

法務・資格TF 議事概要

1. 日時：平成22年2月22日（月）16:38～17:35
2. 場所：永田町合同庁舎2階 A会議室
3. 議題：上陸口頭審理及び違反口頭審理手続きへの行政書士の参画について
（3か年計画フォローアップ）
4. 出席者【規制改革会議】福井主査、阿部専門委員、鈴木参考人
【法務省】 入国管理局審判課 課長 住川 洋英 氏
入国管理局参事官室 局付 中本 次昭 氏

○福井主査 お忙しいところ、ありがとうございます。それでは、ただいまから法務・資格タスクフォースを開催させていただきます。

本日は、「上陸口頭審理及び違反口頭審理手続きへの行政書士の参画について（3か年計画フォローアップ）」に関しまして、入国管理局の運用の実態等についてお話を伺えればという趣旨でございます。

問題意識は多少事務局からお聞き及びかもしれませんが、もともとこれは閣議決定の形で、一昨年ぐらいでございますか、非常に詰めた議論を、中本さんともずいぶん議論させていただいて答申や、あるいは3か年計画に至りまして、その後、私どもあまり情報がなかったのですが、去年の終わりぐらいになりまして、行政書士の一部の方から、実際には閣議決定で決まったような形ではなかなか参画させてもらえないというような多少苦情のようなお申出がございまして、そのあたりについて実態はどうなっているのでしょうかということを私どもとしても一応承知しておければと、こういう趣旨でございます。

では、冒頭、現時点のそういった問題意識の下での状況についてお話をいただければと存じます。よろしく願いいたします。

○住川課長 入国管理局の審判課長をしています住川でございます。どうぞよろしく願いいたします。

今、福井主査の方からお話があった点でございますけれども、私ども入国管理局といたしましては、規制改革推進のための第3次答申の内容に沿って対応していると認識しております。実際の件数がどうかということでございましたが、いわゆる統計がないということもございまして、正確な件数は把握できませんでした。ただ、各地方局に連絡をしまして調査しましたら、上陸口頭審理につきましては、これは調査しただけなのですが、行政書士の方々から参画自体の申出がなくて、ただ、違反口頭審理については行政書士の立ち会いを認めた事案もございました。数が何件とか、件数自体はちょっと不明でございますけれども、今申し上げたような形でございます。

それで、主査の問題意識という、その具体的な事例は私ども把握しておりませんが、答申の内容に沿った形で周知徹底したつもりでございます。事務連絡という形で昨年

3月にも出しまして徹底したつもりですが、もしそういう誤解と申しますか、間違った認識をして対応しているということがあれば、それは早急に更に周知をして、それを徹底したいと考えております。

○福井主査 わかりました。その真偽のほどはわかりませんが、私どもで先般も入管絡みの問題意識をお持ちの行政書士の団体幹部の方や、あるいは現場でやっておられる方など、何名かからお話をお伺いしましたら、かいつまんで申し上げますと、例えば「親族又は知人の立会い」というのがございますね。これで「親族又は知人」として、たまたま行政書士資格を持っている方が知人としての立ち会いを求めると、行政書士であるという資格者はそもそも知人にはなり得ないんですよと言って、本省の指示もありますのでお断りしますという例が、どうもある特定の管内だけじゃなくて、全国的にあるので困っておりますというようなお話をお伺いしたんです。何かそういう事実はありますか。

○住川課長 それはございません。当然でございますけれども、本省の方からそのように指示をしたことはございません。その事案は何か誤解があったんだと思います。

○福井主査 何か誤解があったのかもしれませんが、一応もう御承知おきのこととは思いますが、一昨年のお答申の該当部分で、3か年計画にもほぼ同文がございますが、「そもそも立ち会いには何の資格も要求されず、出入国管理法10条4項の『親族又は知人』に該当する場合には立ち会いをすることが認められている。よって、行政書士がこの法律の『親族又は知人』に該当する場合には、『親族又は知人』として立ち会いを行うことは差し支えない。」ということで法的な整理は法務省と当会議との間でできていると思いますので、実際にどういう場合「知人」に該当するかというのは、これも当時議論させていただきましたが、もともとかなり広い概念のはずでございますので、まさに知っている人というだけですので、初対面ではまずいかもしれませんけれども、前から何らかの形でやりとりがあったという方がいらっしゃったとして、その方がたまたま行政書士の資格を持っているときに、それだけの理由で排除されると趣旨が逆になってしまう。知人としての資格で、たまたま行政書士の資格者が立ち会うのは、恐らく当時の話でも法務省としても問題ないという御認識だったと思いますので、もしそういう形でない運用がなされているとしたら、是非そこは周知をしていただければと私どもも考えた次第でございます。そこは、今、私が申し上げたような整理でよろしいわけですね。

○住川課長 はい。

○福井主査 ありがとうございます。

ただ、これも私どもは真偽のほどはわかりませんが、行政書士会の方がおっしゃるには、どうも局の判断というよりは、本省の方からそういう指示を受けているというようなことをあちこちでおっしゃるというものですから、火のないところに煙がたっているのであれば、できれば誤解を解いていただければということがございまして、どういう形がいいのか直ちにはなかなか申し上げにくいのですが、例えば何か会議の場で、機会あるごとに徹底いただくとか、個別に知人として立ち会わせてほしいという申出があったときには、本

省の方にも出先の方から御確認いただいて、今議論したような趣旨を確認するように新たな文書で周知をいただくとか、もし誤解があるとしたら、避けるための工夫を是非お願いできればと存じます。よろしく願いいたします。

○住川課長 はい。

○福井主査 それから、もう1つの上陸口頭審理の方は、こちらは今のお話ですと、行政書士の参画ニーズはあまりないということでございますか。

○住川課長 ええ。今のところ、これは正確な数ではなくて調査ただけでございますのが、口頭で、上陸口頭審理手続きにおける行政書士の代理はありますかということで各地方局に問い合わせただけでございますので、その回答が、そのような申出がなかったということでございます。

○福井主査 逆に、違反口頭審理の方では、立ち会いだけじゃなくて、代理をしたいというようなニーズはあるのですか。それもないわけですか。

○住川課長 代理ということをおっしゃる方もいらっしゃるようではございますけれども、それは、これは立会いという形になっていきますということでお話申し上げて、そうですかということでございます。

○福井主査 これは、たしか当時の議論では、違反口頭審理の方が上陸口頭審理よりは紛争性の契機がやや強い蓋然性があり得るので、(ア)の代理の方では明文上、入らなかったと理解しているのですが、それは今でもそういう理解でよろしいんですか。

○中本局付 紛争性のところはいろいろ見解もあるのですが、入管法上、まさに違反口頭審理にいく場合というのが、本人がいわゆる退去強制の事実の認定に服さない場合と。服した場合は、退去強制令書が発付されて帰るわけです。認定に服さないという場合にのみ違反口頭審理にいくということから、これは紛争性が必ずございますというような御説明をさせていただいたというふうに認識しております。

○福井主査 服さないというのが、行政不服審査とか行政訴訟でいう紛争性とはちょっと違うようにも思うのですが。

○中本局付 我々としては、やはり弁護士法72条の抵触の問題というところもございまして、まさに具体的な権利・義務に関するそういった争いや疑義が具体化しているというふうに考えております。

○福井主査 たしか違反口頭審理の場合は、在留特別許可をくださいという形で議論がなされることが多いというふうにお伺いしているのですが、それは実態としてはそういうことが多いという理解でよろしいんですか。

○中本局付 そういった場合ももちろんあるかとは思っておりますが。

○福井主査 在留特別許可というのは、違反事実は認めた上で、いわば法務大臣の温情といいますか、政策的配慮にすぎるといった形で特別許可をくださいという、一種の陳情のような、裁量性の強い処分ですね。そこが、普通の、処分が違法だから取り消してくれという意味での紛争性のある不服申立事案とは違うようにも思うのですが、いかがですか。

○中本局付 そこは、認定に服した上で、在留特別許可のいわゆる温情にすぎるという場合もあるかもしれませんが、認定自体に争いがある場合もあると思いますから、そこは一概には言えないのではないかと考えています。

○福井主査 もちろん一概にということではないのですが、要するに、たしか（ア）と（イ）の書き分けで、（ア）の方に違反口頭審理を入れなかったのも、当時の議論の経過は、私の記憶では、違反口頭審理の方が濃淡の度合いでいえば上陸口頭審理よりは紛争性があるケースは確かに多いだろうということでした。とすれば、あまりそういう典型的な場合を入れるよりは、上陸口頭審理という、よりそういう契機が薄い方についての代理の容認ということを一一般則として書いて、違反口頭審理の方については、どういう場合が紛争性があるって、どういう場合はないのかについては、必ずしも意見もピッタリ一致していたわけではございませんし、また、実態といいますか、今の温情にすぎるとなると、認定自体を争う場合とどう分かれるかというようなことは、今後の調査なり分析を待ちましよう、ということで（ア）には入らなかった。逆にいえば、反対解釈で、上陸口頭審理以外は全て紛争性があるということ合意したわけではなくて、そこは今後の検討だという理解のはずです。

○中本局付 違反口頭審理は、まさに認定に服さない場合のみ違反口頭審理が行われる。認定したときは退去強制令書が発付されて退去強制されるということから、明らかに全件について紛争性があるというふうに先生とは議論させていただいた認識ではございます。

○福井主査 今のような在留特別許可に至る場合というのは、認定事実を争わないで、いわば在留特別許可を求めるといっても違反口頭審理に含まれるわけですね。

○中本局付 認定に服した以上は退去強制令書が出る形になりますから、違反口頭審理を行うということは認定には服さないということです。

○福井主査 在留特別許可の場合も認定を争うということになるのですか。

○中本局付 在留特別許可に行くのは、まさに認定に服さないということで違反口頭審理にいき、更に、その認定にも服さないということで異議申立をして、そこで在留特別許可を与えるかどうかという法務大臣の判断になるというような法の構造でございます。

○阿部専門委員 在留特別許可自体の申請という制度はないんですよね。

○中本局付 ございません。

○阿部専門委員 非常に複雑な、わけのわからない制度で、違反口頭審理をやって、異議申立をやって、その過程の中で特別許可という制度が設けられているんですよね。

○福井主査 条文は何条でしたか。

○中本局付 違反口頭審理は 48 条です。異議の申出が 49 条で、50 条が法務大臣の裁決の特例といわれる条文でございます。

○福井主査 48 条から 50 条までですね。

○中本局付 はい。

○福井主査 48 条が違反口頭審理で、49 条が異議の申出。

○阿部専門委員 異議の申立をするときに、違反事実があるかどうかと争わないで、専ら在留特別許可を求めるだけの異議の申立をするのでもいいということになりませんか。

○住川課長 それは、条文上は認定に異議があるときに口頭審理を請求するとなっていて、全て異議があると。

○阿部専門委員 たしかに、50条では「異議の申立が理由がないと認める場合でも」といって、まるっきり恩惠的、裁量的に特別許可ができるみたいな書き方をしているんですね。特別許可の申請権がないと。最初から特別許可してくれと申請して争っているのではなくて、違反事実がないといって異議申立をして、その中で付随的に特別許可するという構造になっているようにみえますね。しかし、工夫の余地はないでしょうか。

○住川課長 申立ですので、それは異議の申立というのは紛争性があるというふうに考えておりますけれども。

○阿部専門委員 それを、異議の申立形式はとるが、違反事実の有無については争わないで、こういう事情だから特別許可してくれというだけの文章をつくって出したらどうなるんですか。

○住川課長 これは条文に正面から反する内容ですので、結局、この条文に反する運用という形になるわけなので、ちょっとそれは難しいと思います。

○阿部専門委員 今、在留特別許可を出しているのは、みんな、俺は違反していないと違反事実の認定に誤りがあると主張して、それが通らなくても、特別な事情があるからというのを付随的に主張したら、それは認めてもらえるということになるのですか。変ですね。

○福井主査 違反事実は認めた上で、でも、温情にすぎるというルートをとるための申出をする方もあるやに聞いているんです。それは、もちろん条文上は異議の申立というルートを通らないと在留特別許可の50条1項4号にいけないので、そういう体裁はとるけれども、事実上は法的紛争じゃなくて、政治的・政策的裁量判断を求めているというケースはあり得るはずですよ。それは、いわば弁護士法72条でいうところの不服審査とか行政訴訟という紛争性とは異質のはずです。

これは、当時の司法法制部ともだいぶ議論して、そのときの解釈では、基本的に要件事実を争うとか、あるいは法的適用を争うというのが基本的には弁護士法72条の根幹なので、今のような法的適用関係は争わない。だけど、法務大臣がまさに50条の「理由がないと認める場合」でも特別に許可するというところの、いわば法の要件を超えた温情を求めている部分だけ取れば、事柄の実態としては72条の問題にならないはずですよ。当時の司法法制部の解釈からしても。そこが明確に出ているような場合には、違反口頭審理の場合でも72条問題にはならないで、これは行政書士に限りませんが、弁護士の業務独占から外れていると解釈するのが素直のはずです。法文の言葉が「異議申出」と書いてあるので、いかにも72条衝突みたいに見えるのですが、そうではない場合もあり得ることを前提にしているようにも思われます。

○中本局付 ただ、我々が認定した違反事実に対して不服申立をし、異議の申出をすると

いう形の構造でございますので、そこは実質的にというふうな話ではないのではないかと。

○福井主査 この異議というのは、判定結果は、ここは裁量はあまりなくて形式的に決まるわけですね。要するに、在留資格のない人が来たとしたら、さっきの在留特別許可のルートを除いて適法にするということは基本的にはやりにくいはずですね、条文の構造からすると。客観的には在留資格が存在しないにもかかわらず、それをやはり備わっていることにするということはできないはずですから、48条の部分に関しては、たぶんこれは裁量性がない、非常に客観的要件です。そうすると、この異議というのは、そういういわば客観的要件の違反を争っているのではなくて、違反があることは前提としても、結論において出て行けと言われるのが困るので、要するに、50条の裁決の特例という方のルートで救っていただけませんかというお願いをも「異議の申出」という言葉で条文上は含んでいるということにせざるを得ない。それは、法的適用の当てはめという法的紛争の範疇にはおよそ入りにくいんじゃないでしょうか。

この異議というのは、そういう意味では要件の当てはめというよりも、結論において出て行けというのが困るので何とかしていただけませんかも含んでいませんか。これも、実態としては、そういう方が結構多いと聞くんですけども。正面切って争うと心証も悪くなるし、確かに違反しておりましたと。だけど、50条の許可はいただけませんか。そのための情状としてはこういうことがありますと。例えば日本人と結婚して、もう子どもがいて生活実態があるみたいな、そのたぐいのことがときどき新聞にも載りますよね。そういうような実態があるので、何とか法務大臣の温情ある御措置をという形で、行政書士などもそういうところで活躍される方が多いと聞いているんです。違反自体を法廷などで争うというケースは行政書士が関わる事例ではほとんどないやに聞いているんですけども。彼らも法律専門家ですから、そこはお分かりにはなっているわけで、そうすると、それはどちらかという、こちらの条文の解釈というよりは弁護士法72条の解釈だと思うのですが、そういう温情あふれる措置をお願いしますというのは、陳情ではあっても、端的に弁護士法が想定している行訴法とか行服法の紛争とは違うのではないかと。少なくとも、そういうケースについては。ほかにもあるかもしれませんが。

○阿部専門委員 これは、そもそも違反していないと争うのだったら異議の申立ができて特別在留許可の道が開けるのだが、最初から違反しているかどうかについて争わないと言ったら、在留特別許可の道はそもそもないことになるんですか。それだったら、不思議な法制度ですね。

○福井主査 無理に違反事実を争わないと温情措置にいかないかのように見えなくもないんだけど。

○阿部専門委員 そうそう。だから、ほんのちょっとでも違反事実について争うという形式をとると、やはり違反しているが在留特別許可をやろうかという話につながっていく。そもそも違反について一切争わないと特別在留許可の道は開けないとしたら、おかしい法律ですよ。

○福井主査 実際はそうじゃないんじゃないですか。要件は全く争っていないくて、ここの異議というのは、結論において出て行ってくれと言われっ放しは何とか勘弁してもらえませんかというだけで、それも「異議」の概念に含めているんじゃないですか。

○住川課長 恐らくそういう趣旨の法律ではないと思います。在留特別許可というのは、入管法上はごくごく例外的な場合なんです。24条の該当性があれば、本来、退去しなければいけない。その流れの中で、最後の最後に、理由がない場合に在留特別許可というのが出てくる話でございまして、もともと在留特別許可というのが先にあって、こういう人が多いとか少ないとか、そういう問題ではないと私は思うんです。

○福井主査 もちろん、例外的だというのはおっしゃるとおりだと思うのですが。

○住川課長 もともこの法律自体が、立法を改正すれば別ですが、今の法律の体系自体がそれを全く予定していないんです。

○阿部専門委員 そうすると、弁護士だったら、とにかく何か争う口実を1行でもつけて、それで異議の申立をして、あとは実質的には在留特別許可をお願いするということができるわけですね。何となく不自然ですね。

○福井主査 そうなると、不自然ですね。

○中本局付 そこは感覚の問題で、制度上はまさに認定を争うと。

○福井主査 もちろん例外だということは我々もそこは一致しているんですけど、例外にせよ、原則から例外にいくときのルートとして、無理やり認定の要件の当てはめ違反みたいな処分の違法を言わなければ、この48条の口頭審理請求にいけないとまで読まなくてもいいような気もするんです。仮に例外にしても、確かに在留資格がないことは全部認めていて、法的には違反だということは重々承知の上で、だけど、特別に事情があるとして許可をいただきたいんですよという部分で勝負したいときはあり得るような気がするんですけども。

○中本局付 特別の理由で勝負をする、それを求めるという概念自体が存在しないわけですね。一方的・恩恵的に在留特別許可というのは与えるもので、申請という概念もないわけですから、そこを求めるためにというのは、そもそも法構造上はないわけです。

○阿部専門委員 もともとそういうつもりで法律をつくっているけど、最近の東京地裁の判例などでは、特別在留許可というのをある程度認めるようになってきていまして、あまりにもひどい裁量濫用なら、特別在留許可を与えないことを取り消して、与えろという趣旨の判決を下すでしょう。そうすると、法構造自体について裁判所が少し解釈を変えているわけですよ。

○福井主査 申請権は確かにないですけども、事実上は、いろいろな日本に居させてほしい事情などはあの手この手で疎明することは広く行われているわけですね。例えば学校に子どもがなじんだとか、子どもが現地に帰ると現地語をしゃべれないとか、新聞報道などでも我々もよく聞くのですけれども、そうすると、申請権はないにしても、実態として入管の在留特別許可の審査でそういうのを全く無視することはあまりないと思うんです。

一応は相応の事情があるかどうか、現場の審査官の皆さんがそれなりにリーズナブルな観点で審査されていると思うんです。そうすると、実態として、やりとりのほとんどの応酬がそういう情状酌量みたいなところに集中している場合には、それは72条の問題になるような実質的な紛争性とは無縁の事案ではないかと言わざるを得ないと思うんです。それは、やはり48条、49条、50条の体系でも想定していなくはないように思う。そうでないと、さっき阿部委員が申し上げたように、無理やり違法事実をつくったら情状酌量の審査に行くという、何か変な先後関係というか、論理的な前提関係ができてしまいますね。

○住川課長 条文の構造がそうなっているので、実態ということの前に、条文の構造自体が、異議があるときにはということになっていますので、これは動かせないんですよ。

○福井主査 だから、「異議」の言葉の意味ですけれども、不服審査とか行政訴訟の場合には非常に端的で、基本的には違法事由か不当事由がなければ、行政訴訟対象にも不服申立対象にもならないわけですよ。要するに、処分が違法又は不当だというのは、基本的には処分の要件当てはめがおかしかった。法に照らして、端的に違法か、あるいは法の趣旨に照らして不当だという主張で、それを公的な裁きの場に載せたい、というなら、その代理などは72条の業務独占だろうということは明らかだと思うんです。我々も、別にそこは全然疑っていないのですが、この48条でいう「異議」というのは、通知を受けた容疑者の口頭審理の請求の中身で、申請権はないものの、50条の在留特別許可の裁決の特例を求めるだけの陳情めいたものだけで構成されている場合も、48条の異議も申出としては法的に読めるというふうに言えそうに思う。それを、だめだとまでは言いにくいんじゃないですか。法適用は全く争いませんが、50条についての疎明はしたいのでありますという場合です。

○住川課長 その点は、福井先生と私どもの今現在における見解の違いだろうと思うんですけれども。こういう場で申し上げると恐縮でございますけれども。

○福井主査 1年ちょっと前の議論は、中本さんとの話でも、そこを議論していると年末の決着までの時間もないし、そこはもっとゆっくりということで、ややファジーな、グレーな形で終わっていたと記憶しておりますので、今せっかくの機会なので多少詰めた議論をしたいのですが、たぶん法解釈の非常に厳格な意味で言うと、仮に私が容疑者として、私は全部認めて、確かに違反しております、在留資格がないことは100%認めた上で、けど、とにかく50条の許可が欲しいんですと、私が外国人として入管に申し入れたとしますよね。そのときに誰を使うか、弁護士を使うか、行政書士を使うかということはともかくとして、法要件として考えときには、その場合でも48条を通らないと50条にいけないうわけですね。

そのときに、私が、さっき阿部委員が申し上げたような意味で、認定の当てはめを間違えた違法か不当があるということは一切言わないで、48条の「異議申立」はいたしますが、私はその要件認定に何ら異存があるわけではございませんと。ひたすら、結論において出て行ってくれというのは、かくかくしかじかの事情があつて、私の生活にとって大層過酷

な結果をもたらすので、申請権はないことも承知の上で、50条の在留特別許可がこういう理由によって得られるものかどうか何とぞ御配慮をいただきたいと思いますという文章をもし投げたら、要するに、48条の異議申出として却下できるのかどうか、こういう話なんです。それはしにくいんじゃないですか。要するに、さっきの阿部説がもし正しいとすると、不適法ということになりますよね。だけど、そこまではできないでしょう。

○阿部専門委員 今、在留特別許可をもらっているのは全部違反事実について争っているということですか。全部認めて、密入国しました、10年間不法滞在でした、でも、正しい生活をやっています、家庭も何も問題ありません、日本に一切害をなしませんと。子どもの学校の都合があるから出頭しましたと。こういう人で在留特別許可をもらっている例があるんじゃないですか。それは、やはり異議申立をして、違反していないと言っているわけですか。違反していましたが頭を下げて出てきた場合ではないですか。

○住川課長 ですから、私どもが申し上げているのは、実態がどういうことということと申し上げているのではなくて、「異議のあるとき」というふうに法の形がそういう形になっているので、こういう場で申し上げるのにちょっと言葉が適切かどうか、立法論としてはともかく、ここの解釈としては。

○福井主査 それはわかりますが、さっきの私のようなケースはどうですか。

○阿部専門委員 運用で。

○福井主査 法適用の違法・不当は一切主張しませんとはっきりと文書なりにして書いて、あるいは口頭でもそれを繰り返し明らかにして、だけど、50条のために48条のこの用語しかないから、この条文しか使えないので、一応、異議申立の格好はとりますが、何ら条文上の認定の違法・不当を主張するものではありませんと明白な意思をあらわにして、ここの条文の異議申立がなされたときに、不適法却下だということにはなりませんか。それとも48条上の異議申立としては受理せざるを得ないのではないですか。

○住川課長 そうでしょうね。

○福井主査 そうですね。とすると、その場合の申出内容は、もちろん条文の日本語の意味としては、まさに「異議」と書いてあるから、不服審査法上の異議申立みたいに一見見えなくはないですけれども、不服審査法の異議申立というのは、違法・不当事由の主張がなければ却下なんです、普通は、法令上の解釈としては、違法か不当を主張をしなければ、そもそも不服審査法の申立要件を満たさないのです。これは行政訴訟もそうですけれども、違法事実の主張がなかったら、不適法な裁判なり不服申立になるはずなんです。でも、こちらの方がそういう場合はそうじゃないとすると、そこは弁護士法の解釈問題としては、要するに72条で禁ずるところの不服審査法上の異議申立とは異質の「異議申立」がこの48条には含まれているということに論理的にはなりそうに思います。

○中本局付 そこは形式的な理論過ぎるのかなと。異議申立書などが出てきて、福井先生のおっしゃられたようなものを見て、全く関係ないことばかり書いてあれば、そもそもそれは不適法ですよ。それに対して、実質的に48条の異議申立、やはり違反事実を争って

いるというふうに我々が認定できるかどうかというところだろうと思うんです。

○福井主査 違反事実は全然争わないと明記していたらどうなりますか。

○中本局付 今回の場合は、仮定的にそういった場合ということですが、それが実は争っているというような場合であれば、それは48条の異議申立として適法なものになると思いますし、そこは仮定的な質問をもとにされているのですけれども、一概に言えるような問題ではないのかなと。

○福井主査 仮定でも、実際には多いと我々は聞いているんですよ。要件事実は全部認めた上で、入管法の適用問題としては、入管局の判断には何の異存もないけれども、50条の許可のための事情疎明に全力を傾注するというケースはよくあると聞いているんです。そうすると、それは要件認定を争っている部分が一切ないから、不適法却下だということにならないとすると、その部分は厳密に言えば法適用の紛争性はないですよ。

○中本局付 そこは、あくまでも認定について争っているというふうな形の異議申立があって、我々はそれを受けて、それで口頭審理、更には異議の申出というふうな判断をしていっているわけでございます。

○福井主査 もちろん結論は変えてほしいというんですよ。結論で出て行ってくれという部分は、これは最後は退去強制ですよ。放っておくと。

○中本局付 ええ。

○福井主査 だから、退去強制されては困るというところはもちろん意見は合わないわけですが、少なくとも法律の判断ですよ。だって、違反だから出て行ってくれというふうになるんだというところは認めた上で、それが嫌だという理由が、おまえの認定が違法・不当だからやめてくれというのではなくて、退去強制になるという法解釈も法適用も誠にそのとおりではありますが、ただ、50条という救済措置が一個あるじゃないですか、だから、そちらの方の事情を疎明しているだけなんですよ、と明白に表記されていて、そのことだけを訴える場合には、それは法的紛争じゃないですね。

○中本局付 我々は、あくまで違反事実についての認定に対して異議があるというものを受け取って、それに対する口頭審理を行っているということですよ。

○福井主査 だけど、仮に私が容疑者として、違反事実を全然言わなかったら、じゃ不適合だとなりますか。

○中本局付 その個別の話は私はちょっと認識していないところですから。ただ、我々としては、あくまで法に則って口頭審理を行っているわけございまして、そこはやはり違反事実の認定ということに異議があるという形で異議の申出を受けて、それに対する口頭審理を行っているよ。

○福井主査 そこはいいのですが、法解釈としては、これはやはり詰めておかないとまずいですね。どちらかというと、これは48条の解釈問題というよりは、弁護士法72条の解釈問題だと思うんですけれども。72条の解釈問題は、当時の司法法制部の見解も極めて明確でして、要するに、法的要件当てはめに関する紛争性といいますか、逆に言えば、裁判

提起とか、不服審査の異議申立、審査請求の提起というような形で、法要件を争う場合は紛争性ありのメルクマールですよということです。ただ、逆に言えば、法律論に関する争いじゃないわけですよ、今の50条にいく場合のケースというのは。情状酌量の温情を争うというのは言葉が不適切かもしれませんが、情状酌量の有無についてのお願いベースの議論だとすると、それは法律論の話ではないから、72条の当時の司法法制部の解釈からしても、72条問題にはなりようがないはずです。

○住川課長 今日第3次答申の対応状況と運用状況ということで参りましたけれども、第3次答申に書いてある内容から踏み込んだ、そのような議論をするということだったのでございましょうか。

○福井主査 それは司法法制部も関係ある、というのはお話ししたはずですが。

○事務局 言っております。

○福井主査 官房には、今のような、要するに72条の限界はどこかというのと（ア）の解釈とは関係するので、72条の解釈部局の方も一緒をお願いします、とはお願いしていたのですけれども。

○住川課長 そうでございましょうか。今日参りましたのは、第3次答申の対応状況のご説明ということだったものですから。

○福井主査 主として、先ほどのお話でだいぶ解決はしたのですが。

○住川課長 私どもの認識は、先ほど何度も申し上げましたけれども、そういうことでございまして、それ以上詰めて、これから更に、この間の第3次答申から一步踏み出すというように今の時点で考えているわけではないということではございまして、そのように御理解いただけたらと思うのですけれども。

○福井主査 ただ、これは別に答申を変えるとか何とかの話ではなくて、一応、答申のバリエーションとしての法解釈の問題という単純な話の部分もあります。

○住川課長 あまり単純とは私は思いませんけれども。

○福井主査 これは、一応私どもの理解は今のようなことなので、司法法制部ともこういう問題提起があったということはお話しいただいて、また別の形で、要するに法解釈に関する頭の整理は現場で混乱がないようにしておいた方がよろしいのではないかと思います。司法法制部にも問題提起をお伝えいただいて、今のような見解についてどう考えられるでしょうという論点は整理しておいていただけるとありがたいのですけれども。

では、そこはそこで、今この場では所管部局がいらっしゃらないので、なかなか決し難いのですが、我々としては、当時の一連の流れとして、今のような、要するに72条でいうところの紛争性が必ずしもないような場合も、違反口頭審理でも、全部が全部じゃないですし、ひょっとしたら例外的かもしれませんが、あり得るのではないかと。そういう今の実際に争われているケースが在留特別許可のケースで多いとすれば、さっきのような要件認定に関する法律論については一切争点になっていないし、不服審査や訴訟提起の意思が顕になっていないような場合は、これは行政書士が代理をしても、弁護士以外の誰がやって

もいわけです。72条の問題でないとすれば、それは別に行政書士がその代理人になったからといって、何ら72条の問題にはならないと考えるのが正しい72条解釈のはずですから、御確認いただければということでございます。

もう1つは、具体施策の(ア)の固有の話ですけれども、これも持って回った言い方ですが、「申請者において、異議の申出をする旨の意思を表明していないこと、上陸のための条件に適合していないことについて争わず、かつ、法務大臣の上陸の特別の許可を求めず、その情状も争わないことなどの事情により、紛争性がない事案」とあるのですが、これはたしか当時の中本さんとも議論がだいぶあって、ここに「など」が途中の段階ではあったり、なかったり、いろいろしたのですが、最後は双方完全に納得の上で、「など」という形で例示としてこのケースを入れるということで決着しました。

○中本局付 そうです。例示ですね。

○福井主査 だから、紛争性がない事案はこの一事例に限られないという点については、両部局で明確になっていたと思うのですが、そこはそういう理解でよろしいんですね。

○中本局付 ただ、その上で、紛争性の有無というのはあくまで個別の事例を総合的に判断されるということですから、こういうふうな場合はおよそないとか、こういった場合はおよそあるとか、そういった話でもない。個別の事情を総合的に考慮するというふうなところについては。

○福井主査 もちろんそこはいいのですが、「など」が入っている以上は、論理的な解の集合がほかにもあり得るということが前提となっている。これも真偽はわかりませんが、私どもが行政書士の一部の方から、どこでもそうだというふうにお話を聞いた内容は、このケースに該当する場合以外はほぼ紛争性があるということで、要するに在留特別許可を求めない場合も一場合かもしれないけれども、在留特別許可を求めていたら、直ちにそれで代理権がないんだというふうに入管局の。

○中本局付 上陸口頭審理の方ですか。

○福井主査 上陸の方です。上陸の方でも、この場合しかだめなんだという形でかなり厳しく、ほかの「など」ということについては、事実上無視されて指導を受けているというケースがほとんどだというようなことをおっしゃっておられました。そこは、もしそうだとすると、ちょっといき過ぎかなという気もするんです。まだ真偽のほどはわかりませんが。

ここはまさに例示ですから、さっきの議論にも関わりますが、上陸特別許可を求めたとしても、その前提たる法的判断を全然争っていないような場合は、紛争性がないとされ得る事案もあり得るようにも思います。そうすると、(ア)のケースとしても、さっきの違反口頭審理ではなくて、上陸口頭審理の方でも、先ほどのような意味の法的適用の問題ではないようなケースが論理的にはあり得るといふことになりそうに思うのです。これもさっきと同じで、どちらかというとなら72条の解釈問題かもしれませんけれども。

ただ、「など」がある以上、これしかだめだということにはなりえない。そんなことは

ないと信じたいのですが、万が一、現地の方で、ここに書いてある一例だけで、それ以外は既に紛争性がある、とするかのような運用があるとしたら、それは論理的に閣議決定の趣旨とかなり違いますので、もしそういうことがあるようでしたら、前半の論点でも共通ですが、これは例示にすぎないんですよということは、本省の方からきちんと現場に徹底していただけると幸いです。

○中本局付 ちょっと確認でございますが、先生のおっしゃられた話の中で、上陸特別許可だけを求めているといった場合、その基となるような情状に関する事実がおよそ我々の認定とそちらの認定が全く違うとか、そういった場合というのは、やはりいろいろ争いはあると思いますので。

○福井主査 それはあるでしょうね。情状の前提となる事実が全く見解が一致していないというのは法的紛争かもしれませんけれども。

ただ、さっきの違反口頭審理の方で申し上げたように、事実関係としては、子どもが大きくなってどうのこうのとか、あるいは、日本で法律違反もなくてなじんでいるみたいな、そういうところについては、入管の方でも、御本人の方でも争いがなくて、しかも、認定の法適用については全く争っていないというようなケースがもしあるとしたら、それはやはり紛争性があるとは言えない、72条問題としては。

○中本局付 結局、個別の事情に応じた判断ということになるうとは思いますが。

○福井主査 ただ、おっしゃるような情状の事実認定が丸っきり見解が違うというのは、場合により問題になりうるかもしれませんが、そうではない場合も場合によればあり得るように思いますので、そういうときまで含めて、この一事例以外は論理的に絶対ないとまでは言えないはずです。そこは、もし何か誤解があるとしたら是非正していただければと思います。よろしくお願いします。

○住川課長 そういう事例がありましたら。

○福井主査 これは論理学の問題ですけれども。この例示が重い意味を持つというのは、当時のやりとりも覚えておりますが、おっしゃりたいことはよくわかるのです。いろいろすったもんだして「など」になったということは、それはそれとして政府の文書として非常に重い意味がありますので、ほかにも論理的解はあり得るんだという前提だけは現場の方にもよく徹底していただければと思います。

今の点に関わりますが、さっきの点も含めて、弁護士法の72条の解釈として、やはり限界点みたいなものはきっちりしておいた方が、あまり底流の方で、法務省の解釈・運用がはっきりしていないと、現場が困ります。行政書士の、こういうことを一生懸命お仕事としてもかなりプロ意識を持ってやっておられる方がたくさんいらっしゃるのも事実ですから、彼らがどこまでなら適法にできるのかということはある程度明確な基準で示してあげた方が入管行政も適切に進むと思うんです。そういう観点で、どこまでが限界かということとはできるだけクリアにさせていただけるといい。それは、たぶん72条所管部局の御判断も要ると思いますので、場合によっては、72条の所管部局の担当参事官にもう一回教示い

ただくこととさせていただきます。1年ちょっと前ですから代わりましたか。当時、司法法制部とは私も夜中や明け方にもだいぶ議論した記憶があるので、私の記憶は今のとおりで、これはたぶん司法法制部もほとんど同じ見解だったと思うのですけれども、一回、三者で議論した方が場合によってはいいかもしれません。とりあえず今日の問題提起は持ち帰ってお伝えいただいて、基本的には現場で混乱が起きないようにということで適切に指導をお願いします。基本的な趣旨は別に法務省と我々で違いがあるわけではありませんので、できるだけ協力していければと思います。

○住川課長 よろしくをお願いします。お手やわらかにお願いいたします。

○福井主査 あとは。

○阿部専門委員 さっきちょっと質問したのですが、不法入国、不法滞在をしたが、それは一切言わなくて、素直に不法滞在でしたと頭を下げて、在留特別許可を求めるということをやって認められた例があるでしょう。そのときには異議の申立もしないんですか。どういうふうにして在留特別許可にたどり着いたんですか。

○住川課長 異議の申出はします。

○阿部専門委員 やはり異議申出をするんでしょう。不法滞在ですね、はいと認めちゃっているわけでしょう。そうすると、異議の申出といっても何を言ったんですか。

○住川課長 退去しないということですね。

○阿部専門委員 退去しないと。でも、不法滞在で退去強制事由に当たらないと主張しているのですか。それとも、退去強制事由には当たるが、俺は出て行かないと言ったんですか。

○住川課長 はい。

○阿部専門委員 退去強制事由に当たることは認めるわけ。

○住川課長 そうですね。

○福井主査 普通そうじゃないですか。

○阿部専門委員 そうすると、退去強制事由に当たることを認めながら、俺は退去したくないと言えればいいということになるわけ。

○住川課長 いいということにはなりません。

○阿部専門委員 でも、そのとき、退去したくないという理由は、法律上はどれに当てはめて考えるんですか。

○住川課長 結局、退去したくないということは、自分は不法入国だけれども、不法入国に該当すれば出て行かなければいけないわけですから、それが、法律の括りがそういう括りになっているということです。

○阿部専門委員 それなのに、退去したくないというのは、どの条文を根拠にして言うんですか。これは在留特別許可しか言うことがないのか、在留特別許可以外に、不法入国だが、俺は退去しないと。退去させることは違法であるという主張ができるのはどの条文によるのでしょうか。不法入国だと。そうすると、退去強制事由に当たるが、俺は退去したく

ないと。気持ちじゃなくて、法律上の根拠として何によって退去させることは違法であると頑張れるのでしょうか。あるいは違法か不当か、とにかく俺は退去しないと言うのだから、何か法律的な理由を付けるわけでしょう。どれでいくんですか。

○住川課長 異議があるということですね。

○阿部専門委員 異議というのは何ですか。だって、それだったら、在留特別許可の理由と同じことを言っているわけだから。

○住川課長 不法入国でないということでの異議というふうに擬制すると思うんですよね。

○阿部専門委員 嘘を言うわけ。だって、頭を下げてくるのだから、不法入国しましたと。

○住川課長 今のは私の思いつきですけど、嘘を言うんじゃないんですよ。法律はここに該当しないと次にいけないわけですから。ですから、それが紛争というか、異議があると。

○阿部専門委員 紛争を偽装するわけ。

○福井主査 紛争というか、「異議」の解釈でいいわけですよ。さっき私が整理したように、48条の「異議」には、要件認定を争わないで、結論の出で行けは困るというのを含んでいるということです。48条解釈がそういうものだとたぶんせざるを得ないのですが。だったら、この48条の「異議」の中には、72条該当のものと、そうでないものと2種類含んでいるということになるわけです。

○阿部専門委員 そうすると、退去強制はできないはずだというのはどの条文でいくんですかと。俺は出て行きたくないという気持ちはわかるけど、在留特別許可以外に根拠となる規定はどれかということです。

○福井主査 それはないんでしょう。

○阿部専門委員 そうしたら、在留特別許可を求めるのも異議のうちになってしまうというおかしなことになってくるね。

○中本局付 それは認定に服さない、認定に異議があると。

○阿部専門委員 だけど、認定に異議があるといった理由が要るわけだから、不法滞在を認めてしまったんですね。

○中本局付 でも、不法滞在という認定に異議があるわけですから。

○福井主査 だから、結論のところはいいじゃないですか。

それからもう1つ、これもこの間、行政書士会から聞いた話では、あるケースで、要するに在留期間が切れて日本に長いこと住んでいて、日本人と結婚して生活実態ができて、このままでは子どもの教育にもまずいというので、意を決して品川に一家そろって出頭して、在留特別許可を求める手続きに行こうとしたら、出頭途上の駅前か何かで捕まって収監されてしまったという人がいるらしいんです。中国の方とおっしゃっていたけれども。そうすると、その場合に、うまく入管局までたどり着いていたら、いきなり収監はされずに、在宅で書類のやりとりか何かをして、たぶんこれは48条の手続きか何かに乗るんでしょうね。そういうことらしいのですが、収監されてしまうと、その後、いきなり退去強制になるかもしれないと、特別許可みたいところで事実上いきにくくなるので、たまたま

捕まる人と、そうでない人とでずいぶんバランスが悪いというようなお話がありました。

○住川課長 私、その事案は存じ上げないですけども、恐らく逮捕したのは警察だと思うんです。

○福井主査 警察ですね。

○住川課長 私どもは入管なものですから、警察が逮捕して、不法残留事実ということは刑罰の対象になりますので、それで逮捕して勾留したという形になりますので、私ども入管がそこをやめてくれとか、そこはちょっと違うわけです。

○福井主査 その場合は、勾留されると 48 条の手続きには事実上いきにくくなるんですね。

○住川課長 その後、引き渡しを受けてから、どういう事実があるか。それこそ入り口で捕まってしまって、こちらに来る前に逮捕されてしまいますので、そういう人がいるかどうかすら認識しないまま時間が過ぎていくということになります。

○中本局付 刑事手続きが終わった後、うちのほうで、こんな方がおられるんだと。

○住川課長 起訴されれば、その裁判が終わった後になりますし。

○福井主査 例えば、途中で警察官に逮捕されないで無事にたどり着けて、異議申立なり、在留特別許可の方のルートを書類で選ばれる方も恐らくいらっしゃるわけでしょう。

○住川課長 捕まらない方の方が多いと思うんですけど。

○福井主査 そうでしょうね。その品川で捕まった方は、大ぜいで日本の地理に不案内そうだったので、不安に見えて、警察官が親切心で何かお手伝いしましょうかと言ったときに、ビクッとして真っ青になったので、態度がおかしいというので捕まったということでした。いかにもありそうな話という気がするのですが、そういうことだったらいいんです。ただ、そういう方も無事に行けていけば、入管局の方から、そうやって出頭してきた人を、現行犯だから逮捕して警察に引き渡すというふうにはしていないわけでしょう。

○住川課長 それはしておりません。

○福井主査 そうすると、途中でたまたま捕まる方とたどり着ける方とで、警察行政の範疇ですけども、ややバランスが悪いような気がしますね。

○中本局付 ただ、例えばうちの方に出頭されて、仮にうちが収容しなかったとしても、後日、警察の方で逮捕されるという可能性もございますし。

○福井主査 そこは連携をとられたりはしないのですか。どういうケースでは収監までいくみたいなことについて、入管局と警察とで運用を統一しようなどということはないのですか。

○住川課長 同じ治安の問題だろうとは思いますが、警察は警察で逮捕権もありますし。

○中本局付 刑事訴訟の問題ですから。

○住川課長 権限があるので。例えばその方が、今、先生がおっしゃるように、本当に不法残留の方かどうかというのは、警察の方で別の情報を持っていて、今の事例の場合はそんなことはないんでしょうけど、それはわからないんです。

○福井主査 警察の観点の治安維持上、何か理由があるなら別ですが、たまたま発見した

人が拘留されるというのは、やや気の毒な印象を持ったのですけれども。

○住川課長 それは、ある意味でいえば警察の権限の範囲内ということで、うちの方でおかしいでしょうと言うような筋合いでもないだろうと思うんです。

○福井主査 あと、そのときに行政書士が言っていたのは、駅によっては、不法残留の外国人の警察による重点取締駅みたいなものが首都圏にはあって、そういう駅には寄りつくなというおふれが心当たりのある方の間で回っているとか、それも、たまたまといいますか、怪しそうに見えるかどうかとか、その駅にたまたま寄りついた人がというのも、何となく法の下の平等というか、一種の平等原則からすると、ちょっと気の毒な場合が場合によるとあり得るような気もするのですけれども。

○住川課長 不法残留とか、不法入国者をどう考えるかということだろうと思うんです。実際、法に違反していることは間違いないし、刑罰の対象になっているわけなので、たまたま見つかったかどうかということで、気の毒だということは一概には言えないんじゃないかなと。

○福井主査 ただ、実態としては、見つからないで事実上は平穏無事に過ごしている方が結構いらっしゃるらしいですね。

○住川課長 それは、犯罪には何でもそういうことはあろうかと思うんですけれども。

○福井主査 わかりました。よろしいですね。

今日は、貴重なお時間、どうもありがとうございました。今日、確かにお話をお伺いして、だいぶ論点が詰まったような部分もあるやに思いますので、私どもから提起させていただいた問題も、ちょっと御検討いただきまして、さっきも申し上げましたように、基本的には、できるだけ現場であまり混乱が起きないように、うまく適法な形で処理していただければと思います。どうぞよろしくお願いいたします。

以 上