

外国人の出入国・在留と弁護士実務

一体的に進む外国人の 受入基準緩和と管理強化

- I 全体的傾向
- II 外国人受入基準の緩和
- III 外国人管理の強化
- IV 最後に



第二東京弁護士会会員

山脇 康嗣

Yamawaki, Kouji

I

全体的傾向

1998年以降の入管法改正及び運用変更をみると、2つの大きな特徴が挙げられる。まず、外国人の受入基準の緩和（後記II）と管理の強化（後記III）とが、常に一体的（同時進行的）に行われてきていること（いわば「アメとムチ」）である。次に、受入基準の緩和の多くが、国会で審議される法律の形式によらず、省令や告示の改正あるいは単なる運用変更によって行われてきていることである。国民及び社会に対して重大な影響を与える事項であるにもかかわらず、国民各層での熟議がなされないままに、主として規制緩和を求める経済界の求めに応じる形で、「実質的な移民社会化」がなし崩し的に進行していると評価しうる事態となっている。

II

外国人受入基準の緩和

1 在留資格「介護」の創設

2016年入管法改正により、新しい在留資格「介護」が創設された。これにより、養成施設を卒業し、介護福祉士の資格を取得した留学生在が、介護福祉士として介護又は介護の指導を行う活動が認められた。

2 在留資格「技能実習3号」の創設、技能実習制度の拡充

2016年入管法改正により、新しい在留資格「技能実習3号」が創設された。これまで「技能実習1号」（1年間）及び「技能実習2号」（2年間）の2段階とされていた技能実習に第3段階となる「技能実習3号」（2年間）が加えられ、「技能実習2号」を修了した技能実習生は、一定の要件のもとで、「技能実習3号」に進むことができるとされ、最大で合計5年間の技能実習を行うことが可能となった。

また、受入人数枠の拡大及び対象職種 of 拡大（地域限定の職種、企業独自の職種、複数職種）を内容とする外国人技能実習法施行規則改正がなされた。なお、「技能実習1号」から「技能実習2号」への移行対象職種は増加の一途をたどり、2017年4月末時点で、パンや惣菜の製造等を含む74職種133作業に及び、実態は単純就労的なものも多くなっている。外国人技能実習法の施行と同時に、初の対人職種として介護が加わる予定である。

3 永住許可基準の緩和

永住許可の要件として、1998年までは原則として20年の継続在留が求められていた。これが同年の運用変更により、原則として10年に短縮された。その後、後記6の高度人材については、おおむね5年で足りるという運用とされた。さらに、2017年4月には、高度専門職省令¹⁾に基づくポイントが80点以上の高度人材については1年、70点以上の高度人材については3年で足りるとする運用変更がなされた。入国後わずか1年で永住許可を認めるということは、いわゆる移民政策的な側面が顕現しつつあるとも評価しうる。

4 在留資格「技術・人文知識・国際業務」の緩和^{2) 3)}

(1) 大学における専攻科目と業務内容との関連性の緩和

2008年から、「留学」から「人文知識・国際業務」（現「技術・人文知識・国際業務」）。以下同

じ)等の就労資格への在留資格変更申請の審査において、日本の大学における専攻科目と就職先における業務内容との関連性について柔軟に取り扱う運用とされ、関連性が弱くても許可されうることとなった。

(2) 専門学校卒業生の受入れの緩和

2011年に、在留資格「人文知識・国際業務」等の就労資格の基準省令が改正され、日本の専門学校を卒業し「専門士」の称号を付与された者も、上陸許可基準の学歴要件を満たすとされた。

5 在留資格「家族滞在」の緩和

2004年からの運用変更により、「家族滞在」で在留する者に対し、週28時間以内の就労活動について、就労先や業務内容を問わず、包括的に資格外活動許可が与えられることとなった。

6 高度人材ポイント制による優遇制度の導入

(1) 2012年3月30日法務省告示（高度人材告示）

高度人材の受入れを促進するために、「高度学術研究活動」、「高度専門・技術活動」、「高度経営・管理活動」の3つの活動類型を設定し、それぞれの活動の特性に応じて、「学歴」、「職歴」、「年収」といった項目ごとにポイントを設け、その合計が70点に達した者を「高度人材外国人」と認定し、在留資格「特定活動」を付与した上で、出入国管理上の優遇措置を講ずるものとして導入された。高度人材として認定を受けた外国人は、①複合的な在留活動の許容、②最長「5年」の在留期間の一律付与、③在留歴に

1) 出入国管理及び難民認定法別表第1の2の表の高度専門職の項の下欄の基準を定める省令

2) 同在留資格については、(1)及び(2)以外にも、①2001年の出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の基準を定める省令（上陸許可基準を定めるものであり、以下「基準省令」という。）改正によるIT技術者受入れの緩和、②2014年入管法改正による、「技術」と「人文知識・国際業務」という在留資格上の区分の廃止に基づく緩和がなされている。

3) 他の就労資格についても様々な緩和がなされている。すなわち、①在留資格「技能」に係る基準省令の改正によるソムリエ、航空機操縦者、タイ料理人及びスキーインストラクターの受入基準の緩和、②在留資格「医療」に係る基準省令の改正による外国人医師、看護師等、歯科医師の就労制限の撤廃、③在留資格「企業内転勤」及び「研究」に係る基準省令の改正による海外転勤者の受入基準の緩和等である。

係る永住許可要件の緩和（永住許可を受けるためには、原則として10年以上の日本での在留歴が必要となる場所、高度人材については、高度人材としての活動を引き続きおおむね5年間行っている場合に永住許可の対象とする）、④ 入国・在留手続の優先処理、⑤配偶者の就労、⑥親の帯同、⑦高度人材に雇用される家事使用人の帯同という優遇措置を受けることができる。2013年12月17日、高度人材に係る認定要件及び優遇措置の緩和を目的として高度人材告示が改正された。

(2) 2014年入管法改正

高度の専門的な能力を有する外国人材の受入れをより一層促進するため、2014年入管法改正により、このような高度人材を対象とした新たな在留資格が創設された。具体的には、上記(1)の措置に基づき「特定活動」の在留資格が付与され優遇措置が実施されている高度人材を対象として、新たな在留資格「高度専門職1号」が設けられ、法律上の位置付けが明確にされた。また、「高度専門職1号」をもって3年間在留した者を対象とする「高度専門職2号」の在留資格が創設され、在留期間が無期限にされるとともに、活動の制限が大幅に緩和された。

(3) 2017年高度専門職省令改正

2017年4月に、高度人材に係る認定要件のさらなる緩和を目的として高度専門職省令が改正された。これにより、上記(1)の高度人材ポイント制導入時点での認定要件では70点に達せず高度人材と認定すらされなかった者でも、改正後の新要件では80点以上となり、上記3のとおり1年間で永住許可を受けられる可能性が出てきた。「高度の専門的な能力」と認められる

ハードルがかなり低下してきている。

7 在留資格「経営・管理」の緩和

2014年入管法改正により、在留資格「投資・経営」の対象に、日系企業における経営・管理活動が追加され、申請人自身による出資が要件ではなくなった。併せて在留資格の名称が「経営・管理」に変更された。また、同年の入管法施行規則改正により、法人登記が完了していない起業家でも、「経営・管理」の在留資格を取得しうることとなった。

8 在留資格「留学」の緩和⁴⁾

2012年からの運用変更により、「留学」の在留資格で新しく上陸許可を受けた場合、その空港において、週28時間以内の就労活動について、就労先や業務内容を問わず、包括的に資格外活動許可を受けることが可能となった。これは、留学生の在留状況に問題がないか等について確認されていない状態で許可されるようになったことを意味し、留学生の不法就労（制限時間違反等）が多発している。

9 在留資格「特定活動」で認められる種類の拡大

(1) 告示特定活動（特定活動告示⁵⁾に規定されている類型）

特定活動告示の改正により、①高度専門職外国人の入国に帯同する家事使用人、②EPA看護師候補者・介護福祉士候補者、それらの家族、③入院医療滞在者と同伴者、④技能実習を修了した建設就労者、造船就労者、⑤高度専門職外国人の就労する配偶者⁶⁾、⑥高度専門職外

4) 同在留資格については、2014年入管法改正により、小中学校において教育を受ける活動も対象に加える緩和がなされている。

5) 出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の規定に基づき同法別表第1の5の表の下欄に掲げる活動を定める件

6) 上記6の高度人材に対する優遇措置として、高度専門職外国人の配偶者は、就労資格に係る基準省令が規定する学歴・職歴要件を満たさなくても、就労資格に該当する活動を時間の制限なく行うことができる。

国人又はその配偶者の親⁷⁾、⑦観光、保養等を目的とする富裕長期滞在者（ロングステイ）と同行配偶者、⑧製造業における海外子会社等従業員の在留が認められるに至っている。

(2) 告示外特定活動（特定活動告示に規定されていない類型）

在留資格「特定活動」に係る運用変更により、特定活動告示に規定されていないものの、①卒業後の就職活動大学生・専門学校生及びその家族の継続在留並びに週28時間以内の単純就労を含む包括的な資格外活動許可、②卒業後の就職内定者及びその家族の継続在留並びに包括的な資格外活動許可、③卒業後の起業活動外国人及びその家族の継続在留、④求職活動者、自宅待機者（雇用先から解雇、雇止め又は待機を通知された者）、⑤EPA看護師、EPA介護福祉士、⑥特定日本料理調理活動、⑦ハラール牛肉生産活動の在留が認められるに至っている。

10 国家戦略特区における外国人材の受入れ

2015年国家戦略特区法改正により、特区において、在留資格「経営・管理」に係る基準省令を満たさない一定の外国人（創業人材）の入国が可能となった。また、特区において家事支援活動（炊事・洗濯・掃除・買い物等）を行う外国人（家事支援人材）の入国も可能となった。

11 在留資格該当性の全体的判断（就労資格全体の緩和）

入国管理局は、近時、就労資格の在留資格該当性の有無について、全体的に判断している。入国管理局が2015年に公開した「ホテル・旅館等において外国人が就労する場合の在留資格の明確化について」と題する文書は、この運用を明らかにしている。当該運用により、外国人の

活動の一部（付与される在留期間の一部あるいは1日の労働時間の一部）に、それ自体でみれば在留資格該当性がない単純就労が含まれていても、全体的な判断（付与される在留期間全体あるいは1日の労働全体をみでの判断）により、在留資格該当性が肯定される例が増加しており、その意味において就労資格全体が緩和されてきている。

III 外国人管理の強化

1 上陸拒否事由及び退去強制事由の拡大

(1) 1999年入管法改正

不法残留等により退去強制された者に対する上陸拒否期間が1年から5年に伸長された。

(2) 2001年入管法改正

入管法別表第1の在留資格をもって在留する者で、一定の罪を犯し懲役又は禁錮に処せられた者について、刑の執行猶予の言渡しを受け又は1年以下の実刑に処せられた場合が退去強制事由に加えられるとともに、当該判決の宣告を受けた者で、その後出国して日本外にある間にその判決が確定し、確定の日から5年を経過していない場合が上陸拒否事由に加えられた。

また、他の外国人に不正に許可等を受けさせる目的で、文書・図画の偽変造、虚偽文書・図画の作成、偽変造又は虚偽文書・図画の行使等をした場合が退去強制事由に加えられるとともに、この規定により退去強制された日から5年を経過していない場合が上陸拒否事由に加えられた。

(3) 2004年入管法改正

不法滞在に係る罰金が大幅に引き上げられ、悪質な不法滞在者に係る上陸拒否期間が5年か

7) 一般の外国人については原則として認められない親の帯同が、高度専門職外国人又はその配偶者の親については、一定の要件のもとで認められる。

ら10年に伸長された。

(4) 2005年入管法改正

人身取引の加害者が退去強制事由に加えられた。

(5) 2009年入管法改正

不法就労助長行為等に対処するため、新たな退去強制事由として、①他の外国人に不正に上陸許可等を受けさせる目的で、偽変造文書等の作成等を教唆・幫助する行為をしたこと、②不法就労助長行為をしたこと、③資格外活動の罪により禁錮以上の刑に処せられたことが加えられた。

(6) 2016年入管法改正

後記2(3)のとおり、偽装滞在者⁸⁾対策として退去強制事由が拡大された。

2 在留資格取消制度の創設、在留資格取消事由の拡大

(1) 2004年入管法改正

2004年入管法改正により、在留資格取消制度が創設された。在留資格取消制度は、一定の取消事由に該当する場合に、現に有する在留資格を取り消される制度である。一部の取消事由に該当して在留資格を取り消された場合には、退去強制手続に移行する。

(2) 2009年入管法改正

後記5の在留管理制度の導入に伴い、法務大臣が継続的に把握する情報の正確性を担保するとともに、在留を継続させることが適当でない外国人に対処するため、在留資格取消事由として、①偽りその他不正の手段により在留特別許可を受けたこと、②配偶者の身分を有する者としての活動を継続して6月以上行わないで在留

していること、③90日以内に住居地の届出を行わないこと、④虚偽の住居地を届け出たことが加えられた。

(3) 2016年入管法改正

偽装滞在者対策として、付与された在留資格に応じた活動を行っていないのみならず、他の活動を行い又は行おうとして在留している場合が在留資格取消事由に加えられたほか、逃亡すると疑うに足りる相当の理由がある場合には、出国猶予期間を指定されることなく、直ちに退去強制手続に移行するとされた。

3 上陸審査時における個人識別情報の提供の義務付け

2006年入管法改正により、テロの未然防止、不法滞在者対策及び外国人犯罪対策のため、上陸申請する外国人は、特別永住者等を除き、個人識別情報(指紋及び写真)を提供しなければならないこととされた。

4 日系人及びその家族に対する素行善良要件の追加

2006年に、治安対策として定住者告示⁹⁾が改正され、日系人及びその家族が「定住者」の在留資格を取得する要件として「素行が善良であること」が追加された。

5 在留管理制度の導入

2009年入管法改正により、新たな在留管理制度が導入された。これは、それまでの入管法と外国人登録法による二元的な情報把握の制度を改め、中長期間在留する外国人を対象に、その在留管理に必要な情報を正確かつ継続的に把握

8) 偽装滞在者とは、入国管理局によれば、偽装結婚、偽装留学、偽装就労等、偽変造文書や虚偽文書行使するなどして身分や活動目的を偽り、あたかも在留資格のいずれかに該当するかのごとく偽装して不正に入国・在留許可を受けて在留する者あるいは必ずしも当初から活動目的を偽っていたわけではないが、現に在留資格とはかけ離れて不法に就労等する者を指すとされる。

9) 出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の規定に基づき同法別表第2の定住者の項の下欄に掲げる地位を定める件

する制度を構築しようとするものである。中長期間在留する外国人について、①上陸許可、在留期間更新許可、在留資格変更許可等の許可に伴う在留カードの交付、②外国人から法務大臣への在留期間中における変更事項の届出、③外国人の留学先等の所属機関から法務大臣への情報提供といった制度により、法務大臣が外国人の在留状況を正確かつ継続的に把握することを目的とする。

6 在留資格等の不正取得に対する罰則の創設

2016年入管法改正により、偽装滞在者対策として在留資格等の不正取得に対する罰則が創設された。すなわち、偽りその他不正の手段により上陸許可や在留資格の変更許可等を受けた者について、これまで罰則がなかったところ、上記改正により、そうした者について在留資格等不正取得罪（入管法70条1項2号の2）として罰則が設けられたほか、営利の目的でその実行を容易にした者についても営利目的在留資格等不正取得助長罪（入管法74条の6）として罰則が設けられた。これらの罰則は、構成要件の文言が過度に広範かつ不明確であることや入管業務の特殊性から濫用のおそれが大きく、特に営利目的在留資格等不正取得助長罪は、申請代理人となる弁護士等に対し、極めて深刻かつ重大な影響を与えるものである¹⁰⁾。在留資格等不正取得罪の「偽りその他不正の手段により」との構成要件は、以下のとおり解釈されるべきである。

(1) 「偽りその他不正」の解釈

在留資格取消事由たる入管法22条の4第1項2号の「偽りその他不正の手段」の意義について、東京地裁平成25年12月3日判決（(平24（行ウ）724）ウエストロー・ジャパン）は、故意を

もって行う虚偽の申立て、不利益事実の秘匿（不作為）、虚偽文書の提出等の不正行為の一切をいうと判示し、「偽りその他不正の手段により」とは、軽微なものや影響の少ない不正手段によることは含まないという原告主張を排斥している。しかし、刑罰規定については謙抑的に解釈しなければならないから、行政手続規定に係る上記判決の射程は、在留資格等不正取得罪の構成要件解釈に直ちには及ばない。

また、真実は在留資格該当性がないのにあると偽って（真実は単純就労業務に従事するのに専門性ある業務に従事すると偽って）就労資格を申請し許可を得たとして立件される場合には、上記Ⅱ11の在留資格該当性の全体的判断が重要である。在留資格該当性の有無は、外国人の短期間の活動内容だけでは判断できず、1日の労働時間の全体及び付与されている在留期間の全体をみはじめて判断できる場合も多いと考えられ、捜査機関においては極めて慎重な裏付け捜査が求められる。

(2) 「手段」の解釈

「手段」との文言が規定されている以上、在留資格等不正取得罪は目的犯として理解すべきである。したがって、主観的構成要件として、故意（事実の認識・認容）に加えて、在留資格等の不正取得の意図が求められると解される。

在留資格等不正取得罪の「偽りその他不正の手段により」とはほぼ同じ文言である「偽りその他不正の行為により」との構成要件が規定されている租税法の通脱犯規定（所得税法238条1項等）については、通脱の意図を要するとの解釈が判例上確立している（最高裁昭和42年11月8日判決（刑集21巻9号1197頁）、金子宏『租税法〔第21版〕』（弘文堂、2016年）1008頁）。他の行

10) 2015年3月19日付日本弁護士連合会「〔出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律案〕における罰則の強化等に反対する意見書」参照

政法規における許可を不正に取得する罪にならったという立法担当者¹¹⁾の意思からしても、在留資格等不正取得罪と同趣旨の文言で規定されている行政法規であり、判例上解釈が確立している租税法規定にならえば、不正取得の意図が必要と解すべきである。

(3) 「により」の解釈

「により」とは、実行行為（偽りその他不正の行為）と入国管理局による許否判断との相当因果関係を意味する。入国管理局は、裁量判断の場面においては、最高裁平成27年3月3日判決（民集69巻2号143頁）に鑑み¹²⁾、原則として、同局が策定している裁量基準¹³⁾（在留資格の変更、在留期間の更新許可のガイドライン、永住許可に関するガイドライン、入国・在留審査要領等）に挙げられていない事情を理由として許否判断をしてはならない（裁量基準違背として、特段の事情がない限り裁量権の逸脱・濫用の違法となる）と解される。したがって、裁量基準に挙げられていない事情について、仮に申請書等において「偽り」（真実との不整合）があったとしても、原則として相当因果関係は否定される。また、事実認定の場面においては、許可要件該当事実（例えば、在留資格該当性の安定性・継続性を基礎付ける事実）の認定との関係で、経験則に照らし合理的な推認力のない事情（例えば、申請に係る在留資格とは全く別の在留資格で在留していたときの在留状況）については、相当因果関係がないと解される（東京地裁平成21年10月16日判決（判タ1337号123頁）、山脇康嗣『入管法判例分析』（日本加除出版、2013年）10頁参照）。

7 非正規滞在者に対する在留特別許可及び仮放免許可の厳格化

近時、婚姻期間や同居期間の短い配偶者事案及び不法就労助長事案を中心に在留特別許可の運用が厳格化している。また、仮放免許可の運用が厳格化し、審査も長期化している。

8 国費送還の増加、チャーター便送還の実施

入国管理局は、近時、退去強制令書が発付されながら送還を忌避する者について、護送官を付して定期就航便で送還する国費送還を増加させているほか、2013年からは、チャーター機を利用した強制的な集団送還も6回実施している。

IV 最後に

日本においてこのまま著しい少子高齢化が進んだ場合、近い将来、移民受入れの是非を含む外国人問題が、重大な課題として国論を二分する事態となるのは確実である。そのような事態においては、弁護士には、国民が熟議の上で適切な意思決定ができるよう、政策論とは別に、実務を熟知する法解釈学の専門家としての立場から、しかるべき提言や意見表明が求められる。また、人権擁護の担い手として、外国人に対する管理強化の側面については、手続の適正を含め、今後も厳しくチェックを続けていく必要がある。

11) 井上宏政府参考人（法務省入国管理局長）2016年5月13日衆議院法務委員会答弁

12) 行政庁が行政手続法12条1項により定め、公にした処分基準に自己拘束力を認めた同最高裁判決は、出入国管理の事案にも応用可能である（大貫裕也・土田伸也『行政法 事案解析の作法（第2版）』（日本評論社、2016年）81頁）。

13) 公開されていなくとも、黙示的に基準が設けられ、それに基づく運用がされているときは同様に妥当すると解される（東京地裁平成15年9月19日判決（判時1836号46頁））。