

再入国の自由について

萩野芳夫

はじめに

以下は、一九八四年(昭五九)一月二一日に、東京地方裁判所において行なつた証言である。再入国の自由については、一部で、重要な問題であるという認識があるけれども、これまで、このことについて論じられたものはほとんどない状況である。本小論は、論文としてまとめたものではなく、質疑応答の形をとっているので、私としては、論じたいことが論じられず、不十分のままに終つたところも多く、分りにくいところも多い。しかし、それだけに、問題点が明らかになつたという長所もある。このさい、生まのままで発表して、大方の御批判を受けることは、今後のため大いにプラスになると考えた。性質上、手をいれることはできないが、意味が分りにくい部分とか、ごくわずかの語句の加入、訂正、削除によって意味がより明瞭になる部分とか、話し言葉特有の無駄や冗長には手を加えた。とくに必要なものについては、本文の中にかっこ書きで注をいれた。かなづかい等は、裁判所速記官の用いたものに從つた。

本証言の行われた法廷は、つぎのとおりである。

再入国不許可処分取消等請求事件(昭和五七を行ウ第一九五号)

東京地方裁判所民事第二部第一〇回口頭弁論

原告 森川キャサリン・クノルド

被告 法務大臣

証 言

原告代理人（野本）

1 証人は現在、南山大学の教授をされておるわけですね。

はい、そうです。

2 御専攻は何でしょうか。

公法ですが、とくに涉外公法と呼ばれる分野について研究をしております。

3 そのほかの細かい御経歴、あるいは著作等はお書きいただいた履歴書の通りということによろしいですか。（本速記録末尾添付の履歴書を示す。）

はい。

4 それでは本論に入らせていただきます。まず外国人の入国について新規入国と再入国について違いがあるのかどうか、あるいは違いがあるとするかどうかという点にあるのか、この点について証人の考え方をお聞かせいただきたいんですが。

結論から言いますと、新規入国と再入国とは性質が異なるものと考えております。

なぜならばまず第一に、基本的には再入国許可を求める外国人は本邦の領域内に所在いたします。したがって言葉を代えて言いますと日本国の主権の範囲内にあり、憲法の及ぶ範囲内にあるということが言えると思えます。それに対して新規入国を求める人は日本の領域外にあって、つまり日本の主権の外にあるものであります。基本的にはそういう違いがあると考えます。今の点からいたしますと、日本国の領土内において、日本の主権の下にある場合には出国までの間、一般国際法上から言いますとも生命、身体、名誉、財産等につきまして原則として国民と同様の権利が認められる。いわゆる内国民待遇、また少し違った意味が付されますが、内外人平等の原則ということが言われるわけでありまして、そういう一般国際法上の権利保障がまずあるということ、そして国民と同様の行政上、司法上の保護を受けるという原則が国際法上あると考えます。最高裁の

判決でも憲法二二条の居住・移転、外国移住の自由は外国人の日本国に入国することについてはなら規定していないけれども、外国人であつてその主権に服している者に限り及ぶということを言つております。

第二番目に新規入国の場合には入国しようとする外国人の人の柄もわかりません、日本に生活の本拠を持たないわけでありまして、入国後の行動に不安がある場合があり得るのは当然であります、再入国の場合には何よりも人の柄がわかつております、定住外国人という言葉が最近、使われております。その「定住」が何を意味するのか、その言葉を使う人によって少しずつ違ふようですが、どちらにしろ長期的に本邦に在住する人という意味を持つてゐることは間違いないと思ひます。そういう人の場合、長期にわたつて日本の社会に平穩に居住している人でありまして、日本国の安全を脅かすとか国民の福祉を妨げる人でないことが一応、実証されていると考へます。もしも違法な行爲を行うようなことがありまして、退去強制される。通常の場合、そうでありまして、在留を認められてゐる者は一応、平穩に生活してゐることが推測されることになると思ひます。この点でも新規入国と再入国の場合とは大變、違ふのではないかと考へます。

第三番目に再入国の場合には出国までその外国人が在留資格を有することによつて持つ利益とか権利がいろいろ存在いたします。例えば財産権、あるいは広い意味で居住権、家族生活を営む権利、経済生活上の信用でありますとか、いろいろな諸利益、そういうものが彼自身に付着してゐるとみることが出来ます。生活の本拠を日本に有する者につきましてはこのことがより強い意味で言うことができると思ひます。この点から言ひましても新規入国の場合と異なりまして、再入国の許可を拒否することに於いては、例示しましたような諸々の権利、利益の剝奪とか侵害、あるいは制限につながることを考へ慮しなければならぬと思ひます。

第四番目に、このような在留外国人ないし定住外国人はわが国に足跡を残さないような観光客とか単に通過して行く人たちとは違ふのでありまして、この在留または定住外国人とそれ以外の人たちを同一に見ることは、當を得ていないと考へます。いわんやまだわが国に在留する前の人と長期に在留してゐる人とを同じに扱ふことはできないと考へます。わが国の国籍法によりまして普通帰化は五年で取れるということになつておりますから、五年ほど日本に在住すると、いわば日本国民に準ずる地位を与えてもいいんだという考へ方が国籍法に流れてゐると解釈できると思ひます。そういう人たちが

全く新規に入国して来る人たちと一緒に見るといことはどう考えても不当であると考えます。

5 それからわが国の入管法とアメリカ入管法というのは、よくアメリカ法が母法であるというふうに言われるんですが、証人の研究の結果でもそういうことは言えるんでしょうか。

はい、そう言えると思います。

6 そこで米国においてこの再入国についてどういふふうな規制がなされているのか、考え方や判例等について御紹介いただきたいと思えます。

アメリカにおきましては、入国と再入国の概念の区別は古い時代から存在いたしました。一九世紀の八〇年代によく知られておるように、いわゆる中国人排斥法と呼ばれる移民法が制定されております。これに関連して再入国拒否処分と遭う事件が頻発いたしました、それが法廷で争われておりますが、その時期の判決の中に明瞭に *right to re-enter* 再入国の権利という言葉を使ったものが見受けられます。一つの例として一八八四年の最高裁の判決がございます。(拙著『出入国と憲法——アメリカと日本の比較』(勁草書房一九八二年)一一八頁以下参照。Chew Heong v. United States, 112 U. S. 536 (1884))。もちろん、この判決の考え方は変化をしております。今、一八八〇年代のことについて述べましたが、その後、アメリカ合衆国では再入国の規制が厳しくなっております。だんだんと厳しくなっていくておりまして、一九五二年法、現行法でございますが、これでもきた時点においてははかなり厳しい取締法でございました。しかしその後だんだんと毎年のように改正されて参りまして、内容が変つて来ております。

現在、再入国につきましてどういう制度になっているかと申しますと、移民法の二二二条C項によりますと合衆国に定任をいたしました、まだ放棄していない合衆国の居住地に帰還する外国人は入国拒否条項の規定にかかわらず、法務長官の裁量によつて入国許可が得られる。またこのような外国人は合衆国出国前に入国を拒否されないことの事前の保証を法務長官に求めることができるというふうな規定になっております。ここには明確には再入国の権利というふうな考え方はうたわれておりませんが、わが国の現行法と比べますと一段と再入国についての外国人の利益を尊重する規定になっていようかと思えます。そしてそのような再入国についての規定がある一方で、一〇一条A一三項に入国の定義がございます。それによります

と、入国とは外国の港、または領土、合衆国の海外属領から外国人が合衆国に来ることである。来ることが任意であるか、その他の事情によるかを問わないということになっております。そして判例法によって發展させられて来た入国概念が大変、示唆に豊富でございます。入国の概念に含まれないものとして今日までに確定されたものとみていいと思われまはすのは、合衆国における永住資格を持つ外国人 (an alien having lawful permanent residence) の外国との往來は移民法にいわゆる入国と見られないという解釈です。その外国人は、外国の港、または領土、合衆国の海外属領へ向けて出国したことが自由意思によって合衆国から脱出することを意図したのではないこと、外国の港等に居たことが合衆国脱出を意図したものでなかつたことを法務長官に立証しなければなりません。それを立証しますと一〇一条に言う入国には当たらないとされております。そして一九六三年にこの問題についての重要な連邦最高裁判所の判決が出されております。ローゼンバーグ対フルーティの事件でございますが、このフルーティの事件以後、だんだんと再入国の自由を認める方向が進んで来ております。在留外国人 (a lawful resident alien) は合法的に在留する外国人が善意で一時的に短期間、合衆国を離れた後、帰還した場合は入国とはみなされないと一〇一条を解釈するわけでありまはす。その事実関係を申しますと、一九五二年に入国を許可されてアメリカ合衆国に在任しておりましたメキシコ人が二、三時間、メキシコを訪問したケースにつきまして判決が出されたものであります。裁判所によりますと、本件は善意の一時的な短期間の在留外国人の国外旅行であつて、彼が在留資格を放棄することを意図したものと解し得ないから、合衆国への帰還は新規入国ではないと言つております。ただ本件の場合には、かなり有力な反対意見が付いておりまして、四人の裁判官が本件の場合には法律上の入国に当るんだという趣旨を述べております。(Rosenberg v. Fleuti, 374 U. S. 449 [1963]) は、うったん出国して入国しようとしたとき入国拒否事由があつたケースである。証言の対象になつてゐる事件とはレベルがちがうことに注意すべきである。

その後、再入国を新規入国と区別する考え方がより強められていきます。新規入国となるか、ならないかのテストはその外国人が合衆国を離れたことが彼の在留資格を奪うほどの意味をもつていたかどうかにあるという言葉が使われております。在留資格を奪うほどの意味の有無を判断する要素は、合衆国を不在にした期間の長さ、旅行の目的、そのほかいろいろなる文書の必要性などを考慮して判断するということでございます。従ひまして合衆国出発時点では当該の外国人の意図が善意であつて、

短期間の一時的な旅行をしようとしたものであっても、彼の合衆国不在中に事情が変更して旅行の性質が変わることがあり得ますが、そのような場合には帰還した時に入国として扱われることになる。新規入国として扱われることになる。その点につきまして少し異なる態度を示した判例もあります。すなわち、外国人が合衆国を不在にしている間に発生した事情よりも、むしろ合衆国を出発する時に持っていた旅行理由こそがフルーティ判決の立てた原則の適用を左右する。旅行理由に示された本人の意思を尊重すべしということです。これは在留外国人がメキシコに居るいとこの病氣見舞をするためにメキシコを旅行した。そして四人のメキシコ人の合衆国への不法入国を援助したという事件でございました。これは永住資格の放棄を意図したものでないから彼の帰還は新規入国には当たらない、再入国であると認められたケースであります (Yargas-Banuelos v. Immigration and Naturalization Service, 466 F. 2d 1371 [1972] 拙著・前掲一一九頁)。

右の判例の系列と少し違うものに次のようなものがございます。永住権を持つ外国人がメキシコに出国して二日半、滞在の後、合衆国に五五ポンドのマリファナを密輸入することを意図して合衆国に再度、入国しようとしたことは入国拒否事由を生じさせると判示したのがそれです。合衆国出発が当初はなんらやましいものはなかったとしても、その後入国拒否事由にあたる一定の行為をした場合には、当事者に利益が認められている再入国ではなく、新規入国として入国拒否条項に基づいて判断されることになるんだという判示でございました。マリファナの密輸入という行為は在留資格を奪うほど重要な意味を持つ行為である、という言葉を使っております。それで再入国に与えられる利益を剝奪したというわけであります。

## 7

それでは次に外国人の再入国の自由とわが国の憲法二二条との関係について証人の御見解をお願いしたいと思います。

再入国に関しましては、憲法学界でも、まだそれほど十分に論じられていないと思います。学説は自由を認めるものと否定するものとに分かれておりますが、その自由を認めるものがだんだんと多くなって来ていると言えようかと思えます。この点につきましては、やはり例の判決、最高裁判所に参りまして、訴えの利益がないとされたケースであります。最高裁判所の昭和四五年一〇月二六日の在日朝鮮人の祖国の二〇周年祝賀のための再入国許可申請の事件が重要と考えます (民集二四卷一 一五一—一五三頁)。一審、二審は外国人にも一時的な海外旅行の自由があると解して、再入国の自由を認めました (東京地判昭和四三年一〇月二一日行集一九卷一〇号一六三七頁、東京高判四三年一月二八日行集一九卷一〇号一九四七頁)。

憲法との関係で考える場合には、まず第一番目に、再入国の自由は二二条が保障する自由に含め得るような性質のものなのかどうか、その点の検討が必要であります。この点につきましては、さきほど入国と再入国についての違いを申し上げましたところからかなり明白ではないかと思えるのでありますが、再入国というのは勿論、経済的な自由としての側面を持ちますし、それから家族生活を営む権利と一応、呼んでおきますが、そのような権利にも関係すると思えますし、場合によりましては会議に出席をして研究会なり、いろいろあると思えますが、出席して帰って来る、あるいは留学をして帰って来るというようなことを考えますと精神的な要素も強く持つていると解し得られると思います。そこで一応、結論としては再入国の自由は前述の判決の言葉で言いますと一時的海外旅行の権利というふうに言わなければならないのではないかと考えております。日本国民の海外渡航の自由と類似する権利であると言つていいかと思えます。ただ、この点の違いはまた後述したいと思います。そんなふうには解されると思えますが、問題なのは出入国に関する慣習国際法との関係でございます。

慣習国際法は、一般に外国人の出入国については当該国の自由な裁量によって規制することができるといふ建前になっております。そういったしますと再入国も外国人の出入国でありますので、この慣習国際法からすると国家の主権の方が優位さされて、個人の出入国の自由というふうなものは成立しないのではないかという結論が導かれるかも知れません。けれども、その点は出入国に関する慣習国際法は、一応、さっき申しましたような建前であることはその通りであります。しかし慣習国際法は入国、出国を、これは極めて明確に区別をしてはならずであります。出国の自由は、国民が渡航の自由の一環として出国するよりも外国人が出国する自由の方がより強く保障されるべきであると言われていることは御存知の通りであります。そうして再入国の問題についてどう考えるかという点は、慣習国際法の上では必ずしも明確ではないと言わなければならないと思えます。

その次に問題なのは、最初に申しましたように二二条の保障する自由に含め得るんだといつても、一体、どういうふうな自由なのかを確定することが重要と思えます。つまり公共の福祉をどう理解するか、日本国憲法制定以来、論じられて来たこの難しい問題とかかわつて来るからでございます。通説的に申しますと、二二条は、経済的な自由に関するものであるから政策的な考慮からの制約をも公共の福祉の内容としてそのような制限を受けることがあるというふうには理解されております。

しかし、今日、有力に主張されておりますのは、二二条にもやはり経済的自由に当るものと精神的自由に含まれるべき内容と両方があるんだという主張でございます。そしてそういう政策的な制約に服するのは経済的自由の側面であって、精神的な自由に関連する事柄については、いわゆる内在的な制約のみが適用されるというふうに言われます。そして一つの説によりますと、今、言う経済的な自由というのは職業選択の自由を言うのであって、居住・移転の自由というのは本来的にいろいろな精神的な自由、人身の自由等に結び付くから経済的自由である職業選択の自由に対する制約と同様に考えることはできない、政策的な制約は職業選択の自由についてだけだという見解が最近、主張されるようになって参りました。

つぎに、今、申しましたのと方向を違えて再入国許可処分の性質との結び付きで今の問題を考えていこうと思ひます。今までは、再入国許可処分は、恩恵的な処分であるという考え方がかなり有力に展開されて来たと思ひます。なるほど實際の制度を見えますと再入国に当っては査証を必要としないとなっているだけである。上陸許可条項では、在留資格について新たな審査を受けないというふうな申請人の利益が認められております。そのほか外国人登録を改めてする必要がないというふうな便宜が認められております。そういうようなことから本来は許可処分をしなくてもいいんだけど、恩恵的にそれをする事ができる。あるいは逆に言えば、処分すれば、それは恩恵的な内容のものになるんだという考え方が通用して来ているかと思ひます。

今の点につきまして同じ結論を導くについて諸外国の法令との比較からそのような結論を導き出している人もあります。ヨーロッパ大陸系諸国の立法例としては再入国許可処分のごときはあまり見当りませんが、英米法系国の内に、わずかにアメリカの移民国籍法の中にそれが認められるだけであるというところから、やはりこれは恩恵的な許可処分なんだというふうな結論を導いている人もあります。

しかし果して恩恵的な処分と考えることは、在留外国人の、さきほど申しましたような意味でのいろいろな権利とか自由の考え方と矛盾することにならないのか、その点の問題があるかと思ひます。それでさっき申しました国民の渡航の自由と再入国の自由とを比較することによって再入国を自由だと申しましたが、それがどのような自由なのか明らかになると思ひますので、その点を検討してみますと、次のように言えようかと思ひます。



まず第一に、在留外国人には日本の社会に深く根をおろした人から始まりまして、ごく軽微な足跡を残すだけの人まで、さまざまな人があります。そういうことを考えますと、この人たちを一律に再入国の権利があるんだとみることは勿論、当を得ない考え方であります。そのようにして在留外国人のすべてに日本国民が持っていると同様の海外渡航の自由が認められるとは言えないと思います。

第二に、出国して、再び本邦に入るのには日本国民の場合は帰国でありまして、絶対的な保障を受けるべきものであります。しかし、外国人にとってはあくまで外国への入国であります。完全に国民の渡航の自由と再入国の権利とが同様の権利であると考えerことはできないと思います。

第三番目に、主権と独立を維持し、国民の福祉を保障するのは国家の権利でありますし、また義務でもあります。そういった点からいたしますと、わが国の安全とか国民の福祉に危害が及ぶ可能性を考慮して外国人に対する規制を行う国家の権利の存在を認めなければならぬと思います。つまり渡航の自由は比べて再入国の自由はより多くの制約を被らざるを得ないであろうということであります。

つぎに、再入国の自由を制約する公共の福祉の内容を具体的に論じてみたいと思います。これは当該外国人の再入国許可申請に対する許否の問題の場合と、出国してから再び入国する際の許否の問題に分けて考察する必要があるかと思ひます。再入国許可申請に対する許否をするに際して考慮すべき公共の福祉について申しますと、出入国管理法には旅券法一三条一項に対応するような規定がございませんが、再入国の自由の前述のような性質からつぎのようにいえると思ひます。日本国民の海外渡航の自由と同様に渡航先に施行されている法規により、その国に入ることが認められない者、あるいは死刑、無期、長期二年以上の刑に当る罪につき訴追されている者、禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終るまで、また執行を受けることがなくなるまでの者、あるいは旅券法一三条各号の一に該当して刑に処せられた者、それともう一つ、著しく、かつ直接に日本国の利益、または公安を害するおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者のほかは再入国の許可が与えられねばならないということになるのではないかと思ひます。旅券法の一三条一項ないし四号につきましては問題はないと思ひますが、問題なのは、五号の、著しく、かつ直接に日本国の利益または公安を害する行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理

由がある者という規定であります。例のいわゆる帆足計事件におきまして、この規定が争われましたが、合憲の判断が出ておりますのは御存知の通りであります。私もこの規定につきましては合憲であると解しております。ただ、この規定の本来の趣旨は、明白かつ現在の危険の原則の考え方をそのままではないにいたしても、借用したものと解することができます。従いましてそのような趣旨に則らない運用が行われるといたしましたならば、場合によっては、運用違憲、ないしは適用違憲の問題が出て来ようかと思えます。

## 8

それでは、再入国の自由と憲法二二条の関係について、もう少し補足して御説明ください。

著しくかつ直接に日本国の利益又は公安を害する行為とは何なのか、それを少し具体的に述べてみたいと考えます。この規定の解釈といたしましては、恐らく一三条の一項一号から四号に掲げられている事項とパラレルに理解していかなければならぬと思えます。そういう点から申しますと、主観的乃至漠然とした概念に代置されてはならない。日本国の利益又は公安というのは誠に漠然とした概念でありまして、非常に重要であるにもかかわらず、これまで多くの先覚者たちが指摘してきておられますように、国家の利益とか公安とかいう言葉を、非常に広い意味で理解をするというところ、人権とか自由とかいうものはほとんど無に帰してしまします。重要であるにもかかわらず、内容の規定付けが極めて難しい概念であると思えます。別の言葉で言えば、社会全体の利益、国民の福祉とか国民の幸福、あるいは平穏な生活というような言葉で置き換えることができましようけれども、しかしそういうふう置き換えてみましても、必ずしも十分に明確にはなりません。結局、一号から四号に掲げられてあるような事項とパラレルに考えて、社会全体の利益、福祉、国民の幸福で平穏な生活等が、日本国の利益とか公安であると理解をして、具体化していくほかないであろうと思えます。

再入国の自由はそのようにして憲法によって保障されていると思えます。そして、この再入国の自由の性質から考えまして、これは経済的自由と精神的な自由、あるいは更にはその他の自由の性質を合わせ持つものと言えようかと思えます。そういったしますと、この自由を制約する基準は、精神的な自由の制約基準である内在的な制約のほか、やはり政策的な制約を受けることもある、と考えなければならぬと思えます。

## 9

再入国の自由と、我が国が批准した国際人権規約（B規約）の一二条との関係について見解をお伺いします。

まず一二条の審議経過で見ますと、最初原案は *Anyone shall be free to enter his own country.* となっております。つまり、何人も彼自身の国に入るのは自由である、となっております。それが最終的に条文になりましたのは、*No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.* となっております。何人も自分の国に入る権利を恣意的に奪われない、という文章になっております。そして、この *his own country* という言葉であります。これが審議の途中でカナダの代表から、*his own country* という言葉は不明確である、だから *the country of which he is a citizen* つまり、彼が市民であるところの国、と置き換えたほうがよろしい、という提案が出されました。しかしこれは賛成を得られませんで、カナダ代表も、*his own country* という言葉は、彼が市民であるところの国と理解することができるので、それで結構だと言って提案を撤回しようでございます。そのような経過がありまして、さっき言いましたような条文になっていたのでございますが、今日のレベルでこの条文を解釈すると、私には次のようになると思えるのであります。

その点は、野本弁護士が法学セミナーの「国際人權規約」(臨時増刊一九七九年五月号)の中でお書きになっているところ、私は見解を異にしております。野本弁護士は、原案とそれから条約になったものとの間に差はないとお書きになっていますが、私は大変大きな差があると理解いたします。日本語では自国となっておりますが、英語のほうがむしろ分かりやすいので、ときどき英語を出すことをお許しいただきたいと思えます。つまりこういうことでございます。

さっき申しましたように、原案では、何人も自国に入るのは自由であるとなっております。しかし、条約文では、何人も自国に入る権利を恣意的に奪われなくなっております。この違いは、何人も自国に入るのは自由である、「何人も自由である」ということになりましたと、これは言わば絶対的な自由の保障と見なければなりません。ですから、ここに外国人が含まれるということは、ほとんど考えられなかったと思えます。ここでははたがって、帰国だけが念頭にあったと思えます。しかし条約になりますと、「恣意的に奪われない」でございますから、合理的理由があつて、かつ公正な手続によりさえすれば、ここで言う自国に入る権利をはく奪してもいいと解釈できます。そういう大きな変化があつたと私見るのでございますが、恐らくそういうふうに変化をした理由は、つまり「自国」は「国籍国」とは明確に言わなかった、ということでありませぬ。カナダ

案がいれられなかったのも、このことを意味すると考えられます。そのことの結果といたしまして、自国民以外の人々が入ってくることを考えての変化と解さなければならぬのではないかと考えております。なぜならば、やはり最近の世界的なう勢を見ても、外国人が他国に定住するというケースが極めて多くなってきております。あるいはそれが普通になりつつあります。最近、特に私感動しながら見たり読んだりしておりますのに、「二つの祖国」という山崎豊子の本、テレビで放映されている「山河燃ゆ」という番組があります。父祖の国であるその自国と、自分が住んでいる国である自国、そういう人間の実感がひしひしと感じられるのであります。今後ますますそういう傾向は強くなるのではないかと思います。そういったようなところからも、一二条の四項の「何人」には定住外国人も含み、「自国」には少なくとも生活の本拠のある国をも含む、と解釈しなければならぬのではないかと考えております。

10 それでは、我が国の現在の入管法に基づく再入国許可制度について伺うわけですが、制度の概要について簡単にお話していただけますでしょうか。

この点については、私が詳しく申し上げる必要はないと思っておりますので、ただ一つだけ指摘しておきたいことを申し上げます。八二年一月一日から適用されるようになりました新入管法の再入国許可制度は、以前の制度と比べまして、かなりの程度自由化の方向に進んでいる、そういうことが指摘できようかと思っております。数次再入国許可制度が新設されたことは、やっぱり国際交通の活発化に対応する措置であったと考えますし、旅券を所持していない場合には再入国許可証を交付するものとした等、そういった改正は、世界史のすう勢に沿ったものである、と思えます。

11 それでは、我が国に在留する外国人が再入国許可を得ていたん外国に出た場合と、再入国許可をとらずにいったん外国に出た場合、この二つの場合において、日本にもどって来る場合において、法的な地位に差異はあるのでしょうか。

難しい問題でございますが、次のように考えます。私は、この再入国許可の性質をどう見るかにつきまして、四つの説に分かれると考えております。一つは、これは私の命名でございますので、一般化しておるかは分りませんが、時間を節約する意味で簡単に言わせていただきます。言わば一時国外旅行許可説と呼ぶことのできる立場であります。それから第二番目は、査証代替物説と呼ぶことのできる説であります。もう一つは、手続説と呼ぶことのできる説であります。四番目は拒否権説で

ざいます。一時国外旅行許可説というのは、これは旅行許可でございしますので、外国人には全面的に一時国外旅行は禁止をした上で、特別の場合に許可を与えていくという、こういう考え方になります。査証代替物説と私が申しますのは、これは全く便宜上のものであって、再入国許可というのは、査証の代替物のようなものだというわけでございます。それから手続説というのは、例の最高裁の判決の中に、出国について、手続説であることを明白にしたのがありますが（最大判三三・一二・二五刑集一卷一四号三三七頁）、それと理論的には同じ構造を持ちます。最後の拒否権説と申しますのは、再入国は一応自由であるという立場をとった上で、日本国の安全とかあるいは国民の福祉を侵害するような場合、そういう虞がある場合には法務大臣が拒否権を行使することができる、という考え方のものであります。この四つの考え方のどれをとるかによって、手続をしないで出て行った人の法的地位が変わるように見受けられます。

まず、一時国外旅行許可説によりますと、あるいは査証代替物説も同様に考えていいと思いますが、許可なく禁止を犯して出国するわけでありますからして、これは完全に合法的な地位を失ってしまいます。したがってこれは、日本に再び帰って来るときには、全く新しい新規入国者としての審査、入国手続を経なければならぬことになるかと考えられます。

手続説によりますと、手続を履践することなく出国しただけでございますので、そういう意味では違法ではあるけれども、恐らくこの違法に対する制裁は、軽微な制裁が適切だと思えます。そういたしますと、そのような軽微な制裁に当たたる行為をしただけということの場合には、再入国の利益が、再入国としての手続を求める利益が完全には失われたいのではないかと考えられます。

それから拒否権説に立ちましたらどうかという点であります。拒否権説に立ちますと、実質的に当該の外国人が我が国の公安、安全、国民の福祉等に危害を及ぼすかどうかを判断することが大事になってくようかと思えますので、当然には再入国として扱われない、ということにはならないのではないかと考えます。この点は、具体的な実務的な手続と関連いたしますので、私には大変難しいことです。

12 今の証言の中で、ちょっと確認したいんですが、再入国許可をとらずに出国した場合、違法になるというふうなお話があったんですが、違法になるということでは必ずしもないんじゃないかと思うんですが、その点はどうですか。

手続を履践しないわけですから、やはりその手続を履践しない場合の制裁が定められておりますね。出国の場合でも同じだと思えます。

13 ですから、その出国の手続については、手続をもちろんという前提で私は質問しておるんですが、つまり、再入国許可をとった上で出国する場合と、再入国許可をとらないで、ただし出国手続についてはもちろん正規の手続によって出国するという意味ですが。

その点を誤解しておりました。

14 ですから、違法になるという点は違ふ、ということでは何っておけばよろしいですか。

質問の趣旨を誤解していました。しかし、実際に出国して再び入国する段階では、再入国許可をとらずに出国した者は、再入国の利益ないし権利を主張することはできないでしょう。

15 再入国許可制度、現在の入管法の二六条に基づく制度ですが、この制度における法務大臣の裁量権というのはどういうふうに位置付けるべきであるか、という点について証人の御見解をお伺いしたいと思います。

次のように考えます。まず我が国におきましての出入国規制権の根拠を考えてみますと、これは憲法の、とりわけ前文に国家主権の尊重の考え方、それから国民主権の原理がうたわれておりますが、まずそこから導かれてくるだろうと思えます。国家主権の尊重の考え方は、国家の境界、国境に対する他国の尊重を求める権利、そしてその国の管理の権利が結果してくるだろうと考えます。国民主権の原理からいえますと、国政の最終的決定権が国民にあるわけですから、ここからも、国境管理、広義の外務的事項にたいする国政上の決定権は国民の意思に基づき政府が行使していくこととなります。日本国憲法には出入国規制権について明文の定めはございませんけれども、独立と主権を持つ国家の当然の権利として出入国管理権が導かれます。この点につきましては、他国と同様に我が国の場合も、憲法上及び主権そのものから出入国規制権が導かれると考えます。

そして規制権の範囲についてでございますが、詳細の時間がございませんが、アメリカ合衆国の例では、この一〇〇年余りの間に随分と変化をきております。今日の段階におきましては、この出入国規制権が段々と範囲が狭まってきていて、規制権の範囲が狭まるという用語があるかも分かりませんが、逆に申しますと、規制権を制約するものが次第に強力に

なってきたり、ということができると思っています。いろいろな条約が締結されて、それによって規制権をお互いに抑制し合うというようなことがございますし、一般的な人権尊重条約というような、先程の国際人権規約のようなものができてまいりまうというところ、そこに保障された国籍にかかわらない権利、自由につきましては、当該国は規制権を制約されるという結果になってくるはずでありますし、また国内的に人権の保障が進んでまいりますと、どうしても規制権の側がへこんでいくという方向に行かざるを得ないと考えます。そのことを出入国について申しますと、入国につきましては、国際的にも広く言われておりますように、今日でも最も広い意味での裁量を含む規制権が適用される。それに対して再入国の場合については、先程来言いましたように、狭い範囲の規制権が及ぼされることになってきている。

それから第三番目に規制権の主体についてでございますが、慣習国際法から申しますと、その主体は国家であります。国家の裁量権であります。したがってその裁量権を行使するものは、第一次的には国家の最高機関、我が国で申しますと国会ということになるかと思えます。そこで国会が制定した法律に従って、行政機関がそれを行使するということになってまいります。

そこで第四番目に法務大臣の裁量権として考えてみますと、今まで言いましたように、まず議会意思に基づくということがあります。そうしてここで一言だけ申し上げておきたいのは、アメリカの判例をフォローしておりまして痛切に感じますのは、私が積極的主権論と呼んでいる理論でございますが、主権を非常に強調いたしましたので、この裁量権を広範囲に認めていこうという考え方でございますけれども、これが段々と賤れてきつたこととあります。したがって、この議会が裁量権を行使をして、規制権の内容及び行使の方向を定めるといふ場合にも、今日では自ずから抑制が加えられるようになってきている、ということを指摘しておきたいと思えます。しかも法務大臣の裁量権は、慣習国際法という国家の裁量権ではなく、国権の最高機関が立法により定めたものです。その権限は専ら法律の定めるところにより決定されるわけで、国の裁量権と短絡されてはなりません。さらに、ここで言う法務大臣の裁量権は人権に関するものでありますから、人権侵害的な行使はできないということです。行政法上の学説によりますと、人権に関する行政行為については自由裁量は認められない、という説が有力です。ただ、いかなる場合にも裁量が認められないかとなると、そうはいえないでしょう。法務大臣が裁量権を持つとしたし

16 ましても、その裁量権は今言いましたような、人権による制約を受けるといふことであります。先程来申しましたように、再入国の自由は憲法上認められると考えられますので、それによって裁量権は制約を受ける。ただし再入国の自由というのは、先程申しましたような性質を持ちますので、政策的な制約も認められる場合があると、こういうことになるかと思ひます。今の結論部分で、政策的な理由による規制が認められるというお話なんです、それはもう少し具体的には、どういう場合ならば再入国の許可をしないことができるというふうに言い得るのか、もし御見解があればお示しいただきたいんですが。

法務大臣の、再入国について裁量権を行使していくその規準は、法律上は明確にされておられませんので、実際にはいろいろな考慮の上で裁量権が行使されているんだらうと思ひます。例えば我が国と国交を持っていない国、我が国が承認していない国との間における再入国をどう考えるかというような場合、これは政策的考慮がはいつてくる問題になると思ひます。したがって、貿易に従事する人の再入国の自由を認めない裁量をすることも認められ得る、といえようかと思ひます。ただしそれは申しましても、先程来言っておりますように、この再入国の自由というのは、単なる経済的自由の側面だけではなくて、精神的自由とか人身の自由とか家族生活の自由とかいろいろなものにかかわっておりますので、そういった面に対する配慮が十分に行き届かなければならないことはいふまでもないことであります。

17 法務大臣の裁量権の範圍に關連してなんですが、先程もちよつと御説明がありました、日本国民の場合の旅券法一三条の規定ですね、この旅券法一三条が規定している旅券発給制限事由ですね、これは何か参考になるんでしょうか。

18 その点先程触れたと思ひますが、再入国の禁止をするときに、やはり参考にするべき事項だと考えますが。こういうふう運用すべきだという見解は、旅券法一三条に列記されているような事由がなければ、再入国を不許可にはいけないと、

19 はい、一応そう考えます。ただし先程言いましたように、再入国の自由と国民の海外渡航の自由は自ら違ひがありますので、準じて考えていくにしても、同じには考えられないと思ひます。

19 原則として同じように扱っていくべきだ、というふうに理解すればよろしいんですね。はい、あえていえば、原則として結構だと思ひます。



20 それから法務省は、外国人登録法に基づく指紋押捺を拒否した人については、その在留資格を問わず、たとえ永住資格を持っている人についても再入国は許可しない、という方針を決めておるわけなんです。そういう方針について、ただいまの法務大臣の裁量権との関係で、証人はどのようにお考えになるのかをお答えいただきたいと思ひます。

まず第一に指紋押捺の性質でございますが、この指紋押捺の性質が個人の尊厳にかかわるものだという考え方は、既に今年になって出されました二つの、横浜、東京の地方裁判所の判決の中で明らかにされていると考へます（横浜地判昭和五九・六・一四判タ五三〇・二八二、東京地判昭和五九・八・二九判時一一二五・一〇一）。指紋押捺は、個人の尊厳にかかわることであるにもかかわらず、それは、今日においても外国人に強制する制度として存続させていく必要性があるという立場を判決は採ったわけでありますが、私はその点が疑問でありまして、指紋押捺というのは、そういう個人の尊厳を侵してまで強制すべきものなのか――。

被告指定代理人（中西）

21 指紋押捺制度の必要性については、この証人から聞かないということだったと思ひます。

原告代理人（野本）

22 特別、指紋押捺制度が憲法に違反するかどうかということは質問もしておりませんし、先程の質問の中に理由として出てくるもんですから、それに答えるに必要な範囲で触れておられると思ひます。

裁判長

23 限定して聞いてください。

原告代理人（野本）

24 はい。

指紋押捺の性質について述べようとしていたわけでありませう。それは個人の尊厳にかかわることだけを申し上げて、次へ進ませていただきます。それを再入国不許可の理由とすることの当否であります。その点はこんなふうな考へます。再入国の自由を制約する公共の福祉というのは、折に触れて今まで見てまいりましたが、外国人の公正な管理というのも公共の

福祉であるわけであります。そこで、指紋押捺が公正な管理に不可欠であるということが立証されなければなりません。個人の尊厳等の人権にかかわりますから、それが立証されない限り、再入国不許可の理由とするには十分ではない、というのが私の結論であります。前述の判決は、この点について、非常に密な見解を出されておられるんですけども、私には、まだ、指紋押捺が外国人の公正な管理にどうしても必要な制度である、不可欠の制度であるという点が十分に立証されたとは考えられない。そこからして、再入国不許可の理由とするには十分な説明ができていない、そんなふうに考えております。

#### 被告指定代理人（中西）

25 主尋問を聞いてこちらの理解なんですけれども、まず外国人の入国の自由がないというのが前提にあって、次第に入国の中には再入国を含めないという考え方が出てきて、証人もそのお考えであるということでしょうか。

はい、そうです。

26 慣習国際法上も、外国人の入国については自由がないということになってるんでしょうか。

そう考えます。

27 慣習国際法としては、外国人には自由がない「入国」の中に再入国が含まれているのか、再入国を外して考えるという考え方が出てきているのか出てきてないのかはつきりしない、ということですか。

はい。

28 それから、主尋問の中で出てきたんですけども、定住外国人という言葉と、それから在留外国人という言葉が出てきたんですけど、それはどういう違いがあるんでしょうか。

その辺の定義付けは難しいと考えております。例えば我が国の場合、在留外国人というふうに呼びますのは、外国人登録をしている人、というような意味で用いていると私は理解しております。その在留外国人がすなわち定住外国人かということになりますと、それだけでは不十分である、日本社会とその外国人との結び付きがまだ弱過ぎて、定住外国人と呼ぶことはできないんじゃないかと考えております。

29 ということは、日本国内にいる外国国籍の人、つまり外国人のうち、ある程度以上日本に居住している人を定住外国人というふ

うに理解してよろしいでしょうか。

はい、そのように考えます。

30 証人は、新規入国と再入国は違うものだという御見解ですね。

そうです。

31 その理由として四点ほど挙げられたんですが、それは在留外国人について、この四つの理由があるからなのか、定住外国人については、この挙げられた点が考慮されるから、新規入国と再入国は区別するという考え方なのか、どちらなのでしょう。

定住のほうとお考えいただきたいと思います。ただし、在留外国人についてもかなり当てはまる場所が多いんじゃないか、と思います。

32 ということは、日本国内にいる外国人についても、再入国の自由が一率に認められるということではないんですか。

一般的に言えば、そうなります。

33 それから証人は、新規入国と再入国を区別する考え方なんですが、同視する学説というのものもあるんですか。

はい、あります。

34 簡単に結構なんですけれども、同視する学説はどういう説明をしているか、ちょっと御紹介していただきたいんですが。

その考え方は、何よりも伝統的な慣習国際法に寄り掛かる考え方です。伝統的な慣習国際法と申しましたが、これは先程も申し上げましたように、入国について典型的に言われてきた原則であります。その学説は、国家の主権の重要性を考えると、それから出発いたします。慣習国際法は現在でも、再入国について分離した原則は立てられておりませんので、入国の中に再入国を含ませて、そして主権の尊重という考えから考えていく考えです。

35 それから、入管当局はどのような見解に立っているか御存じですか。

今までは、今の新規入国と再入国とは同じであるという考え方に立ってきましたが、実務上は非常に違ったものとして扱ってきていますね。

36 現行法制上は異った扱いをしているんでしょうか。

はい、異った扱いをしています。

37 例えば有効な旅券を所持しないで入って来る場合、新規入国と再入国で区別をしているのでしょうか。

再入国ですと、入って来るときには旅券も、査証も要りませんから、そういう意味で区別されております。

38 査証じゃなくて、旅券はどうですか。

旅券は要りません。

39 それから先程の続きなんですけれども、日本にいる外国人の中に、長期間日本にいる人とか日本で生まれ育った人が、いったん外へ出てまた入って来る場合、再入国する場合と、日本に来てわずかしかない人がまた再入国する場合があると思うんですが、その場合一緒に扱って、いずれも再入国の自由があると考えていいのでしょうか。

私はそうは考えません。非常に短い滞在期間しかない人については、我が国の立場から言いますと、その人自身がどういふ人であるかも分かりません。再入国というのは、やはり非常に当事者にとって利益のあることです。入国のときにいろいろな手続を省略して、入国審査をしないままで入れるわけです。非常に短期的にしか日本にいない人は、まだ日本国に害をなすかどうかということとは分かっているわけではないわけですから、そういう人と、長い間いて日本の法律を守ってきた人とを同じに扱うことはできないと考えます。

40 ちよっと概念的な質問になるかもしれませんが、その自由がないというのは、一率に再入国の自由が認められるということが前提になって、ただし制約があるという制約の中で考えるのか、そもそもそういう人たちについては再入国の自由はないかと考えるのか、どっちなのでしょう。

その在留期間をどこで押えるかという問題もありますので、今の問題にお答えするのはかなり難しいと思いますが、あえて在留外国人、先程申し上げました外国人登録を済ませた外国人というような意味合いで取りますと、一般的に再入国の自由は認められるべきではないかと考えます。

41 一般的に認められる。

はい。

42 それで先程、新規入国と再入国を区別する理由として、再入国の場合は人柄が分かっている、それから日本の社会に平穩に居住している者である、という理由を挙げられましたね。

はい。

43 外国人の中に、日本に長期間いた人の中にも、人柄が分かっているとか、それから平穩に居住している保証がないというような人の場合には、どう考えられますか。

そういう場合には、その自由が法務大臣の裁量によって拒否される場合があると思います。

44 例えば明らかに法律違反をしていて、たまたま退去強制処分がなされていないというような人については、どう考えればいいのでしょうか。

退去強制処分に当たるようなケースについては、一般的に言えば再入国の権利はないというふうに言うべきだと考えます。ただしこの退去強制処分につきましては、現在我が国にいろいろな立場の人がいて、それぞれについて事由がだいぶ異つております。そこから、ある人は非常に重い刑罰を科せられたけれども、退去強制処分にならないが、他の人は軽くても退去強制処分になるとか、いろいろなケースがあると思います。一率には言えないと思います。

45 退去強制処分は別として、日本の法律に違反して外国人については、どう考えればいいのでしょうか。

確かに、日本の法律に違反するということが自体は、再入国の自由の保障を受けない人に当たる、というようなことが言えるように見えるんですけども、その場合、やはり法律違反の内容が大事ではなからうかと考えます。

46 それから、主尋問で聞かれていたんですが、再入国申請をせずに出国して、また今度日本に入って来る人についてどういう手続をとるか、どういうふうにするかということなんですが、証人のお考えでは、そのときはどういう手続をしることなんですか。

47 手続としましては、私はやはり、新規入国の手続をするほかないのではないかと、現行法上はですね、と考えます。証人が言われるところの、再入国の手続説という見解に立たれても、そのようなことですか。

ええ。というのは、手続しないで出て行ってしまったものだから、その人が再入国の自由を享受すべき人であるのかどう

かということは、彼が帰って来たときに入管当局は分かりません。結局帰ってきたときに、審査をせざるを得ない。審査をするということは、新規入国と同じことになってしまおうと思います。

48 それから最後に、指紋捺捺拒否を理由とした再入国不許可処分の場合、証人のお考えでは、指紋捺捺制度が必要不可欠という立証がない限り、不許可とすることはできないということですね。

はい、結論としてそういうことになります。

49 立証がない限りというのは、ペンディングのままではだめだということですか、それとも、証人が必要不可欠だということをお考えだからということですか。

そういう意味ではなくて、それはアメリカ合衆国で発達し、さいきん日本でも盛んにとりあげられている例の憲法訴訟にかかわる問題です。前述の横浜地裁、東京地裁の判決は、合理的規程の考え方で指紋捺捺制度を合憲としております。裁判所が採用した合理的な規程というのは、アメリカで発達させられた憲法訴訟によれば、ゆるやかなもしくは中間的審査規程であって、ゆるやかなもしくは中間的規程で判断していくという方法は、個人の尊厳等の人権にかかわるような事例においては不適切であるということです。厳格な規程で判断すべきです。厳格な規程というのは、ある制度が、人権を制約するとみられる場合には、その制度が国にとって不可欠の利益であることを国のほうで立証しなければいけないという法理を含んでいます。私はそのことを言ったんです。

50 アメリカの憲法訴訟の理論に、そういうのがあるということですか。  
はい。

## 裁判長

51 あなたが言われたフルーティ判決、その事案というのは、メキシコに二、三時間行ったんですか、二、三日間行ったんですか。時間です。

52 二、三時間です。はい。

裁判官（金子）

53 そのフルーティ判決というのは、永住資格を持つ外国人についての判決なんですか。

そうです。

54 先程言われた、やはりアメリカでの入国テストの問題がありますね。つまり、外国人が自国を離れたとしても、在留資格を奪うほどの意味を持つかどうかという…。

はい。

55 それは、外国人というふうには先程言われましたけれども、永住外国人の問題として論じられているんですか。

そうです。私あえて、アメリカではよく法改正がありますので数字を申しませんが、今も七年だと思えます、規程がですね。

56 それがつまり永住かどうかの別れ目になっている、ということですか。

はい。

57 憲法二二条との関係で、外国人が日本に一時的に在留許可を取って入って来て、それでまた出国して再入国するわけですね。

はい。

58 その際には一率に、再入国の権利というのが憲法上認められるという趣旨なんですか。それとも例えば、永住資格を持つとか、そういう外国人について述べられているのか。

それを前提として申しました。

59 つまり、永住資格を持つ外国人については、アメリカ法で述べられていると同じように、再入国が憲法上認められているという趣旨なんですか。

そうです。ただ、定住と在留という言葉の問題があるんですけども、アメリカの場合は、七年以上が定住というように理解できます。日本には、そういう考え方はありませんが、日本の場合は、五年で普通帰化要件を満たしますので、五年を一応の基準とみることができると思います。そして、それ以下の在留の場合にも、永住でなくても、再入国の自由は認めるべきで

はないかと考えております。在留の場合ですね。

60 そうすると、それは先程、アメリカ法から出てきているような御証言だったけれども、必ずしもそうではなくて――。

考え方としてはそうです。

61 基本的な考え方がそうかどうかですか。

はい、七年以上だと、はっきりと権利として認めてきているようです。しかしそれ以下の在留の人については、権利を認めないかというところではない。ただ、段々ゆるやかににはなっていくますが。

原告代理人（野本）

62 ちょっと確認したいんですが、アメリカの場合には、アメリカに七年以上住む人を一応定住者という表現を使いますと、定住者については、再入国の権利が認められている、ということなんです。

ただですね、私あえて言わなかったのですが、アメリカの場合には入国の方法として、移民としての方法と、非移民としての方法があります。移民として入国する場合には、七年は必要ないわけです。そういう問題がありますので、ちょっと日本と違います。

63 非移民の場合でも、少なくとも七年いれば再入国の権利を持つておる。移民として入った人たちについては、七年という要件を必要としないで、直ちに再入国の権利を有すると、こう言えるわけですか。

はい。

64 アメリカの場合は、七年以上の者は、権利として持つている、より短い人についても、はっきり権利としては明確ではないけれども、事実上そういう扱いがあるんだ、というお話で理解すればいいんですか。

はい。

65 今度は日本の場合ですが、憲法二二条によって、どういう外国人について再入国の権利が認められる、というふうに理解すればいいのか。

在留外国人について一般的に認められる、と言っていると思います。ただしその場合、繰り返しますが、定住ではない、在



留の人たちは、自ずから制約されることが多くなろうかと思えます。日本国民に準ずるような定任の人たちについては、より強い意味で自由が保障されるであろうと。

66 証人が言っている定任外国人というのは、先程からの証言で、一応国籍法が決められている五年以上の在留というのを一つの目安にしてよかろうと。

はい。

67 こういう場合、必ずしもその外国人が、いわゆる入管法で言う在留資格を持っている必要はないわけですね。

そう考えております。

#### 追記

この証言の行なわれた事件の判決は、昭和六一年三月二六日に言い渡された（判例タイムズ五九〇号三二頁）。裁判所は、再入国の自由という考え方に消極的姿勢を示し、原告を敗訴させた。