第１セッション

韓国における外国人労働者の雇用法制及びその課題

韓国労働研究院　研究員
キム・キソン

１．はじめに

過去20年に韓国で起きた様々な変化の１つに、労働力輸出国から輸入国へ切り替わったことが挙げられる。韓国では1980年代後期から生産職の労働力不足が本格化し、企業側から外国人雇用許可の要求が続いていた。しかし韓国では、長期にわたり、外国人の就業は、労働力が不足している特定職種の専門技術のみに限定し許可してきた。特に単純技能の外国人労働力の雇用は原則的に禁止してきたが、1991年11月から海外投資企業研修生制度を、1993年11月には産業研修生制度を導入し、研修生として外国人労働力を活用する方法を採択した。

1990年代半ばより、産業研修生制度の問題点を根本的に解決するため、外国人雇用許可制の導入が何度か試されたが、企業側の反対により導入には至らなかった。雇用許可制導入の遅れにより、政府は2000年４月から研修就業制を施行し、産業研修生が一定期間、研修生として勤務した後、労働者に切り替え就業することを許可した。当初は、研修就業期間を研修２年および就業１年と定めていたが、出入国管理法施行令（2002年４月18日）及び施行規則（2002年４月27日）の改定によって、研修１年および就業２年に調整した。研修就業制は、１年または２年の就業期間中は労働者として就業するため、事実上、雇用許可制の性格を帯びている。そして2002年12月からは、サービス分野に外国籍同胞を対象に就業活動を許可する就業管理制を導入した。

しかしそれ以降にも続いた生産職の労働力不足の緩和と、外国人労働力の雇用管理体制の基盤を設けるための方案として、雇用許可制の導入の必要性が提起され、政府は2003年８月16日、「外国人労働者の雇用等に関する法律」（以下、「外国人雇用法」）を制定し、2004年８月17日から雇用許可制を施行した。外国籍同胞に訪問滞在の在留資格を与え、国内で就業活動ができるようにした就業管理制は、雇用許可制に吸収統合され、既存の産業研修生制度は2006年までは雇用許可制と並行施行、2007年１月１日から雇用許可制に統合された。また、2007年に外国籍同胞を対象とした訪問就業制が導入された。

以下より、現行の韓国の外国人労働者雇用法制の内容を探り、今後の課題を指摘していく。

２．現行の外国人労働者の雇用法制

（１）外国人労働者雇用の基本原則

現行の韓国の外国人労働者の雇用法制には、国内の労働力が不足する分野で外国の労働力を合法的かつ透明性をもって活用するために、いくつかの原則がある[1]。

その１、単純労務分野への限定を原則とする。外国人雇用法が適用される在留資格は、非専門就業（E-9）と訪問就業（H-2）とし、主に未熟練外国人労働力を対象とする。

その２、国内労働市場の補完を原則とする。これは外国人労働力の導入が国内労働市場に否定的な影響を及ぼしてはならないということで、国内で不足する労働力は、高齢者や女性等､国内の遊休労働力の活用を優先し､外国人労働力は補充的に活用すべきことを意味する。この原則に従い外国人雇用法では、外国人労働者の雇用許可を得ようとする使用者に､「内国人の求人努力」を必須要件として規定している。

その３、外国人定住化防止の原則である。これは、単純労務を提供する外国人労働力が韓国社会に長期滞在することによって発生する国内労働市場の混乱の問題のみならず、結婚、出産、子供の教育等社会的費用の増大を防止するための就業期間の短期循環を意味する。この原則に従い外国人雇用法では、就業期間の最長期間を制限し、出国後６カ月が過ぎないと再入国及び再就業ができないこととしている。

最後に、内外国人の均等待遇の原則である。これは合法的に就業した外国人労働者に対する不当な差別を禁止すると同時に、国内の労働関係法を同等に適用することを意味する。この原則により、外国人雇用法では差別禁止に関する規定を明確に規定し、外国人労働者は必ず雇用契約を結ぶこととしており、既存の産業研修生制度とは異なりこの法律に沿って就業する外国人労働者を労働者として認めている。

（２）主要内容

①外国人労働者の規定範囲

外国人雇用法では、外国人労働者の範囲を規定している（外国人雇用法第２条)。この法律では外国人労働者を､「大韓民国の国籍を有しない者であって、国内に所在する事業または事業所で賃金を得ることを目的に就業し、又は就業しようとする者」としている。ただし、出入国管理法第18条第１項によって、就業活動が可能な在留資格を得た外国人のうち、就業分野または在留期間等を考慮し、一定の労働者は上記法律が定めた外国人労働者から除外されることとしている。その除外される範囲とは、1)「出入国管理法施行令」第23条第１項によって就業活動できる在留資格の中で、9 . 短期就業（C-4）[2]、19 . 教授（E-1）[3]から25 . 特定

[1] ユ・ギルサン他２名、「未熟練外国人労働市場の分析」、（韓国労働研究院、2004年参考）

[2] 一時興業、広告及びファッションモデル、講義・講演、研究、技術指導等、収益を目的とした短期間の就業活動を目的とする者（出入国管理法施行令別表１）

[3] 高等教育法による資格要件を満たした外国人として、短期大学以上の教育機関、またはこれに準ずる機関で専門分野の教育、または研修指導活動に従事する者（出入国管理法施行令別表１)。

活動（E-7）[4]までの在留資格に該当する者、2)「出入国管理法施行令」第23条第 2 項から第 4 項までの規定により、在留資格の区分による活動の制限を受けない者[5]、3)「出入国管理法施行令」第23条第 5 項により、在留資格30.観光就業（H-1）の資格に該当する者として就業活動をする者[6]等である。外国人雇用法上の雇用許可制が適用されない外国人労働者の特徴をみると、国内労働の代替性が弱いか逆に雇用創出が期待されるケース、居住権等を有する者に政策的に配慮したケースであることがわかる。このように外国人労働者の導入、就業及び雇用状態の管理は、主に単純労務を提供する形態の労働者に集中していることが確認できる。

②外国人労働力の導入計画

雇用労働省長官は、外国人労働力政策委員会の審議・議決を経て外国人労働者の導入計画を策定し、毎年 3 月31日までに官報または一定基準を満たした日刊新聞に公表しなければならない（外国人雇用法同法第 5 条）。外国人労働力の導入計画には、導入の全体規模、導入業種、事業所別雇用許可基準及び雇用許可基準の例外、追加選定の送り出し国等、外国人労働者の導入に伴い必要な事項が定められている。

そして、外国人労働者の雇用管理及び保護に関する主要事項を審議・議決するために国務総理の下に外国人労働力政策委員会（以下「政策委員会」という）を置き、政策委員会は、1)外国人労働者に関連する基本計画策定に関する事項、2)外国人労働者の導入業種及び規模等に関する事項、3)外国人労働者を送り出すことができる国（以下「送り出し国」とする）の指定及び解除に関する事項等を担当する。政策委員会は委員長 1 名を含む20名以内の委員によって構成され、政策委員会の委員長は国務総理室長が担当し、委員は財務省・外務省・法務省・経産省・雇用労働省の次官、中小企業庁長及び大統領令が定める関連中央行政機関の次官で構成される。

また、政策委員会の効率的な運営の為に、外国人労働者雇用制度の運営及び外国人労働者の権利保護等に関する事項を事前に審議する機関として、政策委員会に外国人労働力政策実務委員会（以下「実務委員会」とする）を置く（外国人雇用法第 4 条第 5 項）。実務委員会は委員長 1 人を含む25人以内の委員で構成し、雇用委員会の委員は、労働者委員、使用者委員、公益委員及び政府委員で構成し、労働者委員と使用者委員は同数とする（外国人雇用法施行令第 7 条）。

現行外国人労働力政策委員会及び外国人労働力政策実務委員会の審議・決定を経た外国人労働者の雇用計画システムに対し、外国人労働者が増加している現実から、基本的に外国人

---

[4] 大韓民国内の公私の機関等との契約により、法務省長官が特に指定する活動に従事しようとする者（出入国管理法施行令別表 1 ）

[5] これには居住（F-2）、永住（F-5）の資格を有する者、在外邦人（F-4）の中の一部が該当する。

[6] 大韓民国と「観光就業」に関する協定や了解覚書等を締結した国家の国民として、観光を主な目的としながらこれに伴う費用に充てる為、短期間の就業をしようとする者。但し、協定等の趣旨に反する業種や国内法により一定の資格要件を満たさなければならない職種に就業しようとする者は除く（出入国管理法施行令別表 1 ）。

労働者を国家雇用政策基本計画に含めて管理する適切な雇用政策という見解[7]が示されている。

一方、外国人労働力政策実務委員会で決定した2012年の外国人労働力の導入規模を見ると、一般外国人の場合（E- 9 受け入れ枠）は 5 万7,000人であり、全在留外国人数として管理している訪問就業の在外邦人（H- 2 ）は30万3,000人に決まった。訪問就業の在外邦人は、原則的に業種間の移動が自由なため、業種別受け入れ枠に配分しない[8]。

表１　外国人労働者の導入規模（2012年）

区分	人数	製造業		建設業		サービス業		農畜産業		漁業	
		上半期	下半期	上半期	下半期	上半期	下半期	上半期	下半期	上半期	下半期
一般（E-9）	46,000	25,000	14,100	1,000	300	100	30	2,700	1,150	900	720
在外邦人（H-2）	0	0		0		0		0		0	
再入国就労者	11,000	9,900		300		20		650		130	
合計	57,000	49,000		1,600		150		4,500		1,750	

現行の外国人労働者の導入業種は大きく製造業、建設業、サービス業、農畜産業、漁業に分けられる。

製造業は、常時勤務者300人未満または資本金80億ウォン以下の事業所が対象となっており、中小製造業が外国人労働者を雇用できるようにしている[9]。製造業の事業所別雇用許可基準は、10人以下の小規模事業所では 5 人以下まで許可[10]したことにより、50%程度の雇用が可能になったが、中規模以上の事業所ではその割合は低くなる。

[7] チョン・ヒョンベ「外国人労働者の雇用政策」、『ジャスティス』第109号（韓国法学院、2009年、294頁）
[8] 雇用労働省、「外国人労働力の導入計画」（2012年）
[9] チェ・ホンヨプ「外国人雇用の現況と争点」、『労働法研究』第25号（ソウル大学労働法研究会、2008年、187頁）
[10] 雇用許可制によって外国人労働者が雇用可能になった事業所の規模は、雇用保険加入済みの内国人被保険者数（ 3 カ月平均）を基準に判断する。

表2　製造業における外国人の雇用許可人数（2012年）

内国人被保険者数	雇用許可人数	新規雇用許可書発給限度
1人以上10人以下	5人以下	2人以下
11人以上50人以下	10人以下	3人以下
51人以上100人以下	15人以下	4人以下
101人以上150人以下	20人以下	
151人以上200人以下	25人以下	5人以下
201人以上300人未満	30人以下	
301人以上	40人以下	

建設業ではすべての建設工事で外国籍同胞を含む外国人労働者を採用することができる。建設業の外国人労働者の雇用許可人数は、年平均の工事額が15億ウォン未満の場合は5人、それ以上の場合は年平均工事額1億ウォン当たりの所要人数係数（0.4）をかけて雇用人数を算出する。

表3　建設業における外国人労働者の雇用許可人数（2012年）

年平均工事額	雇用許可人数
15億ウォン未満	5人（係数適用しない）
15億ウォン以上	工事額×0.4

サービス業の場合は、製造業と同様に事業所の常時勤務者数、即ち雇用保険に加入済みの内国人被保険者を基準に外国人労働者の雇用許可人数を決定することになり、家事サービス業は1世帯当たり1人に制限され、飲食店業の場合は内国人被保険者が6人以上10人未満であれば4人まで雇用することができる。

表4　サービス業における外国人労働者の雇用許可人数（2012年）

内国人被保険者数	雇用許可人数	新規雇用許可書発給限度
5人以下	2人以下	2人以下
6人以上10人以下	3人以下	
11人以上15人以下	5人以下	
16人以上20人以下	7人以下	3人以下
21人以上	10人以下	

農畜産業は、作物栽培業（011）、畜産業（012）及び作物栽培及び畜産関連サービス業で許可される。作物栽培業は、施設園芸と特用作物、栽培キノコ、果樹、朝鮮ニンジンおよび一般野菜、もやしおよび種苗栽培、その他の園芸および特用作物に分類される。また畜産業は、乳牛、韓牛、豚、馬、エルク、養鶏、その他の畜産に分類される。作物栽培業と畜産業は、営農規模によって雇用許可人数が異なり、規模によって最低で 5 人以下から多くは20人以内まで外国人労働者の雇用が許可されている。

漁業では、沿近海漁業（03112）、養殖漁業（0321）、塩採取業（07220）で制度が導入されている。沿近海漁業は、漁船 1 隻当たり 4 人以内または 2 人以内に雇用が許可され、同時に全漁船員の40%以内の範囲で外国人船員の雇用が許可される。養殖漁業は、取扱品目によって雇用許可人数が変わってくる。また該当する取扱品目では、養殖面積によって 3 人以内、5 人以内、 7 人以内に区分される。

③外国人労働者の雇用手続き

1）概観

外国人雇用法による雇用許可制度とは、国内では労働力を確保できなかった使用者が政府から雇用許可を得て合法的に外国人労働者を雇用し、国が体系的に外国人労働者を導入及び管理する制度である。雇用許可制度は大きく 2 つに区分できる。政府間の了解覚書を締結した送り出し国から非専門就業（E-9）の在留資格を持つ外国人労働者を導入する一般雇用許可制と、了解覚書の締結のない国から訪問就業（H-2）の在留資格を持つ外国籍同胞の就業を許可する特例雇用許可制である。

2）一般雇用許可制

雇用労働省長官は、送り出し国と了解覚書を締結し、送り出し国は了解覚書に基づき求職者を募集し、学歴・経歴・韓国語能力試験等の客観的基準に沿って求職者を選定し、作成した求職者名簿を韓国政府または公共機関に送付する。

非専門就業（E-9）の在留資格の外国人労働者を雇用しようとする国内の使用者は、まず国内で求人申請をしなければならない。求人努力の甲斐なく労働力を確保できなかった場合、雇用労働省の雇用支援センターで外国人労働者の雇用許可を申請することができる。外国人雇用法は、制定当時、内国人の求人期間を申請日から 1 カ月と定めていたが、現在は14日とし、主要な日刊紙等に 3 日間以上求人公知する等の求人努力をした場合には、例外的に 7 日間に短縮できる。

雇用支援センターでは使用者に外国人求職者名簿の登録者を推薦し、使用者が登録者の中から適合者を選定すれば雇用許可書を発給する。使用者は直接または代行機関を通して当該外国人労働者と標準雇用契約書を交わし、雇用契約を締結する。

外国人労働者と雇用契約を締結した使用者は、外国人労働者の代わりに法務省長官に査証発給認定書を申請する。使用者は発給された査証発給認定書（査証発給認定番号）を当該外

国人労働者に送付し、それを受け取った外国人労働者は在外韓国公館に査証発給認定書を提出し、査証の発給を受け韓国に入国といった流れになる。入国後は外国人就業教育を受け、最終的に使用者に引き渡されて就労を始める。

表5　一般雇用許可制の変遷過程及び概要

＜制度の変遷過程＞

○産業研修生制度の導入（1993年～2006年）

・研修生として導入：1年間研修、2年間勤務

・使用事業所：工場登録済みの中小企業の中から一定基準に沿って選定

＊輸出額、技術力、従業員50人未満の規模等の条件に基づき点数を算定し、使用者を選定

・該当国の送り出し機関が労働者を選定し、国内の研修期間を経て使用者に割り当てる。

・研修生（1995年から）に1年間は労働関係法を適用（最低賃金法、産業安全保健法、産業災害補償保険の全面適用）、勤労基準法の一部（退職金、賞与金、有給休暇手当）は未適用

○産業研修制度の運営過程から様々な社会問題の発生

・民間送り出し機関の労働者選定過程から過度な費用負担による不法滞在者の発生、外国人労働者に対する差別待遇等の人権問題

○上記問題点の解決のため雇用許可制を導入(2004年8月)

・政府間のMOUを締結し、送り出し過程に透明性を確保

・内国人と同等の労働関係法を適用し人権問題の発生予防

・中小企業は内国人の求人努力後、外国人労働者の雇用が可能となったため、労働力不足問題が解消

＜制度の概要＞

(1)許可業種：中小規模の製造業（300人未満または資本金80億ウォン未満)、農畜産業、漁業（20トン未満)、建設業

(2)対象者：労働力送り出し国（15カ国）の韓国語試験合格者

(3)担当機関：雇用労働省、法務省、産業労働力公団

(4)雇用手続き（細部手順)

韓国語試験、求職者名簿作成（送り出し国、産業労働力公団)、求職者名簿の提供（雇用労働省）→事業主が雇用許可書発給（雇用労働省）→事業主の労働者選択及雇用契約（事業主が標準雇用契約書を作成・送付、海外の当該雇用者が確認）→査証発給（法務省、在外公館）及び入国→就業教育→事業所へ配置

3）特例雇用許可制

外国人雇用法は、外国人労働者の中でも在外邦人に関連し国内の雇用において特例を規定している。これを一般外国人労働者の雇用に対する特例といい、一般雇用許可制と区別し特例雇用許可制と呼ぶ。特例雇用許可制は、在外邦人を対象とする。ここで在外邦人とは、大韓民国の国民として外国の永住権を取得した者、または永住目的で外国に居住する者（在外国民）と大韓民国の国籍を有する者、またはその直系卑属として外国籍を取得した者（外国籍同胞）を意味する。外国籍同胞は、厳密な意味では外国人であるが、韓国との特殊な関係により、国内の就業において特恵を受けている。外国人雇用法は、外国籍同胞の中でも訪問就業（H-2）ビザを取得した者に対し、雇用上の特例を認めている。外国人雇用法によると、使用者は特例雇用可能確認を受けた後、大統領令で定める査証（訪問就業（H-2））の発給を受け国内で就業しようと入国した外国人を雇用できる。

特例雇用許可制は、在外邦人の出入国や法的地位に関する法律の適用過程において、相対的に疎外されてきた中国及び旧ソ連の同胞等に対する差別解消や抱擁政策の一つとして導入されたものであり、中国及び旧ソ連の同胞等に対する門戸及び就業機会の拡大等で同じ民族としての連帯感を高め、祖国や同胞社会の相互的な発展の契機作りを目的としている。

特例雇用許可制によって外国籍同胞が訪問就業（H-2）で国内に入国するところから訪問就業制とも呼ばれる。出入国管理法によって訪問就業査証が与えられた外国籍同胞は、雇用労働省の就業教育を経て求職申請した後、雇用支援センターから就業斡旋を受けるか特例雇用可能確認書を発給された事業所に任意就業することになる。また、届出のみで事業所の変更が可能なため、これは一般雇用許可制とは異なる特例を意味する。このような特例雇用許可制は、満25歳以上の中国及び旧ソ連等の地域に居住する邦人に対し 5 年間有効であり、1 回当たり最長 3 年間滞在できる複数入国査証の発給などを内容としている。

表6　訪問就業制の変遷過程及び概要

＜制度の変遷過程＞

○就業管理制の実施（2002年12月～2004年）

- 訪問同居（F-1-4）で入国し、雇用支援センターを通して許可を得て就業
- 就業許可業種は、飲食店業、清掃関連サービス業等、サービス業から建設業（2004年７月）へ拡大
- 40歳以上からだった年齢制限を→30歳（2003年５月）→25歳（2004年７月）へ引き下げ
- 指針の下で運営されていた就業管理制を外国人雇用等に関する法律に含める（2004年７月）

○訪問就業制の導入（2007年３月）

- 訪問就業者（H-２）の自由な訪問及び就業活動を保障

＜制度の概要＞

(1)許可業種：サービス業（飲食、宿泊等）、中小規模の製造業（300人未満または資本金80億ウォン未満）、農畜産業、漁業（20トン未満）、建設業

(2)対象：縁故者がいる同胞（国内から招請）、縁故者がいない同胞（韓国語試験、電算システムによる抽選）

(3)担当機関：法務省、雇用労働省、産業労働力公団

(4)雇用手続き（細部手順）

査証発給及び入国（法務省）→就業教育（産業労働力公団）及び求職登録（雇用労働省）→事業主特例雇用可能確認書発給（雇用労働省）→個人が任意で求職活動、または就業斡旋を受ける（同胞、雇用労働省）→就業・就労開始を届出（雇用労働省、法務省）

＊異業種間や事業所間の移動が自由

表7　外国人労働者の雇用手続き

＜雇用許可制＞	＜訪問就業制＞
＊入国前に雇用契約を結び、査証の発給後に入国	＊入国前に査証を発給してもらい、入国後には就業事実を届出
1. 韓国語試験及び労働者名簿を作成 （送り出し国⇔韓国政府） ○韓国語試験の成績の結果で選定、求職者名簿作成	1. 査証(H-2)が発給されたら入国 （在外公館⇔同胞）
	2. 就業教育及び求職申請 （同胞⇔教育機関、雇用労働省） ○就業教育受講後、雇用支援センターへ求職申請書を提出
2. 労働者選定及び雇用許可書の発給 （使用者⇔雇用労働省） ○内国人採用に努力した後、複数の推薦者の中から労働者を選定及び雇用許可書を発給	3. 特例雇用可能確認書発給 （使用者⇔雇用労働省） ○内国人採用に努力した後、事業主に特例雇用可能確認書を発給
3. 雇用契約の締結 （使用者⇔外国人労働者） ○外国人求職者と標準雇用契約書締結	4. 同胞の選定及び雇用契約の締結 （使用者⇔雇用労働省、外国籍同胞） ○使用者と外国籍同胞は、雇用支援センターから仕事の紹介を受けるか任意で求職
4. 査証発給認定書の発給 （使用者⇔法務省）	
5. 外国人労働者の入国 （産業労働力公団⇔外国人労働者） ○外国人労働者の入国及び就業トレーニングを実施	5. 就労開始及び就労開始の届出 （使用者/同胞⇔雇用労働省/法務省） ○使用者は10日以内、同胞は14日以内にそれぞれ雇用労働省、法務省に届出
6. 外国人労働者の雇用支援及び在留管理 （使用者⇔雇用労働省、法務省）	6. 外国人労働者の雇用支援及び在留管理 （使用者⇔雇用労働省、法務省）

④外国人労働者の雇用管理

1）就業活動機関及び雇用契約期間

現行外国人雇用法第18条は、外国人労働者の長期滞在によって起こり得る問題を考慮し、短期就業期間を 3 年以内と設定している。ただし、①雇用許可を得た使用者に雇用されている外国人労働者の就労活動期間が満了の 3 年を迎えた場合、使用者が労働省長官に再雇用許可を要請した労働者、②同法第12条第 3 項に沿った特例雇用可能確認を得た使用者に雇用されている外国人労働者の就労期間が満了の 3 年を迎えた場合、使用者が労働省長官に再雇用許可を要請した労働者、に対しては、1 回に限り 2 年未満の就労期間を延長できるようにし、就労期間制限に対する特例を認めている（外国人雇用法第18条の 2 ）。従来までの外国人労働者雇用政策の基調は、定住化禁止政策に基づき 3 年という期限付きで労働者を雇用し、期間更新は認めず 3 年の就労期間が満了した外国人労働者を本国へ帰還させる方針を堅持していた。しかし、熟練した技術の労働力を継続的に雇用したいという使用者の要求や国内の在留期間を延長して継続的に賃金を得たいという外国人労働者の要望により、現行法律規定は一定の要件を満たしている場合は再雇用を許可し、既存政策の方針を一部修正している[11]。3 年という就労上限期間に例外を認めることによって、定住化防止原則に変化が生じたと評価することもできるが、引き続き外国人労働者の雇用に関しては最長5年未満という上限を設けていることから、定住化禁止の原則を完全に崩してはいないと言えよう[12]。

一方、従来は使用者と外国人労働者の雇用契約期間は 1 年を超過してはならないとしていた。つまり、使用者と外国人労働者は就労が許可される全体期間（ 3 年）の中で雇用契約を更新することができたが、この場合でも更新できるそれぞれの雇用契約期間は 1 年を超過することができなかった。この 1 年単位の契約期間規定により、雇用主は外国人労働者を 1 年間採用してみて気に入らなければ雇用契約を解除することができた。しかしこれは、外国人労働者の立場からすると、雇用解約に対する不安を残し、立場の不安による労働生産性の低下につながり、結局は外国人労働者を不法滞在者へ転落させる恐れもあった[13]。2009年10月の法律改定ではこのような問題点を考慮し、就労契約期間に関する規定を修正した。過去の就労契約期間の上限 1 年を撤廃し、就労期間（ 3 年）の中で当事者間の合意によって雇用契約を締結・更新できるようにした（外国人雇用法第 9 条第 3 項）。そして、外国人雇用法第18条の 2 によって、就労活動が延長できる外国人労働者と使用者は 2 年未満の期間内で雇用契約を締結・更新できることとした（同法第 9 条第 4 項）。外国人労働者が同じ事業所で 5 年間継続雇用される場合を想定すると、この労働者は入国前に 3 年を期限とする雇用契約を結

[11] 就業許可期間の延長と関連しては、5 年まで就業できるようになったことを歓迎しながらも、この改定内容が使用者に再雇用可否や労働者の在留可否の決定権を排他的に付与することになり、使用者と外国人労働者との従属関係の深化を心配する指摘もあった。（チョン・ジョンフン）『移住労働者の労働権保障のための雇用許可制の改善方向及び課題』、「雇用許可制施行 5 年、移住労働者の基本権は保障されているのか」（2009年、34頁）

[12] チェ・ホンヨプ、「外国人雇用許可制の下での雇用契約関係」、『労働法論叢』第18集、103頁

[13] コ・ジュンギ/イ・ビョンウン、「改定雇用許可制の問題点と改善方案―2009年10月 9 日改定法律を中心に―」（労働法論叢第18集、13頁）

び、再雇用時に 2 年未満を期間とする雇用契約等、最低でも 2 回の雇用契約を結ぶことになる。もちろん、実際はこれより多い回数の雇用契約を締結することも起こりうる。

一方、外国人雇用法第18条の 3 では、雇用許可を得た使用者に雇用され、国内で一度就業した後に出国した外国人は、出国した日から 6 カ月が経過していない場合、再就業できないと定められている。

2）事業所変更の制限

改定前の外国人雇用法によると、外国人労働者は原則として事業所を任意に変更することができないとしている。ただし、①使用者が正当な事由によって雇用契約期間中に雇用契約を解除、もしくは雇用契約期間が満了し更新しない場合、②休業・廃業、その他外国人労働者の責めによらない事由により、同じ事業所で引き続き仕事ができないと認められた場合、③使用者の一定の帰責事由により外国人の雇用許可が取り消されたり、雇用制限措置が行われる等、当該事業または事業所での正常な雇用関係の持続が困難な場合、職業安定機関に他の事業または事業所への変更を申請することができた（同法第25条第 1 項）。そして、他の事業または事業所への変更を申請した日から 2 カ月以内に出入国管理法第21条の規定に基づく勤務先変更許可を得られなかった場合や、使用者との雇用契約終了後 1 カ月以内に他の事業または事業所への変更を申請していない外国人労働者は出国しなければならなかった（第25条第 3 項）。また、外国人労働者の他の事業または事業所への変更は、在留期限 3 年の内、原則的に 3 回を超えてはならなかった（第25条第 4 項本文）。ただし、傷害等によって、該当事業または事業所で引き続き勤務することができなくとも他の事業または事業所での勤務は可能と認められた場合、合計 4 回まで変更することができた（外国人雇用法施行令第30条第 1 項、第 2 項）。

これに関しては、外国人労働者の事業所変更の自由を保障しなければならないという意見が提起され続けていた。明白な使用者の不法行為による雇用許可の取り消しや勤務先の廃業等、例外的なケースを除けば外国人労働者が事業所を変更することは不可能に近いため、強制就労の危険があるというものであった。それ以外にも、2 カ月という求職活動期間中に事業所変更申請、職業安定機関の就業斡旋、再就業契約の締結、法務部長官の許可を得る等の手続きをすべて終えるのは時間的に不十分との指摘や、再就業の事業所変更回数も、労働者側に帰責事由がない休業・廃業等による場合、事業所変更の制限回数である 3 回の内に数えないことにして労働者が不利益を受けないように配慮しなければならないという指摘があった[14]。

このような問題は、最近の法律改定によって多少緩和された。現行外国人雇用法によると、事業所変更時の求職活動期間は 2 カ月から 3 カ月に延長になり、勤務中の災害や妊娠、出産

[14] チェ・ホンヨプ、「外国人雇用の状況と争点」、『労働法研究第25号』、（ソウル大学労働法研究会、2008年、201～203頁）

等が理由の場合は延長できるとしている[15]。また、変更回数についても、労働者の責めによらない事由によって当該事業所で仕事を続けられなくなった場合には変更回数に数えないように改定された[16]。

しかし、このような法律改定以降も、外国人労働者の事業所変更の自由を巡る批判は依然として続いている。使用者は正当な事由があった場合、契約を解除することができ、契約期間の満了後には更新を断ることもできるが、外国人労働者にはこのような権限が認められないことは平等でないという指摘もその 1 つである[17]。また、特例雇用許可制の適用対象になる在外邦人の場合は、事業所移動の自由が幅広く認められるのに対し、一般雇用許可制の適用対象の外国人労働者は、移動の自由が原則的に認められない点についても、平等性の問題が指摘[18]されている。

⑤外国人労働者の保護

外国人雇用法は、外国人労働者を「労働者」とみなし雇用契約を結ぶように規定している。即ち、使用者が外国人労働者を雇用する場合は、雇用労働省令が定める標準雇用契約書をもって雇用契約を締結しなければならない（同法第 9 条第 1 項）。またこの場合は、これを韓国産業労働力公団に代行してもらうことができる（同条第 2 項）。このように外国人雇用法に沿った雇用契約によって、外国人労働者は内国人労働者と平等に雇用基準法上の労働者の権利を主張することができる[19]。外国人雇用法第22条にも使用者に外国人労働者という理由で不当な差別的処遇をしてはならないという義務を課している。

また、外国人労働者には 4 大社会保険（健康保険、労災保険、国民年金、雇用保険）の適用可否を検討することができる。健康保険に関しては外国人雇用法で規定している。同法第14条では、使用者及びその被使用外国人労働者に対する国民健康保険法の適用においては、国民健康保険法第 3 条の規定による使用者及び同法第 6 条第 1 項の職場加入者とみなすと定めている。労災保険に関する産業災害補償保険法では、特に外国人労働者の適用を除外する規定はない。そして国民年金法は、一定の条件を満たした場合、外国人労働者に対しても国民年金の適用を予定している。即ち、国民年金法適用の事業所で雇用されている外国人及

---

[15] 外国人雇用法第25条：第 1 項による他の事業、または事業所への変更を申請した日から 3 カ月以内に「出入国管理法」第21条による勤務先変更を得られなかった場合や使用者との雇用契約が終了した日から 1 カ月以内に他の事業または事業所への変更を申請していない外国人労働者は出国しなければならない。但し、業務上の災害、疾病、妊娠、出産等の事由によって勤務先変更の許可が得られない場合や勤務先変更申請ができない場合は、その事由が消去された日からそれぞれの期間をカウントする。

[16] 外国人雇用法第25条第 4 項：第 1 項による外国人労働者の事業または事業所変更は、第18条による期間中には原則的に 3 回、第18条の 2 第 1 項によって延長された期間中には 2 回を超えることができない（第25条第 1 項第 2 号を事由に事業または事業所を変更した場合は含めない）。但し、大統領令で定めるやむを得ない事由がある場合は例外とする。

[17] コ・ジュンギ/イ・ビョンウン、「改定雇用許可制の問題点と改善方案―2009年10月 9 日改定法律を中心に―」（労働法論叢第18集、14頁）

[18] チョン・ヒョウンベ、「外国人労働者の雇用政策」、『ジャスティス』第109号（韓国法学院、2009年、310頁）

[19] チョン・ヒョウンベ、「外国人労働者の雇用政策」、『ジャスティス』第109号（韓国法学院、2009年、304頁）

び国内在住の外国人として大統領令で定める者以外の外国人は第 6 条により事業所加入者または地域加入者になるはずであるが、国民年金に相応する年金に関して、当該外国人の本国の法律が大韓民国の国民に適用されなければ同じく適用しないと規定し、いわゆる相互主義を明文化している。一方、雇用保険法は外国人労働者を、原則、雇用保険の対象から除外される労働者と規定している。即ち法律第10条 5 号は、適用除外労働者の範囲に関して大統領令で定められるように規定しており、施行令第 3 条第 1 項第 1 号で外国人労働者は原則的に雇用保険の適用対象から除外するが、一部の場合には許可[20]している。

一方、外国人労働者を雇用する場合、4 大社会保険以外にもいくつかの保険を強制加入させられる。これらの保険には、外国人労働者の本国からの帰還を容易にする目的で加入する保険もあり、使用者の賃金の遅配、または労働者の疾病、または負傷に備えるために加入する保険もある。

まず、外国人雇用法は国内での雇用期間が終了した外国人労働者がそれぞれの本国へ出国できるように、使用者には出国満期保険、外国人労働者には帰国費用保険等に加入するようにしている。出国満期保険等は、韓国人労働者の退職金制度に相応し、外国人労働者にも退職金支給を保証するものであり、外国人労働者を被保険者、または受益者とする保険や信託を意味する。外国人労働者を雇用する使用者は、加入が義務付けられていて、使用者は保険料や信託金を毎月納付しなければならない（外国人雇用法第13条第 1 項）。使用者がこの出国満期保険等に加入していない場合は、500万ウォン以下の罰金に処され（外国人雇用法第30条第 1 号の罰則）、毎月納付か委託しなければならない保険料等を 3 回以上滞納した使用者には500万ウォン以下の過料が課される（外国人雇用法第32条第 1 項第 5 号）。出国満期保険は、雇用契約の効力発生日から15日以内の加入が義務付けられていて、使用者は雇用労働省長官が定めて告示する額を毎月積み立てねばならず、 1 年以上勤務した外国人労働者は就労期間の満了による出国や法律が定めている手順に沿って事業所を変更した場合、使用者に対して一時金を請求することができる。使用者が出国満期保険等に加入している場合、労働者退職給与保障法第 8 条第 1 項の規定による退職金制度を設定しているとみなす（外国人雇用法第13条第 2 項）。しかし勤務期間が 1 年未満の場合は、その一時金が使用者に帰属する（外国人雇用法施行令第21条第 2 項第 2 号但書）。一方これに関連しては、韓国人が 1 年以上勤務した場合は退職金に対する請求権が認められているため、外国人労働者も 1 年以上勤務して事業所を離れる場合には出国満期保険等による積立金を請求できるように法律を改定すべきだという見解が提起されている[21]。一方、帰国費用保険等は、外国人労働者が帰国時に必要な費用に充てるために自ら加入しなければならない（外国人雇用法第15条第 1 項）。外国人労働者が在留期間の満了により本国へ帰国したり、期間満了前でも本人の都合によって帰

[20] 許可されるケースは、外国人の在留資格が駐在（D- 7 ）、企業投資（D- 8 ）及び貿易経営（D- 9 ）の在留資格を有する者、在外邦人（F- 4 ）の在留資格を有する者、永住（F- 5 ）の在留資格を有する外国人等があり、単純労務提供形態の外国人労働者（E- 9 ）には適用実績がない。

[21] チェ・ホンヨプ、「外国人雇用許可制の下での雇用契約関係」、『労働法論叢』第18集、110頁

国する場合はもちろん、事業所から離れた労働者が自発的に出国、または強制退去される場合でも帰国費用保険等の一時金を申請することができる（外国人雇用法施行令第22条第 2 項）。外国人労働者は、雇用契約効力発生日から80日以内に帰国費用保険等に加入しなければならない。支払いは毎月ではなく、一時金として納付するようになっている（同施行令第22条第 1 項第 1 号）。外国人労働者が上記のような帰国費用保険等に加入していない場合は、500万ウォン以下の過料が課される。外国人労働者が一時金を申請する場合、保険事業者は出入国管理事務所の長に出国事実の有無を確認した後、帰国費用保険等を支給するようになる。

外国人労働者の帰国に関連した保険以外にも、使用者が加入しなければならない保険には補償保険が、外国人労働者が加入しなければならない保険には傷害保険がある。補償保険は使用者の賃金遅配に備える為に設けられたものであり、事業の規模及び産業部門別の特性を考慮し、大統領令で定める事業のみが適用対象になる（外国人雇用法第23条第 1 項）。施行令によると、賃金債権保障法が適用されない事業または事業所[22]や常時300人未満の従業員を雇用している事業または事業所がその対象になる（外国人雇用法施行令第27条第 1 項）。使用者は雇用契約の効力発生日から15日以内に加入しなければならない。補償保険に加入していない場合は500万ウォン以下の罰金が課される（外国人雇用法第30条第 2 号）。一方、外国人労働者は疾病、死亡等に備えた傷害保険に強制加入しなければならない（外国人雇用法第23条第 2 項）。傷害保険は労災保険とは異なり、外国人労働者の疾病や死亡等に関する保険である。外国人労働者の業務以外での疾病・負傷、さらに死亡に備えたものと言えよう。外国人雇用法は産業部門別の特徴を考慮し、大統領令で定める事業に就業する外国人労働者のみを対象としているが、施行令では外国人労働者を雇用するすべての事業所がその対象になると定めている（外国人雇用法施行令第28条第 1 項）。外国人労働者は、雇用契約の効力発生日から15日以内に傷害保険に加入しなければならない。外国人労働者が傷害保険に加入していない場合は、500万ウォン以下の罰金が課される（外国人雇用法第30条第 2 号）。

３．外国人労働者雇用法制の課題

（１）外国人労働者導入規模の算定

外国人労働者導入規模の算定において最も重要な要素は、国内の事業主が望んでいる外国人労働者の数を正確に推計することである。表向きには事業主に国内人材の採用の努力が課されるために、外国人労働者は国内の労働力で補えない部門に許可されることになっているが、これは形式に過ぎず、実際には外国人労働者を採用できる業種であれば、事業主さえ希望すれば外国人労働者を採用できるようになっている。手続きの簡素化によって企業がより

[22] 家事サービス業、小規模の住宅事業者や農漁業がこれに該当する。i)住宅建設事業者、建設業者、電気工事業者、情報通信工事業者、消防施設工事業者、または文化財修理業者以外の者が施行する総工事額 2 千万ウォン未満の工事、または延べ面積330平方メートル以下の建築物の工事、または大規模修繕に関する工事、ii)家事サービス業、iii)農業・林業（伐木業は除く）・漁業・狩猟業の中で法人ではない者の事業として、常時勤務する者の人数が 5 人未満の事業がこれに属する。

簡単に外国人労働者を採用できるようにしているのは、国内の労働力で補えない部門に限定して外国人労働者の導入を許可する補充性の原則に反すると言える。補充性の原則がうまく働くには、まず各産業部門で不足している労働力の数量をきちんと把握する必要がある。このデータを事業主の要求または主張のみにより把握することになると、廉価なコストを希望する事業主は可能な限り外国人労働者の採用を優先する可能性が高いため、適切な需要の算出が困難になる。このため、中長期的に外国人労働者を雇用する事業主には、内国人を採用した際の費用の差額と同額程度を納付するようにする外国人雇用負担金制度を導入すべきという主張[23]が提起されている。これは外国人労働者雇用の基本原則の 1 つである補充性の原則に鑑みれば、妥当な指摘と考えられる。

（２）外国人労働者の送り出し問題

正確な統計資料があるわけではないが、韓国に入国している外国人労働者の多くが未だに法定手数料以外に入国費用を負担したり、仲介人に費用を払っていると報告されている。送り出しに関しては、基本的に送り出し国が優先的に責任をもって処理すべき問題であり、直接介入は当該国に対する内政干渉と思われる節もある。しかし、送り出し問題が根絶されない国に対しては資格をはく奪するか調整する方式を考慮してみる必要があるという見解[24]もあり、これは適切な指摘と判断される。従って、今後も外国人労働者の送り出しと関連した問題が根絶されなければ､政府レベルで当該国の労働者を相手にアンケート調査等を実施し、その方法と規模を把握し今後の受け入れ枠の算出にもこれを考慮する必要がある。

また送り出しが問題になっている理由は、導入計画に沿った受け入れ枠よりも国内に入国しようとする需要が上回っていることにもある。しかし国内に入国した外国人労働者は、期待外の劣悪な勤務環境に失望し、事業所の変更まで考慮するに至り、条件の改善や事業所の変更が厳しい場合は不法滞在を選ぶことも起きる。従って政府としては、このような労働者の予想と現実とのギャップによるミスマッチが起きないよう、外国人労働者に正確な情報提供を心掛け、送り出し国の韓国語学校等を利用して誤った情報が流布しないように点検する必要がある。韓国へ入国を考えている外国人労働者が、正確な情報を基にして韓国での就労を慎重に判断するからこそ、外国人労働者雇用も外国人労働者本人のみならず、使用者の利益にもつながる制度として定着する基礎となると言えよう。

（３）訪問就業制の改善

訪問就業制は、海外の同胞を我が国の社会に包容するという政治・外交的目的から施行されてきたものであり、現在この制度で国内に就業している人はかなりの人数に達している。

---

[23] イ・ギュヨン他 4 人､「外国人労働市場の分析及び中長期管理体系の改善方向の研究」､（韓国労働研究院､2006年、325頁）

[24] コ・ジュンギ/イ・ビョンウン、「改定雇用許可制の問題点と改善方案―2009年10月 9 日改定法律を中心に―」（労働法論叢第18集、14頁）

それによって不法滞在も増加する可能性がある。現在この制度の 1 番の問題点は、雇用政策側面からの慎重な考慮がなされていないところにある。特に訪問就業制を利用し国内に就業している労働者数が、一般外国人労働者数を大きく上回っているが、彼らに関する雇用政策は皆無といっても過言ではない[25]。最初の入国段階で多少制約があるだけで、一旦国内の労働市場に入ってしまえば、彼らがどこで何をしているのかを正確に把握できないのが現状である。就業後の届出制度を設けているが、届出率は低い水準にとどまっている等、彼らに関する雇用管理は全般的に脆弱である。また、職種も女性の場合はサービス業、男性の場合は建設業に偏っており、当該分野ではすでに内国人を代替しているのではないかとの懸念の声も出ている。より適正な雇用管理が成されるためには、訪問就業者の就業動向を正確に把握できる統計システムを整え、継続増加が正しい政策かについても慎重に検討していかなければならない。

４．結論

外国人労働者の雇用政策がうまく定着する為には、長期的観点から国際的人権や出生率低下及び高齢化等、外部環境の変化に適切に対応できる政策と法制度の改善が必要と判断される。その際、立法者は外国人労働者の雇用政策の策定にあたり、国内の労働市場を考慮しなければならない。即ち、国民の雇用増進に努める国は、労働市場での内国人に対する保護を前提に外国人労働者の雇用政策を策定しなければならない。従って外国人労働者の雇用政策においては、内国人優先雇用の原則を堅持しながらも外国人労働者の雇用政策が策定できるよう方案を模索しなければならない。

一方、外国人労働者の雇用政策は一国の経済問題に限らず、両国間に労働、政治、外交貿易、文化、治安の問題まで広範囲につながっているため、雇用許可制の運営において顕著になった問題を解決する際には、送り出し国と受け入れ国が一緒になって悩みを解いていかなければならない。また解決には、両国にとってメリットのある政策と法制度へ改善し、運営していく必要がある。

[25] 同趣旨によるもの、チョン・ヒョウンベ、「外国人労働者の雇用政策」、『ジャスティス』第109号（韓国法学院、2009年、308頁）

日本における外国人労働者をめぐる法政策

岩手大学　准教授
早川智津子

はじめに

日本に滞在する外国人数は、2008（平成20）年末に221万人を超え（外国人登録者数）、これまでの最高を記録した[1]。他方、出入国管理及び難民認定法（以下、「入管法」という。）[2]に違反して不法滞在している外国人は2004年から2008年までの 5 カ年で半減したのち、さらに減少が進み、2012年 1 月現在は約 8 万人[3]と推定されるが、このうち相当多数は不法就労に従事していると推定されている[4]。このようななか、日本で就労する外国人は概ね80万人～90万人台と推計される[5]。

現在、日本では、少子高齢社会を担う看護・介護分野を中心とする人材の確保とともに、人口減少社会における労働力の確保が政策課題となっている。その解決策として、これまで雇用機会が十分に与えられてきたとはいえない国内の若年者・女性・高齢者等のいっそうの活用を図ることが求められる一方、新たな分野での外国人労働者の受け入れも視野に入れた検討がなされてきている[6]。また、経済・社会のグローバル化の進展のなかにあって、日本の

---

[1] 外国人登録者数は、2008年末に221万7,426人と、過去最高を記録したが、2009年末には、前年比 3 万1,305人減少し、2010年末にはさらに 5 万1,970人減少して、213万4,151人となっていた。さらに、東日本大震災後の2011年末には207万8,480人となり（速報値）、前年に比べ 5 万5,671人減少し、 3 年連続の減少となった（法務省入国管理局2012年 2 月22日公表 http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri04_00015.html）。

[2] 入管法の改正法が、2009年 7 月15日に公布された。同法の施行日については、新たな技能実習制度に係る規定が2010年 7 月 1 日から施行されているなどのほか、新たな在留管理制度に係る規定については、2012年 7 月9日施行となる。

[3] 2012年 1 月 1 日現在の不法残留者数は、6 万7,065人と公表された（法務省入管局2012年 3 月16日公表 http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri04_00016.html)。なお、不法在留者に不法入国者数を合計した不法滞在者数は、およそ8万人程度と推定される（資格外活動者数は含まず）。

[4] 2011年中に出入国管理及び難民認定法違反により退去強制手続が執られた外国人は、2 万659人で、そのうち不法就労者は，1 万3,913人で全体の67.3％であった（法務省入国管理局2012年 3 月16日 http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri09_00014.html)。

[5] 適法就労者は、2006年に約75.5万人と推計されている（厚生労働省「平成20年版 労働経済の分析(『平成20年版 労働経済白書)』（日経印刷､2008年）所収34頁、284頁）。この数字と時期が異なるが前掲注(3)の不法就労者の推計数と合わせ、かつ、把握できない資格外活動者数を考慮して概ね80万人から90万人台と推計した。なお、厚生労働省「外国人雇用状況の届出状況（平成23年10月末現在）」での事業主の届出に基づく外国人労働者数（「特別永住者」（後掲注(11)(22)参照）および在留資格「外交」・「公用」の者を除く。）は、68万6,246人であった（厚生労働省2012年 1 月27日公表 http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r98520000020ns6.html）。外国人雇用状況の届出制度については、後掲注(21)の本文参照。

[6] 外国人の受け入れをめぐる議論としては、内閣府の経済財政諮問会議労働市場改革専門調査会「労働市場改革専門調査会第 2 次報告」（2007年 9 月21日）が、労働市場に悪影響を与えないことを確認したうえで新たな在留資格での外国人労働者の受け入れについて検討すべきとの提言を行った。また、日本経済団体連合会「人口減少に対応した経済社会のあり方」（2008年10月14日）は、高度人材に加え一定の資格・技能を有する人材の受け入れ・定住化を図っていく日本型移民政策の導入を提言し、自由民主党外国人材交流推進議員連盟「人材開国！日本型移民政策の提言中間とりまとめ」（2008年 6 月12日）は、50年間で人口の10％にあたる1,000万人規模の移民受入れを提唱した。さらに、内閣官房長等により構成される高度人材受入推進会議「外国高度人材受入政策の本格的展開を（報告書）」（2009年 5 月29日）は、ポイント制導入等による高度人材受入れ促進を提唱した。その後、「新成長戦略」（平

国際競争力を維持・増強するためには、これに対応できる国内人材の育成を図るとともに、多様な外国人の高度人材を積極的に受け入れ､その活用を進めていくことも政策課題である。こうしたなか、法務省は、高度人材の受け入れを促進するための措置として、一定分野での就労を希望する外国人につき、評価項目別の得点の合計が基準点を満たす者を高度人材と認定して、永住許可要件の緩和などの優遇措置を提供するポイント制を2012年 5 月 7 日から導入した[7]。

中長期的な視点では、このような外国人を含む人材の確保の政策立案が重要性を増している一方、そうした外国人労働者の受け入れにより、労働市場の二重構造化をいかに防止するかという措置が課題となっているほか、リーマンショック以降の雇用情勢の悪化や東日本大震災の影響により、外国人労働者を含む失業者の増加をいかにくいとめるかも喫緊の課題となっている。

そこで、本稿では、まず入管法上の在留資格制度のもとでの外国人労働者の法的取扱いをみたうえで、次に外国人労働者をめぐる労働法制の対応について解説し、最後に外国人労働政策の視点を示したのち、入管法と労働法の法的課題と展望を述べることとしたい。

１．入管法と外国人労働

（１）在留資格制度

入管法において、外国人の入国・滞在に関する基本的な概念は、在留資格である。入管法上、外国人は、原則として、下記の在留資格を有している場合に限り、日本への入国・在留が許され（２条の２）、更新の許可（21条）があった場合を除き、許可された在留期間を超えて滞在することはできない。また、その在留資格によって認められていない収入や報酬を得る活動を行うことはできない（19条）。

成22年6月18日閣議決定）において、優秀な海外人材を我が国に引き寄せるためポイント制を導入することが盛り込まれた（「円高への総合的対策～リスクに強靭な経済の構築を目指して～」（平成23年10月21日閣議決定）でも同様。「日本再生の基本戦略～危機とフロンティアへの挑戦～」（平成23年12月24日閣議決定）では告示による早期実施が盛り込まれた。）

[7] 法務省入国管理局「高度人材に対するポイント制による優遇制度の導入について」（平成24年4月）法務省ホームページhttp://www.immi-moj.go.jp/info/120416_01.html [2012年5月12日閲覧]）参照)。①学術研究活動，②高度専門・技術活動，③経営・管理活動の3分野について、学歴、職歴、年収、研究実績などの項目ごとにポイントを設定し，合計70点以上獲得した者を高度人材外国人と認定したうえで、次の優遇措置が付与される。①複合的な在留活動の許容、②5年の在留期間の付与、③在留歴に係る永住許可要件の緩和（概ね5年で永住許可の対象とする）、④入国・在留手続の優先処理、⑤高度人材の配偶者の就労、⑥一定の条件の下での高度人材の親の帯同の許容、⑦一定の条件の下での高度人材に雇用される家事使用人の許容。在留資格「特定活動」が付与される。同制度導入にあたり、法務省は受け入れ範囲を拡大するものではないとして、法改正によらず、告示（平成24年3月30日）で新制度に対応した。

表1　入管法の在留資格

<table>
<tr><th colspan="4">活動の内容による在留資格※</th><th>身分・地位に
基づく在留資格</th></tr>
<tr><th colspan="2">在留資格の範囲で就労可能</th><th>就労できない</th><th>法務大臣の指定の
内容による</th><th>就労に制限なし</th></tr>
<tr><td>外交</td><td>投資・経営</td><td>文化活動</td><td>特定活動</td><td>永住者</td></tr>
<tr><td>公用</td><td>法律・会計業務</td><td>短期滞在</td><td rowspan="4"></td><td rowspan="2">日本人の
配偶者等</td></tr>
<tr><td>教授</td><td>医療</td><td>留学</td></tr>
<tr><td>芸術</td><td>研究</td><td>研修</td><td rowspan="2">永住者の
配偶者等</td></tr>
<tr><td>宗教</td><td>教育</td><td>家族滞在</td></tr>
<tr><td>報道</td><td>技術</td><td rowspan="6"></td><td rowspan="6"></td><td>定住者</td></tr>
<tr><td></td><td>人文知識・
国際業務</td></tr>
<tr><td></td><td>企業内転勤</td></tr>
<tr><td></td><td>興行</td></tr>
<tr><td></td><td>技能</td></tr>
<tr><td></td><td>技能実習
（1号イ）（1号ロ）
（2号イ）（2号ロ）</td></tr>
</table>

※ 資格外活動許可により在留資格外の就労活動が認められることがある。

そこで、就労することのできる在留資格についてみると、まず、「永住者」、「日本人の配偶者等」、「永住者の配偶者等」、「定住者」は、その身分ないし地位に基づいて与えられる在留資格であり、これらの在留資格を有する者は、活動について制限はないことから、職種を問わず就労することができる。日系 2 世や 3 世等の日系人労働者が、他の一般の外国人と異なり、製造業等の現場で働いているのは、「日本人の配偶者等」や「定住者」といったこれら身分に基づく（就労の職種に制限のない）在留資格が付与されていることによる（これら在留資格の外国人を「定住外国人」と呼ぶことがある）。

これ以外の外国人は、専門的技術的分野の外国人は受け入れるが、単純労働者は受け入れないとの入管法政策[8]のもと、日本において行うことのできる活動の範囲が、在留資格ごとに定め

[8] 1990年の入管法改正後、外国人労働者の受け入れ方針については、第1次出入国管理基本計画（1992年）において、専門的技術等の分野の人材は可能な限り受け入れるが、いわゆる単純労働者の受け入れに関しては慎重に検討していく、との方針が示され、その後の第2次出入国管理基本計画（2000年）、第3次出入国管理基本計画（2005年）においてもこの方針はおおむね堅持されている。ただし、第3次出入国管理基本計画においては、「現在では専門的、技術的分野に該当するとは評価されていない分野における外国人労働者の受け入れについて着実に検討していく」との方向性が示された（同Ⅲ1（2））。続く、第4次出入国管理基本計画（2010年）では、外国人研修・技能実習制度に関連し、同制度抜本的見直しは専門的・技術的分野に属しない外国人の受け入れの問題とも密接に関連しているので，この点については，諸外国における例や国民のコンセンサス

られている。そのうち、就労が許されているのは、「外交」、「公用」、「教授」、「芸術」、「宗教」、「報道」といった公共性の高い在留資格と、「投資・経営」、「法律・会計業務」、「医療」、「研究」、「教育」、「技術」、「人文知識・国際業務」、「企業内転勤」、「興行」、「技能」という専門性が高いとされる在留資格に限定されている。その他、法務大臣が活動を指定する「特定活動」の在留資格により、就労が認められることがある（経済連携協定（EPA）に基づくフィリピンおよびインドネシアの看護師・介護福祉士候補生なども「特定活動」の対象に含まれている。本年 4 月、ベトナムとの間でも看護師・介護福祉士候補生受入れの基本枠組みの合意をみている。）。また、入管法改正により、後述する「技能実習」が新設された。

これ以外の「文化活動」、「短期滞在」、「留学」[9]、「研修」、「家族滞在」の在留資格については、資格外活動の許可（19条 2 項）[10]を受けた範囲以外の就労は認められていない[11]。

これら在留資格のうち、入管法政策の観点から日本の産業や国民生活に及ぼす影響等を勘案し、受け入れ範囲を調整する必要があるとされるものについては、法務省令「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、「基準省令」という。）[12]によって入国（入管法上は「上陸」という。）の許可基準が定められている。基準省令が適用になる在留資格のうち、就労活動の種類によって定められている在留資格においては、概ね共通して「日本人が従事する場合に受ける報酬と同等額以上の報酬を受けること」という収入基準が設けられている。これにより、同基準が労働市場への影響に配慮していることが一応うかがわれるものの、基準省令に基づき、同等額以上の報酬かどうかを判断する方法等についてはとくに明らかにされていない。

以上のとおり、入管法は在留資格制度によって、外国人の就労に規制をもたらしている。

を踏まえた上で，専門的・技術的分野に属しない外国人の受け入れ問題への対応と合わせて，検討を進めていく、との方向性を示している（同Ⅲ 1 (5)）。このことは、逆に現在の入管法政策が単純労働者の受け入れを認めていないことを表しているといえる。

[9] 入管法改正により、日本語学校の学生等を対象にしていた在留資格「就学」は「留学」に一本化された。

[10] 「留学」、「家族滞在」等は、資格外活動の許可を受けたうえで、一定限度の就労が可能である（入管法19条 2 項）。

[11] これらの在留資格のほかに、入管特例法（「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」）に定める「特別永住者」（2条・3条）があり、終戦前から引続き日本に在留している平和条約の発効により日本国籍を離脱した者およびその子孫が該当する（就労活動に制限はない）。

[12] 平成2・5・24法務省令16号、最近改正平成23年 7 月 1 日法務省令22号。

（２）不法就労問題

これに対し、入管法上の就労できる在留資格（就労資格）を有しない[13]で就労することを不法就労[14]といい、本稿では不法就労をしている外国人を不法就労者という。

これらの不法就労者を雇用し、支配下に置き、または業として斡旋した者等は、不法就労助長罪に問われることになる（73条の 2 第 1 項）。なお、入管法改正により、過失犯についても同罪の規定が適用されることとなる（73条の 2 第 2 項（2012年 7 月 9 日施行））。すなわち、雇用主が雇用する外国人が不法就労者であると知らなかったとしても、そのことについて在留資格の有無を確認していないなどの過失がある場合には処罰を免れないこととした[15]。

また、不法就労者自身も、刑罰（70条）および退去強制（24条）の対象となりうるが、その退去強制手続きのなかで法務大臣が諸般の事情を考慮して在留特別許可[16]を与えた場合には、与えられた在留資格での在留が可能となる（50条）。

２．労働法と外国人労働者

（１）外国人労働者と労働法

①日本の労働法の適用可能性

ア、準拠法と強行法規の適用

まず、外国人労働者の労働契約をめぐる法の適用を考えるにあたり、私人間の権利義務関係を規律するいわゆる「私法」については、どの国の法律を適用するかという準拠法の決定が問題となる。当事者が日本法を準拠法と定めている場合は、「法の適用に関する通則法」（以下、「通則法」という。）７条により、原則として日本法が適用される。また、当事者の法選択がない場合は、労務提供地法を当該労働契約の最密接関係地法（８条１項）と推定するものとされている（12条３項）ことから、日本で労務を提供する外国人労働者については、日本法が適用される可能性が高い。

なお、当事者の法選択がある場合でも、労働者が使用者に対し、最密接関係地法（12条２項により労務提供地法と推定される。）における強行規定を適用すべき旨を表示したときには、その強行規定をも適用することになる（同条１項）ので、外国法を選択する合意があったとしても、日本法の強行規定が適用されうる。たとえば、労働契約法は、通則法に従って適用を決定することになるが、解雇権濫用法理（客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない解雇は無効となる。）を明文化した16条は、ここでいうところの強行規定となる。

---

[13] 入管法違反事由との関係では、不法入国、不法上陸、不法残留、資格外活動などに分けられる（24条）。

[14] いうまでもなく、ここでいう不法就労とは、入管法に違反する就労を指し、就労それ自体が労働法に違反することを意味するものではない。他方、適法就労とは、入管法上就労可能な在留資格を持ち（あるいは就労の許可を得て）、それに基づき入管法が認める範囲で行われる就労を指す。後者の活動を行う外国人を本稿では適法就労者という。

[15] 山田利行=中川潤一=木川和広=中本次昭=本針和幸・新しい入管法（有斐閣、2010年）92−93頁参照。

[16] 法務省入国管理局「在留特別許可に係るガイドライン」（2006年10月、2009年7月改訂）参照。

他方、労働基準法のような強行的な労働保護法は、公権力の行使に係るいわゆる「公法」ないし、絶対的強行法規[17]として、準拠法のいかんを問わず、日本国内で労働がなされている場合は原則として適用される。

以下では、日本法の適用を前提に検討を行う。

イ、外国人への平等な適用

まず、入管法上の在留資格の枠内であれば、外国人の就労に対し、労働法上の就労制限は設けられてはいない。むしろ、労働基準法 3 条が国籍に基づく差別（国籍差別）を禁止するなど、外国人労働者に対しては、日本人との平等取扱いが予定されている。

たとえば、解雇のケースをみると、労働基準法 3 条により外国人であることを理由とする解雇は認められず、日本人と同様に解雇権濫用の禁止（労働契約法16条）、有期契約における期間中の解雇制限（同17条 1 項）が適用される。

また、職業安定法 3 条は、職業紹介、職業指導等について、国籍による差別的取扱いをしない均等待遇原則を規定している。

このほかにも、日本の労働法令は、外国人に適用される場合には国籍による差を設けないのが原則である。

ウ、外国人研修・技能実習制度の改正

外国人研修制度は、開発途上国の青年等が日本の技術・技能・知識を修得するため、日本の機関（受け入れ企業等）に受け入れられて、それらを学ぶ活動（在留資格は「研修」）を行うものである。そして、技能実習制度は、研修において学んだ技術等のいっそうの習熟を図るため、一定の職種につき、技能レベルの評価等を受けたうえで、研修を実施した受け入れ企業と研修生（技能実習に移行後は技能実習生となる。入管法改正以前の在留資格は「特定活動」。）との雇用関係のもとで行われるものである。

外国人研修・技能実習制度は、本来、上記のような技能等の移転が制度の趣旨とされていた。ところが、同制度をめぐり、研修生の「所定時間外作業」[18]や、技能実習生に対する労働法令違反など、受け入れ機関等による不正行為事案が数多く指摘されるようになった。

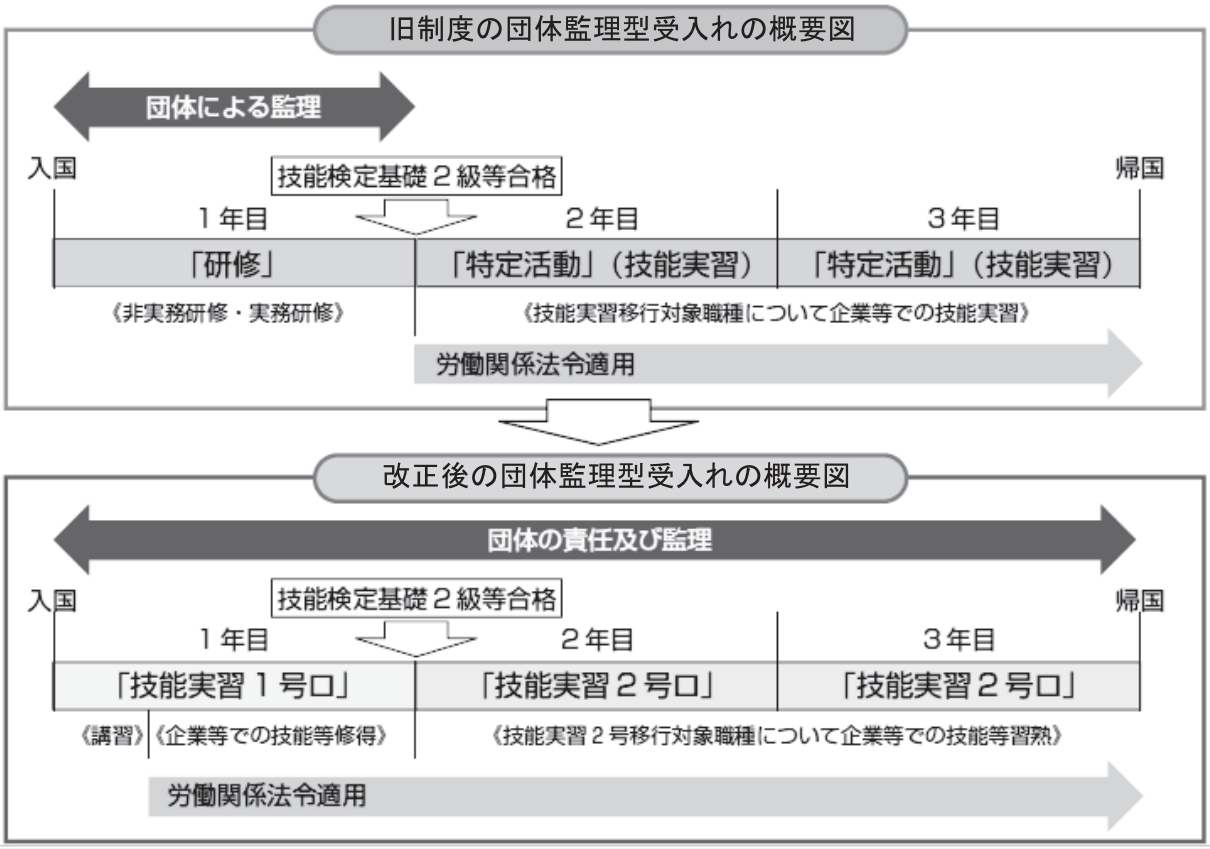
その結果、研修生及び技能実習生の保護の強化を図るため、入管法の改正（平成21･7･15法律79号）がなされ、同制度について、新たに「技能実習」という在留資格を設けて、従来の実務研修（生産現場等での作業を通じて技能修得を図る研修）を含む研修と技能実習の活動が当初から同一の在留資格で括られることとなった（ただし、同在留資格のなかで、①技能等の修得活動（入管法別表第 1 の 2 の表中の「技能実習」の項の 1 号）、②技能等修得者が業務に従事する活動（同 2 号）とに分けられ、1 号の活動から 2 号の活動への移行には、在留資格変更手続きを要する。両活動ともに、受け入れ企業（「実習実施機関」という）との

[17] 絶対的強行法規とは、準拠法の選択のルールや当事者間による準拠法の合意に関係なく、その法規の定める適用範囲内で直接的に適用される法規を指す。

[18] 研修生は労働者ではない取扱いとなっていたことから、所定の研修時間外に作業をさせて対価を支払うことは制度上認められていなかった。

雇用契約に基づき実施されるが、受け入れ形態には、受け入れ機関が、（イ）海外の合弁企業等の従業員を受け入れる企業単独型受入れと、（ロ）商工会等の営利を目的としない団体（「監理団体」という）の責任・監理の下で受け入れる団体監理型受入れとがある。）[19]。また、従来の制度では、技能等の修得を目的として行われる研修期間中の研修生に労働法の適用がないものとされていたが、新たな制度のもとでは、労働法が適用されることとなる（入国当初の講習を除く）。

図１　研修・技能実習制度（旧制度）と技能実習制度（新制度）の比較（団体監理型）



出典：法務省リーフレット「新しい研修・技能実習制度について」より一部修正抜粋

②労働市場規整

ア、雇用対策法

次に、外国人の就労を適正化する見地から、雇用対策として立法上、行政上の措置が採られる場合がある。

[19] 同制度の詳細については、平成21年12月25日法務省令49号（入管法施行規則）ないし54号および法務省入国管理局「技能実習生の入国・在留管理に関する指針」（平成21年12月）に定められている。同指針において、人づくりを通じての開発途上国への技能移転という制度趣旨が確認されている。なお、実務研修を含まない研修（非実務研修）のみの研修および国やJICA等が受け入れる公的研修（公的研修は実務研修を含むことができる）については、在留資格「研修」が引き続き適用となり、この範囲で外国人研修制度は存続している。

立法上の措置として代表的なものが、2007（平成19）年に改正された雇用対策法である。同法は、国が、専門的技術的分野の外国人の就業を促進するとともに、外国人労働者の適切な雇用管理の改善および離職した場合の再就職の促進を図ること（４条１項10号）、外国人の不法就労の防止策を図ること（同３項）を定めている。他方、同法は事業主の義務についても規定している。すなわち、外国人[20]の雇用管理の改善などの努力義務である（８条）。

また、同法は、事業主に、外国人の雇用・離職に際し、在留資格・在留期間等を確認[21]したうえで、厚生労働大臣に外国人の雇用状況を届け出る義務を課している（外国人雇用状況の届出制度）（28条、施行規則10条～12条）[22]。

さらに、同法９条に基づいて、「外国人労働者の雇用管理の改善等に関して事業主が適切に対処するための指針」（平成19・8・3厚生労働省告示276号。一部改正平成22・7・1厚生労働省告示264号。以下、「外国人指針」という。）が定められている。外国人指針は、事業主が、労働および社会保険関係法令を遵守するとともに、外国人労働者の就労環境につき、募集・採用の適正化、適正な労働条件の確保など、適切な措置を講ずべきであるとしている。

イ、失業に対するセーフティネット

リーマンショック以降の経済危機のなかで、日本でも雇用情勢の悪化が起こっており、外国人労働者についても、とくに、製造業の現場で派遣・請負（偽装請負を含む。）といった不安定雇用の状態[23]で働いている日系人労働者の大量失業が問題になった。

まず、事業主は、外国人を本人の責めによらない事由で解雇する際、本人が希望する場合は、求人の開拓などの再就職援助に努めなければならない（雇用対策法８条・雇用対策法施行規則１条の２第２項により、事業主都合による離職も含む。）。

また、失業した場合には、雇用保険の失業等給付を受給できるかが重要問題となる。この点については、雇用保険法の適用事業に雇用される労働者は国籍のいかんを問わず被保険者（４条１項）となる[24]ことから、外国人労働者にも本国において失業補償制度の適用を受けている場合等を除いて、雇用保険法は適用される。

さらに、再就職が困難なために雇用保険からの給付も受給し得なくなった生活困窮者に対しては生活保護があるが、生活保護法には、国籍条項（２条）がある。そのため、外国人に

---

[20] 雇用対策法施行規則１条の２第１項により、雇用対策法８条の外国人から特別永住者は除外されている。

[21] 下記外国人指針において、外国人の氏名、在留資格、在留期間、生年月日、性別、国籍等を、旅券や外国人登録証明書等で確認し、届け出るものとされた。ただし、氏名や言語などから外国人であることが一般的に明らかであるといった「通常の注意力をもって外国人であると判断できる場合」に確認することとされている（下記外国人指針第五、四）。なお、入管法改正に基づく新たな在留管理制度の施行に伴い、外国人登録法が廃止され、外国人登録証明書から在留カードに切り替えられていくこととなる。在留カードには在留資格・在留期間等に加え、就労制限の有無、資格外活動許可の有無も明記される。

[22] 特別永住者等、同制度の対象ではない外国人がある。なお、法務大臣から求めがあったときは、厚生労働大臣は同届出に係る情報を提供するものとされている（同29条）。

[23] 厚生労働省「外国人労働者等に係る当面の機動的な対応について」（平成20年12月26日、基監発第1226001号等）は、このような問題を指摘している。

[24] 労務行政研究所編『新版雇用保険法』（コンメンタール）（労務行政、2004年）298頁。

対する生活保護は在留資格のある定住外国人への準用に限られている[25]。

この点につき、判決をみると、交通事故で障害を負った不法残留外国人が医療費を支払えないとしてなした生活保護の申請に対する却下処分の適法性が争われた事案で、最高裁は、生活保護法が不法残留者を保護の対象に含めないことは、立法裁量の範囲に属し、生存権を保障する憲法25条に違反しないと判断した（最三小平成13・9・25判例時報1768号47頁）。これに対し、永住者の在留資格を有する外国人が親族からの虐待によって生活困窮したため申請した生活保護に対する却下処分の適法性が争われた事案で、裁判所は、一定範囲の外国人も生活保護法の準用による保護の対象となるのが相当であるとして、原告に対する却下処分を取り消した（福岡高判平成23・11・15判例集未搭載）。

このように外国人の生活保護は保護の対象の範囲に限界があることから、外国人労働者については、再就職のしにくさから生活困窮に陥らないよう、行政支援として積極的に再就職支援を講じていくことが重要になる。

そこで、リーマンショック以降の経済危機のなかで労働行政等により以下のような対応がなされている。

まず、2009年 1 月、内閣府は定住外国人施策推進室を設置し、関係省庁の連携のもとで「定住外国人支援に関する当面の対策について」（平成21年 1 月30日）をとりまとめた。

そのうち、厚生労働省が担当する雇用対策についてみると、日系人集住地域を中心に再就職支援を行うこと、緊急雇用創出事業を創設し、（日系人などの）定住外国人に配慮した配分を行うこと、定住外国人向け「就労準備研修」を実施することにより日本語を含めたスキルアップを図ること[26]等の対応が定められた[27]。以上のほかに、2009（平成21）年度には、日本での再就職を断念し帰国を希望する日系人離職者に対し、家族分も含めた帰国支援金を支給する帰国支援事業が実施された[28]。引き続き厳しい雇用情勢が続くなか、2010年 8 月31日、関係省庁は、日系定住外国人施策推進会議において、「日系定住外国人施策に関する基本指針」を策定し、国として日系定住外国人を日本社会の一員として受け入れるための施策の基本指針を公表し、2011年3月31には同指針を具体化するための「日系定住外国人施策に関する行動計画」が策定された。

---

[25] 「永住者」、「定住者」等の定住性のある在留資格をもつ者に対しては、生活保護法の準用という形で生活保護が与えられる場合がある（昭和29年5月8日社発382号（昭和57年1月4日社保1号による改正）、平成13年10月15日社援保発50号、同51号）。

[26] 厚生労働省「日系人就労準備研修事業の実施について」（平成21年3月31日）
http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/h0331-9.htmlも参照。

[27] このほか、技能実習生に対する対策として、厚生労働省「経済情勢の悪化による技能実習生の解雇等への対応について」（平成21年1月21日地発第0121011号等）参照。

[28] 厚生労働省「日系人離職者に対する帰国支援事業の実施について」（平成21年3月31日）
http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/03/h0331-10.html参照。同制度が再入国を規制することについて、批判があったため、政府は制限期間を原則3年とし、今後の経済・雇用情勢の動向等を考慮し見直すとした。同事業は、2009（平成21年）年4月から実施され、2010（平成22）年3月に終了し、最終的に2万1, 675人（扶養者含む）が出国した。

③労働条件保護－国籍差別の禁止

ア、労働基準法 3 条

すでに述べたとおり、労働基準法 3 条は、国籍に基づく差別を禁止している。たとえば、整理解雇の際に「外国人」であることを基準に解雇が行われた場合、同条の禁ずる国籍差別にあたりうる。しかし、ある「雇用形態」が外国人従業員にのみ適用されていた場合、それら従業員への措置が、「外国人であること」を理由とするものか、「雇用形態」に基づくものかが不明瞭となることがあり、差別意図の認定・判断を行う必要が生ずる。

また、同条が禁止するのは、労働条件をめぐる差別であり、その範囲については、解雇はこれに含まれると解されているが、昇進や労働環境が含まれるか否かなど不明確な点が少なくない[29]。とりわけ、採用について同条の適用を認める有力な見解もある[30]ものの、三菱樹脂事件最高裁判決（最大判昭和48･12･12民集27巻11号1536頁）に依拠し、労働条件は労働関係成立後の問題であるとして採用については同条の適用がないとするのが、現時の通説である[31]。

イ、国籍を理由とする差別取扱いの禁止

そこで、外国人差別が問題になった裁判例をみると、国籍を理由とする差別取扱いの成立を認めた裁判例として、日立製作所事件判決（横浜地判昭和49･6･19労民集25巻 3 号277頁）がある。同判決では、応募書類に本名ではなく通名としての日本名と虚偽の本籍を記入して採用内定された原告が、被告会社での入寮手続き中に自らが在日朝鮮人であることを明らかにしたために内定を取り消された事案において、内定取消しは解雇にあたり、労働基準法 3 条に抵触する国籍を理由とする差別取扱いとして､民法90条により無効となると判断された。同判決は、解雇無効を労働基準法 3 条から直接導き出したものではないが[32]、国籍を理由とする差別取扱いを禁じたものとして意義がある。

ウ、外国人差別と雇用期間の問題

日本人については、期間の定めのない労働契約が結ばれているのに対し、外国人については、期間の定めのない労働契約を締結しないことが差別にあたるかが問題となった事件として、以下のものがある。

まず、東京国際学園事件判決（東京地判平成13・3・15労働判例818号55頁）は、外国人教員について期間を定めて雇用していることが問題となった事案で、外国人教員に対して日本人教員とは異なる賃金体系によって高額の賃金を支払っていることからすれば、期間の定め

---

[29] 山川隆一・雇用関係法［第4版］（新世社、2008年）49頁。また、同条は、国籍を理由とする差別取扱いを禁止するので、差別意図の存在が要件とされると解されている（同）。

[30] 外尾健一・採用・配転・出向・解雇［第4版］（総合労働研究所、1980年）96-98頁、渡辺章・労働法講義（上）（信山社、2009年）488-489頁、および西谷敏・人権としてのディーセント・ワーク（旬報社、2011年）303-304頁参照。

[31] 菅野和夫・労働法［第9版］（弘文堂、2010年）136頁参照。これに対し、同判決によって広く認められてきた採用の自由を見直す法規整を検討するものとして、和田肇・人権保障と労働法（日本評論社、2008年）2-33頁参照。

[32] 同判決は、労働基準法3条から直接と無効を判断していないが、解雇（採用内定取消）の事件であることから、法解釈上同条により無効となしうるとの指摘がある（渡辺・前掲注（30）書110頁参照）。

のない契約を締結する意思がないことをもって、外国籍または人種による明らかな差別であると認めることはできないとした。同様に、ジャパンタイムズ事件判決（東京地判平成17・3・29労働判例897号81頁）も、外国人記者の期間の定めのある契約について、期間の点では日本人正社員と比べ不利であっても、職務の専門性および賃金面での優遇を理由に差別に当たらないとした。

次に、日本語教育をしないことが差別取扱いになるかが争われた三菱電機事件（東京地判平成8・3・25労働経済判例速報1592号25頁）で裁判所は、日本語教育が労働契約上の債務になっていないこと、日本語教育が行われている白人社員と原告とは雇用形態が異なり、業務上も日本語能力がなくとも格別支障が生じなかった等の理由で差別取扱いはない、と判断している。

このように裁判例は外国人労働者につき、雇用形態が異なることなどを理由に、外国人について類型的に日本人と異なる取扱いをしても、労働基準法 3 条が禁ずる差別とは認めない傾向がある。

エ、入管法と労働法の関係

すでに述べたとおり、入管法は外国人労働者に対して就労の規制をもたらしているが、それが労働法の解釈・適用にいかなる影響を及ぼすかについてはあまり解明されておらず、裁判例で問題が生じている。

まず、労働契約における期間の認定にあたっては、入管法上の在留期間との関係で問題が生じうる。この点についての裁判例の中には、在留資格の許可日や在留期間を意識した判断をしているものがある。たとえば、フィリップス・ジャパン事件（大阪地決平成6・8・23労働判例668号42頁）は、4 回の更新後の雇止めが問題となった事案で、裁判所は、雇用継続への合理的な期待があったとの主張を排斥する根拠の 1 つとして、在留期間が定められていることを挙げ、雇止めへの解雇権濫用法理の類推適用を認めなかった。これに対し、ユニスコープ事件判決（東京地判平成6・3・11労働判例666号61頁）では、入管手続き上の雇用契約書の記載は、形式的なものに過ぎないとみる余地があるとし、当該労働契約は在留資格変更および在留期間の更新が許可されない場合を解除条件とした期間の定めのない契約であったと認定した。

次に、労働契約の当事者について、入管手続き上の書類の記載と就労の実態に差異が生ずることがあるが、滋野鐵工事件判決（名古屋高金沢支判平成11・11・15判例時報1709号57頁）は、安全配慮義務を負う主体を判断するに際し、入管手続き上の「受入れ企業」と技能実習生との間の雇用契約の存在を認める形で、入管法上の取扱いに一応の配慮を示しつつも、「受入れ企業」ではなく、実際に就労をしていた企業が安全配慮義務を負っていたとして、実態に応じた取扱いを行っている。

さらに、入管手続きのため法務省入国管理局に提出した書類が労働契約の内容にいかなる影響を及ぼすかという問題があるが、裁判例は、入管手続きのために作成された雇用契約書

を重視しない傾向がある。

たとえば、山口製糖事件（東京地決平成4・7・7判例タイムズ804号137頁）では、「技術」の在留資格の外国人に製糖作業を行わせ、また、鳥井電器事件（東京地判平成13・5・14労働判例806号18頁）では、「人文知識・国際業務」の在留資格の外国人に対し、配転によりプラスチック製品組立作業等を行わせていた。いずれも、事案としては、入管法上の資格外活動や、基準省令に定められている上陸許可の基準以下の賃金および労働条件が問題になりうるものであったが、この点が労働契約の内容にいかなる影響を及ぼすかにつき、現行法では入管法違反[33]や入管手続き上必要とされる書類の内容が労働契約に及ぼす影響について規定が設けられておらず、裁判所も判断を行っていない。もっとも、真の労働契約は口頭で行われていたという使用者の主張を否定し、入管手続きのために作成された雇用契約書を労働契約の内容として認めたマハラジャ事件判決（東京地判平成12・12・22労働判例809号89頁）もある。

その他、外国人の労働組合員に対する不当労働行為の成否につき、ネットユニバース事件（千葉地労委命令平成11・8・27不当労働行為事件命令集114集292頁）において、千葉地労委（当時）は、適法に就労する外国人労働者にとって、入管手続きで必要となる在職証明書はその地位を保証する重要な書類であるとし、使用者が在職証明書の交付を拒否したことは、労働組合の弱体化を企図した不当労働行為にあたると判断した。在職証明書それ自体は、労働法上は、労働者に交付請求権を与えるなどの特別な位置づけを与えられていないが、同命令は、入管手続きの重要性を不当労働行為の判断に結びつけたものと位置づけられる。

（２）不法就労者と労働法

①不法就労者に対する労働法令の適用

上述のとおり、不法就労者は、入管法上は退去強制等の対象となりうるが、労働法は現実の労働に着目して保護の対象とすることから、不法就労者の法的取扱いをめぐって、入管法と労働法の衝突の問題が生じる。

そこで、不法就労者に対する労働法の適用についてみると、労働基準法、最低賃金法、労働安全衛生法、労災保険法等の労働保護法は、すべての労働者に適用されることから、不法就労者であっても原則適用があると解されている。行政解釈は、職業安定法、労働者派遣法、労働基準法等の労働法令は、日本国内における労働であれば、不法就労者にも適用があるとしている（昭和63・1・26基発50号、職発31号）。労働組合法についても同様に適用があると考えられている。

労働市場法では、上述のとおり職業安定法の適用はあるが、公共職業安定所では、求職の内容が法令に違反する場合は、申込みを受理しないことになっており（5条の５）、不法就労

[33] 山口製糖事件のような事案については、現行入管法のもとでは、在留資格取消制度（22条の４）の対象となりうる。

につながる職業紹介は行われない。雇用保険法については、明文上、不法就労者の除外規定はないが、不法就労者は労働の能力（4条3項）を適法に有するとはいえず、失業と認定しえないとして、失業等給付の支給はなされていないようである[34]。

以上みたとおり、労働法は、実態としての労働関係に着目して労働者を保護しようとする発想をもっていることから、現実に雇用されている者については、不法就労者であっても労働法令の適用を認めるのが適当であると考える。しかし、具体的な労働法の適用のあり方、また、救済の内容については、個々の労働法令ごとに考える必要がでてくる。

②入管法違反と労働契約

以上のように不法就労者に労働法令の適用が認められるとしても、入管法上の違法性が労働契約にいかなる影響を与えるかが問題となる。この点につき、学説のなかには、入管法違反の労働契約の効力については、労働基準法56条に違反する年少労働者との労働契約と比較して、その違法の程度は軽微であり労働契約は無効とはならないとの指摘がみられる。

また、資格外就労を行っていた外国人の損害賠償請求の可否について、そのような就労が法的保護に値するかどうかは、「その就労を制限する入国管理に係る法令の立法趣旨、違反行為に対する社会倫理的非難の程度、一般取引に及ぼす影響、当事者間の信義公平等諸般の点を考慮して決するのが相当」とした裁判例（東京地判平成3・4・26判例時報1409号84頁）[35]がある。

③不法就労者の逸失利益

労働災害に遭った不法就労者が損害賠償を請求する場合の逸失利益の算定においては、日本の基準によるか、出国先国（母国）基準によるか、という問題が生ずる。

この点については、不法就労者以外の一時的に日本に滞在する外国人の交通事故等の場合にも同様の問題を生じ、憲法14条の平等原則をもとに日本人と同様に日本の賃金基準で算定すべしとした裁判例もあるが（高松高判平成3・6・25判例時報1406号28頁は、日本に旅行中に交通事故死した中国人被害者の逸失利益の算定にあたり日本の賃金センサスを用いた。）、最高裁は、改進社事件（最三小判平成9・1・28判例時報1598号78頁）において、いわば折衷的な立場をとった。

本件は、パキスタン人の不法就労者が、労働災害に遭ったため、当時の使用者に対し、安全配慮義務違反に基づく損害賠償を請求した事件で、逸失利益の算定が問題となった。

最高裁は、一時的に日本に滞在する外国人については、日本での就労可能期間ないし滞在可能期間は日本での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先（多くは母国）での収入を基礎として逸失利益を算定するとしたうえで、日本での就労可能期間については、「来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の有無、在留資格の内容、在留期間、在留期

[34] 神奈川県ホームページ（神奈川横浜労働センター「労働問題対処ノウハウ集50」）http://www.pref.kanagawa.jp/osirase/06/1480/consult/nouhau/pdf/nouhau50.pdf参照。

[35] 資格外就労の許可が出された場合の制限時間を超えて就労していた中国籍就学生につき、交通事故による休業損害を認めた。

間更新の実績および蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素」を考慮して認定するという判断枠組みを示した。そこで、不法残留外国人については、入管法の退去強制の対象となり、事実上はある程度の期間滞在している不法残留外国人がいることを考慮しても、在留特別許可等によりその滞在および就労が合法的なものとなる具体的蓋然性が認められる場合はともかく、就労可能期間を長期にわたるものと認めることはできない、と判示した。そのうえで、本件では、事故後に勤めた会社を退社した日の翌日から3年間は日本における収入を、その後は来日前にパキスタンで得ていた収入を基礎として損害額を算定した。

同判決は、逸失利益を事実認定の問題として判断したものといえる（それゆえ憲法14条違反の問題にはならない。）。さらに、最高裁が逸失利益を算定するにあたり、不法就労者について、日本での一定期間の滞在の蓋然性は認めたものの、長期にわたるものと認めることはできないとしたこと（本件では3年間）は、入管法政策の観点からの、不法残留・不法就労という規範的要素も考慮に入れたものといえ、本判決は、不法就労者の損害賠償額の認定に当たり入管法上の地位を考慮したものと位置づけられる。

同判決は、これに続く同種の事件の先例となっている（たとえば、三協マテハン事件・名古屋高判平成15・9・24労働判例863号85頁では、労働災害により後遺症を負った不法就労者について、症状固定後3年間は日本での収入を基準として、その後は母国（インド）での収入を基準として損害賠償額を算定した。）。

そのうえで、日本基準または母国基準でのみの算定がなされた裁判例をみていくと、まず、内縁関係にあった日本人男性との子（生後認知のため日本国籍未取得）を養育していたフィリピン人女性（被告側主張によると不法入国者とみられるが、この点について裁判所はとくに認定していない。）の交通事故死による逸失利益の算定につき、被害者は子の養育のために日本に永住する意思を有しており、それが実現する可能性がかなりあったと認め、死亡時の日本における女性労働者の平均賃金を基礎に算出するのが相当と判断した（名古屋地判平成17・8・24交通事故民事裁判例集38巻4号1130頁）。同判決は、上記改進社事件判決を前提にしつつ、日本での永住の実現可能性が認定されたケースと位置づけられる。

これに対し、外国人研修制度（改正前のもの）のもとでの中国人研修生が、製材作業の実務研修中に機械に巻き込まれ右腕を切断したことから損害賠償を請求した事件において、裁判所は、原告研修生が、日本語能力が不十分で、製材作業の仕事に従事したことがなかったことからすれば、被告会社の安全配慮義務の内容は、安全に関する十分な指導・教育を行うとともに、それを十分に理解しているか確認するために、指導したとおり安全に作業を行っているか監督できる体制を整えることであるとしたうえで、本件では、事故当時、日本人指導員による監視がなされておらず、安全配慮義務違反があったと認定した（徳島地阿南支判平成23・1・21判例タイムズ1346号192頁）。そして、逸失利益算定については、原告が研修生であったため、事故当時の収入を基礎として算定することはできないとし、中国と日本の賃

金水準等の差から日本の男性中卒の賃金センサスの 3 分の 1 をもって基礎収入と認定した。本判決は、研修生に対する安全配慮義務の内容を認定したものとして意義がある。また、旧制度のもとで研修生は労働者と認められておらず、労働の対償（賃金）を受ける地位になかったことから、日本での収入が認定されず、逸失利益の対象となる全期間につき、中国基準で算定されていることに特徴がある。

以上の判決は、逸失利益の算定にあたり、入管法の在留資格等を配慮したものといいうる。しかし、こうした入管法への配慮を行っているのは損害賠償事件に限られており、解雇事件などを含め、不法就労者の救済において入管法上いかなる考慮をするかは検討が不十分と思われる。

３．外国人労働政策の課題

（１）外国人労働政策の視点

以上、外国人労働者をめぐる入管法および労働法における対応についてみてきたが、ここで、外国人労働政策の視点を示しておきたい。

①「選択」と「統合」

第 1 の視点として、各国の外国人政策における基本的理念と考えられる「選択」と「統合」という理念をとりあげる。

国際慣習法上、外国人には入国の自由はなく、ある外国人を受け入れるか否かは、各国の主権の自由裁量に属するものとして一般に認められている[36]。これが「選択」の理念であり、この点に関する各国の「選択」の基準を決定するのが移民法（日本では入管法）である。

他方、外国人政策は、この「選択」の理念と同時に、適法に受け入れた外国人の取扱いについては、「統合」の理念を持っている。「統合」とは、すなわち、適法に入国・滞在している外国人につき、自国民と基本的に同等の地位を与え、不当な差別をしないことである。こうした「統合」の理念は、国際条約の内外人平等原則等によく反映されており[37]、外国人の人権として位置づけられる。各国は憲法や法令によりその具体化を図っており、労働関係の側面では、労働法が「統合」を実現する機能を担っている。

なお、このような「統合」の理念は、外国人の文化的アイデンティティーを否定する「同化」とは異なるものであり、むしろ多文化共生により内包されうる概念である。

少子高齢化およびグローバル化の進行を背景に、日本でも外国人労働者の受け入れの拡大はある程度不可避であると考える。その際、国内での外国人の「統合」を意識しつつ、どのような外国人を受け入れるかの「選択」の基準を設定することが必要である。それと同時に、こうして受け入れられた外国人については、統合促進策を十分に講じなくてはならない。「統

[36] また、外国人の在留について通説・判例は、在留の権利が憲法上保障されるものではないとする（マクリーン事件・最大判昭和53･10･4 判例時報903号 3 頁）。

[37] たとえば、1948年「世界人権宣言」、1966年「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」（A規約）（1976年1月 3 日発効）等。

合」なき受け入れは、外国人の人権保障を確保しえず、結局は外国人の人権侵害につながるからである。そして、外国人の人権保障の実効性を高めるために、政府や地域、NPO等による統合支援が必要となる。

②入管法政策と労働法政策の交錯

以上のとおり、外国人政策の労働の側面（外国人労働政策）において、入管法は「選択」の理念の実現を担い、労働法は「統合」の理念の実現を担うが、第 2 の視点は、これらの法を取り囲む入管法政策と労働法政策はそれぞれの理念の実現において、交錯しあうということである。ここでは、労働法政策から入管法へのアプローチと入管法政策から労働法へのアプローチとがある。

③「選択」と「統合」の調和と調整

そして第 3 の視点は、「選択」と「統合」の両理念を実現する入管法政策と労働法政策とが衝突するときに、両理念の調和ないし調整が行われるということである。

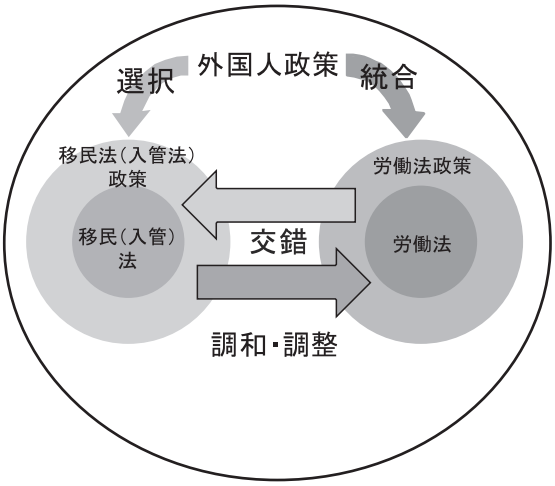
④基本的方向性

そこで以下では、上記の外国人労働政策の視点を踏まえて、労働法において、外国人労働者にどのように対応するかについて基本的方向性を整理しておきたい。

そこでは、まず、入管法において就労を認めている適法就労者については、統合を促進する必要性がある（統合なしに外国人労働者を受け入れると、国内労働市場に内国人の市場とは別に、外国人の市場という二重構造を生じるおそれがある。）。同時に、労働法において入管法政策を考慮した対応が必要である。たとえば、労働法上も、在留資格における活動範囲や在留期間を考慮した取扱いが要請される。

他方で、入管法においても労働法政策を考慮すべきである。たとえば、入国・在留許可にあたって、外国人労働者の受け入れが労働市場政策に悪影響を与えないかを判断して入国を認める仕組みの検討などが必要となろう。

図 2　外国人労働の法政策の視点



出所：筆者作成

（２）日本における外国人政策の課題

①入管法の課題と展望

ア、課題

以上みてきたとおり、入管法は在留資格制度により、外国人の受け入れ範囲を定めるとともに、在留中の就労活動の規制を行っており、そこでは、専門的技術的分野の労働者は受け入れるが単純労働者は受け入れないという入管法政策のもとでの「選択」の理念を実現しようとしている。しかし、労働法政策との交錯の観点からみると、基準省令において外国人労働者の労働市場への影響に配慮していることは一応うかがわれるものの、法務省入国管理局による一元管理のもとで、個々の外国人労働者の受け入れにあたり労働市場への影響を判断する制度は存在していない。

イ、展望

外国人労働者の受け入れにあたり、国内労働者の失業や、賃金などの労働条件の引下げといった悪影響から、国内労働市場を守らなければならないという点は各国で共通すると思われる。しかし、入管法においては、個別の外国人労働者の受け入れの判断につき、労働市場との調整が図られていない。そこで、私見では、日本でもアメリカ合衆国の労働証明制度などに習い、日本の労働市場の特徴を踏まえた日本型労働証明制度の導入を検討してはどうかと考えている。すなわち、解雇が容易で転職によるキャリア形成など外部労働市場が重視されるアメリカ合衆国の制度が、国内労働者の募集に加えて、基本的に賃金額をベースにして労働市場への影響を判断するものであるのに対し、日本では、長期雇用がメインで、企業内の配転を通じてのキャリア形成が行われているなど、内部労働市場が重視されることから、賃金以外の労働条件等についても影響の有無を判断するなど、日本の労働市場の特徴を反映した制度を提案したい。

すなわち、従来は専門的技術的分野と評価されてこなかった範疇での新たな在留資格の創設や既存の在留資格で従来に比し広範囲の外国人労働者を受け入れるなど、国内労働者との競合を生む分野で外国人労働者の受け入れが行われる場合に、その範囲の外国人労働者の受け入れについて、日本型労働証明制度の導入を検討すべきである。他方、積極的な受け入れが促進されるべき高度人材については、同制度の対象から除外すべきであろう[38]。

なお、本年 5 月から上述のとおり、高度人材外国人に対して出入国管理上の優遇措置を与えるポイント制が導入された。これにより、経済・社会のグローバル化の中で求められる高度人材の獲得が進むことが期待される一方で、以下の問題を含んでいると考える。すなわち、受け入れ 3 分野のなかの 1 つである「高度専門・技術活動」について、職種等の限定がなされておらず、労働市場の需給状況に合わせてコントロールするものとなっていないこと、ポ

[38] その他、上記の山口製糖事件決定において、裁判所は入管局へ提出した書類を労働契約の内容になるとは認めない判断を行ったが、入管局に提出した文書と同じ労働条件を誓約する文書を使用者から労働者本人に交付することを義務付ける制度（労働条件誓約制度）を設ければ、このような問題を回避することができる。

イントの設定次第では、必ずしも高度といえない人材についても同制度の枠組みのなかで受け入れられる結果、国内の労働市場への影響や外国人差別の問題を生じさせるおそれがなくはない。

また、上述のとおり、入管手続き上の書類を労働条件と認めない取扱いは、高度人材であっても、権利が守られないばかりか、国内の労働者の労働条件等にも悪影響を及ぼすおそれがあり、このような問題に対応するため、アメリカのH1-Bビザの労働条件誓約制度と類似の制度を日本でも導入する必要があると考える。

②労働法の課題と展望

ア、課題

先に述べた基本的な検討の視点からすれば、労働法の適用に関しては、外国人にも原則として適用するが、そこでの外国人労働者の法的地位については、入管法の在留資格制度の影響も考慮すべきことを指摘しうる[39]。そのうえで、労働法の課題としては、次の点が挙げられる。すなわち、①労働基準法 3 条の禁ずる国籍差別が争われる事件において、裁判所は、雇用形態が異なれば差別と認定しない傾向がある。また、②同条は採用差別を禁じていないと解されている。さらに、③不法就労者にも原則として適用されるが、具体的に不法就労者に対してはいかなる救済が可能か、就労可能性をどのように判断するかについての検討は不十分である。

イ、展望

（ア）適法就労者の統合促進策

すでに述べたとおり「統合」の理念の実現にあたって、基本的には、外国人の平等取扱いが要請される。

そこで、適法に入国・滞在している外国人についての統合促進策としては、労働法政策上、自国民と基本的に同等の地位を与え、不当な差別をしないという差別の禁止が重要である。

この点に関しては、すでにみたとおり、労働基準法 3 条に国籍差別の禁止規定があり、労働条件面での外国人労働者への差別の禁止については、基本的には同規定の適用および解釈により対応が可能であると考える。しかし、同条は採用には適用されないとの解釈が一般的であるが、男女雇用機会均等法（ 5 条）などにより採用の自由に関する規制が進んできていることに鑑みれば、立法論としては、採用についても同条を適用対象とすることを検討する必要がある。

また、国籍差別の認定は検討が進んでいない。たとえば、上記の東京国際学園事件判決で裁判所は、雇用主が賃金体系のなかで外国人を優遇していたことをもって、雇用期間につい

[39] 統合の促進を図っていく一方で、入管法の在留資格制度の考慮も要請される。すなわち、適法就労者であっても、入管法上の在留資格制度の影響も考慮せざるを得ないという側面もある。とくに、日本の雇用慣行である長期雇用のもとでは、労働需給の調整・キャリア形成等を目的に比較的柔軟な配転が行われているが、外国人労働者に対しては、在留資格による制約があるので、資格外活動となる配転命令は法令違反をもたらすものとして無効となると考える。

ては不利に扱うことを差別に当たらないと判断したが、ある面で優遇していたからといって差別意図がないといえるのかどうか、なお疑問が残る。

しかし、差別規制自体について、日本法はそれほど強くなく（たとえば、アメリカ法では、制裁として実際の損害額を超える金額の支払いを命ずる懲罰的損害賠償制度がある。）、また、外国人労働者に対する平等な法の適用、差別禁止の法規制によったとしても、外国人労働者はなお権利侵害に対し脆弱な存在であることから、行政支援の充実を図ることにより、外国人労働者の「統合」の実効性を高めるべきと考える。たとえば、行政により外国人労働者に対して労働法令や紛争解決手続きおよび生活面に関する情報提供や日本語教育を含む教育訓練の機会の提供、失業した場合の再就職支援などの支援をより積極的に行うことが考えられる。また、外国人指針を強化して、より実効性のある行政上の措置を可能とすることを提案したい。

（イ）不法就労者と入管法上の考慮

外国人労働者の法的地位をめぐっては、上述のとおり、労働法において入管法政策を考慮する必要がある。たとえば、不法就労者について、労働法上の取扱いのルールにつき、入管法政策との整合性を踏まえて検討すると、以下のような枠組みを提示しうる。

すなわち、不法就労者についても、①原則として労働法の適用を認めたうえで、②救済においては、入管法政策の要請を考慮し、不法就労者に就労資格を与えるのと同様の結果とならないよう配慮する。そこで、③既往の労働に対応する部分の救済（たとえば、未払賃金や差別事件における過去分の差額賃金の支払い）については、将来の不法就労を促進することにはならないため、救済を認めうると考える。一方、④将来の労働に対応する部分の救済（たとえば、解雇の無効確認等）については、不法就労自体を容認することとならないように、不法就労者である労働者側が、在留特別許可が与えられるなど適法就労者となりうる蓋然性を相当程度まで立証し得た場合に限って、そのような部分についても救済を認めることが考えられる。ただし、⑤損害賠償による救済は、それを認めても就労資格を与えることと必ずしも同視されるわけではないので、事実上滞在が予想される期間をある程度反映させるなど、より柔軟な救済が可能であると考える。また、⑥上記改進社事件最高裁判決で示された判断枠組み（改進社ルール）と同様の発想により、不法就労者に対しても、一定の期間を就労可能な期間として認定しうる場合には、その期間につき一定の金銭的救済を認めることを提案したい。

おわりに

以上、本稿は、日本における外国人労働者をめぐる法政策上の諸問題について、現状を整理したうえで、そこでの課題を指摘し、若干の検討を行った。

韓国では、雇用許可制度のもとで、労働市場との調整が行われているようであり、この点、日本も学ぶべき取組が行われていると考える。また、在韓外国人処遇基本法や、多文化統合

基本法等によって外国人の社会的統合のための立法もなされているとも伺っている。本ワークショップにおいて、雇用許可制度の運用や課題、および社会統合ための施策や経験について教えていただければ幸いである。

［参考文献］

黒木忠正『はじめての入管法』（日本加除出版、2010年）
山田鐐一・黒木忠正『よくわかる入管法［第2版］』（有斐閣、2010年）
手塚和彰『外国人と法［第3版］』（有斐閣、2005年）
早川智津子『外国人労働の法政策』（信山社、2008年）
早川智津子「外国人労働をめぐる法政策上の課題」日本労働研究雑誌587号（2009年）4−15頁
早川智津子「外国人と労働法」ジュリスト1350号（2008年）21−29頁
早川智津子「入管法の改正－新たな技能実習制度の意義と課題」日本労働法学会誌115号（2010年）188−197頁
早川智津子「KEY WORD：外国人技能実習制度」法学教室360号（2010年）2−3頁
早川智津子「外国人労働者をめぐる法政策」近藤敦編『多文化共生政策へのアプローチ』（明石書店、2011年）所収95−123頁