



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	外国人の人権とマクリーン判決：出入国管理の憲法的統制
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 76(1-2), 1-32
Issue Date	2025-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/95803
Type	departmental bulletin paper
File Information	01_Saito_lawreview_76_1_2.pdf



外国人の人権とマクリーン判決

—— 出入国管理の憲法的統制 ——

齊 藤 正 彰

はじめに

「外国人の人権」をめぐるのは、従来、マクリーン判決が桎梏とされてきた。半世紀近くを経てもなお、判決の「間違い」箇所を指摘し、あるいは、国際人権法が進展する以前の古い判旨を「超えて」いくべきことを提唱して、マクリーン判決への攻撃が続行されている。しかし、それが奏功しないことについて、学説の側に誤りがないかを点検してみる必要があるのではなかろうか¹。

¹ 本稿は、科研費「入管行政における裁量統制の原理的・実証的研究——マクリーン事件判決の克服に向けて」（代表：村上正直、課題番号：22H00781）による研究会（2025年3月29日、於：名古屋大学）における報告「マクリーン判決をめぐる憲法学説の間違い箇所を超えて」のために用意したものである（報告の機会をくださった村上教授および御指摘・御教示をいただいた研究会参加の諸先生に感謝申し上げます）。なお、本稿の内容には、齊藤正彰「出入国管理と最高裁のスタンス——マクリーン判決への再見当」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用』（信山社・2015年）839頁以下に基づく齊藤正彰『多層的立憲主義と日本国憲法』（信山社・2022年）第7章と、日本公法学会第88回総会（2024年10月12日）における報告「空間軸から見た「国民」および「住民」」を元にしてしている部分がある。

I 憲法学説の基本的な誤認

1 人権享有主体性論の二重性

(1) 「外国人の人権享有主体性」の2つの意味

いわゆるマクリーン事件についての最大判昭53・10・4民集32巻7号1223頁（以下、マクリーン判決という）における、「憲法第三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」と解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」という判示部分（以下、〈性質説の判示〉という）について、学説は、これが「外国人の人権享有主体性」についての一般論を示したものと説明してきた。

しかし、「外国人の人権」という主題の下には、①外国人にも日本国憲法上の人権が帰属するかという「外国人の人権享有主体性」そのものの一般的問題と、それが認められたうえで、②外国人であること、つまり国籍を理由とする人権制限がどのような場合にどの程度認められるかという、具体的な法律の違憲審査の問題とがある。

外国人の人権	①人権享有主体性	権利能力レベルの、有・無の問題
	②国籍による制限の合理性	制限が許される範囲・程度の問題

人権の帰属主体となりうるかという①の問題は、いわば「権利能力」レベルの問題である。それに対して、②の国籍に基づく人権制限、換言すれば、各種制度（法律）における国籍要件の合憲性の問題は、それぞれの「権利の性質」に応じて、正当化される事由を具体的に考えなければならない。ところが、従来の学説においては、①の一般的な理論問題と、②の具体的な合憲性の問題との区別が、必ずしも明確ではなく、両者が渾然一体となっているようにみえる²。

² 天皇・皇族について、学説は、①人権享有主体性を認めても、②個別の人権の多くが厳しく制限されることから、①人権享有主体性の承認の意味が損なわれると懸念して、①人権享有主体性を否定する説が唱えられるものと解される。

たとえば、〈外国人は社会権を享有しない〉という説明は、憲法レベルの「人権享有主体性」の問題なのか、法律レベルでの制限の問題なのか不明確になりがちである。社会保障法制における国籍要件の廃止によって、外国人の社会権保障の問題は実質的に解消されたとされる。それが、国籍要件の廃止という法律レベルの変化によって、憲法レベルの人権享有主体性が否定から肯定に変化したという意味ならば、論理的には逆立ちしているであろう。

法律レベルでの国籍要件の廃止によっても、憲法レベルでは社会権の享有主体性が認められたわけではないとすれば、外国人の社会権は、法律によって認められているだけということになる。しかし、それでは、外国人に人権を保障するか否かは専ら立法政策の問題であり、外国人に人権を保障しなくても違憲の問題を生ずることはないとしていた、憲法上の人権享有主体性の否定説の思考を、部分的に共有することになりかねない。

今日、外国人の人権の問題は、①の外国人の人権享有主体性の問題、すなわち権利能力の有無のレベルではなく、②の国籍を理由とする人権の制限に合理的な根拠があるか否かの問題として検討すべきとの指摘は、すでに、主要な教科書においてなされている³。

(2) 人権の「制限」と「剥奪」

それでも学説が外国人の人権保障の問題を②の国籍による人権制限の合理性の問題として割り切ることができないのは、外国人に選挙権を全く認めない現行法制は、もはや〈人権の制限〉を超えて、法律による〈人権の剥奪〉を意味することになってしまうと懸念するからかもしれない。

それに対して、法人の人権を論ずる学説は、個別の人権ごとに法人にも保障を及ぼすべきかを検討するのが一般的であろう（つまり、①と②を区別する意識が弱い）。そのような考え方は、個人の尊厳を根拠に保障される「憲法上の人権」を、法人ないし団体に「準用」するものと説明されることもある。従来の憲法学説による「外国人の人権」の論じ方は、自然人である天皇・皇族よりも、法人の場合との共通性が高いようにみえる。

³ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第6版〉』（有斐閣・2024年）95-96頁、長谷部恭男『憲法〈第8版〉』（新世社・2022年）123-124頁。

しかし、選挙権については、憲法15条が憲法レベルで一般的な制約の根拠を与えていると解することが可能である。判例もそのように説明でき、国際人権条約との関係でも問題は生じないであろう。

なお、「活動に基づく資格で滞在する外国人については、職業の自由が大きく狭められている」として、それは「保障されているが制約されているということではなく、……そもそも基本権としての保障がないというのが正確」との指摘もなされる⁴。

しかし、在留資格のうち「当該外国人が日本で行う活動を特定して在留を認めるもの」については、在留の目的に直結する就労が認められ、また、在留の目的に付随する就労も付随的に認められるが、それ以外の就労は認められないと考えるのが自然であろう。在留資格のうち「地位や身分に着目して在留資格を定めるもの」について、就労の余地を認めないような扱いをした場合に、職業の自由の制約の合憲性が問題となると考えられる⁵。

(3) 〈性質説の判示〉の位置

従来の学説のようにマククリーン判決の〈性質説の判示〉が「外国人の人権享有主体性」についての一般論を示したものと説明するならば、次のような疑問も生じる。なぜ一般論としての〈性質説の判示〉がなされる前に憲法22条について論じているのか、そして、早くから外国人も憲法上の人権を享有することを認めていた最高裁が、なぜここで〈性質説

⁴ 曾我部真裕「外国人の基本権保障のあり方」法教483号（2020年）72頁。興津征雄「入管法と行政法——入管法の体系的理解に向けて」有斐閣 Online ロージャーナル L 2410001（2024年）¶ 040。

⁵ 「国家は、その主権の権利の属性として外国人の入国条件を定めうるので、特別の永住許可を得た者以外は職業選択の自由は有しないと一般に解されている」（佐藤幸治「基本権の主体」阿部照哉編『判例と学説Ⅰ 憲法』（日本評論社・1976年）68頁）との指摘もあるが、「職業選択の自由は有しない」という評価が、①人権享有主体性と②国籍に基づく人権の具体的制限のいずれの問題として扱われているのかを、慎重に検討する必要がある。なお、横田耕一「外国人の人権——マククリーン事件」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』（敬文堂・1982年）101頁。

の判示〉を行ったのか、という疑問である。

最高裁の判例では、マクリーン判決以前に①「外国人の人権享有主体性」そのものの一般的問題には解答が示されていた。マクリーン判決においては、権利の性質によって、国籍を理由とする人権の制限がありうることを示されている。つまり、マクリーン判決における〈性質説の判示〉は、②国籍を理由とする人権制限の具体的な合憲性の問題に関するものと解される。

最高裁は、国民の入国の自由も憲法22条によっては保障されていないと解していたので、マクリーン判決では、22条について②外国人への保障の「程度」を問題にすることもなく、〈性質説の判示〉も必要なかったのである。

2 性質説の性質

(1) 「国民説」の無理

外国人の人権享有主体性の否定説を「国民説」と呼んで再評価する見解について、在留外国人をめぐる「情勢の変化を踏まえ、……有力化しつつある」⁶との指摘がある。しかし、「国民説」の論理は、「外国人の人権」の問題にとどまらず、「憲法上の人権」の観念そのものを傷つけるおそれがある。

「国民」の概念は後国家的に生じ、国籍保有者の範囲は法律によって特定されるものである。それを指標として前述の①人権享有主体性そのものの承認を論じることは、国家以前の「個人の尊厳」を根拠とする憲法の人権保障の考え方と整合しないであろう。また、国籍法制について、多くの学説のように、憲法10条により広汎な立法裁量が認められている

⁶ 曾我部・前掲論文(註4)73頁。「教科書では過去の説として言及されがちな国民説であるが、近年、有力化しつつある」(同頁)と再言されている。ただし、「国民説をとる学説の紹介を含めた包括的な検討」として、加藤隆之「外国人の人権享有に関する「国民説」の再評価」新報120巻1=2号(2013年)57頁が挙げられるものの、曾我部・同論文73頁以下は、「国民説」の3つの論拠について否定的な評価を展開するものと解される。

と解するならば、「憲法上の人権」の享有主体の範囲設定を立法政策に委ねることになる。

著名な概説書の説明⁷に基づけば、〈個人の自由と生存を確保し、尊厳性を維持するために必要な一定の権利〉というものが〈憲法以前に成立していると考えられる〉のであり、これが「生まれながらの人権」と解される。そして、このような「生まれながらの人権」を〈憲法が実定的な法的権利として確認したもの〉が「憲法上の人権」である。

「国民説」は、①「人権享有主体性」そのものの一般的問題、換言すれば、憲法上の人権享有の基盤に関わる決定を、法律に委ねることを意味する。人権享有主体性は、法律レベルで任意に設定・変更が可能なものではなく、人間であることによって論理的に承認され、そのことが憲法レベルで確認されているものと考えなければ、外国人はおろか、日本国民の人権保障の根拠すら不確かなものになってしまうであろう。

(2) 性質説の論拠

性質説に対して、「その根拠について原理的な考察が必ずしも充分に行われていない」ことに疑念を抱き、「より精緻化」することが必要とする見解は、「人権理念の普遍性からただちに、憲法上の権利が外国人にも原理的に及ぶという結論に至るのは、些かの論理の飛躍がある」と批判する⁸。それは、近年の憲法学説における「超憲法的な「自然権」「人権」と、実定憲法上保障される「基本権」「憲法上の権利」との区別を強調⁹する傾向を前提に、従来の性質説は「自然権」の享有から「憲法上の権利」を承認しているとするものであるが、その論旨には疑問がある。

〈人間の権利〉と「憲法上の人権」の相違についての認識が肝要であるとしても、両者の相違は、②の具体的な人権制限の場面でのものである

⁷ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第8版〉』（岩波書店・2023年）84頁。

⁸ 柳井健一「外国人の人権論——権利性質説の再検討」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）159頁・160頁・168頁。さらに、性質説は「原理的にならずしも明確ではない論拠に基づいて外国人に対して憲法上の権利の保障が及ぶことを論証しておきながら、その実際の効果としてむしろその制約の合理性を説くことに傾きがち」（同169頁）と評する。

⁹ 曾我部・前掲論文（註4）74頁。

ろう。「憲法上の人権」が〈人間の権利〉に淵源することを想起すれば、①「人権享有主体性」そのものの一般的問題については、両者に相違はないはずである。

憲法15条のように、憲法上に明示の手がかりがある場合は別として、法律によって「憲法上の人権」の享有主体性を否定することを認めるならば、国民を含む個人の人権保障は危殆に瀕する可能性があることは前述のとおりである。

(3) 文言説を否定する意味

外国人の人権享有主体性を承認する見解のなかでも、憲法第3章の規定における「国民は」とか「何人も」といった主体の定め方によって外国人への保障の有無を判断する文言説に対しては、否定的態度がとられる。

文言説を否定する際に、憲法の教科書は異口同音に、日本国民だけが対象となるはずの「国籍離脱の自由」を規定する憲法22条2項が「何人も」としているのは背理とする。しかし、日本に在留する外国人が本国の国籍からの離脱を望む場合に、日本国政府が故なく当該外国人の日本国籍の取得を拒むことは、日本国憲法の空間内で日本国政府が外国人の国籍離脱の自由を制約することになりうる¹⁰。つまり、22条2項が「何人も」としていることは、論理的に矛盾しているとは断言できない。

もちろん、ここで、文言説の復権を唱える趣旨ではない。他方で、あまり一方的に文言説を批判するならば、憲法15条1項の「国民固有」や93条2項の「住民」という規定の意味を論じることの平仄も問題となりそうである。性質説は、〈文言だけが決め手ではない〉〈文言だけでは決められない〉と述べるもので、憲法の文言を等閑視するものではなかったはずである。

3 入国の自由の不存在

ところで、教科書的には、参政権、社会権、入国の自由が、外国人に

¹⁰ 齊藤正彰「移動の自由の構造」北法73巻3号(2022年)14-15頁参照。

保障されない人権の御三家のように提示されるのが一般的である。

ただし、参政権と社会権は、日本国民に憲法上の人権として保障されるものが、外国人には保障されないという問題である。それに対して、「入国の自由」は、そもそも憲法には規定されておらず、日本国民についても憲法の人権規定による保障に含まれていないという問題である。

マククリーン判決が引用する最大判昭32・6・19刑集11巻6号1663頁（以下、「入国の自由」判決という）の多数意見は、憲法22条の保障は「日本国民に局限されていない」が、同条が保障する居住・移転の自由は国内に限られるとしていた。

「入国の自由」判決の調査官解説は、「国の構成員がその国に在住するという関係は、基本的人権以前の問題というべきであり、憲法の保障をまつて明らかにされるべきものではない」¹¹としている。国際法上も、各国家は、自国の構成員を領域内に受け入れる義務を有するとされる。たとえ国外で出生した日本国民が初めて日本の土を踏む場合であっても、それは「入国」ではなく「帰国」である。

憲法学説は、「入国の自由」という憲法上の人権が存在することを前提として、それが外国人には否定されていると論じてきたものと解される。しかし、最高裁は、「入国の自由」が、そもそも（国民についても）憲法上の人権としては規定されていないとしていたのである。

Ⅱ 学説の取り組みの功罪

1 「出入国システム」論の独り歩き

(1) 「在留制度のわく内」論

マククリーン判決は、〈性質説の判示〉の直後に、「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ない」と判示している。このような「在留制度のわく内」論は、ある意味で、順当な憲法解釈といえるはずである。憲法学説は、世界各地のあらゆる人々の人権保障を論じてきたのではなく、日本国内の在留

¹¹ 城富次・最判解刑事篇昭和32年度323頁。

外国人に対する「憲法上の人権」の保障を問題としてきた。そうであれば、人権保障の対象となる在留外国人の特定は、基本的に、実定法上の在留制度の定めを前提とすることになるであろう¹²。

憲法学説は、「憲法上の人権」の保障の射程が法律上の在留制度によって枠づけられると受けとめて、強く批判したのかもしれない。しかし、学説自身の立論の前提にも関わる「在留制度のわく内」論を、簡単に打ち破ることはできないはずである。

(2) 出入国システム優位説というモデル

ところが、「在留制度のわく内」論をマククリーン判決の主要な問題点と捉えるのが、従来判例批判の大勢である¹³。こうした理解の定着に寄与しているのが、「出入国システム優位説」をモデル化した見解であると解される。

「出入国システム優位説」(マククリーン判決)
出入国システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国にかかわる事柄は基本的人権の射程には含まれず、外国人の基本的人権は出入国システムの枠内で保障される。
「基本的人権優位説」(初期の最高裁判決)
出入国システムも基本的人権の射程に含まれ、基本的人権は外国人にも保障されるが、権利の性質上国民と異なる制約が課せられうる。

¹² ただし、入管法上、「入国」と「上陸」は区別されており、「在留」は上陸以後の問題であるから、外国人在留制度との関係では、外国人の人権について「わが国に既に入国している外国人についての問題」(佐藤幸治『日本国憲法論〈第2版〉』(成文堂・2020年)161頁)と整理することには注意が必要かもしれない。上陸前あるいは入国前の外国人に対する公権力行使の憲法的統制について、別途の考察が必要であろう。

¹³ 近年では、泉徳治「マククリーン判決の間違い箇所」判時2479号臨増『統治構造において司法権が果たすべき役割〈第2部〉』(2021年)が著名であろう。「在留制度のわく内」論の判示は、換言すれば、「法務大臣は憲法の拘束を受けずに在留に関する処分を行うことができる」ことを意味していて「明らかに誤り」(186頁)であり、「外国人在留制度が憲法の上にあり、法務大臣の処分について違憲の問題は生じない」とするのは「完全に誤り」(191-192頁)であるとされる。ただし、「完全な誤り……とまでは言えないと考える」(曾我部真裕「マククリーン事件判決及びそれに関する最近の議論について」国際人権33号(2022年)17頁註5)との指摘もある。

その見解は、入管法が定める在留制度を「出入国管理システム」ないし「出入国システム」と呼び、初期の最高裁判決が採っていた基本的人権優位説はマククリーン判決において廃棄され、最高裁の「思考枠組」は出入国システム優位説へ転換されたとする¹⁴。しかし、そのような判例の評価に十分な根拠があるかは疑問である¹⁵。

(3) モデル化の弊害

この見解は、「出入国システム優位説」と「基本的人権優位説」というモデルを設定したが、問題の焦点は、2つのモデルのいずれが採用されるべきかではない。重要なのは、「在留制度のわく内」論を前提に、それに対する憲法的統制をどこで・どのように・どの程度まで及ぼすことができるかを解明することである。この見解は、そこに十分に踏み込まないままに¹⁶、マククリーン判決の「在留制度のわく内」論に「出入国システム優位説」という呼称を与え¹⁷、「出入国システム」を憲法の人権保障とは別次元のものとする理解を独り歩きさせてしまったのではなかろうか¹⁸。

¹⁴ 日比野勤「外国人の人権(2)」法教217号(1998年)44頁。

¹⁵ 「出入国システム優位説」モデルは、まさに「完全に誤り」であり、最高裁もそのような立場を採用していないことは、論者が自ら認めるとおりである。他方、「入国の自由」判決は、入国の自由が憲法上の人権であるとはしておらず、初期の最高裁判決が「基本的人権優位説」モデルを採っていたという説明も成り立たないが、論者はこの点の説明を明確にしていない。齊藤・前掲書(註1)227-228頁も参照。

¹⁶ 「日比野論文は、行政法において裁量審査に関する判例・学説(とりわけ論証過程・判断要素の審査……)が発展を遂げる前の時代に書かれたためか、行政裁量の統制の理解が現在から見ると硬直的である嫌いがある」(興津・前掲論文(註4)¶013註27)との指摘もなされる。

¹⁷ 穴戸常寿「人権享有主体」警論75巻5号(2022年)78頁も、「判例の立場は、学説の説く権利性質説とは異なる側面があり、その点で「出入国システム優位説」と呼ばれることもある」として、日比野・前掲論文(註14)44頁を参照指示する。

¹⁸ 実務家からは、「「出入国管理システム優先論」の射程は無限定に拡大している」(高橋済「在留資格のない人(外国人)の人権と行政裁量の統制に関する一

近時、「出入国システム優位説」が最高裁判例においては「システム優位は貫徹されていない」¹⁹と述べたことを受けて、「出入国システム優位説」と「基本的人権優位説」が「妥当する領域」の「切り分け」も提唱されている²⁰。その学説は、「入国・在留に関わる場面」は出入国システムの問題として憲法の人権保障の射程に含まれないが、活動制限としての在留資格は憲法の人権保障の射程内にあると捉え、「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」ものであると説明される²¹。

しかし、そのような「切り分け」は、国際人権条約に不当な制約をもたらすことが懸念される。憲法の人権保障が及ばない「場面」があるのは、「入国・在留に関わる場面」を直接規律する人権規定が憲法には存在しないことによるものである。他方、国際人権条約には、出入国管理を直接規律する（裁量判断を直ちに違法＝条約違反とする）規定が存在する。それにもかかわらず、出入国管理に関わる「場面」や「領域」による「切り分け」をして、「出入国システム優位」の「領域」として条約の適用を排除するのは、不合理であろう²²。

考察」国際人権32号（2021年）56頁）と評されている。

¹⁹ 日比野「外国人の人権(3)」法教218号（1998年）80頁。

²⁰ 曾我部・前掲論文（註4）75頁は、「著名な憲法判例には、当事者が外国人であるものもあるが、在留制度とは無関係の事件であれば、外国人である点は特に考慮されることなく判断が行われている」という「複層的・二元的な構造」があることを指摘しながら、「マクリン事件判決の示した二元論的な構造……が否定できないとすれば、基本権の種類ごとの検討だけではなく、制限の性質にも留意しなければならない。また、ある領域について、どちらの論理が妥当するのかについては、出入国管理システム優位説の根拠が、入国の可否及びその条件の設定に関する主権にあることを踏まえ、そこからの距離を図りつつ検討する必要がある」とする。

²¹ 尾形健「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」立命393=394号（2021年）194頁。

²² 児童の権利条約に関する前田直子「外国人の在留管理における児童の権利条約の適用可能性——日本政府の解釈宣言に関する「解釈」をめぐって」国際113巻4号（2015年）は、次のように指摘する。すなわち、近年の下級審判決が「児童の最善の利益や家族的再統合の保護、親子の分離の禁止といった利益は、「考

2 「安念教授のパラドックス」のパラドックス

(1) 安念教授のパラダイム

マクリーン判決の「在留制度のわく内」論を「外国人の人権」の議論の焦点とすることは、入国の自由・在留の権利を認めずに在留中の人権保障を論じるのは矛盾しているとする「安念教授のパラドックス」²³を「難問」²⁴として抱え込むことにもつながる²⁵。

慮要素となることは否定できないものの、これを超えて、法務大臣等の判断を直接的に規制するものとはいえないとの判断を示している」(86頁)とて、「児童の権利条約の場合、それこそ国内裁判所も認識しているように、退去強制手続をはじめ、各国の入管法制を念頭に置き、その運用との関連性に着目した規定がある」(89頁)のであり、「法務大臣の自由裁量論も、入管法制の枠組みのなかでは通用するが、在留管理にかかわる人権の保障を射程におさめる条約の規範との関係では絶対的ではない。「抽象的原理」とも言えるマクリーン基準を信奉し、個別審査を実質的に放棄してきた司法の態度は、再考すべきである」(89頁)。なぜなら、「外国人の在留権自体が、国際慣習法上当然のものとして認められないとしても、日本の管轄下にある人の取扱いは、日本が締結し、かつ国内的効力を有する人権条約の規範によって制約を受けることに違いはない」(93-94頁)のである。これは、「日本の国内裁判において、在留管理に関連する児童の権利の保障を定めた条約諸規定は、裁判規範性を認められておらず、入管法制の枠組みの片隅で、せいぜい「考慮すべき要素」として認識されているにすぎない」(93頁)状況を批判するものである。それは、「在留制度のわく内」論に対する統制をどこで・どのように・どの程度まで及ぼすことができるかについて、憲法と国際人権条約が有する権利規定による相違を示すものであろう。なお、岡田正則＝古谷修一＝渡辺彰悟「〈対談〉マクリーン判決を乗り越える——行政法・国際法の視点から見たマクリーン判決と退去強制処分取消訴訟」Law & practice 2号(2008年)69頁〔古谷〕も参照。

²³ 長谷部恭男「外国人の人権」に関する覚書——普遍性と特殊性の間」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革(上)』(有斐閣・2001年)389頁〔長谷部・後掲書(註30)所収〕、樋口陽一ほか『注解法律学全集(1)憲法Ⅰ』(青林書院・1994年)189頁〔佐藤幸治〕。

²⁴ 佐藤幸治「人権の観念と主体」公法61号(1999年)34頁。なお、西村裕一「外国人の人権」についての雑感」エトランデュテ4号(2022年)251頁以下は、マクリーン判決をめぐる今日の「誤解」や「暴走」の背景として、「安念教授のパラドックス」が、その公刊の「直後に、当時の代表的なコンメンタールにおい

しかし、「安念教授のパラドックス」が成立するような状況は、自らが認めるとおり当初から限定されたものであった。そもそも、「安念教授のパラドックス」は、マクリーン氏のような「本邦外から本邦に上陸して在留する外国人に限定」²⁶しての問題である。他方で、「安念教授のパラドックス」が大きな問題となりうるのは、非就労活動も含めて資格外活動を一般的に禁止しているかにみえた平成元年改正前の入管法の下においてである²⁷。

つまり、「安念教授のパラドックス」は、平成元年改正前の法制度の下で成立しうるものであるが、その当時の「外国人問題は、在日コリア

でシリアスに受け止め」られ、著名な「概説書において、このような「難問」を「主権国家というものを前提とする限り解消することのできない」ものであると位置づけ」る記述がなされ、そして、日本公法学会の総会報告におけるその「難問」をめぐる叙述が、マクリーン判決を「当該事案の射程を越えて、「人権と国民国家」に関する一般論を宣告した判決であると理解」することにつながるものであった点に注目している。そこで展開された批判は、性質説の論拠の不足を懸念する見解が敷衍して示した思考（柳井・前掲論文（註8）169頁以下）にも当てはまるであろう。

²⁵ 佐藤・前掲論文（註24）35頁は、「この「難問」に対する明快な答えはありそうも」ないとするが、「外国人の入国・在留を認めるか否かは各国家の主権的作用であることを前提におきながらも、個々人の差異や特性に配慮した適正な運用を図る」（同頁）という方策は示されている。そうした方策は、すでに言及されていたものである。たとえば、同『憲法訴訟と司法権』（日本評論社・1984年）53頁は、「許可・不許可の決定は、公正な手続と理由によるものであることは必要」であり、また、「平等原則が外国人にも妥当するとされる以上、同じ状況下にある外国人を恣意的に差別することは許されない」とする。そして、「マクリーンの政治活動が表現の自由の保障の……範囲内のもの」であり、「不許可処分」の理由に「恣意性がある場合には、本件処分は、裁量権の濫用として違法とすべきではなかったか」としていた。この記述は、現在の体系書にも引き継がれている（佐藤・前掲書（註12）161頁註51参照）。

²⁶ 安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣・1993年）168頁。

²⁷ 制度の詳細については、興津・前掲論文（註4）¶048-051、小畑郁「日本の外国人法史における「在留資格」概念の肥大化」広渡清吾＝大西楠テア編『移動と帰属の法理論——変容するアイデンティティ』（岩波書店・2022年）88頁参照。

ン問題であった」²⁸とされる。「安念教授のパラドックス」は、〈安念教授のパラダイム〉においてはその該当者が限られるという「パラドックス」を抱えるものであったといえる。

(2) 憲法学説の「セグメント化」思考

ところで、「安念教授のパラドックス」は、当時の入管法の在留資格制度について、「個人が、断片化されいわば輪切りにされた特定領域の……活動の遂行だけを許されるというシステム」であり、在留資格として「セグメント化された活動が許されているにすぎない」ことが、憲法の人権保障の思考と相容れないと批判していた²⁹。

この「安念教授のパラドックス」が当時の外国人在留制度の難点として指摘したのと同じ思考が、憲法学説に残存しているのではないかが問題である。外国人は参政権を享有するか否か、社会権の享有主体性は認められるかどうか、という形で問いを立ててきた学説は、外国人の人権享有主体性を、いわば縦割りに、セグメント化して扱ってきたのではなかろうか。

(3) 「ライフ・セーバー」論

「安念教授のパラドックス」と命名した学説は、それを、「人である以上、……普遍的に保障されるはずの権利が、外国人であることを理由にきわめて不完全な形でしか保障されない制度の正当化根拠」の問題と定式化して、解決策を提示している³⁰。

そこで持ち出されるのが、「ライフ・セーバー」の喩えである。すなわち、「海水浴場で誰かが溺れそうになっているとき」は、救助の疎密を防ぐため、「予め指定されたライフ・セーバーが救助に赴くこととす

²⁸ 曾我部・前掲論文（註4）71頁。

²⁹ 安念・前掲論文（註26）171-172頁。ただし、このような批判は、在留資格制度を現行法の規定以上に強固なものとして理解した場合に成立するものであろう。福山宏「出入国管理及び難民認定法（入管法）の構造と行政的理解」広渡＝大西編・前掲書（註27）146頁註68参照。

³⁰ 長谷部恭男『憲法の理性〈増補新装版〉』（東京大学出版会・2016年）119頁。

ることで効果的に救助活動を遂行」できるとされるのである³¹。

この「ライフ・セーバー」の喩えは、担当する領域内に要救助者があれば、それが誰であっても救助することを意味するもののように解される。ところが、「広大な海水浴場を何人かのライフ・セーバーが……分担する仕方として、それぞれが特定の集団を受け持つこととしている状況」が導入され、「国籍を調整問題を解決するための標識として捉える」ことが正当化される³²。

しかし、「安念教授のパラドックス」が問題とする「外国人の人権」は、国家を樹立する目的でありライフ・セーバーの任務とされるはずの、生まれながらの〈人間の権利〉のことではない。「外国人の人権」とは、〈人間の権利〉を保護するための政府の行為に過誤や恣意があった場合に、救済のために持ち出される「憲法上の人権」のことであろう。そこでは、領域内での、外国人への公権力行使に対する「憲法上の人権」の保障も問題となる³³。その場合、ライフ・セーバーとしての政府は、侵害者として指弾される側にあることになる。

3 「特別の条約」論と国際人権条約の普遍性

(1) マクリーン判決における「特別の条約」の留保

マクリーン判決が「特別の条約」がない限りと留保している点に着目して、「国家の出入国管理権限は、もはや絶対的な権限ではなく」、日本が締結した「条約」によって制限されるとの主張がなされる³⁴。

³¹ 同書124頁。

³² 同書125-126頁。

³³ 安念・前掲論文（註26）166頁。

³⁴ 安藤由香里『ノン・ルフルマン原則と外国人の退去強制——マクリーン事件「特別の条約」の役割』（信山社・2022年）4-7頁。なお、裁判を受ける権利の観点から、マクリーン判決のいう「特別の条約」に難民条約が含まれるとみる憲法学説として、笹田栄司『裁判制度のパラダイムシフト』（判例時報社・2023年）221-223頁。

(2) 「特別の条約」論の錯綜

マクリーン判決にいう「特別の条約」の留保を手がかりとする議論において、「特別の条約」が何を指すかをめぐって、表の(a)～(d)のような理解の相違がみられる³⁵。

³⁵ (a)最も狭く解する理解は、旧・日米行政協定や、日米地位協定、国連軍地位協定（「日本国における国際連合の軍隊の地位に関する協定」）のように、入管法の外側で、それとは別個・独立に存立する出入国のしくみを定める条約を指すとするものである。「日米地位協定や国連軍地位協定について、入管法の適用を除外する法律の規定は存在しないが、日米地位協定9条2項、国連軍地位協定3条2項において、米軍および国連軍の構成員および軍属ならびにそれらの家族は「外国人の登録及び管理に関する日本国の法令の適用から除外される」と定められているため、条約の国内的効力により入管法等の適用が包括的に除外されると解される」（興津・前掲論文（註4）¶015註34）。この(a)の理解は講和条約発効後の入国管理体制をめぐる国会審議において外務省が説明したものであること、裁判所もそうした理解に立っていることが指摘される（小畑郁「戦後日本の外国人法と国際法・人権条約——「国際慣習法」/「特別の条約」の二元・棲み分け構造とその克服への展望」薬師寺公夫＝小畑郁編『移住労働者とその家族の人権——国際人権基準に基づく法基盤整備をめざして』（信山社・近刊）参照）。(b)国際法学説においては、「通商航海条約等、締約国が出入国の裁量権を相互的に制限・撤廃することを定める条約、あるいは日韓法的地位協定等、外国人を日本とのつながりによって類型化（永住者等）して出入国に関わる条件に区別を設定するような、出入国管理に直接関わる条約」が含まれると説明されることがある（徳川信治「外国人の出入国と慣習国際法——マクリーン事件」小寺彰ほか編『国際法判例百選（第2版）』（有斐閣・2011年）93頁。岡田ほか・前掲対談（註22）57頁〔古谷〕）。(c)出入国管理について国家の広汎な裁量を認めてきた「国際慣習法」に変更を迫るものとして、難民条約や、出入国管理に直接関わる国際人権条約の規定を「特別の条約」として主張する見解もある（安藤・前掲書（註34）4-7頁、近藤敦「マクリーン判決を超えて——国際慣習法の新地平と入管法等改正案の問題点」法時93巻7号（2021年）54頁以下）。そこでは、主に、国際人権条約上のノン・ルフルマン原則の義務や、家族結合の権利に重点が置かれている。(d)さらに広く、出入国管理に直接関係のある条約規定でなくても、退去強制や在留期間の更新不許可が条約の保障する権利に抵触する可能性はあるとして、マクリーン判決以後に締結されてきた国際人権条約が「特別の条約」として主張されることもある。ただし、国際人権条約のなかで(c)と(d)の類型が截然と区別されるわけではなく、グラデーショ

(a)入管法とは別個・独立に存立する「出入国のしくみ」を定める条約 旧・日米行政協定、日米地位協定、国連軍地位協定	入管法の外側	
(b)出入国の裁量権を制限・撤廃する等、出入国管理に直接関わる条約 通商航海条約、日韓法的地位協定	入管法の 枠内で 特別扱い	
(c)難民条約、出入国管理に直接関係する国際人権条約の規定 ノン・ルフルマン原則、家族の保護		
(d)（マククリーン判決以後に締結されてきた）国際人権条約一般 国際人権規約等のすべての権利規定	入管法の内側	

(a)が入管法の外側にあるのに対して、(b)～(d)は入管法のしくみの内部で扱われる。(b)や(c)が特別の扱いの要請を含むとしても、それは入管法（あるいはその特例法）に対応する規定が設けられて、入管法の枠内で対処されることになる³⁶。裁判所が(a)の立場をとるものとすれば、(c)や(d)の見地から行われる国際人権条約に基づく主張が受け容れられず、すれ違いが生じるのも、無理はないことかもしれない。

マククリーン判決が判例として引用する「入国の自由」判決は、まさに「入国」が争点となった事案についてのものであり、「特別の条約」とは、一般的な入管法制とは別立ての入国経路を定める条約という(a)の理解によるものと解される。たしかに、在留（の継続）が問題となる事案では、(c)や(d)のような条約に関する考慮が求められる場面も生じよう。しかし、そのような現実の要請があることと、判例の論理構造とは別問題であろう³⁷。

ンがあるといえるかもしれない。たとえば、村上正直「外国人の出入国と家族の保護」黒澤満先生古稀記念『安全保障論——平和で公正な国際社会の構築に向けて』（信山社・2015年）405-406頁では、「特定の場合に国家の裁量を限定する明文規定」と「一般的な規定」が区別されている。

³⁶ 入管法内部での難民法制の特別性について、「①外国人の出入国および在留の管理に関する一般的规定（法2条の2～59条の2）と、②難民の認定に関する規定（法61条の2～61条の2の18）の2つ」は、「どちらも広い意味では外国人の出入国在留管理に関する制度であり、相互に密接に関連するが、基本的なコンセプトはまったく異なっている」（興津・前掲論文（註4）¶008）とされる。

³⁷ マククリーン判決は「外国人の入国・在留の権利と、それを含まない憲法上の基本的人権とを区別している」（興津・前掲論文（註4）¶013）。「入国や在留の権利自体が憲法上認められるかは別として、入管法の内容や運用には国際人

また、国際人権条約の規定には(c)類型と(d)類型があることの認識は、(c)類型に該当する規定（入国の自由・在留の権利）がない日本国憲法との対比において重要である。このような条約と憲法の相違が、前述（Ⅱ 1(3)）の「出入国システム優位説」と「基本的人権優位説」の「妥当する領域」を「切り分け」する思考の問題点に関わる。しかし、裁判所が「特別の条約」を(a)と理解して、(a)類型とそれ以外の間で区別の線引きをしているとすれば、(c)類型と(d)類型の区別の重要性を「特別の条約」論で主張することには困難があろう。

(3) 「入国の自由」判決における「国際慣習法」論

ところで、「入国の自由」判決の調査官解説では、世界人権宣言および各国憲法に外国人の入国の自由を保障する明示の規定がみられないことと、「多くの国において外国人の入国規整が自主的裁量の下に行われている現状」を述べて、そのことから、「外国人の入国許可義務を認めない国際慣習法は、なお維持されている」という説明がなされている³⁸。また、マクリーン判決では、「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い」とされているが、〈国際慣習法上、外国人には入国の自由がない〉という判示は見当たらない。

「入国の自由」判決は、その当時の「現状」について「世界人権宣言および各国憲法」を斟酌して判断したものである。判例のいう「国際慣習法」は発展に開かれており、その徴憑が国際人権条約であると解することも可能である。つまり、「入国の自由」判決ないしマクリーン判決の時点での認識としては、「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」ということであったとしても、その後の国際規律の進展・深化によって、今日では出入国管理についての国家の裁量（国家管轄権）は、相当程度制約されていると考えることもで

権法及び憲法の両面からの統制が必要であり、裁判所が果たす役割は重要である」（前田直子「入管法改正と日本の難民認定制度の現在——国際人権法の視点から」ジュリ1591号（2023年）77頁）。

³⁸ 城・前掲判解（註11）323頁参照。

きる³⁹。

そうであるとすれば、国際人権条約を「国際慣習法」の原則に対する個別の例外として「特別の条約」に分類するのではなく、「国際慣習法」そのものに関する問題として扱うのが、国際人権条約の性質に相応しいと解される⁴⁰。

Ⅲ マクリーン判決の中の人権

1 判決の構成と違憲審査

(1) 〈性質説の判示〉と合憲限定解釈

マクリーン判決は、「二 当裁判所の判断」において、(一)で、国際慣習法にも依拠しながら、在留期間の更新について「法務大臣の裁量権の範囲」を広汎なものとしている法律の規定は憲法に違反しないと判断

³⁹ 「自由権規約委員会および欧州人権裁判所は、従来の慣習国際法規則の存在を承認しながらも、なお規約および条約の適用を認めているから、その範囲で当該慣習国際法原則を修正していると理解する余地がある」(村上正直「退去強制と家族の保護」薬師寺公夫ほか『法科大学院ケースブック国際人権法』(日本評論社・2006年)218頁)。村上・前掲論文(註35)408-409頁も参照。

⁴⁰ (c)類型の条約規定においても、③それが国際慣習法の内容を形成しているとみられる段階にあるものと、④「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」(村上正直「退去強制をめぐる日本の裁判例と人権条約」世界人権問題研究センター研究紀要14号(2009年)26頁)と考えられる段階のものがありうる。ただし、⑤の場合に、一般法としての国際慣習法に対して国際人権条約が「特別法」とされることと、マクリーン判決のいう「特別の条約」とは、区別して考えるべきであろう。なお、⑥のように解される場合には、⑦裁判所が(a)の立場をとるとしても、「国際慣習法」そのものに対する特別法として国際人権条約を扱えばよく、⑧裁判所が(c)や(d)の立場をとるならば、判例の「特別の条約」論は〈国際慣習法と条約とは一般法と特別法の関係にある〉ことを確認したものであり「論理的にみて特段の問題はない」(同頁)と解することになろう。

している。これは、法律の違憲審査の問題である。次に、(二)で、合憲とされた法律に基づく「法務大臣の裁量権」の行使についての裁判所による審査のあり方を示す。そして、(三)の、法務大臣による「処分の適否について検討」する段階で、〈性質説の判示〉が登場する。

「二 当裁判所の判断」

(一) 憲法は外国人に入国の自由・在留の権利を保障していない

(憲法は規定せず、国際慣習法上の義務もない)



法律が在留期間の更新を権利として保障していないのは合憲



在留期間更新の許否について法務大臣に広汎な裁量権

(二) 裁量権行使についての裁判所による審査のあり方

(三) 外国人にも政治活動の自由はある(違法な資格外活動ではない)

(〈性質説の判示〉による法律の合憲限定解釈)



在留期間の更新不許可は違法・違憲ではない

(四) 原審の判断は正当(結論)

最高裁は、法律上の在留資格の規律にもかかわらず外国人の表現活動が認められることを示すために、〈性質説の判示〉を行ったと解される。この点で、〈性質説の判示〉は、資格外活動一般を広く禁止するかにみえる法律について、合憲限定解釈に相当する作業を担っていたということが出来る⁴¹。つまり、マクリーン判決においては、入国・在留の条件を国家が自由に決定することができるといっても、憲法の規律の下にあることが前提なのである⁴²。

⁴¹ 日比野・前掲論文(註14) 52頁。

⁴² 「在留外国人には当然に人権が保障されているのだと考えて、現行在留資格制度がどのような規定のしかたをしているにせよ、在留外国人には当然に人権が保障されるのだと考えて、現行制度の間隙を人権によって充填するという構成を……理論的な含意としては、マクリーン事件最高裁判決自身が採用していたと見る事ができる」(安念・前掲論文(註26) 179頁)とされる。「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

マクリーン判決は、結論としては、法務大臣が上告人の在留期間中の政治活動を斟酌して在留期間の更新を不許可としたことは違憲・違法ではないとした。しかし、〈性質説の判示〉を行って外国人の政治活動の自由を認めたことは、形式的な資格外活動を理由とする在留期間の更新不許可の判断を認めない趣旨と解される。

(2) 「在留制度のわく内」論の意味

マクリーン判決が〈外国人は入国の自由を保障されていない〉とした趣旨は、外国人には入国・在留の許可を決定する国家の裁量を直接拘束するような人権の保障はない、ということであろう。他方、マクリーン判決は、法務大臣の裁量権も、法律が定める「在留制度のわく内」で与えられたものとしている。

すでに旧稿において考察したとおり⁴³、在留期間中の政治活動を理由に在留期間の更新不許可処分がなされたとしても、それは「政治活動をしたことに対する直接の不利益処分として」行われるわけではない⁴⁴。もちろん、マクリーン氏の政治活動自体が妨げられたわけでもなく、政治活動を理由に在留資格を剥奪されたわけでもない。その意味では表現の自由は制約されていない。

学説は、入国の自由・在留の権利が保障されないことは承認しながら、憲法で保障された人権の行使といえる在留期間中の活動が在留期間の更新に際して不利益に斟酌されることを批判してきた。しかし、在留期間更新についての法務大臣の裁量を拘束するはずの在留の権利ないし引き続き在留することを要求する権利を否定しながら、「政治活動の自由から法務大臣の裁量権に制約をかける構成」⁴⁵には困難が伴う。「適法行為を不当の面から評価すること及びその行為事実から他の事実を推認

なければならず」(泉・前掲論文(註13) 192頁)という指摘を、尾形・前掲論文(註21) 196頁は高く評価し、曾我部・前掲論文(註13) 17頁註6も一定の理解を示すが、すでにマクリーン判決の前提になっていたと解される。

⁴³ 齊藤・前掲書(註1) 233頁。

⁴⁴ 越山安久・最判解民事篇昭和53年度449頁。

⁴⁵ 小山剛「外国人の政治活動の自由(マクリーン事件)」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅰ基本的人権』(悠々社・2010年) 2頁。

することは、当該適法行為が憲法の保障を受けるからといって何ら妨げられるものではなく、憲法の保障はそのような評価及び事実の推認を禁止する効力を含むとは考えられない」⁴⁶という指摘に対する学説の応答は、必ずしも十分ではなかったと解される。

(3) 法務大臣の裁量の統制

「安念教授のパラドックス」が「ほとんど戦慄すべきもの」⁴⁷としたように、世界中の国々から（北海道から東京都へ旅行や転居をするのと同じように）自由に外国人が日本に入国し在留できる（その権利がある）と考えるのは難しいであろう。

学説が、入国の自由・在留の権利が保障されないことは承認しながら、憲法で保障された表現活動を理由とする在留期間更新不許可処分は外国人の表現行為に対して萎縮効果を及ぼすと批判することができたのは、短期間での在留更新が実質的に表現活動に対する事後制裁と同視しうることによるものと解される。しかし、入国の自由・在留の権利を否定している以上、「結局、憲法上外国人に対する在留の許否は国の裁量に任されていることと外国人の他の憲法の基本的人権の保障との間の優劣ないし調整の問題に帰する」とされることになる⁴⁸。

そうすると、問題は、在留期間の更新に際しての法務大臣の判断について、裁判所がどの程度まで踏み込んで審査するかであろう。外国人在留制度においては、在留期間が比較的短く設定されている。在留目的を達成するために在留期間の更新を反復することが必要となるような制度設計であるとする、在留期間中の活動が次の更新時の考慮要素になる。それは、実質上、定期的に在留中の活動について審査を受け、不都合があれば在留が打ち切られることを意味するであろう⁴⁹。そこで、問題とされる在留中の活動が、憲法の保障を受ける人権の行使ならば、そのことは相応の「重み」をもって考慮されるべきであろう。

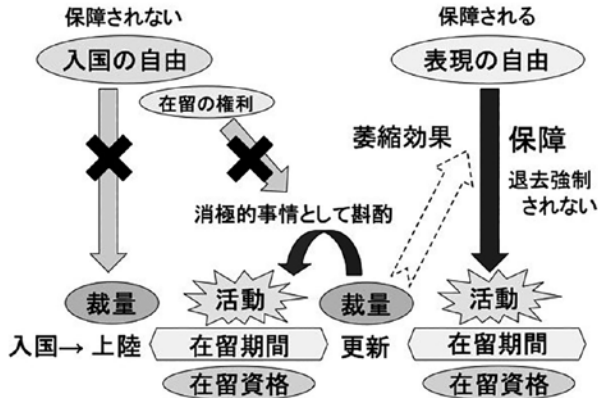
⁴⁶ 越山・前掲判解（註44）450頁。

⁴⁷ 安念・前掲論文（註26）180頁。

⁴⁸ 越山・前掲判解（註44）449頁。

⁴⁹ 横田・前掲論文（註5）98頁参照。

マクリーン判決は、「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」に限って違法となるとした。これは、法務大臣の裁量を広く認めるものとして、批判されてきた⁵⁰。この裁量統制の密度（裁判所がどれだけ踏み込んだ審査を行うか）が検討の焦点のはずである。



マクリーン判決も、法務大臣の裁量判断を無条件に広く認めたわけではないと解される。これについて、かつて、〈出入国管理令が在留期間の更新許可条件を概括的に規定しているところ、マクリーン判決は、更新不許可事由を上陸拒否事由に準ずるところまで絞り込んで判断した〉という趣旨を述べたことについて、〈絞り込んだ〉という表現には語弊があるのではないかと指摘を受けている⁵¹。

ただ、マクリーン判決をめぐっては、〈出入国管理令は、上陸拒否事由に該当しない限り当然に在留期間の更新が受けられるという建前をとってはいない〉とした上で、本件の判断においては、外国人の政治活

⁵⁰ 他方で、マクリーン判決については、「実際にはいろいろなことを検討した上での結論」（藤田宙靖〔聞き手：蟻川恒正＝中川丈久〕「藤田宙靖先生と最高裁判所（3・完）」法教402号（2014年）45-46頁〔藤田〕）であり、また、後の判断過程統制の手法につながる要素を有するとの指摘（橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂・2009年）161頁、村上裕章『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂・2019年）241頁註27も参照）もなされている。

⁵¹ 興津・前掲論文（註4）¶063註84。

動が少なくとも上陸拒否事由である「日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足る相当の理由がある者」に該当する場合には「更新を不許可とすることは許される」と説明されている。しかも、「判断要素の選択や判断過程に著しく合理性を欠くところがないか」を判断すべきなのは当然であるとされていた⁵²。

たしかに、マクリーン判決は、「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」としている。しかし、これは、上陸拒否事由および退去強制事由との関係について、常に政治活動の場合と同様に論じうるとはいえないためであろう。また、マクリーン判決では、上告人は上陸拒否事由に相当すると判断したため、退去強制事由にも上陸拒否事由にも該当しない場合については判断を留保している。

上記の指摘をした学説も、マクリーン判決が「必ずしも法務大臣にフリーハンドの裁量を認めたわけではなく、少なくとも上陸拒否事由と同レベルの粒度での説明（正当化）を求め、それに基づいて明白な合理性の欠如等を審査したとする趣旨であれば、重要な指摘である」⁵³としている。

2 「憲法上の人権」と裁量統制

(1) 違憲審査と行政裁量の統制

ここで、念のため、行政機関の裁量判断が人権を侵害しているとされる場合の、裁判所での審査のあり方について確認しておきたい⁵⁴。

行政処分によって人権が侵害されたという場合、まず、①処分の根拠となっている法律の合憲性が問題となる。法律が合憲とされた場合には、②処分が法律によって与えられた裁量権の逸脱・濫用に当たるかが問題となる。

⁵² 越山・前掲判解（註44）443頁・450頁・445頁。関連して、興津征雄『行政法Ⅰ行政法総論』（新世社・2023年）436頁・449-450頁参照。

⁵³ 興津・前掲論文（註4）¶1063註84。

⁵⁴ 齊藤正彰『力点憲法』（信山社・2024年）61-62頁参照。

国民の代表が定めた法律（そこに示された判断）を覆すためには、憲法を持ち出す必要があるというのが、①違憲審査（法律の合憲性審査）の問題である⁵⁵。それに対して、行政機関の判断に疑問があるならば、まずは、②それが法律に違反していないか（行政処分の適法性）が問題となるはずである。個人の権利を不当に制限する処分については、処分の根拠となる法律の違憲性（憲法違反）が直ちに問題となるのではなく、処分の違法性（法律違反）を検討することになろう。

ところが、法律が行政機関に広い裁量を認めている場合に、法律自体は違憲とはいえないとしても、行政処分が個人に打撃を与えていることがありうる。そこで、法律自体を違憲といえなくても、処分が憲法上の人権を侵害しているとして、「処分違憲」とする可能性が論じられるものと解される⁵⁶。

（2）判断過程統制における考慮要素

近年、「人権制限が問題であるように見えるにもかかわらず、明示的に憲法何条（違反）と挙げることなく、行政裁量の踰越・濫用の枠組みで事案を処理した一連の判例」が注目される。それらは「人権条項なき憲法訴訟」と呼ばれる⁵⁷。そして、そこでの行政裁量の審査では、判断過程統制の手法が用いられることが多いとされる⁵⁸。

「人権条項なき憲法訴訟」においては、「法に授權された裁量の「中」で公益を構成する諸利益・諸事情の一つとして人権が働く」⁵⁹とされる。

⁵⁵ 「違憲審査基準が議会と裁判所の役割分担の問題なのだとすれば、そのような違憲審査基準を行政処分との関係でも用いてよいかは疑問視されるべきである」（櫻井智章「裁量をめぐる憲法論」神橋一彦ほか『憲法と行政法の交差点』（日本評論社・2025年）257頁）とすれば、マククリーン事件の裁量統制を目的・手段審査で行うべきことを論じる泉・前掲論文（註13）195頁以下は、「間違い」ということになるかもしれない。

⁵⁶ 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開（第2版）』（日本評論社・2014年）298頁。

⁵⁷ 穴戸常寿「裁量論と人権論」公法71号（2009年）100頁。

⁵⁸ 同論文104-105頁。「裁量の「中」で働く人権は判断過程統制の手法に対応」（同109頁）するともいわれる。

⁵⁹ 穴戸・前掲論文（註57）107頁。

つまり、憲法上の人権は、裁量審査における判断過程統制での考慮要素として作用する可能性があるといわれる⁶⁰。すなわち、④人権は、裁量判断において考慮に入れなければならない「要考慮事項」であって、人権について考慮しなかった場合には裁量判断が違法とされる可能性があり、⑤人権は、関連する諸事情や諸利益の重要度の評価について「重みづけ」をするものとして働く可能性があり、⑥人権が比較衡量の要素となった場合には、行政機関には「慎重な衡量」が義務づけられることになり、それゆえ裁判所の審査密度も高まる可能性があると考えられる。

(3) 行政裁量の「中」と「外」

ところが、「人権は裁量を「外」から枠づけるものであり、人権侵害行為は自由裁量性が否定されるか裁量踰越とされるか」であるとされる。それに対して、「行政裁量の「中」で働く人権の機能は、憲法学が想定する、立法をも拘束する人権のイメージとは容易に整合」しないとされる⁶¹。

しかし、「制度をも破る人権」の追求が「人権論の第一の課題」であるとしても、「裁量の「中」の人権」とは、その裁量権が授権され位置づけられる「制度の中の人権」であり、それも「重要な人権の機能」である⁶²。そして、ここでの問題設定は、外国人在留制度を「破る」ような入国の自由・在留の権利が存在しないことを前提とし、「在留制度のわく内」論を前提に、それに対する憲法的統制をどこで・どのように・どの程度まで及ぼすことができるかを解明することである。

なお、裁判所は「人権条項なき憲法訴訟」における裁量審査で判断過程統制が義務づけられる場合を明示しておらず、「最小限審査への逃げ道」を残していることが懸念されている。そこでの問題意識は、日本で

⁶⁰ 同論文106頁、平裕介「『宮本から君へ』事件と『裁量論と人権論』の新展開」判時2582号(2024年)6-7頁参照。

⁶¹ 宍戸・前掲論文(註57)106-107頁。「行政裁量の「中」で働く人権の機能」をめぐる議論について、櫻井・前掲論文(註55)256-258頁、高佐智美「裁量統制論によるマククリーン判決「解体」の試み——収容施設における医療処遇を例に」エトランデュテ4号(2022年)195-196頁参照。

⁶² 宍戸・前掲論文(註57)109頁。

は、「裁判所は「統制されざる統制者」であり、裁判所自身が人権に拘束されるという観念が希薄」ということにあろう⁶³。一般の裁判所の裁量を人権によって枠づけて統制するドイツ連邦憲法裁判所の「統制者」としての役割は、日本の最高裁に関しては、「国際審級」⁶⁴に期待することが考えられる。

3 出入国管理の憲法的統制

(1) 外国人在留制度の枠内での裁量統制

ここまでの検討から、入管法制の定める外国人在留制度そのものが違憲ではないことを前提に、合憲の法律が定める外国人在留制度の枠内で与えられた法務大臣の裁量権の行使に対する憲法的統制を考えることが重要と解される⁶⁵。

⁶³ 同論文107-108頁。

⁶⁴ 齋藤民徒「国際人権法の審級論——日本国裁判所と仮想の「第四審」」法時94巻4号(2022年)37-38頁。

⁶⁵ 「外国人に入国・在留の権利を否定することと、在留期間更新拒否処分の裁量審査を②[＝自由権規約をはじめとして同判決当時には未締結・未批准であった諸国際人権条約が考慮に入れられるべきこと]・③[＝同判決当時から現在に至る行政法上の裁量審査手法の進化・深化を踏まえた裁量審査が行われるべきこと]の観点から強化することとは、両立する。いいかえれば、外国人の入国・在留の許可をなおも国家の裁量に委ねつつ、外国人が適法に在留している間の合憲合法で平穏な態様の政治活動が在留期間の更新申請の審査に際して不利益に考慮されることを厳格にコントロールする裁量審査を憲法・国際人権法・行政法から根拠づけることは、論理的に可能である」(興津・前掲論文(註4)¶013)。そこでは、「外国人に「引き続き在留する権利」までは認めずに、憲法および国際人権法の観点から裁量統制を強化すること」(同¶013註27)が肝要である。「国内法である入管法が「国際法」の精神」や「日本国憲法の精神」を法務大臣の考慮事項として採り入れていると解し、これらに対する考慮が適正を欠く場合(たとえば、平穏な態様での合憲合法的な政治活動を、正当な理由なく過度に不利益に考慮した場合など)に、裁量権の濫用を認めることは、可能である」とされ、それは「いわば国際法や憲法が入管法の内側で法務大臣の裁量権に対する重しとなるというイメージ」であるとされる(同¶013註27)。こうした理解を否定する出入国システム優位説に対しては、「国内法である入管法に基づ

(2) 法律上の申請権

行政法学の見地から、「在留資格および在留期間を決定する処分」については、「入管法の規定に基づいて、申請者たる外国人に申請権が認められること」が「重要」とであるとされている⁶⁶。在留資格および在留期間については、それに関する拒否処分に対して申請者が取消訴訟や無効確認訴訟を提起できることの前提を確認しておくべきとされるのである。

なぜなら、外国人に「入国の自由」や「在留の権利」が保障されないことを前提とする場合には、「申請された在留資格または在留期間の決定を拒否する処分によって当該外国人の権利は何も侵害されることがなく、当該外国人は拒否処分に対して訴えを提起することができない（訴えの利益もしくは原告適格を欠く、または拒否決定が処分性を欠く、などの理由で）」という解釈も、理論的には成り立ちうるから⁶⁷である。

そのように指摘した行政法学説は、しかし、「在留資格や在留期間を決定する処分の申請権は、入管法が申請の仕組みを設けていることから解釈により導かれる」⁶⁸と説明する。そして、その効果として、「拒否処

いて裁量権を行使する法務大臣が、性質上外国人に対しても保障される一般的な基本的人権を無視または軽視してよいという解釈には無理がある」として、「出入国システム優位説のもとでは、基本的人権は裁量判断における考慮事項として考慮されるにとどまる（したがって、在留中の人権行使を不利益に考慮することがおよそ許されないとはいえない）が、相対的に重く考慮され、在留中の人権行使を不利益に考慮して在留期間の更新を不許可とする場合には、それを上回る対抗利益（正当化事由）の存在を示すことが法務大臣に求められるというべきではないだろうか」との批判がなされる（同 Ⅱ013註27）。

⁶⁶ 同論文 Ⅱ064。

⁶⁷ 同論文 Ⅱ065。興津征雄「在留資格と訴えの利益——一在留一資格の原則は訴えの利益を否定する理由にならない」浅野有紀ほか編『グローバル法・国家法・ローカル法』（弘文堂・2025年）100頁以下も参照。

⁶⁸ 興津・前掲論文（註4）Ⅱ066。ただし、それは「入管法の明文で規定されたものではない」（同 Ⅱ066）。ここでいわれる申請権とは、「行政庁に対し、①申請に対する諾否の応答（認容処分または拒否処分）を求める権利、および、②申請を違法に拒否しないことを求める権利」を内容とするものとされる（同 Ⅱ064）。

分の取消訴訟または無効確認訴訟を提起することができる」⁶⁹とされる。

このように、法律によって付与された権利の存在に基づき、法務大臣の具体的な処分が、外国人在留制度の枠組みと齟齬していないかを検討することになる。

(3) 憲法学説の彼方への展望

「およそ国家権力の行使は合理的なものでなければならない」というのが「憲法も採用する法治国家原理の要求するところであり、そうした意味での憲法上の制約は当然存在する」けれども、しかし、「それだけであれば裁判所の審査密度はそれほど高まらない」と指摘される⁷⁰。そこで、出入国管理についての憲法的統制を要請する基盤を考える必要がある。

最高裁は、昭和32年の「入国の自由」判決と、出国の自由について判断した同年の判決（最大判昭32・12・25刑集11巻14号3377頁）において、出入国管理の問題が憲法とりわけ22条2項の規律を受けるという理解に収束しつつあったものとみることができる⁷¹。

そして、翌年、いわゆる帆足計事件に関する最大判昭33・9・10民集12巻13号1969頁（以下、帆足計判決という）において、最高裁は、憲法22条2項から「外国旅行の自由」を導き出した。帆足計判決は、国内も含む「旅行の自由」一般を対象にするのではなく、旅券法が移住と旅行を区別していないことから、「海外渡航の自由」の問題としたものである。最高裁が22条に基づいて海外渡航の自由を認めたことは、22条が出入国管理の統制を射程に収めていることを意味している⁷²。

⁶⁹ 興津・前掲論文（註4）¶1064。上註にいう②の効果とされる。マククリーン判決において「訴えの利益を含む訴えの適法性が何ら問題とされていない」ことについても、このような理由で説明が成り立つとされる（同 ¶1065）。

⁷⁰ 曾我部・前掲論文（註42）17頁註6。

⁷¹ 齊藤・前掲書（註1）221-223頁参照。

⁷² なお、帆足計事件そのものに関しては、占領下にあった当時の国際情勢など「特殊の事情を考慮することによって本判決の結論もあながち理解できないわけではない」との説明がなされていた（井口牧郎・最判解民事篇昭和33年度235-236頁）。

その後、最判昭44・7・11民集23巻8号1470頁は、旅券発給拒否処分の適否について裁判所は「広汎な判断権を有する」との理解に立ち、出入国管理について踏み込んだ裁量統制を行う態度を示したものと解される⁷³。

たしかに、日本国が旅券発給の権限および責任を有する日本国民と、入管法で規律される外国人とでは相違があり、同一には論じられない面があるかもしれない。それでも、日本国籍保有者に対しては旅券発給という対人主権との関係で出入国管理の統制が問題となるのに対して、外国人に対しては領域主権との関係で出入国管理が問題となる。場合によっては、憲法22条の「法意」⁷⁴が及ぶということもできるかもしれない。

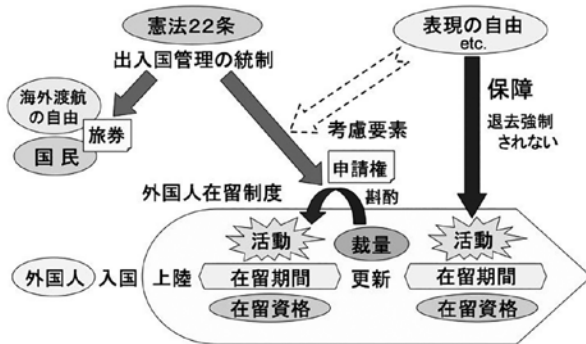
そのようにして、憲法22条に基づく出入国管理に対する憲法的統制は、在留資格・在留期間に関して入管法が定める法律上の申請権をめぐる適法性審査の場面に及び、「在留制度のわく内」で法務大臣に与えられている裁量権の統制において、関連する人権規定を適切に考慮することを要請するものと考えられる⁷⁵。

⁷³ この旅券法昭和44年判決は、判断過程統制を行ったものと評価される（宍戸・前掲論文（註57）104頁）。その後、渡航先国による入国拒否を理由とした旅券発給拒否処分を裁量権の逸脱・濫用があり違法とした、東京地判令6・1・25判時2616号9頁は、海外渡航の自由が憲法で保障されることについては帆足計判決を引用したが、裁量統制については、旅券法昭和44年判決を引用していることが注目される。

⁷⁴ 齊藤・前掲書（註1）236頁。

⁷⁵ 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社・2011年）164頁・326-327頁が指摘するように、入国の自由・在留の権利を、公共の福祉によって制約される弱い権利として設定することは、本稿の論旨と径庭がないといわれるかもしれない。ただし、判例では、国民には「憲法上の人権」として保障される「入国の自由」が外国人には全く保障されていない／弱くしか保障されていないのではなく、「入国の自由」という「憲法上の人権」は存在しない（国民にとっては「憲法上の人権」以前の問題である）とされている。また、憲法22条1項は居住・移転、2項は外国移住と規定しており、日本国外にいる外国人が日本国内に向けて移動することを保障対象に含めるためには、これらの条項が合わせて「移動の自由」を保障していると解すること（同164頁）が受け入れられる必要がある。なお、齊藤・前掲論文（註10）12-14頁参照。

在留目的のためには、比較的短く設定されている在留期間の更新を反復することが必要となりうる。そのような外国人在留制度の設計を前提として、適切な出入国管理の要請が憲法22条から導かれる。こうした制度設計においては、在留期間中の活動が定期的に審査を受けるかたちになる。それが憲法上の人権として保障を受ける活動である場合には、その憲法上の人権（マクリーン事件の場合であれば21条）が裁量判断の考慮要素として適切に衡量されるべきことを、22条が基礎づけるのである。



おわりに

マクリーン判決に対しては、「間違い箇所」が多く、その判示を「超えて」行くべきものとして、手厳しい批判の言葉が投げつけられてきた。そうした学説の側の気迫に見合った成果が示されない状況の継続は、かえってマクリーン判決を「乗り越える」ことの困難な障壁であるかのように描き出すことにつながっているのではないかと懸念される。

憲法学説においても、行政法学における裁量審査の研究の進展に注目して、法務大臣の裁量統制がマクリーン判決の勝負どころであるとの指摘がみられるようになっている。そのような裁量統制への注目は、憲法の論理の追究とは別の「より現実的」な方途⁷⁶なのではなく、それこそ

⁷⁶ 高佐・前掲論文（註61）197頁は、「行政裁量の「外」から、声高に憲法ないし人権条約による行政裁量の排除ないし制限を主張しても、マクリーン判決に盲

がマクリーン判例に憲法学説が理論的に取り組む際の要諦と考えられるのである。

目的に追従している裁判所にその声が届くことは、残念ながらほとんど期待できないと思われる。であるならば、まだ裁判所にとってなじみがあり、受け入れやすいと思われる行政裁量の「中」から、憲法や人権条約における人権の価値を事実上確立する方途を模索していくことが、より現実的ではないだろうか」とする。