

自国に入国する権利と在留権： 比例原則に反して退去強制されない権利

近 藤 敦

1 はじめに

憲法上（実際には、憲法が規定していないので、国際慣習法上）、外国人には入国する自由や在留権（在留し続ける権利）は、保障されておらず、日本人の配偶者や特別永住者（当時の協定永住者）の再入国の自由も保障されていないとするのが判例（マククリーン事件・キャサリーン事件・崔善愛事件）の立場である。

一方、人権条約において、入国の自由は、自由権規約 12 条 4 項で「何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」と定める規定がみられる（「自国に戻る権利」として訳している政府訳は、この規定が新規に入国する権利や自国に在留する権利など、多様な側面を含んでいることを見落としがちである）。近年、国連の自由権規約委員会は、「『自国』という言葉は、長期の在留期間、密接な個人的・家族的つながり、在留目的、その種のつながりが他のどこにもないことなどの考慮を促す」との新しい判断を示し、同項の自国に入国する権利から「一定の外国人」の在留権を導き、退去強制を条約違反としている。

このほかにも、本稿では、出入国の自由、居住移転の自由をめぐる事例をもとに、憲法と人権条約の整合的な解釈のあり方を検討する。憲法と人権条約との整合的な解釈は、単に憲法規定に合わせて人権条約を解釈することでも、単に人権条約の規定に合わせて憲法を解釈することでもない。

留保することなく締結した人権条約は、憲法適合的な人権条約として、原則的に憲法解釈の指針となる一方で、例外的に憲法の方がより広く基本的人権を保障している場合は（多くの人権条約自体が「高水準の国内法令の優先適用」を定めているように¹⁾）人権条約の規定が憲法解釈の指針として権利制限の正当化に用いられることを禁止することで、憲法と人権条約の整合性がはかられるのである。憲法 98 条 2 項が定める「日本国が締結した条約」を「誠実に遵守」する義務は、こうした憲法と人権条約の整合的な解釈を要請している（他国の憲法規定を参照することと、批准した人権条約を誠実に遵守することは、別次元の問題であり、留保なしに批准した人権条約と憲法との整合性を裁判所は常に留意する必要がある）。そこで、日本の批准した人権条約に関する記述は下線を付しておく。

本稿は、こうした観点のもと、外国旅行の自由、入国の自由、在留権、恣意的に退去強制されない権利（庇護権を含む）、再入国の自由、自国に入国する権利と在留権との関係、出国の自由の順に、従来の憲法解釈と新たな人権条約と整合的な憲法解釈について論じるものである。

2（日本国民の場合の）外国旅行の自由の根拠規定と制限

外国旅行（海外渡航）の自由についての根拠は、居住・移転の自由を定めた憲法 22 条 1 項に求めるか、「外国に移住」する自由を定めた憲法 22 条 2 項に求めるか、人格の自由な発展を含む憲法 13 条の幸福追求権に求めるのかは、学説が分かれている。

第 1 に、短期的な外国旅行は、「移転」に含めるのが適当とするのが 22

1 自由権規約 5 条 2 項は「この規約のいずれかの締約国において法律、条約、規則または慣習によって認められたり、存在している基本的人権については、この規約がそれらの権利を認めていないこと、またはその認める範囲がより狭いことを理由として、それらの権利を制限したり、侵害したりしてはならない」と定めており、ここでの法律（law）には、憲法も含まれる。類似の規定は、社会権規約 5 条 2 項、女性差別撤廃条約 23 条、子どもの権利条約 41 条にもみられる。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

条 1 項説の立場である²。しかし、22 条 2 項が外国移住の自由として国外への移動を定めていることからすれば、同 1 項の居住・移転の自由は、日本国内での居住・移転を保障する権利と解すべきであり、国外への移動を含まないとする批判がある。

第 2 に、通説、判例は、22 条 2 項説の立場である³。これは、「外国」への移動の共通性に注目している。しかし、「移住」というのは、長期的な移動を意味する用語であり、短期的な外国旅行を含めるのは無理があると批判されている（たしかに、自由権規約 12 条 2 項のような国から離れる、出国という用語ならば、短期的な外国旅行も含めることに難はない）。

第 3 に、憲法の明文の規定のない権利は、憲法 13 条の幸福追求権がカバーするという 13 条説がある（この点、参考になるのは、「すべてのドイツ人は、連邦の全領域内で移動の自由を有する」との規定により、国内での移動の自由のみを定めるドイツ基本法 11 条 1 項が外国旅行の自由を含まず、「人格の自由な発展」を定める同 2 条 1 項が外国旅行の自由の根拠規定としたドイツ連邦憲法裁判所の判決である⁴。しかし、憲法 22 条が、本来は、（領域内という明文の制限なしに）人の移動の自由をカバーする規定であり、海外旅行の自由が人格の自由な発展の要素を備えていることを理由に、憲法 13 条だけを根拠規定とすることは憲法全体の整合的な解

2 宮沢俊義『憲法 [新版・改訂]』（有斐閣、1974）389 頁。

3 芦部信喜『憲法 [第 5 版]』（岩波書店、2011）223 頁（以下、芦部（2011）と略す）。帆足計事件・最大判 1958（昭和 33）年 9 月 10 日民集 12 卷 13 号 1969 頁。1952 年に、元参議院議員の帆足計がモスクワで開催される国際経済会議に出席するための旅券を請求したところ、外務大臣により旅券の発給が拒否された事件。「憲法 22 条 2 項の『外国に移住する自由』には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服するものと解すべきである。…旅券法 13 条 1 項 5 号が、…公共の福祉のために合理的な制限を定めたもの」として合憲とした。初期の公共の福祉による紋切型の先例であり、今後は、比例原則に照らして、制約の適合性、必要性、狭義の比例性が判断されるべきである。

4 BVerfGE 6, 32（1957）。参照、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障 エルフェス判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 [第 2 版]』（信山社、1996）42-46 頁。

釈において十分ではないように思われる。

また、自由権規約の規範構造と比較してみると、同 12 条 1 項が、明文で「領域内」での居住・移転の自由を定め、「合法的にいずれかの国の領域内にいるすべての者は、当該領域内において、移動の自由及び居住の自由についての権利を有する」と規定している。

そして同 2 項が出国の自由を定め、「すべての者は、いずれの国（自国を含む。）からも自由に離れることができる」と規定する。

さらに、同 4 項が自国への入国（再入国）の自由を定め、「何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」と規定する。

加えて、同 13 条が恣意的な追放（退去強制）⁵ 禁止を定め、「合法的にこの規約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づき、かつ、国の安全のためのやむを得ない理由がある場合を除くほか、自己の退去強制に反対する理由を提示し、そのための代理人の出席が認められる、権限のある機関またはその機関が特に指名する者により行われた審査に基づいてのみ、当該領域から退去強制することができる」と規定している。

もし、憲法 22 条 1 項の居住・移転の自由を通説のように、明文の規定のない「領域内」に限定し、同 22 条 2 項の国外移住の自由に、出国の自由を読み込んだとしても、再入国の自由と恣意的な退去強制の禁止の要素を憲法の明文規定から読み込むことが困難になる。

第 4 に、そこでむしろ、自由権規約との整合的な憲法解釈をするのであれば、「22 条 1 項・2 項と結びついた 13 条」が外国旅行の自由を保障すると解釈するのが適当であろう。本来、外国旅行（海外渡航）の自由は、後述する出国の自由と再入国の自由をともに含む性質のものである（日本国民の事例では主として出国の自由の側面が、在留外国人の事例では主とし

5 追放 (expulsion) は、最広義には、外国人および国民の場合の国外追放だけでなく、国内追放も含むが、退去強制 (deportation) は、外国人に対する国外追放の場合だけをさす用語である。自由権規約 13 条の追放は、日本の入管法上の退去強制と同じ外国人の国外追放を意味しており、退去強制と訳しうる。ただし、厳密には、ここでの追放は、犯罪人引渡し (extradition) も含む広義の強制出国をすべてさしている。

て再入国の自由の側面が問題となっている)。実は、憲法 22 条の規定が、外国旅行の自由を定めているかどうかが不明確なことの主要な原因は、出国の自由と再入国の自由の明文規定を欠く点にある。自由権規約の注釈書によれば「すべての者は、いずれの国（自国を含む。）からも自由に離れることができる」と定める自由権規約 12 条 2 項の出国の権利は、短期の国外滞在とやや長く延長された国外滞在（たとえば、旅行、訪問、仕事や会議への参加、短期留学・研究・就労などの目的のための外国旅行の自由）と国籍の離脱の有無にかかわらず長期の出国（移住の自由）の両方をカバーすると説明している⁶。また、自由権規約委員会の一般的意見 27 では、自由権規約 12 条 2 項の定める「国の領域から離れる自由を、個人が国外に滞在する特定の目的または期間にかからしめることは許されない。したがって、本項は外国旅行のみならず、永久的移住のために国を離れる場合をも規定するものである」といい、「何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」と定める 12 条 4 項は、「自国を離れた後に帰国する権利を含む」という⁷。したがって、出国の自由と再入国の自由の根拠規定を検討することで、おのずと海外旅行の自由の根拠も明らかとなる。出国の自由は、憲法 22 条 2 項の「外国に移住」する自由と結びついた 13 条が保障し、再入国の自由は、憲法 22 条 1 項の「居住、移転」の自由と結びついた 13 条が保障するものと考えられる。より詳しくは、憲法 22 条 2 項の「移住」という長期的な出国にとどまらず、短期的な出国も含む、「出国の自由」は、憲法「22 条 2 項と結びついた 13 条」が保障する。また、憲法 22 条 1 項の「居住、移転」の自由という、国内での住所の選定・移動にとどまらず、自国を離れた後に帰国して居住する自由も含む、再入国の自由は、憲法「22 条 1 項と結びついた 13 条」が保障する。そこで、出国し、再入国する、海外旅行の自由は、「22 条 1 項・2 項と結びついた

6 M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, 2nd ed. (Kehl: N.P. Engel, 2005), p. 267.

7 Human Rights Committee, General Comment 27 (2 November 1999) para. 14 and 19.

13条」が保障すると考えるのが適当であろう。

次に、日本の判例上の重要な問題は、外国旅行の自由を制限する、旅券法13条1項5号（現行7号）の合憲性である。そこでは、一定の犯罪行為などのほかに「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」は、外務大臣が旅券の発給を拒否することができる⁸と定めている。

第1に、多数説である違憲説によれば、このような「猥然かつ不明確な基準」による規制は、外務大臣の自由裁量により、外国旅行の自由といった憲法上の権利を奪うものであり、文面上違憲となるという⁹。しかし、外国旅行の自由は精神的自由そのものではなく、合理的範囲で政策的制約を受ける余地もありうる。したがって、文面上違憲とするよりも、むしろ、害悪発生の相当の蓋然性がないのに、旅券発給を拒否するときは、適用違憲となりうるとする方が適当とする有力な見解もある⁹。

第2に、合憲限定説によれば、外国旅行の性質上、国際関係の見地から特別の制限が可能であるとするものの、一定の犯罪行為に限定して、合憲限定解釈を施す¹⁰。しかし、犯罪行為とは別に、たとえば、エボラ出血熱のようにワクチンがまだつくられていない特定の感染症が流行している地域への渡航制限など、公衆衛生上の公共の安全を理由とした制約は認められる余地があるものと思われる。

第3に、合憲説によれば、犯罪行為に限らず、「国家の安全保障」という立法目的と合理的に関連する行為を政策的に判断して旅券の発給を外務大臣が拒否することは合憲となり、裁判所の審査は目的と手段との合理的関連性の有無で足りるとする¹¹。しかし、「日本国の利益」という表現は、外務大臣の恣意的な運用を許す、非常に広範な概念であり、「国家の安全保障」という特定の国益の目的との合理的関連性を審査するのであれば、

8 宮沢、前掲、389-390頁。

9 伊藤正己『憲法 [第3版]』（弘文堂、1995）366頁。

10 佐藤功『ポケット注釈全書 憲法（上）』（有斐閣、1983）399頁。

11 河原峻一郎「出国の自由」ジュリスト129号（1957）37頁。

合憲限定解釈を施す必要がある。また、目的と手段との合理的関連性の審査では十分ではない。自由権規約委員会の一般的意見 27 にあるように、外国旅行の自由を含む出国の自由の制限は、「比例原則に適合するものでなければならない。すなわち、制限は目的達成のために適切なものでなければならない、目的を達成する手段のうち最も非侵害的な手段でなければならない、さらに達成される利益と比例するものでなければならない」¹²。自由権規約委員会は、目的と手段の適合性・必要性・狭義の比例性といったドイツに一般的な比例原則の 3 つの審査内容を出入国管理の場面で採用している点に着目すべきである。なお、比例原則の根拠規定は、自由権規約 12 条 3 項が、移動の自由・居住の自由、および出国の自由は「法律で定められ、国家の安全、公の秩序、公衆の健康もしくは道徳または他の者の権利および自由を保護するために必要であり、かつ、この規約において認められる他の権利と両立するものである場合を除いて、制限できない」と定めている点にある。制約手段がこれらの目的のために、自由権規約が用いる「必要」という要件は、客観的な最低基準にしたがうものであり、この基準が守られているかどうかの判定基準は、比例原則により審査される¹³。

第 4 に、そこでむしろ、「日本国の利益」を「国の安全」の意味に限定する合憲限定解釈を施したうえで、国および公共の安全の目的に照らし、旅券の発給拒否という手段の適合性、必要性、狭義の比例性を審査する比例原則により、合憲・違憲を判断することが適当と思われる。この場合の限定合憲説は、従来の第 2 説と区別すべく、「比例原則説」と呼ぶことにする。海外旅行の自由の根拠規定が憲法「22 条 1 項・2 項と結びついた 13 条」にあり、旅券法の合憲審査における比例原則の根拠規定は、憲法 13 条の「権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」点にある。いわば、個人の権利が、

12 Human Rights Committee, General Comment 27 (2 November 1999) para. 14.

13 Nowak, op.cit., p. 275.

公共の福祉の判定基（具体的には、規制目的と規制手段の適合性・必要性・狭義の比例性）に照らし、（最大限）尊重されている必要がある（裏返せば、国家の規制は必要最小限にとどまる必要がある）。詳しくは、別稿で論ずるが¹⁴、公共の福祉による制約の可否の問題は、具体的には比例原則に反するか否かにより判断されることになる。「公共の福祉」とは、国家の規制と個人の人権との対立を調整する公平の原理としての比例原則に照らして、民主的社会において正当な要求と認められる道徳、公の秩序および一般の福祉をさす。短くいえば、公共の福祉は、「公平の原理としての比例原則の認める利益」を意味する。当該規制の目的とする国の安全の利益と旅券発給拒否の手段との間に、適合性（合理性）、必要性、狭義の比例性がある場合に、制約が正当化され、合憲となるかどうかを審査するのであり、単なる合理性よりは、踏み込んだ違憲審査を裁判所は行う必要があるとともに、従来の比較衡量の手法よりも、違憲審査の過程の透明性が確保されることになる。

3（外国人の場合の）出入国関連の諸権利

入国の自由

外国人の入国の自由は、通説・判例によれば、憲法 22 条 1 項の居住・移転の自由には含まれないのであって、国際慣習法上と同様、憲法上も保障されておらず、国家の自由裁量による¹⁵。最高裁は、中国人の密入国者に関する林栄開事件において、「憲法 22 条 1 項には、何人も公共の福祉に反しない限り居住・移転の自由を有する旨規定し、同条 2 項には、何人も外国に移住する自由を侵されない旨の規定を設けていることに徴すれば、憲法 22 条の右の規定の保障するところは、居住・移転及び外国移住の自由のみに関するものであって、それ以外に及ばず、しかもその居住・移転

14 参照、近藤敦「比例原則の根拠と審査内容の比較研究 - 収容・退去強制の司法審査にみる（国際人権）法の支配 -」岡田信弘ほか編『憲法の基底と憲法論：高見勝利先生古希記念論文集』（深山社）近刊所収予定。

15 芦部（2011）94 頁。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

とは、外国移住と区別して規定されているところから見れば、日本国内におけるものを指す趣旨であることも明らかである。そしてこれらの憲法上の自由を享ける者は法文上日本国民に局限されていないのであるから、外国人であっても日本国に在ってその主権に服している者に限り及ぶものであることも、また論をまたない。されば、憲法 22 条は外国人の日本国に入国することについてはなから規定していないものというべきであって、このことは、国際慣習法上、外国人の入国の許否は当該国家の自由裁量により決定し得るものであって、特別の条約が存しない限り、国家は外国人の入国を許可する義務を負わない」と判示した¹⁶。

今日、この「特別の条約」として、難民条約、拷問等禁止条約および自由権規約がある。難民条約 33 条 1 項および拷問等禁止条約 3 条のノン・ルフールマン（追放禁止）原則によれば、政治的迫害により生命または自由が脅威にさらされるおそれのある国に、拷問が行われるおそれのある国に、追放することができない。したがって、条約締結国である日本は、事実上、入国を許可する義務を負う。ドイツ基本法 16a 条のように一定の国の憲法では、「政治的に迫害されている者は、庇護権を有する」といった規定を有する。こうした庇護権の明文規定をもたない日本国憲法にあっては、後述するように、「恣意的に退去強制されない権利」として、「憲法 21 条 1 項と結びついた 13 条」が保障する。また、入国の自由は、何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」と定める自由権規約 12 条 4 項に定められている。「自国に入国する権利 (the right to enter his own country)」を「自国に戻る権利」として訳している政府訳は¹⁷、再入

16 林栄開事件・最大判 1957 (昭和 32) 年 6 月 19 日刑集 11 卷 6 号 1663 頁。かつて日本に 10 数年間滞り、日本人経営の軍指定工場や日本軍の通訳として勤務していた中国人が、戦後、日本に密航し、虚偽の外国人登録証の交付を申請したため、情状を酌量して、執行猶予 3 年と罰金の刑に処された事件。

17 たしかに、世界人権宣言 13 条 2 項は「すべて人は、いずれの国 (自国を含む。) からも出国し、かつ、自国に戻る (return to his country) 権利を有する」として、出国の自由と帰国の自由を定めている。また、人種差別撤廃条約 5 条 (d) 項 (ii) も、平等な市民的権利として同じ規定を置いている。

国の自由の側面を想起させるのには適当であるが、この権利には、新規に入国する権利や後述する自国に在留する権利など多様な側面を含んでいることに注意する必要がある。なお、子どもの権利条約 10 条 2 項の政府訳では「自国に入国する権利 (enter their own country)」と訳されており¹⁸、本稿では、こちらの訳語を採用する。「自国に入国する権利」について、移動の自由に関する自由権規約委員会の一般的意見 27 は、つぎのようについて、「人が自国に入国する権利を有するということは、人とその国との間に特別の関係が認められるということである。この権利には多くの側面がある。これは自国に在留する権利 (the right to remain) があることを含意する。したがって、新規に入国する権利が一般には外国人に認められないとしても、在留する権利 (引き続き在留することを要求しうる権利) が認められないことは別問題である。

在留権

日本の判例上、在留する権利が問題となったのは、マクリーン事件最高裁判決である。すなわち、「憲法 22 条 1 項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、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ものとされていることと、その考えを同じくするものと解される (最高裁昭和 29 年 (あ) 第 3594 号同 32 年 6 月 19 日大法院判決・刑集 11

18 自由権規約以後に採択された子どもの権利条約 10 条 2 項の政府訳は、「…締約国は、児童及びその父母がいずれの国 (自国を含む。) からも出国し、かつ、自国に入国する権利を尊重する…」とある。他方、最近の障害者権利条約 18 条 (d) の政府訳は、自国に戻る権利 (right to enter their own country) と訳している。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

巻6号1663頁参照)¹⁹。したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないと解すべきである」という²⁰。

この点、「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、…当該国家が自由に決定することができる」と明記しているが、この特別な条約の1つとして²¹、「何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」と定める自由権規約12条4項があることに留意する必要がある（この点は、の入国の自由と在留する権利との関係において、詳述する）。

もっとも、マクリン事件は、アメリカ国民が英語教師として1年間日本に在留し、在留期間の更新を申請したところ、別の英語学校への転職とベトナム反戦等の政治活動にかかわったことを理由として、法務大臣が在留期間の更新を不許可とした事例である。こうした短期の在留者が、日本を「自国」とみなし、自由権規約12条4項から導かれる「在留する権利」を主張できるわけではない。むしろ、マクリン事件1審判決が指摘したように、「転職およびいわゆる政治活動の実体が、なんら在留期間の更新を拒否すべき事由に当たらないのに、著しくこの点の評価を誤つたもので、…裁量の範囲を逸脱する違法の処分である」点が問題となる²²。本質的には、政治的意見・信条を理由とする差別（自由権規約26条・日本国憲法14条）の有無が、出入国の公正な管理の目的と在留期間更新拒否の手段との比例性の審査のもとに判断されるべき事例といえよう。「著しくこの点の評価を誤つた」という言い回しには、比例原則の発想がみとれる。

マクリン事件最高裁判決の最大の問題点は、以下の部分にある。すな

19 前述の林栄開事件最高裁判決。

20 マクリン事件・最大判1978（昭和53）年10月4日民集32巻7号1223頁。

21 難民条約33条1項・拷問等禁止条約3条1項の定めるノン・ルフールマン原則も、政治的迫害や拷問等のおそれのある外国人の送還を禁止することによって、外国人の受入れを義務づけている。

22 マクリン事件・東京地判1973（昭和48）年3月27日判時702号46頁。

わち、「外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」という²³。基本的人権の保障は、「外国人在留制度のわく内」という最高裁の論理は、極論すれば、外国人に対する人種差別や性差別に基づく入管行政であっても合憲となることを意味しうるものと思われる。比例原則に照らし、これらが許される制約であるのかどうかを審査するのと同様に、信条差別による制約の可否も比例原則に照らして許されるかどうかを審査すべきである。「憲法で保障された基本的人権である表現の自由の範囲内の政治的意見の表明である以上、在留期間更新の許否を判断する際のマイナス要素として考慮すること」を最高裁が認めると、「法務大臣が憲法の基本的人権の保障を無視してもよいことになる」との元最高裁判事の批判がみられるように、マククリーン判決後に発効した人権諸条約により「マククリーン基準の中身が今日では実質的に変容」しており、個別の審査の際に、「憲法や条約等の趣旨を判断基準として取り入れること」に留意すべきである²⁴。

23 同・最大判 1978 (昭和 53) 年 10 月 4 日民集 32 巻 7 号 1223 頁。

24 泉徳治「マククリーン事件最高裁判決の枠組みの再考」自由と正義 62 巻 2 号 (2011 年) 20-21 頁。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

恣意的に退去強制されない権利（庇護権を含む）

入国の自由が認められないことと、他の基本的人権の保障のために、在留の許否の裁量が制約されることとは、別問題である。この点、外国人の地位に関する自由権規約委員会の一般的意見 15にあるように「規約は、締約国の領域に入りまたは居住する外国人の権利を認めていない。何人に自国への入国を認めるかを決定することは、原則としてその国の管轄事項である。しかしながら、差別禁止、非人道的な取扱いの禁止、または家庭生活の尊重の考慮などの一定の状況において外国人は、入国または居住に関連する場合においてさえ規約の保護を享受することができる。入国の同意は、たとえば、移動、居住および雇用に関する条件を付して与えられる場合がある。...しかし、外国人は、ひとたび締約国の領域に入ると認められると、条約で定められた権利を享受することができるのである。...13条は、追放手続のみを直接規律するにすぎず、追放の実体的根拠を規律していない。しかし、『法律に基づいて行われた決定によって』行われることのみを認めることにより、その目的が恣意的な追放を阻止することにあることは明らかである」²⁵。また、両性の平等に関する一般的意見 28にあるように、強姦や強制的な不妊手術や持参金が少ないことによる殺人などの「ジェンダーに特有な理由を根拠として提出することができる権利」を退去強制への抗弁として外国人女性に認めるべきであり²⁶、これらは非人道的な取扱いの禁止を定める自由権規約 7 条からも導かれる²⁷。

日本においても、たとえば、在留を特別に認めない法務大臣の裁量について、家族の結合の権利（自由権規約：B 規約 23 条）や子どもの最善の利益（子どもの権利条約 3 条）なども考慮しながら、権利の制約が正当化されるかどうかを審査する必要が問題となっている。この点、下級審の

25 Human Rights Committee, General Comment 15 (11 April 1986) para. 5, 6 and 10.

26 Human Rights Committee, General Comment 28 (11 April 1986) para. 17.

27 Joseph and Castan, op.cit., para. 13.06.

判例では、日本人の配偶者の退去強制について「真意に基づく婚姻関係について実質的に保護を与えないという、条理及びB規約 23 条の趣旨に照らしても好ましくない結果を将来するものであって、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものといわなければならない」と判示している²⁸。ここでは、比例原則という言葉を用いていないものの、「著しく妥当性を欠く」という判断のうちに狭義の比例性の審査と類似の視点が認められる。ついで、子どものいる長期滞在家族の退去強制についてのアミネ・カリル事件では「2歳のときに来日し、10年以上を日本で過ごした原告長女...のこれまで築き上げてきた人格や価値観等を根底から覆すものというべきであり、...子どもの権利条約 3 条の内容にかんがみれば、この点は、退去強制令書の発付に当たり重視されるべき事情であるといえる。...原告ら家族が受ける著しい不利益との比較衡量において、本件処分により達成される利益は決して大きいものではないというべきであり、本件各退去強制令書発付処分は、比例原則に反した違法なものというべきである」と判示している²⁹。ここには、狭義の比例性としての比例原則が明示されている。

日本の入管の行政実務上、退去強制事由に該当する場合でも、法務大臣が在留を特別に許可するかどうかの判断に際しては、2009年に改訂された「在留特別許可に係るガイドライン」において「特に考慮する積極要素」として、以下の5項目が示されている。

- (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
- (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

28 東京地判 1999（平成 11）年 11 月 12 日判時 1727 号 94 頁。

29 アミネ・カリル事件・東京地判 2003（平成 15）年 9 月 19 日判時 1836 号 16 頁。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

護及び養育していること

(3) 当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、次のいずれにも該当すること

ア 夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること

イ 夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること

(4) 当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること

(5) 当該外国人が、難病等により本邦での治療を必要としていること、又はこのような治療を要する親族を看護することが必要と認められる者であること

ここには、「難病等により本邦での治療を必要としていること」といった、医療に関する利益を重要な考慮要素とする視点がうかがえる。この点、名古屋高裁の確定判決では、「ガイドラインが示した基準から大きく離れた判断は、特段の事情が存しない限り、平等原則ないし比例原則に反するものとして、裁量権の逸脱又は濫用を基礎づけると解するのが相当である」として、個々の患者の具体的な治療の必要性を審査し、日本での治療継続を求める（再発率の高い）胸腺がん患者に対する退去強制令の発付を違法としていることは注目に値する³⁰。

また、在留特別許可に係るガイドラインは、子どもの最善の利益を考慮した「家族生活の尊重」を保障する視点がうかがえる。しかし、「差別禁止」、「非人道的な取扱いの禁止」の観点が欠けている。同ガイドラインの「その他の積極要素」として「その他人道的配慮を必要とするなど特別

30 名古屋高判 2013（平成 25）年 6 月 27 日裁判所ウェブサイト。参照、宮崎真「裁量審査における在留特別許可ガイドライン、社会権規約の位置づけ - 治療継続を求めるがん患者に対する強制退去取消事件」国際人権 25 号（2014）110-111 頁。

な事情があること」と曖昧に示されているにすぎない。裁判所のとるべき比例原則の審査内容は、この行政実務のガイドラインを参考にしつつ、人道的配慮の内容をより明確にすべく、自由権規約 26 条の差別禁止、同 7 条の非人道的な取扱いの禁止、難民条約 33 条 1 項および拷問等禁止条約 3 条のノン・ルフールマン（追放禁止）原則を参照する必要がある。たとえば、大阪高裁の確定判決では、難民申請したミャンマー国民に対する難民不認定および退去強制命令発付については、『政治的意見を理由に迫害を受けるおそれ』がある難民の場合に、特別在留許可を認めず、本国への送還を原則とする退去強制令書の発付の前提となる本件退去強制判決を行うことは、拷問等禁止条約 3 条（ノンルフールマン原則）等の趣旨からも、裁量権の逸脱ないし濫用に該当し、違法といわざるを得ないと判示している³¹。

なお、日本の裁判所は、行政の裁量統制において比例原則を採用することは珍しく、採用する場合でも法の一般原則とする傾向があり、合法・違法の判定基準として用いても、合憲・違憲の判定基準とすることはない。アミネ・カリル事件では、「警察法分野においては、一般に行政庁の権限行使の目的は公共の安全と秩序を維持することにあり、その権限行使はそれを維持するため必要最小限なものにとどまるべきであるとの考え方ばかりか、憲法 13 条の趣旨等に基づき、権力的行政一般に比例原則を認める考え方によっても肯定されるべきものである」といい、憲法 13 条に言及はしているものの、結論は違法をいうだけであり、法の一般原則として導いているにすぎない。

そもそも、在留する権利、すなわち日本に居住する権利は、憲法 22 条 1 項とまったく無関係なのであろうか。居住・移転の自由の内実が、住所選

31 大阪高判 2005（平成 17）年 6 月 15 日判時 1928 号 29 頁。なお、退去強制を受ける者の送還先の禁止事項として、すでに難民条約 33 条 1 項に対応する規定が定められていたが、2009 年の入管法改正により、拷問等禁止条約 3 条 1 項および未発効ながら日本も批准した強制失踪条約 16 条 1 項に該当する国が追加されている。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

扱の自由であるとしても、日本に生活の本拠（住所）を定めている者が、本人の意思に反して、退去強制されることは、住所選択の自由を制約する行為である。「居住の自由」とは「恣意的に住居の選択を妨害されない権利」を意味する。一方、自由権規約 12 条 1 項の「居住の自由」は、「領域内」での限定が付されており、「合法的な滞在者」に主体が限定されているのに対し、日本国憲法 22 条 1 項には、「領域内」に居住の自由を限定する規定もなく、「何人も」という規定は、非正規滞在者を除外する規定でもない。他方、自由権規約 13 条の退去強制の禁止は、もっぱら「手続的権利」であり、実体的な禁止理由は、同 26 条の差別禁止その他の規定から導かれるのに対し、日本国憲法 22 条 1 項は、「公共の福祉に反しない限り」、恣意的に「居住の自由」を侵害されない権利を保障する。ただし、「恣意的に退去強制されない権利」とは必ずしも明示されていないので、この権利は、憲法「22 条 1 項と結びついた 13 条」が保障しているものと解することが適当であろう³²。そして「恣意的に退去強制されない権利」は、「公共の福祉に反しない限り」保障されるのであって、その制約の合憲・違憲が比例原則に照らして審査されることになる。とりわけ、「個人として尊重される」憲法 13 条の規定に照らし、大量の集団的追放は、違憲となる。

また、庇護権も、「恣意的に退去強制されない権利」のコロラリーとし

32 ドイツの場合は、「すべてのドイツ人」は、「連邦の全領域において移動の自由を有する」と基本法 11 条が定めているため、外国人の滞在権は、（日本国憲法 13 条の幸福追求権に相当する）基本法 2 条 1 項の「人格の自由な発展」から導かれる。ドイツ連邦憲法裁判所は、比例原則を採用して、たとえば、パレスチナ学生総同盟に属する 2 人の医学生に対するテログループへの支援の恐れを理由とする退去強制令は、目前の医師資格を取得するまでドイツに滞在しなければならない 2 人の被る侵害と比べて比例的ではなく、恐れがあるからといって退去強制をすることは正当化されない（1 人の配偶者はドイツ国民であるので 6 条 1 項の婚姻の保護をも侵害する）と判示している。BVerfGE 35, 382: 404-7. 参照、宮地基「憲法に基づく外国人の滞在の権利の保障 - ドイツ連邦憲法裁判所判例を手がかりとして -」明治学院大学法学研究 60 号（1996）338-343、352-354 頁。

て、憲法「22条1項と結びついた13条」が保障する。とりわけ、憲法13条が「生命、自由及び幸福追求」の権利を保障していることに着目する必要がある。難民条約33条1項および拷問等禁止条約3条に基づいて、政治的迫害および拷問により生命または自由が脅威にさらされるおそれがある国に退去強制されない権利が保障されるだけでなく、広く内戦・災害・死刑³³なども含む多様な理由により生命または自由が脅威にさらされるおそれがある場合にも、退去強制されない庇護権が、憲法22条1項と結びついた13条の保障する恣意的に退去強制されない権利に基づいて保障される。

再入国の自由

外国人の海外旅行の自由は、出国の面で問題がないとすれば、この場合の出国は、帰国を前提とするので、再入国の自由が問題となる。とりわけ、日本人の配偶者や日本に永住する権利をもつ在日韓国・朝鮮人の出国を許可しながら、再入国を拒否することが問題となった。

判例は、当初、憲法22条が海外旅行の自由を認めることから、外国人にも再入国の自由を認めた下級審判決がある。在日朝鮮人の祝賀行事参加のための北朝鮮訪問に対して旧出入国管理令26条1項により再入国許可を認めなかったことを違法とした北朝鮮祝賀団再入国事件の東京地裁判決

33 ヨーロッパ人権裁判所によれば、死刑による生命への危険のある国への犯罪人の引渡しは、「何人も、拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない」というヨーロッパ人権条約3条に反するとある。参照、Soering v United Kingdom (1989) 11 EHRR 439. たしかに、日本の死刑制度は、憲法13条が「生命...については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めていることなどを理由に、合憲とする最高裁判決がある。最大判1973(昭和48)年4月4日刑集27巻3号265頁。しかし、比例原則に照らし、死刑は正当化されるものではない。参照、南アフリカ憲法裁判所の判決：S v Makwanyane and Another (1995) ZACC 3. 死刑による生命の危険のある国への退去強制は、比例原則に反する非人道的な取扱いとして、日本国憲法「22条1項と結びついた13条」に反するものと解するのが相当である。同様に、死刑に関する刑法の諸規定も、比例原則に照らし憲法13条に反すると解するのが相当である。

では、「憲法 22 条は、何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転の自由を有し、海外移住する自由を侵されない旨を規定しているが、その趣旨からみて、そのなかには、一時的海外旅行の自由（渡航の自由）を含むと解すべきであり（最高裁昭和 33 年 9 月 10 日大法廷判決民集 12 巻 13 号 1969 頁参照）³⁴、また、同条は日本国にあって日本国の主権に服するすべての外国人にも適用があると解するのが相当である（最高裁昭和 32 年 12 月 25 日大法廷判決刑集 11 巻 14 号 3377 頁参照）³⁵。そうであるとすれば、上記管理令の条項は、『再入国の許可を与えることができる』というのであって、規定の形式からすれば、再入国を許可するも不許可にするも法務大臣の全く自由な裁量であるかのごとくであるが、再入国許可申請者が日本国の利益又は公安を害する行為を行うおそれがあるなど公共の福祉に反する場合に限って、再入国の許可を拒否することができるにすぎない趣旨と解さなければならない。…渡航の自由は、日本人のみならず日本国に在留するすべての外国人にとつても基本的な人権であるから、前示のとおり、日本国の利益又は公安を害する行為を行うおそれのある者でない限り、いずれの国向けの再入国であっても許可せらるべきであり、その国が日本国の政府によって承認されているか否かによって再入国の許可が左右されるべきではない」とある³⁶。この高裁判決も、同様に、「日本国国民の基本的自由権の一つである一時的海外旅行の自由は、憲法第 22 条第 1 項によって保障されると解する（同条第 2 項によるとしても公共の福祉による制限をうけると解する限りは結論において等しい。）が、日本国の領土内に存住する外国人は、日本国の主権に服すると共にその身体、財産、基本的自由等の保護を受ける権利があることは、明らかであるから、日本国民が憲法

34 前掲の海外旅行の自由をめぐる旅券法の規定を合憲とした帆足計事件・最高裁判決。

35 前掲の出国の自由を憲法上認めつつ、旅券の認証を出国の要件とする出入国管理令 25 条を合憲とした最高裁判決。

36 北朝鮮祝賀団再入国事件・東京地判 1968（昭和 43）年 10 月 11 日判時 531 号 3 頁。

第22条第1項（または第2項）によって享受すると同様に、公共の福祉に反しない限度で海外旅行の自由を享有する権利があるといつてよい（同条項が在留外国人に対しても直接適用があると解すればなおさらのことである。）と判示した³⁷。ただし、最高裁は、祝賀行事が終わっているので、訴えの利益なしとして却下している³⁸。

しかし、指紋押捺を拒否した日本人の配偶者であるアメリカ人の森川キャサリン事件以後、憲法上、外国人の再入国の自由は否定され、自由権規約（B規約）12条4項の「自国に戻る権利」の解釈が重要な争点となっている。1審判決によれば、「憲法22条1項の規定は、『何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転……の自由を有する。』と規定しているが、同条2項が、『何人も外国に移住……する自由を侵されない。』と規定していることからすれば、同条1項にいう居住、移転は日本国内におけるそれを指すものと解すべきであり、したがって、同条1項が我が国に在留する外国人の海外旅行の自由を保障する根拠規定となり得ないものであることは明らかである。…原告は、我が国が批准した国際人権規約B規約12条4項は『何人も、自国に戻る権利を恣意的に奪われない。』と規定しているが、同項の『自国』の解釈は、国際連合における審議において、草案段階の『国籍国』が『自国』に変更された経過を踏まえるならば、『国籍国』に限定すべきではなく、これに加えて、永住資格を有して定住している外国人及びこれに準ずる者にとつての定住国を含むと考えるべきであり、このことは、憲法22条の解釈に際しても十分配慮されるべきであると主張する。…しかしながら、同条2項が、『すべての者は、いずれの国（自国を含む。）からも自由に離れることができる。』として、自国民及び外国人の出国の自由を規定しているのに対し、同条4項は文言上自国民のみの入国の自由を保障していること、国際慣習法上外国人には入国の自由が認められていないことからすると、同項の『自国』の解釈としては、戸

37 同事件・東京高判1968（昭和43）年12月18日判時542号34頁。

38 同事件・最判1970（昭和45）年10月16日民集24巻11号1512頁。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

籍というような統一籍を備えていない国はともかくとして、我が国のように国籍・戸籍という統一籍を備えている国においては、『国籍国』を意味するものと解さざるを得ないから、右条項を根拠として、在留外国人に再入国の自由が憲法上保障されているものとすることはできない」としている³⁹。2審判決も、ほぼ同様に、訴えをしりぞけている⁴⁰。最高裁判決は、この点の判断なしに、ただ「我が国に在留する外国人は、憲法上、外国へ一時旅行する自由を保障されているものでないことは」、密入国を違法とした林栄開事件最高裁判決および在留権を否定したマクリン事件最高裁判決の「趣旨に徴して明らかである」というだけである⁴¹。しかし、入国の自由と再入国の自由は、事案が異なり、在留権という名の居住の自由とも再入国の自由は、事案が異なるので、先例の趣旨からは、必ずしも、明らかとはいえない。

その後も、指紋押捺を拒否した協定永住者の在日韓国人ピアニストのアメリカ留学に際しての再入国不許可処分を適法とした。崔善愛事件1審判決は、自由権規約（B規約）12条4項の制定時の審議において、「『国籍国』に限定しようとする意見の国が明確に『国籍国』との用語をもって表現しようとしたのに対し、『定住国』を含ませようとする意見の国は、『永久的住居』を有する国との表現を加えようとした結果、妥協として世界人権宣言第13条第2項（『すべて人は、自国その他いずれの国をも立ち去り、及び自国に帰る権利を有する。』）に使われている『自国』の用語に落ち着き、結局、国際連合総会で採択された時には、『自国』の用語に定住国を含ませるものとして右条項が確立したのであるから、そう解釈すべきであるとの見解を公表している者もあることを認めることができるけれども、…国際連合の審議において、当時国が「自国」に「定住国」の意味をも与える意図があったとすれば、「定住国」又は「永久的住居」という用語の定

39 森川キャサリーン事件・東京地判1986（昭和61）年3月26日判時1186号9頁。

40 同事件・東京高判1988（昭和63）年9月29日判タ689号281頁。

41 同事件・最判1992（平成4）年11月16日裁判所ウェブサイト。

義付け、永住資格の要否、国籍国と定住国とが異なる場合の扱いなどの事情について、当然、審議がなされてしかるべきであろうと思われるが、それにもかかわらず、そのような審議がなされた跡は何も窺えない。この点から考えると、当事国において「自国」に「定住国」の意味をも与える意図があったとは到底認められないというべきである。以上のとおりであるから、国際人権規約B規約第12条第4項の規定をもって原告の協定永住資格存続を肯定することはできない」という⁴²。この点については、2審判決も、ほぼ同様の内容であり⁴³、最高裁判決は、この点の判断なしに、訴えをしりぞけた⁴⁴。

ただし、2審判決だけは、再入国拒否処分における裁量権の濫用を認め、違法と判断している。すなわち、1986年6月24日の「本件処分当時の指紋押捺制度をみると、第2回目以降の指紋押捺自体は重要性を失っていたということができること、これに対し、本件再入国許可申請が不許可になれば、控訴人は、我が国に生まれ育ち、永住の意思が有りながら（控訴人の当審における供述）、結果的に協定永住資格を失い、法的に極めて不利な立場に立たされること、控訴人の指紋押捺を拒否した理由は、指紋押捺を含む外国人登録証に対し抱く在日韓国人の痛みを理解して欲しいとの無理からぬ願いからであって、指紋押捺拒否運動を意図したものではないこと、本件再入国許可申請の目的が控訴人としては断念できない音楽の勉強のための留学にあったこと等を考慮すると、被控訴人法務大臣の本件不許可処分は協定永住資格を喪失させる退去強制処分と実質異ならない法的不利益を控訴人に与えるもので、再度の指紋押捺拒否の点を考慮しても、本件不許可処分は、控訴人に対しては余りにも苛酷な処分として比例原則に反しており、その裁量の範囲を超え又は濫用があったものとして違法とい

42 崔善愛事件・福岡地判1989（平成1）年9月29日判時1330号15頁。

43 同事件・福岡高判1994（平成6）年5月13日判時1545号46頁。

44 同事件・最判2008（平成10）年4月10日民集52巻3号677頁（被告側上告事件）。

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

わざるをえず、その取消しを免れないものである」という⁴⁵。ここでは、再入国不許可処分という手段の著しい不利益ゆえに比例原則違反に基づく裁量権の濫用を導いている。しかし、最高裁判決では、協定永住者の特殊な地位を考慮し、「本邦における生活の安定」や「不利益の大きさ」などを考慮しても、法務大臣の判断が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとはいえず、裁量権の踰越・濫用があったものとして違法ということとはできないと判示している⁴⁶。いわば、比例原則に基づく裁量審査は、おざなりになっている。

法の一般原則としての比例原則ではなく、「憲法 22 条 1 項と結びついた 13 条」が憲法上、公共の福祉に反しないかぎり、自国とみなすほどに密接な関係を有する外国人の「再入国の自由」を保障しており、(適合性・必要性・狭義の比例性を審査する) 比例原則に照らして合憲・違憲を審査することにこれからの裁判所は、取り組む必要がある。

自国に入国する権利と自国に在留する権利の関係

人権条約において、再入国の自由の侵害は、「何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」と定める自由権規約 12 条 4 項の解釈が問題となる⁴⁷。「自国に入国する権利 (the right to enter his own country)」を「自国に戻る権利」として訳している政府訳は、再入国の自由を想起させるのには適当であるが、この権利には、自国に在留する権利など多様な側面を含んでいることに注意する必要がある。自由権規約委員会の一般的

45 崔善愛事件・福岡高判 1994 (平成 6) 年 5 月 13 日判時 1545 号 46 頁。

46 同事件・最判 2008 (平成 10) 年 4 月 10 日民集 52 卷 3 号 776 頁 (原告側上告事件)。

47 もともと、自国を国籍国とみる狭義の解釈と永住国とみる広義の解釈をめぐる制定時の対立を曖昧にする形で「自国に入国する権利」という規定が選ばれ、人種・宗教・言語・祖先・出生・継続居住などの関連する基準の合理的な組み合わせによって結びついた国という広義の理解もあった。参照、Hurst Hannum, The Right to Leave and Return in International Law and practice (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987), pp. 56-60.

意見 27 は、つぎのようにいう。「人が自国に入国する権利を有するということは、人とその国との間に特別の関係が認められるということである。この権利には多くの側面がある。これは自国に在留する権利 (the right to remain) があることを含意する。...12 条 4 項の用語 (『何人も』) は、国民と外国人とを区別していない。したがって、この権利を行使しようの人が誰かということは、『自国』という語句の意味をいかに解釈するかにかかっている。『自国』の範囲は、『国籍国』の概念より広い。それは正式な意味での国籍、すなわち出生によりまたは後天的に取得した国籍に限られない。それは少なくとも、当該国に対して特別の関係または請求権を有するがゆえに、単なる外国人と見なすことはできない個人を含む。このような例としては、ある国の国民が国際法に違反して国籍を剥奪された場合とか、個人の属する国籍国が他の国に併合されまたは譲渡されたが、その国の国籍を付与されなかった場合がある。のみならず、12 条 4 項の用語によれば、それ以外の長期滞在者が含まれるとのさらに広い解釈が可能である。これら長期在留者には、在留国における国籍取得の権利を恣意的に剥奪された無国籍者も含まれるが、それに限られない。一定の状況下では、その他の要素が人と国との密接かつ永続的な関係を形成する場合があるので、締約国はその報告書の中に、永住者が在留国に戻る権利に関する情報を含めるべきである」⁴⁸。

自由権条約委員会に個人通報された *Stewart v Canada* (1996) において、長期にカナダに在留するイギリス国民の犯罪に起因する退去強制により、政府の特赦がなければ再入国できなくなることは 12 条 4 項違反に該当するのかが争われ、「自国」の解釈が問題となった。同委員会の多数意見は、一般的意見 27 にある「自国」の概念の原型を導き、「『自国』の範囲は、...『国籍国』の概念より広い。...それは少なくとも、当該国に対して特別の関係または請求権を有するがゆえに、単なる外国人と見なすこと

48 Human Rights Committee, General Comment 27 (2 November 1999) para. 20.

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

はできない個人を含む。...12条4項の用語によれば、とりわけ居住国での国籍取得の権利を恣意的に剥奪された無国籍者といった、それ以外の長期滞在者も含まれるさらに広い解釈が可能である」としつつも、「本件の問題は、特定の国の入管法の下に入国し、入管法に服している者が、その国の国籍を取得しておらず、出身国の国籍を維持している場合に、その国を自国とみなすことができるかである。入国した国が新規入国者による国籍取得に不合理な障害を課している場合には、おそらく肯定できよう。しかし、本件のように、入国した国がその国籍取得を促進し、自らの意思か、国籍取得の欠格事由に該当する行為を行ったことにより、入国者が国籍を取得しないている場合は、自由権規約12条4項の意味での『自国』とはならない」という。そして、申立人はカナダ国籍の取得を申請したことはなく、カナダの移民法が恣意的でも、犯罪歴を理由とする国籍取得の拒否が不合理ともいえないので、カナダを申立人の「自国」と考えることはできず、12条4項違反も認められないとした⁴⁹。自由権規約委員会のこうした「国籍取得に不合理な障害を課している場合」などに限定する「自国」

49 Stewart v. Canada, No. 538/1993 (16 December 1996). 申立人の Stewart は、7歳のときからカナダに住むようになったイギリス国民であり、病気の母と障害をもった兄弟と住み、離婚した妻との間の2人の子どももカナダに住んでいる。麻薬所持や傷害や交通違反などの42の微罪により、退去強制が命じられた。退去強制されると、政府の特赦がない限り、再入国できず、申立人にとっては、国籍国のイギリスよりも、生涯を通じて長く(30年以上も)住み、家族のいるカナダが「自国」であるので、国内裁判所の救済手続を尽くしたあとに、自由権規約委員会に個人通報で12条4項などに違反すると申し立てた事案である。多数意見は、自国に該当しないので、12条4項違反には当たらないとし、正当な国家利益と適切な考慮のもとの退去強制は17条と23条の家族の権利の侵害や恣意的な干渉にも当たらないとした。なお、「長期の居住、密接な個人的・家族的つながり、在留目的、(およびその種のつながりが他のどのこともないこと)」を考慮して、12条4項の「自国」と認定すべきという反対意見があり、この見解がのちの事例で多数意見に代わっていく。また、反対意見は、申立人の犯した犯罪が退去強制する上で国の安全と公の秩序の真にやむをえない理由には当たらないとして、「恣意的」と認定している。参照、坂元茂樹「『自国』に戻る権利 自由権規約12条4項の解釈をめぐって」藤田久一ほか編『人権法と人道法の新世紀』(東信堂、2001)169-175頁。

の厳格な解釈は、*Canepa v Canada* (1997)⁵⁰ および *Madafferi v Australia* (2004)⁵¹ にも引き継がれた。

しかし、その後の *Nystorm v Australia* (2011)⁵² および *Warsame v*

- 50 *Canepa v. Canada*, No. 558/1993 (20 June 1997). 申立人の Canepa は、5 歳のときからカナダに住むようになったイタリア国民であり、弟はカナダで生まれたのでカナダ国民である。拡大家族の中には、イタリアに住んでいる者もいるが、イタリアとの有意義なつながりを感じていない。家宅侵入、窃盗、麻薬所持などの 37 の犯罪歴があり、犯罪を理由として退去強制を命じられたので、国内裁判所の救済手続を尽くしたあとに、自由権規約委員会に個人通報で 12 条 4 項違反などを申し立てた事案である。カナダとの間の密接かつ緊密な関係があるとして自国に当たるとの少数意見があるものの、多数意見は、*Stewart v. Canada* の見解を援用して、国籍取得に不合理な障害が課されているような例外事例でなければ、入管法のもとに入国し、国籍を取得せず、出身国の国籍を維持している場合に自国とみなすことはできないとの見解を示した。他の 7 条（非人道的な取扱い禁止）、17 条および 23 条（家族の権利）の違反もないとされた。参照、坂本、前掲、175 - 178 頁。
- 51 *Madafferi v. Australia*, No. 1011/2001 (26 August 2004). 申立人の Madafferi は、イタリア国民で、イタリアで 2 年間服役したあと、オーストラリアに 6 か月の旅行ビザで入国し、半年ほど超過滞在したのち、オーストラリア国民の妻と結婚し、妻との間に 4 人のオーストラリア国民の子どもをもうけた。結婚により自動的に在留資格を得たものと思っていた彼は、6 年後に配偶者ビザによる永住権の申請をした折に、過去のイタリアでの犯罪歴についても申告したところ、過去の犯罪歴による「素行不良」を理由に不許可となった。行政控訴裁判所は、素行だけを理由として不許可にしないように再考をうながしたが、移民多文化省の大臣は、その裁量で永住権申請を不許可にし、無期限で収容されたので、国内裁判所の救済手続を尽くしたあとに、自由権規約委員会に個人通報で 12 条 4 項違反などを申し立てた事案である。同委員会は、*Stewart v. Canada* の見解を援用し、国籍取得に不合理な障害が課されているような例外事例にあらず、オーストラリアを「自国」とみなすことはできないとの見解を示した。しかし、23 条（家族の権利）と結びついた 17 条 1 項（家族への恣意的な干渉）違反や 24 条 1 項（子どもの権利）違反は、認定されている。
- 52 *Nystorm v Australia*, No. 1557/2007 (18 July 2011). 申立人の Nystorm は、生後 27 日から 32 歳までオーストラリアで暮らしているスウェーデン国民であり、永住者の母、オーストラリア生まれでオーストラリア国民の妹、母と離婚した父、すべての核家族がオーストラリアに住んでおり、スウェーデン語は習ったこともなく、スウェーデンに住む叔父・叔母・いとことも直接の連絡をとったことはない。彼は、飲酒が引き金となった強姦、器物損壊、強盗、住居侵入窃盗、窃盗、交通違反、薬物所持・使用を含む多くの犯罪のため、ビザが取り消され、収容され、国内の裁判で最終的に退去強制が決まり、（スウェーデン政府は人道上の理由から退去強制しないように要請していたにも関わらず）スウェーデンに退去強制されたので、個人通報により自由権規約委員会に 12 条

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

Canada (2011)⁵³ によって、「自国」の狭すぎる解釈はくつがえされた⁵⁴。
新たな 12 条 4 項の「自国」の解釈は、移動の自由に関する一般の意見 27
の以下の部分をまず援用する。「『自国』の範囲は、『国籍国』の概念より
広い。それは正式な意味での国籍、すなわち出生によりまたは後天的に取
得した国籍に限られない。それは少なくとも、当該国に対して特別の関係
または請求権を有するがゆえに、単なる外国人と見なすことはできない個人
を含む」。その上で、新たにつぎの内容を補足する。「この点、国籍以外
の人と国との間の密接かつ永続的な関係、すなわち国籍の関係よりも強い
かもしれない関係を形成する諸要素があることがわかる。『自国』という
言葉は、長期の在留期間、密接な個人的・家族的つながり、在留目的、そ
の種のつながりが他のどこにもないことなどの考慮を促す」。

4 項違反などが申し立てた。ビザが取り消されるまで、オーストラリア国民で
ないことを彼も彼の母も知らなかったので、国籍取得の申請をしたことはない。
同委員会の多数意見は、オーストラリアとの強いつながり、オーストラリアに
家族がいること、話す言語、国での滞在期間、スウェーデンとは国籍以外のつ
ながりがないことを考慮して、オーストラリアが 12 条 4 項の意味での「自国」
に当たるとし、犯罪および服役後、数年ないし十数年もしてからの退去強制で
あり、アルコール関連のリハビリの途中であることなどから、本件退去強制を
恣意的と判断し、12 条 4 項に反するとした。また、再犯防止の正当な目的に
とって退去強制という手段は比例的ではなく、17 条および 23 条の家族の権利
も侵害するとした。

- 53 Warsame v Canada, No. 1959/2010 (21 July 2011). 申立人 Warsame は、4
歳のときからカナダに住んでいるソマリア国民である。彼は、母の扶養家族と
して 8 歳のときに永住権を取得したが、条約難民としての地位は認められなかつ
た。彼の核家族は、カナダに住んでおり、カナダに来る前はサウジ・アラビア
に住んでいたため、ソマリアに行ったことも、住んだこともないし、ソマリア
とのつながりはなく、ソマリアの言葉を話すのは困難である。彼は、強盗で服
役したのち、売買目的の薬物所持で退去強制が命じられ、国内の救済手続を尽
くしたのちに、個人通報で自由権規約委員会に 12 条 4 項違反などを申し立て
た。同委員会の多数意見は、カナダとの強いつながり、話す言語、国での滞在
期間、ソマリアとの国籍以外のつながりのなさを考慮して、カナダを 12 条 4
項の意味での「自国」ととらえ、犯罪防止のための退去強制は正当化されず、
12 条 4 項違反になるとした。また、ソマリアへの退去強制は、6 条 1 項の生命
への権利、7 条の拷問等の非人道的な取扱禁止、17 条・23 条の家族生活の権
利を侵害するとした。
- 54 Joseph and Castan, op.cit., para. 12.46.

したがって、具体的には、在留国との強いつながり、在留国に家族がいること、話す言語（が在留国の言葉で、国籍国の言葉を話すことが困難であること）、在留国での在留期間、国籍国とは国籍以外のつながりがないことなどを考慮して、長期の在留国を「自国」と解釈ようになってきた。こうした考慮事項は、退去強制が比例原則に反する恣意的なものかどうかを判断する場合の考慮要素として、多くの国の裁判所やヨーロッパ人権裁判所が採用している要素と重なる部分が多い。日本の在留特別許可に係るガイドラインにも、特に考慮する積極要素として、「本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること」、その他の積極要素として、「本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること」を考慮する旨が明記されている。また、旧植民地出身者とその子孫である特別永住者について、入管特例法は、退去強制の特例として「無期又は7年を超える懲役又は禁錮に処せられた者で、法務大臣においてその犯罪行為により日本国の重大な利益が害されたと認定したもの」という極めて厳格な要件を課しているのも「国籍以外の人と国の密接かつ永続的な関係」の保障に仕えるものである。

なお、日本では、2009年の入管法改正により、2012年7月9日から「みなし再入国制度」が導入された。有効な旅券と在留カードまたは特別永住者証等を所持する、いわゆる中長期在留者（3カ月以下の在留期間の者、短期滞在の在留資格を除く、在留資格者）または特別永住者は、出国の日から1年以内または2年以内に再入国する場合は、再入国許可の取得が不要となった。ただし、第1に、例外規定として「日本国の利益又は公安を害する行為を行うおそれがあることその他の出入国の公正な管理のため再入国の許可を要すると認めるに足りる相当の理由があるとして法務大臣が認定する者」とあるので、この規定の運用しだいでは、類似の再入国の自由を争う訴訟が今後も生じるおそれがないとはいえない。しかし、キャサリーン事件にみられたような、短期の海外旅行の自由の問題は、例外を除いては、実務上、解消されたといえよう。第2に、有効な旅券の要件か

ら、いわゆる朝鮮籍の人の場合は、以前として、再入国の自由の問題が残る。第3に、長期の留学が問題となった崔善愛事件のような場合は、以前として再入国の自由の問題となる可能性を残している。第2と第3の問題では、自由権規約12条4項の「自国に入国する権利」の侵害の論点が重要となる。「定住外国人」ないし「永住者」だから「自国」に当たるかどうかという従来の論点とは別に、自由権規約委員会の新たな解釈にしたがい、『自国』という言葉は、長期の在留期間、密接な個人的・家族的つながり、在留目的、その種のつながりが他のどこにもないことなどの考慮が重要である。しかも、旧植民地出身者の子孫という特別な歴史的経緯を有する特別永住者は、日本で生まれており、在留権（在留し続ける権利）の侵害は、12条4項違反となるおそれが極めて大きい点にも目を向ける必要があろう⁵⁵。

出国の自由

出国の自由が、外国人に保障されること自体は、判例の認めるところであり⁵⁶、学説上、争いが無い。ただし、外国人に出国の自由を保障している憲法の根拠規定をめぐっては、従来、主に3つの立場に分かれている。

第1に、判例の採用する22条2項説では、憲法22条2項の「外国移住の自由」に含まれるとする。しかし、上記の外国旅行の自由の場合にみたと同様に、「移住」という用語は、短期の移動の場合の出国をカバーし

55 すでに1998年に自由権規約委員会は、日本政府の報告書に対する総括所見において、「日本で生まれたコリア系の人々のような永住者については、再入国許可を得る必要性をなくす法改正を強く要請する」旨の勧告を行っている。Concluding Observations by the Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add. 102. para. 18

56 最大判1957(昭和32)年12月25日刑集11巻14号3377頁。憲法22条2項にいう「外国移住の自由は、その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない」という。他方、旧出入国管理令25条が旅券の認証を出国の要件としていることは、「出国それ自体を法律上制限するものではなく、単に、出国の手續に関する措置を定めたものであり、…出入国の公正な管理を行うという目的を達成する公共の福祉のため設けられたものであつて、合憲性を有するものと解すべきである」とした。

にくい問題がある。

第2に、22条1項説では、外国移住というのは、日本人に関する保障規定であって、外国人の出国の自由は、1項の居住・移転の自由とする見解もある⁵⁷。しかし、外国移住の自由を日本人の権利に限定することも、権利の性質上、問題があるように思われる。また、「移転」という用語は、住所の移転を伴わない海外旅行などの移動の場合の出国をカバーしにくい。

第3に、そこで、98条2項説とでも呼ぶべき見解も最近では有力である。すなわち、自由権規約の12条2項の定める、「すべての者は、いずれの国（自国を含む。）からも自由に離れる」権利を憲法98条2項の「日本国が締結した条約」として「誠実に遵守」することから、認められるとする⁵⁸。しかし、この説は、結局のところ、出国の自由は、憲法上の人権というよりも、条約上の人権であることを前提とする。憲法が22条で保障していない「出国の自由」という条約上の権利について憲法98条2項を通して保障するというこの立場は、人の移動の自由を定めた憲法22条の射程を狭くとらえすぎることになる。

第4に、そこでむしろ、憲法22条2項の「外国移住」の自由と13条を通じて条約と整合的な憲法解釈を導く、「22条2項と結びついた13条」説が出国の自由の根拠規定としては、適当と思われる。短期の海外移動が容易ではなかった憲法制定当時と今日の交通手段の発達の違いを踏まえた新たな要素を22条2項と結びついた13条が融合的に保障し、（比例原則に照らして、公共の福祉に反しない限り）出国の自由を導くものと思われる。

4 おわりに

本稿は、外国旅行の自由、入国の自由、在留権、恣意的に退去強制されない権利（庇護権を含む）、再入国の自由および出国の自由に関し、日本

57 宮沢、前掲、390頁。

58 芦部信喜『憲法学 人権総論』（有斐閣、1994）140頁。

国憲法と人権条約（とりわけ自由権規約）との整合的な解釈を検討した。その際、憲法のどの条項が根拠規定となるのかという従来の議論と異なり、憲法が明文で定めていない権利については、その権利内容を保護領域に含む可能性のある規定と憲法 13 条とを結びつけて根拠規定を示すことが適当と思われる。

憲法 13 条の幸福追求権は、包括的な性質を有し、個別の明示的な他の人権規定と重なる内容も有する。そこで、幸福追求権が他の個別的人権と競合関係にあると考える立場は、競合的保障説と呼ばれる。幸福追求権も他の個別的人権もともに当該事例を保護領域としており、両規定が重複して保障する。しかし、具体的権利としての幸福追求権は、それが他の個別的人権と重なる場合には、その個別的人権の問題として扱えばよい。他の個別的人権でカバーしきれない場合に、幸福追求権の問題として論じる方が生産的である。したがって、個別的人権として列挙されていないものだけを補充的に保障するという補充的保障説が多数説である。とはいえ、一定の不文の権利の場合には、明文の権利と 13 条を結びつけて根拠規定とする方が、抽象的な 13 条だけを根拠規定とするよりも具体的な保障内容が明らかになり、他方、明文の規定を準用するよりも人権保障を強化しうられると思われる。たとえば、環境権は、生存権に関する「25 条と結びついた 13 条」が保障するという場合や、行政手続における適正手続は、（刑事手続における）適正手続に関する「31 条と結びついた 13 条」が保障すると考える方が、権利保障の中身を豊かにする。なぜならば、たとえば、環境権は、生存権的側面と人格権的側面を包含することができ、その制約の可否は比例原則により審査されることになる。13 条の公共の福祉を根拠として、国家の規制と個人の人権との対立を調整する公平の原理としての比例原則が導かれ、人権の制約に対する歯止めの機能を果たしうる。適正行政手続は、比例原則に照らして行政による自由の制約が適正な手続によりなされているかが審査されることになる。そして、本稿でみたように、人の移動の自由に関連する不文の諸権利が、経済的自由の側面、人身の自由の側面、人格の自由な発展の側面を内包し、適正手続にかなう比例原則

を要求していることを「22条と結びついた13条」が保障しているのである。個別の人権規定と13条の幸福追求権を結びつけることで明文の規定を欠く新たな権利の保障を拡充することは、競合的保障説とも、補充的保障説とも違い、これを融合的保障説と呼ぶことにする。自国に入国する権利、在留権、恣意的に退去強制されない権利、外国旅行の自由、再入国の自由、出国の自由および庇護権といった日本国憲法に明文規定のない権利の根拠規定をすべて憲法13条だけに求めたり、個別の明文規定だけに求めたりすることは、十分ではなく、個別の明文規定と憲法13条との融合的保障が望ましい。

また、日本国憲法の解釈指針として、自由権規約その他の人権条約を用いるべきである。自国に入国する権利（再入国の自由を含む）、出国の権利、恣意的に追放（退去強制）されない権利は、自由権規約に明示されており、自由権規約との整合的な憲法解釈が必要である。日本政府が留保することなしに批准した人権条約の規定は、憲法適合的な規定として、憲法の具体的な解釈指針となることに留意すべきである。

もし、日本国憲法の人権規定の方が自由権規約の権利保障を上回る内容であった場合は、自由権規約が「それらの権利を認めていないこと、またはその認める範囲がより狭いことを理由として、それらの権利を制限したり、侵害してはならない」と定める自由権規約5条2項により、憲法の人権規定が優先適用される。人権条約は、グローバルミニマムとしての人権保障の最低基準を定めるもので、憲法規定がより高度の人権保障を定める場合もありうる。

他方、憲法の人権規定が明文規定を欠いていたり、その認める範囲が狭い内容であったりする場合は、自由権規約を解釈指針とすることで、憲法の人権保障を強化拡充し、憲法と人権条約との整合的な解釈につとめることが、条約の誠実遵守義務を定めた憲法98条2項により求められているものと思われる。

誠実に遵守することの具体的な内容として、日本の裁判所は、人権条約を適用することにこれまで必ずしも誠実ではない。たとえば、スイス憲法5

自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利

条4項は法治国家の行為の原則の1つとして「連邦と州は、国際法を遵守する」と定め、その具体化として190条が「連邦裁判所およびその他の法適用機関は、連邦法律および国際法を適用しなければならない」と定めている。留保なく批准した（自動執行力のある）人権条約を「誠実に遵守」するために、裁判所は人権条約を「適用」すべきである。また、日本の裁判所は、人権条約と整合的な憲法解釈を行うことに必ずしも積極的ではない。たとえば、スペイン憲法10条2項では、「憲法により認められた基本的権利と自由に関する規定は、…スペインの批准した国際条約と協定に適合するように解釈しなければならない」と定めている。人権条約を「誠実に遵守」するために、「人権条約と整合的な憲法解釈」を行う必要がある。なお、たとえば、南アフリカ憲法39条1項は、裁判所等が憲法の権利章典を解釈する際には、「国際法を考慮しなければならない」と同時に「外国法を考慮してもよい」と定めている。日本国憲法の解釈として、外国の憲法規定を考慮（参照）することと、批准した人権条約を考慮（整合的に解釈）することは、区別すべきである。

したがって、憲法と人権条約の整合的な解釈をするならば、自由権規約12条2項のように「出国の自由」の明文規定を日本国憲法はもたないが、憲法22条2項の「移住」の自由と結びついた憲法13条により、出国の自由が保障されるものと解しうる。また、自由権規約12条4項のように「自国に入国する自由」の明文規定を日本国憲法はもたないが、「何人も」と定め、「領域内」という限定のない）憲法22条1項の「居住、移転」の自由と結びついた憲法13条により、自国に入国する権利（再入国の自由および在留権）が保障される。さらに、外国旅行の自由は、出国の自由と再入国の自由を含むので、憲法22条1項・2項と結びついた憲法13条が保障する。これらは、グローバルミニマムとしての自由権規約に合わせる憲法の整合的な解釈といえよう。他方、自由権規約13条のように正規滞在外国人の「恣意的に追放（退去強制）されない権利」の明文規定を日本国憲法はもたないが、「何人も」と定め、「領域内」という限定のない）憲法22条1項の「居住、移転」の自由と結びついた憲法13条により、

(非正規滞在者も含む) 外国人の恣意的に退去強制されない権利が保障される。また、この恣意的に退去強制されない権利のコロラリーとして、自由権規約に明文規定を欠く、庇護権も、憲法 22 条 1 項と結びついた 13 条により保障されることになる。これは、日本国憲法の憲法規範がより高水準の人権保障を想定している例である(本来、日本国憲法の人権の保護領域は、相当に広く設定されていることを従来の性質説は見落としており、立憲主義に根差した性質説⁵⁹は「何人も」という規定を無視すべきではない)。また、これらの権利の制約の可否は、公共の福祉による制約の可否の問題として、具体的には比例原則に反するか否かにより、判断されるべきである。

従来、実定憲法や自由権規約の規定を無視して、いたずらに国際慣習法を持ち出しては、外国人には、入国の自由が保障されていないので、居住の自由に関連する大くの権利も保障されないといった解釈がなされてきた感がある。しかし、入国の自由と、(すでに国内にいる外国人の) 居住の自由は、別の問題である。自由権規約においては、一定の外国人に一定の入国の自由を保障し、一定の外国人に恣意的に退去強制されない権利を保障している。日本国憲法においては、13 条と結びついた 22 条が、これらの権利を含む、さらに広い居住の自由に関連する諸権利(自国に入国する権利、在留権、恣意的に退去強制されない権利、庇護権)と、移住ないし移転の自由に関連する諸権利(出国の自由、外国旅行の自由)を保障していることに今後は目を向けるべきである。

59 参照、近藤敦『外国人の人権と市民権』(明石書店、2001) 274-285 頁。ただし、そこでの立憲性質説は、憲法 13 条との融合的保障という考えには至っておらず、22 条 1 項と 13 条等を別々に適用する旨を明記していた(憲法の明文規定を欠くとはいえ、恣意的に退去強制されない権利は、明文規定のある「居住の自由」のコロラリーとして憲法 22 条 1 項だけを根拠条文とする解釈も可能である)。