

在留特別許可の法社会学

—日本で暮らす外国人の法的基礎

丹野 清人

はじめに

- 1 データと方法について
 - 2 現在の入管実務を規定する法的背景
 - 3 本事件の経緯
 - 4 申立人側による問題提起
 - 5 入管側意見書にみる国の主張
 - 6 申立人側意見書にみる入管政策批判(1)——実務の運用をめぐって
 - 7 申立人側意見書にみる入管政策批判(2)——法務大臣の裁量をめぐって
 - 8 申立人側意見書にみる入管政策批判(3)——行訴法25条「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」をめぐって
 - 9 東京地裁はどのように判断したか——社会通念につながる新しい判例の誕生
 - 10 法治国家を凌駕する行政統治——裁判に負けて申立人の利益を守る
- 結語にかえて

はじめに

本稿は、日本の外国人問題を考える上で、最も根本的な問題を考えるために在留特別許可制度の問題を検討する。在留特別許可は、「出入国管理及び難民認定法（以下、入管法あるいは法という）」の50条⁽¹⁾に基づいて出される不法に在留する外国人に在留資格を与える制度である。本来、法が定める在留資格に反した人間に正規の在留資格を与える制度であるから、仕組みとしては欧米におけるアムネスティに極めて類似した制度である。アムネスティが、既に当該国に居住していて一定の条件を満たした者を正規化するのに対して、日本の在留特別許可は、この制度に該当すると申し

(1) これまで本稿で扱う在留特別許可は法50条1項3号に基づいて出されていた。最近の改正で、これまでの50条1項3号は人身売買被害者向けの在留特別許可となった。人身売買被害者への在留特別許可が入ることにより番号が繰り下がり、旧50条1項3号は現行法では50条1項4号となっている。

出た者に対して個々に判断して日本滞在の在留許可を与える⁽²⁾。そのため、この点だけを取ってみればアムネスティとは異なるし、国もまたこの制度をアムネスティと認めていない。「第3次出入国管理基本計画」⁽³⁾では、「我が国は、新たな不法滞在者の流入及び不法滞在の長期化を誘発するアムネスティ政策はとっていません」という文言を見いだせる（出入国管理法令研究会編，2005：171）⁽⁴⁾。国はアムネスティを採っていると理解されると、そのことが新たな移民の流入を呼び込み、滞在を長期化させると考えている。そのため在留特別許可はアムネスティではないというのだ。

だが、アムネスティであろうとなかろうと、最も弱い立場の在留資格のない外国人がアンダーグラウンドでの生活から表に出てくる際に、在留特別許可は必ずくぐらなくてはならない関門である。在留特別許可を求めてきた人々に、いかなる制約が課せられているのかを検討することは、正規の滞在資格をえるために国が最低限満たさなければならない要件をどこに定めているかを明らかにしてくれる。本稿は、現在の在留特別許可を考える上で、判例として重要なモメントになった事件を取り上げ、法廷の場での論争を詳細に検討する。具体的には、退去強制処分の執行停止を求めた申立書、申立書に対する入管の提出した意見書、入管意見書に対する論駁としての申立人側意見書、そして東京地裁の決定文を順に検討して行くことで、論争の経緯そのものが検討の対象となる。

筆者が裁判所における論争過程に注目するのは、川島武宜が述べるところの「裁判所は、権利のための闘争を公に承認し、これを援助するところの極めて有力な手段、社会的な制度である」（川島，1959：147）と筆者もまた認識しているし、ここでの権利をめぐる闘争は「対抗し合う力の関係であり、相互的対抗によって保たれる均衡関係である。均衡関係という意味は静的な平和的な関係ということの意味するのではなくて、むしろ反対に、現実の力の強さの変化に応じてたえず均衡を破られつつしかもそれに対抗する力の運動によって回復されようとするところの闘争的な運動の過程である」（前掲書：146）という問題意識を共有するからである。そこで筆者は、現実の権利のための闘争的運動過程のなかで、どのように事実が承認されて行くのかを本稿で明らかにしたい。

また、川島は法的規範と法秩序の関係を、法的規範ないし規定は法秩序の手段であり、一つの社会過程であると述べ、その上で法秩序が達成される社会過程は「社会制御」の過程として捉え得ることを指摘した。川島はこのようなアプローチを「法の社会制御モデル」あるいは「法の社会構造モデル」と呼んだ（川島，1972：328-329）⁽⁵⁾。これまで必ずしも社会制御という観点から、入管行政のあり方がアカデミックに問われることはなかった。筆者は法廷で争われた一つの事件をこえ

(2) 在留許可を与えられると、法50条2項に基づいて条件を定めるとされ、その条件の一つとして在留資格を指定するとなっている。つまり、在留特別許可を得ると在留資格が決まることになっているが、法務省の論理では在留を特別に許可することと、在留資格を決定することとは別の論理になっている。

(3) 第三次出入国管理基本計画はその抄訳を出入国管理法令研究会編（2005）の中で見ることができ、本文に引用した文章について確認できるが、全文は<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan35.html>で見ることができる。

(4) 第二次出入国管理基本計画では「不法就労を意図する外国人を『来る気にさせない→来させない→入れない→在留させない→退去強制する』という総合的な対策」として退去させる側の論理をよりストレートに展開している。全文は<http://www.moj.go.jp/PRESS/000300-2/000300-2-2.html>を参照のこと。

(5) 「法の社会構造モデル」あるいは「法の社会構造モデル」の原理論は、小室直樹（1972）が詳細に論じている。

て、日本の入管政策が社会制御という観点からいかなる問題点をはらんでいるのかについても議論を行いたい。

ところで本稿で問題とする事件の東京地裁決定は、あくまで裁判手続中の執行停止に対する判断であって、最終的な判断ではない。にもかかわらず、取り上げる意味があると考ええる理由は、第一に、執行停止の要件は「本案について理由がないとはいえない」程度で足りるのに、本案の勝訴可能性について具体的に裁判所が判断したこと。第二に、不法滞在者の収容という外国人の在留に関してもっともシビアな局面を論じる点で、国の政策的意図・外国人観があらわになっていること。第三に、地裁決定の後、在留特別許可が認められるという特異な経過が、裁量行政のあり方を考える貴重な資料を提供するからである。なお本稿は、裁判資料に基づいた論考であるので、時間の経過については西暦ではなく元号による標記で事実関係を示す。

1 データと方法について

筆者は、主に日本における外国人労働者問題を研究しており、自らの研究をとおして実務法曹家とも付き合いをさせていただいている。その中には、自身の弁護活動において外国人の問題を中心に引き受けて活動している弁護士も複数いる。そうした弁護士が筆者に共通に語るのは「法学者を含めて、研究者が語る外国人問題・移民問題は、入管政策の実態や法的问题で、入管の実際と合った議論をしている人はいない、正確に言えば、実務法曹家に役立つ研究を行っている研究が見当たらない」というものであった。同時に、筆者がよく耳にした言葉は「日本で、ドイツがこうなっている。フランスはこうだ。アメリカはこうなっている。だから、日本はだめだ、という議論は研究者としては意味があるのかもしれないが、そんな議論は法廷では何の役にも立たない。日本には日本の法があるのだから、それに基づいて議論が提示され、その上で現在の法と過去の判例を理解した考察が行われなければ、研究者が実務法曹家に寄与することはないだろう」、という極めて厳しい言葉であった⁽⁶⁾。筆者はこうした言葉に対して何の回答もできなかった。

たまたまではあるが、筆者の大学院での先輩にあたる弁護士が近時の外国人事件に関する重要な判例をいくつもとっていた⁽⁷⁾。そこで、筆者はこの弁護士に頼み込み、弁護士事務所に机を一つ確

(6) 筆者を受け入れてくれた弁護士は以下のように言う。「本当は、外国の例を参照しない司法や行政に問題があると思う。ただ、歴史を縦軸に、世界空間を横軸にして、その中に当該国の事例と日本の事例を正確に位置づけないと、説得的な議論にはならない。特に、日本は、地理的、歴史的、文化的に特殊性があるのだから、フランスの経験をドイツに参照したり、コロンビアの経験をベネズエラに当てはめたりするのは違った作業が必要になるだろう。その点で、これまでの研究者の成果は、外国の事例紹介にとどまっている面が強いと思う。」

(7) 筆者を受け入れてくれた弁護士は、最近では『判例時報』(No.1890:27-40)、『判例タイムス』(No.1175:106-119)に取り上げられた、出生後認知された子どもの国籍に関して国籍法3条1項の「嫡出要件」を争った事件(東京地裁平成15年(行ウ)第110号事件)でも、東京地裁で違憲判決を勝ち取っている(平成17年4月13日、東京地裁民事第三部判決)。しかし、この事件はその後東京高裁で国側の勝訴となり、現在最高裁で争っている。国籍法3条1項をめぐるこの事件の持つ意味は右崎・諸根・小林(2006:5-6)を参照のこと。

保した上で、これまでの弁護士活動において携わってきたケースを、個人情報に関する部分をあらかじめ削除したうえで、見せていただく機会を得た。ただし個人情報保護の問題もあるので、筆者のケースについての記録及び取り扱いは以下のように行うこととした。(1) 筆者は、個人情報に該当する部分を事前に抹消したうえでケースを自由に見ることはできるが、その記録はノートに自筆で書き込むだけにする。(2) ノートは、毎日、チェックしてもらい、そのノートが最後の頁まで書き終えるまで事務所から持ち出さない。(3) 最後の頁まで書いたノートを事務所から持ち出す前に、再度、チェックを受ける。その上で(4) 事務所の情報で論文を発表する場合には、事前に書いたものを見せる、というルールを取り決めた。

上記のルールのもと、筆者はケースの記録を調べると同時に、事務所のケース記録のなかではクライアントとの面接を通して事務所スタッフ内で暗黙の合意事項となっていたこと(書かれた記録には載っていないが、当該記録を読む上で必要になる暗黙知)、法廷闘争を進める上で主たる争点となった部分と便宜上の争点、法廷闘争を行うときに何を目的としたのか=落としどころをどこに考えていたのか、といった事柄について逐一レクチャーを受けた⁽⁸⁾。以下では、このようにして収集したデータに基づいて議論を進めることにする⁽⁹⁾。

2 現在の入管実務を規定する法的背景

本稿で取り上げる在留特別許可をめぐる事件(平成13年(行ク)第143号事件、以下、本事件という)は、「(一) 退去強制令書に基づく執行が収容部分も含めて停止された事例」かつ「(二) 退去強制事由が存在するにもかかわらず、退去強制令書を発布することが、裁量権の濫用又は比例原則違反として違法である可能性が高い事例」として『判例時報』1771号に東京地裁の決定全文が紹介された、画期的な判例である(『判例時報』No.1771:76-83)⁽¹⁰⁾。この判例は、憲法学者にも、近時の行政事件訴訟法(以下、行訴法という)をめぐる注目すべき判断が示されたもの、と評価されている(笹田, 2002:151)。現在では、本稿で取り上げる事件自体が裁判の際に引用される一つの重要な判例となっているが、まずはこれまで入管実務において規定力をもっていた事柄を見ておこう。

判例として押さえておかななくてはならないのは次の三つである。第一に昭和32年(1957年)の最

(8) このレクチャーは、ケース記録を採っているなかで、筆者が疑問を感じたときに毎回行ってもらった。

(9) 本稿はこのようにして2006年に記録した5冊のノートをもとに論文化したものである。ノート1は4月11日から19日にかけての記録(30時間30分)、ノート2は4月25日から4月27日にかけての記録(16時間)、ノート3は5月3日から5月16日までの記録(29時間)、ノート4は5月16日から5月30日までの記録(24時間30分)、ノート5は5月31日から7月6日までの記録(18時間30分)であり、本稿はこれら5冊のノートの記録に基づいている。()内は弁護士事務所内におけるノートの作成時間を示す。

(10) 本稿では、判例は掲載されている判例集の巻、号、頁を本文中又は脚注にて開示し、参考文献リストには載せていない。

高裁判例⁽¹¹⁾、第二に昭和34年（1959年）の最高裁判例⁽¹²⁾、そして最後が昭和53年（1978年）の最高裁判例（いわゆるマクリーン事件）である。これらはそれぞれ（1）外国人の移動の自由及びその入国に対する国家の裁量、（2）在留特別許可に対する法務大臣の自由な裁量、（3）在留更新に対する法務大臣の自由な裁量を確定したと言われる最高裁判決である。簡単にそれぞれの事件の概要を見ていくことにしよう。

昭和32年の最高裁判例は、外国人登録令3条、12条が憲法22条（移動の自由）との関係で争われた。少数意見として憲法の移動の自由は出入国という移動をも含むという補足意見が付されたが、多数意見として「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事も明らかである。——中略——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にも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、外国人の入国の拒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、特別な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」と判示した⁽¹³⁾。これにより外国人の入国に関しては国家が自由裁量を持つこと、その根拠が国際慣習法に求められることが判例として確立されたとされる。

昭和34年の最高裁判例は次のようなケースが争われた。戦前において許嫁関係にあり、これにしたがって日本に昭和29年8月に入国し内縁関係となった韓国人夫と在日の妻が、昭和31年3月に子供をもうけた。夫婦は、当時の日韓両国間の外交上の特殊事情故に正式な婚姻が行えなかった。夫婦は煎餅屋を日本で営み、相当の資産及び信用もあり、生活の基盤が日本にあることから出入国管理令50条に基づいて在留特別許可を求め事件となった。この事件では、一審において「外国人の入国及び滞在の許否は、元来国家が自由にこれを決しうるものがらであるから、特別審理官の判定に対する異議の申立てにつき法務大臣が審理の結果その申立てを理由がないと認めた場合において、在留を特別に許可するか又は異議の申立てを理由なしと裁決するかは法務大臣の自由な裁量に委ねられていると解すべきものである」との判断が示された（『最高裁判所民事判例集』Vol.13No.12：1498）。高裁、最高裁でもこの判断は踏襲され、法務大臣の自由な裁量権を確立したとされる。

マクリーン事件は、昭和43年（1968年）の5月に英語の語学教員として在留期間1年で来日した外国人が、翌昭和44年（1969年）5月に出国準備として120日の在留期間の更新をした後、二度目の更新を願い出たところ、日本政府が当該外国人の日本における政治活動を理由に在留期間の更新許可を与えなかったことが争われた事件である。「法務大臣は、在留期間の更新の許否を決するに

(11) 最高裁判所昭和29年（あ）第3594号事件で、本件は最高裁判所大法廷で昭和32年6月19日に決定。

(12) 本件に関しては、『最高裁判所民事判例集』Vol.13No.12（1493-1499頁）に所収され、一審東京地裁民事第三部昭和33年4月22日決定、二審東京高裁第11民事部昭和33年10月8日決定についても見ることができる。一審から三審に至るまで、法務大臣の自由な裁量権を認めている。

(13) 判決文全文はLEX/DBインターネットTKC法律情報データベースより入手。本件は上記データベースの文献番号27760584として所収されている。

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、保険・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って、申請者の申請事由の当否のみならず、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しゃくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならぬのであるが、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」と断じて、最高裁は昭和34年の判例と同様に法務大臣の広範な裁量権を認めた⁽¹⁴⁾。以後、これらの最高裁判例は、法廷闘争の場において、法務大臣の裁量権を認める強固な拠り所となっていた⁽¹⁵⁾。

こうした判例に加えて、入管の実務を規定しているものとして、法務省本省から地方入国管理局長に宛てて出された通達⁽¹⁶⁾の存在がある。入管の実務を規定していた通達として平成4年4月8日、平成8年8月1日に出された日本人の配偶者等に関する通達（以下、「日配通達」という）、平成8年7月30日に出された定住者の母子に関する通達（以下、「定住母子通達」という）、平成11年4月16日の日配通達の見直しを行った通達（以後、この平成11年通達を「婚姻通達」という）の存在が大きい。日配通達は、日本人の配偶者の外国人にも、その地位に基づいて日本滞在の在留資格が存することを示し、該当者に対する定住資格の付与を地方入国管理局で決定してよいと伝えた。定住母子通達はこれを日本人の実子を持つ場合にも扶養者たる外国人親に在留資格を与え、日配通達と同様に地方入国管理局で決定できるとした。そして婚姻通達では、日本人の配偶者等については在留期間を問わないとした。

ところで通達とはどのようなものか。少し長くなるが定住母子通達を全文掲げることにしよう。この通達は平成8年7月30日付で、地方入国管理局長および地方入国管理局支局長宛に法務省本省から出された通達であり、法務省管第2565号の通達番号が付されたものである。

「日本人の実子を扶養する外国人の取り扱いについての通達」

標記については地方入国管理局長が諸般の事情を考慮して「定住者」として認めることが相当と判断した場合には本省に通達し、本省で個々に許容の判断を行い、許可されたときに限り、当該外国人親の在留を認めてきたところですが、日本人の実子としての身分関係を有する未成年者が我が国で安定した生活を営めるようにするために、その扶養者たる外国人親の在留についても、なお一層の配慮が必要と考えられます。ついては、扶養者たる外国人親から在留資格の変更許可申請があったときは、下記の通り取り扱うこととされたく通達します。

なお、管下出張所所長に対しては貴殿から通知願います。

(14) この事件はとりわけ反戦平和運動をしていた外国人の表現の自由の問題として注目を集めた。

(15) 行政法の代表的なテキストである塩野（2005a）では、マクリーン事件は「裁量領域の拡張」における「要件裁量の承認」の例として紹介され（塩野，2005a：116-118）、芝池（2005）においても「行政裁量」の例として挙げられている（芝池，2005：13-14）。さらに、いわゆる『入管六法』である出入国管理法令研究会編（2005）でも、法21条（在留期間の更新）の判例としてマクリーン事件は取り上げられている。

(16) 通達がいかにして法廷闘争および外国人の日本滞中に影響を与えているかは、ななころび（2005）に生き生きと描き出されており、通達の詳細についても詳しく論じられている。

記

1. 日本人の実子を扶養する外国人親の在留資格変更許可申請の取り扱い

未成年かつ未婚の日本人の実子（注1）を扶養する本邦在留を希望する外国人親については、その親子関係当該外国人が当該実子の親権者であること、現に相当期間実子を監護養育していること（注2）が確認できれば、地方入国管理局（支局を含む、以下同じ。）限りで「定住者」（1年）への在留資格の変更を許可して差し支えない。ただし、実子が本邦外で成育した場合（本邦で出生し本邦外で成育した場合を含む）、外国人親が「短期滞在」の在留資格で入国・在留している場合、地方入国管理局限りで拒否の判断が困難な場合には、本省に進達する。

（注1）日本人の実子とは、嫡出、非嫡出を問わず、子の出生時点においてその父または母が日本国籍を有しているものをいう。実子の日本国籍の有無を問わない。日本国籍を有しない非嫡出子については、日本人父から認知されていることが必要である。

（注2）監護養育とは、親権者が未成年を監督し、保護することをいう。民法が「親権を行うものは、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」（同法820条）と定めているものと同義である。なお外国人親に十分な扶養能力がなく、生活保護等を受給する場合であっても、監護養育の事実が確認できれば足りる。

2. 在留資格変更許可申請及び同許可に際しての留意事項

在留資格変更許可申請における理由欄には、日本人実子と同居し、実子を扶養するために定住を希望する旨の記載をするよう指導するとともに、日本在留中は日本人実子を自ら監護養育する旨の文書の提出を求めることとする。

在留資格変更の許可に当たっては、日本人の実子を扶養する必要性が認められることから「定住者」の在留資格への変更を許可するものであること、及び今後の在留期間許可申請において、実子が未だ監護養育を必要とする時期において監護養育の事実が認められない場合には、「定住者」の在留資格での在留期間の更新が認められないこともあり得ることを申請人に伝えるとともに、このように伝えた旨を記録にとどめておくものとする。

3. 在留資格変更許可後の在留期間更新許可申請の取り扱い

上記1により在留資格の変更を許可された者について、実子がまだ監護養育を必要とする時期において、在留期間の更新許可申請時に、実子の監護養育の事実が認められない場合は、原則として在留資格「定住者」での更新を許可しない。

4. 提出書類

(1) 身分関係を証明する資料

ア日本国籍を有することについては、戸籍謄本、住民票

イ日本国籍を有しない日本人の実子については出生証明書及び父の認知の事実の記載のある戸籍謄本

ウ外国人登録済証明書

(2) 親権を行うものであることを証する書類

(3) 日本人の実子の養育状況に関する書類

ア在学証明書・通園証明書等実子の就学又は保育に係る資料

- イその他実子の養育状況に関する証明書
- (4) 扶養者の職業及び収入に関する証明書
- (5) 本邦に居住する身元保証人の身元保証書

塩野が「解釈基準としての通達は下級行政機関を拘束する。しかし、通達の効果はそれにとどまるのであって、対国民との関係で裁判所で基準として用いられることはない。その意味で外部効果を持つものではない（塩野，2005a：94）」と指摘するように、本来、通達は上位の機関から下位の機関に対して出されるものであり、通達によって縛られるのは下位の機関のみである⁽¹⁷⁾。日配通達にせよ、定住母子通達にせよ、あるいは婚姻通達にせよ、これらは地方入管局の実務の運用方法としてだされた指針を示す文書にすぎない。

しかもこれら通達⁽¹⁷⁾の存在を入管はずっと公開していなかった。日配通達は筆者を受け入れてくれた弁護士が特殊なコネで手に入れ、婚姻通達はある事件に絡んで社民党の代議士に頼んで質問主意書を提出してもらったところ、小淵内閣総理大臣からの答弁の中で初めて明らかになったものであるという。定住通達のみが例外で、制定と同時に新聞等に発表されたものである。また、入管行政における通達は、戸籍に関する通達が雑誌『戸籍』（テイハン発行）や戸籍六法で公開されるのに対して、入管協会の発行する『国際人流』や入管六法に載ることはない。通達行政＝秘密主義になるのではなく、入管行政が極めて秘密主義的に執り行われていくことに特徴がある。しかも、婚姻に係る通達である日配通達・婚姻通達は今ではすべて廃止されている（その理由は後述する）。

昭和30年代に出された最高裁判例が亡霊のように現在の入管法の実務を規定していると同時に、法や告示と異なって一般国民の目に触れることのない行政庁の内部文書によって法の運用範囲が変化する。これが日本の入管政策の最大の問題点であり、実務法曹家が研究者に不満を述べる点でもある。すなわち、研究者の得意な公刊・公表されている資料からでは、日本の入管政策の実態を捉えることができないのだ。公表されることのない文書＝通達を把握し押さえていくことによって、おぼろげながら日本の入管政策の実態がようやくかいま見られるようになるのである。なぜこうしたことが生じるのかと言えば、入管行政が入管法という成文法によって規定されているというより、「慣習法」、「判例法」、「行政上の一般原則」という不文法源に大きく依拠しているからである⁽¹⁸⁾。既に、慣習法については（1）外国人の入国及び入国した外国人にいかなる権利を与えるかが国際

(17) 塩野はさらに続けて述べている。「ある通達に示された解釈に従って行政処分がなされ、その適法性が裁判所で問題となったときには、裁判所は独自の立場で法令を解釈・適用して、処分の適法・違法を判断すべきであって、通達に示されたところを考慮する必要はなく、むしろ考慮してはならないのである」と（塩野，2005a：94）。つまり、通達による法の運用があっても、その通達が裁判で問題になったときには、裁判所が判断をするにあたって通達は効力を持たないというのである。

(18) 塩野はこれを「行政法の法源としては、成文法源が重要であるが、その補完としての不文法源の存在を否定しえない。その種類として、慣習法、判例法、行政上の法の一般原則がある」と述べる（前掲書：54-55）。

慣習法に依拠していることを確認した⁽¹⁹⁾。そして判例法については（2）昭和30年代に出た最高裁判決が判例法として入管行政を規定していることも確認できた。最後の行政上の一般原則とは、「法律による行政の原理」、「平等取り扱いの原則（平等原則）」、「警察比例原則（比例原則）」、「行政上の諸原則」、「信義誠実の原則」等を言うが、次節以降でまさにこれらの一般原則が争われることになる。

こうした実務を規定する背景と論理を理解した上で、これらの規定力がどのように働いているのかを次節以降で具体的に検討していく。

3 本事件の経緯

本節では、本件の申立書⁽²⁰⁾ および申立書に対する入管側意見書⁽²¹⁾ にでてくる事実関係を中心に、当該事件で何が争われていくことになるのかをみてみることにする⁽²²⁾。入管側意見書から示される国の態度は、次節で詳細に検討し、入管にとっての実務の実態を明らかにする。

本稿では『判例時報』1771号に準じて、事件の当事者である韓国出身の申立人を甲と、妻である日本人の配偶者を乙山と記す。申立人甲は、家計を助けるために就労目的でありながら、平成4年5月14日に親族知人訪問を理由に短期滞在資格・在留期間15日で成田から入国する⁽²³⁾。入国後すぐに土木建設業の会社で働き始める。不況で仕事がなくなったため、同じ土木建設業の〇〇工業に働き口をかえる。この会社で働いているときに、仕事の後に飲みになっていた葛飾区金町のバーで

(19) 国の国際慣習法に依拠する説明に対して、本件申立人側代理人は「①国は、あたかも外国人の入国及び滞在の許否について国家に広範な裁量があって、それすなわち、法務大臣の裁量であるかのような主張をするけれども、そのような国際慣習法の存在については全く立証していない。国際法においては、国際慣習法は条約と並ぶ重要な法源の一つであり、国際司法裁判所規定38条1項bも、国際法の法源として「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」(international custom as evidence of a general practice accepted as law)を準則として適用するとしている。だが、これらの事件で争われているのは、日本の法律に基づく処分に関する争いであり、しかも行政法の分野では「法律による行政の原理」が妥当するため、国際慣習法が根拠になる余地は小さいはずだ。少なくとも、それを主張する側が（ア）同様の実行が反復継続されることにより一般性を有するに至ること（一般慣行, (consuetude)）と、（イ）国家その他の国際法の主体が当該実行を国際法上適合するものと認識し確信して行うこと（法的確信, (opinio juris sivenecessitatis)）の二つについて主張立証する必要がある。また、②国際慣習法を絶対視する態度と、B規約その他の明文の国際条約が裁判規範でないとする態度は矛盾しないのか。矛盾しないのであるならば、それは都合の良いところのつまみ食いではないのか。B規約や児童の権利条約で強制選遷に制限を加えている他国の例は国際慣習法には反しないのか。こういう根本的な議論については書面に書いても反論もなければ判断もない。それでは単なる黙殺ではないのか」と国の言う国際慣習法を根拠のないものであると考えていた。

(20) ノート2からノート3に記録。

(21) ノート2に記録。

(22) 事実関係については、甲と乙山より東京地裁に出された陳述書からも補足してある。陳述書はノート5に記録。

(23) 入管側意見書では、疎乙第1号証（外国人入国記録）、第2号証（調査報告書）が疎明資料として挙げられる。

同じように飲みに来ていた乙山と平成9年3月頃に知り合い、6月から交際を始める。平成9年9月頃、勤務先の寮をでて乙山の知人が経営するアパートに転居する⁽²⁴⁾。このときから甲と乙山は生計を一にするようになり、甲の土木作業による収入と乙山のパート労働の収入で、甲の生活費と乙山家族（乙山と乙山の未成熟⁽²⁵⁾の子二人）の生活費をまかなうようになった。平成11年12月に甲と乙山は婚姻届を葛飾区に提出し、外国人登録法3条1項に基づく新規の登録を申請する⁽²⁶⁾。甲と乙山は、乙山と同居している子供の気持ちを考え、二人の子供の了解が得られるまでは同居をしないと決めて、甲は結婚後もこれまで住んでいたアパートに住むことにした。

甲は平成12年1月6日、自ら東京入管第二庁舎へ出頭し不法残留事実を申告する⁽²⁷⁾。東京入管入国警備官は平成12年1月18日に甲から郵送された書面を受領し、同年6月8日東京入管第二庁舎において違反調査をし、甲と乙山に関する供述調書を作成する⁽²⁸⁾。東京入管入国警備官は同年8月9日、甲が法24条4号ロ（不法残留）に該当すると疑うに足るに相当の理由があるとして、東京入管主任審査官から収容令書の発布を受け、同月11日に収容令書を執行し東京入管入国警備官に引き渡す。東京入管主任審査官は8月11日、甲の申請に基づいて仮放免を許可した。東京入管主任審査官は仮放免を許可した8月11日および11月20日に、甲に関する違反調査を行った⁽²⁹⁾。11月20日には、甲が法24条4号ロ（不法残留）に該当すると主任審査官が認定し、認定通知書を交付する。甲は直ちに法48条1項に基づいて口頭審理請求を行った⁽³⁰⁾。甲は、入国警備官の調査及び入国審査官の審査を通じて不法残留の事実を認めた上で、乙山とその子とともに日本で生活したいことを希望する。平成13年4月20日、甲の口頭審理請求に基づいて東京入管特別審理官が乙山の立ち会いのもと、甲に関する口頭審理を行い、入国審査官の認定に誤りがないと判定する。甲は直ちに異議申出をおこなった。

平成13年5月ころより、将来二人で料理店を営むことを夢みて、甲と乙山はキムチの製造販売を始めることとした。またこのころ乙山と同居している二人の子供のうち、既に両人の結婚を認めていた上の子は就職し、就職先の寮に入るようになった。結婚をなかなか認めなかった下の子も、次第に甲に打ち解けるようになり、友達が遊びにくるときは甲が子の気持ちを配慮し以前のアパートに移っていたが、平成13年6月頃より3人は同居するようになっていた。

法務大臣が、平成13年8月8日に、甲に係る異議申出については理由がない旨の裁決をし、東京

(24) 甲の居住するこのアパートは乙山名義で借りることとなった。申立書疎明資料として疎甲第3号証（賃貸借契約書）を示しつつ、この事実が開示される。

(25) 未成熟とは、同居していて扶養を受けていることを指す法律上の概念である。

(26) 入管側意見書では、疎乙第3号証（外国人登録原票）が疎明資料として挙げられる。

(27) 入管側意見書では、疎乙第4号証（申告書）および疎乙第18号証（受理証明書）が疎明資料として挙げられる。

(28) 入管側意見書では、疎乙第20号証（甲の供述調書）および疎乙第21号証（乙山の供述調書）が疎明資料として挙げられる。

(29) 入管側意見書では、疎乙第26号証（8月11日の審査調書）および疎乙第27号証（11月20日の審査調書）が疎明資料として挙げられる。

(30) 異議の申立ては3日以内におこなわなければならないとされている。

入管主任審査官が8月13日に退去強制令書の発布をした⁽³¹⁾。甲は直ちに入管収容場に収容されることになった。乙山はパートの仕事に加えて、これまで甲が担当していたキムチ製造の部分までおこなわなくてはならなくなった。同時に同居する三男の養育、収容されている甲への面接や甲の退去強制令書の執行停止を求めて弁護士との打ち合わせ等をこなさねばならなくなった。家計の主たる収入であった甲の収入が失われることによって乙山は生活が困難になるとともに⁽³²⁾、極度の睡眠不足を強いられる状況が続くようになる。甲は平成13年11月1日入国者収容所東日本管理センターに移収される。そして11月9日に、法務大臣及び東京入管主任審査官を被告として、法務大臣がおこなった本件裁決と主任審査官による退去強制令書発布処分取消を求めて、東京地裁に提起した。

4 申立人側による問題提起

申立人側は、法50条1項の在留特別許可は、法49条3項の裁決で法務大臣が当該容疑者に異議の申出に理由がないと認めた場合でも、一定の条件の下で特別に在留を許可する制度であることを問題とする。特に法50条1項第1号が「永住許可を受けているとき」、同第2号が「かつて日本国民として本邦に本籍が有したことがあるとき」と類型化されているのにたいして、同第3号は法務大臣が在留を許可すべき事情があると特に認めるケースとして類型化されていない⁽³³⁾。しかしながら、裁量とはいっても、入管は、それを通達による類型的な事務処理で対応し、ルーチンワーク化している。ルーチンワークであるからこそ運用上の基準が存在している。一般的な「在留特別許可

(31) 入管側意見書では、疎乙第32号証（裁決通知）、疎乙第33号証（裁決通知書）、および疎乙第34号証（退去強制令書）が疎明資料として挙げられる。

(32) 申立書では、乙山の在職証明書が疎甲第6号証として、乙山の特別区民税・都民税非課税証明書が疎甲第7号証として示される。

(33) 法50条1項第3号が類型化されていないが故に法務大臣の裁量にまかされている、というのが入管の論理である。反対に申立人側が問題にしているのは、類型化されていないから裁量的判断になるにしても、それがいかなる判断を下してもかまわないということの意味するものではない、ということである。

の申出」に対する審査は、この運用上の基準に合致しているかどうかで判断されている³⁴⁾。本事件についても、この運用基準に照らして判断せよ、というのが申立人側代理人の主張であった。では、運用上の基準はどのように成立しているのか。

申立人側代理人は、以下のことを指摘する。「平成4年4月8日及び平成8年8月1日付法務省入国管理局長通達」(日配通達)で、「(1) 不法入国, 不法上陸, 不法残留事案については上陸後(不適法・適法を通じて)3年以上本邦に在留していること。(2) 日本人または永住者と婚姻し, その婚姻に信憑性及び安定性がみられること。(3) 当該外国人が在留特別許可を申請(入管用語では、「在留を希望して異議を申し出ている」こと)していること。(4) 当該外国人が在留を希望して異議を申し出ていることの各要件を満たす場合は在留特別許可をする。右基準に該当する事例についての在留特別許可処分(法務大臣裁決)は地方入管局長が専決する」となっている。

さらに「平成11年4月16日付法務省入国管理局長通達『出入国管理及び難民認定法に基づく上陸又は在留に関する異議の申出に対する法務大臣の裁決の特例による許可の一部を地方入国管理署の長に専決させることについて』」では、「政治, 外交, 治安等に影響を及ぼすおそれがあるなど重要な案件以外のもので, 日本人等と婚姻しており, その婚姻の信ぴょう性及び安定性が認められるものについては, 行政の簡素化を図るため地方入国管理署の長が専決できることとする」となっている。その上, 以下に示す平成12年3月24日発表の『第2次 出入国管理基本計画』において全般的な国の基本方針が示されている。

我が国では, 不法滞在者については, 入管法に定める退去強制手続きにのっとり, 法務大臣が特別に許可すべき事情があると認めた場合に, 個別に在留を特別に許可することとしてい

34) 筆者はここで「在留特別許可の申出」と表記したが、これは当初「在留特別許可申請」と記述していた。なぜ表記法を変えたのかは、筆者を受けてくれた弁護士から以下のアドバイスを頂いたからである。このアドバイスは入管法を考える上で重要な問題を含んでいると思われるので、ここに記しておく。「在留特別許可が申請であるか否かは議論になっている。私は、①日本の入管法の母法である米国移民法244条Aは“CANCELLATION OF REMOVAL; ADJUSTMENT OF STATUS”はb項“CANCELLATION OF REMOVAL AND ADJUSTMENT OF STATUS FOR CERTAIN NONPERMANENT REZIDENTS”において“(1)IN GENERAL. The Attorney General may cancel removal of and adjust to the status of an alien lawfully admitted for permanent residence, an alien who is inadmissible or deportable from the United States if the alien-(A) has been physically present in the United States for a continuous period of not less than 10 years immediately preceding the date of such application;”とあるように、外国人が司法長官に対し退去強制の停止及び永住許可を「申請」することができる旨定めていること(米国法を輸入した結果である、日本法が「在留特別許可申請」の用語を採用しなかったことをもってただちに「在留特別許可申請」がないと断定することはできない)、②判定に対する異議の申出は「在留特別許可希望」の趣旨を含むものとされ、法務大臣はこれに対して、主任審査官を通じて応答する義務を負っているとされていること、③裁量が広いとはいえ無限定のものではないこと＝つまり、解釈によって突き詰めていかなければならない要件であるとはいえ、どこかに要件そのものはあるはず、ということから、これを申請と捉えている。ただし、[入管は]一般に、①在留期間更新や資格変更と異なり申請という用語が使われていない、②許可の判断を申出人ではなくて、主任審査官にする、という点などを根拠として、申請とはしていない」。なお、米国移民法が日本の入管法の母法であることについては、坂中・斉藤(2000)を参照のこと。

る。

在留特別許可を受けた外国人の多くは、日本人等との密接な身分関係を有し、また実態として、様々な面で我が国に将来にわたる生活の基盤を築いているような人である。より具体的な例としては、日本人と婚姻し、その婚姻の実態がある場合で、入管法以外の法令に違反していない外国人が挙げられる。

法務大臣は、この在留特別許可の判断にあたっては、この事案ごとに在留を希望する理由、その外国人の家族状況、生活状況、素行その他の事情を、その外国人に対する人道的な配慮の必要性と他の不法滞在者に及ぼす影響とを含めて総合的に考慮し、基本的にその外国人と我が国社会のつながりが深く、その外国人を退去強制することが人道的な観点等から問題が大きいと認められる場合に在留を特別に許可している。——中略——個別事案において、日本人、永住者又は特別永住者との身分関係を有するなど、我が国社会とのつながりが十分に密接と認められる不法滞在者に対しては、これまで行ってきたように人道的な観点を十分に考慮して適切に対処していくこととする。

加えて本事件は日本が批准している「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（以下B規約という）が、17条1項で「何人もその私生活、家族、住居に対して恣意的にもしくは不法に干渉されない」としている。さらに、23条1項では「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」と、同2項において「婚姻することのできる年齢の男女が、婚姻しかつ家族を形成する権利は、認められる」としている。これらを考えると、在留特別許可を与えないことの方が問題であると、申立人側代理人は主張する⁽³⁵⁾。

申立人側代理人は、さらに「回復の困難な損害を避けるため緊急必要があるとき」（行訴法25条2項）との関連で、本事件は退去強制令書の執行停止の要件が満たされる、と訴える。退去強制令書は先にも述べたように収容部分と送還部分とが一体となって執行される。申立人側代理人はそれぞれに以下のように主張していた。収容部分に関して、(1)入管は1年以上の長期の収容が続いたときに、はじめて人道上の問題が生じて仮放免を行っているとは主張している。だが、もともと帰国で

⁽³⁵⁾ 申立人側代理人はこのB規約違反については、最初の申立書以外ではほとんど触れないか、触れたとしても入管に論争を挑むような問いのたて方をおこなわない。せいぜいのところ、入管が主張する国際慣習法に従って国家は外国人に対して制約を課すことができる、という主張の根拠をあぶりだす際の論理の一つとして用いられるのみである。すなわち、本事件における争点としてのウェイトは低い。その理由は①裁判所は国際人権条約についての裁判規範性をめったに認めないこと。②執行停止事件であるのでじっくり議論してられないこと。③執行停止については、本案＝在特を与えなかったことの違法性については「理由がないとはいえない」というところまで主張すればよく、日本人の配偶者等の事案で、本案に理由がないとして切られることはあり得ない、といった理由によるとのこと。なお、代理人はB規約17条と23条の関係を、前者が権利の規定、後者が制度的保障の規定と考えている。個人の権利を主張しているのだから、この請求が認められる根拠は17条に求められるべき、と考えていた。23条を載せたのは、それに言及した判例があったからだという。代理人は、この辺りにも外国人の在留を権利として構成したくないことが判例に現れた結果と考えていた。

きないと主張し、長期の収容が明らかに見込まれている者である甲に対して現在の収容を継続する意味はない。また(2)乙山の健康状態や子供も含めた甲と乙山との婚姻の実態が、収容という事実により大きく損なわれている。この部分の損害は甲の収容の停止以外にはあり得ない。送還部分の執行に関しても、(3)もし送還されてしまったら憲法32条に保障する「裁判を受ける権利」を甲が行使する可能性が極めて制限される。また、一旦退去強制処分が行われてしまえばその取消を求める訴えが事実上無意味なものとなり、訴えの利益そのものを失わせてしまう。本来、(4)法50条1項3号に基づく法務大臣の裁決の妥当性は、適法で厳格な証拠調べに基づいてなされるべきものであり、退去強制処分の執行はこの適法かつ厳格な証拠調べをも不可能にさせる。よって、収容部分・送還部分ともに執行停止が妥当であると主張するのである。

こうした、在留特別許可がなされるロジックを検討した上で、申立人側代理人は、甲と乙山の婚姻が実態の伴ったものであることを説明する。(ア)婚姻当初に住居をともにしなかったことは、同居する子供の気持ちを考えたためであること。(イ)この別居期間中も乙山は甲のアパートに通い夕食をほとんど毎晩ともにし、勤務のために夕刻時にあえないときは弁当をつくっておいたり、ノートや手紙を取り交わしたりしていた事実が述べられる⁽³⁶⁾。そして(ウ)甲と乙山が生計をともにしていたからこそ、甲が収容されることになり、乙山一人で生計を支えられなくなり過重負担が生じている。その上、(エ)本事件への対処のために乙山が心血を注いだことにより、乙山には肉体的・精神的な変調がみられる。これらの状況こそが二人の婚姻が真性のものであったことを物語る事実だと訴えた。加えて、(オ)甲の婚姻以前の法違反が入管法以外にないこと。(カ)出身地における生活基盤が日本滞在期間中に失われており、甲の帰還可能性が低く、婚姻している事実を考えると乙山とその子供を連れて行くにはさらに無理があることが述べられて、退去強制令書の執行停止を求めたのである。

5 入管側意見書にみる国の主張⁽³⁷⁾

前節でみたように、本件は甲が自発的に入管に出頭し不法残留の事実を申告することによって始まった事件であるので、具体的な事実に関する争いはない。争点は(1)退去強制令書の執行停止をすることができる行訴法25条2項に定める「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に本件が該当するかどうか。反対に(2)執行停止をすることができない場合である行訴法25条3項に定める「公共の福祉に重大な影響を及ぼす恐れがあるとき」および「本案について理由がないと見えるとき」に本件が該当するかどうか、ということだと入管は問題点を絞り込む。

入管側主張によれば、そもそも憲法上、外国人は日本に入る自由、在留する権利、在留し続けることを要求する権利を保障されていず、法務大臣の在留期間更新の許可についての裁量権はマクリン事件による最高裁判例、在留特別許可の拒否についての裁量権は東京高裁平成2年6月28日判決によって、判例的にも確定している(『訟務月報』Vol.47No.10:3023-3044)。また、日本国憲

(36) 申立書では疎甲8として「乙山から甲への手紙」が疎明資料とされている。

(37) 入管側意見書は、東京入国管理局主任審査官名で、平成13年12月3日付提出。

法との関連でも憲法22条1項（移動の自由）は外国人の場合は日本国内における居住・移転の自由を保障するのみで、日本への入国の自由を保障するものではない。国際慣習法から言っても、国家は外国人の受け入れ義務を負わず、外国人を受け入れるかどうか、受け入れるとして外国人にいかなる制約を課すかどうかは、当該国家が自由に決定できる⁽³⁸⁾。よって、外国人は在留する権利を保障されないし、引き続き在留を要求する権利も保障されない、と述べる⁽³⁹⁾。その上で憲法に定める基本的人権は、外国人の場合、入管法に基づく外国人在留制度の範囲内で保障されるものであると位置づける。その結果、B規約に違反するかどうか、および外国人に対して法もとの平等が担保されるかどうかについての憲法問題は、そもそも当てはまらないと主張するのである。反対に、憲法は入管法の範囲内で保障されるという論理構成をとることで、この入管サイドの論理では、実務上、あたかも入管法が、憲法上の基本的人権を認めるか否かを規定するような位置づけになるのである⁽⁴⁰⁾。

このような憲法と入管法との関係が発生するのは、法50条1項に定められた在留特別許可を与えるかどうかは、あくまで外国人の出入国に関する処分であり法務大臣の自由裁量に委ねると入管法が規定しているからであると、入管は主張する。そして法務大臣の自由裁量に委ねなくてはならない理由として、(1) 当該外国人の個人的事情の考慮、(2) その時々国内の政治・経済・社会等の諸事情を総合的に考慮して在留特別許可の可否の判断が行われていることを挙げる。とりわけ上記(2)の要件を判断するためには多面的かつ専門的な知識が要求され、かつ政治的配慮もまた必要になる。その結果、こうした判断は国内外の情勢に通暁していることが求められるので、必然的に広範な裁量が必要とされる、というのだ。その上で、在留特別許可をもうけた趣旨を「法律上当然退去強制されるべき外国人であっても、なおかつ本邦に在留することを認めなければならない積極的理由があり、このような極めて特別な事情が存する場合に、はじめて在留特別許可を与えないことが違法となる余地（が）生ずるにすぎない」と述べて、積極的な理由があったときにはじめて在留特別許可を与えないことが違法になりうる、という⁽⁴¹⁾（筆者は入管の主張するこのような裁量権の定義を「法務省見解」と呼ぶこととしたい）。

入管は、法務省見解がでてくる必然性として、在留特別許可は法50条1項3号の「特別に在留を

(38) この主張の論拠は昭和32年最高裁判決に求められる。

(39) だからB規約は問題にならない、と入管は言外に述べていると思われる。

(40) 外国人の場合、憲法は入管法の範囲のなかで適用されることは以下のマクリーン事件の最高裁判決の文章のなかにも見いだすことができる。「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（筆者による傍点挿入）」と断じている。

(41) このような定義の仕方では、たとえ積極的な理由があったとしても、在留特別許可を与えなくても良いということもできる。

許可すべき事情が認められるときで許可の規定を定めたものと認めつつ、他方でこの法50条1項3号が付与すべき要件が何であるか規定していないことを挙げる。つまり、付与すべき要件が規定されていないから裁量に任されるべきだ、というのである。そして本件については、甲と乙山の主張が仮に真実であったとしても、積極的な理由になりうると認められない場合は、「そもそもその主張自体失当であって、直ちにその請求は棄却されるべきであると解される」というのだ。主張が真実であっても、法務大臣が積極的な理由になりうると認めない限り請求が棄却される、という極めて一方的な判断が合理的だと言い切るのである⁽⁴²⁾。そして、積極的理由を法務大臣が見いださなかった時点で、「本案について理由がないと見えるとき」に当たると解釈するのである。

意見書において、入管は甲に在留特別許可を与えず、退去強制令書を発布したことを甲の素行が不良であったことを理由にする。素行不良の根拠は、第一に、入国時の短期滞在・滞在期間15日を過ぎて不法残留したこと。第二に、当初目的から不法就労であり、自発的に入管に出頭するまで8年以上にわたって不法残留していたこと。(そしてこの間、半ば必然的に、不法就労していたこと。)第三に、甲の兄も不法残留していた事実があり、この兄は退去強制されていること。(反省していれば、兄と一緒にかえていたはずだ、という。)第四に、結婚するまで7年7ヶ月にわたって外国人登録を行っておらず、外国人登録法違反であること等を挙げる。また、甲の家族が韓国にいて帰国することにより生活に支障が出るとは考えられないこと。乙山との婚姻の事実はあっても、婚姻の事実は法務大臣の考慮する材料の一つにすぎないことの二点が甲の素行不良性に加えて裁決の判断になったと示された。

これらが明らかに示された上で、争点となった「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要性」については、訴訟代理人が選任されており、情報通信手段が格段に良くなっている現代においては、退去強制したとしても訴訟を続けることができる。そのため裁判を受ける権利が退去強制令の執行により侵害されるものではなく問題にならない。さらに退去強制令の執行に伴う収容部分の執行が、送還のためには身柄を確保し在留活動を禁止するため必要である。また、収容に伴う身体的拘束、自由の制限・精神的苦痛が通常発生することが予定されているから「回復の困難な損害」には当たらず、これらは受忍限度内であると述べる。

最後に公共の福祉との関連が指摘される。適法的に在留している外国人ですら法による在留資格と在留期間の管理を受け、仮放免の外国人は保証金を積んだ上で住居や行動範囲を制限されている。もし収容部分の執行が行われないと、違法に在留する外国人が規制を受けないということになり、これを司法が認めたことになる。また、仮放免のように保証金の納付等の措置もないから、逃亡防止手段がなくなり、逃亡により退去強制令の執行が不能になって「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれ」が存在する。

以上のような主張をすることで、入管は甲の申立ては執行停止要件を欠くものであると主張するのである。

(42) このこと自体は、行政処分はたとえ違法であっても事実上通用する効力＝公定力を持つと考えられることと考え合わせると理解しやすい。入管は制限のない公定力を主張しているのである。公定力については、芝池(1999:146)を参照のこと。

6 申立人側意見書にみる入管政策批判(1)——実務の運用をめぐる

前節で述べた入管の見解を受けて、申立人側は、入管が論拠に挙げる判例の存在のみを認めてその他すべての主張を争う反論書⁽⁴³⁾（以下、申立人側意見書という。）を提出した⁽⁴⁴⁾。第一に、申立人側代理人が問題とするのは、すべての入管行政のよりどころになっている法務大臣の裁量権についての定義である。第二に、本件に対する裁決が違法であり、本案には理由がある（＝だから、行訴法に基づく執行停止案件である）と考えていたからだ。

まずは、法務大臣の裁量権に対する反論から順次みていくことにしよう。申立人側代理人は、まず裁量権があるかどうか以前に、在留特別許可制度の運用の実態から問題を提起する。それによると、そもそも在留特別許可は、1990年の入管法改正以前は在日朝鮮・韓国人を救済する制度として機能していた。1980年代後半にニューカマー外国人が増加し始めた。それらニューカマー外国人の滞在の長期化や日本人との結婚が見られるようになって、これまでとかわらない運用をしていると入管は主張していた。その典型がジャパントイムス等に、入管局長名で「子供が生まれても、格別日本人との婚姻のみでは、『特別に在留を許可する状況』には該当しない」とする見解を公表していたことである。他方で、個別の事案としては婚姻に保護すべき法的利益があることを否定することはできないとし、日本人との婚姻を理由として在留特別許可をおこなうようになってきていた。その頃出された通達が日配通達であったと申立人側代理人は指摘する。

申立人側代理人は、ここで在留特別許可の付与が地方入管局長の専決事項となっていることを問題とする。専決であるならば、地方入管局長のできることは決定だけであり、不許可処分を下すことはできないからである。本件は不許可処分となっているから、地方入管局長は本件を入国管理局審判課に進達していたはずである⁽⁴⁵⁾。ところが婚姻に基づく在留特別許可事案については、専決案件にせよ、進達案件にせよ、結婚の真性及び安定性が審理対象とされ、そのほとんどが許可されてきた事実がある。一般アムネステイを日本は採用したことはないが、個別のアムネステイである在留特別許可も、地方入管局で裁決できるように、日配通達や定住母子通達のように原則として許可すべき類型が専決通達にて定められている。その結果、個別的な合法化措置と言いつつも現実に

(43) ノート1に記録。

(44) 提出日は2001年12月13日である。

(45) このような法務大臣の権限を、地方入管局長が専決するという点について、代理人は相当危うい論理をはらんでいる、と考えていた。百歩譲ったとして「それが許容されるぎりぎりを見ると、①事前に明確な基準が定まっていることに加えて、②特に退去強制のような人権侵害的な処分の場合、不利益処分でないことが必要となるはずだし、入管の実務もそうになっていたはずだ。しかしながら、文言上は入管局長が専決となっているので、許可も不許可もできる形になっている。彼らの言い分からすると、専決通達は、単に手続を決めただけで、許可不許可の要件とは無関係という。そうであるならば、婚姻が真実だとかなんとか書いているのはいったいなんなのか。そういう当たり前の議論に全く答えないですむのが入管だ。ただし、近時の法改正で、地方入国管理局局長は、法務大臣から委任を受けて在特等について判断できることになったので、専決通達も廃止された。」

はその運用を通して一般化が進められている。

また、平成11年の婚姻通達では、「政治・外交・治安等に影響を及ぼす恐れがあるなど重要な案件以外のもので、日本人等と婚姻しており、その婚姻の信ぴょう性および安定性が認められるものなどで・・・地方入管局長が在留特別許可について専決することができる」とし、入国後の滞在期間も不問とされることとなった。さらに、平成12年1月に法務省は婚姻在特以外の在留基準を緩和している。法務大臣が意図した新たな基準は、(1)日本入国(不法入国を含む)後、適法不適法を通算して10年が経過していることと、(2)子供が日本の学校に通学する等の日本への定着が認められることであった。これらを条件に、家族全員が在留資格のない外国人であっても、その外国人家族全員に在留特別許可をするというものもあった(ただし専決基準ではない)⁽⁴⁶⁾。

加えて平成12年発表の『出入国管理基本計画』においても「在留特別許可を受けた外国人の多くは、日本人等との密接な身分関係を有し、また実態として、様々な面で我が国に将来にわたる生活の基盤を築いているような人である。より具体的な例としては、日本人と婚姻し、その婚姻の実態がある場合で、入管法以外の法令に違反していない外国人が挙げられる」としている。これは実態を伴った日本人等との婚姻が「在留を特別に許可すべき事情」にあたり、これに基づいて在留特別許可を出していること、今後もこの方針が維持されることを法務省自らが明らかにしたものである。

さらに、入管側意見書では、法に在留特別許可の申請権の規定がないことから、外国人には在留特別許可申請をする権利がないという。しかし、「在留特別許可申請」の用語がないことをして在留特別許可申請がないとはいえない。判例や行政解釈上、違反判定に対する異議の申出は「在留特別許可申請(入管用語における在留特別許可希望)」の趣旨を含んでおり、法務大臣は申請(希望)に対する応答義務を負っている。だからこそ異議の申出に理由がないと裁決されると、在留特別許可を不許可とする処分が可能になる。すると、入管の立論はその前提自体が誤っていることになるのである。

7 申立人側意見書にみる入管政策批判(2)——法務大臣の裁量をめぐって

入管は、外国人の受け入れ及び受け入れた際にいかなる条件を課すかは、国家が自由に決定できるという立場を取る。だが、その一方で日本国は憲法前文および憲法98条で国際協調主義をとっているから、入管の主張するような立場を取ることは妥当ではない、と申立人側代理人は考える。仮に、上記の立場を取るにしても、外国人にいかなる条件を課すのかを決定するのは法律事項である。そのため、裁量権は行政権に依拠するものではなく立法権に依拠しなくてはならない。法9条1項は「外国人が上陸条件(法7条1項)の一に適合する場合は、上陸の許可の証印をしなければなら

⁽⁴⁶⁾ これは、明らかに、平成11年(1999年)の支援者団体のもとで在留特別許可を求めてオーバーステイの外国人が集団出頭したことへの対応と思われる。この事件に関しては、駒井・渡戸・山脇編(1999)を参照のこと。

ない」と定め、外国人の入国における裁量を否定している⁽⁴⁷⁾。これから上陸しようとする外国人は一般的に日本に生活の根拠などなく、家族もない。こうした外国人に対してすら、法は法務大臣の自由裁量を否定している。日本での生活に根拠があり、家族を持った外国人に対しては、なおさら法務大臣の制限なき自由裁量論はあり得るはずがない。申立人側代理人はこのように入管法のロジックにおいて法務大臣の裁量権の範囲に限界があることを指摘するのである。

既に述べたように、在留特別許可の可否については内部基準が設けられており、それにそった諾・否の決定が地方入管局長限りの決裁で法務大臣裁決として行われている。建前上は事案ごとの個別の裁量判断で決定されていることになっているが、現実には裁決がルーチンワーク化しており、このこと自体が法務大臣の裁量を否定している。個別的な判断ではなく、類型的な処理ですまされているからである。また、入管は在留資格のない外国人の在留は法的保護を受ける資格がないとの前提で、在留特別許可を「恩恵的」と表現する。しかし、もし「恩恵」であるとする、通達によって年間2000件以上の外国人が、在留特別許可を受けている事実は説明できない。入管法は不法残留を罪とする一方で、そうした滞在のなかにも保護されるべき滞在があることを前提に法50条1項3号を規定し、その保護を法務大臣の責務とした。そうであれば、保護の要件は人道思想の進展とともに変容していくものであり、外国人の在留に法的保護に値する利益があることは所与であって恩恵ではない。

マククリーン事件を持ち出した在留期間更新事件と比較して、入管は在留期間更新ですら法務大臣は広範な裁量権を持つものだから、在留資格が問題となる在留特別許可ではなおさらであるとの立場を取っている。だが、近時の裁判例をみると、東京地裁平成6年4月28日判決（『判例時報』No.1501：90-96）、最高裁平成8年7月2日判決（『判例時報』No.1578：51-55）、東京地裁平成9年9月19日判決（『判例時報』No.1650：66-77）、大阪高裁平成10年12月25日判決（判例集未搭載）では、同居・協力・扶助といった夫婦の中核的な義務の遂行だけでなく、別居夫婦の場合では婚費分担や婚姻関係回復へ向けた話し合い、離婚の話し合いに至るまで夫婦の地位に基づく様々な活動の必要性に応じて、きめ細かな事実認定とそれに対する評価を行って、在留期間の更新の適・不適を判断している。また、マククリーン事件の判決文のなかにも「その判断が全くの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は裁量権の範囲をこえ又はその濫用があったとして違法になる」とあることを申立人側代理人は指摘する。

さらに、申立人側代理人は、入管の依拠する最高裁昭和34年判決でも「その裁量論にも限界があると解するのが相当」として、原審判決が維持されたことを重視する。この立場によると、最高裁判例は「『特別に在留を許可すべき事情』に関する法務大臣の判断が、事実の基礎を欠くかどうか、又は社会通念に照らして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は、法務大臣が在留特別許可を与えなかったことが、その裁量権の範囲をこえ、又はその濫用があったものとして違法であるとすべきである」と解釈しなくてはならなくなる。これは法務省見解とは正反対の解釈が可能であることを示したものである。その上で、本事件の場合は、

(47) 法9条1項は外国人の入国に関する入国審査官の裁量を否定している。法10条6項（改正前、現入管法では10条7項）では、特別審理官に裁量のないことが、法11条3項では、法務大臣にも入国に関して裁量がないことを規定している。

甲と乙山の真実の婚姻実態という考慮すべき点が考慮されず、8年以上の在留とその間の就労、その後の外国人登録という考慮してはならない要素を考慮し判断を下したことが、裁量権の範囲を超えた濫用に当たると断じたのである。

最後に、(1) 法務大臣が考慮した不法滞在や不法就労期間が問題になると、在留特別許可を与える外国人のほぼ100パーセントがこれに該当してしまい、在留特別許可の制度自体が存在しなくなってしまうこと。また、(2) 在留特別許可の申請にあたって入管自身が申請者の生活の安定している証拠として「在職証明書」を定型的に要求していること。(3) 外国人登録法違反に関して、法24条4号へで、執行猶予の言い渡しを受けた者を除く禁固刑以上の刑に処せられた者としており、外国人登録法違反については入管法自身が禁固刑以上の実刑を受けた者以外を悪質性がないと評価しているのだから、これを退去強制事由に入れることは入管法の趣旨からも外れる判断である、と反論を加えたのである。

8 申立人側意見書にみる入管政策批判(3)——行訴法25条「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」をめぐって

申立人側代理人によると、入管は「行政処分又はその執行自体により発生する損害については、当該行政処分の根拠法が、当該処分の結果として通常発生するものであることを予定しているものである場合には、受忍限度内である」と解釈することによって「回復困難な損害には当たらない」としている。申立人側代理人はこの論理を「通常損害基準論」と呼び、論駁を開始する。通常損害基準論では、「法は、被收容者が收容に伴う自由の制限や精神的苦痛の不利益を受けることを当然予定している」。この場合に回復困難な損害に相当するには、被收容者の身体的状況、收容所等の環境に照らして、被收容者に收容に通常伴う不利益をこえる損害が生じているおそれがあるなど、收容の維持を不相当とする特別の損害の生ずることが予想されなくてはならない。

しかし、上の通常損害基準論は、既に金科玉条ではなくなっている、と指摘する。アフガニスタン人に対する收容令書に基づく收容及びパキスタン人に対する退去強制令書に基づく收容について、收容されている人間の人間性を認めた決定や通常随伴して発生する損害ではなく、予想される損害の重大さと執行停止することの影響との比較考量に基づいた基準を採用した決定が行われている⁽⁴⁸⁾(平成12年(行ク)第11号執行停止申立事件)。

なぜ近時の裁判例で通常損害基準論がとられなくなってきたのかを、申立人側代理人は以下のように説明する。行訴法25条に定める執行停止制度は、行政処分取消の訴えが提起されても、その処分の効力等に影響がないという原則をとる。そして、この原則を貫いた結果、処分を受けた者が、取り返しのつかない重大な損害を受けた後に勝訴判決を得ても、処分を受けた者に対する救済とならないような場合に、本案採決までの間その処分の停止を認める。ゆえに、この場合の「回復困難

(48) 「処分の執行などにより維持される行政目的の達成の必要性とこれを執行することによって相手方が被るおそれのある損害とを比較考量し、前者を一時的に犠牲にしてもなお後者を救済しなければならない緊急の必要性があるか否かの観点」という言葉が「通常随伴する損害」にかわって用いられた。

性」とは、(1) 勝訴判決を得てその処分が取り消されても、それが当事者の救済措置とならない場合⁽⁴⁹⁾、(2) 金銭的な補償が可能でも、社会通念的に金銭を受けたことだけでは損害が補填されたとは認められない場合⁽⁵⁰⁾と解すべきとする。

神戸地裁平成4年6月12日判決は、こうした解釈を示したものであり（『判例時報』No.1438：50-70）、退去強制令書の執行停止事件でも送還部分について「回復困難な損害」がないとした裁判例はない。すると、本邦に戻れなくなることが、法の予定した不利益であっても、このことによって「回復困難な損害」であることが否定されたわけではない。行訴法が「回復困難な損害の生じるおそれのある場合」に執行停止を認めているのは、行政処分は一旦それがなされると多数に対して効果を生じ、ひとたびなされた処分が先例となり、以後積み重ねられていくからである。デモの不許可によって申請内容のデモができない損害、議員除名によって議員活動ができない損害、営業取消によって営業ができない損害など、処分の当然の効果が通常生じる損害であっても、執行停止の必要性を認めた裁判例は多い。収容に限って、通常随伴する損害が回復困難な損害にならないというのは論理にならない。

ところで、身体を拘束するとき、自国民に対しては、現行犯以外は令状主義がある。そのため逮捕状の発布、勾留状の発布のそれぞれの段階で、裁判所による事前審査がある。また、逮捕・勾留されても準抗告により速やかに司法のチェックを受けることができ、身体拘束後にも公訟事実の存否とは別に、保釈や勾留取消による身体拘束からの解放の制度がある。しかるに、外国人に対する退去強制令書は主任審査官が発布するものであり（法49条5項による）、司法の事前関与は排除されている。直ちに送還ができないときは、「送還が可能なとき」までという不確定な期限にわたる収容を認めている（法52条5項）。長期にわたる収容・身体拘束に対して司法の事前審査がないばかりか、身体拘束に対する不服申立の機会すら与えられていない。身体拘束からの解放である仮放免についても、入国収容所長または主任審査官による決定であり、ここでも司法の関与は認められていない。入管法では手続き保証がほとんど存在しない。被収容者の身体を解放する司法の関与しうる唯一の手続きが、退去強制令書発布処分の執行停止であり、執行停止制度を活発に運用することによって人権の保障が初めて可能になる。こうしたことから、申立人側代理人は、回復困難な損害の要件については法文以上に厳格に鑑みなくてはならないとし、手続き法としての入管法の持つ構造的な欠陥を問題にしたのであった。

9 東京地裁はどのように判断したか——社会通念につながる新しい判例の誕生

東京地裁民事第3部（藤山雅行裁判長）は、平成13年12月27日「主文、一、相手方⁽⁵¹⁾が平成13

(49) 宇都宮地裁平成2年11月2日決定（『判例時報』No.1377：54-69）がこれに当たる。

(50) 新潟地裁平成5年12月24日決定（『判例地方自治』No.124：80-82）、名古屋地裁平成5年6月29日決定（『判例地方自治』No.119：84-86）がこれに当たる。

(51) 相手方とは東京入管主任審査官のこと。

年8月1日付けで申立人に対して発布した退去強制令書に基づく執行は、本案事件（当庁平成13年（行ウ）第316号退去強制令書発布処分取消等請求事件）の第一審判決の言い渡しの日から起算して10日後までの間これを停止する。二、申立人のその余の申立を却下する。三、申立費用は、これを四分し、その一を申立人の負担とし、その余を相手方の負担とする」との決定をした。

東京地裁がこのような判断を下す第一の理由は、前節で取り上げた行訴法25条2項「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」の要件を満たすかどうか、ということであった。そのため、「回復の困難な損害」とは「処分を受けることによって被る損害が、原状回復又は金銭賠償が不能であるとき、若しくは金銭賠償が一応可能であっても、損害の性質・態様にかんがみ、損害がなかった現状を回復させることは社会通念上容易でないと認められる場合をいう」と定義する。その上で、申立人が被る損害を「収容による身柄拘束を受けること」とし、これが「個人の生命を奪うことに次ぐ人権に対する重大な侵害であり、精神的・肉体的に重大な損害をもたらすものであって、その損害を金銭によって償うことは社会通念上容易でないというべきである。元来、我が国の法体系下において、このように人権に重大な制約を及ぼす行為を単なる行政処分によって行うこと自体が異例なのであるから、それに直接携わる行政機関はもとより、その適否を審査する裁判所においても、この処分の取り扱いには慎重の上にも慎重を期すべきであり、このことは執行停止の要件該当性の判断にあたっても妥当するものというべきである（傍点は筆者挿入）」とし、申立人側代理人の意見を取り入れた判断基準を判示した。

次いで、(1) 甲と乙山の婚姻が、当初、同居に至るには調整期間を要するものであったこと。(2) そのような調整を要するものであったとしても、既に甲と乙山は生計を一にしていたこと。(3) 甲の収容の直前に始めたキムチ販売業が甲の収容によって乙山に過重な負担をかけて家計への経済的な影響ばかりか、乙山およびようやく同居するにいたった同居する子供の精神状態にも影響を与えていること。(4) ひいてはこれらが続くと、甲、乙山、そして同居する子供の家族の關係に決定的な影響を及ぼす。もし家族關係が崩壊することにもなってしまうたら、この損害の回復は、金銭賠償が不可能であるばかりか、金銭賠償が一応可能であっても社会通念上損害がなかった現状を回復させることは容易でない。それゆえ退去強制処分は回復の困難な損害にあたと認められた。

他方で、法に定められた行政処分が当然に予定している損害であるという入管側の主張に対しては、「処分そのものや法が当然予定した損害であっても、そのことにより後の勝訴判決が実効性を持たない場合には、執行停止の必要性を肯定すべきである。そして回復が困難か否かとその損害が処分の結果として当然発生するか否かは必ずしも一致するものではなく、処分の結果として当然発生する損害であっても、回復が困難な場合はあるし、他方、処分の結果として法が予定していないものであっても、事後的な回復が容易な損害もあるから、処分の性質やその結果である損害の性質、さらには申立人の事情等を考慮して、当該当事者が回復困難な損害といえるか否かを検討すれば足りるものである（傍点は筆者挿入）」とした。このように東京地裁は事実認定が重要であることを示し、入管の主張を退けた⁽⁵²⁾。さらに、退去強制令書の収容部分の執行停止については、「刑事手

続きにおいてすら身柄拘束のためには令状主義により司法審査を経ることが原則とされていることに照らせば、司法審査を経ずに行政庁が行政処分として身柄拘束をすることが許されていること自体極めて例外的な制度であるといわざるを得ず、そのような類型の処分については、身柄拘束を伴う処分の執行停止の要件を満たす可能性が結果として典型的に高くなるとしても、なんら不合理なことではない」として取容するための条件が高く設定されることはやむをえないとの見解が示された。

そして、これまで退去強制事由の執行停止に関連して行われた執行停止が送還部分に限った執行停止が多かったことを、(1) 退去強制事由の存在については争いがなかったこと、(2) 送還がやむを得ないと思われる事案が多かったときの勝訴した場合との比較が行われてきた結果であるとした。それに対し、本件には勝訴の見込みが相当程度あり、(3) 本件はこれまでの事案とは問題の把握や争点設定が異なる、として先例とは異なった判断＝取容部分の執行停止が行われうることを示した⁽⁵³⁾。

東京地裁決定の第二の理由は、行訴法25条3項の「本案について理由がないとみえるとき」に該当するかどうか争点であるとする。ここでは入管法における「本邦からの退去を強制することができる」という法文の解釈が問題とされる。「法律の文言が『…することができる』と規定している場合には、その裁量の範囲が全くの自由裁量か⁽⁵⁴⁾ 羈束裁量であるか⁽⁵⁵⁾ の点を別とすれば、立法者が行政庁に対して一定の幅の効果裁量を認める趣旨を表したものであると解するのは極めて一般的な見解である」、よって法24条が入管の裁量を実体規定したものである。また、行政法では「権力発動要件が充足されている場合にも行政庁はこれを行行使しないことができるし（行政便宜主義）、とりわけ外国人の出入国管理を含む警察法の分野では、行政庁の権限行使の目的が公共の安全と秩序維持であるから、そのための権限行使は必要最小限度にとどまるべき（警察比例の原則）と考えるのが一般的である」と述べる。そして、行政便宜主義と警察比例の原則を前提とすると、

(52) 上記の判決文の引用部分にすぐ続いて「行政事件訴訟法の文言も、当該処分の結果として当然発生するものであることを予定している損害を排除しているものではないから、このような解釈を妨げるものではない。相手方の主張は、法の規定しない新たな要件を設定しているに等しく、到底採用できない」と入管の主張を棄却している。

(53) この部分では、繰り返し、退去強制令書の発布に関しては「退令の発布により申立人に回復し難い損害が発生するおそれの有無及び程度等」が十分に考慮されなければならないし、こうした考慮がなされなかった場合は、「社会通念に照らし著しい過誤欠落があった可能性が少なからず認められる」のであり、こうした過誤欠落があった場合は違法であるということが示されている。

(54) 自由裁量の定義は、以下の藤田の説明が理解しやすい。「法律が行政機関に対し、…中略…広範な授権を行っている場合、通常、『法律は行政機関（行政庁）に、[自由]裁量権を与えている』といい、このような裁量権に基づく、行政機関（行政庁）の政策的・行政的判断によって行われた行為を、『[自由]裁量行為』あるいは『[自由]裁量処分』と呼んでいる（藤田、2005：95）。」

(55) 藤田は羈束裁量については「法律の文言の上では一義的には確定しないように見えるが、しかし実は行政機関の自由な裁量が許されるのではなく、法律が予定する客観的な基準が存在する、と考えられる場合を、行政法学上、通常、『法規裁量』または『羈束裁量』と呼んでいる」と説明している（前掲書：96-97）。

仮に「法所定の処分要件に該当する事実があったとしても、当該事実関係の下において処分を行わなくても実質的にみて公共の安全と秩序を乱すおそれがない場合はもちろん、そのおそれがある場合にも、事態を放置することによって発生する弊害の程度が低く、かつ当該処分を行うことによって発生する弊害の程度が低く、かつ当該処分を行うことによって発生する権利自由の制限がこれを大きく上回るときには、もはや行政庁はその権限を行使することができないと解するのが相当である」と述べる。

そして一連の退去強制に関する手続規定に関して、「主任審査官の行う退去強制令書の発布が、当該外国人が退去を強制されるべきことを確定する行政処分として規定されており（法47条4項、法48条8項、法49条5項）、退去強制についての実体規定である法24条の認める裁量は、具体的には、退去強制に関する上記手続規定を介して主任審査官に与えられ、その結果、主任審査官には、退去強制令書を発布するか否か（効果裁量）、発布するとしていつこれを発布するか（時の裁量）につき、裁量が認められており、比例原則に違反してはならないとの規範も与えられているものというべきである」と整理する。さらに、退去強制手続きには、主任審査官以外に、入国警備官、入国審査官、特別審理官、法務大臣に、各段階において裁量が認められているとした。

これらの裁量を検討した上で、「本案について理由がないとみえるとき」に該当するかどうかは、(1) 法務大臣が法49条3項の裁決を下したこと、(2) 法務大臣の裁決に従った主任審査官による退去強制令書の発布処分が、甲と乙山の婚姻関係の事実をどのように判断したのかに依拠する。その結果、甲と乙山の婚姻関係は真実のものであるから、これを事実誤認した法務大臣裁決及び退去強制令書発布処分は裁量権の逸脱又は濫用に当たるものであり、本件は「本案について理由がないとみえるとき（傍点筆者挿入）」には該当しないとの判断を示した。

下級審での決定とはいえ、下級審における新しい判断の積み重ねが上級審の決定に影響を与える。東京地裁のこの決定が今後の退去強制令書の執行停止事件でリファーされていくことで、裁判における新しい「社会通念」の形成が始まったのである。

10 法治国家を凌駕する行政統治——裁判に負けて申立人の利益を守る

さて、論じてきた東京地裁による決定は、近時の外国人の日本滞在資格において重要な判例となった。この決定がでると、入管は即時抗告し、争いは東京高裁に移った⁽⁵⁶⁾。東京高裁での論争は、入管にとっての「法務大臣の裁量権」を確保することの意味（法務省見解に固執することの意味）を考える上で重要な論点を見いだせる⁽⁵⁷⁾。しかし、紙幅も限られることから、この東京高裁における論争は稿を改めて議論することにしたい。ここでは東京高裁決定において、本件は申立人側の

(56) 平成14年（行カ）第1号として平成14年1月28日に東京地裁に抗告されている。抗告理由書はノート3に記録。

(57) 東京高裁における両者の論争はノート3からノート4に記録。

敗訴となったことだけを簡単に確認しておく⁽⁵⁸⁾。『判例時報』において決定文が全文掲載され、近時の行訴法訴訟において注目すべき決定と評された一審決定は確定しなかったのである。

しかし、この後の経過は、実務法曹の世界に疎い人間には（とりわけ筆者には）極めて理解がたい。東京高裁において、入管が勝訴するということが、退去強制令書の執行が認められたのであり、甲は収容部分の執行停止をかちとることができなかった。そうであるならば、あれだけ争った入管は本案でも対決してくるはずだった。だが現実には、入管は全く異なる対応をとった。甲に対して出されていた平成13年8月13日付け東第二5128号⁽⁵⁹⁾の退去強制令書に対し、平成14年5月10日付けで退去強制令書取消書が出されたのである。それと同時に、同日付けで在留特別許可がでていたのである⁽⁶⁰⁾。

それではいったいどうして入管は控訴したのか。その理由として、第一に、地裁決定文に入管としては受け入れられない文言があり、これを確定させるわけにはいかなかったためと思われる。「主任審査官の裁量権」という概念⁽⁶¹⁾がこれに当たる。これには二つの特色があり、①裁量を法務大臣ではなく主任審査官がもつとしたこと。②裁量が比例原則によって制限を受けるとしたことである。①の裁量を主任審査官がもつとしたことは、裁判官の独自説で当事者の誰もが困惑するものであった⁽⁶²⁾。②の比例原則による制限は、裁量の幅に係るもので、入管が絶対に受け入れられないものであった。これを受け入れてしまうと、完全な自由裁量論が成立しなくなるからだ⁽⁶³⁾。

第二に、退去強制令の執行停止が、送還の部分のみならず、収容の部分も含めて執行停止とされたことも関係していよう。現行法の不法滞在を認めた上で在留特別許可を願い出る制度では、申立人がこの制度に願い出た時点で、在留特別許可を得ることができるか、退去強制処分（いわゆる強制送還）になるかの二つに一つしかなくなる。とりわけ、退去強制令書が発布され執行するという

(58) 本事件の東京高裁の判決文は、全文が最高裁判所ホームページにおける「裁判例集」の「行政事件裁判例集」のなかで公開されている。本文だけをここで簡単に紹介しておく。「一、原決定を次の通り変更する。（1）抗告人が平成13年8月13日付けで相手方に対して発布した退去強制令書に基づく執行停止は、送還部分に限り、本案事件（東京地方裁判所平成13年（行ウ）第316号退去強制令書発布処分取消等請求事件）の第1審判決の言い渡しの日から起算して10日後までの間これを停止する。（2）相手方のその余の申立てを却下する。二、本件申立費用及び抗告費用は、これを二分し、その一を抗告人の、その余を相手方の各負担とする。」というものであった。

(59) 退去強制令書の番号は正しくは「東第2 5128号」となっている。ここでは番号に誤解が出ないようにするために、第2を第二と標記した。

(60) 退去強制令書取消書および在留特別許可はノート3に記録。

(61) 主任審査官に裁量権がないことについて、二審の抗告理由書では相当の部分割いて、入管側は申し立てている。この二審の抗告は東京入管主任審査官により申し立てられた形式をとっているが、一審時とは異なる主任審査官に交代している。

(62) 申立人側代理人は、裁量が広く確保されているのであれば、法務大臣の裁量権であろうと主任審査官の裁量権であろうと、入管は受け入れたのだろうかかと疑念をもっていた。ただし、この場合、もし受け入れようとしても相当困難な説明を入管は強いられることになる、と考えていた。

(63) この主任審査官の裁量権という概念は、申立人側代理人からしても想定外の裁量に対する考え方であったという。

段階では、国外への強制送還を確保するためには身柄の収容が必要であり、この点で退去強制令書は収容と送還が一体化していないと入管行政ができない、という認識が強く入管にある。たとえ、現実には、退去強制令書が執行されているにもかかわらず仮放免が行われて、日本社会で通常に就労生活している人が多数存在しているとしても、それはあくまで個別的な例外措置として行っている事柄というスタンスである⁽⁶⁴⁾。

在留特別許可をめぐることは、そもそも法において法務大臣の自由裁量を与えてしまっている。そもそも行政訴訟の場合、「裁判機関による審査は、法を司るというその使命からして、少なくとも原則的には、行政行動の違法・適法の判断にのみ限られざるを得ないのであって、行政機関が専ら政策的・行政的見地から行う決定に対して、その政策的判断の当・不当をコントロールするのは、本来、裁判所の権限外であるということにならざるを得ない」（藤田，2005：98）。「法律による行政の原理」と呼ばれる法に基づいた行政という行政法の前提が当てはまらず、裁判所での争点は、第2節でも論じたように、法の前提条件となる不文法源をめぐる⁽⁶⁵⁾。ただし、広範な裁量権を認めている入管法でも法文と実態が乖離していることが、そのままよしとされているわけではない。前後関係ははっきりしていないが近時の改正で、在留特別許可の裁決が法文上も地方入管局長が行うことが可能になった。これにあわせて、婚姻に関する通達が廃止されている。このことは、それまでの間、通達を通してであったとはいえ、地方入管局長の裁決による在留特別許可がいかに多かったのかを物語っている。今回の改正で、法文上も地方入管局長が在留特別許可をすることを可能としたのは、法文と実体の乖離を埋めるためであったであろうことは容易に想像がつくのだ。

この裁判を通して、申立人側代理人が問題にしたことは、以下の5点であった。まず(1)人を拘束して強制的に領域内から取り除く作用が、完全な自由裁量であることはありえない。裁量の幅や性質、制限される権利の内容が、当該国の国民と外国人とで差が出ることはあっても、国の行う作用である以上、公正でなければならない。そして、(2)公正の内容が、B規約、児童の権利条約等の国際条約や憲法を探ることによって、時代や社会状況によって「何が公正か」が揺れ動いたとしても、その時々のある一定の幅のなかに客観的に決めることができる。そして、この一定の幅こそ裁量

(64) この点で、現在の入管行政は非常にアンビバレントな人々を多数生み出している。強制送還と聞くとあたかも日本が国費を使って出身国へ送り返していると思われることもあるが、原則は送還される者の個人負担である。日本就労中にためた貯金のある者は、その蓄えのなかから航空チケットの購入を求められるし、航空券代のない人には、出身国に住む家族がこの費用を負担できないか確かめられる。出身国の家族も航空券代を払えそうもないときで、かつ本人が帰国の意志が強く＝逃亡の恐れがないと認められたときは、仮放免が行われて航空券代を稼ぐことが期待されるのである。不法就労が問題とされた人々に、自身の費用負担のためとはいえ、国がなかば不法就労者の就労を認める態度を取るのだ。国家が認めれば、不法就労も単なる就労になるということであろうが、そうだとするとどうして不法就労が問題とされなくてはならないのだろうか。

(65) これまで追ってきたことを筆者なりに総括すると、在留特別許可が法務大臣の自由裁量に任されると法文上は定義されているが、在留特別許可の権限を通達によって地方入管局に移した段階で、羈束裁量の領域に移っていたと考えられるのではないだろうか。しかも、通達の内容が、法61条の9に基づいて出される出入国管理基本計画に盛り込まれることによって、実質的に告示したのと同様になっていたのである。

のふるうことのできる範囲である。(3)「公正」を探る作業は、数が少ないうちは場当たりのなものにならざるを得ないが、数が多くなれば、平等性、客観性を保つ必要が出てくる。裁量的判断として、国が第一義的に何が公正かを探る権能を持つとしても、一旦あることを決めた以上は、等しい状況にある場合には等しく扱うべきである。(4) 通達によって、地方入管局長に在留特別許可の裁決を行うことを認めるようになったのは、実務作業として上記(1)(2)(3)が煮詰まったことの現れだ。すなわち、この段階で問題になるのは、裁量の問題ではなく平等原則の問題になる。ところが、(5) 国側は裁量の問題と言えば、平等原則の問題はパスできると考えている。これらの連関で入管行政を問い直すことはできないかと、代理人は考えていたのである。

ところでこの裁判は、申立人である甲が在留特別許可を願って出頭したことから始まった。裁判の申立て事項が退去強制令書の執行停止であったのは、在留特別許可が認められなかったために、退去強制令書が収容部分のみではあるが執行されたからである。こうした経過からすれば、申立人側が求めていたのは、退去強制令書が執行停止になることだけではない。言うまでもなく、ゴールは甲の在留特別許可取得にあった。申立人側代理人からすれば、高裁で負けて、画期的な決定と言われた一審決定が確定裁判とならなくても、依頼人の利益は守れたのである。

入管の実務は通達を通して、法務大臣の裁量から地方入国管理局での類型的判断へと大きく変わっていた。その結果、現在では年に1万人以上の非正規滞在者の正規化が、一切の議論を経ることなく行われている。1990年の入管法改正をめぐっては「開国」vs.「鎖国」の論争が展開され、国会においても審議されるという経緯があった。しかし、その後こうした論争はほとんど姿を消してしまった。にもかかわらず、1990年と比べると実に約30倍以上の数の在留特別許可が現在では発給されるに至っている。すべてが入管行政の実務上の運用の変化によって引き起こされたことを考えると、あたかも法治国家が行政国家に飲み込まれてしまったような状況が発生している。

結語にかえて

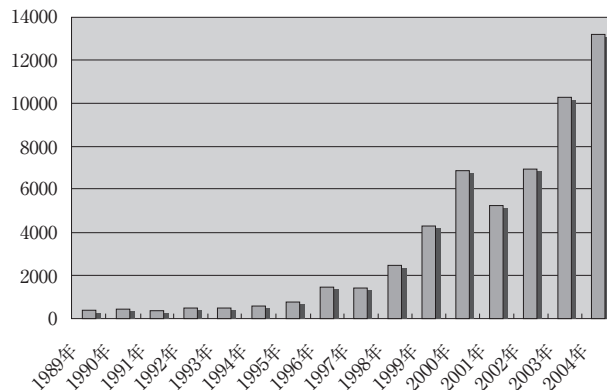
地裁決定に至る過程を通して申立人側が問題としたのは、一貫して本件が通常的に在留特別許可を与えているケースに該当するかどうかということである。だからこそ申立人側代理人は、在留特別許可が実際にどのような手続きによって運用されて、いかなる場合に認められているのかを論じてきた。在留特別許可件数の近年の推移は、図のようになっている⁽⁶⁶⁾。とりわけ平成15年(2003年)以降は年に1万件以上の極めて高い件数となっている。総数で見ると平成2年(1990年)の入管法改正から平成16年(2004年)までに55,741人の正規化がおこなわれた。それも平成7年(1995

(66) 平成元年(1989年)総数432件、平成2年(1990年)総数446件、平成3年(1991年)総数393件、平成4年(1992年)総数482件、平成5年(1993年)総数465件、平成6年(1994年)612件、平成7年(1995年)総数789件、平成8年(1996年)総数1,511件、平成9年(1997年)総数1,431件、平成10年(1998年)総数2,497件、平成11年(1999年)総数4,318件、平成12年(2000)総数6,930件、平成13年(2001年)総数5,306件、平成14年(2002年)総数6,995件、平成15年(2003年)総数10,327件、平成16年(2004年)総数13,239件となっている。各年度の在留特別許可件数については法務省大臣官房編『出入国管理統計』各年度版より。なおこの出入国管理統計は各年度を西暦で表示してあるので、図は西暦で表した。

年) まではほぼ毎年500名前後に在留特別許可は限られていたののである。

この日本の在留特別許可件数は、諸外国と比べて小さなものではない。アメリカは1987～1988年にかけて一般アムネ스티として180万人、特別農業労働者プログラムとして127万人の合計300万人以上の正規化がおこなわれているが、フランスでの正規化の規模はアメリカよりずっと小さくなり、1981～1982年に13万人、1997～1998年に7万8千人である(近藤, 2001: 290-295)。アムネスティを行っている欧米諸国は、移民法が改正される場合などの大きな制度の変更に際して行われることが多い。例えば、上記のアメリカでの1987～1988年の大規模な正規化は、1986年の移民改革規制法の制定にともなって行われた⁽⁶⁷⁾。大きな制度改革は一定の時間毎に行われる公算が高いとしても、次にいつ行われるかは分からない⁽⁶⁸⁾。それに比べて日本は一定規模の不法移民を毎年正規化してきた。その数は欧米でアムネスティが行われるタイムスパンで考えれば、極端に少ない数ではないのである。

図 年度毎の在留特別許可件数



このような規模で行われ、しかも拡大している在留特別許可は、表面的には一件ごとに個別的に審査している。だが、上記の在留特別許可件数の急速な増加傾向は、申立人側代理人の主張する通り定型化されたルーチンワークとして処理されているとしか考えられない。この欧米と比べても遜色のない規模になりつつある非正規滞在者の正規化が行政庁の内部の手続きだけで進められている。

急激な非正規滞在者の正規化が、政府・行政庁の内部の論理と密接に関係している一例を示しておこう。それは第三次出入国管理基本計画にみいだせる。「平成15年12月の犯罪対策閣僚会議において決定された『犯罪に強い社会の実現のための行動計画』」においても、今後5年間で不法滞在者を半減させ、国民が安心して暮らすことができるようにするとともに、平穏かつ適法に滞在している

(67) 但し、単純な人数の比較は何の有益な議論も生み出さない。90年代以降、欧米諸国では、移民法や国籍法が改正され、移民の子どもたちの国籍取得が容易になってきている。単純な数字の比較では、これらの法制度の変更により隠れてしまう部分が全く見えなくなってしまうからだ。そこで、ここでアメリカとフランスの例を出したのは、単純に日本の在留特別許可の件数が決して極端に低いものではない、ということを示すにとどまる事例紹介と考えてほしい。

(68) アメリカはその後アムネスティを行っていない。

多くの外国人に対する無用の警戒感を払拭することが必要とされている」という文言がそれである。在留特別許可件数の増大が、この閣議決定の内容に関係していることは想像がつくだろう。不法滞在者を減らすための施策の一つが、不法滞在者の合法化（＝在留特別許可を与えること）なのだ。

かつて丸山真男は思想史の観点から日本の近代化を形式だけの西欧化であり、そもそも日本の思想がこれまであらゆる外来の思想を換骨奪胎しながら融通無碍に取り込み、それを内側に抱え込んで発達してきたことを指摘した（丸山，1961）。法務省は、平成15年以後、入管局のホームページで在留特別許可を与えた事例を一部ではあるが発表したり、最高裁もホームページで行政訴訟の一つとして「退去強制令書の執行停止」に関する重要判例の判決文を開示したりしている。しかし、これら近年開示されるようになった事例は、丸山が『日本の思想』で言い表した事態が、法制度のなかにも発生していることを示している。在留特別許可という形式は、その内容として多種多様なケースを融通無碍に取り込みながら発達しているのである⁽⁶⁹⁾。ただし、融通無碍に在留特別許可が発達したことは、この制度が法の定める例外規定として存在していることを考えると、そのこと自体が問題になるのではない。例外規定であるからこそ、曖昧な部分は生じざるをえないからである。問題は、(1) 設置された当時の立法趣旨と現実があわなくなり、換骨奪胎されながらこの制度が存続していることである。加えて言うならば、(2) 内部基準や通達が、行政法上はともかく、立法府が立法機能を果たしていない現実を前にしたとき、事実上法源として機能してしまっているのに、このことがまったく問題にされないのだ。

ところで本稿で論じてきたように、在留特別許可の量的な拡大は、「裁量による個別ケースの判断」から「通達による類型的基準の設定とその基準に照らした判断」に変換されることによって行われた⁽⁷⁰⁾。しかし、こうした行政庁内部の論理に起因する制度の変更は行政庁外部の者には制度の運用が融通無碍に変えられているように見えるし、日本の外国人受け入れを非常にわかりにくくさせている⁽⁷¹⁾。この時点で、在留特別許可の制度は社会制御として失敗していると言えるかもしれない。本事件のように入管側の勝訴に終わったにもかかわらず在留特別許可に帰結するというのは⁽⁷²⁾、これから在留特別許可を申請しようとする外国人の側に理解しにくいばかりか、日本国民にとっても入管行政を理解不能へと導きかねないからである。そして在留特別許可という制度が、外国人からも、日本国民からも疑念の目で見られることになれば、この制度を通して安定的な法秩序が

(69) もちろん、これにはこれまで全くのブラックボックスであった法務大臣の裁量が実際にどのように下されているのかについて一部とはいえ開示されるようになった、という積極的な理解も可能だ。

(70) その一方で、裁量による個別の判断という原理もまた強固に残り続けている。その結果、法務大臣及び地方入管局長の裁量権を証明するためには、デファクトスタンダードが発生していたとしてもパブリックなスタンダード（公的な基準）は存在してはならない。もし、この基準をクリアしていれば在留特別許可を与えなければならないということになれば、もはや裁量の存在する余地はなくなるからである。

(71) 国は年に1万人近いあるいは1万人以上の非正規滞在者を合法化させている一方で、合法化させた人々とほとんどかわらない条件の人間の退去強制も少なからず存在するし、突然の行政庁内部の政策の変更により、ある日を境に在留特別許可が出なくなるということも起こりうる。

(72) 入管側が勝訴したにもかかわらず在留特別許可を与えるからこそ、国はこの制度を恩恵的と言っているのかもしれない。

形成されるとは思えない。法秩序が形成されるには、むしろ国はこの制度の現代的な意味を真正面からとらえ返すべきだ。残留特別許可が立法措置された時代の日本と、現代の日本とでは、世界に占める日本の位置は大きく変った。欧米に追いつくことを目標にしていた戦前の日本は、満州、朝鮮半島、南洋諸島、そしてラテンアメリカに過剰人口を送り出す貧しい国であった。今は違うのだ。現実の在留特別許可も発展途上国から来日した者に出されているのであって、強制送還されるにしてもアメリカやフランスに送り返されるのであればほとんど問題にならない。現実的には「グローバルな人権保障」の手段として機能しているのである。このようなものとして在留特別許可の存在を提示できれば、法的秩序をもたらす制度となり、裁量権も正当に位置づけられるようになる。かつまた、これまでの複雑な判例と行政上認めてきた前例との関係を詳細に論じることなしには、この制度の当否を論じることにはできない。感情的・時代的な風潮に影響されるような、国民的議論で決着することは必ずしも最善ではない。極めてセンシティブなマイノリティの権利保護だからこそ理性に基づいた議論が必要であり、その限りで、この制度の存続には行政庁の裁量もまた認めざるをえないのである。ただし、この場合であっても身体を拘束し領域内から強制的に排除するという特異な権力の行使であるのだから、裁量がどのように発揮されたのか権力を監視することができなければならない。

(たんの・きよと 首都大学東京都市教養学部准教授)

【参考文献】

川島武宜, 1959, 『近代社会と法』岩波書店。

川島武宜, 1972, 「『法』の社会学理論の基礎づけ」川島武宜編『法社会学講座4—法社会学の基礎2』岩波書店。

駒井洋・渡戸一郎・山脇啓造編, 1999, 『超過滞在外国人と在留特別許可—岐路に立つ日本の出入国管理政策』明石書店。

小室直樹, 1972, 「規範社会学」川島武宜編『法社会学講座4—法社会学の基礎2』岩波書店。

近藤敦, 2001, 『外国人の人権と市民権』明石書店。

坂中英徳・斉藤利男, 2000, 『出入国管理及び難民認定法逐条解説 全訂』日本加除出版。

笹田栄司, 2002, 「憲法2」『法学教室』No.266。

塩野宏, 2005a, 『行政法Ⅰ 行政法総論 [第四版]』有斐閣。

塩野宏, 2005b, 『行政法Ⅱ 行政救済法 [第四版]』有斐閣。

芝池義一, 1999, 『行政法総論講義 [第三版]』有斐閣。

芝池義一, 2005, 『判例行政法入門 [第四版]』有斐閣。

芝池義一, 2006, 『行政救済法講義 [第三版]』有斐閣。

出入国管理法令研究会編, 2005, 『注解・判例 出入国管理外国人登録実務六法 平成17年』日本加除出版。

なかころびやおき, 2005, 『ブエノスディアス・ニッポン』ラティーナ。

藤田宙靖, 2005, 『行政法Ⅰ (総論) [第四版] 改訂版』青林書院。

丸山真男, 1961, 『日本の思想』岩波新書。

右崎正博・諸根貞夫・小林直樹, 2006, 「判例回顧と展望 憲法」『法律時報 判例回顧と展望 2005』6月臨時増刊号。