

「行政裁量」における審査基準定立に関する社会学的研究  
——在留資格「経営・管理」の不許可及び不交付理由をもとに——  
A Sociological Research on Establishing Review Standards  
in “Administrative Discretion”:  
Based on the Analysis of Reasons Why the Status of Residence  
for “Business Manager” is Unauthorized or Unissued

近藤 秀将

KONDO Hidemasa

A wide range of "Administrative Discretion" dominates the Immigration Control Administration (procedures concerning status of residence etc.).The process of "Administrative Discretion" has the core of "a non-statutory standard" established by the interaction between "application" and "disposal" , and the accumulation of "non-statutory standards" leads to statutory standardization (law, ministerial ordinance, notification, etc) stipulating the framework of "administrative discretion". This viewpoint of "Circulation" advances the research of the "international migration of people" (immigrant) in Japan. "Administrative Discretion" in the Immigration Control Administration that was avoided as "Black Box" despite that it is an important variable in this field.

キーワード：行政裁量 (Administrative discretion), 出入国管理政策 (immigration policy), 国際的な人口移動 (International migration), 在留資格「経営・管理」 (Status of Residence “Business Manager”), 出入国管理及び難民認定法 (Immigration Control and Refugee Recognition Act)

## 1. はじめに

### (1) 問題の所在

日本の出入国管理行政における諸手続——在留資格変更許可申請 (入管法第 20 条)、在留期間更新許可申請 (入管法第 21 条) 等においては、法務大臣に対して広範な「行政裁量」が認められている。この背景には、最高裁が判示したように「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされている」(最高裁昭和 29 年 (あ) 第 3594 号同 32 年 6 月 19 日大法廷判決・刑集 11 卷 6 号 1663 頁参照) という伝統的な国家主権の観念がある (曾和 2014: 186)。したがって、出入国管理行政手続——特に、在留資格関連申請手続においては、広範な「行政裁量」の名の下、その外国人等からの「申請」に対する「処分」

(許可・不許可等)の過程が「ブラックボックス」化し、それが日本における「人の国際移動」(移民)についての研究を妨げている一つの要因——具体的には、同研究の重要な変数である「出入国管理行政手続」(在留資格関連申請手続)について真正面からの考察がされてこなかった——と考える<sup>(1)</sup>。そこで、本稿は、在留資格関連申請手続における「申請」と「処分」を社会学的に分析することにより出入国管理局(法務大臣)の「行政裁量」の過程(内容)を明らかにすることを目的とする。そもそも「行政裁量」とは、行政権行使の自由があり、それが法律によって羈束されないことから「法律による行政」原理の例外として解釈できる(藤田 2006: 55; 67)。この点、「法律による行政」原理は、三権分立から当然の帰結であるが、その例外である「行政裁量」が認められるのは、主に①専門家集団による自治決定の尊重、②政治的・外交的決定の尊重、③専門技術的・政策決定の尊重という3つの尊重が実質的理由となる(曾和 2014: 182-9)。つまり、かえって「法律による行政」原理を貫徹し、行政権を法律によって羈束すると、国民にとって不利益になる場合である(原田 2007: 149-50, 藤田 2006: 56)。そして、出入国管理行政手続において「行政裁量」が認められるのは②の理由からである(曾和 2014: 185-6)。

この点、出入国管理行政とは、「本邦に入国し、又は本邦から出国するすべての人の出入国の公正な管理を図る」(入管法第1条)ことを目的とするものである。これは、「すべての人」を対象としているが、主に「行政裁量」が問題となるのは、外国人を対象とするものである。まず、前提となるのは、日本国憲法においては、外国人には日本に入国する自由および、それを前提とする在留する自由(以下「在留権」とする)は保障されていないことである。つまり、外国人は「在留権」という「人権」の享有主体ではない。この点について憲法学の芦部信喜は「入国の自由がない以上、在留の権利も憲法上保障されているとは言えない」(芦部 2002: 91-2)と述べている。

したがって、出入国管理行政——特に在留資格関連申請手続の場面においては、「在留権」の享有主体ではない外国人に対する行政権の一見過度とも思える行使があったとしても、法務大臣の裁量権の性質に鑑み、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合でなければ「人権侵害(違法)」ではなく「行政裁量」として処理されることとなる(「マククリーン事件」最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁)。

## (2) 本稿の構成

本章で述べたとおり、本稿の目的は「在留資格関連申請手続における「申請」と「処分」を社会学的に分析することにより出入国管理局(法務大臣)が有する「行政裁量」の過程(内容)を明らかにすること」である。そして次章においては、日本における移民政策の現状と在留資格関連申請手続の法的性質をはじめとする特徴(法解釈等)を示すとともに、その「行政裁量」の過程(内容)＝「審査基準」が、「申請」と「処分」という行為の相互作用によって定立されていることを示す。これは、出入国管理「政策」が、政府によって一方的に定立されるものではないということである。そもそも、「政策」とは、経験及び歴史(実証)、理論(検証)とは次元を異にし、現実を一定の価値基準で評価し、「より望ましい状態」を志向する規範的認識に関わるものである(富永 1995: 62-3)。つまり、政策とは、「より望ましい状態」という結論ありきのもの——政府によって一方的に定立されるも

のと理解され、特に出入国管理「政策」においては、入管当局の法律運用も一定ではないと、いわゆる「もぐら叩きゲーム」と評する研究者もいる（梶田 1994: 28; 32）。3章においては、前章での議論（申請と処分の相互行為等）を在留資格の一つである「経営・管理」を取り上げ、その「投資・経営」からの改正過程等に当てはめて論証する。そして、申請と処分の相互作用によって定立された基準の一つである「経営意思」が、行政裁量の枠組みの中でどのように作用しているかを明らかにするとともに、その作用結果の不当面——外国人のエスニシティの軽視——にも言及する。最後に、本稿における議論を整理し、結論として、本稿独自の視座として「《循環》モデル」を提示する。

## 2. 日本の移民政策の現状と在留資格関連申請手続

### (1) 日本の移民政策の現状（相互行為の助長）

現在、日本において「移民」という言葉が取り上げられることが多くなっているが、現行法においては「移民法」というものがないことから、法律上「移民」の一義的な定義がない。つまり、日本政府の「移民」に対する公定見解が存在していない。また、外国人政策のようなものは存在したとしても（吉成・水上・野呂 2015: ii）、外国人の移住過程（入国、滞在、定住、永住、帰化）に関する一貫した「政策」が存在していない（北脇 2008: 6）。したがって、入管当局（法務大臣）が有する広範な「行政裁量」に基づく外国人に関する「政策」と相まって、現在の日本における「移民」に関する議論は、統一された前提としての「柱」がないまま進められている。そしてなにより、このような日本の移民政策の現状が、外国人等の申請人と入管当局（法務大臣）の相互行為の効果（影響力）を助長させていると考える（図1《循環》モデル参照）。この点、意義ある「移民」議論の状況を創出するためには、「移民」に関する統一的な定義が必要である。その為には、移民法の成立、もしくは現行法改正もしくは他の新法において「移民」の定義条項を入れるのが最も効果的である。なぜなら、法で定義づければ、少なくとも日本政府の「移民」の公定見解を確立し、議論の「柱」ができるからである。なお、本稿においては「移民」の定義によって結論に影響はないが、1997年に国連統計委員会提出された国連事務総長報告書の「通常の居住地以外の国に移動し少なくとも12ヵ月間当該国に居住する人のこと」を採用する。なぜなら、「移民」という行為を議論に載せるには、その対象範囲を広く捉えることが必要と考えるからである。この点、「移民」の定義を幅広くすると「分析の道具」としては適切ではないとする見解がある（北脇 2008: 7）。しかしながら、現在の日本においては「移民」という行為を統一した「柱」の下で議論に載せる必要があるので「分析の道具」として不適切であったとしても幅広い定義を取る方が便宜であろう。

### (2) 在留資格関連申請手続における不許可等説明の問題点

在留資格変更許可申請、在留期間更新許可申請、在留資格認定証明書交付申請等の在留資格関連申請手続における不許可及び不交付理由（以下「不許可等理由」とする）は、申請人に渡される通知書には、「(理由)「〇〇」の在留資格への変更（在留期間の更新）を適当と認めるに足りる相当の理由があると認められません。（根拠となる事実）あなたの在留状況が好ましいものと認められません。就職先の職務内容と専修学校における修得内容に

関連性が認められません。」(近藤 2015: 102) のように端的に記載されるのみである。

したがって、これらの通知書のみでは、原則として具体的な不許可等理由を理解することはできない。そして、申請人が具体的な不許可等理由を知るのは、入国審査官からの口頭による説明だけである。しかも、この説明は、原則として一回しか受けることはできず、また口頭であるが故に曖昧にならざるを得ない。

さらには、不許可等説明を担当するのは、実際に当該申請案件の審査担当者ではなく、不許可等説明の直前で「メモ」的なものに目を通しただけの審査官であることも少なくない。その場合は、当該申請案件の内容を十分に理解していない為、見当違いの不許可等の説明になることもあり得る。

以上の結果として、申請人の思い込みや担当者の不適切説明を原因とする「事実」とは乖離した不許可等理由が広まり、それが神経症のごとく跳梁跋扈しているのが出入国管理行政の現状である。しかしながら、このような不適切とも言える現状も、入管当局（法務大臣）が有する広範な「行政裁量」の枠内で当然のように存在している。

### (3) 在留資格関連手続の法的性質

在留資格関連申請手続は、主として「在留」と「認定」に分けることができる。

前者は、在留資格変更許可申請、在留期間更新許可申請、就労資格証明書交付申請、資格外活動許可申請等である。後者は、在留資格認定証明書交付申請であるが、これらは「在留」=在日外国人の為の申請手続、「認定」は、これから来日を希望する外国人の為の申請手続と分類できる。そして、各地方入国管理局においても「在留」と「認定」で担当審査官も異なるのが通常であり、したがって両部門の審査傾向も変わってくる。

この点、そもそも「在留」手続と「認定」手続では法的性質が異なっている。具体的には、在留資格変更許可申請においては「前項の申請があつた場合には、法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる。(後略)」(入管法第 20 条 3 項)、在留期間更新許可申請においては「前項の規定による申請があつた場合には、法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる。」(入管法第 21 条 3 項)と規定しており、法務大臣(入管当局)の裁量性(相当の理由)明らかにしている。

一方、在留資格認定証明書交付は、入管法第 9 条「入国審査官は、審査の結果、外国人が第 7 条第 1 項に規定する上陸の為の条件に適合していると認定したときは、当該外国人の旅券に上陸許可をしなければならない。」と義務として規定されていることから入国審査官の裁量がない羈束行為と解する見解もある(山脇 2016: 21)。

しかしながら、在留資格該当性があれば交付される羈束行為であるはずの在留資格認定証明書交付においても法務大臣(入管当局)の自由裁量が審査の中心にあるのが現実である。

なぜなら、在留資格該当性自体(事実)を認定する審査においては、その該当性に対する疎明資料の証拠能力及び証明力の判断においては法務大臣(入管当局)の自由裁量が大きく占めるからである(以下「証拠採用の自由」とする)。

したがって、実質的には、在留資格変更許可申請等と変わらないか、むしろ度々、在留

資格該当性判断について行き過ぎた厳格審査がされることがある。これは、入管当局が「好ましくないと考える外国人」の上陸を防ごうとする姿勢であり、出入国管理行政の本質が国防であることを再認識させるものである。この入管当局の姿勢を本稿においては「水際意識」と呼ぶことにする。この点、法務省入国管理局長を経験した高宅茂と行政法学者である多賀谷一照は、その共著『入管法大全 一立法経緯・判例・実務運用一第1部 逐条解説』（日本加除出版）において「在留資格認定証明書は、第7条第1項第2号に掲げられている条件の者には必ず交付しなければならないとは定められておらず、「交付することができる」ものである。そこで、入管法施行規則第6条の2第5項は、「当該外国人が法第七条第一項第一号、第三号又は第四号に掲げる条件に適合しないことが明らかであるときは交付しないことができる。」としている。」（強調傍点は筆者加筆。多賀谷、高宅 2015: 101）と述べている。

したがって、この高宅らの見解からは、在留資格認定証明書交付は、限定的裁量行為であると読み取れる。つまり、交付が義務付けられていないことから裁量行為であるが、上陸許可基準不適合が明らかである場合に限りその裁量を発揮できることから限定的ということである。しかしながら、入管当局の「水際意識」及び「証拠採用の自由」に鑑みれば、「認定」は「在留」同様に入管当局（法務大臣）の広範な「行政裁量」に基づいていると解すべきであろう。

#### (4) 申請と処分という「行為」について

では、在留資格関連申請過程を構成する「申請」と「処分」という「行為」について考察してみる。まず、両者の法的定義は次の通りとなる。

「申請」 法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分（以下「許認可等」という。）をを求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているものをいう。

（行政手続法第2条第3号）

「処分」 行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為をいう。

（行政手続法第2条第2号）

次に、この法的定義を前提として「申請」と「処分」について社会的に考察するが、本稿においては、社会学がその考察の対象とする「社会」は、「複数の人びとのあいだに持続的な相互行為の集積があることによって社会関係システムが形成されており、彼等によって内と外とを区別する共属感情が共有されている状態」（富永 1986: 3）とする。

なお、「相互行為: 2つ以上行為が相互に作用を及ぼし変化すること」、「社会関係: 相互行為反復の結果、当該相互行為継続への高い期待が当事者間に共有されている状態のこと」及び「共属感情: 「内」と「外」とを区別する主観的基準」を本稿におけるそれぞれの定義とする。

そして、本稿においては、外国人等が行っている「申請」（在留資格変更許可申請、在留期間更新許可申請、在留資格認定証明書交付申請等）と、入管当局（法務大臣）等が行っている「処分」（許可、不許可、交付、不交付等）の2つの行為は、相互に作用し変化する「相互行為」と解する。では、次章において、「申請」と「処分」が「相互行為」であり、

その反復の結果が「社会関係」を形成し「共属感情」が共有されていることを論証する。

### 3. 在留資格「経営・管理」における不可及び不交付の分析

#### (1) 在留資格「投資・経営」から「経営・管理」への改正概要

本章においては、前章で述べた「申請」と「処分」の相互作用について、具体的に在留資格「経営・管理」の改正過程を踏まえながら考察する。

まず、在留資格「経営・管理」は、平成26年の法改正により（旧）在留資格「投資・経営」を改正して設けられた。

#### 「経営・管理」

本邦において貿易その他の事業の経営を行い又は当該事業の管理に従事する活動（この表の法律・会計業務の項の下欄に掲げる資格を有しなければ法律上行うことができないこととされている事業の経営又は管理に従事する活動を除く。）。（入管法別表第一） 該当例としては、企業の経営者、管理者など。

この点、在留資格「投資・経営」は、「経営・管理」と異なり、外国人が我が国に投資していることを前提とするものである。そして、「入国・在留審査要領」<sup>(2)</sup>（以下「審査要領」とする）には、締約国の国民の経済活動を許すことを求めている日米友好通商航海条約（第1条1項）等の規定を担保するものとして、外資の参入している企業の経営・管理業務に従事する外国人の受入れのため平成元年の法改正において創設された旨の記載があった（審査要領 第12編<在留資格 第10節<経営・管理）。

#### 「投資・経営」

本邦において貿易その他の事業の経営を開始し若しくは本邦におけるこれらの事業に投資してその経営を行い若しくは当該事業の管理に従事し又は本邦においてこれらの事業の経営を開始した外国人（外国法人を含む。）若しくは本邦におけるこれらの事業に投資している外国人（外国法人を含む。）に代わってその経営を行い若しくは当該事業の管理に従事する活動。（旧入管法別表第一） 該当例としては、外資系企業等の経営者、管理者など。

したがって、在留資格「経営・管理」と「投資・経営」との違いは、「外国人の投資」を前提とするかどうかであることから、本改正において「外国人の投資」という要件を外した理由について考察する。

この点、本改正において、政府が挙げる「新たに在留資格に該当する活動」に加わった領域は、「事業が日本人もしくは日本法人のみが投資しているものである場合」（以下「日本企業」とする）である。つまり、「経営・管理」への改正より、海外で実績と経験がある「外国人経営者」を、日本企業のトップに据えることが可能となったのである<sup>(3)</sup>。

しかしながら、これまでも日本企業としても、①グローバル戦略の必要性や②固定化した社内の意識改革の必要性の観点から、外国人経営者を受け入れてきた実績がある（日産のカルロス・ゴーン氏2000年4月就任等）。そして従来の「投資・経営」は、「外国人の投資」を前提としていた為、日本企業の外国人経営者は、在留資格「技術」か「人文知識・

国際業務」での在留が考慮されてきた<sup>(4)</sup>。

## (2) 在留資格「投資・経営」から「経営・管理」への改正趣旨（実益）

では、本改正前でも外国人が日本企業の経営者としての在留活動が可能だったのであれば、特に本改正の必要性はなかったのではないかと、つまり、「経営・管理」への改正の実益（以下「改正実益」とする）如何が問題となる。この点、本稿が考える改正実益としては「偽装起業対策」であり、それは「経営意思」という審査基準の定立に集約される。

まず、在留資格は、入管法の別表第一から第一の五並びに第二に列挙されているが、前者は「活動」に基づくもの（以下、「活動型在留資格」とする）、後者は「地位」に基づくもの（以下、「地位型在留資格」とする）となっている。しかしながら、本改正前の「投資・経営」においては、「投資」という地位と「経営」という活動が合わさった形（以下「地位活動混合型在留資格」とする）を取っていた。そこで、本改正において「外国人の投資」を除外し、純粋に活動類型在留資格化したのが在留資格「経営・管理」とも解釈することもできる。もっとも、本改正後、在留資格についてより詳細に規定している「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」（以下、「上陸許可基準」とする）において次のとおり規定された。

- 二 申請に係る事業の規模が次のいずれかに該当していること。
  - イ その経営又は管理に従事する者以外に本邦に居住する2人以上の常勤の職員（法別表第一の上欄の在留資格をもって在留する者を除く。）に従事して営まれるものであること。
  - ロ 資本金の額又は出資の総額が500万円以上であること。
  - ハ イ又はロに準ずる規模であると認められるものであること。

つまり、「500万円以上の資本金等の規模＝常勤職員2人以上」という形で「投資」という要素が残っていることになる。もっとも、この上陸許可基準における「投資」は、日本人によるものでも可能（外国人である申請人が、自ら投資する必要がない）とも読める。

しかしながら、起業と同時に在留資格「経営・管理」を申請する場合（以下「起業型申請」とする）は、外国人である申請人自身が500万円以上の「投資」することが、中長期在留資格である「経営・管理」の活動をするのに見合う「経営意思」を有していると評価する、という審査を行っている（下記「審査要領」参照）。この点、審査要領【第12編 在留資格>第10節 経営・管理>第1 在留資格の審査>2 該当範囲>(3) 留意事項ア事業の経営又は管理に実質的に従事するものであること】においては、(イ) 特に、申請人が新たに事業を開始しようとする場合について、申請時において、申請人は上記の業務には未だ参画等していないため、開始するとする事業の内容の具体性や、申請人が取得した株式や事業に投下している資金の出所等の事業の開始に至る経緯全般から、申請人が単に名ばかりの経営者ではなく、実質的に当該事業の経営を行う者であるかどうかを判断する。また、既にいとなまれている事業に経営者や管理者として招へいされるような場合も同様であり、それが比較的小規模の事業であり申請人の他に事業の経営や管理に従事する者がいるときは、投資の割合や業務内容をそれらの者と比較することも必要である。」と規定され

ている。この点、「開始するとする事業の内容の具体性や、申請人が取得した株式や事業に投下している資金の出所等の事業の開始に至る経緯全般から、申請人が単に名ばかりの経営者ではなく、実質的に当該事業の経営を行う者であるかどうかを判断する。」としているが、その一要素として「申請人が取得した株式や事業に投下している資金の出所等」を挙げている。したがって、外国人である申請人自身の「投資」が、実質的経営者としての基準である「経営意思」を判断する重要な要素であることを明確にしているが、それは同時に「経営・管理」においては、「投資」という地位を省令（上陸許可基準）に降格させ「経営意思」という活動の一要素に落とし込んでいることを意味する。その為、「経営・管理」は、活動型在留資格として別表第一から第一の五に列挙される他の在留資格と同じ性質に整序され、「投資」のみをもって経営や管理の業務に実質的に参画又は従事すると推認することはなくなった。つまり、在留資格「投資・経営」から「経営・管理」への改正時に「投資」という要素が法律レベルから省令レベルに降格したことによって「行政裁量」の幅も広がったということである。

### (3) 在留資格「投資・経営」から「経営・管理」への改正要因と影響

#### 1) 改正要因（偽装起業）

前述したとおり在留資格「経営・管理」の改正実益としては「偽装起業対策」であるというのが本稿の視点である。具体的には、入管当局が、「経営意思」を重視した要因として、本改正前の「投資・経営」在留資格関連申請手続（「在留」及び「認定」）をした外国人の一部に、全く「経営意思」が見受けられないと推認される者がいた。なぜなら、「投資・経営」は、端的に言えば500万円以上の投資をすれば、学歴も経歴も全く必要ない在留資格だったからである。そこで、在留資格「人文知識・国際業務」や「技術」等に必要な学歴や経歴要件、さらには就職先がない外国人が、ただ「在留資格」を得る為だけに実態がない会社を設立し在留資格関連申請をする類型（以下「偽装起業」とする）が多発するようになり<sup>(5)</sup>警察や入管当局による摘発も相次いだ<sup>(6)</sup>。確かに、このような在留資格の濫用及び違法な申請である偽装起業に対しては、入管当局は厳しい「処分」をするべきであり、もはや偽装起業という「申請」は通用しないということを外国人等の申請人に理解させるべきだろう（「社会関係」の構築）。その意味では、「行政裁量」を十二分に発揮できる「経営意思」という主観的「基準」を定立させた趣旨は理解することはできる。

#### 2) 「経営意思」という主観的基準

「経営意思」という上陸許可基準には明示されていない主観的「基準」——具体的には、上記審査要領記載のとおり、①事業内容の具体性、②投資資金形成過程、③その他事業開始の経緯（例えば、a:経営及び管理業務についての経験、b:来日経験、c:事業についての知識及び経験等が考えられる）によって「経営意思」＝「実質的に当該事業の経営を行う者」を判断する——が定立された。しかしながら、在留資格「投資・経営」の法律レベルの要件である「投資」の後継基準である②投資資金形成過程以外は、非常に曖昧と言わざるを得ず、また、それらは「全般」的に判断されることとなる。その為、本来「経営・管理」



では求められていない経歴等を入管実務で重視されるという不当な結果にもなっている<sup>(7)</sup>。つまり、このような曖昧な基準に基づくことにより入国審査官の個人的判断によって「経営意思」の有無が大きく異なることとなっている。主観的基準であるがゆえに入国審査官の属人的判断が、特に「水際意識」が働く「認定」申請において顕在化し、申請期間の長期化や不交付等理由矛盾等の混乱状況が発生したと考えられる<sup>(8)</sup>。しかしながら、法人の代表者であり、株もしくは持ち分の過半数以上を有していることを法的に確定している申請人に「経営意思」がないと認定するには、上陸後、「経営・管理」と全く関係がない活動、例えば、現場労働等の非熟練労働や売春等の非合法活動をすることが明確になっている等でなければその「経営意思」を否定することはできないのではないか。

### 3) 「経営意思」という「基準」——申請人のエスニシティの《視点》

主観的であるがゆえに各入国審査官の属人的判断による「処分」を頻発させることで、偽装起業とは異なる法律及び省令（上陸許可基準）に合致した起業型申請（後述の「親子協働経営形態申請」等）までも不許可及び不交付にすることは、適正な出入国管理行政とは言えないのではないかと、という視点がある。

この点、偽装起業と並んで「経営意思」基準の定立を促した申請類型——ある程度日本で成功した経営者である新華僑を中心として、自らの親を日本に「パートナー」として呼びたいと考える者が、「投資・経営」でそれを実現しようとした類型がある（以下「親子協働経営形態申請」とする）。もっとも、華僑は、自らのビジネスに親族を携わらせ大きくしていくのは、至極当然の姿勢だと考える。華僑にとって親族以上に信頼できる「パートナー」は存在しない（高久保 2003）。したがって、自らの親を自らのビジネスに引き入れ「パートナー」として遇するというのは、華僑にとっては非常に理解し易い行為である。また、新華僑の親の世代は、「商売意欲旺盛」と評価できるので、60歳を過ぎてもまだまだ「現役」である。むしろ、文化大革命等によって抑圧されていた反動もあり、積極的に商売の機会を探しているという見解もある（莫 1995: 60）。一方、入管当局の頭の中にあるのは、行政裁量の発露としての「日本人を標準とした行動基準」であることから、散見され出した親子協働経営形態「申請」は、「老親扶養」を主たる目的としたものであり、当該申請人（親）には「経営意思」がない、と判断し不交付「処分」をするようになった。しかしながら、偽装起業とは異なり、親子協働経営形態申請については、その中には濫用的な申請もあるかもしれないが、やはり入国管理局（法務大臣）は、当該外国人のエスニシティに配慮し、「日本人を標準とした行動基準」だけで「処分」をすべきではないと考える。

### 4) 行政裁量における相互行為論

以上が、在留資格「経営・管理」改正における「経営意思」基準についての考察であるが、この「経営意思」基準定立についての理論的考察に入る。

まず、申請人が虚偽要素（偽装結婚、偽装就職、偽装起業等）を前提とする在留資格関連申請を頻発すると新たな「審査基準」が定立される（特定の在留資格や国籍、職業等の属性を有する申請人に対して厳格な審査をする等）。また、これを受けて入管当局（法務大臣）の許可等の「処分」において同じ傾向（許可・交付がされにくい等）が継続すること

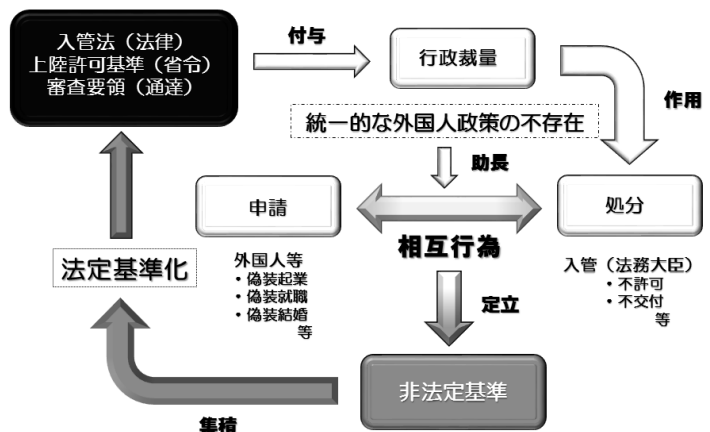
により、それに合わせて申請人の「申請」傾向も変化する。そして、この新たな「審査基準」は、入管法及び関連法令（通達・審査要領を除くもの。以下「入管法令」とする）の枠内で定立されるものであり、「申請」及び「処分」傾向も入管法令の枠を超えることはない。つまり、行政裁量というのは、行政庁が一方的な裁量行使の反復継続ではなく、申請人の具体的な申請の反復継続とそれに対応する行政庁の処分の反復継続の結果、外国人等と入管当局（法務大臣）間において当該相互行為継続の高い期待（正負両面）が共有される状態——「社会関係」を前提とするものである。そして、行政裁量は、その裁量を根拠づける法令の枠を越えることはできないという「内」と「外」を区別する主観的基準——「共属感情」を申請人と入管当局（法務大臣）が共有していることから「申請」と「処分」の相互作用も法令の枠の中で働く。

この点、「経営意思」基準は、偽装起業により在留資格を得ようとした外国人等の「申請」と、その「申請」に対する入管当局（法務大臣）による不許可及び不交付等の「処分」との相互作用によって定立されたと考える。つまり、入管当局（法務大臣）が「経営意思」という主観的基準を定立したことによって、入管当局（法務大臣）自身の「行政裁量」の枠組みを拡大し、偽装起業等「申請」に対して、不許可及び不交付「処分」を容易にしたのである。そして、これは、そもそも偽装起業等「申請」に対する入管当局の不許可及び不交付「処分」（非法定基準に拠るもの）が集積し法定基準化したものである。なお「経営意思」自体は、審査要領（通達）に記載されているものであり入管法令ではないが、在留資格「投資・経営」から「経営・管理」への入管法令改正によって審査要領（通達）に記載することが可能となったと考える。したがって、審査要領（通達）は、入管法令ではないが「法定基準」に含めて考えるべきであり、また、審査要領（通達）が実質的に行政裁量（審査過程）に大きな影響を与えていることを忘れてはならない。そして、この「行政裁量」において定立された「法定基準」が、入管当局（法務大臣）の「行政裁量」の源泉（力の付与）となることから、「行政裁量」の過程は、《循環》していると理解することができる。

#### 4. 《循環》モデルの提唱と結論

では、再度これまで本稿で述べてきたことを整理する。まず、本稿の目的は、在留資格関連申請手続における「申請」と「処分」の相互行為論の視点から分析することにより出入国管理局（法務大臣）が有する「行政裁量」の過程（内容）を明らかにすることであり、これが「申請」と「処分」の相互行為によって基準

図1 《循環》モデル



が定立されることを示した。これを《循環型》モデルとする。

この「基準」は、出入国管理行政における「政策」と換言し得るものであるが、一般的に「出入国管理政策」というのは本稿第一章の「政策」の定義のように「行政権が一方的に定立するもの」であり、外国人等が介在する余地はないと考えられているのではないか。しかしながら、本稿において示したのは、在留資格関連申請手続における外国人等の「申請」と入管当局（法務大臣）の「処分」が相互行為となっているという視点であり、「申請」と「処分」の相互作用による「行政裁量」に基づいて基準が定立されるという視点である。さらに、この論点を深めると、最初に「行政裁量」に基づいて定立される基準は、入管法令（法律及び省令）や通達である「審査要領」にも記載されない「非法定基準」である（逆の場合を「法定基準」とする）。特に、現在進行形（アクチュアル）の問題を処理する為には、非法定基準の集積である法定基準化を待つことはできず「行政裁量」の枠内で「非法定基準」が定立されていく。したがって、出入国管理行政の現場で存在感があるのは、むしろ現在進行形（アクチュアル）で定立される「非法定基準」であるが、これは通達である「審査要領」にもなっていない（内部文書である）ことから情報公開の対象とはなり難い（情報公開法第2条第2項）。しかしながら、「申請」と「処分」の相互作用により定立される「非法定基準」が「社会関係」を構築すれば、それは法定基準化へと進んでいく（本稿で取り上げたのは、在留資格「経営・管理」における「経営意思」の基準である）。

以上のことから、「行政裁量」の過程（内容）というのは、「申請」と「処分」の相互作用によって定立される「非法定基準」がその核心であり、また「非法定基準」の集積が「行政裁量」自体の枠組み（源泉＝力の付与）を規定する法定基準化（法律、省令、通達等）へと至る「循環」である、というのが本稿の主張である（図1《循環型》モデル参照）。

そして、冒頭で述べたとおり、この「視座」——行政裁量過程における《循環型》モデルが、日本における「人の国際移動」（移民）において重要な変数であるにも関わらず「ブラックボックス」として避けられていた入国管理行政における「行政裁量」を明らかにする端緒となることによって同分野の研究を前進させるものと考えている。

## 註

- (1) 「人の国際移動」については、従来より社会学、政治学、経済学、人類学、地理学等の分野から考察されてきたこともあり、法学（法解釈学）の観点弱いと感じる。特に、日本における「人の国際移動」に密接関連する法律は、「出入国管理及び難民認定法」（以下「入管法」とする）であるが、行政裁量が幅を効かす入管法の研究者は数少ない。実際、行政書士等の入管実務専門家が頼るべき著作・論文等は、行政書士や弁護士等の実務家、入管OB、そして行政法学者の一部のものであり、しかもその数は少ない。
- (2) 「審査要領」とは、入国管理局長通達であり、通達は国民や在留外国人等の法的地位に直接影響を及ぼすものではなく、下級機関の権限行使に影響を及ぼす。しかしながら、この下級機関を、実質的に国民や在留外国人等の法的地位に対して介入するものであり、その影響力は非常に強い（藤田 2006: 146）。
- (3) 「日本国内企業において事業の経営・管理活動を行う外国人を広く迎え入れることができるよう、現行の「投資・経営」の在留資格の名称を「経営・管理」に改め、これまでの外国資本との結びつきの要件をなくしました。これにより、国内資本企業の経営・管理を行うことも同在留資格によってできるようになります」（<http://www.immi-moj.go.jp/nyukan2015/> 2016.10.13）。

- (4) 審査要領においては「この場合、当該申請人の行おうとする経営又は管理に従事する活動が、経営理論、経営学等の知識を必要とする場合、当該活動が「人文知識・国際業務」の在留資格に該当する。またコンピューター関係の会社の経営者等は、「技術」に該当する場合も考えられる。」と規定されていた（第12編 >第9節 投資・経営>第1 該当範囲>【留意事項】①（注））。
- (5) 在留資格「投資・経営」での新規入国者数の変化をみると、2014年1月には月間22人であったのに対し、2015年1月には月間78人と前年比355%増加をしている。3倍以上の増加と偽装起業摘発に鑑みると「経営意思」がない濫用又は違法申請の常態化が類推される。（法務省出入国管理統計）。
- (6) ①「架空会社使い、韓国人の在留資格延長 行政書士「200～300件やった」（2012年02月16日 朝刊2社会 038 朝日新聞）、②「在留資格狙い、架空会社作り 外国人の不正登記85社確認／神奈川県」（2015年09月30日 朝刊横浜・1地方 027）③「在留資格不正：「違法な登記申請1000件」行政書士が供述」（2016.01.28 大阪朝刊 29頁 社会面 毎日新聞）等。
- (7) 具体的には、筆者が代表を務める「行政書士法人 KIS 近藤法務事務所」（同事務所は、日本でも最大級の入管実務専門事務所として知られている）において本改正後に取次いだ在留資格認定証明書交付申請の不交付理由の多くは、「経営意思がない」というものだった。これは、入国審査官が、「実質的に当該事業の経営を行う者」ではないと判断したことを意味する。
- (8) 現在、2016（平成28）年度立教大学学術推進特別重点資金（立教 SFR）採択研究「在留資格関連申請手続における不許可及び不交付理由についての分析」（採択番号16）において日本全国の申請案件の調査をしている。

#### 参考文献

- 富永健一，1986，『社会学原理』岩波書店。  
 ————，1995，『社会学講義 人と社会の学』中公新書。  
 芦部信喜，2002，『憲法 第三版』岩波書店。  
 曾和俊文，2014，『行政法総論を学ぶ（法学教室ライブラリィ）』有斐閣。  
 梶田孝道，1994，『外国人労働者と日本』NHKブックス。  
 吉成勝男・水上徹男・野呂芳明（編），2015，『市民が提案するこれからの移民政策 NPO法人APFSの活動と世界の動向から』現代人文社。  
 北脇保之，2008，「日本の外国人政策 政策に関する概念の検討および国・地方自治体政策の検証」『研究誌「多言語・多文化 実践と研究」vol.1』東京外国語大学多言語・多文化教育研究センター，5-25。  
 藤田宙靖，2006，『行政法入門第5版』有斐閣。  
 原田尚彦，2007，『全訂第六版 行政法要論』学陽書房。  
 近藤秀将，2015，『外国人雇用の実務』中央経済社。  
 多賀谷一照，高宅茂，2015，『入管法大全 一立法経緯・判例・実務運用一 第1部 逐条解説』日本加除出版。  
 山脇康嗣，2010，『詳説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例一』新日本法規。  
 高久保 豊，2003，「中国企業組織の「三要素せめぎあい構造」とその背景」『中国経営管理研究 第3号』。  
 莫邦富，1995，『商欲』日本経済新聞社。