

# 退去強制をめぐる日本の裁判例と人権条約

村 上 正 直

## 論文要旨

人権条約の履行監視機関が一定の場合に追放を制限する解釈を展開し、定着しつつある現在、その種の条約の締約国である日本としては、退去強制事由に該当する外国人も日本に在留を認めなければならない場合があり得る。

日本の退去強制手続において、当該外国人に日本における在留の継続を認める方法には、当該外国人に特別在留許可を付与する以外にはない。人権条約からみると、特別在留許可の付与「義務」があるとみななければならない場合があることになる。しかし、日本の従来の裁判例は、特別在留許可の付与は「恩恵的」なものとしており、それと「義務」とする考え方とは相容れない。特別在留許可制度の運用や性格を再検討するべき理由はここにある。

人権条約に適合的な特別在留許可制度の運用を確保するためには、人権条約を法務大臣の裁量統制基準を定めるものと理解する必要がある。法務大臣の裁量の範囲は、その限りで縮減されるということである。

## 一 はじめに

本稿は、日本の退去強制手続、特に特別在留許可<sup>①</sup>に関して、日本の裁判例や決定例（以下両者を含めて「裁判例」という。）においてしばしばみられる論理を再確認し、それを人権条約の立場から評価することを目的とする。

周知のように、従来の日本の裁判例は、特別在留許可の許否に関し法務大臣の広範な裁量を認め、その付与を認めない法務大臣の裁決を認めるものが多い。そのため、当該裁決及び退去強制令書発付処分を取り消しを求める訴訟においてこれに勝訴することはきわめて困難であった。

他方、人権条約には外国人の強制的出国を制約する明文規定をもつものがある他、一九八〇年代半ばからは、人権条約のより一般的な規定の解釈として、一定の場合に締約国による追放措置<sup>2)</sup>を条約違反とする実行が積み重ねられてきた。今日では個人の一定の利益の保護のために、出入国管理に関する国家の裁量を制約する解釈が確立しているといつてよい。日本も、そのような解釈がみられる人権条約の締約国である。そのため、人権条約が禁止する退去強制を行わないようにすることは条約上の義務の要請であり、「日本国が締結した条約」を「誠実に遵守する」ことを求める日本国憲法第九八条二項の要請でもある。

ただ、日本の法制度においては、退去強制事由に該当することが確認された外国人に対して、退去強制を行うことなく、日本での在留の継続を認める方法には、制度的には特別在留許可を付与する以外のものはない。そのため、人権条約違反を免れようとするのであれば、当該外国人に特別在留許可を付与しなければならない「義務」があるともいえる。特別在留許可を付与する「義務」という考え方は、特別在留許可の付与を「恩恵的」なものと理解してきた従来の多数の裁判例とは相容れない。人権条約の観点からみた特別在留許可制度の運用の仕方を検討しなければならない理由は、ここにある。

本稿では、従来の、(すべての、ではないが)多くの裁判例の論旨を検討し、人権条約の解釈の観点からその問題点を指摘する。そのため、本稿では、まず、日本の退去強制制度の概要と、従来の裁判例の論旨を紹介し(本稿の二)、次いで、人権条約の規定及びその解釈を概観し(本稿の三)、その類型化を試みる(本稿の四)。その後、いくらかのことを付け加えて本稿を終える(本稿の五)。

## 二 外国人の出入国・在留に関する裁判例

### 1 外国人の出入国及び在留制度

まず、日本の出入国管理の基本的な法律である「出入国管理及び難民認定法」(以下「入管法」という。)における、外国人の出入国及び在

留に関する制度的な枠組みを簡単にみておこう。

### (1) 外国人の上陸

外国人が日本に上陸し、滞在するためには、原則として、出入国港において上陸審査を受けることになる。その審査の結果、上陸のための条件に適合すると認められた外国人には、入国審査官が「当該外国人の旅券に上陸許可の証印」をし、あわせて、「当該外国人の在留資格及び在留期間を決定し、旅券にその旨を明示」することになる（入管法第九条一項及び三項。以下、入管法を指すことが明らかな場合には、条文のみを示す）。在留資格は入管法別表第一及び第二において特定されており、各在留資格には、日本に滞在中に行うことができる活動が示されている。外国人は、在留資格が認める活動を、あわせて指定された在留期間の間、日本で行うことができる。

### (2) 在留期間の更新及び在留資格の変更

外国人が、上陸時に定められた在留期間を超えて日本に滞在しようとする場合には、在留期間の更新又は在留資格の変更の手続が必要となる。まず、在留期間の更新については、外国人は、「現に有する在留資格を変更することなく、在留期間の更新を受けることができる」（第二条一項）。この場合、外国人は、所定の手続に従い、「法務大臣に対し在留期間の更新を申請」することとなり（同条二項）、法務大臣は、この申請があった場合には、「当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる」（同条三項）。

また、在留資格の変更については、「在留資格を有する外国人は、その者の有する在留資格…の変更…を受けることができる」（第二〇条一項）。在留資格の変更を求める場合には、外国人は所定の手続に従い、「法務大臣に対し在留資格の変更を申請」することとなり（同条二項）、この申請を受けた法務大臣は、「当該外国人が提出した文書により在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる」が、「短期滞在の在留資格をもつて在留する者の申請については、やむを得ない特別の事情に基づくものでなければ許可しない」ものとされる（同条三項本文）。

### (3) 退去強制手続

在留資格が認める活動以外の活動に従事し、また、許可された在留期間を超えて日本に残留した場合や、日本の刑罰法規に違反した場合など、外国人が入管法第二四条で列挙される退去強制事由に該当する可能性のある場合には、入管法が定める退去強制手続が開始される。退去強制手続は四段階の手続で進行する。すなわち、①入国警備官による違反調査（第二七条以下）、②入国審査官の認定（第四五条以下）、③特別審理官による判定（第四八条）、及び④法務大臣による異議の審査と裁決（第四九条）である。退去強制事由に該当する旨の、入国審査官の認定及び特別審理官の判定に従う場合には、退去強制令書が発付され、執行される。特別審理官の判定に唱えられた異議に対して、法務大臣により退去強制該当性が確認される場合も同様である。ただし、法務大臣は、退去強制事由該当性を認める場合であっても、外国人が「永住許可を受けているとき」、「かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき」、「人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき」又は「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」には、「その者の在留を特別に許可することができると」（第五〇条）。これが特別在留許可の制度である。

退去強制令書には、「退去強制を受ける者の氏名、年齢及び国籍、退去強制の理由、送還先、発付年月日その他法務省令で定める事項を記載し、かつ、主任審査官がこれに記名押印」することになり（第五一条）、その執行は入国警備官によることが原則である（第五二条）。退去強制先は、外国人の「国籍又は市民権の属する国に送還される」のが原則であるが、当該国に送還することができない場合には、本人の希望により、「本邦に入国する直前に居住していた国」、「本邦に入国する前に居住していたことのある国」、「本邦に向けて船舶等に乗った港の属する国」、「出生地の属する国」、「出生時にその出生地の属していた国」又は「その他の国」に送還される（第五三条一項及び二項）。ただし、送還先には、「法務大臣が日本国の利益又は公安を著しく害すると認める場合を除き」、「難民条約第三十三条第一項に規定する領域の属する国を含まないもの」とされる（同条三項）。

なお、退去強制と同様に、外国人を強制的に出国させる方法として、出国命令制度がある。これは、不法残留以外の退去強制事由に該当しないものであって、早期の出国の意思をもって自ら入国管理官署に出頭するなど、一定の要件に該当する者に対して出国が命じられる制度である（第二四条の三）。出国命令制度は、不法滞在者に自主的な出頭を促し、もって不法滞在者数を減少させるためのものであり、平成一六年の入管法改正において導入された。そのため、退去強制の場合と比較して、その身柄を収容することがないこと、上陸拒否期間が一年である

こと（退去強制の場合には五年又は一〇年）などの相違がある。しかし、出国命令が、身柄の拘束を伴わないとしても、退去期限を定めて出国を命ずるものであるから、強制的出国の一形態であることには変わりはない。このことは、主任審査官が交付する出国命令書が定める出国期限（第五五条の三第一項及び第五五条の四）を經過して日本になお残留すること、及びその他の出国条件に違反することにより出国命令が取り消されること（第五五条の六）が、退去強制事由に該当する（第二四条八号及び第九条）ことから明らかである。出国命令制度は、退去強制制度に接続し、退去強制制度を背景とした強制的出国の一形態といえる。ただ、このように、出国命令制度は、自発的な出国を行う意思のある者を対象としたものであるため、以下での検討は退去強制制度に関するものに限定したい。

## 2 外国人の出入国・在留に関する国家の裁量論

日本への出入国及び滞在に関する裁判例において、しばしば引用され、踏襲されているものは、いわゆる「マクリーン事件」に関する昭和五三年一〇月四日最高裁大法廷判決<sup>③</sup>である。もともと、同判決の趣旨は、同判決が引用する昭和三年六月一九日最高裁大法廷判決<sup>④</sup>においてすでにみられるものである。ここでは、この二判決をみることによって、外国人の出入国及び在留に関する最高裁の判断をみておこう。なお、周知のように、入管法の前身である「出入国管理令」（以下「入管令」という。）は法律としての効力が認められていたものであり、その内容も、難民認定手続を除いて、基本的に入管法に引き継がれた。特に、本稿で検討する退去強制制度に関して入管令について行われた判断は、入管法についてもあてはまる。また、実際にも、入管令時代の判例はその後も踏襲されているから、本稿の目的に関する限り、両者を区別する必要はない。

### (1) 昭和五三年一〇月四日最高裁判所大法廷判決（「マクリーン事件」最高裁判決）

最高裁は、外国人の出入国及び在留に関して次のように述べている。

「憲法二二条一項は、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（最高裁昭和二九年(あ)第三五九四号同三二年六月一九日大法院判決・刑集一 一卷六号一六六三頁参照）。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」。

## (2) 昭和三二年六月一九日最高裁大法院判決

マクリーン事件最高裁判決の論旨の原型となった昭和三二年の最高裁判決は、憲法解釈について、より詳細に述べている。これも関係部分を引用しておこう。次のようである。

「憲法二二条一項には、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、同条二項には、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、憲法二二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つて、それ以外に及ばず、しかもその居住・移転とは、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、外国人であつても日本国内に在つ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、憲法二二条は外国人の日本国内に入国することについては何ら規定していないものといふべきであつて、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つて、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ものであることと、その考えを同じくするものと解し得られる。従つて、所論の外国人登録令の規定の違憲を主張する論旨は、理由がないものといわなければならぬ」。

最高裁による憲法第二二条解釈の根拠は、その文言と、外国人の出入国に関する慣習国際法である。最高裁の憲法第二二条解釈をまとめれば、次のようになる。①憲法二二条が保障するのは、居住・移転の自由と外国移住の自由のみである。②その居住・移転は日本国内における

ものを指す趣旨である。③日本国内における居住・移転の自由は外国人にも保障される。その結果、④憲法第二二条は外国人の日本国内に入国することについては何ら規定していない、ということである。

他方、最高裁が慣習国際法の内容としてあげていることは、「国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、…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」というものである。

### 3 特別在留許可に関する法務大臣の裁量論

以上のように、最高裁は、外国人の入国及び滞在の自由はないとする。最高裁及び下級裁判所の多くの裁判例は、これを出発点として、入国及び滞在の認否の決定権の所在とその性格に関する議論を導いている。前記のように、退去強制手続の最終段階において、法務大臣は、退去強制事由に該当する外国人に対して特別在留許可を行うことができる。この特別在留許可を行う法務大臣の行為について、裁判所はどのような性格をもつものとしてきているのか。裁判例では、在留期間の更新との比較においてこの行為の性格が語られることがあるため、まず、在留期間の更新に関する裁判例をみておく。

#### (1) 在留期間の更新に関する法務大臣の裁量

在留期間の更新の申請に関し、法務大臣は、「当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるとき」に、これを許可することができる。マクリーン事件最高裁判決は、まず、このような規定から、入管令上も「在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものでないことは、明らかである」とする。その理由として、最高裁は次のように述べる。

入管令が「原則として一定の期間を限つて外国人のわが国への上陸及び在留を許しその期間の更新は法務大臣がこれを適当と認めるに足りる相当の理由があると判断した場合に限り許可することとしているのは、法務大臣に一定の期間ごとに当該外国人の在留中の状況、在留の必要性・相当性等を審査して在留の可否を決定させようとする趣旨に出たものであり、そして、在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からである

と解される。すなわち、法務大臣は、在留期間の更新の可否を決するにあたっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持の見地に立つて、申請者の申請事由の可否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情をしんじやくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならないのであるが、このような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができないものと考えられる。このような点にかんがみると、出入国管理令二一条三項所定の『在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由』があるかどうかの判断における法務大臣の裁量権の範囲が広汎なものとされているのは当然のことであつて、所論のように上陸拒否事由又は退去強制事由に準ずる事由に該当しない限り更新申請を不許可にすることは許されないと解すべきものではない。」

このような理解を前提として、在留期間の更新に関する法務大臣の違法性の有無の判断の際に用いられるべき基準として、最高裁は、次のようにいう。

「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあつても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない。処分が違法となるのは、それが法の認める裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限られるのであり、また、その場合に限り裁判所は当該処分を取り消すことができるものであつて、行政事件訴訟法三〇条の規定はこの理を明らかにしたものにほかならない。もつとも、法が処分を行政庁の裁量に任せる趣旨、目的、範囲は各種の処分によつて一様ではなく、これに依じて裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法とされる場合もそれぞれ異なるものであり、各種の処分ごとにこれを検討しなければならないが、これを出入国管理令二一条三項に基づく法務大臣の『在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由』があるかどうかの判断の場合についてみれば、右判断に関する前述の法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである。したがつて、裁判所



は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実を誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に對する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であることができるものと解するのが、相当である」。

そして、このような法務大臣の裁量と、外国人の権利行使との関係に關し次のようにいう。「在留制度の枠内」論ともいえる議論である。

「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、外国人に對する憲法の基本的人權の保障は、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つて、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權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。在留中の外国人の行為が合憲合法的な場合でも、法務大臣がその行為を不当の面から日本国にとつて好ましいものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者であると推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといつてなんら妨げられるものではない。」

## (2) 特別在留許可に関する法務大臣の裁量

特別在留許可については、最高裁は、すでに昭和三四年一月一〇日の最高裁第三小法廷判決<sup>⑤</sup>において、「出入国管理令第五〇条に基き在留の特別許可を与えるかどうかは法務大臣の自由裁量に属するものと解す」るべきであるとする。

それでは、在留期間の更新に関する法務大臣の裁量と、特別在留許可に関する法務大臣の裁量との関係はどうか。これに関し、平成一二年六月二八日の東京高裁判決<sup>6</sup>は次のように述べている。

「憲法は外国人の日本への入国について何ら規定しておらず（憲法二二条一項は日本国内における居住・移動の自由を保障するにとどまる。）、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、外国人を受け入れるかどうか、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できるとされていることと考えを同じくするものと解される。したがって、憲法上、外国人は日本に入国する自由が保障されていないことはもとより、在留する権利ないし引き続き在留することを要求する権利を保障されているということはできない。また、右のように外国人の入国及び在留の許否は当該国家の自由な裁量に委ねられているのであるから、我が国に在留する外国人は、以下に述べるような入管法に基づく外国人在留制度の枠内でのみ憲法の基本的人權の保障が与えられているにすぎないものであると解される（最高裁判所大法廷昭和五三年一〇月四日判決・民集三三卷七号一二三三頁、同昭和三二年六月一九日判決・刑集一一卷六号一六六三頁参照）。

入管法は右憲法の趣旨を前提として（入管法二条の二、七条ほか）、外国人に対し、原則として一定の期間を限り特定の資格により我が国への上陸を許すものとしているのであるから、上陸を許された外国人はその在留期間が経過した場合は当然我が国から退去しなければならないことになる。そして同法二一条は当該外国人が在留期間の更新を申請できることとしているが、右申請に対しては法務大臣が『在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り』これを許可することができるものとされている。これらによると、同法においても在留期間の更新が当該外国人の権利として保障されているものでないことは明らかであり、法務大臣は更新事由の有無の判断につき広範な裁量を有するといふべきであって、右判断が裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるのは全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠く場合に限られるといふべきである（前掲昭和五三年最高裁判所判決）。

2 また、同法五〇条一項三号は、同法四九条一項所定の異議の申出を受理したときにおける同条三項所定の裁決に当たって、異議の申出が理由がないと認める場合でも法務大臣は在留を特別に許可することができる旨定めている。

これらの規定によると、法務大臣が異議の申出を棄却する裁決は、主任審査官の判定に対する異議を排斥する処分であるとともに、在留特

別許可をすべき場合に当たらないとしてこれを付与しない（職権発動をしない。）処分としての性質をも有することになる。そして前記のように外国人には我が国における在留を要求する権利がないこと、右在留特別許可の対象となるのは（適法に在留している外国人に対する在留期間更新の場合と異なり）不法在留等により退去強制の対象となる外国人であること、同法五〇条一項三号は『特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき』に在留を特別に許可することができるだけ定め、右特別に許可すべき事情に係る法務大臣の判断を羈束する規定は何ら設けられていないことからすると、右許可を付与するか否かは法務大臣の自由裁量に属し（最高裁判所第三小法廷昭和三四年一月一〇月判決・民集一三卷二二号一四九三頁）、しかもその裁量権の範囲は在留期間更新許可の場合より更に広範であると解するのが相当である。したがって、右判断が違法とされるのは、法律上当然に退去強制されるべき外国人についてなお我が国に在留することを認めなければならない積極的な理由が認められるような場合に限られるというべきである（以上のこと及び後記のとおり在留特別許可申請権があるとは解されないことからすると、在留特別許可の付与は、いわば請求権なき者に利益を一方的に与える措置であるということが出来る。）」。

#### 4 人権条約の解釈

最後に、特別在留許可に関する論旨ではないが、特別在留許可に関する訴訟において、訴訟当事者の一方から人権条約が援用された場合にも、典型的な判断がある。しばしばみられる裁判例の論理は、援用された人権条約が、最高裁がいう意味での慣習国際法を前提としており、当該慣習国際法を超えるものではないから、人権条約も、憲法の場合と同様に、在留制度の枠内で考慮される一要素にすぎないとするものである。憲法と同様に、人権条約も「在留制度の枠内」論で処理される例が多いのである。最近の裁判例として平成一九年一月一四日の大阪地裁判決<sup>7</sup>がある。関係する部分を掲げておこう。

「慣習国際法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、外国人を自国に受け入れ、その入国及び在留を許可するかどうか、許可する場合でもいかなる条件で許可するかは、国家固有の権能に属し、特別の条約等のない限り、外国人の入国及び在留の許可は、国家がこれを自由に決定することができるものとされている。日本国憲法においても、二二条一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、外国人が我が国に入国することについては何ら規定していないのであり、このことは、上記のとおり国際慣習法上

外国人の入国及び在留の許否は国家がこれを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方を同じくするものと解される。また、児童の権利条約や人権規約には、いずれも上記国際慣習法上の原則を制限する旨の規定は存在せず、かえって、児童の権利条約九条四項は、国家が父母の一方若しくは双方又は児童に対し退去強制を行う結果として児童が父母の一方又は双方から分離される場合があり得ることを認めていること、自由権規約一三条は、『合法的にこの規約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づいて行われた決定によってのみ当該領域から追放することができる。』と規定し、合法的に当該国家に滞在する外国人に対しても退去強制の措置をとり得るとしていることなどにかんがみれば、上記各条約は、いずれも上記国際慣習法上の原則を当然の前提として、外国人の入国及び在留を制限する権限を各締約国に留保した上で制定されたものと解される。したがって、外国人は、憲法上も条約上も、我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し得る権利を保障されているものではないと解するのが相当である（マクリーン事件最高裁判決参照）。

この点について、原告らは、外国人を自国に受け入れ、その入国及び在留を許可するかどうか、許可する場合でもいかなる条件で許可するかは、国家固有の権能に属し、特別の条約等のない限り、外国人の入国及び在留の許否は、国家がこれを自由に決定することができるというのは、領域主権についての国際慣習法上の原則を述べたにすぎず、このことは個別の場合に特別国際法により国家に外国人の庇護が義務付けられることを否定するものではないとし、人権規約や児童の権利条約が国家の裁量権を制約するといった趣旨の主張をする。しかしながら、人権規約や児童の権利条約が、上記国際慣習法上の原則を当然の前提とし、外国人の入国及び在留の制限の権限を各締約国に留保した上で制定されたものと解されることは上述のとおりであって、人権規約や児童の権利条約が国家の裁量権を制約するとする原告らの前記主張は採用することができない（なお、人権規約や児童の権利条約をもって上記『特別の条約』ということとはできなことも、既に説示したところから明らかである。）。

## 5 まとめ

以上、退去強制及び特別在留許可に関して、しばしばみられる裁判例の論理をみてきた。ここでその論旨を簡単にまとめておこう。次のようである。①まず問題とされたのは外国人の入国の自由の存否であり、この点について慣習国際法も日本国憲法もそれを保障していないとされ、その結果として、②外国人には日本に在留する権利又は引き続き在留することを要求する権利はないとされる。

これを受けて、入管法の解釈として、③特別在留許可に関する法務大臣の裁量の範囲は、入管法の規定の仕方からみて、きわめて広範であり、その範囲は在留期間の更新の場合よりもさらに広い。そのため、④退去強制事由に該当する外国人については、積極的に日本での滞在を認められなければならないような事情が存在しないかぎり、法務大臣の裁決に違法はないとされる。前記の平成一二年六月二八日の東京高裁判決の言葉を借りれば、「請求権なき者に利益を一方的に与える措置」であり、また、裁判例が早くから用いてきた表現を借りれば、特別在留許可の付与は「恩恵的措置」である。<sup>8)</sup>

最後に、人権条約の解釈については、⑤自由権規約や児童の権利条約は、慣習国際法を制限するものではなく、逆に、これを前提としているものと解釈されるから、法務大臣の裁量権を制限するものとはなり得ない、とする。

### 三 人権条約による追放の制限

近時、人権条約は、追放を含む出入国管理の分野に一定の規制を及ぼしつつある。その規制には、相互に関連する二つの種類のものがある。第一は、条約の明文の規定をもって国家の出入国管理行政を拘束する場合である。第二は、人権条約の履行監視機関（以下「履行監視機関」など）ということがある。）が、条約のより一般的な規定の解釈からそれを導き出す場合である。

ここでは、人権条約の規定と、履行監視機関による条約解釈を概観し、項を改めて（本稿の四）、人権条約における追放禁止事由の類型化を試みたい。

以下において触れる人権条約には、日本が締約国であるものとして、「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。）、「児童の権利に関する条約」（以下「児童の権利条約」という。）、「拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約」（以下「拷問等禁止条約」という。）及び「難民の地位に関する条約」（以下「難民条約」という。）があり、また、日本が締約国ではないものとして、「人権及び基本的自由の保護に関する条約」（以下「欧州人権条約」という。）及び「米州人権条約」がある。

## 1 人権条約の明文規定

外国人の強制的出国に関連する人権条約の規定であって、日本が締約国であるものについては、まず、難民条約第三三条一項がある。それによれば、「締約国は、難民を、いかなる方法によっても、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見のために生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放し又は送還してはならない」。また、拷問等禁止条約第三条一項は、「締約国は、いずれの者をも、その者に対する拷問が行われるおそれがあると信ずるに足りる実質的な根拠がある他の国へ追放し、送還し又は引き渡してはならない」と規定する。

日本が締約国ではない条約については、米州人権条約第二二条八項がある。それによれば、「外国人は、人種、国籍、宗教、社会的地位又は政治的意見のために、その生命に対する権利又は身体の自由が侵害されるおそれのある国（当該外国人の本国であると否とを問わない。）に追放され又は送還されない」。

いずれの規定も、国家が、難民又は外国人一般の退去強制などを決定し、これを執行するに際して、当該者が追放・送還・引渡先の国・地域において、生命・身体にかかわる基本的な権利を害されるおそれのある場合に、当該国・地域への追放・送還・引渡しを禁止する。これらの規定により、慣習国際法上の追放に関する国家の裁量は制約を受ける。

## 2 条約機関による解釈の一般的傾向

欧州人権条約や自由権規約には、このような明文規定はない。しかし、その履行監視機関である欧州人権裁判所（以下「裁判所」ということがある。）及び人権委員会（以下「規約人権委員会」又は「委員会」ということがある。）は、より一般的な規定の解釈に基づき、一定の場合には、外国人の追放に関する国家の裁量が制約されることを認めている。以下では、裁判所及び委員会の判断を概観しておく。

### (1) 欧州人権裁判所

欧州人権裁判所が外国人の追放に関する裁量権の制約を認めてきたものは、「私的生活及び家族生活を尊重される権利 (the right to respect for his private and family life)」を保障する欧州人権条約第八条と、「拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは

刑罰を受けない」権利を保障する第三条である。

まず、第八条については、裁判所は、一九八五年の *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* 事件判決以降、一貫して、外国人の出入国に関して第八条の遵守を要請している。裁判所は、外国人の出入国に関して、例えば、一九九五年の *Gül v. Switzerland* 事件判決において次のようにいう。「確立した国際法上の原則に従い、かつ、自国が締約国である条約上の義務に服することを条件として、国家は、外国人の自国領域への入国を管理する権利を有する。…さらに、出入国については、第八条は、婚姻した男女による夫婦の居住地国の選択を尊重すべき一般的義務、及びその領域内における家族の統合を許可すべき一般的義務を国家に課すものとみなし得ない」。しかし、裁判所は、すぐに続けて、原告の息子がスイスに入国することが、原告にとって息子との家族生活を発展させる唯一の方法である場合には、欧州人権条約上の義務として当該息子の入国を承認しなければならないことを認める。<sup>12)</sup>

また、外国人の追放について、裁判所は、例えば、二〇〇一年の *Boutif v. Switzerland* 事件判決において次のようにいう。「締約国は、特に、確立した国際法上の原則に従い、かつ、自国が締約国である条約上の義務に服することを条件として、外国人の入国及び在留を管理する権利を行使することによって、公の秩序を維持する責任を有する。そのため、締約国は刑法上の犯罪の故に有罪判決を受けた外国人を追放する権限を有する。しかしながら、この分野における締約国の決定は、それが第八条一項に基づいて保護される権利に干渉するおそれのあるものである限り、「同条二項に定める制約規定にいう」民主的社会において必要なものでなければならぬ」。

次に、追放・送還・引渡先において欧州人権条約第三条と相容れない取扱い又は刑罰を受けるおそれのある場合も、追放は禁止される。欧州人権裁判所がこの旨を最初に述べたのは、犯罪人引渡しに関する、一九八九年の *Soering v. the United Kingdom* 事件判決であったが、退去強制については一九九一年の *Cruz Varas and Others v. Sweden* 事件判決が最初のものである。それ以降、裁判所は、一貫して、外国人の追放の決定及びその執行において、条約第三条の遵守を求めている。例えば、二〇〇一年の *Hilal v. the United Kingdom* 事件判決において、裁判所は次のように述べている。「締約国は、確立した国際法上の原則に従い、かつ、「欧州人権」条約を含む、自国が締約国である条約上の義務に服することを条件として、外国人の入国、在留及び追放を管理する権利を有する。しかしながら、締約国は、当該外国人を追放する権利を行使するに際して、民主的社会の基本的な価値の一つを規定する条約第三条を考慮しなければならない。外国人の追放は、当該者が追放されたときに追放先の国家において第三条に反する取扱いに服する真の危険に直面するおそれがあると信じる実質的な理由がある場合に

は、同条の規定に基づく争点を生じさせ得る。そのような事情の下では、第三条は、当該個人を当該国に追放しない義務を黙示的に含む (implies) 」。<sup>(16)</sup>

## (2) 規約人権委員会

規約人権委員会による自由権規約解釈も、欧州人権裁判所のそれと基本的に同様であり、追放の制約を認める場合に、その根拠となる規定もほぼ同様である。

まず、委員会は、一九八六年の「一般的な性格を有する意見一五」(「一般的な性格を有する意見」は、以下「一般的意見」という。)において、「規約は、外国人が締約国の領域に入国し、又はそこで居住する外国人の権利を認めていない」とし、「何人をもその領域への入国を認めるかを決定することは原則として国家が決定すべき事項である」とする。しかし、これに続けて、「ある事情の下では、外国人は入国又は居住に關しても規約の保護を享有することがあり得る」とし、その例として、「非差別、非人道的取扱いの禁止及び家族生活の尊重の考慮が生ずる場合」をあげている。<sup>(17)</sup> また、委員会は、「非人道的取扱いの禁止」に關連して、規約第七条<sup>(18)</sup>に關する一九九二年の「一般的意見二〇」のなかで次のようにいう。「締約国は、ある個人の引渡し、追放又は送還によって、当該個人が他国に帰還した場合に拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受ける危険にさらしてはならない」。<sup>(19)</sup>

次に、委員会は、個人通報制度のもとで表明した「見解 (views)」においても、このような解釈を確認している。外国人の強制的出国と、規約第七条、第一七条、第二三条及び第二四條<sup>(20)</sup>などとの關係に關する一般論についてみておこう。まず、委員会が最初に締約国の裁量の制約を認めたのは犯罪人引渡しについてである。一九九三年の *Kindler v. Canada* 事件に關する「見解」がそれである。この「見解」において、犯罪人引渡しと規約との關係について、委員会は次のようにいう。「犯罪人引渡しは、それ自体としては、規約の適用範囲外である」が、「規約の適用範囲外である事項それ自体に關して、規約の他の規定を参照することによって、なお締約国の義務を伴うことがあり得る」とする。<sup>(21)</sup> そして、「締約国が、その管轄下にある者を、引渡しの結果として、規約に基づく彼又は彼女の権利が他の「締約国」の管轄下において侵害されるという真の危険があるような事情の下で引き渡すような場合には、当該締約国それ自身が規約に違反する場合があります」という。<sup>(22)</sup>

委員会は、同様のことが追放の場合にもあてはまることを認めている。例えば、「一九九七年の *A. R. J. v. Australia* 事件に關する「見解」



において、委員会は、「締約国が、その領域内にありかつその管轄下にある個人を、追放の結果として規約に基づく彼又は彼女の権利が他の「締約国の」管轄下において侵害されるという真の危険があるような事情の下で追放を行う場合には、当該締約国それ自身が規約に違反する場合があります」としている。<sup>(23)</sup>

また、家族や子どもの利益に関する側面では、委員会は、二〇〇一年の *Winata v. Australia* 事件に関する「見解」において、「自国の移民政策を執行し、違法に所在している者の出国を要求することについて、締約国には広範な裁量が存在する」としながらも、「しかしながら、この裁量は無制約のものではなく、ある一定の状況の下では恣意的に行使されるに至る場合もあり得る」という。<sup>(24)</sup>

### (3) まとめ

慣習国際法上、国家には外国人の出入国に関して広範な裁量が認められてきた。欧州人権裁判所も規約人権委員会もそれを否定しない。裁判所が、「確立した国際法上の原則」（すなわち慣習国際法）に従うとしていること、委員会が、より端的に、「何人をもその領域への入国を認めるかを決定することは原則として国家が決定すべき事項である」としていることは、それを意味する。

しかし、裁判所も委員会も、同時に、自国が締約国である規約の規定に拘束され、当該規約の規定やその解釈によっては当該慣習国際法を超えた制約が課されることを認めている。今日の国際社会では、規約の明文規定又は条約解釈により、迫害や拷問などの身体的・精神的苦痛が生ずる場合や家族生活への干渉がみられる場合に追放は制限される。<sup>(25)</sup>

## 四 人権条約による追放の制約類型

先にみたように、若干の条約は明文規定をもって追放に関する国家の裁量権を制限し、また、欧州人権裁判所と規約人権委員会は外国人の出入国及び在留に関する国家の裁量権を制約する解釈を展開してきた。そこで人権条約が防止しようとしてきたのは、より正確に言えば、身体的・精神的苦痛の発生、家族生活への干渉、及び社会的諸関係の遮断である。ただ、これらのものを理由とする追放の制限は、その内容や性格において異なる。そこで、被侵害利益の観点から人権条約における追放の制約事由を整理し、類型化しておきたい（なお、ここで述べる

ところを整理し、図表化した。「図1 人権条約における追放の制約類型（欧州人権条約）」である。これは、欧州人権裁判所の裁判例をもとにしてまとめたものであるが、基本的には自由権規約の場合にもあてはまる。」。

## 1 身体的・精神的苦痛

### (1) 内容

追放先において外国人に身体的・精神的苦痛が発生するおそれがある場合に追放国の裁量が制約されることは、人権条約の明文規定や履行監視機関の解釈から明瞭にみとることができる。人権条約の明文規定では難民条約や拷問等禁止条約、米州人権条約にそれがみられた。

欧州人権裁判所及び規約人権委員会の解釈では、「拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受け」るおそれのある場合（欧州人権条約第三条）に、又は「拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受け」るおそれのある場合（自由権規約第七条）に、それぞれ強制的出国が禁止される。

さらに、欧州人権裁判所は、欧州人権条約第三条が定める、強度の身体的・精神的苦痛の程度には至らないものであっても、追放が制約されることがあるとしている。その際に適用されるのが同条約第八条の「私生活」の保護の規定である。例えば、二〇〇一年の *Bensaid v. the United Kingdom* 事件判決は、「裁判所の判例法は、第三条にいう取扱いの厳格性に達していないものであっても、それが身体的及び精神的完全性に十分な悪影響を及ぼす場合には、私生活の側面において第八条違反となることを排除していない」とする。<sup>(28)</sup> このように、欧州では、身体的・精神的苦痛の程度が大きい場合には第三条が、それまでに至らない場合であっても、なお条約上保護されるべきものと認められるときには第八条が、それぞれ適用されることになる。

### (2) 加害者

次に、欧州人権裁判所は、欧州人権条約第三条の適用に際して、追放先で身体的・精神的苦痛を加える者を国家に限定していない。一九九七年の *H.L.R. v. France* 事件判決では、「私的団体による行為であっても、政府が有効にそれを阻止する能力がない場合には、当該私的団体による拷問などのおそれがある場合も、追放が禁止される旨を判示している。」<sup>(29)</sup>

また、同年の *D. v. the United Kingdom* 事件判決では、不治の病の最終段階にある者を追放することは、追放先の医療水準・条件の下では、当該者が絶望的な状況の中で死を迎える真の危険があり、追放の実施は第三条違反にあたると判示する<sup>28</sup>。この事案では、追放先の医療水準という一般的な状況によって身体的・精神的苦痛が生ずることが追放の禁止の理由になっており、そこではもはや加害「者」は存在しない。きわめて例外的な場合であろうが、極度の非人道的な事態が予想される場合にも追放が禁止されることになる。

### (3) 性格

最後に、欧州人権条約第三条、自由権規約第七条及び拷問等禁止条約第三条に基づく追放禁止の性格が問題となる。これらの規定は、いかなる場合においても、いかなる理由がある場合でも、例外なしに追放を禁止する絶対的禁止を定めたものと理解されている。

欧州人権条約第三条の禁止が絶対的なものであることは、すでに、一九七八年の *Ireland v. the United Kingdom* 事件判決<sup>29</sup>において認められていた。このことが出入国管理分野における強制的出国の場合にもあてはまることを認めたのは、犯罪人引渡しについては一九八九年の *Soering v. the United Kingdom* 事件判決<sup>30</sup>であり、追放については、明確には、*Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* 事件判決<sup>31</sup>である。 *Chahal v. the United Kingdom* 事件判決の言を借りれば、次のようである。「第三条に基づく虐待の禁止は、追放事案においても絶対的である。従って、個人が、他国に追放をされた場合に、第三条に反する取扱いを受ける真の危険に直面すると信ずる実質的な理由があるときには、いつでも、締約国は、追放事案において、当該個人をかかえる危険から保護する責任がある。従って、第三条が与える保護は、難民条約第三二条及び第三三条が与える保護よりもその範囲が広い」<sup>32</sup>。

このような判断は、自由権規約第七条に関する規約人権委員会の判断及び拷問等禁止条約第三条に関する拷問禁止委員会の判断に踏襲されている。規約人権委員会は、自由権規約第七条に関する、一九九二年の「一般的意見二〇」において次のように述べる。「第七条の条文はいかなる制限も認めていない。委員会は、また、規約第四条が規定するような公の緊急事態にあっても、第七条からの逸脱は認められておらず、その規定を実施し続けなければならないことを再確認する。委員会は、また、上官又は公の機関からの命令に基づく理由を含むいかなる理由によっても、第七条違反の抗弁として正当化理由又は酌量すべき情状を援用することはできない」<sup>33</sup>。この理は、*Ahani v. Canada* 事件に関する「見解」においてより明確に示される。次のようにいう。「…委員会は、*Suresh* 事件におけるカナダ連邦最高裁判所判決が、拷問を受

ける実質的な危険が存在すると認定された場合においても、個人を追放することができる場合があり得るとしていることについて触れたい。通報者の事案において、拷問を受けるといふ実質的な危険が現実中存在することは、締約国の国内裁判所においても、委員会においても決定されてはいない。しかし、委員会の意見によれば、規約第七条が規定するもの含む拷問の禁止は、拷問の禁止に對抗する考慮に服することのない絶対的なものである<sup>(33)</sup>。ここでは、次にみる家族の保護などを理由とする追放の禁止の場合とは異なり、拷問などを受ける可能性がある<sup>(34)</sup>と判断される場合には、その対抗利益との衡量が認められないことが明瞭に述べられている。これが絶対的禁止の具体的中身である。

また、拷問等禁止条約第三条の性格について、拷問禁止委員会は、一九九七年の *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden* 事件に関する「見解」において、条約三条のテストは絶対的であり、関係個人が従事した活動の性格は、条約三条に基づく決定を行う際の重要な考慮事項ではあり得ない旨を述べている<sup>(34)</sup>。また、*M. B. B. v. Sweden* 事件に関する「見解」では、それ故に、拷問等禁止条約の保護範囲は、重大な非政治犯罪実行者を難民の定義から除外する難民条約が与える保護よりも広いとする<sup>(35)</sup>。

以上のように、欧州人権条約第三条、自由権規約第七条及び拷問等禁止条約第三条の禁止が絶対的なものであることは、それぞれの履行監視機関において繰り返し確認されており、これは人権条約の解釈として確立しているといつてよい。履行監視機関は、難民条約第三条がその二項においてノン・ルフールマン原則の例外を定め、個人の利益と国家・社会の利益との衡量を認めていることとは対照的な解釈を展開してきたのである。

なお、身体的・精神的苦痛の発生を理由とする追放制限は、欧州人権条約第八条による場合にも認められる。しかし、絶対的性格が認められるのは欧州人権条約第三条の場合に限られるから、同条約第八条による場合にはこのような性格はもたない。

## 2 家族生活への干渉

### (1) 内容

家族の保護という側面で、人権条約が保護しようとするものは、さらに細分化される。欧州人権裁判所と規約人権委員会の実行は基本的に一致するが、ここでは規約人権委員会の実行を中心におこう。従来の委員会の実行を整理すると、規約第一七条一項や第二三条一項、第二四条一項が保護しようとしている利益は、次の五つのものがある<sup>(36)</sup>。①家族の一体性 (*family unity*) の維持(家族の分離が生ずることを防

止することなど)、②家族構成員の容認しがたい苦痛・障害の発生の防止(追放先で家族の構成員のいずれかの者に、容認しがたい肉体的・精神的苦痛が生ずることや、当地での生活に適應することに困難をきたすことを防止することなど)、③平穏な家族生活の維持・発展(家族構成員のいずれかの者の居住の継続が不安定なものとするのを防止することなど)、④長期にわたって定着している家族生活の維持(居住期間の長期性の故にその国の定着度が高い場合、逆に、出身国との関係が希薄になっていない場合など)において、居住国での家族生活の継続を妨害することを防止することなど)、⑤家族の再統合(family reunification)(複数国に分かれて居住する家族構成員の再統合を妨害することを防止すること)、及び⑥児童の最善利益の保護である。

このうち、児童の最善利益原則は重要な役割を果たしつつある。児童の権利条約第三条一項は、「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と規定する。これが、一般に児童の最善利益原則といわれるものである。この原則は、自由権規約第二四条一項にいう「未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であつて家族、社会及び国による措置」に含まれるとするのが委員会の解釈である。例えば、*Bahitiyari v. Australia* 事件に関する「見解」において、委員会は、「児童に影響を及ぼすすべての措置をとるに当たっては、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」という原則は、規約第二四条一項が求める、未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であつて家族、社会及び国による措置の不可欠の一部である」と述べている。<sup>38)</sup>

## (2) 性格

欧州人権条約第三条及び自由権規約第七条が絶対的性格をもつものであることは先に述べたとおりである。これに対して、家族の保護に関する欧州人権条約第八条、自由権規約第一七条、第二三条一項及び第二四条一項はそのような性格をもたない。

このことは、欧州人権条約第八條二項が、家族生活の保護について制約を認めていることから明らかである。これに対して、自由権規約第一七条は、そのような制約規定をもたない。しかし、規約第一七条が定める家族への干渉を受けない権利や、規約第二三条が定める家族の保護が絶対的なものではないことは、規約人権委員会の実行から導くことができる。委員会は、第一七条一項の「不法に」及び「恣意的に」の概念に権利の制約規定としての役割を担わせてきたのである。「不法な」及び「恣意的な」という概念に関する委員会解釈をまとめれば、干渉

は次の場合には規約に違反するものとはみなされない。すなわち、①干渉が、規約の規定・目的に一致し、かつ干渉要件を特定した法令に基づくものであること、②当該干渉が規約の規定・目的と一致していること、③当該干渉が、特定の諸事情の下で必要であること、及び④当該干渉が干渉目的と比例するものであること、である。<sup>②③</sup>

このような判断枠組みは、明示的な権利制約規定を有する欧州人権条約第八条二項に関する欧州人権裁判所の解釈とも概ね一致する。また、委員会の実行に不合理な点もみあたらないから、規約違反の有無の審査はこのような判断枠組みに従って行われなければならない。この場合、「不法に」という文言が意味する「合法性」の有無については、いわゆる欧米の先進国や日本の場合には特に問題となることはない。追放が法律に基づいて行われるのが通常であるからである。より問題となるのは、恣意性の有無である。恣意性の有無の判断は、前記のように目的と手段の比例関係の有無によってなされる。比例性の判断は、欧州人権裁判所がしばしば述べているように、特定の措置によって追求されている国家・社会の利益と、当該措置によって影響を受ける個人の利益との間に適切な均衡が達成されているかどうか、すなわち、関連諸利益の比較衡量による。規約人権委員会も同様の「見解」を表明している。例えば、*Madafferi v. Australia* 事件の「見解」において、委員会は、「家族の一部の者が、その他の家族の者が締約国に残留する資格のある締約国から出国しなければならない事例においては、家族生活への特定の干渉が客観的に正当化し得るかどうかを評価する際に関連する基準は、一方において、締約国が関係個人を追放する理由の重要性、他方において、家族及びその構成員が、かかる追放によって遭遇する可能性のある困難性とに照らして検討されなければならない」とし、<sup>④</sup> 国家の利益と個人の利益との衡量がポイントとなるとする。

従って、追放によって得られる国家・社会の利益が個人の利益を上まわる場合には、当該追放は、その目的と比例するものとみなされ、その逆の場合には、その目的と比例せず。条約違反となる。従って、規約についてみた前記の法益も、追放理由が重大・悪質と考えられる場合には、その保護が貫徹されないことがある。

### (3) 考慮事項

そこで次に問題となるのは、個人に有利な事情として考慮されるべき要素と不利になる要素はなにかということである。欧州人権裁判所は、*Boultif v. Switzerland* 事件判決において、犯罪歴を有する被追放者に関する考慮事項として、次のような事項を点をあげる。①被追放者が行っ

た犯罪の性格及び重大性、②居住国における被追放者の滞在の長さ、③犯罪の実行時から経過した時間、及びその期間における本人の行動、④様々な関係者の国籍、⑤被追放者の家族の状況（婚姻期間の長さや、カップルの「家族生活」の実質性を示す他の要素）、⑥家族関係に入るときに配偶者が被追放者の犯罪を知っていたかどうか、⑦婚姻において子どもがいるかどうか、いる場合には、その年齢、⑧配偶者が出身国で遭遇するおそれのある困難さの重大さ、である。これらは、追放によって、その配偶者又はその子どもが被追放者に同行する場合において、追放先その他の場所において「家族生活」をおくる場合に遭遇する障害という観点から、追放措置の条約適合性を判断する際の考慮事項の例示である。これらの考慮事項は、このような事例に限らず、概ね、従来から裁判所が一般に考慮してきた事項であるといえる。

また、規約人権委員会の例をみると、委員会が考慮してきた事項を、より一般的な形で示せば次のようになる。①追放を招いた本人の行動又は本人の存在が居住国に及ぼす影響（犯罪の場合には、犯罪の性質や重大性、頻度など）、②被追放者の居住歴、③居住国における家族の状況、④送還先における家族の状況、⑤追放による家族関係の断絶の有無、⑥家族関係から分離されることによる、被追放者本人に生ずる影響、⑦被追放者と家族の依存関係、⑧家族構成員が被追放者に同行する場合に、そこで遭遇するおそれのある障害、⑨児童の最善利益原則、などである。

以上の実行に照して被追放者に有利又は不利となる事情を一般的に示せば次のようになる。まず、個人に有利となる事情には、例えば、居住国において家族生活が確立していること（居住の長期性や、居住国において家族の構成員その他の近親者が居住していること）、追放先において家族生活を送ることが困難であること、家族の分離が生ずること、追放先において家族の構成員のいずれかの者に苦痛が生じること、及び児童の最善利益が害されることなどである。

逆に、個人の側に不利になる事情としては、例えば、追放措置を招いた事情（不法入国、不法残留や犯罪など）の重大性や、家族生活に入るときに、それを継続することができないおそれがある事情（これも不法入国、不法残留や犯罪など）を承知していたことなどである。もとより、考慮事項はこれらに限られるわけではない。

### 3 社会生活上の諸関係の遮断

家族生活の保護という文脈においては、追放による不利益が発生するのは家族であるから、比例性審査において個人の諸利益として考慮さ

れる事項は、追放される本人について生ずる不利益ではなく、家族に関連する事情に限られる。しかし、追放措置を受ける本人も追放先で不利益を被る場合があることも、また事実である。例えば、年少時から長期にわたって追放国に居住しているために、その国籍国に追放されたとしても、その文化や社会に適合することが容易ではなく、それによって生活が困難になるといった場合である。このような場合には、家庭生活の保護という側面では、被追放者本人に生ずる不利益をカバーできない。しかし、その不利益の程度によっては、人権条約の保護を及ぼす必要がある場合もあり得よう。

追放によって本人に生ずる不利益が身体的・精神的苦痛という形をとる場合には、その程度に応じて欧州人権条約第三条や第八条、自由権規約第七条が適用される。しかし、欧州人権条約第八条にいう「私生活」を尊重される権利には、追放に関連するもう一つの意味がある。欧州人権裁判所によれば、それは、「他の者及び外部世界との関係を設定し、発展させる権利」である<sup>43</sup>。追放によって、現在の生活環境のなかで形成された様々な人間関係その他の関係から切り離される場合がこれにあたる。このような不利益は追放に通常に伴うものであるから、追放と「私生活」の保護との両立性が問題となる。

規約人権委員会においては、規約第一七条にいう「私生活」の定義が、欧州人権裁判所が示したような意味を含むかどうかを正面から判断された事例はない。しかし、委員会がこれを暗黙のうちに認めたものと思われる事例はある。*Stewart v. Canada* 事件及び *Canepa v. Canada* 事件において、通報者は、規約にいう「私生活」とは、個人がその一部となっている共同体のなかで生活することができることを意味する旨を主張し、委員会も、この主張を必ずしも排除していない。*Canepa* 事件において、委員会は通報者の「私生活」への恣意的干渉があったとみるべき事情はないと述べているが、このことは、通報者が主張する「私生活」の概念を前提とした上で規約違反の有無を判断しているとも理解できるからである。

先に述べたように、追放は、被追放者本人と家族の双方に様々な影響を及ぼす。この影響は同じ措置から生ずるものであるから、その一断面のみではなく、これを総合的に判断することが本来の姿であると思われる。従って、自由権規約の場合も、欧州人権裁判所の実行と同様に、「私生活」と「家族」の双方の観点から追放の規約適合性の有無を判断するべきであろう。そして、規約第一七条が保護する「私生活」の概念のなかに、欧州人権裁判所が示したものが含まれると理解することにも理由があり、また、そのように理解したとしても、委員会の従来の実行と矛盾するものではない。



図1 人権条約における追放の制約類型（欧州人権条約）

被害者		適用条文			事例（欧州人権裁判所）		
被害の発生先	被侵害利益	被害の程度	条文	意義		性格	
本人	身体的・精神的苦痛	程度大	第3条	拷問その他の非人道的行為	絶対的禁止	加害者	裁判例
		程度小	第8条「私生活」	精神的又は肉体的完全性（moral or physical integrity） 他の者及び外部世界との関係を設定し、発展させる権利		国家	<i>Cruz Varas and Others v. Sweden</i> (1991)
	私人					<i>H.L.R. v. France</i> (1997)	
	社会的諸関係の遮断	第8条「家族生活への干渉」	第8条「家族生活」	家族環境剥奪による本人の不安定化 家族の分離・家族の一構成員に生ずる不利益など	その他	<i>D. v. the United Kingdom</i> (1997)	
家族生活への干渉	相対的禁止					<i>Bensaid v. the United Kingdom</i> (2001)	
家族						<i>C v. Belgium</i> (1996)	
						<i>Nasri v. France</i> (1995)	
						<i>Boultif v. Switzerland</i> (2001)	

## 五 日本の裁判例の問題点

以上に述べてきたことに照らして、日本の裁判所の裁判例でしばしばみられるものとして最初に掲げた論旨の問題点を検討しておこう。その際、外国人の出入国・在留に関して認められてきた広範な裁量の問題と、人権条約の解釈の問題を分けて検討する。

### 1 法務大臣の裁量論の問題点

#### (1) 外国人の出入国及び在留に関する慣習国際法

(a) 先にみたように、日本の裁判例でしばしば認められる論理展開の出発点は、外国人の出入国及び在留に関する慣習国際法に関する認識である。そこで、まず、最高裁の論旨とその特徴をみておこう。第一に、前記のように、最高裁判決による憲法第二二条解釈の根拠は、その文言と、外国人の出入国に関する慣習国際法である。ただ、憲法二二条と慣習国際法との関係は必ずしも明確ではない。憲法第二二条が外国人の出入国・在留の規律を慣習国際法に委ねているということなのか、逆に、外国人の出入国の自由を規定していないことが外国人の出入国の自由を認めず、慣習国際法と同様の規則を設けているというのかである。

憲法二二条が外国人の日本への入国について規定がないことが、慣習国際法と「その考えを同じくするものと解される」としていることは、後者

の立場をとるように読むことができる。しかし、昭和四六年一月二五日の最高裁第一小法廷決定<sup>⑤</sup>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って決定しうるものとされており、憲法は外国人の本法への入国についてなら規定していないのであって、右慣習国際法に従うことが憲法の理念に反するものではなく、これが昭和三二年六月一九日最高裁大法廷判決の趣旨である旨を述べている。これに従うならば、憲法は「慣習国際法に従う」ものとなる。

もつとも、本稿の目的からすると、どちらの立場によるにしても結果はあまり変わらない。憲法が慣習国際法に規則を委ねているのであれば、端的に国際法の枠内で検討を進めればよい。また、そうでない場合であっても、昭和三二年の大法廷判決も昭和五年の大法廷判決も、いずれも、「特別の条約がない限り」において、外国人の入国・在留の事由はないと述べているからである。すなわち、一般に、慣習国際法と条約とは一般法と特別法の関係にあるから、関係する条約の規定が慣習国際法とは異なる規則を定める場合には、当該条約の締約国相互間においては、当該条約規定が優先的に適用され、その限りにおいて当該国際慣習法規則の適用は排除される。

このようにみるならば、最高裁の立場は、「日本国が締結した条約」と「確立した国際法規」、すなわち慣習国際法の双方の遵守を求める憲法第九八条二項に適合的であると評価することができる。その意味で、最高裁のこの所論は、慣習国際法の現状と国際法に対する日本国憲法の要請を考慮したものと考えることができ、論理的にみて特段の問題はない。

また、最高裁のこの立場は、先にみた人権条約の履行監視機関の立場とも一致している。欧州人権裁判所及び規約人権委員会は、一方で、外国人の入国、在留及び追放に関する国際慣習法の存在を認めつつ、他方で、自国が締約国である条約上の義務に服するべきことを要求している。これは、特別の条約がない限り、外国人の出入国及び在留に関する広範な国家の裁量を認める最高裁と同一の論理であるといえる。

(b) 第二に、最高裁の論旨は、外国人の入国と在留を同一の枠組みで議論をしているという特徴がある。これは昭和五三年の大法廷判決において顕著である。同判決は、憲法二二条が外国人の入国を規定しないことから、「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」とする。

最高裁の論旨でむしろ問題なのはこの点である。先にみたように、人権条約の履行監視機関が処理した事例には、外国人の入国・在留・出

国のすべてのものがあるが、このなかでも判断の厳格性の程度は異なる。欧州人権裁判所の裁判例では、外国人の追放の場合には、原告個人の諸利益が国家・社会の諸利益を凌駕するという判断がなされることも多いが、他方で、締約国に対して特定個人の入国を認めるよう求める裁判例はほとんどない。このことから明らかなように、入国の場面と退去強制の場面とは、考慮されるべき要素や比例性審査の厳格度に差がある。また、不法入国の場合であっても、追放の禁止、すなわち、在留の継続が求められることがあることを考えてみれば、入国が認められないから、在留も認められないというストレートな議論にはならない。この点については、次の特別在留許可に関する法務大臣の裁量論の検討において触れる。

## (2) 特別在留許可に関する法務大臣の裁量論

外国人の出入国に関する慣習国際法及び憲法解釈が正当であるとしても、そのことから直ちに特別在留許可の付与に関する法務大臣の裁量の広範性が導き出されることにはならない。

法務大臣の裁量の広範性が認められる根拠は、入管法が特別在留許可の許否の具体的基準を示していないことに求められる。外国人の入国の自由を認める規定をおかない憲法や、法務大臣の裁決を拘束する詳細な規定を欠く入管法のみをみれば、そのような議論も成り立ち得る。しかし、日本が締約国である人権条約は、日本において国内的効力を有し、その効力順位は法律に優位する地位を有する。このことの意味することは、日本が締約国たる人権条約の規定が、入管法の明文規定又はその解釈によっても導き出すことができない裁量統制事由を定めている場合には、当該規定は、法務大臣らが有する裁量権を外在的かつ法的に制約するものとなる、ということである。それ故、人権条約が、在留特別許可の許否の判断に際して入管法が規定していない要件を課していると解釈される場合には、その判断権者たる法務大臣等は、当該条約が定める要件に従わなければならない。法務大臣の判断を羈束するような定めが入管法の上位規範たる人権条約から導き出されるものと理解されなければならないのである。

この点で、執行停止申立事件に関する東京地裁平成一三年一月六日決定<sup>46</sup>の所論は理論的に正当である。同決定は、收容令書の発付の要件に関して次のようにいう。

「入管」法三九条は、容疑者が法二四条各号に列挙された退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、收容令書によりその者を收容することができるとしており、收容令書の発付及び執行において上記の要件以外の事由が挙げられていないことは相手方の指摘するとおりである。

しかし、難民条約は、三一条二項において、締約国は、一項の規定に該当する難民（その生命又は自由が第一条の意味において脅威にさらされていた領域から直接来た難民であつて許可なく当該締約国の領域に入国し又は許可なく当該締約国の領域内にいる者）の移動に対し必要な制限以外の制限を課してはならない旨規定するところ、難民条約が国内法的効力を有することにかんがみれば、主任審査官が退去強制手続の前提となる收容令書の発付を行うに際しては、法三九条所定の要件に加え、対象者が難民に該当する可能性を検討し、その可能性がある場合においては、同人が難民に該当する蓋然性の程度や同人に対し移動の制限を加えることが難民条約三一条二項に照らし必要なものといえるか否かを検討する必要があると解すべきである。すなわち、收容令書発付の可否を検討する段階において、対象者が難民条約三一条一項にいう難民に該当する可能性がないことが判明している場合、又は、対象者が有罪判決を受けるなど不法入国以外の退去強制事由が生じた場合や対象者の身柄が不安定であり移動の制限を行わなければ難民認定に関する事実の調査（法六一条の二三）が困難になる等移動の制限が必要といえる場合には收容令書の発付が可能であるが、難民に該当する一定程度の蓋然性がある場合には、その蓋然性の大きさととの比較の観点において、その段階で收容の必要性があるか否かを検討し、その必要性が認められる場合にのみ、收容令書を発付し、執行することができる<sup>47</sup>と解すべきである<sup>48</sup>。

この決定は、難民条約の国内的効力と上位規範性を認め、收容令書発付の要件として、入管法第三九条所定の要件に加えて、難民条約の規定から導き出される要件の検討が必要であるとする。日本の法体系における上位規範たる条約と下位規範である入管法との関係に関する正当な理解に基づくものである。要するに、入管法上の法務大臣の裁量権の範囲は、人権条約の関連規定により外在的かつ法的に制約される得るのであつて、これが、最高裁が慎重に「特別の条約がない限り」という一句をもつて留保したことの意味に他ならない。従つて、すべては関係する条約の解釈によるのである。

## 2 条約解釈上の問題点

### (1) 裁判例の問題点

それでは、日本の裁判例は、人権条約の解釈を正当に行っていると認められるか。最初に掲げた裁判例は、自由権規約や児童の権利条約が、マクリーン事件最高裁判決にいう「特別の条約」に該当しないとされる。その根拠は、①児童の権利条約や自由権規約には、慣習国際法上の原則を制限する旨の規定は存在しないこと、②かえって、児童の権利条約第九条四項が、退去強制により児童が父母の一方又は双方から分離される場合があり得ることを認めていること、また、③自由権規約一三条が「合法的にこの規約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づいて行われた決定によってのみ当該領域から追放することができる」と規定し、合法的に当該国家に滞在する外国人に対しても退去強制の措置をとり得るとしていることである。このような根拠から、自由権規約も児童の権利条約も、国際慣習法上の原則を当然の前提として、外国人の入国及び在留を制限する権限を各締約国に留保した上で制定されたものとする。

しかし、この解釈はあまりにも単純にすぎる。特に次の三点が問題となる。第一に、児童の権利条約や自由権規約が慣習国際法を前提としているとする結論を導く根拠として、これらの条約に慣習国際法上の原則を制限する旨の規定が存在しないことがあげられている。しかし、慣習国際法と条約とが一般法と特別法との関係にあり、ある条約の規定と慣習国際法規則とが異なる場合に当該条約規定が優先的に適用されることは国際法学の常識であり、条約のなかに慣習国際法を排除する旨の規定をおく必要はない。従って、条約のなかに慣習国際法上の原則を制限する規定がないという事実は、当該条約が当該慣習国際法をそのまま前提としているとする根拠とはなり得ない。実際、このような規定が人権条約におかれることはない。しかし、人権条約そのものが、自国民の取り扱いを国内管轄事項としてきた第二次世界大戦前の慣習国際法を修正するためのものであり、現在の慣習国際法が人権条約が定めるすべての規定の内容を取り込んではいない以上、人権条約は、慣習国際法にない制約を国家に課している。出入国管理の分野においてのみ、慣習国際法を修正する旨の規定を求めべき理由はない。

第二に、自由権規約や児童の権利条約が外国人の退去強制を認め、父母と子どもとの分離を認めるような明文規定をおいていることが、慣習国際法をそのまま前提としていることになるか。裁判例があげる関係規定が明文でそのような定めをおいていることは事実である。しかし、そのような規定は、それらの条約が外国人の退去強制や父母と子どもとの分離を一定の場合に制約しているものと解釈することを妨げるものではない。

例えば、米州人権条約は、その第二二条六項において「合法的にこの条約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づいて行われた決定によってのみ当該領域から追放することができる」と定め、外国人の追放を認める規定をおく。しかし、その八項は、「外国人は、人種、国籍、宗教、社会的地位又は政治的意見のために、その生命に対する権利又は身体の自由が侵害されるおそれのある国（当該外国人の本国であると否とを問わない。）に追放され又は送還されない」と定め、外国人の強制的出国に関する国家の自由な決定権を明らかに制限する。外国人の追放を認める規定があるからといって、米州人権条約が慣習国際法原則をそのまま認めているとはいえないのである。

また、難民条約や拷問等禁止条約、米州人権条約のような明文規定のない場合であっても、条約のより一般的な規定の解釈によって外国人の追放に対する制限が導き出されることがあることは、先にみた通りである。従って、欧州人権条約及び自由権規約が外国人の強制的出国を容認する規定をおいていることが、慣習国際法規則をそのまま承認していることを意味しない。

以上の諸点との関係で、第三に、裁判例では、条約解釈に際して条約の関連規定のみを根拠としているが、条約解釈において考慮されるべきものはこれだけではない。この点については、項を改めて述べておきたい。

## (2) 条約解釈の方法

「条約法に関するウィーン条約」（以下「条約法条約」という。）は、その第三一条から第三三条までにおいて条約の解釈規則を規定する。日本は、条約法条約の締約国であるから、条約解釈はこの解釈規則に従って行われなければならない。もともと、条約法条約第四条第一文は、「この条約は、自国についてこの条約の効力が生じている国によりその効力発生の後に締結される条約についてのみ適用する」と規定する。条約法条約が日本について発効したのは一九八一年八月一日であるから、日本が締約国である人権条約のうち、一九七九年九月二二日に日本について効力が生じた自由権規約には形式的には条約法条約は適用されない。

ただ、この点について、損害賠償請求事件控訴事件に関する大阪高裁判決は、条約法条約の「内容はそれ以前からの国際慣習法を規定している」という意味において、B規約の解釈においても指針になるものと解される」とする<sup>46</sup>。同様に、受刑者接見妨害国家賠償請求事件に関する徳島地裁判決も、条約法条約が「慣習国際法として形成適用されてきた条約法の諸原則を成文化したものであることを考えると、B規約の解釈に際しても一定の指針となりうるものというべきである」とする。さらに、損害賠償請求事件に関する近時の大阪地裁判決も、「条約法条約

には遡及効がなく、その発効前に発効したB規約への適用はないが、その内容がその発効以前からの国際慣習法を規定していることからすれば、B規約の解釈は、特段の事情がない限り、条約法条約に沿ってなされるものである」とする<sup>49)</sup>。これらの判決は、いずれも、自由権規約の解釈に際しても条約法条約が定める解釈規則に準拠すべきことを認めている。

欧州人権裁判所は、条約法条約が発効する以前から、同条約が定める解釈規則を慣習国際法上の原則であるとみなして、同規則に依拠した判決を行ったことがあり、規約人権委員会も欧州人権裁判所と同様の立場を表明した「見解」を採択している。また、国際司法裁判所も条約法条約第三一条及び第三二条が定める解釈規則が、概ね慣習国際法を反映したものである旨を判示している<sup>50)</sup>。従って、上記の日本の裁判例が示した理解には理由がある。

以上を前提として検討をすると、最初にあげた裁判例の条約解釈には二点で問題がある。第一に、条約法条約が定める解釈規則が解釈にあたって考慮すべき要素としてあげているものは「条約文（前文及び附属書を含む。）」、すなわち、裁判例があげる条約の文言及びその相互関係に限られないということである。条約法条約は、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈する」ともとされる（第三一条一項。「用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する」ともとして解釈することになる。同条四項。）が、条約法条約が定める考慮要素は、さらに次のものも含む。①「条約文（前文及び附属書を含む。）」、②「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」、③「条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」、④「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」、⑤「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」、⑥「当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」、及び⑦「解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情」、である。従って、裁判例の条約解釈は単純にすぎ、日本が条約法条約の締約国であること、また、条約法条約の条約解釈規則が慣習国際法化していることから認められない。

第二に、条約の履行監視機関、特に規約人権委員会の規約解釈を考慮していないことは、条約解釈の方法として問題が多く、それによって導き出されている結論も現時点における国際基準と齟齬をきたす可能性がある。もっとも、条約法条約は、人権条約の履行監視機関の解釈が、考慮されるべき要素として明示されておらず、そこで定めるいずれの要素に該当するのかについては、日本の裁判例及び学説でも一致をみてい

ない。次のような見解がある。① 条約機関の見解を条約法条約第三一条一項にいう「誠実に解釈する」<sup>(52)</sup>との関係で理解するもの、② 第三一条三項(b)にいう「条約の適用につき後に生じた慣行」にあたるもの、③ 第三二条にいう「解釈の補足的な手段」とみるもの、④ 「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈について当事国の合意を確立するもの」又は「解釈の補足的な手段」に準ずるものとして、相当程度尊重されるべきであるとするもの、<sup>(53)</sup> ⑤ いずれの要素にあたるかを留保しつつ、これを条約解釈の指針とみるもの、<sup>(54)</sup> ⑥ 「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈について当事国の合意を確立するもの」又は「解釈の補足的な手段」に準ずるものとして、相当程度尊重されるべきであるとするもの、<sup>(55)</sup> ⑦ 特段の判断を示すことなく、これを参照するもの、<sup>(56)</sup> である。

自由権規約についてみれば、規約人権委員会は、その地位（規約解釈を表明する権限が認められていること）、構成（「人権の分野において能力を認められた」者から構成されること。自由権規約第二八条二項。）及び経験（委員会は、その活動を開始して以来約三〇年にわたって、世界の多数かつ多様な国家における自由権規約の国内的实施を監視し、自由権規約の解釈・適用の任にあたってきたこと。）からみて、委員会が示す解釈には、それに相応する重みが与えられなければならない。この点からみると、およそ条約を「誠実に解釈する」場合には、委員会の規約解釈を常に考慮し、それが合理的な解釈と認められる場合には、それを採るべきである。<sup>(57)</sup>

仮にこの見解をとらないとしても、履行監視機関の条約解釈は、最低限、条約法条約第三二条にいう「解釈の補足的な手段」に該当するものと理解されなければならない。国際司法裁判所は、二〇〇四年六月九日の「パレスチナ被占領地域における壁建設の法的帰結」に関する勧告的意見において、自由権規約第二一条一項の解釈に触れ、同項が二つの異なった解釈をされ得ることを示した上で、規約人権委員会の実行と規約の起草過程を参照して、規約解釈を確定している。<sup>(58)</sup> 国際司法裁判所の論理は、必ずしも明確ではない。しかし、国際司法裁判所が、少なくとも、規約人権委員会の規約解釈を援用し、それを規約解釈を導き出す重要な要素とみなしたことは明らかである。周知のように、国際司法裁判所は国連の主要な司法機関であり、国際社会における最も権威のある裁判所の一つである。従って、規約解釈において規約人権委員会の解釈を無視することは認められないというべきである。

なお、日本の裁判所においては、規約人権委員会の「一般的意見」や「見解」には法的拘束力がなく、日本の裁判所を拘束するものではない旨の主張がなされ、また、その旨が判決のなかで示されることがある。この主張に誤りはない。本稿も規約人権委員会による規約解釈が法的拘束力を有し、又はそれが「有権的解釈」であると主張しているわけではない。上記のように、規約人権委員会による解釈の重要性に鑑み、



規約解釈にあたって、その解釈を当然に考慮し、その合理性の有無を検討する必要があると述べているにすぎない。この点に関し、平成一六年三月九日の大阪地裁判決<sup>④</sup>が、規約人権委員会が規約解釈を示した「一般的意見」や「見解」の法的拘束力の有無と、それらが規約解釈においてもつ意義とを明確に峻別したことは正当である。同判決は、次のようにいう。

「規約人権委員会の」ゼネラルコメント「Ⅱ」一般的意見「Ⅱ」ないし上記各国国際連合決議がその締約国ないし国際連合加盟国に対して法規としての拘束力を有するものではなく、ゼネラルコメントをB規約の解釈の参考とする際には各国の歴史、伝統等の背景事情を踏まえるべきであることは被告が指摘する通りであるが、かかる拘束力の有無とB規約の解釈に当たって参考とされるか否かとは別個の問題であるし、B規約一四条三項が、我が国の憲法も採用する法の支配の理念及びその内容たる適正手続の要求にも適合するものであることからすれば、日本国の歴史、伝統等の背景事情を踏まえたとしても、少なくともB規約一四条三項の解釈に当たり、ゼネラルコメントが相当程度参考とされるべきであることには変わりはない」。

### (3) まとめ

入管法の規定や従来の裁判例によれば、特別在留許可に関して法務大臣がその裁量権を行使する際に基準となるようなものはない。法務大臣の裁決が違法となるのは、「法律上当然に退去強制されるべき外国人についてなお我が国に在留することを認めなければならない積極的な理由が認められるような場合に限られ」、また、特別在留許可の付与は「恩恵的措置」である。

しかし、前記の人権条約の解釈を前提とするならば、日本の法制度や裁判例には、次のような問題点がある。第一に、入管法上、送還先には「難民条約第三十三条第一項に規定する領域の属する国を含まないもの」とされるが、「法務大臣が日本国の利益又は公安を著しく害すると認める場合を除く」とする例外がある（入管法第五三条三項）。これは難民条約を念頭においた規定である。しかし、近年の条約解釈によれば、追放先において迫害や拷問などの強度の身体的・精神的苦痛を被るおそれがある場合には、その追放は絶対的に禁止される。人権条約の履行監視機関が、難民条約の保護の範囲よりも関係規定のそれが広いことを明示的に認めていることも先にみた通りである。従って、送還先に関するこの例外規定をそのまま適用すると、自由権規約第七条及び拷問等禁止条約第三条に違反することになる。

第二に、身体的・精神的苦痛の程度がより低い場合や、家族の保護、社会生活上の諸関係の維持を理由とする場合には、追放は絶対的に禁止されるわけではない。しかし、退去強制令書発付処分に至る判断過程においては、人権条約上、個人の側に有利な事情と国家・社会の側に有利な事情とを適切に衡量することが求められる。そこには、個人に有利な事情と認められるべき一定の事項が存在し、また、これを判断する目的と手段の比例性の有無の判断も求められる。法務大臣が裁決するにあたっては、入管法の上位法である自由権規約が要求するこのような判断枠組みに従わなければならない。このことは、裁量を統制するある程度の基準があるということを意味する。そして、これは入管法の規定には明記されていない要件・基準であり、判断方法であるから、自由権規約は、事案の諸事情の下で、日本に対して外国人が引き続き在留を認めることを求めることもある。換言すると、自由権規約は、最高裁が留保した「特別の条約」となるのである。

なお、国際法学の立場からするならば、人権条約に適合する形で退去強制が差し控えられ、結果として、退去強制の可能性のある者の在留の継続が認められるのであればそれでよい。従って、これを、人権条約上の国家の義務に基づく反射的利益又は事実上の利益と理解するか、引き続き在留する権利といった、国内法令上の外国人に認められる権利と理解をするのかは国際法の立場からはどちらでもよいことになる。

## 五 おわりに

これまでみてきたように、人権条約の解釈の現状からみた場合には、日本においてしばみられる裁判例には問題が多い。しかし、他方で、従来の裁判例においても人権条約の立場と整合的なものがないわけではなく、また、入管実務のなかにもそれはみられる。人権条約と整合性をもつ入管法運用をするための素地はあるといえるのである。それをより一層推し進め、行政裁量の統制基準として人権条約を用いるというのが、現在、求められていることである。最後に、この点を確認しておこう。

(1) 日本では、法務大臣の裁決及び退去強制令書発付処分の取り消しを争う訴訟において、少数ではあるが、法務大臣の裁量権行使の踰越・濫用が認められたものもある。巨理 格教授は、裁量権の踰越・濫用の認定例には次の五類型のものと指摘される。①「戦前から日本に

在住又は日本で生まれ育った在日韓国・朝鮮人に対する退去強制令書発付処分<sup>61</sup>の適法性が争われた事件で、退去強制令書の執行により日本の生活基盤が確立している容疑者に対して生じる不利益の重大性に比して、容疑者が退去強制事由に該当すると判断された行為が比較的軽微な違反事実<sup>62</sup>に過ぎないとの判断の下に、退去強制令書発付処分が裁量得の逸脱・濫用に当たり違法であるされたケース」、②「本国への送還により政治犯罪人として処罰される等の重大な不利益を受ける恐れがあるという事情を重視した結果、退去強制令書発付処分を違法と判断したケース」、③「退去強制の執行が日本人配偶者との婚姻関係の継続にとつて重大な障害となることを主たる理由若しくは理由の一つとして、退去強制令書発付処分が裁量権の逸脱・濫用に当たり違法であり、又は違法である可能性がある（執行停止申立事件の場合）」としたケース」、④「本国内の少数民族に属し本国に送還された場合には迫害を受ける可能性があるため『難民』（難民条約一条）に該当することを理由に、若しくはそのことを理由の一つとして、退去強制令書発付処分が違法として取り消され又は違法である可能性がある（執行停止申立事件の場合）」と判断されたケース」、及び⑤「長期間にわたつて平穩かつ公然と在留を継続してきたという事実」を被退去強制者に有利な事情として重視するケース、である<sup>63</sup>。これにさらに付け加えるとすれば、次のものがある。⑥退去強制先での生活が著しく困難であり、「人間としての最低限の人格的尊厳の保持や生存さえも危殆に瀕する」おそれがあるとして、法務大臣の裁決を違法としたケース（平成一三年三月一五日東京地裁判決）<sup>64</sup>である。このケースは、中国で出生し、父に同行して赴いたボリヴィアにおいて不正に同国籍を取得した後に日本に入国し、不法残留となった者に対してボリヴィアを送還先とする退去強制令書が発付された事案である。この事案の原告は、ボリヴィアに二ヶ月滞在したにすぎず、同国の主要言語のスペイン語も全く理解できず、同国においてその生活を支える親族や友人、知人もいないなどのことから、裁判所は、「原告がボリヴィアで生計を立てていくことは極めて困難であり、場合によっては、人間としての最低限の人格的尊厳の保持や生存さえも危殆に瀕する事態が予想されないわけでもないというべきであり、このような事態は、甚だ人道に反するものというほかない」と判示した。

これらの裁判例は、それぞれそこで掲げられた要素を個人の側に有利な事情として認めるものであるが、これらの五類型が認める要素は、概括的にいえば、人権条約が保護すべきものとして掲げる利益に対応する。すなわち、①及び⑤は「社会生活上の諸関係の遮断の防止」、②、④及び⑥は「身体的・精神的苦痛の発生の防止」、③及び⑤の一部は「家族生活の保護」に相当するものといえる。このように、従来の裁判例・決定例の一部にも人権条約の解釈の現状に一致するものがみられる。このことは、人権条約上の追放の制約類型が、従来の日本の裁判例・決定例からみて異質のものとはいえないことを意味する。

(2) 他方、入管実務はどうか。法務省入国管理局は、平成一八年に「在留特別許可に係るガイドライン」<sup>64</sup>を公表した。このガイドラインによれば、「在留特別許可に係る基本的な考え方」として、「在留特別許可の可否に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、生活状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して判断することとしている」とし、「在留特別許可に係る『基準』ではない」としつつ、「当該許可の可否判断に当たり、考慮する事項」を例示的に列挙している。

まず、「積極要素」として、外国人に有利に考慮する事項には、①入管法第五〇条一項一号から三号が掲げる事由、②「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」、③「当該外国人が、日本人又は特別永住者との間に出生した実子（嫡出子又は父から認知を受けた非嫡出子）を扶養している場合であって、次のいずれにも該当すること。ア 当該実子が未成年かつ未婚であること。イ 当該外国人が当該実子の親権を現に有していること。ウ 当該外国人が当該実子を現に本邦において相当期間同居の上、監護及び養育していること」、④「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、相互に協力し扶助していること。イ 夫婦の間の子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること」、及び⑥「人道的配慮を必要とする特別な事情があるとき」、例えば、「難病・疾病等により本邦での治療を必要とする場合」や「本邦への定着性が認められ、かつ、国籍国との関係が希薄になり、国籍国において生活することが極めて困難である場合」である。

逆に、外国人に不利となる「消極要素」としては次のものがあげられている。①「刑罰法令違反又はこれに準ずる素行不良が認められるとき」、②「出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性の高い違反をしているとき」、例えば、「不法就労助長罪、集団密航に係る罪、旅券等の不正受交付等の罪などにより刑に処せられたことがあるとき」や「資格外活動、不法入国、不法上陸又は不法残留以外の退去強制事由に該当するとき」、及び③「過去に退去強制手続を受けたことがあるとき」、である。

このガイドラインが掲げる個人にとって有利となる事情及び不利となる事情も、人権条約の立場や、前記の従来の裁量権逸脱・濫用を認める裁判例と齟齬をきたすものではない。

(3) 問題は、このような裁判例が個人の側に有利な事情として認めた同じ事実が、他の裁判例ではそのようには認められず、むしろ、そのような裁判例の方が多いということ、また、入管当局が、特別在留許可の可否は「諸般の事情を総合的に勘案して判断する」ものであり、ガイドラインが掲げた諸要素が「在留特別許可に係る『基準』ではない」としていることである。

裁判例についてみてみよう。例えば、「長期間にわたって平穏かつ公然と在留を継続してきたという事実」について、平成一六年三月三〇日の東京高裁判決<sup>(65)</sup>は、不法残留以外に「法律に違反したことがなく、長期間平穏かつ公然と在留してきたものであり、また、退去強制の結果、当該不法残留者が我が国において形成してきた生活の基盤が失われるなどの不利益を被るとしても、在留特別許可を付与すべきかどうかの判断において、それらの事情を当該不法残留者に有利に考慮すべきであるとはいえず、そのような考慮をしないで、本国に帰国させることが社会通念上著しく妥当性を欠くということとはできない」とする。昭和五四年一〇月二三日の最高裁第三小法廷判決も、「本邦に不法入国し、そのままを留を継続する外国人は、…在留資格をもって在留するものではないので、その在留の継続は違法状態の継続にほかならず、それが長期間平穏に継続されたからといって直ちに法的保護を受けうる筋合いのものではない」と判示している<sup>(66)</sup>。

また、平成二年六月二八日の東京高裁判決は、日本人配偶者との婚姻が真意に基づくもので夫婦の実態が十分に備わっているとしても、それは不法残留という違法状態の上にきずかれたものであってもそもそも法的保護に値しないものであり、在留特別許可を付与するか否かの判断にあたっての一事情にすぎないとする<sup>(67)</sup>。

このようにみてくると、(絶対的禁止を定める自由権規約第七条の場合を除き) いかなる要素を外国人に有利又は不利な要素とみるか、また、それぞれの要素の重要性ほどの程度であるか、それらの有利な要素と不利な要素をどのように衡量するのかが次の問題の焦点になる。これは、欧州人権裁判所及び規約人権委員会が求める比例性審査の核心をなすものであり、本稿での検討からもある程度は明らかにされている。また、入国管理局のガイドラインについては、それが人権条約の解釈と齟齬きたすものでない限り、それを行政裁量の統制基準として取り扱うことが、人権条約の要請となる。

様々な関連要素について、それにどのようなものがあり、そのそれぞれがどの程度の重みをもって衡量されるべきなのかは、人権条約の履行監視機関の実行をより詳細に分析する必要がある。この点については、別稿で改めて検討したい<sup>(68)</sup>。

- (1) 「在留特別許可」と呼ばれる場合もある。なお、本稿には、既に公表した論稿と重複する部分があることを、あらかじめお断りしておく。
- (2) ここにいう「追放」には、犯罪人引渡しを除く強制的出国措置を広く含む。強制的出国措置の種類や性格は国により様々であり、国際社会の立場からみれば、「追放」という包括的な用語の方が適当である。そのため、人権条約がかかわる場合には、この言葉を用いる。もっとも、日本の退去強制処分が「追放」に該当することは明らかであり、諸外国の類似の制度との比較を行わない本稿においては、「追放」と退去強制とは同義のものと考えてよい。
- (3) 民集三三巻七号一二三〇頁。
- (4) 刑集一一巻六号一六六三頁。
- (5) 民集一三巻一、二号一四九三頁。
- (6) 訟務月報四七巻一〇号三〇二三頁。
- (7) 判例時報二〇二四号八頁。なお、同三頁の平成二〇年五月二八日の大阪高裁判決は、この地裁判決を一部変更している。
- (8) 例えば、昭和三二年一月三一年の東京高裁判決、行集八巻一〇号一九〇三頁。
- (9) 欧州人権条約第八条は次のように規定する。なお、本稿では、条約文に関し日本語正文又は公定訳があるものはそれに従うものとし、それ以外のものはすべて村上訳である。
- 「1 すべての者は、その私生活及び家族生活並びにその住居及び通信を尊重される権利を有する。
- 2 この権利の行使にあたっては、公の機関による干渉があつてはならない。但し、法律に基づく干渉であり、無秩序若しくは犯罪の防止、公衆衛生若しくは道徳の保護、又は他の者の権利及び自由の保護を理由として、国家の安全、公共の安全又は国家の経済的福祉のために民主的社會において必要とされるものは、この限りでない」。
- (10) 欧州人権条約第三条は次のように規定する。「何人も、拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない」。
- (11) *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, Publication of the European Court of Human Rights, Series A* (以下“Series A”とす)。No.94.
- (12) *Gil v. Switzerland, Reports of Judgments and Decisions* (以下“Reports”とす)、1996-I, paras.38-39。なお、引用文献が明示されていないものは、インターネット (<http://emiskp.echr.coe.int/tdkpl197/search.asp?sessionId=10012&skin=hudoc-en>) を通じて判決文を入手したことを示す。
- (13) *Boutif v. Switzerland, Reports 1997-VI, para.46.*
- (14) *Soering v. the United Kingdom, Series A, No.161.*
- (15) *Cruz Varas and Others v. Sweden, Series A, No.201.*
- (16) *Hlad v. the United Kingdom, para.59.*
- (17) *General Comment 15(The position of aliens under the Covenant), para.5.* なお、規約人権委員会 General Comments は、*HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.D)* から引用するものとし、以下ではこの文書は引用しない。
- (18) 自由権規約第七条の公定訳は次の通りである。「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない。特に、何人も、その自由な同意なしに医学的又は科学的実験を受けない」。
- (19) *General Comment 20, para.9.*

(20) 自由権規約第十七条、第二三条及び第二四条の公定訳は次の通りである。  
第17条

- 1 何人も、その私生活 (privacy) 、家族 (family) 、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。
- 2 すべての者は、一の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。」

第23条

- 1 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する。
- 2 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。
- 3 婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない。
- 4 この規約の締約国は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置をとる。その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置がとられる。」

第24条

「1 すべての児童は、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、国民的若しくは社会的出身、財産又は出生によるいかなる差別もなしに、未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であつて (such measures of protection as are required by his status as a minor) 家族、社会及び国による措置について権利を有する。

2 すべての児童は、出生の後直ちに登録され、かつ、氏名を有する。」

3 すべての児童は、国籍を取得する権利を有する。」

(21) *Kindler v. Canada, Communication No. 470/1991, para.6.1.* なお、委員会の「見解」は、委員会の年次報告書に収録されているが、文書番号によって特定することが可能であるため、それが掲載されている年次報告書を示すことなく、文章番号のみによって引用する。拷問禁止委員会の「見解」の場合も同様である。

(22) *Ibid., para.13.2.*

(23) *A. R. J. v. Australia, Communication No. 692/1996, para.6.9.*

(24) *Winala v. Australia, Communication No. 930/2000, para.7.3.*

(25) なお、欧州人権裁判所も、規約人権委員会も、外国人の出入国に関して平等権の保障を求めている(例えば、欧州人権裁判所の場合には、1985年の *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* 事件判決、規約人権委員会の場合には、一九八一年の *Ameenuddin-Cziffa et al. v. Mauritius* 事件 (*Communication No. 35/1978*) に関する「見解」を参照)。しかし、いずれの場合にも、十分な判断の蓄積はないため、ひとまず、以下の検討からは除外する。ただし、「このことは外国人の出入国・在留において非差別・平等原則が重要ではない」ということを意味しない。

(26) *Bensaid v. the United Kingdom, para.46*

(27) *H.L.R. v. France, Reports 1997-III, paras.39-40.*

(28) *D. v. the United Kingdom, Reports 1997-III, paras.53-54.*

(29) *Ireland v. the United Kingdom, Series A, No.25, para.163*を参照。

(30) *Vitarajah and Others v. the United Kingdom, Series A, No.215, para.107.* 欧州人権裁判所は、*Cruz Varas and Others v. the United Kingdom* 事件判決においてこれを認めつつあるが、確認はなす。

(31) *Chahal v. the United Kingdom, 1996-V, para.80.*

- (32) *General Comment 20, op. cit.*, para.3.
- (33) *Akani v. Canada, Communication No. 1051/2002*, para.10.10.
- (34) *Gorki Ernesto Tapia Paez v. Sweden, Communication No.39/1996*, para. 14.4.
- (35) *M.B.B. v. Sweden, Communication No. 104/1998*, para.6.4. その他「第三条の絶対的性格を認めるものとして」次のものがある。*Seid Mortesa Aemai v. Switzerland, Communication No.34/1995*, para.9.8. *M.B.B. v. Sweden, Communication No. 104/1998*, para.6.4. *V.X.N. and H.N. v. Sweden, Communication No.130/1999 and 131/1999*, para.13.4. *T.P.S v. Canada, Communication No.99/1997*, para.15.3.
- (36) そのなかの若干のものについては、村上正直「外国人の追放と家族の利益保護―規約人権委員会の実行を中心に―」(世界人権問題研究センター「研究紀要」第七号、二〇〇二年)一五七―一五八頁を参照。
- (37) 出入国管理の分野において児童の最善利益原則が重要な役割を果たしたのは、規約人権委員会では、二〇〇一年の *Winata v. Australia* 事件関する「見解」、欧州人権裁判所では、二〇〇六年の *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands* 事件判決であるといえる。後者の判決については、村上正直「家族の在留資格：ロドリゲスザシルバ対オランダ事件」国際人権法学会編『国際人権』一七号、二〇〇七年、一三五―一三八頁を参照。
- (38) *Bahijari v. Australia, Communication No. 1069/2002*, para.9.7.
- (39) 詳しくは、村上「外国人の追放と家族の利益保護―規約人権委員会の実行を中心に―」前掲、一五九―一六〇頁を参照。
- (40) 例えば、*C v. Belgium*, para.32を参照。
- (41) *Madajeri v. Australia, Communication No. 1011/2001*, para.9.8.
- (42) *Boulif v. Switzerland, op. cit.*, para.48
- (43) 例えば、*C v. Belgium*, para.25, *Bensaid v. the United Kingdom*, para.48を参照。
- (44) *Canpa v. Canada, Communication No. 558/1993*, paras.4.3 and 11.5. *C.J. Stewart v. Canada, Communication No. 538/1993*, para.3.3.
- (45) 判例時報六一七号二五頁。
- (46) 執行停止申立事件(平成二年(行ク)第一二四号)に関する東京地裁平成一三年一月六日決定(判例集未登載)。
- (47) ただし、これは難民条約と入管法の関係に関する理解として正当なことであり、入管法上の収容と人権条約との整合性については、より直接的には自由権規約第九条の身体の自由の観点から検討されるべき問題である。この点については、村上正直「難民認定申請者の収容」浅田正彦編『二一世紀国際法の課題』(安藤仁介先生古希記念)有信堂、二〇〇六年、一二五頁以下を参照。
- (48) 判例時報一五二三号八六頁。
- (49) 判例時報一五九七号一二三頁。この理は、この裁判の控訴審判決でも認められている。高松高裁平成九年一月二五日判決(判例タイムズ九七七号六九頁)を参照。
- (50) 判例時報一八五八号七九頁。
- (51) 例えば、*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I. C. J. Reports 2002*, para.37. さらに解釈の対象とされた条約は、一八九一年の条約である。
- (52) 今井教授は、日本が締約国である人権条約の場合には、その実施機関の意見が「誠実に解釈する」との関係で理解されるべきことを示唆する。今井直「国際人権法の国内裁判における適用と子どもの権利条約」永井憲一編著『子どもの人権と裁判』法政大学出版局、一九九八年、四〇頁。
- (53) 植木俊哉「指紋押捺を拒否した在外日本人の逮捕の違法性と国家賠償請求」『ジュリスト』一〇八九号(一九九六年)三四七頁、山下泰子「指紋押捺制度と国際



- 人権規約B規約の国内への適用」『国際法判例百選』（別冊ジュリスト）一五六号、二〇〇一年）一一一頁。
- (54) 判例時報一五二三号八七頁。今井教授も、日本が締約国ではない人権条約の実施機関の見解については、これが解釈の補足的手段にあたることを示唆する。今井「前掲論文」四〇頁。
- (55) 判例時報一八五八号七九頁。
- (56) 判例タイムズ九七七号六九頁。
- (57) 判例時報一八五八号七九頁。
- (58) 訟務月報五二巻四号一〇四七頁、判例時報一八九八号七五頁、判例タイムズ二一八八号二五四頁、及びその控訴審判決である大阪高裁平成一八年一月一日判決（判例集未掲載）。
- (59) この点について詳しくは、村上正直『人種差別撤廃条約と日本』日本評論社、二〇〇五年、六一一頁及び同「裁判所による人権条約の適用に関する諸問題」部落解放・人権研究所編『国際人権規約と国内判例』解放出版社、二〇〇四年、一九一二頁を参照。
- (60) International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, paras. 108-111を参照。
- (61) 判例時報一八五八号七九頁。
- (62) 亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟(下)」判例評論五五〇号三五頁（判例時報一八七〇号一五七一五九頁）。
- (63) 判例時報一七八四号六七頁。
- (64) <http://www.noj.go.jp/NYUKAN/hyukan52-1.pdf>。
- (65) 訟務月報五一巻二号二五七頁。
- (66) 判例時報一〇〇八号一三八頁。
- (67) 訟務月報四七巻一〇号三〇二三頁。
- (68) 人権条約を行政裁量の統制基準を定めるものとみることのほかに、今一つ重要な課題として、人権条約の規定及びその解釈に適合的な憲法その他の法令解釈を展開することがある。人権条約が保障する権利を、同時に憲法その他の法令上の権利と認めることは、国際法と国内法の整合性の観点からみて望ましい。実際に、最近の憲法学説においてはこれを模索するものがある（例えば、近藤敦「外国人の人権と市民権」明石書店、二〇〇一年、門田孝「在留権」駒井洋監修・近藤敦・編著『外国人の法的地位と人権擁護』明石書店、二〇〇二年、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』有信堂、二〇〇八年など）。国際法学と憲法学、行政法学などの国内法学との共同作業が必要な所以である。