

**事例** 日本人夫と離婚した外国人女性の在留資格は

タンザニア人女性Aが日本人男性Bと平成20年3月に婚姻し、「日本人の配偶者等」の在留資格（当初の在留期間は1年、更新許可時の在留期間も1年）をもって同居生活を送っていたが、日本人男性Bの不貞行為により、次第に不和となり、Aは平成21年9月にBと離婚した。Aは、スワヒリ語、英語、アラビア語を読むこと、書くこと、話すことができ、日本語を話すことができる。Aは、Bと離婚した後も、日本に滞在したいと考えている。Aから相談を受けた弁護士・行政書士はどのように対処すべきか。

**〈対処のポイント〉****1 在留履歴等の確認**

まず、Aから、氏名、国籍、生年月日、在留期間、上陸時から現在に至るまでの在留履歴（在留状況）を聴取します。基本的には時系列に沿って整理していきます。A本人の話を聴くのみならず、それを裏付ける資料（旅券、外国人登録証、Bの戸籍謄本等）を確認していきます。それにより、Aの在留に係る客観的な事実関係を確定します。なお、効率的な打合せを実現するために、Aに対しては、相談のため来所する際に、旅券、外国人登録証、Bの戸籍謄本、卒業証明書等の身分関係資料及び履歴書（学歴、職歴を記載したもの）等を持参するよう事前に指示しておくべきです。

**2 取得できる可能性のある在留資格の整理**

上記1で聴取した事実関係に基づき、本件において、AがBとの離婚後も、適法に日本に滞在するために、取得可能性のある在留資格を整理します。取得できる在留資格を整理するにあたっては、a 在留資格該当性→b 狭義の相当性の順番で要件該当性をチェックします。また、狭義の相当性を検討するにあたっては、b-1 上陸許可基準適合性・告示該当性→b-2 それ以外の狭義の相当性に係る事実の順番でチェックします。上陸許可

た真摯な交際をしている事実があれば、その配偶者としての在留資格（「日本人の配偶者等」、「永住者の配偶者等」、「定住者」、「家族滞在」）の在留資格の取得も考えられます。

以上のように、本件でAが取得できる可能性のある在留資格の整理をした上で、①～③の類型ごとに、それぞれ在留資格該当性と狭義の相当性を基礎付ける事情があるかどうかを、A本人から詳細に聴取していきます。なお、Aの資力によっては、会社設立（事業経営）による「投資・経営」への在留資格変更、Aの年齢、時期によっては、日本語学校、専門学校、大学への入学による「留学」への在留資格変更も検討すべき場合があります。

### 3 ①「定住者」（いわゆる「離婚定住」ケース、「日本人実子扶養定住」ケース）の検討

「離婚定住」ケースとしての「定住者」の在留資格を取得するためには、明文規定はありませんが、実務上の運用として、日本人配偶者と婚姻後3年程度同居した事実が必要です。DV被害に遭っていたというような事情がある場合には、入管当局が同情的態度を示し、3年より短い同居期間でも、離婚定住が認められる可能性があります。また、同居期間が3年に満たず、しかも、DV被害に遭っていたというような事情がなくとも、日本人配偶者との間に生まれた実子があり、その親権を有し、現に監護養育するという場合は、「日本人実子扶養定住」ケースとして、「定住者」の在留資格を取得できます。

Aからの事情聴取の結果、Bとの同居期間が3年に満たず、DV被害にも遭っておらず、Bとの間に実子もいないということであれば、Aは、「離婚定住」ケースとしての「定住者」も、「日本人実子扶養定住」ケースとしての「定住者」も取得できません。よって、他の類型での在留資格の取得の検討に入ります。

### 4 ②「人文知識・国際業務」、「技術」の検討

#### (1) Aの学歴の確認

A本人から事情を聴取すると、本国で「カレッジ」を卒業したと言いま

いるとしても、法務大臣がそのようにして与えられた権限を誠実に行使しなければならないことはいうまでもなく、上記のような容疑者の重大な利益に関わる判断権限を法務大臣の裁量で発動しないことが許されているとは到底解し得ないことを前提に、法務大臣は、入管法49条1項の異議の申出を受理し、その異議の申出が理由がないと認める場合には、当該容疑者が入管法50条1項各号に該当するか否かを審査する義務があり、その結果、その者に在留特別許可を付与すべきであると判断したときはその旨の許可処分を、在留特別許可を付与すべきでないとは判断したときは異議の申出が理由がない旨の裁決をそれぞれ行うことによって、在留特別許可の許否についての判断の結果を当該容疑者に示す義務があると解します。それに対し、後者の見解は、在留特別許可は、退去強制対象者と認められた外国人、あるいは、難民の認定がされず又は難民の認定はされたが定住者の在留資格の取得が許可されなかった在留資格未取得外国人に対し、上記の入管法所定の場合に行われる恩恵的措置として法務大臣がその在留を特別に許可するものであり、日本にある外国人に在留特別許可を申請する権利が与えられているものではないと解します。

## 第5 在留特別許可が認められる類型

### 1 許可され得る類型

在留特別許可は、当該外国人の在留に係る積極要素が消極要素を上回る場合に認められ得るものです。何をもって積極要素、消極要素とするかについて、また各要素の評価の仕方について、入管法上明文規定はありませんが、これまで蓄積された実務運用や法務省入国管理局による在留特別許可に係るガイドラインから、在留特別許可が認められる場合について、ある程度、分析して類型化することができます。現在の実務運用上、在留特別許可が認められる可能性がある程度高い類型としては次の6つが挙げられます。この6つの類型に該当しない場合でも、在留特別許可が認められる可能性がないわけではありません（例えば「留学」の在留特別許可が出された例もあります。）、そのハードルは高く困難です。また、たとえこの6つの類型に一応該当したとしても、総合判断で消極要素が積極要素を

できる（付与される在留資格は「日本人の配偶者等」、「永住者の配偶者等」ないしは「定住者」としています。さらに、上記の①～⑥の6つの類型とは別に、極めて単純な在留期間更新許可申請忘れて、在留期限経過日数が短期間であり在留状況も良好である場合になされる在留特別許可もあります。これは、かつての運用であれば入管法上の明文のない「特別受理」により救済されていたケースであり、地位等類型資格に限らず、「人文知識・国際業務」等の活動類型資格にも該当します。前述した全件収容主義により書面上ではいったん収容された扱いになりますが、物理的な意味での収容がなされることはありません。この場合は従前と同じ在留資格が付与されますが、在留期間は「3年」であった者でも、「1年」になることが多いです。在留期限を経過してしまった場合、必ず在留特別許可が得られるという保証はない上に、仮に在留特別許可が認められても在留期間は短縮されることが多いわけですから、弁護士、行政書士は、外国人に対しくれぐれも在留期限には注意するよう強く指導しておくべきです。また、特殊な事案として、日本国と大韓民国との間の基本関係に関する条約の発効日（昭和40年12月18日）前に不法入国した韓国・朝鮮人、入管特例法2条に規定される平和条約国籍離脱者又は平和条約国籍離脱者の子孫に該当する不法残留者に対する在留特別許可があります。

## 2 在留特別許可の新ガイドライン

法務省入国管理局は、在留特別許可のガイドラインを公表し、在留特別許可に係る法務省による基本的な考え方及び許否判断に係る考慮事項等を示しています。以下に記載するものは、同局が平成21年7月に改訂した新ガイドラインですが、実務上特に重要なポイントや、ガイドラインの記載と実務運用が異なる点等を【コメント】として付記します。

〔在留特別許可の新ガイドライン（法務省入国管理局が平成21年7月に改訂したもの）〕 <http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan85.html>

### 「在留特別許可に係るガイドライン」

第1 在留特別許可に係る基本的な考え方及び許否判断に係る考慮事項

在留特別許可の許否の判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望す

る理由、家族状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して行うこととしており、その際、考慮する事項は次のとおりである。

#### 積極要素

積極要素については、入管法第50条第1項第1号から第3号に掲げる事由のほか、次のとおりとする。

##### 1 特に考慮する積極要素

- (1) 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

#### 【コメント1】

ここでいう「子」は、養子ではなく実子を意味します。また、日本人の実子の方が特別永住者の実子より在留特別許可の可能性は高いです。

#### 【コメント2】

日本人父により生後認知され、改正国籍法に基づく届出により日本国籍を取得した場合は、当然ながら退去強制の可能性はありません。

- (2) 当該外国人が、日本人又は特別永住者との間に出生した実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、次のいずれにも該当すること

- ア 当該実子が未成年かつ未婚であること
- イ 当該外国人が当該実子の親権を現に有していること
- ウ 当該外国人が当該実子を現に本邦において相当期間同居の上、監護及び養育していること

#### 【コメント3】

日本人実子を扶養している場合の方が、特別永住者を扶養している場合より許可の可能性が高いです。

#### 【コメント4】

単に当該実子の親権を有しているのみならず、日本において相当期間同居の上、監護及び養育している事実が必要であることに注意してください。