

# System on Special Permission of Residence for Foreigners in Australia :

## In Comparison with the Japanese System

Akihiro Asakawa

*Graduate School of International Development, Nagoya University*

### Abstract

The Ministerial Intervention system in Australia is equivalent with the Japanese system of Special Permission of Residence, in terms that the system allows foreigners staying illegally to give legal status to live in the country regardless of migration law and regulation. Under the Australia's Migration Act, applicant can apply review to independent review bodies, which are Migration Review Tribunal and Refugee Review Tribunal. Migration Act enables the Minister for Immigration to give more "favorable" decision to the applicant, if applicants are unsuccessful in the review at the tribunals. This is called "Ministerial Intervention" and the Minister can legalize foreigners' legal status even though he or she cannot obtain visa to stay in Australia under the Migration Act. As this Ministerial Intervention powers have been used occasionally, guidelines are set up to decide to which cases Minister should intervene or not. "Unique and exceptional circumstances" are main determinants of the reason to intervene, which is understood as a situation where removal of the foreigner results in significant hardships. In comparison, the Japanese system is embodied in the deportation process of illegal residents in Japan. Minister for Justice can legalize particular foreigners if he or she presents strong and compelling reason to stay in Japan, such as the fact that he or she is married with Japanese citizen. Comparison of the guidelines of both countries shows some differences. Australia's guideline put emphasis on expected human right abuses if he or she is deported to his or her home country, however, Japan's guideline rather put emphasis on the positive reason and situation he or she should be allowed to stay in Japan. However, it is very important that the power to give legal residence to foreigners who have no legal background in the host country is embodied in both countries' immigration law, even though both countries' immigration laws and policies have very different nature. This shows the inevitability of certain amount of the existence of discretion in the immigration laws and policies, as it is very difficult to legislate and to anticipate every possible circumstance of human beings.

# オーストラリアにおける外国人在留特別許可制度

——日本との比較を念頭に——

浅川 晃 広

名古屋大学・大学院国際開発研究科

## 1. はじめに

本稿は、オーストラリアにおける、日本の外国人の在留特別許可制度に相当する制度である、移民大臣介入（Ministerial Intervention）制度について、日本の制度との比較を念頭にしつつ明らかにするものである。

日本における外国人の在留特別許可制度とは、出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）上、退去強制が必要な外国人について、特別の事情を勘案し、合法的な在留を認めるものである。近年では、不法入国したフィリピン人夫妻から日本国内で出生した、フィリピン人の女性をめぐる在留特別許可問題に関連して、メディアの報道等があり、大きな耳目を集めた（いわゆる「カルデロン事件」）。

このように、国際的な人の往来が活発化する中で、出入国管理法がそもそも想定していなかった事態や、人道的配慮から、たとえ退去強制の対象であっても、特別に在留を認めざるを得ない事例が、今後増加していくものと考えられる。このことは、外国人の在留について、国家がどのようにして決定することができるのかという意味において、国家主権にもかかわる重大な事柄であろう。そうであるがゆえに、あくまでも通常の法規定では在留が認められない外国人の在留の可否の決定ということは、国家主権上も極めて重要な意味を内包していると考えられる。

こうしたことから、近年「在留特別許可」そのものについての研究がおこなわれており、海外事例も検討されつつある。例えば、近藤他編による『非正規滞在者と在留特別許可』においては、「在留特別許可制度を現代日本の社会状況に合わせて変革していく必要を示唆している。そのためには、海外における非正規滞在者・庇護申請者をめぐる状況や非正規滞在者正規化政策のあり方を比較検討することも必要<sup>1)</sup>」としており、海外事例の検討の重要性を示してはいる。しかし、実際にここにおいて紹介・分析されている在留特別許可に

1) 近藤敦・塩原良和・鈴木江理子編著『非正規滞在者と在留特別許可 移住者たちの過去・現在・未来』日本評論社、2010年、12頁

相当する海外の制度は、EU と韓国のみであり、伝統的な移民国家であるアメリカ、カナダ、オーストラリアなどの事例についてはあまり検討されていないようである。もっとも、近藤はアムネスティ（一律の合法化）を含めた世界各国の制度紹介を総花的に行っているが、必ずしも一カ国について掘り下げて分析しているものではない<sup>2)</sup>。

しかしながら、実際、伝統的な移民国家であるオーストラリアにおいても、ほぼ同様の制度が存在しており、移民法上、退去が必要な外国人について、大臣による裁量の形で特別に在留を認める制度が運用されているという厳然たる事実がある。こうしたことから、今後の日本の在留特別許可制度のあり方を考える意味においても、近藤他の研究が必ずしも詳細には明らかにしていない、オーストラリアの制度や実践を明らかにしていく意義は極めて大きいと考えられる。さらに、そうした広範な国際比較の中でこそ、尚のこと日本の制度の特徴が明らかとなり、また、オーストラリアの制度の特徴も明確になるであろう。

こうした問題意識から本稿では、主に、日本との制度との比較を念頭に置きつつ、オーストラリアにおける外国人在留特別許可制度のあり方と実践を詳細に明らかにする。

## 2. 豪州移民法制の概要

まず、オーストラリアにおいて外国人の在留特別許可制度を理解するためには、その根本となる移民法制そのものを理解しておく必要がある。

日本においては、外国人の入国（上陸）の際には、有効な旅券と有効な査証を保持していなければならないとされている<sup>3)</sup>。そのうえで、審査のうえ、入国審査官が上陸許可を行うと同時に、在留資格の付与が行われる。この意味で、外国人の入国管理には「査証」と「在留資格」の二つの重要な要件が求められることとなる。査証については、あくまでも外務省の管轄として「査証に関すること」<sup>4)</sup>と定められており、外務省の権限であることが明確化されている。その一方で、上陸審査時における「在留資格」とは入管法上の法務省入国管理局の権限となっている。この外国人の入国管理における権限の「分離」こそが、日本の外国人の入国管理の大きな特徴となっている。

しかしながら、豪州においては、こうした「査証」と「在留資格」の「分離」は存在しておらず、すべてが「ビザ」の概念で統一化されている。「ビザ」とは、「1958年移民法 (Migration Act 1958)」(以下「豪州移民法」という。)で規定されており、非豪州国民に対して①豪州への入国、②豪州での滞在を認めるために移民大臣が発給することのできるものである<sup>5)</sup>。すなわち、日本でいうところの「査証」と「在留資格」の両者が包含された概念とし

2) 近藤敦「一般アムネスティ・在留特別許可・特別アムネスティ」近藤他編、前掲書、167-199頁

3) 出入国管理及び難民認定法第6条第1項

4) 外務省設置法第4条第13号

5) Migration Act 1958 Section 29

て「ビザ」を位置付けることができる。このため、当初は海外に滞在するものに対して、移民大臣の権限としてビザを付与することもできるし、そうしたビザを得て豪州国内に滞在する外国人に対して、違う種類のビザの発給を付与することができる。

次に、このビザには大別して「永住ビザ」(permanent visa)と「非永住ビザ」(temporary visa)の二種類が存在している。前者は、豪州に期限なく滞在できるものであり、後者はその期限が決定されているものである<sup>6)</sup>。また、本稿の内容と大きく関係するのであるが、この「ビザ」を有しない非豪州国民は「不法外国人」(unlawful non-citizen)と呼ばれ<sup>7)</sup>、原則として、収容及び退去強制 (removal) の対象となる。こうしたことから、基本的には、オーストラリアにおける外国人の在留特別許可制度は、こうしたビザを有しない非豪州国民が対象となっていると位置づけることができる。

### 3. オーストラリアの在留特別許可制度の概要

#### (1) オーストラリアにおける移民法上の再審査過程

さて、豪州における外国人在留特別許可の位置づけも、日本と大きく異なっている。まず、日本の場合、退去強制手続の中に位置づけられている。外国人で、いわゆる「退去強制事由」<sup>8)</sup>に該当したものが、入国警備官による違反調査、入国審査官による審査を経て退去決定がなされ、そしてそれに服さないものが特別審理官による口頭審理を経る。その口頭審理の結果にも服さない場合には、法務大臣に異議を申し出ることができる。この法務大臣への異議の申し出に対して、「異議の申し出に理由がない」とされた場合においても、「異議の申し出に理由がないと認める場合でも……その者の在留を特別に許可することができる」<sup>9)</sup>との規定がある。これが、たとえ、退去強制事由に該当する場合でも、在留が認められる「在留特別許可制度」の法的根拠である。

一方、オーストラリアにおいては、日本のように退去強制手続の一環として位置づけられているのではなく、ビザの発給の再審査手続の中に位置づけられているという点において決定的に異なっている。オーストラリアのビザ申請手続においては、再審査過程が整備されている。これには大別して二つの流れがある。ひとつは一般ビザの申請である。次に、「保護ビザ (protection visa)」の申請である。前者については、移民省と独立した形で、移民再審査審判所 (Migration Review Tribunal, 以下「MRT」という。) があり、後者については難民再審査審判所 (Refugee Review Tribunal, 以下「RRT」という。) がある。

一方で、日本では、前述のように、あくまでも入管法の退去強制手続の枠内で、入国審査

6) Migration Act 1958 Section 30

7) Migration Act 1958 Section 14

8) 出入国管理及び難民認定法第 24 条

9) 出入国管理及び難民認定法第 50 条

官、特別審理官、法務大臣といった「三審制」が保障されていることから、行政不服審査法上では、審査請求や異議申し立てをすることができないこととなっている<sup>10)</sup>。

ところで、前述のように、オーストラリアでは、「査証」と「在留資格」の区分がなく、海外滞在者でもビザ申請が可能（そもそも申請し、付与されなければ入国そのものが実現できない）であり、一方で、国内滞在者のビザ変更申請も同じ枠組みの中で扱われている。このため、一見海外滞在者でビザの発給が拒否されたものについても、再審査請求が可能であるように思われるが、原則として国内滞在者によるビザ発給申請の拒否のみが再審査の対象となる<sup>11)</sup>。

そのうえで、MRT 及び RRT は、豪州移民法に照らし合わせて、再審査請求の可否を決定する（なお、両者は機関的には移民省から独立しているものの、設置根拠は豪州移民法にある）。まず、表1は、近年の MRT に提出された再審査の種類と数を示したものである。これによると、年によって変動はあるものの「ビザ発給拒否（配偶者）」「ビザ発給拒否（技術）」「学生ビザ取消」を中心として再審査請求が行われていることが把握できる。

次に、表2は、近年の RRT に提出された再審査請求の国別と数を示したものである。RRT が取り扱うのは、唯一、「保護ビザ」<sup>12)</sup>のみであるため、種類別の記載はない。これによると、年によって変動はあるものの、中国が多数を占めており、インド、バングラデシュなど

表1 MRT に提出された再審査請求の種類と数

	2006-07	2007-08	2008-09	2009-10
ビザ発給拒否（配偶者）	1927	1474	1372	1157
ビザ発給拒否（技術）	671	933	1889	1182
学生ビザ取消	1009	653	501	875
ビザ発給拒否（学生）	415	781	691	1937
ビザ発給拒否（家族）	559	537	536	739
ビザ発給拒否（一時的事業）	243	626	684	567
ビザ発給拒否（一時滞在者）	289	389	562	690
ビザ発給拒否（永住事業）	148	182	314	285
ビザ発給拒否（仮ビザ）	138	177	139	139
スポンサー承認拒否	52	113	209	187
その他	359	460	525	574
合計	5810	6325	7422	8332

Migration Review Tribunal/Refugee Review Tribunal, *Annual Report 2008-2009*, p.33, *Annual Report 2009-10*, p.29 より作成。

10) 行政不服審査法第4条第10号

11) ただし、一般ビザの場合、国内滞在者がスポンサーとなる場合は、そのスポンサーが再審査を請求することができる。

12) 「保護ビザ」が付与されると、難民条約上の難民として認定されるだけでなく、同時に永住ビザ保持者としての各種権利も保障される。この意味で、難民条約上の難民として認め、そのうえで、別途在留資格を付与する日本の制度とは異なっている。

表2 RRT に提出された再審査請求の国別と数

	2006-07	2007-08	2008-09	2009-10
中国	1081	890	999	751
インド	364	215	287	138
バングラデシュ	193	157	121	
インドネシア	171	164	115	115
マレーシア	86	126	165	201
スリランカ	102	47	77	54
レバノン	56	51	80	84
パキスタン	57	67	58	53
フィジー	48	38	59	243
韓国	43	41	60	
その他	634	488	517	632

Migration Review Tribunal/Refugee Review Tribunal, *Annual Report 2008-2009*, p.33, *Annual Report 2009-10*, p.29 より作成.

表3 MRT での再審査請求の結果

	2006-07	2007-08	2008-09	2009-10
原判断の変更及び差し戻し	3290	2611	2783	3429
原判断の支持	2138	1875	2005	2700
申請者による取り下げ	386	369	495	796
審査対象外	389	364	484	655
合計	6203	5219	5767	7580

Migration Review Tribunal/Refugee Review Tribunal, *Annual Report 2008-2009*, p.38, *Annual Report 2009-10*, p.33 より作成.

表4 RRT での再審査請求の結果

	2006-07	2007-08	2008-09	2009-10
原判断の変更及び差し戻し	649	422	468	514
原判断の支持	2202	1661	1787	1540
申請者による取り下げ	52	33	29	21
審査対象外	199	202	178	82
合計	3102	2318	2462	2157

Migration Review Tribunal/Refugee Review Tribunal, *Annual Report 2008-2009*, p.38, *Annual Report 2009-10*, p.33 より作成.

が続いている。MRT と RRT を比較すると、MRT に出された再審査請求のほうが数的には RRT よりも上回っている。このことは、両者の管轄の違いから生じるものであろう。

そして表3及び表4は、再審査の結果について示したものである。「原判断の変更及び差し戻し」とは、当初移民省によってなされた判断が再審査の結果、覆されたか、また、再考を求めるとして移民省に差し戻されたことを意味しており、再審査請求者としては「成功」

したこととなる。「原判断の支持」とは、移民省による当初の決定を支持するもので、ビザの発給拒否や取消などの効果がそのまま継続することを意味しており、再審査請求者としては「失敗」を意味している。MRT と RRT を比較すると、明らかに「原判断の変更及び差し戻し」が MRT で割合が高く、一方、RRT においては多くが「原判断の支持」という結果となっている。

## (2) 大臣介入による外国人の在留特別許可制度

こうした MRT および RRT による再審査を経て、それでもビザが付与されない場合は、その案件を裁判所に提訴することも可能である一方で、豪州移民法上では、移民大臣の権限によって、MRT 及び RRT による決定を、より申請者にとって「有利なもの (favourable)」なものに代替することができるという規定が設けられている。これこそが、オーストラリアにおける外国人の在留特別許可制度といえるものである。

まず、MRT による決定については、豪州移民法第 351 条第 1 項において、「もし大臣が公共の利益となると判断するのであれば、第 349 条でなされた再審査審判所の決定を、当該再審査審判所が他の決定をすることができる権限を有するかどうかに拘わらず、申請者にとってより有利なものに代替することができる」と規定されている。このように、法律上の文言では「公共の利益」が重要なキーワードとなっている。そして同条第 3 項では、「第 1 項の権限は大臣個人によってのみ用いることができる」とされている。さらに同条第 7 項では、「大臣が第 1 項の権限を行使するかどうかについては、申請者または他の者によって大臣に要求がなされるかどうか、または他の如何なる状況下に拘わらず、それを行使する義務を有しない」と規定されている。さらに、同条第 2 項では、第 1 項の権限を行使する場合には、豪州移民法上のビザ付与の規程に縛られることはないと規定されており、このため、事実上、同条第 1 項の権限を行使した場合は、申請者の状況に拘わらず、どのようなビザの付与も可能となっている。

次に、RRT による決定についても、同様に、豪州移民法第 417 条において、第 351 条と全く同じように規定されている。このことから、MRT 及び RRT において「原判断の支持」となった決定に対して、移民大臣の権限によって、申請者にとって「より有利な」決定に差し替えることにより、事実上、再審査を経ても在留が認められないものに対して、在留を特別に認めることが可能となっている。オーストラリアではこれは、通称「大臣介入」(Ministerial Intervention) と呼ばれており、本稿でも「大臣介入」と呼ぶこととする。

なお、「大臣介入」に至るためには、MRT や RRT への再審査請求<sup>13)</sup>、次に大臣側への介

13) MRT 及び RRT への再審査請求には、移民省による決定の後から一定の日数以内に行われなければならないこととなっており (豪州移民法第 347 条及び第 412 条)、この日数を経過した後は再審査請求は受理されず、このため、自動的に「大臣介入」の対象にもなりえない。

入要求、さらには、大臣側からの積極的な介入が必要であり、申請者側の相当の「アクション」が必要であるといえる。一方、日本の場合は、退去強制対象者が、退去強制手続の中で、半ば「自動的に」最終的には在留特別許可への道が開かれる可能性があるため、比較的、申請者側の積極的な「アクション」の度合いが低いということが言えるかもしれない。

なお、オーストラリアにおける「大臣介入」の是非については、裁判所が審理することはできない。これは豪州移民法第 474 条における「欠如条項」(privative clause) に指定されているからである。「欠如条項」とは、「最終で、結論がなされたもの」、さらに、いかなる裁判所においても提訴され、また、審査され、取り消されることのないもの、などとされている。第 474 条第 7 項で、明示的に第 351 条及び第 417 条による決定については「欠如条項」であるとされている。このため、「大臣介入」の是非を巡った判例は存在しない。なお、前述したように MRT または RRT の再審査終了後に、裁判所にその決定の是非について提訴することは可能である。

一方で、日本の場合、そうした条項はなく、在留特別許可そのものの是非が裁判所の審査にさらされている。より具体的には、在留特別許可そのものを定めた第 50 条ではなく、第 49 条における「法務大臣への異議の申し出に理由がない」ことの是非を巡った提起がなされているようである。しかし、実際には、裁判所は第 50 条の在留特別許可の妥当性についての判断を数多く行っている。

#### 4. オーストラリアにおける外国人在留特別許可制度の実際

##### (1) 「大臣介入」制度の統計的側面

さて、表 1 から表 4 までで示したように、MRT や RRT への再審査請求数や再審査結果の数については公開情報で十分に公表されているものの、「大臣介入」についての、統計や審査基準・ガイドライン等の情報公開は、必ずしも十分であるとはいえない。なお、日本においては、毎年の在留特別許可者数が公表されており<sup>14)</sup>、また、「在留特別許可のガイドライン」がオンライン上で多言語により公表されている<sup>15)</sup>。

しかしながら、2011 年 8 月に初めて、2010・11 会計年度における「大臣介入」についての体系的な統計が公表されるに至っている<sup>16)</sup>。ただ、それ以前については断片的に公開されているのみで、近年の移民省の年次報告書において、「保護ビザ」の申請に関連する第 417 条に依拠した「大臣介入」数についての表が掲載されている(表 5)。これによると、3000 前後の介入要求に対して、ビザ付与数は約 400 から 800 程度となっている。一方、第 351 条

14) 例えば、法務省入国管理局編『出入国管理(平成 22 年版)』2010 年 10 月、44 頁において平成 17 年から平成 21 年までの在留特別許可者数が公表されている。

15) [http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan\\_nyukan85.html](http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan85.html) (2011 年 9 月 1 日閲覧)

16) Department of Immigration and Citizenship, *Ministerial Intervention Statistics – Australia 2010–11*, 2011.



表5 豪州移民法第417条による大臣介入数

	2006-07	2007-08	2008-09	2009-10	2010-11
介入要求	3303	3510	2816	2446	2467
審査が終了した介入要求	4013	3491	2436	3037	2958
大臣によって行われた審査	5741	2100	1502	1937	1952
ビザの付与数	847	754	606	558	375

Department of Immigration and Citizenship, *Annual Report 2008-09*, 2009, p.97, *Annual Report 2009-10*, 2010, p.116, *Annual Report 2010-11*, 2011, p.123 より作成.

表6 豪州移民法第351条等による大臣介入数

	1996-97	1997-98	1998-99	1999-00	2000-01	2001-02	2002-03	2003-10	2010-11
介入要求数	505	479	452	888	850	1178	1471	N/A	1227
付与数	9	35	75	86	109	159	270	N/A	300

Senate Select Committee on Ministerial Discretion in Migration Matters : Report, 2004, p.29, Department of Immigration and Citizenship, *Ministerial Intervention Statistics - Australia 2010-11*, p.1 より作成.

に依拠した介入要求数やビザの付与数に関しては、最新の2010・11会計年度以外では、1996年から2003年までについて把握できるのみである(表6)。これによると、介入要求数及び付与数ともに多くはなく、同時期の第417条に依拠したものと比較した場合、比較的少数であることが指摘できる。例えば、2010-11会計年度における第417条等に依拠した介入要求数は2467であったのに対して、第351条に依拠した介入要求は1227となっている。このように、「大臣介入」に関する統計が必ずしも十分に公開されていないことから、全体像を把握することに限界はあるものの、おそらくは、第351条に基づく介入要求よりも、第417条による介入要求の方が多いのではないかと推測される。

改めて述べると、第417条に基づく大臣介入は、「保護ビザ」すなわち難民認定に関連するもので、条約上の難民として認められなかったものの、特例として在留が認められたことを意味する。一方で、第351条に基づく大臣介入は、「保護ビザ」以外のもの、すなわち、一般のビザ付与に関するものである。改めて、MRTとRRTにおける審査結果をみると、MRTにおいては「原判断の変更及び差し戻し」すなわち、申請者にとって有利となる判断がなされる割合が、RRTよりもはるかに多くなっている。「大臣介入」への前提が、MRTないしはRRTによる再審査が終了した事例のみであることから、RRTにおいて、申請者が有利となる判断がMRTよりもはるかに少ないことに鑑みれば、大臣介入への要請数において、第417条に基づくものが、第351条よりも上回っていることは十分に推測されるものである。この意味で述べれば、「大臣介入」の権限の多くは、難民認定申請者で、移民省による申請によって拒否され、さらに、RRTにおける再審査によっても拒否されたものに対する救済措置的な側面に用いられていると言えるのかもしれない。

表7 在留特別許可数の事由別推移（2005年から2009年）

	2005年	2006年	2007年	2008年	2009年
不法残留	8483	7096	5586	6521	3508
不法入国・不法上陸	2077	1915	1457	1640	897
刑罰法令違反等	274	349	345	361	238
総数	10834	9360	7388	8522	4643

法務省入国管理局『出入国管理 平成22年版』44頁より作成。

このことは、すなわち、難民認定審査において、難民条約上の難民とは認められないものの、人道的に保護が必要なものへの救済措置としての回路として用いられているということの意味する。このことは、後述のガイドラインとの関係で述べる。

さて、こうした豪州の「大臣介入」の統計的側面を日本の在留特別許可と比較すると（表7）、許可数そのものとして日本のほうが多くなっている。例えば、豪州の2010・11会計年度における第417条及び第351条に基づく介入要求に対するビザの付与数は675であるが、日本の2009年における許可数は4643となっている。ただ、日本の統計においては在留特別許可を事実上申請したものの数については公表されておらず、申請数に対する付与数の割合については比較することはできない。また、前述したように、「大臣介入」制度と在留特別許可制度の位置づけの違い、すなわち前者はビザの再審査過程において、後者は退去強制手続において位置づけられていることもあり、単純比較することは困難である。また、豪州のほうが統計的に少なくなっていることについては、前述したように、そもそも「ビザの再審査過程」であるという位置づけから、MRT及びRRTにおいて、申請者にとって不利な判断がなされたもののみが「大臣介入」を要求することができることが反映されていると考えられる。すなわち、表3及び表4で見られるように、MRT及びRRTにおいて、一定数の申請が「原判断の変更及び差し戻し」となっており、この段階で申請者が救済されていることから、「大臣介入」を要求する必要性がなくなるためと考えられる。

## (2) 「大臣介入」の事例

前述のように、「大臣介入」に関連する情報公開があまりなされていないことを指摘したものの、断片的にはあるものの、一部の公開情報から、「大臣介入」の事例を把握することができる。

まず、チー・ユウ・フー（Cui Yu Hu）という、100歳を超える女性に対して、「大臣介入」を行った事例がある。この女性は、1995年に12カ月有効のビザで入国し、その後5年間不法滞在状態となっていた。2001年に移民省にこの状態について発見されたところ、この女性は「高齢親ビザ」を申請しようとした。しかしながら、不法滞在状態が長かったため、このビザの申請要件に該当しなかった。このため、移民省は、このビザの申請を却下す

るのではなく、さしあたり、「仮ビザ (Bridging Visa)<sup>17)</sup>」を付与した。その後、2004年にフー氏の家族は「大臣介入」手続きを活用することで、ビザ申請手続きを終結させようとした。これは、ただ単に「仮ビザ」で合法的に滞在するためではなく、正式な永住ビザを手に入れることにより、「メディケア」(国民皆保険)加入の権利を入手することが目的とされていた<sup>18)</sup>。

この事例は、「100歳の女性が国外退去の可能性」といったようにメディアで取り上げられたため、移民省が、2004年9月24日付で、同氏に対して書簡を送付し、移民省によるビザ申請が拒否されたのちに、MRTに再審査を請求し、MRTが再審査請求を却下したのちに「大臣介入」を要求することができると示唆している。結果、当時のバーンストーン移民大臣は、MRTでの再審査の却下ののちに「大臣介入」によって、同氏に対して永住ビザを付与した。同大臣は「大臣介入は通常ではなく、かつ、例外的な状況において適応可能だ」と述べている<sup>19)</sup>。

この事例は、第351条に立脚するものであるが、メディアに取り上げられたことと、たとえ不法滞在期間が長い事例においても、「高齢」ということを考慮して、「大臣介入」がなされたものと考えられる。この背後にある「通常ではなく、かつ、例外的な状況」こそが、「大臣介入」のガイドラインの柱を形成するものであるところ、この点については後述する。

次に、2005年に保護ビザ申請を却下された東ティモール人約1400名に対して「大臣介入」によって永住ビザを付与した事例がある。これは、約1700人の東ティモール人が「保護ビザ」を申請していたところ、15名のみが、保護に該当すると判断されたことに起因するものである。「保護ビザ」の申請を却下されたもののうち、1560名がRRTにおいても、再審査請求を却下されたことが背景にある<sup>20)</sup>。これは、第417条に立脚するものであるが、多数に及んでいる。

さらに、13歳のブダホリー・スー (Buddaholy Sui) に「大臣介入」により永住ビザを付与した事例がある。このものは、カナダ国籍であるものの、オーストラリアで出生し、母はカナダに滞在しており、また、子供の養育には不適合で、さらに父親は行方不明のため、オーストラリアで法律上の保護者のもとで生活しているという。同氏の永住ビザ申請は、2008年9月に移民省で却下され、このことは、同年11月にMRTでも却下されている。移民大臣の声明では、オーストラリアが加入している児童の権利条約について言及されており、当

---

17) 正式のビザではないが、仮に合法的な在留状態を与えるもの。その結果、収容や国外退去の対象とならなくなる。

18) “Mrs Cui Yu Hu”, *Media Release, Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, 23 February 2005. なお、メディケアには、外国人の場合永住ビザ保持者のみが加入できる。

19) “Mrs Hu”, *Media Release, Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, 8 March 2005.

20) “East Timorese Caseload”, *Media Release, Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, 27 April 2005.

該子供の移民法上の地位に拘わらず、子供の利益が優先されなければならないと指摘されている。こうしたことから、第 351 条の権限に立脚して永住ビザを付与したとしている<sup>21)</sup>。この「児童の権利に関する条約」も「大臣介入」のガイドラインと関連するところであり、後述する。

以上、豪州においては公開されている事例は少ないものの、基本的には、「大臣介入」は「通常ではなく、かつ、例外的な状況」においてなされるものであることが示されている。そして、それは、実際の可否を決定するガイドラインの内容と密接にかかわっていることを示唆するものである。こうした意味でも、実際の運用上は「大臣介入」におけるガイドラインの重要性が明らかになったといえるだろう。そしてこのことは、日本でもガイドラインが策定・公表されているように、法律の範囲外で、外国人の在留の許否を決定するということから、別の意味での「基準」が重要な意味を持っているといえることができる。

なお、日本においては入国管理局が「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について」としてウェブ上で公開している<sup>22)</sup>。ここでは、「許可された事例」36件、「許可されなかった事例」36件が一覧表形式で公表されている。さらに、各事例が「配偶者が日本人の場合」「配偶者が正規に在留する外国人の場合」「外国人家族の場合」「その他」に分類されており、それぞれについて、「許可された事例」及び「許可されなかった事例」が示されている。各事例については極めて概略的な記載ではあるが、「配偶者が日本人の場合」や「配偶者が正規に在留する外国人の場合」という項目があることから、日本人や合法的に在留する外国人との配偶関係が重視されていることがうかがわれる（もっとも「配偶者が日本人の場合」であっても許可されなかった事例も示されている）。また、ブダホリー・スーとほぼ同様に、15歳で「外国籍両親が所在不明等になり、児童相談所が保護しているもの」が許可されている事例も見られる。また、豪州と比較して、「許可されなかった事例」が公表されているのが特徴的であり、「配偶者が日本人の場合」で許可されなかった事例の理由として「調査の結果、同居事実がないことが判明し、合理的な別居理由もなかった」と指摘されているものがある。

## 5. 「大臣介入」におけるガイドラインの内容と意味

### (1) 「公共の利益」の内容

さて、前述した事例からみられるように、「大臣介入」の可否の判断にあたっては実際にはガイドラインへの適合性が重要性であることが示唆されている。法律上はあくまでも「公

21) “Minister grants permanent visa to Buddhaholy”, *Media Release*, Minister for Immigration and Citizenship, 3 May 2009.

22) 法務省入国管理局「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について」2010年4月 ([http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan\\_nyukan25.html](http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan25.html), 2011年11月14日閲覧)

共の利益 (public interest)」が文言上の唯一の基準であるが、いわばその内容を示すものとして、ガイドラインが策定されている。なお、日本とは違って豪州におけるガイドラインは必ずしも積極的に公表されておらず、また、またその形式も「大臣介入」を取り扱う移民省担当官向けのものとなっている。

ここで、筆者が2010年に移民省から入手した、2009年9月14日付のガイドライン<sup>23)</sup>を見てみることにする。このガイドラインの構成としては「はじめに」「法律上可能な権限」「権限の行使が不可能な場合」「大臣の考慮にもたらされるべき事案」「他の関連情報」「大臣の考慮にもたらされる方法」「大臣の考慮」となっている。

まず、「法律上可能な権限」については、基本的に法律上の解説にとどまっている。次に、「権限の行使が不可能な場合」については、主に以下のような事案において、「大臣介入」がなされないとしている。「移民に関連する訴訟が存続している繰り返しの介入要求」「国内で配偶者ビザが申請可能な場合」「移民省に対して他のビザを申請中である場合、または他のビザ申請に関して再審査審判所で審査中である場合」「このガイドラインのもとで、他の公益条項による大臣介入の要求がなされている場合」「再審査審判所ないしは裁判所から差し戻しがなされており、それに関する移民省ないしは再審査審判所の決定がなされていない場合」。

このように、ガイドライン上では裁判が継続中であることや、他のビザが申請可能である場合や、移民省や再審査審判所などでの決定がなされていない場合など、現時点において何らかの形で継続中の案件については、「大臣介入」の権限を用いないことが明記されている。まずもって形式的には、他の如何なる方法を用いても在留することが実現しない状況にある事案についてのみ「大臣介入」の可能性を与えるという制限を設けている。

次の「大臣の考慮にもたらされるべき事案」は、それとは逆に、「大臣介入」を行使すべき状況について説明しているものであり、このガイドラインの中核部分といえるものである。まずこの部分では法律上の文言である「公共の利益 (public interest)」の解釈について、以下のような説明がなされている。

公共の利益とは、個人の状況が特異ないしは例外的な場合 (unique or exceptional circumstances) が含まれる際に、保護と同情をもって豪州政府が対応することを通じて達成されるものである……私 (引用者註：移民大臣) は個別の案件において公共の利益がある場合のみにおいて、公共利益の権限を行使する。私は、公共利益の権限を、再審査審判所によって私が考慮すべきものとして移民省に通告されたもの、または、ひとつないしはそれ以上の特異で例外的な状況が含まれる案件についてのみ、公共利益の権限の行使を考慮す

23) Act – Ministerial powers Minister’s guidelines on ministerial powers (s345, s351, s391, s417, s454 and s 501 J).

る<sup>24)</sup>。

ここに示されているように、このガイドラインの中では、法律上の「公共の利益」とは、実質的には「特異ないしは例外的な場合」に対応することとされており、この「特異ないしは例外的な場合」の内容こそが、「大臣介入」の可否を決定する、言い換えれば、事案となっている外国人の在留を決定すべきかどうかの実質的な基準といえることができる。また、それと同様に、「再審査審判所によって私が考慮すべきものとして移民省に通告されたもの」とは、前述の MRT ないしは RRT がビザを付与しないとする移民省の原判断を支持するという決定を下したものの、「大臣介入」の可能性のあるものとして移民省に非公式に通告されるものを意味している。これは、MRT 及び RRT はあくまでも移民法及び関連法令に基づく再審査しかできない性格を有しているところ、超法規的措置といえる「大臣介入」を用いるべきであると、いわば勧告しているものである。どのような場合に、再審査審判所から移民省への通告がなされるのかは明確ではないが、少なくとも、ガイドライン上では「特異ないしは例外的な場合」が、極めて重要な意味を占めることが明らかだといえる。

## (2) 「特異ないしは例外的な場合」の内容

さて、この「特異ないしは例外的な場合」について、「案件が特異ないしは例外的な場合が含まれるかどうかを審査する際に次の要素が、個別ないしは複合的に関連している」として、そうした要素を列記している。

- ・ 出身国に帰国した場合に、個人の安全、人権、または人としての尊厳に対して著しい脅威があると信じるに足る十分な根拠がある特定の状況または個人的背景
- ・ 拷問等禁止条約に違反して、出身国に帰国した場合、個人が拷問にさらされる危険があると信じるに足る十分な根拠があること
- ・ 豪州の自由権規約の締約国としての義務が生じる状況（例として、豪州からの退去の必要かつ予見可能な結果として、第6条または第7条下において権利の深刻な侵害に直面すること、または死刑に直面すること）
- ・ 豪州の児童の権利条約の締約国としての義務が生じる状況
- ・ 法律が予想していない状況
- ・ 法律の明らかに意図しない結果
- ・ 特定の事案において関連の法律の適用が非公正、不当な結果を招く状況
- ・ それを認めないことが、豪州国民または（少なくとも家族の一員が豪州国民ないしは永

---

24) *Ibid.*

住者である) 豪州の家族単位に対して修復できない被害や継続的な苦痛をもたらす強い同情すべき状況

- ・ビザ申請者が豪州に滞在することを認められた場合、豪州にとって、例外的な経済的、科学的、文化的またはその他の利益がある状況
- ・その者が豪州において(収容所における期間を含む)滞在了した期間、及び豪州社会への統合のレベル
- ・その者の年齢または、もしくは健康、または、もしくは心理的状態に関して、それを認めないことが、その者にとって修復不可能かつ継続的な困難となる同情すべき状況
- ・その者が、その者の力が及ばない状況のために国籍国もしくは通常の居住地に戻ることができないと移民省が認めた場合<sup>25)</sup>

以上の「特異ないしは例外的な場合」を要約するとすれば、まず第一に、人権関係の各種国際条約(拷問等禁止条約、自由権規約、児童の権利に関する条約)を遵守する必要性との整合性が確認できる。前述の13歳のブダホリー・スーの事例はまさにここに該当するといえるだろう。第二に、法律が予見できない状況への対処が含まれる。すなわち、移民法上、数多くのビザの種類を定め、その付与条件に合致する者のみの在留を認めることとなっているが、個人個人のすべての状況を予見した上で法律を事前に制定することが不可能であるということと関連があると思われる。第三に、第一の点とも密接に関連するが、豪州からの退去が当該個人に対して強い困難を伴う場合が含まれる。これは前述の事例の100歳のチャー・ユー・フーの事例が該当すると思われる。第四に、「豪州にとって、例外的な経済的、科学的、文化的またはその他の利益」と明記されているように、また、逆にその者の退去が豪州の家族への不利益につながる場合について言及されているように、「豪州にとっての利益」も判断材料の一つであると考えられる。この「特異ないしは例外的な場合」の内実こそが、豪州における外国人在留特別許可制度の中核及び根幹をなすものであり、それは積極的にこれに適合する要件を有すれば有するほど、在留が認められる蓋然性が向上する、いわば「積極要件」とでもいうべきものであろう。

その一方で、ガイドライン上では「その他の関連情報」についても大臣に対して情報提供をするように命じている。その情報とは、「その者の豪州での継続的な滞在が豪州における個人に対して、または豪州社会やその安全に対して、または豪州の国際関係の不利益となるかどうか」「移民法令、国籍関連法令に対する違反や罪に関する情報は、特に私に提供されるべき」「その者が、他国に入国し、在留することができるために、その者の安全、人権や尊厳に対する重大な脅威が発生したか、また発生するであろう国に帰還することが必要であ

25) この「特異ないしは例外的な場合」については、豪州移民省ホームページにおいても公開されている(<http://www.immi.gov.au/refugee/circumstances.htm>, 2011年3月31日閲覧)。

るかどうか」「その者がビザの条件に従わなかった程度」などが含まれる。

これらは、移民法関連の違反、さらに、豪州の国としての公安上の利益の観点、また、迫害を受けると予想される国籍国への送還は不可能でも他国へ送還することができる可能性など、逆に、在留を認めることに対する「消極要件」であるといえよう。このようにガイドライン上では、積極要件同様、消極要件の考慮も求めている。

### (3) 日本のガイドラインとの比較

一方、日本においても、「在留特別許可に係るガイドライン」が定められウェブ上で公表されている<sup>26)</sup>。前述のように、豪州のガイドラインが、「拷問等禁止条約」「自由権規約」「児童の権利条約」といった国際人権条約への対応を念頭に置いているが、日本のガイドラインでは、特段そうした諸条約への言及はない。日本のガイドラインでは、「積極要素」と「消極要素」が列記されており、その中でも「特に考慮する積極要素」として、次のようなものが示されている。

- ・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
- ・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
- ・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
- ・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

このように、日本の在留特別許可で最も重視される点は、親子関係や配偶関係といった点であることが明らかとなっている。もっとも、こうした点については、前述の豪州のガイドラインにおいて言及されている「それを認めないことが、豪州国民または（少なくとも家族の一員が豪州国民ないしは永住者である）豪州の家族単位に対して修復できない被害や継続的な苦痛をもたらす強い同情すべき状況」や「豪州社会への統合のレベル」と近いものであると思われるが、日本のガイドラインにおいては、この点がより明確になっており、また、最重要視されていることが確認できる。「当該外国人が、難病等により本邦での治療を必要

26) 法務省入国管理局「在留特別許可に係るガイドライン（2009年7月改訂）」（<http://www.moj.go.jp/content/000007321.pdf>, 2011年11月14日閲覧）



としている」については、豪州のガイドラインでも、「その者の年齢または、もしくは健康、または、もしくは心理的状态に関して、それを認めないことが、その者にとって修復不可能かつ継続的な困難となる同情すべき状況」が明示されており、健康上の問題について配慮することについては共通性が確認できる。

また日本のガイドラインにおいても「消極要素」が示されており、「特に考慮する消極要素」のひとつとして「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」が示されている。豪州のガイドラインでも「移民法令、国籍関連法令に対する違反や罪に関する情報」については消極的に考慮されていることが示唆されていることから、この点については大差がないものと考えられる。

ただ、以上のような共通性は確認できるものの、相違点も確認できる。豪州のガイドラインにおいては、「出身国に帰国した場合に、個人の安全、人権、または人としての尊厳に対して著しい脅威があると信じるに足る十分な根拠がある特定の状況または個人的背景」と明示されているように、どちらかといえば、母国に送還した場合に生じるであろう人権侵害が念頭に想定されており、そうした人権侵害が起りうることから、それを回避するために豪州の滞在を許可するといった位置づけが見られる。言い方を変えれば、「豪州に滞在すべき積極的理由」というよりは「母国に送還できない積極的理由」に重点が置かれているものと考えられる。一方日本のガイドラインにおいては、「送還した場合の母国での人権侵害」といった観点はほとんどなく、日本人との親子関係や配偶関係の重視といったように、「送還した場合の日本での人権侵害」や「日本に滞在すべき積極的理由」に力点が置かれていることが確認できる。

こうした相違点の発生については、やはり、両国の制度の位置づけの違いから生じているものと考えられる。まず、豪州の場合、「大臣介入」制度は、そもそもビザ申請の再審査過程として位置づけられており、移民省での申請および MRT や RRT での再審査を経ても、移民法上在留を認めるべき法的根拠やビザの該当性がないものに対する救済措置として位置づけられている。このため、すでにそれがないと判定された国内における在留の根拠の発見というよりも、それがないことを前提として、退去させた場合の人権侵害とその回避といった点に力点が置かれてきたものと推測される。

一方、日本の場合、前述のように、退去強制手続の中に位置づけられており、その中で「特別に在留を許可すべき事情」<sup>27)</sup>があれば在留を認める制度である。このため、本来退去させるべき外国人に対して、母国への送還を前提としつつも、日本で在留すべき積極的な理由が発見されるのであれば、送還を中止するというものであると考えられる。すなわち、送還が前提となっているため、送還させた場合に生じる結果については、さほど重要視されてい

---

27) 出入国管理及び難民認定法第 50 条

ないものと推測される。

#### (4) 「大臣介入」の手続

豪州のガイドライン上では、「大臣介入」を考慮する手続についても明記している。「大臣の考慮にもたらされる方法」の部分においては、大別して、移民省によって「大臣介入」の審査が開始される場合と、申請者及びその代理人による要求から審査が開始される場合との二つがあるとしている。前者については、「再審査審判所から原判断を支持する旨の決定の通告を受領した場合には、担当官はビザ申請者の状況がガイドラインに合致するものかどうかを審査することができる」としている。また、再審査審判所から「大臣介入」に合致するかどうか審査すべきであるとの通告を受けた場合にも、移民省担当官が審査を開始することとするとしている。後者については、「公共利益の権限に対する要求は、その要求の当事者ないしは権限を与えられた代理人によってなすことができる」としている。そして「要求は文書または電子的通信によってなされなければならない」とされている。

その上で、移民省担当官が個別の案件についてガイドラインに該当するかどうかを審査し、その後移民大臣に対して、「大臣介入」を行うべき案件については提出し、行うべきではない案件については状況を要約したものを提出することが指示されている。また、基本的には、繰り返しの介入要求には応じないとされている。ただし、その後状況が大いに変化し、ガイドラインの該当性が見られるものについては、「大臣介入」もあり得るとされている。

以上のように、少なくとも直近のガイドラインにおいては、「大臣介入」に関する移民省内における手続的な流れに関するものと、実際に「大臣介入」を行うべきかどうかの基準となる法律上の文言の「公共の利益」の意味が「特異ないしは例外的な場合」として具体的に明記されていることが明らかとなった。ここで重要なのは、何よりも「大臣介入」を行うべき法律上の唯一の根拠とでも言うべき「公共の利益」の内容が具体的に定義されていることであり、この内容こそが、豪州の外国人在留特別許可制度の根幹をなすものといえるだろう。

#### (5) 過去のガイドラインからの変遷

さて、前述したように、「大臣介入」のガイドラインは、移民大臣による移民省担当官への指示という形式になっており、必ずしも外部への公表を前提としたものではない。しかし、2003年から2004年にかけて設置された、連邦議会上院の「移民案件における移民大臣の裁量に関する特別委員会」において、「大臣介入」についての調査・検討がなされており、この委員会の関連資料から、過去のガイドラインが判明している。

まず、1989年に当時の移民大臣ゲリー・ハンドは、一定の条件を有する不法滞在者の合

法化について表明し、その中で、「大臣介入」の権限を用いるべき案件について次のように示している。

- ・法の制定者が予想することができなかった状況のもの
- ・法の制定者によって予見しなかった法律の状況を認定しないことの結果のもの
- ・在留を認めないことが豪州国民や合法的な永住者にとって著しい困難をもたらすような、同情すべき状況のもの<sup>28)</sup>

次に、1994年7月に制定されたガイドラインにおいては、「公共の利益」の内容として、これら三つの要件に加えて、「申請者が豪州にとっての著しい経済的、文化的利益をもたらすこと」が加えられている<sup>29)</sup>。

ここでは、現在のガイドラインにおいてみられる「法が予見しなかった状況」と「豪州にとっての利益」といった要素が確認できる。とりわけ、運用の当初から「法が予見しなかった状況」に対応するために「大臣介入」を位置付けようとする点は興味深い。

その後、1996年に労働党から自由党・国民党連立政権への政権交代を経た1999年に、当時の移民大臣フィリップ・ラドックは新たなガイドラインを策定している<sup>30)</sup>。ここでは、現在のガイドラインと同様に、「公共の利益」となる事案が「特異ないしは例外的な場合」とされるものとして規定されるようになっている。その上で、現在のガイドラインに見られるように、「拷問等禁止条約」「自由権規約」「児童の権利条約」に該当する場合が明記されるようになっている。また「その者の年齢」「その者の身体的・心理的状态」も明記されており、これは現在の「その者の年齢または、もしくは健康、または、もしくは心理的状态に関して、それを認めないことが、その者にとって修復不可能かつ継続的な困難となる同情すべき状況」の原型だと思われる。ただ、「その者が、その者の力が及ばない状況のために国籍国もしくは通常の居住地に戻ることができないと移民省が認めた場合」については記載されていないものの、1999年段階で、ほぼ現在のガイドラインに近いものが制定されたと考えられる。

28) "Government to amend migration law relating to certain illegal entrants", *Media Release*, Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs, 15 October 1999. (Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, Submission to the Senate Select Committee on Ministerial Discretion in Migration Matters, August 2003, Attachment 4)

29) *Guideline for Processing Requests for Ministerial Intervention in Migration Act Decisions*, 28 July 1994 (Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, Submission to the Senate Select Committee on Ministerial Discretion in Migration Matters, August 2003, Attachment 6)

30) MSI 225: *Ministerial Guidelines for the Identification of Unique or Exceptional Cases where it may be in the Public Interest to Substitute A More Favorable Decision Under s 345, 351, 391, 417, 454 of the Migration Act*, 4 May 1999 (Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, Submission to the Senate Select Committee on Ministerial Discretion in Migration Matters, August 2003, Attachment 8)

さらに、2003年12月に、1999年のガイドラインが改訂されたものの、大幅な内容の変更はなく、「その者の年齢」「その者の身体的・心理的状态」が現在の記載とほぼ同様になっていること程度となっている<sup>31)</sup>。その後、2009年までどのように改定されたかは不明であるが、2003年のガイドラインと2009年のガイドラインの違いは「その者が、その者の力が及ばない状況のために国籍国もしくは通常の居住地に戻るができないと移民省が認めた場合」が追加された程度である。

このように、当初のガイドラインは主に「法の予見しない状況」に対応するものとして位置付けられていたが、1999年には「拷問等禁止条約」などの各種の国際人権条約への整合性を確保するものとして「大臣介入」が位置付けられるという大きな変更があったが、それ以降は微細な変更にとどまっている。このことからすると、これらの国際条約に該当し、送還ができない者について、既存の移民法では在留を認める根拠がないところ、この「大臣介入」という超法規的措置を用いて救済してきた要素が大きいことが示されているといえよう。

## 6. 「大臣介入」を巡る最近の動向

このため、2007年の労働党への政権交代を経た後、当時の移民大臣クリス・エバンズは、2008年に「大臣介入」に関するレビューを、実業家のエリザベス・プローストに委託して実施し、移民省内での業務の効率化などを行っている<sup>32)</sup>。さらに、2009年9月、「拷問等禁止条約」「自由権規約」「児童の権利に関する条約」に該当し、これらにより送還が禁止されている者について、「難民条約」同様に「保護ビザ」の付与対象とする、いわゆる「補完的保護 (complementary protection)」を実施する移民法の改正案を議会に提出している。すなわち、国内法制化されていないために「大臣介入」に依拠せざるを得ず、ガイドラインにも明記されている状況について、正式に法制化する試みを行った。ただし、野党の反対等で審議は進展せず、2010年7月の議会解散のため廃案となった。その後、少数政権として成立した労働党政権が再び同様の法案を、2011年2月に議会に提出しており、同年9月に法案が成立した。

このため、「拷問等禁止条約」等に該当するものについては、「大臣介入」による救済を経ることはなく、当初から「保護ビザ」が付与されることが法制化された。よって、今後は、少なくとも、国際人権条約に該当するものについては、「大臣介入」を用いる必要はないこ

31) MSI 386: Guidelines on Ministerial Powers Under Sections 345, 351, 391, 417, 454 and 501 J of the Migration Act, December 2003. (Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, Submission to the Senate Select Committee on Ministerial Discretion in Migration Matters, Attachment 9).

32) "Ministerial Intervention powers under review", *Media Release*, Minister for Immigration and Citizenship, 9 July 2008.

とから、「大臣介入」への要求数は一定程度減少していくものと推測される。しかしながら、1989年のガイドラインの中核が「法律が予見し得なかった状態」であったことや、その内容が現在も継続していることに鑑みれば、「補完的保護」が法制化されたために、「大臣介入」の要求数が減少したとしても、「大臣介入」そのものの存在が消滅するとは考えにくい。

豪州の移民法は、1989年以前のそれが、移民省の担当官に対して、幅広い裁量を与えていたために批判され、こうした裁量を可能な限り排除するため、ビザの付与の許否の基準を明文化する形で改正が重ねられてきた<sup>33)</sup>。このため、移民法そのものと、その下位規則であり、ビザ付与の具体的な要件を明示的に定めた「1994年移民規則 (Migration Regulations 1994)」は合計約1800ページと膨大なものとなり、149種類のビザのサブクラスが規定されている<sup>34)</sup>。このように明文化を重ねてきた豪州の移民法令においてですら、法が予見できない状態に対応するために、「大臣介入」という超法規的措置が法律上も維持され、実際にそれが用いられている。こうした実例が示すことは、少なくとも、「人の移動」を取り扱う移民政策及びその根幹を規定する移民法における、超法規的措置によって在留を認めるという可能性については、何らかの形で残存されなければならないことが示されていると言えるのではなかろうか<sup>35)</sup>。

そして、その可能性とは、あくまでも超法規的措置である以上、本稿で明らかにした、法律上の「公共の利益」の具体的内容の表明である「特異ないしは例外的な場合」が一定の基準として示され、その基準に準拠しながらも、個別の事例の状況や、国内の政治状況、さらには移民大臣の方向性などといった、政治的判断によって判断がなされる性格のものといえるだろう。逆にいえば、移民法におけるこうした可能性や、超法規的な裁量を一切排除した場合、本稿で紹介したような100歳の高齢者を国外退去せざるを得なくなり、逆に非人道的な結果に陥ることもありうることから、「法制化の残余」としての在留特別許可制度は、その運用自体は変化していくことがあるにせよ、何らかの形で維持されていくものと推測される。

## 7. おわりに

以上、本稿では、オーストラリアにおける外国人在留特別許可制度について、日本の制度

---

33) Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, Submission to the Senate Select Committee on Ministerial Discretion in Migration Matters, August 2003, p.4

34) Department of Immigration and Citizenship, *Simpler visas Creating a simpler framework for temporary and permanent entry to Australia: Discussion Paper*, June 2010, p.8.

35) このことは、豪州移民省担当者自身も、「出入国管理の決定は、他の行政分野と違って『人生を左右する決定 (Life Shaping Decision)』であることから、『大臣介入』の存在は必要」との見解を有していたことから補強できる (2010年9月7日、筆者による聞き取り、キャンベラ、移民省)。

との比較を念頭に考察した。そこで明らかになったことは、制度的にはオーストラリアにおいてはあくまでもビザ申請の再審査請求手続の一環として、日本の在留特別許可制度に相当する「大臣介入」が存在していること、両国においても限定された範囲内で統計や事例が公表されているといった共通点が見られた。一方で、日本とは違って豪州の「大臣介入」そのものについて司法判断が行われないものであることも確認できた。

しかしながら、あくまでも法制化されないものとしての性格である以上、在留許可の一定の基準を定めた「ガイドライン」が存在している類似点が確認できる。両国のガイドラインにおいては、根本的には両者ともに在留許可の対象となる要件について列記したものであり、その内容には類似点もあったが、相違点も確認された。主に豪州のガイドラインが「退去させた場合に生じる人権侵害とその回避」を念頭に置いている一方で、日本のガイドラインにおいては、「退去を停止すべき積極的な理由」を念頭に置いている。このことは、やはり両国の制度の位置づけ、すなわち豪州はビザの再審査過程として、日本は退去強制手続の過程として位置づけられていることに起因するものと考えられる。このように、両国の制度やその運用については、大きな相違点があるものの、本来法的には在留が認められない外国人に対して、当該外国人を退去した場合に生じるであろう否定的影響を考慮して、超法規的に在留を認めるメカニズムが両国ともに組み込まれている点は極めて重要である。

その理由は、いみじくも、そのガイドラインにおいて「法の予見しない状態」が含まれていることから、「人の移動」を取り扱う出入国管理・移民政策において、そうした「人」の状況をすべて予見することが不可能であることに立脚しているためではなかろうか。仮にそうであるとすれば、オーストラリア、日本の出入国管理行政にともに内包された超法規的な「在留特別許可制度」は—その位置づけや運用にこそ相違点はあれ—「人」を対象とする出入国管理行政に必然的に存在せざるをえないものとも考えることができる。ただし、その運用は、オーストラリアの事例がそうであるように、あくまでも超法規的措置である以上、あくまでも「裁量」や政策的判断にゆだねられる部分が相当に大きいものであることは明らかだろう。

ただ、他国の移民法制においても、どのように「在留特別許可制度」が位置付けられ、運用されているかについては、前述の点を検証する重要なものであるものであるが、これについては今後の課題としたい。