



Title	移動の自由の構造
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 73(3), 1-15
Issue Date	2022-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/86840
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_73_3_01_Saito.pdf



移動の自由の構造

齊 藤 正 彰

問題の所在

2019年に発生した新型コロナウイルス感染症 (COVID-19) への対策として、外出や移動の制限が求められ、諸外国で行われたようなロックダウン¹の必要性も主張され、それに関連して、「移動の自由」が論じられることも増えた²。他方、日本国憲法は、22条1項で居住・移転の自由、同条2項で外国移住・国籍離脱の自由を規定するのみで、「移動の自由」も一般的な「身体の自由」も明示的には規定していない。憲法22条を根拠として「移動の自由」を論じる学説もあるが、そのような解釈は適切であろうか。

I 判 例

移動の自由の特定の局面といえる外国遊行に関しての、1958年の帆足

¹ それが具体的にどのようなことを意味するのかについて、慎重に検討する必要がある。大林啓吾「新型コロナの憲法問題に関する覚書——ロックダウンとワクチンを中心にして」千葉36巻2号(2021年)67頁以下、横大道聡「人権・ロックダウン・緊急事態」判時2505号(2022年)119頁以下参照。なお、大林啓吾編『感染症と憲法』(青林書院・2021年)、法時増刊『新型コロナウイルスと法学』(日本評論社・2022年)。

² たとえば、特集「移動の自由——コロナ禍による制限・正当化・派生的問題」法セ798号(2021年)。

計事件判決（最大判昭33・9・10民集12巻13号1969頁）は、憲法に明文の規定がない「海外渡航の自由」が問題となったものである。当時、前参議院議員であった帆足計氏が、モスクワでの国際経済会議への出席を渡航目的とするソビエト連邦行き一般旅券（現在の数次往復用旅券と異なり、渡航先を特定した1往復用のパスポート）の発給を申請したところ、外務大臣は、旅券法13条1項5号（現7号）により旅券発給拒否処分を行った。

最高裁は、海外渡航の自由について、憲法22条2項に根拠を求めた（本判決多数意見、最判昭60・1・22民集39巻1号1頁）。なお、他の最高裁判例では22条1項を根拠とする個別意見もみられ（最判昭44・7・11民集23巻8号1470頁の色川幸太郎補足意見、前掲最判昭60・1・22の伊藤正己補足意見）、また、本判決には、憲法13条を根拠とする田中耕太郎＝下飯坂潤夫補足意見が付されている³。

本判決は、「外国へ一時旅行する自由」ないし「外国旅行の自由」を、旅券発給の制限によって（国内での移動の自由や身体の自由は制約することなしに）属人的にも規制が可能な「海外渡航の自由」として⁴、憲法22条2項の対象とみたのであろう。海外渡航（出国）には旅券が必要であり、旅券法は渡航目的が移住か旅行かをとくに区別していないのである⁵。

移動の自由に対する強い制約が問題となった熊本ハンセン病訴訟判決（熊本地判平13・5・11判時1748号30頁）では、「居住・移転の自由は、経済的自由の一環をなすものであるとともに、奴隷的拘束等の禁止を定めた憲法18条よりも広い意味での人身の自由としての側面を持つ。のみならず、自己の選択するところに従い社会の様々な事物に触れ、人と接しコミュニケーションすることは、人が人として生存する上で決定的重要性を有することであって、居住・移転の自由は、これに不可欠の前提とい

³ 個別意見ではあるが、京都府学連事件判決より10年以上前の判断である。なお、本判決について、齊藤正彰「海外渡航の自由と旅券発給の拒否」長谷部恭男＝石川健治＝穴戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ（第7版）』（有斐閣・2019年）226-227頁。

⁴ 浦部法穂『憲法学教室（第3版）』（日本評論社・2016年）244-245頁参照。

⁵ 帆足氏は、出国を一般的に禁じられたわけでもない。

うべきもの」との判示が注目された。

国内での居住・移転の自由に関しては、地方公共団体による転入届の不受理・住民票抹消が問題となったアーレフ（旧オウム真理教）信者転入拒否事件判決（最判平15・6・26判時1831号94頁）がある。最高裁は、憲法論には触れずに、住民基本台帳法は自治体の転入許可権を認めておらず、転入届には受理義務があるとして、信者の請求を認容したが、「住民基本台帳法は憲法が保障する国内における法的移動の自由を確認したものであるから、事実上の生活本拠の移動に即した届出の不受理は、違法であるにとどまらず違憲」⁶と評される。

公権力による身体の拘束がなされれば、自動的に、移動の自由が全面的に制約されることになる。典型的には刑事手続とそれに続く自由刑の執行である⁷。身体への強力な直接的規制として問題となったのが、らい予防法である（今日も、特定の疾病を理由とする強制隔離・強制入院について問題が指摘されている⁸）。そうした物理的な身体の拘束を別とすれば、移動の自由については、旅券（近年の例として、東京高判平29・9・6LEX/DB25448906、最決平30・3・15 LEX/DB25560455）⁹や住民票による法的な制限が問題になっていると解される。現行法上、居住・移転の自由に対しては、種々の制約がある¹⁰。なお、1948年1月から12月までの限時法として、都会地転入抑制法（昭和22年法律221号）があったが、「戦後の混乱期という社会情勢のもとにおいてのみ、その合憲性が肯定

⁶ 渋谷秀樹『憲法〈第3版〉』（有斐閣・2017年）224頁。

⁷ 憲法秩序の構成要素として予定されている特別な法律関係の維持のために必要最小限度で、法律の根拠を要さずに人権を制限することが認められるとする憲法秩序構成要素説（戸部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第7版〉』（岩波書店・2019年）109-110頁）について、よど号ハイジャック記事抹消事件判決（最大判昭58・6・22民集37巻5号793頁）等の判例の批判としては有効に機能していないことの指摘がある。小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法〈第2版〉』（弘文堂・2013年）86-88頁〔松本和彦〕。

⁸ 大石眞『憲法概論Ⅱ基本権保障』（有斐閣・2021年）183頁。

⁹ 判例の理解について、大石・前掲書（註8）185-186頁。

¹⁰ 中村睦男『憲法30講〈新版〉』（青林書院・1999年）179-180頁、毛利透ほか『憲法Ⅱ人権〈第2版〉』（有斐閣・2017年）271-272頁〔松本哲治〕。

されうる」¹¹と評される。

Ⅱ 学 説

憲法22条の規定する居住・移転の自由は、「それが制限されていた封建時代から、それが確立した近代社会に移行してはじめて、資本主義経済の基礎的条件が整うことになった、という歴史的背景に基づいて、経済的自由の一つに数えられてきた」が、今日では、それが「身体の拘束を解く意義をもっているので、自由権の基礎とも言うべき人身の自由とも密接に関連し、また現代では、広く知的な接触の機会を得るためにもこの自由が不可欠であるところから、この自由は、精神的自由の要素もあわせもっている」と説明される¹²。そこで、「規制を受ける居住移転の自由の性質に従って、公共の福祉の内容や違憲審査の基準を考える」¹³ことが求められる。

一般に、「人身の自由（身体の自由とも言う）……の保障がなければ自由権そのものが存在しえない」¹⁴といわれる。ただ、日本国憲法は、31条以下において「諸外国の憲法に例をみないほど詳細な規定を置いている」¹⁵けれども、人身の自由そのものについては、その著しい侵害の場

¹¹ 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第5版〉』（有斐閣・2012年）462頁〔高見勝利〕。「移動の自由を認めることで、過疎過密問題というコストを支払っている」（渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法(1)人権〈第8版〉』（有斐閣・2022年）16頁〔赤坂〕）と指摘される。なお、間接的規制の許容性について、樋口陽一ほか『注解法律学全集(2)憲法Ⅱ〈第21条～第40条〉』（青林書院・1997年）107頁〔中村睦男〕、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〈増補版〉』（有斐閣・2000年）568頁。

¹² 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註7）239頁。なお、中村・前掲書（註10）174-175頁、野中ほか・前掲書（註11）455-457頁〔高見〕、ただし、初宿正典『憲法2基本権〈第3版〉』（成文堂・2010年）328-329頁参照。

¹³ 中村・前掲書（註10）179頁、伊藤正己『憲法〈第3版〉』（弘文堂・1995年）358頁。また、芦部・前掲書（註11）566頁、なお、「戦後に制定された諸憲法や人権に関する国際的文書においては、一般に、居住・移転の自由と職業選択の自由とを別条で保障するのが例である」（同561頁）ことに注意喚起されている。

¹⁴ 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註7）251頁。

¹⁵ 同頁。

合について18条で規定するのみで、一般的な規定はない¹⁶。

つまり、日本国憲法においては、住所・居所の設定・変更または海外への移住という「大きな移動」の自由の保障と、身柄拘束等による移動の自由の「強い制約」からの保護が、異なる論理のもとで規定されている。その中で、明文に規定のない「海外渡航の自由」が問題となったとき、憲法学説は、問題となった一時的な移動を「旅行の自由」の問題として論じたのである。その際の根拠条文をめぐる議論は、判例の射程の理解にも関わる。

憲法22条は1項で国内関連、2項で外国関連のものを規定していると解する説は、海外渡航の自由の根拠を22条2項に求めることになる。「海外渡航の自由（外国旅行の自由）」は「外国への移住に類似するもの」として、22条2項によって保障されていると解するのは、「外国への移住も外国に定住するための海外渡航であるから、その中に一時的な外国旅行も含めて解してよい」と考えるからであるが、それは、海外渡航として旅券を必要とすることは外国移住も外国旅行も共通しており、そのように規制される国外への移動が2項の対象であるとみるものである¹⁷。定住のための出国も一時的な出国も旅券によって制約される点を重視するものとすれば、「長期的・全面的な移動を保障する規定は一時的・部分的な移動をも保障する」——大は小を兼ねる——と考える「勿論解釈」¹⁸とは異なると解される。

憲法22条1項の「移転」は、国内外の旅行を含み、外国旅行も日本政府の保護を受け、またはそれを期待するものとして同様であるとし、それに対して、2項の「外国移住」や「国籍離脱」は、日本国の支配を事実上ないし法律上で離脱するものであるとする説は、海外渡航の自由の根拠を22条1項に求めることになる。つまり、日本国の主権から事実上な

¹⁶ 曾我部真裕「日本国憲法における移動の自由」法セ798号（2021年）8・9頁参照。ただし、浦部・前掲書（註4）295頁。

¹⁷ 佐藤功『憲法（上）〈新版〉』（有斐閣・1983年）398頁、野中ほか・前掲書（註11）465頁〔高見〕、芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣・1981年）16-17頁〔中村睦男〕。

¹⁸ 渋谷・前掲書（註6）226頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権』（日本評論社・2016年）320頁〔松本和彦〕。

いし法律上離脱する自由として、自然権的性格または政策的制約を受けない性格を有する国籍離脱・外国移住の自由と、日本政府の保護を受けあるいはそれを期待しつつ外国旅行をする自由とは、性格が大きく異なるとして、旅行の自由は国内・国外を問わず「移転」に含まれるとするのである¹⁹。

旅行と「移住」「移転」は異質であると解する説は、国内・国外を問わず、旅行の自由は13条の幸福追求権に含まれるとする。旅行は、動きまわり、出発点に戻るものであるのに対して、「移転」は居住地の変更、「移住」は特定の場所への定住であるとするのである²⁰。

なお、「外国移住の自由とはいっても、もとより、それは外国の受入れがあつてのこと」であって、憲法による保障は「公権力がそれを禁じてはならないとすることにある」²¹。同様に、海外渡航の自由は、日本を出国し、日本に帰国する自由である²²。

Ⅲ 検 討

1 移動の自由と人間の本質

居住・移転の自由が複合的・多元的な性質を有するとみる今日の通説的見解の基礎となった学説²³は、「自由に移動すること」とは「人間存在の本質にもとづくものであり、それを否定されることは、人間的価値の

¹⁹ 長谷部恭男『憲法〈第8版〉』（新世社・2022年）261頁。

²⁰ 尾吹善人「出国の自由と旅券法」ジュリ358号（1966年）41頁、初宿・前掲書（註12）136頁、331頁。

²¹ 野中ほか・前掲書（註11）468頁〔高見〕、大石・前掲書（註8）180頁。

²² 齊藤正彰『多層的立憲主義と日本国憲法』（信山社・2022年）224-225頁。芦部・前掲書（註11）573頁参照。なお、感染症対策を理由とする国民の帰国の自由の制限に関して、岡田順太「移動の自由と社交の自由」法教501号（2022年）16-17頁、中坂恵美子「COVID-19と国境を越えた人の移動」国際120巻1=2号（2021年）201頁以下参照。

²³ 伊藤正己「居住移転の自由」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系(7)基本的人権Ⅰ』（有斐閣・1965年）193頁以下。

否定につながる」²⁴として、居住・移転の自由の非経済的側面について明らかにした。

そして、居住・移転の自由が「広く人間の移動の自由を保障しているところから、人身の自由と密着している」とし、人身の拘束は「そのまま居住移転の自由の制約となる」とする²⁵。この学説は、「人身の自由は、その現実の機能からみて、それを奪われたところに他の自由が存在しえないともいえる基本的自由であり、それと結びつく点において、居住移転の自由の憲法の人権体系における地位は無視できない」²⁶とする。

この「移転の自由が人身の自由の本質的部分である」とする思考が、憲法規定に基づく「居住移転の自由」や講学上の分類である「人身の自由」といった概念で論じようとしているのは、「人間の移動の自由」であると解される。「人間の移動の自由」は「基本的自由」であり「人間存在の本質」に関わるとされながらも、この学説では、それは、「居住移転の自由」や「人身の自由」という器で汲み取ることができる限りのものになってしまっている。換言すれば、この学説による移動の自由の考察は、「居住移転の自由」を経済的自由という分類から解放することに主眼を置くものと解される。

しかし、移動の自由が「基本的自由」であり「人間存在の本質」に関わるという問題については、「身体の移動は、人間のあらゆる活動にとって欠かせない。食事や排泄といった人間にとって基礎的な活動から、労働や投票といった社会的な活動にいたるまで、距離の違いはあるが、身体の移動をとまなう」²⁷ことが想起されなければならない。

²⁴ 同論文206頁。

²⁵ 同論文207頁。

²⁶ 同論文208頁。

²⁷ 岩本一郎「積雪寒冷地における障害者の移動の自由」法セ651号（2009年）67頁〔新井誠＝小谷順子＝横大道聡編著『地域に学ぶ憲法演習』（日本評論社・2011年）125頁所収〕。

2 移動の自由の基盤性

そこで、旅行よりも「小規模な移動である通勤・通学などを含む日常生活における外出なども当然に保障される」として、「身体の所在をめぐる自由には、身体の自由（「人身の自由」ともいう）と捉えられていたもの（18条・31条・33条～39条）のほか、従来、経済的自由権の一角を構成するとされていた居住・移転の自由（22条）も含まれる」として、「移動の自由」を論じる学説²⁸が注目される。さらに、この学説は、「移動の……自由を実質的に保障する制度・設備の整備を必要とする場面もでてくる」として、「バリア・フリーをめざす社会では、作為請求権的な側面、つまりすべての人が安全に移動できるように公共施設を整備・改善することを権利として請求できないかを考えるべき時代となっている」としている²⁹。

従来、移動の自由それ自体を人権と明確に位置づける議論が少なかったのは、移動の手段性にも理由があるとされる。第1に、身体の移動それ自体は、個人のアイデンティティと密接な関連性を有しているようにはみえないこと。第2に、身体の移動は、人間のあらゆる活動の前提条件であるがゆえに、日常の雑多な活動にも必要なものであること。第3に、身体の移動は、別の手段で代替される可能性があること。そうしたことから、身体の移動の価値が薄められてしまいがちであることが指摘される³⁰。

それに対して、この学説は、移動の自由について一律に厳格な違憲審査を行うべきことを提唱する。「個別に移動目的を判定すると、外形的にまったく同じ行為が、主観的観点から違憲となりまたは逆に合憲となる結果になり、不合理」であるから、「移動の自由が人権体系上すべての人権の基盤を構成する、人間として生きていく基本であるという位置付けを唯一の根拠として、移動の自由を制限する法令等については、厳

²⁸ 渋谷・前掲書（註6）221頁以下。

²⁹ 同書223頁。

³⁰ 岩本・前掲論文（註27）67-68頁〔同125-126頁所収〕。

格な審査基準を適用すべき」³¹とするのである。

ところで、鉄道を利用して1時間ほどの移動が、ある人にとっては通勤であり、別の人には通学であり、デモ行進や集会に行くのかもしれない。この学説は、それらすべてを厳格な違憲審査によって強く保護しようとするのである。しかし、経済活動の場合も「不要不急」の観光旅行の場合もありうる移動について、一律に「厳格な審査基準を適用」する根拠は、はたして十分であろうか。

3 移動の自由の手段性

「今般の新型コロナウイルス感染危機に際して、外出の制限などが取りざたされる」に至ったことをうけて、「自由権としての国内での移動の自由」について検討した学説は、その憲法上の根拠と違憲審査の基準について、次のように整理している³²。

そこでは、「旅行や日常的な外出も含めた一時的な移動の自由」について、⑦「移動目的である活動」と④「移動そのもの」は行為としては区別されることを前提に、「個々の移動目的を問わず、「移動の自由」として包括的に保障する」ことが構想される。そして、(1)旅行の自由には「様々な目的のものが含まれる」けれども、①「仕事や学習」等のための旅行は、外出目的の価値によって憲法上の保障を受けるとし、⑤「観光」は、「移動中・移動先を通じた非日常的な新しい出会い」がもたらす「人格形成にとっての意義」から憲法上の保障が基礎づけられるとする。それに対して、(2)日常的な外出のうち、③「重要性が明らかな外出目的」がある場合は、その目的の価値に着目する。「職業活動である通勤や、生活を維持するために不可欠な買い物や通院等が重要なことは明らか」で、そのための移動の自由は保障される。他方、④「個々には些細」である「小さな自由」(「散歩」や「気晴らしのための外出」も含まれる)も、外出制限による包括的な制約が累積すれば「大きな制約」になりうるとする³³。

³¹ 渋谷・前掲書(註6)227-228頁。

³² 曾我部・前掲論文(註16)6頁以下。

³³ 「小さな不利益が累積して大きな精神的苦痛や健康被害につながる」ことが

そして、違憲審査の基準が論じられるが、包括的な移動の自由のうち、住居・居所の選択・移転の制限や身体の拘束に及ぶ場合を除けば、「移動の自由の問題となるのは、相対的に緩やかな制約態様なもの」とされる。

そのうえで、①「移動方法に関する制約」と②「移動そのものに対する制約」を区別し、さらに②を(a)立入禁止区域の設定(到達の規制)と、(b)住所・居所からの外出禁止(出立の規制)に分類する。①は「緩やかな審査」でよいとする。②(a)は、移動目的との関係で審査の厳格度が変わる。②(b)については、「厳格度を増した審査」が求められ、(i)「禁止の目的と個々の外出目的とを衡量して例外を設けることが必要」となるほか、(ii)「外出の原則禁止自体の理由も厳格に問われる」とする。(i)によって「重要な目的の外出」が保護され、(ii)によって「個々には基本権として掬い取れない小さな自由」が保護される。

このような「包括的な移動の自由」は憲法13条が根拠になるとされるが、それは人格的利益との結びつきがない(または弱い)ものとして、比例原則や平等原則によって憲法上の保護が及ぶ主観的利益にとどまるとする³⁴。その際に、「厳格度を増した審査」の実質に注意が必要であろう。②(a)や②(b)について審査が厳格になるのは、㉞「移動目的である活動」の価値によるものである。さらに、①も㉞とは切り離せない。「移動手段」として何を想起するかが問題であろう³⁵。札幌から、航空機の利用を規制されれば、東京、大阪、福岡等での活動への参加には困難が生ずる可能性がある。

この学説は、「小さな自由」まで含む「包括的な移動の自由」を、「それ自体として価値があるというよりは、手段的な性格を有する」ものとして保護しようとする。しかし、「身柄の拘束」や「奴隷的拘束」に比して「人間の尊厳に抵触する可能性」が「希薄」である「手段的な自由とし

考慮されている。

³⁴ 曾我部・前掲論文(註16) 8頁。ただし、近年の人格的利益説の変容(曾我部真裕「個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に対する権利(1)」法教484号(2021年) 68頁)によって、人権に含まれる可能性があるとされる。なお、齊藤正彰「人格的利益説の終焉？」北法73巻2号(2022年) 47-48頁参照。

³⁵ 曾我部・前掲論文(註16) 9頁の例を参照。

ての色彩をもつ移動の自由」については、違憲審査のあり方が異なるとされる。また、包括的すぎる「移動の自由」は、「権利のインフレ化」を招き、移動の自由全体について制約が容認されやすくなるおそれがある。

身体の拘束は「小さな移動」にも「強い制約」をもたらす。その点で、人身の自由は移動の自由と重なるようにみえる。しかし、「大きな移動」でも「小さな移動」でも、その「弱い制約」は人身の自由の問題となるであろうか³⁶。その意味で、この学説でも、「旅行」の概念と、日常的な「小さな移動（外出）」の扱いがネックとなっている。

従来、帆足計事件で「外国旅行の自由」が注目されたこともあり、国内も含めて「旅行の自由」が憲法上の人権として保障されることを、学説は広く認めてきた³⁷。しかし、ここでいう「旅行」は、市内・近郊の日常的移動を越える何らかの目的のための移動全般（用務のための出張も、帰省・冠婚葬祭・受験等も含む）を意味するのか、余暇・行楽ないし趣味としてそれ自体を目的とする「旅」を専ら念頭に置くのか。帆足計事件を含むなら前者は排除されないはずであり、「人格形成にとっての意義」を重視するなら後者も排除されないであろう。そのような広汎な「旅行の自由」を包括的に論じて、議論の整理に資するところは小さいであろう。

旅行が何らかの目的のための移動であるならば、その目的についての自由権を論じれば足りる。旅行自体が目的である場合、換言すれば、読書や芸術鑑賞や散歩などと同列に「趣味」として挙げられる旅行ならば、

³⁶ 人身の自由は「積極的に自分の欲するところへ移動する自由」でもあるとして居住・移転の自由と結びつける見解については、人身の自由の守備範囲の拡大とともに保護の強度を低下させることが懸念される。ただし、この見解は、居住・移転の自由の「経済的自由権としての側面の制限は、職業選択・営業の自由などに対する制限の結果として、それに付随して現われてくるものとみるべき」として切り分けている（浦部・前掲書（註4）242頁、244頁）。

³⁷ 宮沢俊義『憲法Ⅱ〈新版〉』（有斐閣・1971年）388-389頁、橋本公巨『日本国憲法〈改訂版〉』（有斐閣・1988年）348頁、覚道豊治『憲法〈改訂版〉』（ミネルヴァ書房・1977年）239頁、佐藤幸治『憲法〈第3版〉』（青林書院・1995年）554頁、芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註7）239頁、初宿・前掲書（註12）330-331頁、長谷部・前掲書（註19）261頁、渋谷・前掲書（註6）225-226頁。

自己決定権の問題として考えられる。趣味の読書を情報摂取の自由(21条)として論じるのは大仰であろう。好きなことを好きなときに好きなようにしたいということであって、書籍の内容が別途の方法で提供されても趣味の読書は充足されない。鉄道愛好者が鉄道に乗ることと、音楽愛好者が音楽を聴くことは、等しく趣味の行為と扱われるものであり、前者にのみ移動の要素を見出す必要はない。

4 移動の自由の階層性

「身体の移動は、日常のあらゆる活動に付随する活動であるが、より根源的には、移動の自由は、「原初的権利」としての「自由」の一部をなす」とされる。ここでいう原初的権利としての自由とは、「何かをする自由の前にある、単純に自由であるという意味の自由」であり、それは、「どう生きるかの前にある、生きることそのものが原初的権利であるのと同様」であって、この「原初的意味の自由の中核に身動きの自由があり、その延長に身体の移動の自由がある」とされる³⁸。また、前述(3)の学説では、国際的な移動と(交通弱者の保護のような)国家の積極的な措置に関する問題を別論としていたが、移動の自由の総体を考えるならば、〈人間の権利〉としての移動の自由は、①原初的自由(身動きの自由)、②国内での移動の自由、③国外への移動の自由、④国外避難・亡命の権利という階層構造を有すると解される。

①は、これを一個の人権として(しかも、なるべく多くの内容を)すくい取ろうとすれば、浜の真砂のように指の隙間からこぼれ落ちてしまう。そこで、日本国憲法は、その中核領域を守るために、お台場の砲台のように、周囲に人権規定の砦を築いている(居住・移転の自由、外国移住の自由、刑事手続に関する保障、奴隷的拘束の禁止等)。あるいは、それは、城郭で都市を完全に囲って防御するようなものではないが、本

³⁸ 「身体の移動に固有の価値を与えるための議論」として、岩本・前掲論文(註27)69頁[同129-130頁所収]。さらに、西村裕一「改革・階級・憲法——日本社会の歴史的條件」蟻川恒正＝木庭顕＝樋口陽一編著『憲法の土壌を培養する』(日本評論社・2022年)118-119頁。

丸への侵攻を食い止める櫓であるかもしれない³⁹。このような作戦は、生命についての権利においても採用されていると解される⁴⁰。

国家には、①を「極端に制約する社会環境を積極的に是正する責務」がある。それは、基本的には、民主的政治過程を通じて実現されるべきことになるが、日本国憲法の下では、「25条の保障する人間としての「最低限度の生活」の基礎をなす」ものということができる。「生存権保障の背後には、具体的な社会的・経済的環境を考慮し、すべての人に最低生活を実質的に保障しようとする実質的平等の観念が存する」のである。そのような生存権保障は、「人間の基本的自由を国家によって積極的に保障しようとするもの」であり、「最低限の移動の自由を保障する国の責務は、このような積極的自由の観念から導かれる」のである⁴¹。

②は、対国家の場面では、移動目的に関する自由権の問題となる。たとえば「それが表現行為にかかわるものである場合には、表現の自由に関する規制の問題として考えればよい」⁴²。居住は蟄居・軟禁とは異なるから、強力な外出制限は居住の自由を制約すると考えられる。居住は、生活の本拠を定めて、そこで（そこを中心に）日常生活を営むことであるから、日常生活に関連する外出（買い物、通院、散歩等）や、通勤・

³⁹ 「監視」の問題も、それが②に対する制約として顕在化した場合ではなくても、ここで視野に入れなければいけないかもしれない。指宿信『電脳空間と刑事手続』（成文堂・2022年）、齊藤正彰「私生活の尊重とGPS監視——犯罪捜査のためのGPSによる車の位置情報の監視」小畑郁ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』（信山社・2019年）250頁以下参照。

⁴⁰ 日本国憲法は、生命が危殆に瀕するおそれのある状況を分節して18条・25条・31条・36条を用意しており、生命をめぐる新たな問題状況には13条によって対応することができる。さらにいえば、個人の生命が政府の行為によって危険に晒される状況を防ぐために、9条を定めたと解される。

⁴¹ 岩本・前掲論文（註27）69頁[同130頁所収]。人権の積極的保障義務について、戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社・2003年）729頁以下参照。

⁴² 野中ほか・前掲書（註11）461頁[高見]、初宿・前掲書（註12）330頁。また、小畑郁「コロナ・パンデミックの中の外出・移動制限と国際人権法——個別的救済・制裁志向と構造は正志向の結合にむけて」国際120巻1=2号（2021年）191頁。

通学が制約されるのは、居住の自由の制限になる⁴³。③については、憲法22条2項によって、出国と帰国、他国の国籍の選択を政府が阻害しないことが保障されている⁴⁴。

④については、世界人権宣言14条1項が、「すべて人は、迫害からの避難を他国に求め、かつ、これを他国で享有する権利を有する」としている。しかし、国際人権規約は、これを条約上の権利として規定していない。亡命者の権利や難民の庇護について憲法に規定を置く例もみられるが、日本国憲法はそのような規定を有していない⁴⁵。それでも、〈人間の権利〉として移動の自由を考えると、「地球上のどこかに住む権利」⁴⁶を等閑に付すことはできないであろう。

ところで、国籍離脱の自由は、「いわば非任意的大結社である国家からの離脱を認めるもので、個人の精神の独立に究極の価値をにおいて国家を捉える立場の帰着点」⁴⁷とされる。しかも、「国籍離脱は、政治的・宗

⁴³ 職業選択の自由が狭義の職業選択だけでなく職業活動の自由を含むように、居住の自由は、選択した住所・居所における生活上の活動を保障していると解される。憲法22条1項は「居住、移転及び職業選択の自由」と規定するが、従来の学説は、「居住の自由」は住所・居所を決定する自由、「移転の自由」は住所・居所を変更する自由と解して（宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社・1978年）253頁）、「居住」と「移転」とは不可分であって、居住の自由と移転の自由とはむしろ一体をなし、本項の「居住、移転の自由」は一つの概念と見るべきもの（佐藤・前掲書（註17）387頁）としてきた。そうであるとしても、移動の要素に関心が集中していた嫌いがある。「とくに治安の悪い場合に夜間一定の間外出を禁ずるようなこと」も「この自由が制限される場合」として把握されるならば（覚道・前掲書（註37）239頁）、「居住」の意義を再検討する余地があると解される。

⁴⁴ なお、外国人の出入国管理について、高佐智美「グローバル化の中の「移動の自由」」公法74号（2012年）137頁以下、齊藤・前掲書（註22）第7章参照。

⁴⁵ ただし、齊藤正彰「亡命者・政治難民の保護」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅰ（第5版）』（有斐閣・2007年）22-23頁。

⁴⁶ 小畑郁「地球上のどこかに住む権利」書斎の窓601号（2011年）18頁以下、同「移民・難民法における正義論批判——「地球上のどこかに住む権利」のために」世界法年報34号（2015年）111頁以下。

⁴⁷ 佐藤幸治『日本国憲法論〈第2版〉』（成文堂・2020年）332頁、127頁。ただし、「個人主義的な国家観」を前提とするとしても、憲法にいう国籍離脱の自由は

教的・民族的理由などで自国政府から迫害を受けた国民が、その法的支配を脱して他国の構成員になるという、政治的には大変重要な意味をもつ決断の場合がある」⁴⁸とされる。国籍離脱の自由は無国籍になる自由を意味しないから、国籍離脱の自由の憲法上の保障は、日本国籍を離脱する個人を構成員として受け入れてくれる国家の存在を（論理的に）前提とするものといえる。そうであるとすれば、逆に、自国政府から迫害を受けた外国の国民が庇護を求めてきた場合に、それを全く受け入れないというスタンスをとることには、憲法上問題があることになるのではなかろうか。

*引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

世界人権宣言15条の「国籍を変更する権利」を指すものとみる余地はある（大石・前掲書（註8）32頁、184頁、188頁参照）。

⁴⁸ 渋谷＝赤坂・前掲書（註11）14頁〔赤坂〕。