

行政裁量の憲法的統制について

——出入国管理行政をめぐる司法審査の一側面から——

尾 形 健*

目 次

はじめに

I 出入国管理行政にかかる行政裁量と憲法

1 マクリーン事件再訪

2 出入国管理行政の憲法的統制にむけて

II 出入国管理行政の司法審査と憲法

——アメリカ合衆国最高裁判例の一側面から

1 前 史

2 司法的統制の展開

III 出入国管理行政への憲法的統制

1 司法審査の可能性

2 具体的論点

むすびにかえて

はじめに

市川正人教授がリードされた領域の一つに、司法審査論が挙げられる。教授は、わが国における違憲審査制の軌跡を辿る論考の中で、1960年代から1972年までの「第2期」（「独自性追求期」）の後半期について、最高裁が「まさに政治部門に対して司法府としての独自性を追求し始めた」時期と位置付けている。そして、「『豊かで知的な』社会における統治において

* おがた・たけし 同志社大学法学部教授

は、司法府が体制維持のために裁判所らしい形で寄与する（社会統合機能を果たす）余地が出てくるし、またそうすることが求められる」と述べられた¹⁾。

「裁判所らしさを活かす形で違憲審査制の活性化を図る」ことをその視座に据えた研究は²⁾、憲法訴訟論の発展に大きく貢献したが、本稿は、教授の視座を受け継ぎつつ、行政裁量の憲法的統制という課題に目を向けた。立憲主義の要諦とは、「統治 (government) に対する法的制約ということであり、恣意的な支配の対義語であって、法ではなく意思による統治という、専断的統治に相対するものである」といわれる³⁾。行政活動の法的統制を憲法的観点からどのように考えるべきか、という問いは、立憲主義体制において、古典的であると同時に現代的課題であって、「体制維持のために裁判所らしい形で寄与する」場面と位置付けうるように思われる。近時、裁判所による行政裁量審査の文脈で憲法論がどのような役割を果たすかについて、研究の蓄積がみられるが⁴⁾、本稿は、その中でも、出入国管理行政に焦点を当てたい。周知のように、この領域の先例とされる

1) 市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）17-18頁。本稿は、同志社大学司法研究科における講義「憲法総合演習Ⅱ」（2019・2020年度秋学期）第1回での行政法・憲法合同講義を契機としている。また、関西憲法判例研究会例会（2020年12月26日）では、本稿をもとに研究報告し、多くの示唆をいただいた。これらの機会にご教示いただいた先生方には、記して篤く御礼申し上げる。なお、入管法に関する行政については、「出入国在留管理行政」という表記がより正確であるが（高宅茂『入管法概説』〔有斐閣、2020年〕1頁参照）、本稿ではひとまず「出入国管理行政」としておく。

2) 市川・前掲注(1)「はしがき」ii頁。

3) CHARLES HOWARD McILWAIN, CONSTITUTIONALISM: ANCIENT AND MODERN 21-22 (revised ed. 1947).

4) 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号（2009年）100頁、渡辺康行「憲法上の権利と行政裁量審査」『現代立憲主義の諸相（高橋和之先生古稀記念）』（有斐閣、2013年）所収235頁、同「行政法と憲法」法律時報90巻8号（2018年）10頁、渡辺康行ほか『憲法1基本権』（日本評論社、2016年）第4章第3節（渡辺執筆）、堀口悟郎「行政裁量と人権」法学研究91巻1号（2018年）479頁、山本龍彦「行政裁量と判断過程審査」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第2版〕』（日本評論社、2020年）50頁、宮村教平「懲戒処分における行政裁量統制に関する一考察」佛教大学教育学部論文集32号（2021年）75頁など参照。

マククリーン事件(最大判昭53・10・4民集37卷7号1223頁)は、憲法論では「外国人の人権」という論点でよく知られるが、同判決の枠組みは、「法務大臣による不許可処分⁵⁾の適法性審査」であって、そこで示された行政裁量への強い敬讓の姿勢は、出入国管理行政全般に大きな影響を及ぼし続けており、司法的統制の意味が問われているように思われる。本稿は、「統治に対する法的制約」という立憲主義の要諦を、司法府が「裁判所らしさ」を維持しながらどこまで達成しうるか、という問題を考察する糸口として、この領域を手がかりに、若干の考察を試みたい。

I 出入国管理行政にかかる行政裁量と憲法

まず、周知のことではあるが、マククリーン事件をはじめとするこの領域の最高裁判例を確認した上で(1(1))、学説上の応答を瞥見し(1(2))、問題の所在を確認したい(2)。

1 マククリーン事件再訪

(1) 最高裁判例

マククリーン事件は、在留期間更新不許可処分が争われたものであるが、周知のように、最高裁は、①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等について当該国家が自由に決定しうること、②在留更新について「適当と認めるに足りる相当の理由」の判断にかかる法務大臣の裁量について、「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」裁量権の逸脱・濫用として違法となりうるという枠組みを示している⁶⁾。

5) 渡辺・前掲注(4)「憲法上の権利と行政裁量審査」334頁。

6) これもいうまでもないが、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国

関連して、在留資格を得た者による再入国許可申請の不許可処分が争われた森川キャサリン事件（最一判平4・11・16集民166号575頁）は、マクリーン事件等を引用し、わが国に在留する外国人が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「当裁判所大法廷判決……の趣旨に徴して明らかである」としている。崔善愛事件（最二判平10・4・10民集52巻3号776頁）は、いわゆる出入国管理特別法による協定永住資格者による再入国許可申請の不許可処分が争われたものであるが、最高裁は、マクリーン事件と同様の審査枠組みを示した上で、不許可処分による協定永住資格喪失による不利益の重大性は認めつつも、法務大臣の広範な裁量権等に鑑みると、当該不許可処分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「いまだ断ずることができない」としている。このように、マクリーン事件を中心に、出入国管理行政の様々な場面で、法務大臣の広範な裁量を前提にした司法審査がほぼ確立しているかにみえる。

（2）学説の応答

① 在留資格制度という「難問」

ところで、憲法学説は、マクリーン事件について、人権享有主体性（「外国人の人権」）の問題として論じてきたわけであるが、この点について、出入国管理制度を前提にすると、そのような問題設定がそもそも可能なのか、という問いが提起された⁷⁾。安念潤司教授は、「現行の外国人法制は、結局のところ外国人の人権を否定するという立場で構成されているのではないか」との疑問を呈した。すなわち、現在の出入国管理法制（出

↘人に対しても等しく及ぶものと解すべき」であるという「権利性質説」を示した判示部分には、本文で示した裁判判断の審査枠組みの次に登場する（民集32巻7号1233頁）。権利性質説についてはさらに、柳井健一「外国人の人権論」愛敬浩二編『講座人権論の再定位2 人権の主体』（法律文化社、2010年）所収158頁参照。

7) ただし、尾吹善人「外国人の基本的な人権」（初出1971年）同『憲法の基礎理論と解釈』（信山社、2007年）所収163頁は、マクリーン事件以前に、当時の出入国管理法制を踏まえつつ外国人の人権保障のあり方を論じていた。

入国管理及び難民認定法。以下「入管法」という)では、入管法別表第二の在留資格と異なり、別表第一に掲げる在留資格は、わが国において在留外国人が活動しうる範囲を限定しており、「在留資格制度は、経済的自由にせよ精神的自由の保障にせよ、外国人の人権の保障という要請に配慮するものではなく、却って、いかなる在留資格を定めるか、その在留資格によっていかなる活動をいかなる期間にわたって許容するか、を決定することは、立法者が自由な裁量によってなしうる、という前提に立って構成されていると考えられる……」。在留資格等については国家の完全な自由裁量に任されており、入国・在留の条件を付すという意味で外国人の人権を自由に制限できるとすれば、「外国人の入国・在留は憲法上の権利ではないという原則を前提としつつ、なお、本邦に在留している外国人の人権を論ずることが、そもそも問の立て方として正当か、という疑問が生じよう」。教授は、「本邦に在留する外国人の人権を認めるという以上、……外国人には入国・在留の権利は認められないという原則自体を根本的に変更するほかないのではなかろうか」、という、「難問」の存在を明らかにした⁸⁾。

マククリーン事件は、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、……外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎ」ず、「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」としていた。安念教授の以上の指摘は、この点を踏まえ、憲法上の権利が外国人に保障されることの意味を、入管法制においてどこまで貫徹しうるかを問い直そうとしたものといえることができる。

②「難問」への応答

長谷部恭男教授は、この「難問」を契機として、人である以上普遍的に認められるはずの権利が国籍を基準として保障の扱いが異なることの正当

8) 安念潤司「『外国人の人権』再考」『現代立憲主義の展開 上(芦部信喜先生古稀祝賀)』(有斐閣、1993年)163頁、171頁、175-177頁、180頁。

化理由を探る。結論として長谷部教授は、「国籍」を「調整問題」として捉える考え方が妥当であるという。つまり、「同国人の権利保障を第一に考え、外国人の権利保障は在留制度の枠内でのみ考えるという現在の通説・判例の態度は、憲法上の権利保障が同胞市民同士という特別の関係にもとづく義務だからという理由ではなく、とりあえず国籍を標識として権利を保障する相手方を選別することで、国際社会全体としては、より効果的に普遍的に保障されるべき権利を各人に保障しうるからという理由で根拠づけられることになる」という⁹⁾。

一方、この「難問」、つまり、「外国人には入国・在留の権利は認められないという原則自体を根本的に変更するほかないのではなかろうか」という問いを、憲法理論的に受け止めようとされたのは、小泉良幸教授である。教授は、マクレーン事件が述べていた、憲法上外国人に入国の自由が保障されていないという議論の「道徳的正当性は、頗る疑わしい」として、アッカーマン（B. Ackerman）らのリベラルな正義論を追いつつ、「全ての個人の、道徳的人格としての自由・平等という原理にコミットするリベラリズムの『内的論理（inner logic）』は、（入国）難民を希望する『外国人』へのシティズンシップの付与を原則として要請する地点にまで、われわれを導く」という。その上で、教授は、外国人の「入国の自由」原則肯定説が成立する余地があること、仮にこれが現実から乖離しているとして拒否されるとしても、国家が一度入国を認めた外国人に対する法的不利益処遇を正当化すべきではない、などとされる¹⁰⁾。

9) 長谷部恭男『「外国人の人権」に関する覚書』（初出2001年）、同『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016年）所収116頁、119頁、126-127頁。

10) 小泉良幸「入国の自由」法学67巻5号（2003年）152頁、153頁、167-168頁、同『個人として尊重』（勁草書房、2016年）131頁、151-153頁。See also BRUCE A. ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE 88-96 (1980). 関連して参照、宮崎繁樹「在日外国人の政治的人権と退去強制」法学セミナー284号（1978年）4頁、8頁。最大判昭32・6・19刑集11巻6号1663頁において、真野毅、小林俊三＝入江俊郎、垂水克己の各裁判官は、世界人権宣言や憲法の基本的原理等を基礎に、憲法22条は外国人の「入国の自由」を保障するとの意見をそれぞれ付していた。外国人が本邦に「上陸する自由」を認めなかったメ

③ 出入国管理制度を前提にした個別的検討

以上は、この「難問」に対する理論的回答と云うが、一方で、出入国管理制度を前提に、憲法的保障の場面を分節化する試みも、かねてよりなされてきた。よく知られているのは、日比野勤教授のアプローチであろう。教授は、マクリーン事件等の在留期間更新等にかかる裁判例を分析する論考の中で、「在留期間の更新を求める権利が保障されていないからといって、更新許否がまったく法務大臣の自由裁量に委ねられているということにはならない」とした上で、「出入国システム優位説」・「基本的人権優位説」という考え方を対照させる。前者の場合基本的人権の射程は及ばないことになるが、後者の場合、在留期間の更新を求める権利が基本的人権として保障されていないとしても、更新許否にかかる法務大臣の裁量は基本的人権によって限界づけられる可能性を示す。日比野教授は、最高裁によれば、上陸・在留・再入国は出入国システムの問題として基本的人権の射程に含まれないが、活動制限としての在留資格は基本的人権の射程の中にあるとされるなど、「最高裁の出入国システム優位説においては、システム優位は貫徹されていない」という¹¹⁾。

日比野教授のこの思考を踏まえつつ、出入国管理行政の個々の場面で憲法的保障に相違を持たせようとするのが、曾我部真裕教授である。曾我部教授は、マクリーン事件で示されたような出入国システム優位説が支配することになると、「外国人の基本権は法律と行政機関の裁量にただ委ねられることになり、外国人も権利の性質に応じて基本権享有が認められるという命題はほぼ成立しないことになる」として、出入国システム優位説と「基本権優位説が妥当する領域との切り分けを考える必要がある」という。具体的には、(a) 入国・在留に関わる場面とそうでない場面との区別（前者には出入国システム優位説が妥当するとしても、後者には基本権優位説が妥当する）、(b) 入

↘例として、最一決昭46・1・25判時617号25頁参照。

11) 日比野勤「外国人の人権」(3) 法学教室218号(1998年)65頁, 66頁, 80頁。日比野勤「外国人の人権」(1)・(2) 法学教室210号35頁, 同217号43頁(以上1998年)も参照。

国・在留に関わる場合でも、マクリーン事件のように、それ自体は許される政治活動を行ったことを裁量判断の上で消極的要素として考慮することは、表現に対する萎縮効果が大きく、認めるべきではない、などとされる¹²⁾。

2 出入国管理行政の憲法的統制にむけて

行政裁量の憲法的統制を司法審査の文脈で検討しようとする本稿からは、以上のうち、理論的検討の意義を踏まえつつ、出入国管理制度を前提にした個別的検討（1(2)③）のアプローチに注目したい。この点で、かねてよりマクリーン事件の問題点を指摘していた、泉徳治元最高裁判事の思考にふれておきたい。

(1) 「憲法・法律に基づく行政の原理」

泉元判事は、次のように、マクリーン事件に懸念を強く示されていた。「マクリーン判決は、在留期間更新の許否に関する裁量審査の一般論としてマクリーン基準を述べているにすぎず、当該事案ごとの個別審査を排除するものではない。そして、審査すべきは一行政庁である法務大臣の裁量権行使である。行政庁たる法務大臣は、『国家』とは当然立場を異にし、憲法、条約はもとより、法律、政令、省令、更には条理や、そこから導かれる法の一般原理に拘束され、裁量権の行使について、憲法等から導かれる裁量権統制の諸法理を踏まえた個別審査を受けなければならない。」「〔マクリーン事件は〕……国家の外国人受入れの自由をベースに、あまりにも緩やかな文言を用いて広範な裁量を認めているため、憲法や条約等による拘束についての感覚を麻痺させ、裁量権統制の諸法理を踏まえた個別審査をおろそかにさせる危険性を有する」¹³⁾（傍点付加）。

12) 憲法判例研究会編『判例プラクティス 憲法〔増補版〕』（信山社、2014年）7頁（曾我部真裕執筆）。外国人の人権をめぐる教授のより包括的な検討として、曾我部真裕「外国人の基本権保障のあり方」法学教室483号（2020年）71頁がある。

13) 泉徳治「マ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）19頁、20頁。〔 〕内は筆者補足。以下本文・脚注において同じ。

本稿が注目するのは、泉元判事は、「国家権力の行使は、憲法に基づかなければならない」という、極めてシンプルな立憲主義的命題——泉元判事の言葉を借りれば、「憲法・法律による行政の原理」——を手がかりに、安念教授の示す「難問」に向き合おうとする姿勢である。泉元判事は、マクリーン事件が、基本的人権の保障は「外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」とするのは「明らかに誤りである」とした上で、次のようにいう。「憲法が『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』からといって、憲法が外国人には基本的人権の保障が及ばないと規定しているわけではなく、憲法の枠外で外国人在留制度の運営に当たってよいことには全くならない。外国人在留制度の運営も国家権力の行使である。国家権力の行使は憲法の枠内で行使しなければならず、現に、法務大臣は、憲法の要請である法律による行政の原理に従い国会の定めた入管法に基づいて、外国人在留制度の運営にあたっているのである」(傍点付加)¹⁴⁾。

(2) 国家の権力行使を統制するものとしての司法審査の可能性

泉元判事は、こうして、① 出入国管理行政であっても、憲法を頂点とするわが国法体系の下で遂行されねばならず、そこには当然に憲法的な枠がはめられていること、② これを前提に、個別具体的な司法審査を行うべきこと、を力説される。出入国管理制度を前提にした個別的検討(1)(2)③)のアプローチが、立憲主義的統制の前提によって基礎付けられるべきことに、注意を促すものと考えることができる。

泉元判事が強調されるように、立憲主義の要諦——「統治に対する法的制約」——は、国家権力の行使が憲法に基づくものであることを求める。アメリカの行政法学者、ジャッフエ(L. L. Jaffe)は、かつて、行政システムの法的妥当性が確保されるべきことを、次のように述べていた。すなわ

14) 泉徳治「統治構造において司法権が果たすべき役割 第2部【第6回】マクリーン判決の間違い箇所」判例時報2434号(2020年)133頁、135頁。

ち、憲法上の裁判所は、法システムの「統合性（integrity）」の設計者であって擁護者（guarantors）である。憲法上の裁判所の重要な役割の一つは、様々な社会的対立を発見し、社会がその諸目的を統合する能力を高めることにある。行政機関は孤島ではない。それは、法という巨大な屋敷の多くの部屋の一つといえる。行政機関が司法の管轄権に服するという、まさにそのことは、各行政機関は、制定法やコモン・ロー上の原則・概念、そして憲法上の究極的な権利保障といった、法の全一性（the totality of the law）に調和しうるよう運用されるべきであるという想定を、宣明するのである、と¹⁵⁾。

「外国人在留制度の運営も国家権力の行使であり、憲法の枠内で行使されなければならない」というシンプルだが根本的な命題は、私達に、出入国管理行政について、これを国家権力の法的統制という観点から再考する手がかりを、示してくれているように思われる。そしてそれは、市川教授が述べたように、「司法府が体制維持のために裁判所らしい形で寄与する（社会統合機能を果たす）」ことを、可能にするもののように思われる。こうした観点を踏まえ、次に、アメリカ合衆国最高裁判例の一側面を概観しておきたい。

II 出入国管理行政の司法審査と憲法

——アメリカ合衆国最高裁判例の一側面から

1 前 史

(1) 外交・国際的問題の憲法構造上の位置付け

合衆国憲法は、連邦議会に外国との通商について規制する権限（1条8節3項）、帰化についての統一的規範を定める権限（同節4項）、戦争宣言の

15) Louis L. Jaffe, *Judicial Review: Question of Law*, 69 HARV. L. REV. 239, 274-275 (1955); Louis L. Jaffe, *The Right to Judicial Review I*, 71 HARV. L. REV. 401, 403, 409-410 (1958); LOUIS L. JAFFE, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION 327 (1965).

権限（同節11項）など、外交関係に関する権限を与えている。一方、大統領にも、上院の助言と承認に基づく条約締結権、大使（Ambassadors）・公使（public Ministers）・領事（Consuls）の指名・任命権が与えられている（2条2節2項）。

このように、外交関係ないし国際的問題について、憲法は連邦議会と大統領に一定の権限を分配しているといえるが、大統領制を論じたコーウィン（E.S. Corwin）の古典的著作によれば、「外交問題に関する連邦政府の権能は、他の諸国と同様に、広範で完全なもの」とされる。憲法は、この十全たる権能（plenary power）の直接的な淵源というよりこれを媒介するにすぎず、「外交領域における連邦政府の権能は、……固有の権能（*inherent power*）であって、その存在は、合衆国人民が、国際法において主権的存在であるという事実由来する」。そして、憲法の文言からは必ずしも明らかではないものの、その権能は排他的である。外交関係については、特に、他国との交渉の仲介者として、大統領は排他的権限を有するとされている¹⁶⁾。このように、大統領は、合衆国の外交関係を処理する責務を歴史的に担ってきたとされ¹⁷⁾、それは、合衆国最高裁（以下「連邦最高裁」という）も次のように認めてきた。「重要性があり、複雑で、微妙かつ幾多にも重なる諸問題を伴う、極めて広範なこの対外的領域にあっては、大統領こそが、唯一のわが国の代表者として、発言し、意見を聴く権能を有する」¹⁸⁾。

16) EDWARD S. CORWIN, *THE PRESIDENT: OFFICE AND POWERS 1787-1984*, at 201-203, 214 (Randall W. Bland, et. al., eds., 5th revised. ed) (1984) (1957).

17) 1 RONALD D. ROTUNDA AND JOHN E. NOWAK, *TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW* 811 (5th ed. 2012).

18) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U. S. 304, 319 (1936). そもそも、トライブ（L. H. Tribe）によれば、「憲法理論上、連邦最高裁と連邦議会は突出した存在であるが、憲法的事実の点では、大統領も突出した存在である」。See 1 LAWRENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 631 (2000). ただし、*Curtiss-Wright Export Corp.* 判決の理論的基礎については、今日疑義が呈されている。See Raul Berger, *The Presidential Monopoly of Foreign Nations*, 71 MICH. L. REV. 1, 33 (1972); STEPHEN H. ✎

（2）出入国管理行政と政治部門

このように、外交処理に関する権能が連邦政府にあり、しかもそれは広範かつ排他的なものであること、その主たる任務は大統領が担っていること、という理解は、出入国管理行政においても維持されてきた¹⁹⁾。「次のことは、国際法上受け入れられた公理（maxim）である。すなわち、いかなる国家も、その主権に固有のものとして、かつ、自己保存上に不可欠なものとして、自国の領土に外国人が上陸することを禁じ、あるいは、規制が適切と考えられる事由及び条件でのみ上陸を認める権能を有している、ということである」²⁰⁾。

適法に合衆国に在住していた中国人労働者が、所持していた合衆国への再入国証書（certificate）について、連邦法によって事後的に失効されたことを理由に入国を拒否され、身体的拘束を受けたため、人身保護令状請求をした事案において、連邦最高裁は、次のように述べている。「外国人の上陸を拒否する権能は、合衆国政府に属する主権に付随するものであって、合衆国憲法によって授權された主権的権能の一部として、わが国の利益が要請すると政府が判断する場合にはいつでもこれを行使する権限は、何者によっても奪われてはならず、制限されてはならない」。「中国人労働者が、……その出国後に合衆国に再入国するいかなる資格を持っていたとしても、それは、連邦政府の意思で付与されることもあれば、その意のま

↘ LEGOMSKY AND DAVID B. THRONSON, IMMIGRATION AND REFUGEE LAW AND POLICY 125 (7th ed. 2019). 望月穂貴「戦争権限における大統領単独行動主義と司法審査消極論」早稲田法学会誌68巻2号（2018年）349頁参照。

19) 以下の判例展開については、次のものに依拠している。See LEGOMSKY AND THRONSON, *supra* note 18, at 107-292; 3 RONALD D. ROTUNDA AND JOHN E. NOWAK, TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW § 18.11 (5th ed. 2012). 邦語文献として、渡辺賢「手続的デュー・プロセス理論の一断面」(1)～(8・完)北大法学論集40巻3号555頁、4号887頁、41巻2号635頁、42巻1号175頁、3号761頁、5号1329頁、43巻6号1453頁、46巻1号1頁（1990～1995年）、高佐智美『アメリカにおける市民権』（勁草書房、2003年）第Ⅲ部第1章・第2章など参照。以下本稿は、司法審査の可能性という見地から判例を概観する。

20) Nishimura Ekiu v. United States, 142 U. S. 651, 659 (1892).

まに、いつでも廃止しうるのである」²¹⁾。また、同じく中国人労働者が合衆国内の居住にかかる証書を所持しない為に拘束された事案では、次のようにいう。「これらの外国人が、合衆国内において在留することが、いかなる条件で許されるかどうかは、連邦政府の政治部門の判断に委ねられた問いであって、司法府は、この問題について合衆国憲法によって連邦議会に授権された権限を行使してなされた措置について、その賢明さ、妥当性、公平性に関し意見を適切に表明することはできない」²²⁾。

2 司法的統制の展開

(1) 司法的統制の萌芽

これらにみられるように、出入国管理行政が外交処理の一環として政治部門に委ねられることは否定しがたいとしても、政治部門の判断におよそ憲法的統制の余地がないかのような姿勢は、漸進的にはあるが、修正されていく。そもそも、上で触れた判例においても、個別意見において、連邦議会の権限は憲法に明示されたものでなければならないことや、合衆国に平穩に居住する(domicile)者に対し適正手続保障が及びうることを指摘する趣旨の個別意見が付されていた²³⁾。

合衆国に入国した日本人が、当時の連邦法が定める上陸拒否事由(貧困者であって公の負担となる蓋然性があるもの)に該当するとして、日本への送還のため身体的拘束を受けた者による人身保護請求事件で、連邦最高裁は、連邦政府の政治部門による合憲的な措置に反して外国人の入国(上陸)を認めることは司法府の領域ではなく、「……執行府または行政の職員(executive or administrative officers)の判断が、連邦議会によって明示的に授権された権能の範囲で行動した場合、それは法の適正な手続となる」、

21) Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case), 130 U. S. 581, 609 (1889).

22) Fong Yue Ting v. United States, 149 U. S. 698, 731 (1893).

23) *Id.* at 757-759 (Field, J., dissenting); 739-744 (Brewer, J., dissenting).

とした。ただし、次のように述べているのが注目される。「当裁判所は、次のことを判示したことはかつて一度もなく、また、そのような判示をしたと解されることがないようにしなければならない。すなわち、行政の職員（administrative officers）は、個人の自由が関わる制定法上の規定を執行するときは、合衆国憲法が採択された当時理解されていた、『法の適正な手続（due process of law）』に込められた基本原理を無視してもよい、ということ」。執行府の職員は、「外国人に対し、合衆国にあり、在留する権利にかかる問題について、聴聞されるべき機会を一切与えずに、恣意的に身体を拘束し退去させる権能……を有しない。法の適正な手続に含まれた原理が承認される限り、かような恣意的な権限は存在することができない」²⁴⁾。

ここに示唆された手続的保障の重要性は、個別意見でも強調された。たとえば、外国人登録法（Alien Registration Act）制定以前に共産党との関係を解消した居住外国人（resident alien）の退去強制の合憲性が問題となった事件で、法廷意見（ジャクソン [R. H. Jackson] 裁判官）は、外交関係等における政治部門の排他的権能などを踏まえ、適正手続保障違反の主張を斥けたが、ダグラス（W. O. Douglas）裁判官は、次のように反対意見を執筆した。「退去強制をする権限は、〔合衆国憲法上〕黙示のものである。生命及び自由への権利は、明示的なものである。この、黙示の権限が、合衆国憲法修正第5条の明示的な保障に優位すべきなのはなぜか、ということに、満足な答えは与えられてこなかった」。「国外追放（banishment）を恣意的に命ぜられない権利は、わが国に居住するすべての外国人が享受する市民的権利よりも、重要な『自由』かもしれない。恣意的な国外追放から自由でない限り、外国人がわが国に居住する間享受する『自由』は、幻想

24) The Japanese Immigrant Case, 189 U. S. 86, 98, 100-101 (1903). 人身保護請求者（日本人）は、本人が英語の知識がなかったこと等も踏まえつつ、告知と聴聞の機会が与えられなかったことが合衆国憲法修正第5条違反であると主張していたが、最高裁（ハーラン裁判官）は、本文のように述べ、インフォーマルではあるが告知等はなされたとして、結論として合憲としている。Id. at 90 (Argument for Appellant); 101-102 (Opinion of the Court).

に終わるのである」²⁵⁾。居住外国人の再入国拒否に関する手続的保障が問題となった事案で、ジャクソン裁判官の反対意見は、次のように述べていた。「連邦議会は、わが国の海岸に誰が立ち入り、上陸拒否政策をどのような手段で実施するかを決する広範な権能を有する。唯一の制限は、合衆国職員に対し、法の適正な手続によらずに、わが国の管轄内に入った外国人の生命、自由または財産を奪う形で、これらを実施してはならない、ということである。そして、その手段は、当該事由に関し、公正な告知を伴う公正な聴聞に合致するものでなければならない」²⁶⁾。

(2) 憲法的統制への歩み

出入国管理行政が外交問題の一環として政治部門の広範な裁量に委ねられるとしても、裁判所として憲法的統制を及ぼそうとする姿勢は、次第に表面化するようになった。

① 実体的統制の例

まず、連邦下級裁判所の判例であるが、退去強制の扱いにおいて生じた区別が平等保護条項（本件では修正第5条）違反であるとして争われた事例で、連邦第2巡回区控訴裁判所は、次のように述べている。「基本的な公正とは、永住外国人（permanent resident aliens）であって、関連性もない偶然の事情を除き、同じ状況にある者に対し、同じように扱うことを求めるものである。当裁判所は、連邦議会在、上陸（admission）および退去について、異なる外国人グループについて異なる基準を定める権能を争うものではない。しかしながら、この選択が一度なされたならば、特定のグ

25) *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U. S. 580, 599-600 (1952) (Douglas, J., dissenting). ダグラス裁判官は、外国人が合衆国に生活することに關する自由が憲法的保障を受けるとするならば、「合衆国にとどまる権利 (the right to remain here)」は「尊厳」を有する、とも述べ、在留に伴う実体的権利の侵害を問題にするようにみえる。 *Id.* at 599.

26) *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U. S. 206, 228 (1953). ブラック (H. L. Black) 裁判官も聴聞手続なくして上陸拒否・身体拘束をすることの問題をダグラス裁判官と共有している。 *See Id.* at 217 (Black, J., dissenting).

ループに属する者は、正当な政府利益とはなんら関連しない基準に基づいて、異なる取扱いに服せしめることは許されない」²⁷⁾。

次に、退去強制の準備期間として90日間拘束することを定めつつ、90日以内に退去しない場合それ以上の期間を身体拘束しうると定める連邦法の規定が、司法長官（Attorney General）が無期限に当該外国人を拘束しうることが争われた事案で、連邦最高裁は、次のように述べ、無期限の拘束を許容する解釈は憲法上問題が生ずるとして、いわば「合憲限定解釈」的判断をした。「当裁判所がみるところ、本件制定法は、合衆国憲法の要請に照らして解釈すると、当該外国人が合衆国から退去することを完了するのに合理的に必要な期間までの間に、退去期間を超えた拘束を限定するものとする。この法律は、無期限の拘束を許容するものではない」²⁸⁾。この事件は、居住外国人の退去強制にかかる事案であったが、上陸拒否（inadmissible）事由に該当する者にかかる退去強制に伴う身体的拘束についても、同様に解された²⁹⁾。

② 出入国管理行政の手續に着目した統制

また、出入国管理行政実施のプロセスに関し、司法的統制を行った例もみられる。まず、密入国の企てに関与したとされる永住資格者（permanent resident alien）の再入国拒否にかかる手続的保障が争われた事案で、連邦最高裁は、この者の再入国に関し憲法上の適正手続保障がなされるべきことを説いたが、次のようにいう。「当裁判所は、長きにわたり、次のことを判示してきた。つまり、外国人が最初に合衆国に入国するのは、特権を要求するものであって、その申請についていかなる憲法上の権利も持たない。というのも、外国人に入国を認め、あるいは退去させる権限は、主権的大権（a sovereign prerogative）だからである。」「しかしながら、当該外

27) Francis v. Immigration and Naturalization Service, 532 F. 2d 268, 273 (2nd Cir. 1976).

28) Zadvydas v. Davis, 533 U. S. 678, 689 (2001).

29) Clark v. Martinez, 543 U. S. 371, 378 (2005). 身体的拘束にかかる定期的保釈聴聞が認められるかについて、Cf. Jennings v. Rodriguez, 138 S. Ct. 830 (2018).

国人が、ひとたび我が国に入国が認められ、永続的な居住とともに我が国との紐帯が形成され始めると、これに伴い、その者の憲法上の地位は変化するのである。当裁判所の判例は、継続的な永住資格者は、退去強制 (deportation) の脅威に直面したとき、公正な聴聞を受ける資格を有すると、しばしば示唆してきた。……そして、当裁判所は、執行府による手続が不十分であると判示することはまれではあるものの、継続的な永住資格者は、そのような場合、適正手続への権利を有するとの法理を形成してきたのである」。その一方で、連邦最高裁は、出入国管理行政が「主権の大権」の領域にあることなどから、この場面で憲法上の適正手続保障の要請にかなうかを判断する裁判所の役割には限界があるとしつつ、当事者の利益や政府利益等の衡量等を踏まえた適正手続のあり方について、控訴裁判所に差し戻している³⁰⁾。

また、議会拒否権 (legislative veto) の事例として著名な、Immigration and Naturalization Service v. Chadha 判決 (1983年) も、ここで言及することができる。この判決は、司法長官による外国人の退去強制停止決定を連邦議会の一院による拒否権に基づき覆すことを認めた連邦法の規定について、これが当該外国人の地位等を変容させるものであり、「〔本件で拒否権を行使した〕下院の行為は、合衆国憲法が一院でのみ行動することを認めた明示的例外の範疇にないものであって、かつ、立法権の行使であることは明らかであるから、合衆国憲法1条で定めた基準に服はずのものであった」として、違憲とした³¹⁾。

最近のものとして、子として合衆国に上陸した不法滞在の外国人について、退去強制の執行を2年間猶予するプログラム (Deferred Action for Childhood Arrivals: DACA) の廃止が行政手続法 (Administrative Procedure Act) に反するかが争われた事例がある。連邦最高裁 (ロバーツ [J. G.

30) Landon v. Plasencia, 459 U. S. 21, 32-33, 34-37 (1982). 行政手続における「適正 (Due)」の要請について、See Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319, 334-335 (1976).

31) Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U. S. 919, 952, 956-957 (1983).

Roberts] 長官による法廷意見) は、「行政機関の行為の司法審査は、『当該機関が実行した際に援用した根拠』に限定されるのは、『行政法の基本原則』である」とした上で、廃止の理由が示されたメモランダム等が、退去強制の猶予と、廃止によるこのプログラムによってもたらされた期待的利益 (reliance interests) への影響を十分考慮していないとして、「これがなされていないことは、恣意的かつ専断的 (arbitrary and capricious) であって、行政手続法に反する」としている³²⁾。なお、特定の国の出身者の入国を禁止する大統領の措置の違法性が争われた事例で、連邦最高裁 (ロバーツ長官による法廷意見) は、制定法上、外国から合衆国への入国を停止する措置について、広い裁量を与えられていることなどから、敬讓の姿勢を示しつつ、大統領はその事実認識に基づき、適法に裁量権を行使したとしている³³⁾。

(3) 小 括

以上、到底網羅的とはいえないが、出入国管理行政をめぐる司法審査の例として、アメリカ連邦最高裁判例を瞥見した。問題となる外国人の法的地位や措置の性質等、それぞれ留意しながら検討する必要があるが、ここではさしあたり、次の点を指摘しておきたい。

第一に、連邦最高裁判例に当初顕著であった、外交関係に関する権限は政治部門の判断に委ねられるとする思考は、おそらく今日でも廃棄されていないものと思われる。しかしながら、以上からも垣間見られるように、漸進的にはあるが、憲法上の規定等を踏まえながら司法審査を行う例が散見され、およそ司法審査が及ばないかのような姿勢は、現代ではそのままの形で維持されているとはいえないように思われる。この点で、連邦最高裁は、執行府に対する制定法上の制約等に依拠することで、出入国管理

32) Department of Homeland Security v. Regents of the University of California, 140 S. Ct. 1891, 1907, 1915 (2020).

33) Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2408 (2018).

行政にかかる権限に憲法的統制を及ぼさなかった初期の判例の妥当性についての判断を回避することができた、との指摘は、留意してよいであろう³⁴⁾。この点は、法務大臣の裁量が「広汎」であることの根拠として、当該外国人の在留中の行状等のほか、「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」点を挙げていたマククリーン事件の論旨は、必ずしも盤石なものとはいえないことを示すように思われる。

第二に、少なくとも連邦最高裁判例は、出入国管理行政にかかる憲法的統制を、およそ出入国法制の枠内でのみ捉えるという発想をとっていない点は、確認しておいてよいであろう。適正手続保障については、新規入国者と永住資格者とで区別するなど、外国人の地位に着目した憲法的保障の相違が認められるが、これは、出入国管理法制に由来するものというより、合衆国憲法上の要請に基づくものといえる³⁵⁾。もちろん、日本国憲法とは文言上相違があるので留保は必要であるが、憲法的要請が明確な一定の場合には、出入国管理システムの「外側」から憲法的統制を図るべく、司法審査を行う可能性が憲法論上ありうることは、わが国にあっても逕庭はないように思われる。

第三に、仮に出入国管理行政にかかる司法審査において、行政府の広い裁量を裁判所として尊重せざるを得ないとしても、一定の裁量審査を行っている例もみられたことにも留意しておきたい。DACA プログラムの廃

34) See ROTUNDA AND NOWAK, *supra* note 19, at 670. 現在の連邦法では、所定の場合を除き、移民ビザ発給に関し、「その者の人種、性別、国籍、出生地又は居住地」を理由として優遇又は差別されてはならないとの規定がある。See 8 U. S. C. § 1152 (a)(1)(A) (2006). この規定は1965年の改正によるものとされ、その前年に可決された1964年市民的権利に関する法律 (Civil Rights Act of 1964) の精神を反映しているとされる。See LEGOMSKY AND THRONSON, *supra* note 18, at 20; *Trump*, 138 S. Ct. at 2413-2415.

35) 憲法上、適正手続保障や平等保護条項の保障は、合衆国または州の管轄権の及ぶ「いかなる者 (“No person”; “any person”）」にも妥当する。修正第14条第1節の平等保護条項について、See *Yick Yo v. Hopkins*, 118 U. S. 356, 369 (1886). 修正第5条および第6条について、See *Wong Wing v. United States*, 163 U. S. 228, 238 (1896).

止が争われた事件は、これが通常の行政裁量の審査であったのかは異論の余地がありうるが、おそらくプログラム廃止による大きな影響等も考慮してか、かなり踏み込んだ司法審査を行っているといえるだろう³⁶⁾。この姿勢を一般化することは難しいが、しかし、出入国管理行政をめぐる、「司法府が体制維持のために裁判所らしい形で寄与する」場面で、より慎重な審査をすべき場合がありうることを、私たちに教えてくれるように思われる。

こうして、アメリカ法の経験は、出入国管理行政にあっても、政治部門の裁量を前提としつつ、なお裁判所が意味ある形で憲法的統制を行う可能性を示しているといえる。

Ⅲ 出入国管理行政への憲法的統制

以上を踏まえ、出入国管理行政をめぐる司法審査のあり方について、若干の方向性を考えてみたい。泉元判事が示唆していたように、まずは、① 出入国管理行政であっても、憲法を頂点とするわが国法体系の下で遂行されねばならず、そこには当然に憲法的な枠がはめられていること、② これを前提に、個別具体的な司法審査を行うべきこと、が基本線となる³⁷⁾。

36) キャヴァノー (B. M. Kavanaugh) 裁判官は、通常の恣意・専断性審査によれば、本件で問題とされた廃止理由を示す内国安全省長官のメモランダムは、執行府の行為の説明としてその基準を満たすものであった、としていた。See *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 140 S. Ct. 1891, 1933 (2020) (Kavanaugh, J., concurring in the judgment in part and dissenting in part). 大林啓吾「行政裁量と司法審査」判例時報2456号(2020年)132頁, 133頁。Trump v. Hawaii 事件について、松本哲治「トランプ政権のテロ対策を理由とする入国禁止措置と合衆国最高裁」同志社法学72巻4号(2020年)541頁, 558-59頁。

37) 西川知一郎・最判解民事篇平成10年度(上)(1月～5月分)425頁は、協定永住資格者の再入国に関する法務大臣の裁量権に対する制約について、① マクリーン事件の裁量統制基準を「外側から修正」する見解と、② 修正は受けないが「考慮すべき事項とその評価について一定の制約を受ける」見解がありうることを示していた。行政裁量の「外」または「内」における人権による統制のあり方については、宍戸・前掲注(4)107頁, ↗

1 司法審査の可能性

①についてであるが、マクリーン事件は、わが国が外国人を受け入れる憲法上の義務を負うものでないことや、出入国管理制度をめぐる事情や国際情勢等、法務大臣の裁量的判断の余地が広汎であることを前提に、裁判所の司法審査の射程を画したもののように思われる。しかし、泉元判事が述べていたように、「国家権力の行使は、憲法に基づかなければならない」とすると、まずは出入国管理行政の制度的論理とは別に、端的に憲法的統制を行うべきことが求められる場面があるように思われる。

この点で、かつて最高裁が、次のように述べていたのは想起してよいであろう。「なお原判決は不法入国者は国家的基本的人権の保護を要求する権利を有しないと判示しているが、その謬論たることは所論の通りであり、いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべきである」(最二判昭25・12・28民集4巻12号683頁)。また、憲法14条・国際人権宣言7条を援用し、「わが憲法14条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当である」としているものがあつた(最大判昭39・11・18刑集18巻9号579頁)。

これらの判例は、最高裁判例史の中でも初期に属するものであり、また、後者は、出入国管理行政に直接関わるものではないので、その評価は慎重にする必要はある。しかし前者は、不法滞在にかかる退去強制令書をめぐる人身保護請求の事案において、不法滞在者でも憲法的保障が及ぶことを明言したのであって、その後の判例もこれを覆してはいない。そうすると、これらの判例は、出入国管理システムとは別に、憲法的観点からの司法審査が可能であることを前提としていたものと再読する余地があるように思われる。この点で、退去強制手続について、「裁判所は、入管法に基づく収容の合憲性の判断において、出入国システム優位説的な議論を少

↘渡辺・前掲注(4)「憲法上の権利と行政裁量審査」357-358頁の指摘が参照されるべきである。

なくとも明示的には示していない」との指摘は、銘記されるべきであろう³⁸⁾。入国者収容施設への収容は、特に長期にわたる場合、人身の自由に対する重大な制約となりうるから、こうした場面では、出入国管理システムの「外側」から司法審査を行うことが求められる³⁹⁾。関連して、入管法の各規定の憲法適合性も、改めて検討する余地はあるように思われる⁴⁰⁾。さらに、近時指摘されるように、国際人権法の観点からの統制も考慮されるべきであろう⁴¹⁾。

2 具体的論点

次に、②個別具体的な司法審査についてであるが、出入国管理法制は、公正な出入国在留管理を確保すべく⁴²⁾、法務大臣はじめそれぞれの行政主体に広い裁量を認めている。ここではまさに、問題となる事案や出入国管理法制の局面に応じて、「基本的人権優位」または「出入国システム優位」の切り分けが重要となる。仮に「出入国システム優位」の場面であっても、入管法はじめ関連法令の「法解釈を通じて裁量の範囲を狭める手法」が取れないかどうか、あわせて検討する必要があるだろう⁴³⁾。

38) 曾我部・前掲注(12)「外国人の基本権保障のあり方」78頁。

39) 入管法24条4号ロ及びチ（不法残留及び大麻取締法等により有罪判決を受けた者）に該当すると疑うに足りる相当な理由があるとして収容令書が発付され収容場に収容された原告が、仮放免申請不許可処分を争った事案（東京地判平29・12・12 LEX/DB25550888）で、原告は、収容が1年3ヶ月以上にわたっており、憲法34条を援用しつつ拘禁の正当性を争ったが、裁判所は、仮放免許可にかかる裁量を、マクリーン事件同様の審査で検討し、その主張を排斥している。

40) 尾吹・前掲注(7)174頁は、「退去強制は入国許可のたんに裏返しの問題であるとして、同じ程度の不明確な基準……〔「法務大臣が日本国の利益又は公安を害する行為を行ったと認定する者」（現行入管法24条4号ヨ）を用いることは、憲法31条に適合しない疑いがある」と指摘していた。

41) 高佐智美「外国人の人権」ジュリスト1378号（2009年）62頁、68-69頁、曾和俊文『行政法総論を学ぶ』（有斐閣、2014年）186頁。

42) 高宅・前掲注(1)203頁。

43) 佐伯祐二「判批」龍谷法学32巻3号（1999年）43頁、52頁。

(1) 手続的保障の重要性

まず、アメリカ連邦最高裁判例でも強調されていたように、出入国管理行政のどの場面でも、憲法上の適正手続保障の観点からの吟味は重要であるように思われる。入管法上の処分・行政指導等には行政手続法の適用が排除されるが(同法3条1項10号)、「しかし、憲法31条に基づく適正手続の保障が入管法上の処分にも及ぶことは、言うまでもない」⁴⁴⁾。

様々な場面が考えられるが、ここで、法務大臣が入管法49条3項所定の裁決をするにあたり、裁決書を作成しなかったことの違法性が争われた第一判平18・10・5判時1952号69頁における泉徳治裁判官の反対意見に触れておきたい。泉裁判官によると、入管法49条3項の裁決は容疑者の権利利益に重大な影響を与えるものであって、「その裁決書を作成しなかったことは、〔出入国管理及び難民認定法施行規則〕の明文の規定に違反し、裁決を取り消すべき違法事由に当たるといふべきである」。泉裁判官は、「裁判所が行政処分の適法性について審査する際に、当該処分の実体的内容については、法律により行政庁に与えられた裁量権を尊重すべきであるが、当該処分の手続・過程については、それが法律の規定に従ったものであるかを厳密に審査すべきものとする」としている。適正手続保障の確保は、「司法府の能力の範囲にあるふさわしい責務であって、〔政府〕の政治部門の前に弛むものではないのである」⁴⁵⁾。

(2) 裁量判断審査における憲法的価値の考慮の可能性

また、アメリカのDACAプログラムにかかる判決が示唆していたように、裁量判断審査の場面で、重要な事項が適切に考慮されたかを問う手法も、追究されてよいであろう。特に、それが憲法的価値と関わる場合に

44) 亙理格「退去強制の違法性」法学教室435号(2016年)57頁、62頁注10)。もちろん、成田新法事件(最大判平4・7・1民集46巻5号437頁)の射程が及ぶことにはなるが、場面によっては、本文1で述べた憲法的要請が直截的に作用することもありうるであろう。

45) *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U. S. 206, 224 (1953) (Jackson, J., dissenting).

は、裁判所による憲法的統制はより深化するように思われる。ここではまず、マクリーン事件に関する在留期間更新不許可処分の執行（効力）停止を認めた東京地裁の決定が、不許可処分によって退去強制手続が進められ、「入国警備官の臨検，捜索，押収を受け，さらには收容されることもある等人権の侵害を余儀なくされる危険にさらされていること」をも考慮していたことは，改めて確認しておきたい⁴⁶⁾。

この点で，名古屋高判平28・3・2 LEX/DB25447984が注目される。この事件は，不法残留にかかる退去強制令書発付処分の取消し等が争われ，外国人（女）が日本人と婚姻関係を形成していた事案であった。裁判所は，「〔当該外国人を退去強制させることは〕日本の地域社会に根付いて，夫婦として心が通じ合い，お互いに労わり合い，助け合いながら生きている老壯年夫妻の生き別れを事実上強要し，〔夫である日本人の〕わずかな夢や希望の全てを無きものにすることになるのであって，〔夫〕との関係においても著しく人道に反する結果となる」として，「安定かつ成熟した婚姻関係」が成立していたことなどを軽視したことなどを指摘し，違法と判断した⁴⁷⁾。容疑者の生活実態，つまり，「退去強制により不法残留容疑者の生活ないしその家族関係に生じることが予想される過酷な不利益状況」に適切な考慮を払うべきことは，憲法が保障する家族関係の尊重（憲法24条等）の観点からも求められるように思われる⁴⁸⁾。関連して，近年，子の養育上または教育上の利益保護の要請から在留特別不許可の違法性を認める裁判例が存在しているのも，注目してよいであろう⁴⁹⁾。実際の審査

46) 東京地決昭45・9・14判時605号24頁（ちなみに裁判長裁判官渡部吉隆，陪席裁判官園部逸夫・渡辺昭という布陣であった）。ただし抗告審でこの判断は取り消され，強制送還部分の執行に限り停止するものとされた（東京高決昭46・5・10行集22巻5号609頁）。

47) この事件については，亙理・前掲注(44)参照。

48) 亙理格「退去強制手続の構造と取消訴訟（下）」判例評論550号2頁，同『行政行為と司法的統制』（有斐閣，2018年）368頁。関連して宮村・前掲注(4)参照。

49) 亙理・前掲注(44)59頁。その例として，さしあたり名古屋地判平22・12・9判タ1367号124頁，大阪高判平25・12・20判時2238号3頁，東京地判平26・1・10判時2237号31頁，東京地判平26・5・30判時2240号44頁など参照。

においては、たとえば「在留特別許可に係るガイドライン」が示すように⁵⁰⁾、当該裁量判断の消極要素と積極要素の検討の過程で、憲法的価値に係る事項に配慮した司法審査となるように思われ、このような審査のあり方が、不法残留者の存在を放置することに直結するものとは思われない。

むすびにかえて

以上、本稿は、行政裁量の憲法的統制というテーマについて、出入国管理行政を素材として若干の検討を試みた。この領域については実に様々な憲法問題がありうるのであって⁵¹⁾、また、司法審査へと至る訴訟提起の場面でも、いかなる訴えを提起すべきかは司法的救済の観点からも重要であり⁵²⁾、こうした様々な問題を検討できていない本稿は、その考察が極めて限られていることは率直に認めざるを得ない。しかし、この領域において、「司法府が体制維持のために裁判所らしい形で寄与する」途を探る作業は、なお求められているというべきであろう。19世紀末に表明された次の言明は、改めて確認してよいように思われる。

「共通の人間性を有する者として、〔合衆国と平穏な関係にある諸国からやってきた外国人〕は、合衆国憲法上の一切の保障がなされるのである。私のみ限り、この外国人に対し、異なる法に服させ、あるいは具体的場

50) 法務省入国管理局「在留特別許可に係るガイドライン」(平成21年7月改訂)。在留特別許可についてはさらに、近藤敦『外国人の人権と市民権』(明石書店、2003年)第8章参照。

51) 曾我部・前掲注(12)「外国人の基本権保障のあり方」79頁。今日の出入国管理行政上の政策的課題については、第7次出入国管理政策懇談会『報告書「今後の出入国在留管理行政の在り方」』(令和2年12月)参照。総論的考察として近藤敦「移民法制と外国人の人権保障」公法研究82号(2020年)184頁のほか、技能実習制度をめぐる憲法の問題について、遠藤美奈「外国人労働者の受け入れ拡大と人権保障」法学セミナー772号(2019年)14頁など参照。

52) 退去強制手続における訴訟提起のあり方について明解な整理をする、曾和俊文=野呂充=北村和生編著『事例研究行政法〔第3版〕』(日本評論社、2016年)437-441頁(横田光平執筆)参照。

面でその他の者〔合衆国市民〕に比べ劣位な保障を与えるとするのは、歴史の教訓、我が国の統治の実践、そして合衆国憲法の文言を無視するものである」⁵³⁾。

本稿は、このメッセージを極東の島国で検討しようとしたにとどまる。

53) Fong Yue Ting v. United States, 149 U. S. 698, 754 (1893) (Field, J., dissenting).