーリングの子どもたち同士で交流する場を設けること、運動会や文化祭など特定の日は登校日として学校行事への積極的な参加を奨励することなど、現在日本で実際に設置されている通信制の学校をヒントに改革していくことで身につけられると考えられる。また、そもそも社会性とは学校の中でのみ育まれるものではなく、社会の中で育むことも十分に可能のことなのだ。アメリカでのホームスクールを例にとってみても、ホームスクールの子どもが必ずしも社会性がないわけではなく、あくまで学校という場は社会性を育む場面の一つに過ぎないのだ。

2.4 おわりに

このように、外国人不就学問題は広く認知されている問題とは言えないが、国際条約が制定され、人権意識が向上した現在においては、教育とは良き国民を育成するための手段という政策的側面ばかりを重視するのではなく、子どもの学習権を確保することを最優先していくべきである。そして、これからは現行法制度の柔軟

*85 吉井健治「日本におけるホームスクールの可能性と課題—ホームスクールの一事例を通じて」社会関係研究 6巻1・2号(2000年)。

な活用と新たな教育制度のあり方を模索していくべきであろう。

3 参考文献

3.1 難民認定申請者の人権侵害

- ・芦部信喜『憲法学II 人権総論』(有斐閣、1994年)。
- ・芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第7版〕』(岩波書店、2015年)。
- ・稻田正次『憲法提要〔新版〕』(有斐閣、1964年)。
- ・鵜飼信成『憲法〔新版〕』(弘文堂、1968年)。
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(有斐閣、2018年)。
- ・大江裕幸「判研」自治研究86卷9号(2010年)135-152頁。
- ・小和田恒ほか「〔座談会〕入国管理の現状と外国人の就労問題」ジュリスト877号(1987頁)6-24頁。
- ・公益社団法人アムネスティ・インターナショナル日本「日本の難民・移民－外国人収容問題」
https://www.amnesty.or.jp/human-rights/topic/refugee_in_japan/immigration.html (2021年2月20日最終閲覧)。
- ・児玉晃一「全件収容主義は誤りである」移民政策研究創刊号(2009年)85-103頁。
- ・児玉晃一「入管収容の目的は何か—「在留活動禁止説」を批判する」移民政策学会設立10周年記念論集刊行委員会編『移民政策のフロンティア』(明石書店、2018年)51-57頁。
- ・児玉晃一「長期収容とその解決に向けた提言」(2020)
<http://www.moj.go.jp/content/001318374.pdf> (2021年2月20日最終閲覧)。
- ・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』(現代人文社、2012年)。
- ・近藤敦『外国人の人権と市民権』(明石書店、2001年)。
- ・近藤敦『人権法〔第2版〕』(日本評論社、2020年)。
- ・佐々木惣一『改訂日本国憲法論〔補正版(再版)〕』(有斐閣、1954年)。
- ・佐藤功『憲法(上)』(有斐閣、1983年)。
- ・佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年)。
- ・塩野宏『行政法I 行政法総論〔第6版〕』(有斐閣、2015年)。
- ・渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣、2017年)。
- ・収容・送還に関する専門部会第3回会合議録(2019年)
<http://www.moj.go.jp/isa/content/930005017.pdf> (2021年2月20日最終閲覧)。
- ・出入国在留管理庁「難民認定審査の処理期間の公表について」(2019年)
http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyuukokukanri03_00029.html (2021年2月20日最終閲覧)。
- ・出入国在留管理庁「収容施設について(収容施設の処遇)」
<http://www.immi-moj.go.jp/tetuduki/taikyo/shisetsu.html> (2021年2月20日最終閲覧)。
- ・杉村敏正・兼子仁『行政手続・行政争訟法』(筑摩書房、1973年)。
- ・関聰介「非正規滞在者の権利」近藤敦編『外国人の人権へのアプローチ』(明石書店、2015年)155-174頁。
- ・第13回国会参議院外務・法務連合委員会第2号1953(昭和27)年4月15日
<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/101313966X00219520415/111>、

<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/101313966X00219520415/113> (2021年2月20日最終閲覧)。

- ・第171回国会参議院法務委員会第14号 2009(平成21)年7月2日

<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/117115206X01420090702/77> (2021年2月20日最終閲覧)。

- ・高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』(有斐閣、2020年)。

・難民支援協会「日本にいる難民—Q&A—難民から見える世界と私たち—」

<https://www.refugee.or.jp/jar/postfile/QA.pdf> (2021年2月20日最終閲覧)。

- ・難民支援協会「日本の難民認定はなぜ少ないか?—制度面の課題から」

<https://www.refugee.or.jp/jar/report/2017/06/09-0001.shtml> (2021年2月20日最終閲覧)。

- ・難民の地位に関する条約(1951年)。

・野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』(有斐閣、2012年)。

・坂東雄介「日本における入管法上の不服申立制度の現状と課題」商学討究68巻2・3号(2017年)187-216頁。

・毎日新聞「入管施設収容者、ハンスト急増198人 治療拒み『餓死』も」(2019年)。

・宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)。

・UNHCR統計「グローバル・トレンド・レポート 2019」—「数字で見る難民情勢」

https://www.unhcr.org/jp/global_trends_2019 (2021年2月20日最終閲覧)。

・UNHCR "Global Trends : Forced Displacement (2015年)。

・UNHCR Global Trends (2016年)。

・横田耕一「人権の享有主体」芦部信喜ほか編『演習憲法』(青林書院、1984年)137-146頁。

・米沢広一「国際社会と人権」樋口陽一編『講座憲法学(2) 主権と国際社会』(日本評論社、1994年)171-200頁。

3.2 外国人の不就学問題

・芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第7版〕』(岩波書店、2015年)。

・芦部信喜編『憲法III 人権(2)』(有斐閣、1981年)。

・兼子仁『教育法〔新版〕』(有斐閣、1978年)。

・小島祥美『外国人の就学と不就学 社会で「見えない」子どもたち』(大阪大学出版会、2016年)。

・近藤敦「教育をめぐる権利と義務の再解釈:多様な教育機会の確保に向けて」名城法学66巻1・2号(2016年)305-328頁。

・佐久間孝正『外国人の子どもの不就学 異文化に開かれた教育とは』(勁草書房、2006年)。

・佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年)。

・初等中等教育における外国人児童生徒教育の充実のための検討会「外国人児童生徒教育の充実方策について(報告)」(2008年)https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/shotou/042/houkoku/08070301.htm (2021年2月20日最終閲覧)。

・高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』(有斐閣、2020年)。

・竹内俊子「教育を受ける権利主体としての『国民』の意味」立命館法学333・334号(2010年)2304-2327頁。

・戸波江二『憲法〔新版〕』(ぎょうせい、1998年)。

・野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』(有斐閣、2012年)。

- ・長谷部恭男『憲法〔第7版〕』(新世社、2018年)。
- ・堀尾輝久『現代教育の思想と構造』(岩波書店、1971年)。
- ・宮島喬・太田晴雄『外国人の子どもと日本の教育 不就学問題と多文化共生の課題』(東京大学出版会、2005年)。
- ・文部科学省総合政策教育局 男女共同参画共生社会学習・安全課「外国人の子供の就学状況等調査結果」(2019年)。
- ・文部科学省「外国人の子等の就学に関する手続について」
https://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/shugaku/detail/1422256.htm (2021年2月20日最終閲覧)。
- ・文部科学省総合教育政策国際教育課「「日本語指導が必要な児童生徒の受入状況等に関する調査（平成30年度）」の結果について（2019年）。
- ・文部科学省ホームページ「小・中学校への進学について」
https://www.mext.go.jp/a_menu/shotou/shugaku/index.htm (2021年2月20日最終閲覧)。
- ・山崎真秀「教育を受ける権利・教育の義務」有倉遼吉編『基本法コンメンタール憲法〔新版〕』(日本評論社、1977年) 116-123頁。
- ・吉井健治「日本におけるホームスクールの可能性と課題—ホームスクールの一事例を通じて」社会関係研究6巻1・2号(2000年) 55-76頁。