

〔特集2〕理論と実務の対話

対談「マクリーン判決を乗り越える」

—行政法・国際法の視点から見た
マクリーン判決と退去強制処分取消訴訟—

岡田正則（早稲田大学大学院法務研究科教授）

古谷修一（早稲田大学大学院法務研究科教授）

渡辺彰悟（早稲田大学大学院法務研究科客員教授・

弁護士・全国難民弁護団連絡会議事務局長）

- 1．はじめに
- 2．退去強制処分取消訴訟の現状と問題点
- 3．国際法の視点から - 国際慣習法と「特別の条約」について
- 4．行政法の視点から - 行政裁量等について
- 5．条約の司法及び行政に対する拘束力
- 6．質疑応答

1．はじめに

本対談は、在留外国人に対する退去強制処分の取消訴訟において、大きな壁として立ちはだかるマクリーン判決の枠組みに対して、行政法と国際法の視点から新しい切り口を考えるという趣旨で企画され、2007年9月27日に早稲田大学大学院法務研究科で開催されたものです。

当日は、原告代理人として数多くの退去強制処分取消訴訟に携わってこられた渡辺弁護士より問題提起がなされ、それに対して、行政法、国際法の専

門家である岡田教授，古谷教授が意見を述べるという形式で，充実した議論が繰り広げられました。

なお，対談に先立って，学生より，関連する判例についての概要が説明されましたが，その部分については割愛させて頂いております。

2．退去強制処分取消訴訟の現状と問題点

渡辺：まず，私から実務の中で感じている問題点を幾つかピックアップさせて頂きます。

マクリーン判決については，30年前のマクリーン判決¹⁾の枠組みを取り出して，現在の地裁・高裁の判決の中で未だに使われているという，そのこと自体がどうなのかという問題があります。



渡辺彰悟弁護士

ただ，今日はそれは置いておいて，未だに用いられるマクリーン判決の枠組みに対し，どのようにメスを入れていけばよいか，どうすれば乗り越えていけるかを議論したいと思います。

まず，最近の判例を見ますと，例えばジラン判決²⁾では，原告の父親はトルコ国籍のクルド人で難民申請をしていましたが，難民不認定になり，裁判所もその難民性を否定した上で退去強制処分を認める判決を下しています。

同様の事例は以前からあり，例えば，ビルマ人の男性とフィリピン人の女性との間に，小学校に上がるかどうかというくらいの子供が2人いて，ビルマ人男性は難民申請をしていたという事案があります。彼が，政治活動をしていたことは間違いなかったのですが，難民性が認められなければ，男性をビルマに帰し，他方で女性と子供をフィリピンに帰すことが許されるのかと

1) 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

2) 東京地判平成19年3月23日(最高裁判所判例検索掲載

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070330115208.pdf>。現在，高裁に係属中である。

という問題があったわけですが、東京地裁民事第2部はジラン判決と全く同じ枠組みで、退去強制処分の取消しを認めませんでした。

このように、現在の地裁や高裁がマククリーン判決の枠組みを変えることは全くないというのが現状です。

そこで、マククリーン判決の中身なのですが、判決文中でポイントとなる言葉は、「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」というところでしょう。「国際慣習法上」という言葉が、入国の場面だけでなく、在留継続の場面にまで及ぶのかという問題です。入国については、国際慣習法の成立を争う人は少ないと思います。しかし、外国人を受け入れる場合にいかなる条件を付するかという在留の継続の場面でも、マククリーン判決は国際慣習法を認めてしまっているのですが、現在日本に滞在している非正規の滞在者を退去させる際に、国際慣習法を持ち出せるのかという点の一つ問題になると思われます。

もう一つは、「特別の条約のない限り」という言葉です。現在、裁判所が判断する際に、「特別の条約」をどれほど考慮しているのか。この点に関しても、後ほどお話し頂ければと思います。弁護士はこの「特別の条約」に依拠して、色々な主張をしようとしているのですが、全く考慮されない判決が続いています。

結論としては、極めて広範な法務大臣の裁量が認められています。それに対して、裁量が余りに無限定に認められているのではないかと私たちは批判をし、判決にクレームをつけているのですが、これもまた考慮されません。ここは是非、行政法の先生に話を聞きたいところでもありますが、少なくとも行政裁量上は、「比例原則」等、行政裁量を拘束する色々な原則があるはずで

す。行政法という視点からも、裁判所はきちんと考えなければならないわけで、最近示された林試の森判決³⁾における判断枠組みが、マククリーン事件のような出入国の問題に援用できるかについては、また後ほど伺いたいと思います。

3) 最判平成18年9月4日判時1948号26頁。

また、憲法の人権規定の外国人の享有主体性について、いわゆる性質説をとりながら、在留制度の枠内で認めるとするのは矛盾があります。この点については、憲法学者に語って頂くべきところかもしれません。

それから、ジラン判決の判決文にもある表現で、この種の判決に散見される表現なのですが、「不法滞在を続けた場合に、生活の必要その他の事情から、日本社会との様々な結び付きが生ずることは当然のことであり、その期間が長くなればなるほど、その結び付きが強まることも一般的に起こり得ることといえるが、そうした状況は不法滞在という違法状態の上に築かれたものであることは否定できないのであって、それだけで法的保護の対象となり得るものではない。」という一文があります。この「違法状態の上に築かれたもの」という表現が判決の中で非常に気になる部分でして、つまり「違法状態」と言ったとたんに、行政裁量に関して完全に思考停止してしまうのだと私は思っています。ここも詳しくお聞きしたいと思っています。

ざっと問題を整理致しましたが、まとめますと、一つは国際慣習法の問題について、入国の場面と不法滞在者を退去させるかどうかという場面とで同様に国際慣習法を認めてよいのかという点です。もう一点は「特別の条約」という点についてです。これらの点について、まず古谷先生のご意見を頂きたいと思います。

3. 国際法の視点から — 国際慣習法と「特別の条約」について

古谷：今、渡辺先生からお話があった点について、国際法の観点から述べていきたいと思います。

まず、入国についてですが、マクリーン判決が前提としている考え、すなわち外国人を受け入れるか否かの判断は国際慣習法上、国家に属しているという考えは、現在でも変わっていません。国際慣習法上は、外国人を入国させるかどうかは、国家の国内管轄事項に属する問題です。極端に言えば、日本が江戸時代にとったような鎖国政策をとることも国際法に全く違反しないと言えます。

ただ、現状では、外国人の入国を全面的に禁止している国はほとんどありません。それをやれば経済的に非常に苦しくなるからです。したがって、国家は外国人の入国を認めているのが一般的な状況であるわけですが、これは、認めなければならないから認めているのではなく、認めることができるから認めているということになります。

ただし、経済的関係を維持するためには、国家と国家の間で相互に外国人の受け入れを認め合う方がメリットは大きいと考えられますので、この観点から通商航海条約が結ばれる場合があります。



古谷修一教授

例えば、日米間では、商業活動を行う目的で入国する相互の国民については、基本的に入国を認めることが条約上⁴⁾規定されています。したがって、通商航海条約が締結されている国家間では、一定の入国を認める義務が生まれます。これが、マククリーン判決で言及している「特別の条約」が本来意図しているところだと思います。

日本では、それ以外に日韓法的地位協定、いわゆる在日の人々の地位を定めた条約が結ばれており、この条約に基づいて永住権を与えられる人が増えています。これは義務的な永住権の付与なので、一般の外国人とは違う出入国管理が行われており、実際に、入管特例法⁵⁾といわれる法律が、永住権をもつ外国人には適用されます。この場合は、日韓法的地位協定という「特別の条約」に基づいて、受け入れる義務があるという構造になっているわけです。そういう「特別の条約」が適用されない人々については、あくまでも国家は裁量的に入国を認めることになります。

次に、在留についてですが、これも基本的には入国と同じであると国際法上は理解されており、在留を許可するかどうかは、国内管轄事項に属する問題であるとされています。

ただし、実際には、入国の場合以上に、様々な条約上あるいは別の慣習法

4) 日本国とアメリカ合衆国との間の友好通商航海条約第1条。

5) 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第4条。

上の縛りが国家にかかってきます。例えば、市民的及び政治的権利に関する国際規約(以下、「自由権規約」という。)の13条は、合法的に入国している外国人の追放、つまり国外退去に関して一定の制約を課しています。この内容はおそらく国際慣習法になっていると言っていいと思われま

す。つまり、入国させるのも自由だし、入国を認めた者をいつ退去させてもかまわないというのが国際法上の原則になりますが、一度入国させたものについてはそう簡単に追い出すわけにはいかず、また通商航海条約等の「特別の条約」がある場合にも、在留許可の場面で、普通の外国人とは違う枠組みが与えられるということです。

その意味で言いますと、日本に在留している外国人の退去強制を行うことは、原則として国家の裁量権の範囲内にありますが、それを制約する条約や慣習法の枠組みがあるかどうか

が問題になります。伝統的に言えば、通商航海条約や特定の外国人に一定の権利を与えるような条約、特に出入国に直接かかわる条約があるかどうか

が重要なポイントになり、マクリーン判決が意識していた「特別の条約」とは、そのような条約だと思われま

しかし、現在の状態は必ずしも出入国管理に直接関係のある条約さえ考慮すればいいとは言えません。直接出入国管理を目的にしているわけではない条約であっても、ある一定の出入国管理上の行政行為を行うと、それが当該条約に違反する行為になる場合があります。一番典型的には人権に関連する条約です。人権を保障している条約の一定の条項に違反する結果が生じるのであれば、その意味で退去強制をすることができない可能性があるということです。

ヨーロッパでは、欧州人権裁判所のロドリゲス事件⁶⁾に見られるように、ヨーロッパ人権条約の適用がメインになりますが、日本の場合で言えば、もっぱら議論になるのは、自由権規約や児童の権利に関する条約(以下、「子どもの権利条約」という)等になるだろうと思われま

6) Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands, Judgment of 31 January 2006, No.50435/99 (Sect.2).

渡辺：そうすると、在留の継続の場合も、原則は、国際慣習法上は国家の自由裁量であるということでしょうか。

古谷：こういう言い方は何ですが、少なくともマクリーン判決は、決して嘘を言っているわけでも、国際法上間違っているわけでもないのです。

渡辺：先生のおっしゃっていた、通商航海条約や地位協定などについては、入国時における「特別な条約」として理解することができるわけですが、在留の継続の場面での「特別な条約」ということになると、それら以外の条約も、「特別の条約」になり得ると理解してよろしいでしょうか。

古谷：人権条約の適用を、マクリーン判決の枠組みの中でとらえるか、つまり「特別な条約」として出入国管理を規制するものとしてとらえるか、それとも出入国管理とは別個に作用している条約だけれども、結果的に出入国管理にかかわる行政行為を規制することになると理解するのは、論理的にはどちらもあり得るでしょう。人権条約を訴訟において使う場合に、どちらが戦略的に効果的かということになると思います。

渡辺：そういう趣旨であれば、理解できます。

次に、判例の中身の細かい点になりますが、いわゆる自由権規約や子どもの権利条約の中には退去強制を予定している条項⁷⁾があり、だから国際慣習法は、子どもの権利条約や自由権規約によって変えられてはいないのだという形式的な文理解釈を述べている箇所があります。我々からすると安易な解釈がなされているようにも思われるのですが、この点はいかがでしょうか。

古谷：確かに、自由権規約 13 条は、合法的に締約国内の領域にいる外国人の追放を扱っており、法律に基づいて行われた決定によってのみ追放できると規定しています。13 条の反対解釈で言うと、合法的に入国していない外国人については、13 条による保護がないということになります。つまり、自由

7) 自由権規約第 13 条、児童の権利に関する条約第 4 条。

権規約 13 条は、外国人を退去強制できることを前提にしていることになり
ますので、裁判所が述べていることは必ずしも間違いではありません。

しかし、だからといって不法入国ないし滞在している外国人を追放するこ
とが、自由権規約のその他の条項に違反する行為であっても、それが容認さ
れるのだという意味ではありません。

実際上の問題として、例を挙げますと、自由権規約 6 条は生命に対する権
利を保障していますが、ここで一番問題になるのは、死刑の執行の問題です。
6 条自身は死刑を禁止していません。死刑を存置している国については、6
条 2 項で一定の要件を課して死刑を容認しています。この 6 条の問題に関し
ては、ジャッジ事件⁸⁾という事件が参考になります。

アメリカで犯罪を起こしたジャッジという容疑者がカナダに逃亡し、カナ
ダでも犯罪を行ったのですが、逮捕したカナダはこの容疑者をアメリカに引
渡すのではなく、退去強制処分にすることを決定しました。当時、カナダは
死刑を廃止していたのに対し、アメリカ(ペンシルベニア州)は死刑を存置
しており、アメリカで裁判をすれば、まず間違いなく死刑になるだろうと予
想されるケースだったのです。これに対して、規約人権委員会は、カナダが
この容疑者をアメリカに退去強制した場合には、自由権規約 6 条に違反する
との判断を下しました。カナダがアメリカにおける死刑の引き金を引くこと
になるからです。

このケースで言いますと、当然のことながら、カナダは法律に基づいて処
分を行っており、自由権規約 13 条の様々な要件にも合致しているので、13
条だけで言えば、カナダはジャッジ氏を退去強制することはできたケースで
す。しかし、その退去強制が、6 条における生命に対する権利を侵害するこ
とになるのであれば、それは 6 条違反を構成するという判断がなされたわけ
です。

したがって、先ほど日本の裁判所が問題にしたように、確かに自由権規約
は退去強制措置を行うことまで禁止しているわけではありませんが、その退
去強制措置が 13 条以外の規定に抵触する場合にまで、退去強制を認めてい

8) Judge v. Canada, Communication No.829/1998, CCPR/C/78/D/829/1992 (20 October 2003).

るわけではないのです。したがって、個々に自由権規約上の人権に抵触するかどうかを判断する必要があります。それは、合法的に滞在する外国人であるか、違法に滞在する外国人であるかも問いません。

もう一つ例を挙げれば、自由権規約7条は、拷問その他の非人道的な取り扱いを禁止しています。既にお分かりだと思いますが、拷問が予想される国家に、退去強制で送還することが許されるかどうかは問題となります。

自由権規約以外にも拷問等禁止条約があり、拷問が行われる可能性のある国への引渡しや退去強制を禁止していますが、この条約を待たずとも、自由権規約7条上でも同様の判断が行われることは、規約人権委員会でほぼ確立していると言えます。

したがって、例えば不法に日本に入国した外国人がいて、この人をA国という本国に帰さなければならないが、しかしA国に帰した場合は拷問が予想されるといったときには、この退去強制処分は、やはり自由権規約7条に違反することになるわけです。

つまり、先ほどから述べている通り、自由権規約そのものが全体として退去強制処分を否定してはいないということと、個々の退去強制処分が、自由権規約の個々の条文に照らしたときに適法なのか違法なのかということとは別の問題なのです。

渡辺：後でジャッジ事件の判決文を頂けないでしょうか(笑)。ありがとうございました。

4．行政法の視点から — 行政裁量等について

渡辺：先ほど、「違法状態の継続」という話をしましたが、この点に関しまして、平成19年2月22日の福岡高裁判決⁹⁾を紹介させていただきます。これは、逆転判決で非常に画期的なものだと思われるのですが、私は初めてこの判決を読んだときに、非常に嬉しかったことを思い出します。

9) 福岡高判平成19年2月22日(判例集未掲載)。

この事件でも、被控訴人である国は、控訴人の日本での生活は不法滞在という違法状態の上に築かれたものであって、当然には法的保護に値するものではないと主張しているわけです。しかしながら、裁判所は「憲法24条は、婚姻は、夫婦が同等の権利を有することを基本とし、相互の協力により維持されなければならないと規定し、また、日本政府が締結・批准したB規約23条も、家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有し、婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をし、かつ家族を形成する権利は認められると規定していることに照らせば、日本国の国民が外国人と婚姻した場合には、国家においても当該外国人の在留状況、国内・国際事情等に照らし在留を認めるのを相当としない事情がない限り、両名が夫婦として互いに同居、協力、扶助の義務を履行し円満な関係を築くことができるようにその在留関係についても相応の配慮をすべきことが要請されている」と述べておりまして、いわゆる違法状態継続論に対して、カウンターとなった判決だと思っています。

ただ、このようにして違法状態継続論を退けた判決を、他にはまだ見たことがないので、ここで紹介させて頂きましたが、こうした考えが行政法上どのように位置づけられるのか、という点も含めて、岡田先生いかがでしょうか。

(1) 判例変更の可能性

岡田：行政法専門の岡田です。大きく三点指摘したいと思います。

まず第一に、マククリーン判決の見直しの可能性は今日どの程度考えられるのかということについて述べます。日本の最高裁は正面きって判例を変更するとはなかなか言いませんが、実際には、いろんな形で判例の軸をずらしていったって、判断を変えるということはしばしば見られることです。

例えば、在外邦人選挙権での立法不作為の違法¹⁰⁾についても、昔の在宅投票の判例¹¹⁾を変更するものではないと言いながら、立法不作為の国家賠償を認めているわけですから、実質的に考えれば、大いに判例変更はあり得るこ

10) 最判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

11) 最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。

とです。

その際の要素として、背景的な事情はやはり無視できないと思われます。マクリーン判決当時から 30 年近くが経過する間に、国際人権条約や難民条約、子どもの権利条約など日本の法規範を考える上で非常に重要な条約を批准してきたわけですから、外国人の人権保障のスタンダードが変わってきていると言えると思います。



岡田正則教授

それから、人権保障の枠組みの変化もあります。マクリーン判決当時は、まだ国民国家という枠組みが非常に強固にありましたので、国家がそこに住んでよい人を判断、決定する代わりに保護もするというのが大前提だったのですけれども、今日の人権保障の枠組みを考えますと、ヨーロッパでは欧州人権条約があって、欧州人権裁判所がかなり活発に判断を下している。そういう、国家の枠組みを越えた人権保障の国際化が見られます。

確かに、これだけ経済的な面や、人の移動の面でのボーダレス化が進みますと、自然環境といったものを含めた人々の生活について、一国だけがある人の生活を管理し、保障するということができない状況になってきていますので、そういう事情から言っても、日本の裁判所自体もスタンダードとなる基準を変えていかないと、マクリーン判決当時の基準のままでは有効な人権保障ができないだろうと思われます。

さらには、裁量統制の方法論が変わってきているということもあります。例えば、林試の森事件¹²⁾では行政計画が問題になったケースですから、従来の最高裁の考え方から言いますと、どこにどういう道路を通そうか、あるいはどういう公園を作ろうか、それは行政の専門的な判断として地域利用の政策的な判断に委ねられているので、裁判所はタッチできないのだという判断になったわけです。

しかし、最高裁は、公園の区域を定めるにあたっては、昔は林業試験場だ

12) 前掲注 3)

ったんだから、そこで残すべき樹木や空間などをきちんと考慮したのか、それとの関係で門の位置やアクセスする道路が合理性を欠くものではなかったのかということを中心に示さない限りは裁量権の濫用に当るのだ、そういう面での裁判所による審査は行政計画についてもできるのだ、と判断したわけです。

あるいは、もう一つ取り上げるとすれば、呉市の中学校の目的外使用許可に関する最高裁判決¹³⁾ですね。学校施設は、本来子どもの教育のために使うものであって、地域住民の団体などに貸そうが貸すまいが、それは行政裁量であって自由なんだというのが従来の判断枠組みだったわけです。

ところがこの判決では、教職員組合が使用許可を求めた事案だったのですけれども、貸そうが貸すまいが自由だといっても、その施設の本来の目的と使用を求めてきた人たちの使用目的とが、かなり重なるようであれば、そういうことを一切考慮の外において、目的外使用の許可だから自由裁量であって、不許可にしても違法性を生じないという枠組みはもはや採れないのだという判断が下されたわけです。

こういう点から考えても、今日の最高裁のスタンスからいえば、出入国管理についても、今まで通り法務大臣の自由裁量だと言えるかということ、いろんな意味で考慮要素を考えなければならないという、以前とは違う状況になってきていると思います。そういう意味で、実際上、判断が見直される要素というのはかなり大きいのではないかと思います。

(2) 違法状態の継続と信頼の原則

それから二番目ですが、違法状態を是正するのは裁判所の使命なので、不法滞在者の場合は、退去強制を認める判断に傾くのではないかという問題です。ただ、行政法的にいえば、違法状態であっても裁判所がこれを是認することはあるわけで、その典型例が信義則に基づく判断です。

信義則はもともと民法上の原則ですが、行政法においてどういう場面で使われるかといいますと、確かに行政法令上でみれば違法だけれども、行政が言ったことを信頼したとか、あるいは生活が長期間継続してきたこと等によ

13) 最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。

って、積み重ねられてきた法的な利益が認められる場合です。このような場合に、行政法上の基準を杓子定規に当てはめて「違法だ」といってよいのかというと、それはあまりにも機械的であって、他方の積み重ねられてきた法的な利益を考慮して、両者のバランスで考えないならば裁判所が適正な判断をしたといえないことがあるわけです。

典型的な例としては、国民年金法の事件¹⁴⁾が挙げられます。日本が難民条約を批准¹⁵⁾する前までは外国人は国民年金に入れなかったわけですが、市役所の職員は大勢加入させたいものですから、在日外国人なら大丈夫だといって加入させてしまったわけです。ところが、いざ 25 年間保険料を納め続けてきて、支給する段階になったら、「あなたは外国人だからダメです。」と言われてしまった事件でした。確かに、要件からはずれる人に対して支給するのは違法ですが、東京高裁はどう判断したかということ、行政が言ったことを信頼して、25 年間そういう事実を積み重ねてきた、しかもその人にとってみれば老後の生活保護は年金しかないという人に対して、信頼保護の利益を認めずにバサッと切り捨てることはあってはならない。だから国民年金問題は違法かもしれないけれども、支給しなければならない義務というものが行政側には生じているのだ、と判断したわけです。

このように、行政法上の基準からみれば違法であっても、他方で本人に落ち度がなく、行政に対する信頼保護の利益というものが認められるという場合には、その状態を裁判所が追認することも許され、その人の利益保護を優先することができるのだというのが、信頼保護に典型的に示される事柄です。ですから、入管法 50 条¹⁶⁾の特別許可の運用についても、こういう枠組みがかなり大きく採られるであろうことが考えられます。その場合は、日本における家族生活をどの程度重視するか、国際法上のルールを考慮に入れるのか、ということが問題になってくるわけです。

(3) 行政裁量に対するコントロール

そこで、大きい三番目の点が裁量統制の話です。裁量統制というのはいろ

14) 東京高判昭和 58 年 10 月 20 日行集 34 卷 10 号 1777 頁。

15) 日本の批准は、昭和 57 年 1 月 1 日である。

16) 出入国管理及び難民認定法 50 条。

んなレベルで考えられるわけですが、まず、入り口段階で事実誤認があればそれだけで違法になります。いかに裁量事項であっても、事実誤認というのはそれだけで違法事由になるわけです。

次に、要件の判断については、マククリーン判決のような在留更新の判断にしても、在留特別許可の判断にしても、法務大臣には非常に広範な裁量が認められています。これは、一つには政治的な理由があり、もう一つには専門的な理由があるわけですので、このことはおそらく学説でも判例でも否定はできないと思います。

しかし、そこには、やはりコントロールの原理が働きます。一般に裁量について、どういう具合にコントロールを働かせようとしているかというところ、1993年に行政手続法ができて、それによれば、申請に対する処分及び不利益処分のいずれについても、予め審査基準を作っておかなければならないとされています。いかに裁量の幅が広いものであっても、行政自らが、裁量権の行使についてのルールを作り、それをオープンにして、それに基づいて行使しなければ違法になるという枠組みを作ったわけです。

ただし、出入国管理については、行政手続法3条1項10号で行政手続法の適用が除外されています。ですから、出入国管理については、審査基準を作っておかなくてもいいことになります。実際には法務大臣が手元に基準を作っているようですけども、それをオープンにしなくても一応は違法ではないことになります。

ですが、もう一つのコントロールとして手続審査があります。つまり、手続きのときに考慮しなければならない事実や事情、例えば入管法24条に定めのある退去強制事由ですね、こういった事情についてきちんと事実を調べて、その上で必要な考慮を払ったのかどうか。なんら考慮しないで、いきなり退去強制あるいは特別許可事由なしという判断をすれば、これは違法になるということです。そして、入管法50条1項4号を例にすれば、「その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」に当たるかどうかについては、制度目的から考えなければならぬわけです。ここで、最近最高裁¹⁷⁾がよく使う「要考慮事項を考慮したか」・「考慮すべきでない他事考

17) 前掲注3)、最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁等。

慮を排除したか」という主に2つの観点の有効かと思えます。

先ほど紹介があったロドリゲス事件¹⁸⁾では、裁判所により考慮事項が4点挙げられていたわけですが、おそらく日本でも類似のポイントが挙げられていると思われます。

例えば、東京地裁の平成15年9月19日の判決¹⁹⁾ですと、考慮事項として4点挙げています。一つは日本において平穏な在留をしてきたという事実をどの程度考慮しているのか。二つ目は、本国に送還した場合に、その人の生活や安全を保障できるのかどうかをきちんと考慮したのか。三つ目は、家族への影響。そして、四つ目は、仮に家族への影響が軽いとしても、他方で退去強制することによって得られる秩序保持の利益はそれほど大きいのか。これらの事情を検討しないと、それは要考慮事項を考慮したことにはならない、という意味で違法となると判断したんですね。

さらに、これらの事項を考慮した上で、どの程度重みをおくかというときに、やはり先ほど出てきているような憲法24条の家族生活の利益、夫婦の平等、それから22条の居住移転の自由等が重要になるわけです。こういう憲法や人権条約の規定の趣旨、あるいは日本社会における機能というものを、どの程度きちんと考慮したのかということ、合理的に説明できて初めて裁量基準をパスできるのだということになります。

渡辺: ありがとうございます。今ご紹介頂いた平成15年9月19日の藤山裁判官による地裁判決ですが、これはその後、東京高裁²⁰⁾で逆転敗訴し、その判断が最高裁でも維持されて事件としては終結しました。ただ、現実には、2007年2月16日に原告の長女だけ在留を認められましたのはご承知のとおりです。現在の裁判所では、藤山判決にも示唆されているように、憲法や条約の点を主張してもなかなか受け入れられない、行政裁量の制約という角度からの主張のほうが裁判官も採用しやすいとも考えるのですが、よろしければ、今先生のお話頂いた部分について、比例原則との関係を補充して頂けま

18) 前掲注6)

19) 東京地判平成15年9月19日判時1836号46頁。

20) 東京高判平成16年3月30日訟月51巻2号511頁、最判平成18年10月10日(判例集未登載)。

すでしょうか。

岡田：比例原則というのは、もともと警察比例の原則といわれるもので、規制目的と規制手段が適正に比例しているのかという観点から、法益侵害、社会的害悪がそれほどでもないのに、いきなり人身を拘束するとか、あるいは国外退去にするといった処分は許されないという原則です。立法ですと「LRAの原則」とか「必要最小限度の原則」とか呼ばれるわけです。そのような点から、その人が日本にとどまることが本当に日本社会の秩序にとって耐えられないようなものなのかを主張することになります。これに対しては、国側からは、波及効果などによって引き起こされる害悪の大きさを言うてくるわけですが、その辺りの立証の問題も含めて検討の余地はあると思います。

渡辺：先ほどの「要考慮事項を考慮しない」というのは、比例原則とは違った次元のものですか。

岡田：そうです。文字通り、考慮すべきことを考慮していないと、それが違法なんだということです。もともとは日光太郎杉事件²¹⁾で裁判所が初めて示した考えです。この事件では、東京オリンピックの開催で外国からいっぱい観光客が来るから道路を広げなければならない、日光にも大勢来るだろうけど杉並木があって邪魔だから切っ飛ばしてしまえ、特に一番太い太郎杉というのがあるんですけども、これが邪魔だから切っ飛ばしてしまえという判断を行政はしたんですね。これに対して、東京高裁は、歴史的文化的価値を一切考慮しないで、とにかく道幅を広げること、しかもオリンピック開催前に早急にやることしか考えなかったという点、歴史的文化的価値を考慮に入れなかったという点で違法であると判断したわけです。

渡辺：この判例の定式というのは、外国人の家族や子どもが問題になっている事件で、うまく使えるのでしょうか。

21) 東京高判昭和48年7月13日行集24巻6=7号533頁。

岡田：仮に在留特別許可の事例であれば，家族の事情や子どものいることを考慮しないと，それだけで違法ということになりますね。

渡辺：そういうことであれば，私たちからみて，家族や特に子どものことなどは考慮されていないと十分に主張できるとは思います。

5 . 条約の司法及び行政に対する拘束力

古谷：今の行政法の観点と異なるのですが，国際法の観点から言いますと，法務大臣は家族の統合を阻害するような行為を行ってはならない義務があるのであって，裁量判断の問題ではないということになります。

国際法上は，日本国に条約上の義務を守ることが義務付けられているのですから，法務大臣やその他の公務員は条約に拘束されます。しかも，条約は憲法 98 条 2 項によって日本国の法として認められるので，この法に従って行政を行うべき義務が存在し，したがって，例えば，退去強制令書の発布や執行が自由権規約 17 条や 23 条に抵触し，家族の分離をもたらすのであれば，条約上は当然できないはずなのです。

ただし，家族の分離を防止するための手段として，法務大臣が在留特別許可を出すしかないという場合に，国内法上は，在留許可を出すか出さないかは法務大臣の裁量であるといわざるを得ないので，かみ合わない議論になるのです。しかし，対外的に見れば，法務大臣がこうした場合において，退去強制令書を執行することはできないのです。

では，なぜ，実際にはできてしまうかという点，日本は選択議定書の個人通報制度²²⁾に入っていないので，条約違反であることを対外的に責任追及される局面が極めて少ないことが原因として挙げられます。もし，欧州人権裁判所のようなものがあり，個人が訴えを提起できるのであれば，日本の法務大臣の措置は，しばしば人権条約に違反していると主張されることになるのですが，そういう局面に至らないために，条約によって拘束されている

22) 市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書第 5 条。

ということを強く意識する機会がないのです。

もちろん、行政官だけでなく、論理的には、裁判官も条約に拘束されますので、条約を適用しなければならないはずですが、それが行政も裁判所もよく分かっていないので、行政法で争う方が勝ち目があるなどと言われるのでしょう。

最近の事例で言うと、福岡高裁の判決²³⁾も、半歩前進ではありますが、国際法の観点から見れば、依然としておかしいものなのです。なぜなら、裁判所も行政機関も、子どもの権利条約や自由権規約の「精神」や「趣旨」を尊重するのではなく、条約の本文を遵守する義務があるのであって、この点で、認識が間違っていると言えるでしょう。

一方で、拷問や死刑の場合は、利益考量で言えば、個人の不利益が非常に大きいので、追放はできないという判断は確立されていると言えますが、家族の統合の維持については、死刑や拷問と必ずしも同様に考えるわけにはいかず、自由権規約上の判断でも、規約人権委員会の判断は分かれています。例えば、同じ自由権規約 17 条に関する二つの事件において、異なる判断が下されています。

一つは、ウィナタ対オーストラリア事件²⁴⁾です。インドネシア人の両親がオーストラリアに入国し、そこで出産しました。オーストラリアは出生地主義なので、その子どもはオーストラリア国籍を得ていたのですが、子どもが13歳になったときに両親が退去強制処分になりました。これに対して、母親と子どもが個人通報制度を使って、自由権規約違反を訴えた事件です。この事件で規約人権委員会は、私生活への不干涉(17条)・家族の統合(23条)・子どもの権利(24条)を侵害するので、退去強制はできないと判断しました。この事件は、おそらく規約人権委員会が、退去強制に関連して初めて家族の問題を扱ったケースです。

ところが、この事件より前のスチュワート対カナダ事件²⁵⁾では、逆の判断が下されていました。この事件の申立人は、子どものころからカナダに住ん

23) 福岡高判平成 17 年 3 月 7 日判タ 1234 号 73 頁。

24) Winata v. Australia, Communication No.930/2000, CCPR/C/72/D/930/2000 (16 August 2001).

25) Stewart v. Canada, Communication No.538/1993, CCPR/C/50/D/538/1993 (12 December 1996).

でいたスコットランド人ですが、彼は永住許可はあったものの、カナダ国民ではありませんでした。そして軽微な犯罪を数々重ねたので追放されることになったのですが、ただ家族は全員カナダに住んでおり、しかも母親は病気がちで、弟は精神障害があるという状況でした。このような家族状況だったのですが、規約人権委員会は、イギリスへの退去強制を認めたのです。

二つの事件で何が決定的に違うのかは判然としませんが、国家の利益と個人の利益とを考量するという観点ははっきりしています。つまり、家族が分離するから退去強制できないといった単純な判断ではありません。このように、個々のケースでの利益考量による判断になると、国内裁判所で適用する場合には弱みがあります。

渡辺：古谷先生も少し言及されましたが、「条約の国内法化」ということを考えますと、日本では条約は自動執行され、特別な国内法は必要ないはずなので、自由権規約についても「国内法化」されていると理解できると思います。すると、条約に違反しているという言い方もできますが、国内法化された条約、つまり法律によって法務大臣の裁量が縛られるという理解ができるのではないかと思いながら今のお話を伺っていたのですが。

古谷：国際法的な理解によれば、まさにその通りです。少なくとも自由権規約については直接適用可能であるという判断は、国内裁判所においても指紋押捺²⁶⁾や在日外国人の社会保障のケース²⁷⁾など、多くの判例によって認められています。であれば、自由権規約を批准している日本は、憲法 98 条 2 項により自由権規約上の義務に拘束されており、しかもそれは既に国内法であると言えますので、その国内法にしたがって行政も裁判も行われなければならない、当然ながら、法務大臣の裁量権限も限定されることになります。

渡辺：おっしゃる通りのはずで、それだけで勝てそうな気がしてきました（笑）

26) 最判平成 10 年 11 月 10 日判自 187 号 96 頁等。

27) 最判平成 13 年 9 月 25 日判時 1768 号 47 頁等。

岡田：ただ、なぜ裁判所が条約を裁判規範として位置づけないのか、という点の発想を突き詰める必要がありますね。

渡辺：おっしゃる通りです。なぜ裁判所はこんなに条約を無視するのでしょうか。刑事事件では徳島地裁判決²⁸⁾等優れた判決もありますが、全体的な流れとしては、条約に対して非常に冷たいものがあります。



古谷：よく講義でも話すのですが、国際人権法が裁判に持ち出されてきたのはここ20年くらいのことで、それまでは弁護士も主張しなかったんですね。弁護士の意識はここ20年でずいぶん変わりました。裁判官も指紋押捺に関する事件²⁹⁾などを通して次第に人権条約を扱うようになり、原告側が主張すれば一応考慮するようになりました。

ただ、日本国憲法で保障される人権と、国際人権条約上の人権が同じものだと考えている点、つまり日本国憲法の人権枠組みの発想を抜けられない点が問題なのです。憲法の人権の枠組みの中で条約上の人権を考える限り、同じものなのでわざわざ条約上の人権を考慮する必要はないという論理が出てきます。例えば、平等の問題で憲法14条と自由権規約26条の関係がしばしば問題となりますが、裁判所はしばしば両者は同じものと判断しています。しかし、自由権規約26条には公共の福祉による制限などは存在しませんし、日本における公共の福祉による制限は規約人権委員会からも厳しく批判されています。こうした点の発想が、裁判官にはまだ十分にあるとは言えないでしょう。そして次は、行政官が条約を意識して、行政ができるかということが問題になると思われます。

渡辺：弁護士として裁判所で何を主張しなければならないかについて、大変示唆を受けました。

28) 徳島地判平成8年3月15日判時1597号115頁。

29) 前掲注26)

6. 質疑応答

学生：岡田先生が信頼の原則についてお話されたのが印象的だったのですが、最近、オーバーステイになっている外国人でも外国人登録ができるということを知ってショックを受けました。

「在留資格なし」との記載がある外国人登録証しか持っていないことを、税務署は分かっている税金を取っている。子どもであれば、公立学校にも通える。このように日本の行政システムは、彼らをオーバーステイであるにもかかわらず受け入れて、行政サービスの提供をしています。

それにもかかわらず、何年住んでいようが、違法状態の上に積み上げられたものである、として保護しないというのはずいぶん二枚舌であるように思われます。そこに信頼の原則を適用する余地は考えられないのでしょうか。

岡田：それはあり得ると思います。先ほどの東京地裁の判例³⁰⁾でも出てきましたが、おそらく他の事件でも、これまで平和に暮らしてきた実績というのをきちんと考慮したのか、どれほど考慮したのか、ということについては裁量統制の場面で、これからきちんと出てくる事柄だと思います。

おっしゃる通り、納税もしている、社会保障上の手続きもきちんとやっているという限りでは、行政過程の中では、適法な存在として扱われているわけです。そういう実績がある場合には、それでもなおその人を退去強制しないと日本国の秩序が維持できないという反証ができない限り、やはり在留の利益が推定されるという扱いになるのではないのでしょうか。

学生：今のお話は、「違法の相対性」の議論でクリアされませんか。つまり、行政法上の違法は税法上の違法には影響しない、といった議論です。

岡田：例えば、最近、近親婚の夫婦に遺族年金を認めるかどうかという判決³¹⁾がありました。民法的にいえば、その近親婚は違法³²⁾であり、本来は認めら

30) 前掲注 16)

31) 最判平成 19 年 3 月 8 日民集 61 卷 2 号 518 頁。

32) 民法第 734 条

れず、奥さんも遺族とは認められないわけです。

最高裁は、結論として、その地域において近親婚が広く認められていたこと、親の意向に従って結婚したこと、役所も近親婚は大丈夫だと認めていたことといった事情を考慮して、婚姻の違法を社会保障にリンクさせるのはダメだとしました。

東京高裁は、法制度としての一貫性から、こっちが違法ならそっちも違法だ、と最高裁とは逆の考えを示していたのですが、結論が分かれたのは、問題となった遺族年金による社会保障制度と婚姻秩序の維持をどこまでリンクさせないとまずいものなのか、という判断が異なったからなのだと思います。

退去強制の場合でも、退去強制の持っている制度趣旨と、他方でいろんな人権保障をリンクさせないといけない必然性がどれくらいあるのかということになると思います。

渡辺：本当は憲法学者の方がいらっしゃると、さらに議論が深くなったと思うのですが、例えば、マククリーン判決のように、いわゆる性質説を採りつつ、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」という考えを採ることは、いろんな権利の性質ごとに考えると、そういうのはありえないだろうという例が多数存在すると思います。例えば、思想良心の自由や、適正手続の保障について、在留資格が無いから彼らには及ばないということはありません。オーバーステイや不法入国をした人を刑事手続の対象とするときには、当然、デュープロセスの下で行っています。このような保障は、ある意味当然のものとして行われています。在留資格がないからデュープロセスはいらないという人は誰もいないわけです。このように、権利の性質ごとにマククリーン判決をきちんと考えていくと、限界がたちどころに見えてしまうのではないかと思います。そういう議論はあまり憲法学者の方々からは聞こえてこないんですね。そういうところも今後きちんと詰められたらと思います。

藤山判決は非常に画期的なものでしたが、古谷先生と岡田先生の話からすれば、もしかすると本当に、この道筋でマククリーン判決から少しずつ脱却し

ていくのかもしれないですね。

藤山裁判官は判決の中で明確にマクリーン判決を批判しており、その路線で東京地裁がいくかと期待もされていましたが、残念ながら藤山判決は次から次へと高裁でひっくり返されてしまいました。マクリーン判決の枠組み通りの判決が未だにまかり通っています。ときどき福岡高裁の判例³³⁾のように、マクリーン判決の枠組みを維持しながらも、そこからちょっとはずれて、妥当な結果を導こうとする判決が出てくるという状態です。

この状態からの脱却を図らなければならないのですが、それには行政法や国際法の観点、それぞれにいろんな角度から分析する必要があるかと思えます。我々弁護士なりに呻吟していたところでしたが、今日はこういう機会に先生方のお話を伺って、とても参考になりました。ただ、それをどのように活かしていくかが、我々の課題なわけで、法廷でも色々と主張したいと思えます。

マクリーン判決は30年前の亡霊のような判決で、亡霊がいつまでも生かされていること自体がおかしいのですが、本日ここに参加した学生の皆さんが弁護士、あるいは検事や裁判官になったら、マクリーン判決の枠組みに収まってしまうようなことだけは、絶対にしないでほしいと思えます(笑)。先生方、何か一言あればお願いします。

岡田：林試の森判決も地裁は藤山判決でした。藤山裁判官が裁量の逸脱濫用で違法だと判断したのを、東京高裁は裁量が認められるから適法だとしたのですが、最高裁がさらに逆転したという判決です。

藤山裁判官のスタンスとしては、最高裁の枠組みなんて、旧時代の物であって変えないといけないというものなのかもしれませんが、最高裁はやはりやり方が巧妙で、自分自身で変えるということはなかなかしません。ただ、地裁でこういう判決が出てくると、判例は踏襲するけれども、事案がこうズレている、あるいは新しいこういう要素も考慮しないといけない、というような判断をするわけです。そういう意味では、見直しの可能性は十分にあると思えます。

33) 前掲注 21)

古谷：国際人権法のここ20年から30年弱の歴史の中で、もっとも大きな成果は、具体的な事件に勝ったことではありません。勝ったか負けたかと言えば、どこかの連敗の馬と同じです(笑)。国際人権法を使って勝っているかといえば、それほど勝ってはいないのです。

しかし、国際人権法が裁判で主張されることによって、指紋押捺制度が変わったように、個々の制度は変わってきています。その意味で国際人権法の最も大きな成果は、裁判官や国会議員、あるいは行政官を徐々に教育してきたことだと思います。

同じように、私は学生の皆さん方に期待をしたいし、教育したいと思っています(笑)。裁判官になる方だけではなく、弁護士であろうが検察官であろうが、国際人権法を忘れないで頂きたいですね。皆さん、条約にも拘束されているのだということを忘れないで下さい。

司会(学生)：今日はどうもお忙しい中お集まり頂き、ありがとうございました。本当に刺激的な議論が聞けたと思います。今後、国際条約等をどのように日本の法制度の中に位置付けていくか、さらにはそれをどのように活用していくかということは、ひとえにこれから法曹となる我々の肩にかかっているのではないかと、強く思った次第です。

渡辺：最後に一言。今日の話というのは、やはり刺激的だと私も思いました。今後の我々弁護士がどのように主張を展開しなければならないのか、それをとことん詰めていかなければならない責任も痛感しました。参加していただいた学生の皆さんにも、この重要な問題について異なる法分野から考察することの意味を感じ取ってもらえたかと思います。いや、面白かったです。ありがとうございました。