

出入国管理システムにおける行政裁量の 統制に関する一考察

木 下 洋 一

目 次

序 章

第1章 出入国管理領域における法制度上の特徴点及び問題点

1. 入管法と不確定概念
2. 退去強制手続と在留特別許可
3. 退去強制手続と人身の自由
4. 入国および難民認定における行政裁量の位置づけ
5. 外国人の出入国と行政手続法・行政不服審査法
6. 小括

第2章 マククリーン判決理論の今日的通用性の検証

1. マククリーン事件概要
2. マククリーン事件上告審判決における裁量審査の判断枠組み
3. マククリーン判決の判断枠組みに対する学説からの批判・評価
4. マククリーン判決の判断枠組みの今日的通用性の検証
5. 小括

第3章 近時における裁判例・学説の動向

1. 判断過程審査と行政庁の専門性
2. 出入国管理領域における裁判例の動向
3. 長期間にわたる不法滞在と国際結婚および子どもの権利
4. 不法滞在中における就労等をめぐる評価
5. 藤山判決と互理理論
6. 小括

第4章 ガイドラインを媒介とした裁量統制の可能性

1. 「在留特別許可に係るガイドライン」の策定経緯
2. ガイドラインと裁量基準
3. 「検討の要点」としてのガイドライン
4. 平成25年名古屋高裁判決及び平成25年大阪高裁判決の意義
5. ガイドラインの自己拘束性
6. 小括

終章 課題と展望

1. 司法統制の限界と自己統制の必要性
2. 出入国管理システムの見直しの必要性和立法論
3. 結びにかえて

序 章

<問題の所在>

法務省の統計（「出入国管理（白書）」）¹によれば平成29年（2017年）にわが国に
入国した外国人の総数は約2,742万人、わが国に居住する在留外国人は約256万人、
総人口に占める割合は2.02%であり、いずれも過去最高である。一方、出入国管理に
関する統計を取り始めた昭和25年（1950年）の外国人入国者数はわずか1万8千人、
在留外国人は約60万人で総人口に占める割合は0.71%で、しかも、その大半は戦前
から日本に居住し、敗戦までは日本国籍を有していた台湾・朝鮮出身者であったこと
を踏まえれば、戦後から今日に至るまで、国際化、グローバル化が急速に発展し、か
つ、その形態も多様化していることがうかがえよう。

一方、出入国管理領域における行政訴訟も増加しており、入管関連訴訟の提起件数
は平成10年（1998年）には31件だったものが、平成25年（2013年）は391件と
10倍以上にもなっており、近年においても年間250～400件程度の訴訟が提起され
ている。

これにつき、入管関連訴訟のリーディングケースとされるマクリーン事件上告審判
決²は、外国人の出入国に関しては行政庁に広範な裁量権が認められるとの前提のも
と、裁量権の逸脱・濫用にかかる判断枠組みについては、行政庁の判断が「全く事実
の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右
判断が社会通念に照らし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に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があ
つたものとして違法であるとする事ができる」とした。しかし、このような包括的・
白紙授權的な裁量権概念に基づいた密度の低い司法審査は、ともすれば行政庁による
恣意的な裁量判断を許しかねず、行政のブラックボックス化を招くおそれがあること
も否定できない。

1 www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan42.html

2 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁

一方、出入国管理行政はその終局的な場面において、外国人を国外に強制退去させることも可能という強力な作用をも有し、外国人の人身の自由に密接に関連している。これらにかんがみれば、出入国管理行政においては、外国人の管理の側面のみならず人権にも配慮した適正な裁量権の行使が求められているといえる。そのためには行政裁量の適正な統制が不可欠であるが、わが国の判例理論や出入国管理システムが、それに十分に対応しているかどうかは疑問の余地があり、改めて検証する必要があると思われる。

<研究の目的>

本研究の目的は、出入国管理領域における行政裁量権の行使は、ともすれば行政庁による恣意的な裁量判断を許しかねず、行政のブラックボックス化を招く危険性を有しているとの認識の下、恣意的な裁量権の行使を防ぐため行政裁量をいかに統制すべきか、また、外国人の人権を考慮しつつ、行政裁量を適正な方向に導くためにはいかなる理論・方法が必要なのかについて検証・考察することである。

そこで本稿においては、まずは出入国管理特有の特徴点や問題点、特に基本法たる出入国管理及び難民認定法（入管法）の裁量権行使にかかる概括的規定や、行政手続法が外国人の出入国に関する事項をその主要な項目から適用除外としていること等が行政裁量権の行使にいかなる影響を与えているかについて検証する。その検証を踏まえて、入管訴訟のリーディングケースとされるマクリーン判決理論の検証を行う。本判決はそれから約40年が経過した今日においても多くの裁判例に引用・援用されているが、当時といまでは法の整備状況や外国人を取り巻く環境は大きく変化しており、それらの変化が同判決の示した判断枠組みにどのような影響をあたえているかを明らかにしたうえで、マクリーン判決の今日的通用性、およびその問題点を浮き彫りにしてゆくことにしたい。そのうえで、マクリーン判決以降の裁判例の分析および行政裁量の統制にかかる判例・学説の流れを踏まえつつ、法務省入国管理局が自ら策定・公表している「ガイドライン」を媒介とした行政裁量の統制の可能性につき考察を試みることとする。そして、上記の検証・考察を踏まえつつ、最後に出入国管理行政における行政裁量統制についての私見を述べることにしたい。

なお、一般に「外国人」とは日本国籍を有しない者をいい（入管法第2条2項）、在日コリアン等の特別永住者も含まれるが、本稿では主に入管法をめぐる外国人の出入国に係る行政裁量の統制を考察の対象とするため、入管法とは別の特別法（入管特別法³⁾）で規定される特別永住者については、差し当たり本稿の考察の対象からは除外することにする。したがって、本稿でいう外国人とは、特段のことわりがない限り、特別永住者を除いた日本国籍を有しない者を指すものとする。

第1章 出入国管理領域における法制度上の特徴点及び問題点

1 入管法と不確定概念

一般に出入国管理領域における行政庁による裁量権の範囲は広範であると解されている。これは出入国管理にかかる基本法である出入国管理及び難民認定法（昭和26年政令第319号。以下「入管法」という。）において、その概念が一義的に確定できないようないわゆる不確定概念が、条文に多く用いられていることに密接に関連している。例えば、入管法では、在留外国人の在留期間の更新につき、法務大臣は「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる」（第21条3項）とされ、在留資格の変更（第20条）や在留資格の取得（第22条の2）についても、同様に、法務大臣が在留資格の変更や取得を「適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる」とされている。

また、不法残留者、不法入国者など退去強制事由に該当する非正規外国人に対するいわゆる在留特別許可について、入管法は「法務大臣は・・・裁決に当って、異議の申出が理由がないと認める場合でも・・・その者の在留を特別に許可することができる」（第50条1項）と規定し、同4号で「法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」は在留特別許可を付与することができる旨定めている。さらに、退去強制手続に伴う身柄の収容に対する仮放免の許可判断についても、入国者収容所長又は主任審査官は、請求又は職権により「収容されている者の情状及び仮放免の請

3 日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法（平成3年法律第71号）

求の理由となる証拠並びにその者の性格、資産等を考慮して・・・その者を仮放免することができる」(第54条2項)とされている。

しかし、上にいう「相当の理由」あるいは「特別の事情」が何なのか、その概念は多義的であって、一義的に確定できるものではない。また、それらの規定はいずれも概括的であり、判断基準も特に定められていない。そして、その趣旨について判例理論(マクリーン判決)は、「法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からであると解される」と判示し、判例・学説も出入国管理領域における行政庁の裁量権の範囲は広範なものであるとしている。とりわけ、在留特別許可に関しては、「特別に許可することができる」とする規定ぶりや、在留特別許可自体がそもそも退去強制事由に該当する者に対して、「法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」(4号)に認められるものであることから、法務大臣の裁量権の範囲は、在留期間の更新等よりも、さらに広範であると解されている⁴。

このように、入管法上、出入国管理領域における行政庁による裁量権の範囲は相当程度、広範であると解されているが、行政の複雑化かつ多様化している今日において、行政裁量それ自体は決して悪いものではないであろう。しかし、問題は、裁量権の適正な行使のため、その広範性がどこまで及ぶかにかかる限界、すなわちどこからが裁量権の濫用逸脱となりうるかについてである。この点、入管法の目的が「出入国の公正な管理」(第1条)を図ることであることを踏まえれば、次章以下でみていくとおり、裁量権行使もこの「出入国の公正な管理」という不確定概念の下で解釈され、かつ限界づけられていくこととなる。

また、現行入管法の前身である「出入国管理令」は、第二次大戦後、わが国がGHQの占領下にあった当時に「ポツダム政令」として制定され、昭和27年(1952年)の主権回復に伴い、同ポツダム政令をそのまま法律として継承したものである。そして、このような歴史的な背景から、この「出入国管理令」は、主として戦前わが国に日本人として居住し、敗戦により日本国籍を失った在日台湾・朝鮮人を対象とするも

4 東京地判昭和62年10月29日判例タイムズ680号120頁は、「特別在留許可の制度自体が、許可申請者の具体的権利に基づくものではなく、法50条1項3号の「特別」の「事情」があるものに在留を許可するという規定からも明らかなように、国家の例外的、恩恵的措置という性質を有するものであるから、被告法務大臣の裁量権の範囲はより広範なものである」と判示している。

のであったと言われている。その後、わが国の難民条約への加入に伴い、昭和58年(1983年)に現行の「出入国管理及び難民認定法」と改められ、大小の法改正を経て現在に至っているものの、その基本条文はそのまま継承されている。したがって、現行の入管法は、GHQ占領下において、在日台湾・朝鮮人対策およびその管理を念頭において制定された「ポツダム政令」を、現在に至るまでそのまま継承しているといっ
てよく、必ずしも国際化を見据えた出入国管理システムの構築を指向するものではないということについても十分留意する必要がある⁵。

2 退去強制手続と在留特別許可

入管法第2条の2は、「本邦に在留する外国人は・・・当該外国人に対する上陸許可若しくは当該外国人の取得に係る在留資格又はそれらの変更に係る在留資格をもつて在留するものとする」と規定し、日本に在留する外国人は、原則として、ひとつの在留資格とひとつの在留期間をもって在留するものとされている（一在留一在留資格の原則）。そのため、「在留資格」を有さないいわゆる不法入国者、不法残留者などは、原則として本邦に在留することはできず、いずれも退去強制（＝国外追放処分）の対象となる。

この退去強制手続は、入管法第24条に列記される退去強制事由にかかる該当性の有無につき、入国審査官による認定（第47条）、特別審査官による判定（第48条）、異議申出に伴う法務大臣による裁決（第49条）という三段階を経て審理されるが、法務大臣は「異議の申出に理由がない」、すなわち、当該外国人が退去強制事由に該当するものと認める場合においても、「特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」は、「その者の在留を特別に許可することができる」（第50条1項）とされている。しかし、入管法上、在留特別許可に許否判断にかかる手続上の規定等は一切置かれておらず、在留特別許可を与えるか否かはあくまでも退去強制手続の最終段階である法務大臣の裁決の場面において、法務大臣の一方的な裁量判断により決せられ、退去強制事由に係る容疑者たる外国人には在留特別許可を求め得る申請権はないもの

5 入管法の沿革、制定過程等については、高橋済「我が国の出入国管理及び難民認定法の沿革に関する一考察」中央ロー・ジャーナル第12巻第4号（2016）を参考とした。

と解されている⁶。これは単に容疑者は在留特別許可の付与を求める請求権をもたないということにとどまらず、手続法上も在留特別許可の付与を容疑者側から求める手続が存在せず、それについて法務大臣に応答を求める申請権がないことを意味する⁷。そのため、容疑者が在留特別許可の付与を求める場合は、退去強制事由に該当すること自体については争いがないにもかかわらず、入国審査官の退去強制事由に該当する旨の認定に敢えて異議をとнаえて口頭審理を請求し、口頭審理においては入国審査官の認定に誤りはない旨の特別審理官の判定に異議をとнаえて法務大臣に異議の申出をしなければならず、いわば在留特別許可を求めるための便法としての異議の申出を認めざるを得ないという制度設計の無理⁸がここに露呈されることになる。

また、異議申出にかかる法務大臣の裁決と在留特別許可の許否判断はあくまでも別個の判断であるにもかかわらず、この2つの判断が同時一体的に裁決というかたちで表層化するため、両者の法的位置づけが問題となる。しかし、この法務大臣の裁決と在留特別許可との関係は、その位置づけが明確になっておらず、入管法上の難題の一つ⁹ともされている。そして、この問題は、具体的には在留特別許可が付与されるべきことが、法務大臣に異議申出の理由のひとつである「退去強制が著しく不当であること」(出入国管理及び難民認定法施行規則(昭和56年法務省令第54号。以下「規則」という)第42条4号)にあたるかどうかにもかかわってくるが、仮に「退去強制が著しく不当であること」に在留特別許可の付与を求めることが含まれるとするならば、法務大臣の在留特別許可の付与することが相当であるという判断は、「退去強制が著しく不当である」との判断と同義となり、「異議の申出に理由がある」ということとなるため、在留特別許可は「異議の申出に理由がない」場合に付与されるものという法の建前と齟齬が生じることになってしまう。そのため、条文を素直に読めば規則42条4号の「退去強制が著しく不当であること」に在留特別許可の付与を求めるこ

6 実務においても、在留特別許可は「いわば請求権なき者に利益を付与する措置であって、〈中略〉容疑者が退去強制対象者に該当するか否かの事実認定とは異なり、法務大臣の自由裁量により与えられるものである」とされている。坂中英徳・齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説(改訂第四版)』(日本加除出版2012)696頁参照。

7 興津征雄「行政判例研究—退去強制手続における法務大臣の裁決と裁決書不作成の瑕疵」自治研究83巻10号(2007)142頁

8 興津・前掲注7・140頁

9 興津・前掲注7・141頁

とは含まれないと解するほかないが、そうすると今度は容疑者が退去強制対象者に該当する旨の入国審査官の認定に誤りがない旨の特別審理官の判定を争っている場合でない限り、異議の申出をすることができないということになってしまい、「自己が退去強制対象者であることを争う者にはいかにその主張が不合理なものであっても在留特別許可を受ける機会が与えられるのに対し、自己が退去強制対象者であることを正直に認めた者にはかえって在留特別許可を受ける機会が全く与えられないという不合理な結果を招くこととなる」(東京地判平成 20 年 2 月 29 日判例時報 2013 号 61 頁)¹⁰。そこで、そのような不合理な結果を避けるため、実質的には在留特別許可の付与を求めるものであっても、容疑者はあくまでも「退去強制が著しく不当であること」を理由として異議の申出を行い、それを受けた法務大臣は、容疑者が退去強制事由該当者であるかどうかという形式的判断とは別に、それを専ら裁決における「在留特別許可の許否の判断の参考」(東京地判平成 27 年 11 月 11 日 LEX/DB25532786)として用いることになると強引に解釈するほかない。つまり、在留特別許可の申請権はないとされるにもかかわらず、実質的には、容疑者は 4 号によって在留特別許可の申請を行うことを認めるということとなり、ここにおいても法制度設計上の不備が露呈することとなる。

3 退去強制手続と人身の自由

退去強制手続は外国人の身柄を拘束・収容して行うのが原則であると解されおり(全件収容主義・収容前置主義)、「収容令書は、入国警備官の請求により、その所属官署の主任審査官が発付するものとする」(第 39 条 2 項)とされ、令状主義の例外として司法官憲(裁判官)による令状の発付を要しない。また、退去強制手続の結果として、当該外国人が退去強制事由に該当しているものと認められた場合、その者の在留を特別に許可する場合を除いては、当該外国人には退去強制令書が発付され、速やかに送

¹⁰ 本判決は、これに続けて「法の仕組みによれば、法は、法 49 条 1 項の異議の申出権を法 50 条 1 項の在留特別許可を求める申請権としての性質を併せ有するものとして規定し、かつ、当該申請に対しては在留特別許可を付与するか否かの応答をすべき義務を法務大臣に課したものと解するのが自然である」とし在留特別許可の申請権を認めるが、控訴審はこれを否定し、通説上も在留特別許可の申請権はないものと解されている。

還されることとなるが、原則として送還されるまで収容は継続されることとなる。(第52条5項)そして、このような身柄の拘束については、「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」¹¹であり、退去強制手続全体からみると、身柄の収容及び仮放免の可否判断、在留特別許可の可否判断とそれに続く退去強制令書発付という身柄の拘束を伴う一連の準司法手続が、裁判所および第三者機関がまったく関与することなく、入国管理局という単一組織内のみの判断で行われることとなる。これは、行政裁量権の行使の観点からみれば、「人身の自由」といった基本的人権に多大な影響をあたえ、当該外国人からみればそれはきわめて過酷な刑罰としての意味をもつ¹²行政手続が、法務省入国管理局という単一行政組織による広範な裁量権に委ねられていることを意味する。

4 入国および難民認定における行政裁量の位置づけ

外国人の「入国」につき、入管法は、本邦に上陸しようとする外国人は、入国審査官に対し上陸の申請をして、「上陸のための審査を受けなければならない」(第6条第2項)と規定し、「入国審査官は、審査の結果、外国人が第7条第1項に規定する上陸のための条件に適合していると認定したときは、当該外国人の旅券に上陸許可の証印をしなければならない」(第9条)とされている。すなわち、入管法上、上陸のための条件に適合している以上は、入国審査官はその者の上陸を許可しなければならない、そこに裁量がはたらく余地はない。また、入管法第7条第1項に規定する上陸のための条件は、所持する旅券及び、査証を必要とする場合には同査証が有効であること(1号)、在留資格にかかる該当性を有し、かつ、省令で定める基準に適合すること(2号)、在留期間が省令の規定に適合するものであること(3号)、上陸拒否事由に該当しないこと(4号)と具体的要件が掲げられており、この点についても概括的で具体的要件が何ら示されていない外国人の「在留」の場合とは対照的である。このように、外国人の「入国」に関して裁量権が認められるのは、省令基準の適合にかかる場面に限

11 東京地決平成13年12月27日判例時報1771号76頁

12 関野昭一「出入国管理法制の運用上の問題点」ジュリスト283号(1971)16頁

られており、基準もなく概括的に裁量権を認める「在留」のそれと比較して、裁量権の範囲はかなり限定的であるといえる。

また、難民の認定については、「法務大臣は、本邦にある外国人から法務省令で定める手続により申請があったときは、その提出した資料に基づき、その者が難民である旨の認定を行うことができる」（第62条の2第1項）と規定され、難民認定は申請に基づき、法務大臣により認定されるものとされているが、この認定はあくまでもその者が難民に該当するか否かの認定であって、法務大臣の裁量によって判断されるものではない。すなわち、難民は認定の故に難民となるのではなく、難民であるが故に難民と認定されるのである¹³。したがって、ここに行政庁の裁量がはたらく余地はない。

ただし、入管法は「法務大臣は、前条第一項の申請をした在留資格未取得外国人について、難民の認定をしない処分をするとき、又は前項の許可をしないときは、当該在留資格未取得外国人の在留を特別に許可すべき事情があるか否かを審査するものとし、当該事情があると認めるときは、その在留を特別に許可することができる」（第61条の2の2第2項）旨規定している。そのため、難民の認定それ自体は裁量行為ではないにしても、難民認定手続において難民不認定となった場合には、これとは別に在留特別許可についても検討されることとなり、「在留を特別に許可すべき事情があるか否か」について法務大臣の裁量判断がはたらくこととなる。

5 外国人の出入国と行政手続法・行政不服審査法

上述のとおり、外国人の入国及び難民の認定を除けば、入管法は在留の許可等各々の行政処分について行政庁の裁量権の余地を広範に認めるような規定ぶりとなっている。しかし、たとえ行政庁の裁量権が広範であるにしても、それは無制限なものではなく、一定の限界を有している。行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号。以下「行訴法」という）第30条が、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」と規定し、裁量権の逸脱・濫用は違法となることを明らかにしているのもそのあらわれでも

13 国連難民高等弁務官（UNHCR）駐日事務所編『難民認定基準ハンドブック（改訂版）』1-1-28

ある。ただし、先にも触れたとおり、入管法は在留の許否判断に係る処分要件や、裁量権行使に係る具体的基準等は何ら定めていない。そのため、少なくとも入管法からは、裁量権の逸脱・濫用にかかる何らかの判断基準を直接的に導き出すことはできない。

一方、行政手続法（平成5年法律第88号）第1条第1項は「行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする」と規定しており、ここでいう「国民」とは日本国籍を有する者に限られず、外国人も含むものと解される¹⁴。したがって、原則として、本邦に在留する外国人についても、行政運営における公正の確保と透明性の向上による権利利益の保護の要請は当然に働くものと考えられる。そして、行政手続法は、この目的達成のため、申請に対する処分に対しては、行政庁に具体的な審査基準の設定、公開（第5条）や、許認可許否に係る理由の提示（第8条）等を求め、不利益処分に対しては、「行政庁は、処分基準を定め、かつこれを公にしておくよう努めなければならない」（第12条）とし、さらに不利益処分の理由の提示（第14条）等を求めている。

これら審査基準や処分基準は、まさにそれが設定され公にされることにより、透明性が保たれ予見可能性が確保されるという機能を持つ。また、理由の提示（理由付記）は、「処分庁の判断の慎重・合理性を担保してその恣意を抑制するとともに、処分の理由を相手方に知らせて不服の申立に便宜を与える」（最判昭和38年5月31日民集17巻4号617号。いわゆる「所得税青色審査決定処分等取消請求事件」）ものとされている。

このように行政手続法は、審査基準・処分基準の設定や理由付記等を通して、行政の恣意的な運用を抑止しようとするものであり、手続的保障の観点から行政裁量の統制を指向するものと考えられる。

ところが、外国人の出入国に関する事項は、行政手続法第2章から第4章までは適用除外とされており（行政手続法第3条1項10号）、外国人の出入国に関しては、審査基準・処分基準の設定や理由付記等につき、その適用が及ばない。この外国人の出

14 室井力・芝池義一・浜川清・本多滝夫編『コンメンタール行政法Ⅰ行政手続法・行政不服審査法（第3版）』（日本評論社2018）15頁（芝池義一執筆部分）。宇賀克也『行政手続三法の解説（第2次改訂版）』（学陽書房2016）46頁も同趣旨。

入国に関する事項が適用除外とされている理由については、通説的見解によれば、外国人に対しては、わが国に入国・在留の自由が権利として保障されているとは解されないため、日本人とは異なる扱いを受けるからであるとされている¹⁵。しかし、たとえ外国人に対しては、日本人と同等の権利が与えられているわけではないとしても、行政の公正性の要請からすれば、手続保障の程度が外国人と一般国民とで当然に異なることにはならない¹⁶、外国人は適正手続の範疇外に当然に置かれるということにもならない。

他方、事後的手続の観点からみると、行政不服審査法（平成 26 法律第 68 号。以下「行審法」という）は、「行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対して広く行政庁に対する不服申立のみちを開くことによって、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする」（行審法 1 条 1 項）と規定し、行政庁の「違法」な処分のみならず「不当」な処分等に対しても、訴訟に頼ることなく簡易迅速な手続によって権利利益の救済を図り、これにより処分行政庁の判断をより慎重にならしめるということが期待されているといえる。その一方で、同 1 条 2 項は「他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる」と規定し、「外国人の出入国」については同 7 条 1 項 10 号により適用除外とされている。これについては、外国人という地位からくる特殊性の他に、他の法律、すなわち、入管法が退去強制手続につき、入国審査官による違反審査に係る認定、特別審理官による口頭審理に係る判定、法務大臣による異議申出に係る裁決と不服の申立てにかかる三段階の審査を用意しているからであるともされている¹⁷。また、実務書においても、この三審制について「退去強制手続がとられる外国人の権利が手厚く守られる手続き構造となっている」¹⁸と説明されている。しかし、この三段階の審査はあくまでも退去強制事由該当性の有無

15 第 128 回参議院内閣委員会（H5.11.2）においても、外国人の手続的保障については、「国家の裁量に属する考え方で整理されている」旨の政府委員の答弁が行われている。

16 室井ほか編・前掲注 14・42 頁（本多滝夫執筆部分）

17 第 159 回参議院法務委員会（H16.4.15）において、同委員長は「出入国管理行政については、いわゆる三段階で行政手続の中で不服審査をきっちりやっていくというものを用意しているので、行政不服審査法上の不服申立の手続きを設ける必要はない」旨述べている。

18 坂中・齋藤・前掲注 6・607 頁

についての審査であって、在留を特別に許可するか否かの判断について三審制をとっているわけではない。また、入管法は退去強制手続以外の不利益処分にかかる事後的な手続、例えば、正規在留者に対する在留期間更新不許可処分にかかる事後的な手続等については、何ら手続的規定を置いていない。これらにかんがみれば、入管法が外国人の出入国を行政不服審査法の主要項目から適用除外とするのを首肯するほどに事後的な救済手続を整えているとは言い難く、「外国人の権利が手厚く守られる手続き構造となっている」とも言い難い。

さらに、実務的な観点からみても、退去強制手続においては、そのほとんどが退去強制事由の該当性を争うことなく在留特別許可を求めるものであるということにかんがみれば、三審制にかかる上記のような評価は、外国人が退去強制事由に該当しないことを理由に異議申出を行うというおよそ実例の乏しいような手続きを想定しているものと言わざるを得ない¹⁹。

いずれにしても、日本の法律や司法手続に必ずしも通曉していないと思料される外国人にとっては、権利侵害にかかる手続的保障の確保の要請はより強いものになると思われるが、実質的にみれば、外国人の出入国に関する事項は、事前的・事後的な手続保障の範疇外に置かれているといえる。

6 小括

このように入管法は、各行政処分について、条文で多くの不確定概念を用いており、かつ、その不確定概念を具体化する規定も何ら設けられておらず、白紙委任的といえるほどに概括的となっているため、行政庁の裁量権がはたらく余地が、極めて広範に認められやすい構造となっているといえる。また、出入国管理は、その終局的な場面において行政処分により外国人を国外に退去させることも可能という強力な作用をもち、有する準司法的手続であり、外国人の人身の自由といった基本的人権に多大な影響を及ぼすものであるが、入管法においては人権保障の側面からの手続的保障が系統的に構築されていない。

19 伊藤行紀「退去強制手続における異議の申出、法務大臣裁決と在留特別許可」駿河台法学第29巻第1号(2015)3頁

さらに、手続法の側面からみても、行政手続法、行政不服審査法はいずれも外国人の出入国に関する処分等は、その主要項目から適用除外とされており、入管法も極めて限定的にしか手続的な規定を定めていないことからすれば、出入国管理領域において外国人に対する事前的・事後的な手続的保障が法的に確保されているとも言い難い。

別の角度からみれば、出入国管理領域における行政庁による裁量行為は、実体法的にも手続法的にも、それを自己統制する機能に極めて乏しく、いわばスタビライザーなき行政裁量となっているともいえ、これについては、この領域における裁量統制を考察するにあたって十分に留意しなければならない入管法制上の特異点といえる。

そして、このような出入国管理に係る法制度上の特徴点・問題点は、次章でみるように、入管関連訴訟のリーディングケースとされるマクリーン事件上告審判決、およびそれに続く出入国関連訴訟における行訴法第30条の定める裁量権の濫用・逸脱に係る司法審査の場面においても、大きな影響を及ぼしているのである。

第2章 マクリーン判決理論の今日的通用性の検証

1 マクリーン事件概要

行政裁量をコントロールするもっとも有効かつ実地的な手段は、裁判所による司法統制であるが、出入国管理関連訴訟におけるリーディングケースとして、今日においても様々な判決に引用、援用されているのが、マクリーン事件上告審判決²⁰が示した裁量権の逸脱・濫用にかかる判断枠組みである。

本事件は、英語教師としてわが国に在留していた外国人（原告 X）が法務大臣に対して在留期間の更新を申請したところ、Xが行った政治活動（日米安保条約やベトナム戦争、出入国管理法案などに反対する合法的・合憲的なデモや集会等の参加）を理由として在留の更新を不許可処分としたことの合法性・合憲性が争われたものである²¹。

20 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁

21 マクリーン事件では政治活動の他にXの無断転職も争点となったが、上告審は「在留期間更新申請に対し被告人が更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるものとはいえないとしてこれを許可しなかったのは、上告人の在留期間中の無届転職と政治活動のゆえであつたというのであり、原判決の趣旨に徴すると、なかでも政治活動が重視されたものと解される」と説示しており、もっぱらXの政治活動を中心に判旨を展開している。

第一審・東京地裁判決²²は、法務大臣は「在留期間の更新の許否については、相当広汎な裁量権を有するものと解すべき」であるとしつつも、Xの行った政治活動は「日本国民および日本国の利益を害する虞れがあるとは考えられ」ないとして、法務大臣が政治活動を理由としてXの更新申請を不許可としたことは「社会観念上著しく妥当性を欠くものといわなければならない」と判示し、原告Xの請求を認め、在留期間更新に係る不許可処分は法務大臣の裁量権を逸脱した違法な処分であるとして処分の取消しを認容した。

続く控訴審・東京高裁判決²³は、Xの行った政治活動の中には、わが国の外交政策を非難し、日米間の国際友好関係に影響なしとしないものも含まれているとしたうえで、これらの行動がXによって現実に行なわれた以上、「高度の政治的判断のもとに出入国管理行政を行なうべきものとされている法務大臣が、これをもつて日本国及び国民のために望ましいものとせず、その在留期間更新の許否を決するにつき消極の事情と判断したとしても、それはその時点におけるその権限の行使として、まかされた裁量の範囲におけるものというべく、これをもつて違法とすることはできない」として、原判決を取り消し、被控訴人[X]の請求を棄却した。

そして、昭和53年(1978年)10月4日、上告審たる最高裁大法廷は、いわゆる権利性質説にたち、憲法が定める基本的人権は原則として外国人にも保障されるとしつつも、その保障は、「在留制度の枠内においてみとめられるにすぎない」としてしたうえで、

- ・外国人には「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」こと
- ・Xの行った政治活動については「その行動の態様などからみて直ちに憲法の保障が及ばない政治活動であるとはいえない」ものの、その活動のなかには、「わが国の基本的な外交政策を非難し日米間の友好関係に影響を及ぼすおそれがないとはいえ

22 東京地判昭和48年3月27日訴訟月報19巻6号71頁

23 東京高判昭和50年9月25日訴訟月報21巻10号2103頁

ないものも含まれて」いること

・「被上告人〔法務大臣〕が、当時の内外の情勢にかんがみ、上告人〔X〕の右活動を日本国にとって好ましいものではないと評価し、上告人の右活動から同人を将来日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者と認めて、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるものとはいえないと判断したとしても、その事実の評価が明白に合理性を欠き、その判断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え」ないこと

等を理由して、裁判官全員一致で、本件不許可処分に違法性はないとしてXの請求を棄却した。

2 マクリーン事件上告審判決における裁量審査の判断枠組み

本上告審判決は、国際慣習法上、外国人を自国内に受け入れるかどうかは、当該国家が自由に決定することができるもの解されること²⁴、法令上、法務大臣が「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り」これを許可することができるものと定めていること等を論拠に、外国人には「在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」として、まずその権利性を否定する。

そのうえで、「出入国管理令が原則として一定の期間を限って外国人のわが国への上陸及び在留を許しその期間の更新は法務大臣がこれを適当と認めるに足りる相当の理由があると判断した場合に限り許可することとしているのは、法務大臣に一定の期間ごとに当該外国人の在留中の状況、在留の必要性・相当性等を審査して在留の許可を決定させようとする趣旨に出たもの」とであるとし、「在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からである」としてい

24 最判昭和32年6月19日刑集11巻6号1663頁は、「憲法22条は外国人の日本国に入学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つて、このことは、国際慣習法上、外国人の入学の可否は当該国家の自由裁量により決定し得るものであつて、特別の条約が存しない限り、国家は外国人の入学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る」としており、本判決もこれを引用・援用している。

る。

そして、このような極めて広範な法務大臣の裁量権を前提として、裁量権の逸脱・濫用にかかる司法審査については、行政庁の判断が「全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明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に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であるとすることができる」としている。これは要件の存否について法務大臣の要件裁量を承認する²⁵とともに、審査基準を特に示さず「社会通念」を尺度として、法務大臣の判断が全く事実の基礎を欠くか、事実に対する評価が合理性を欠くことが明白である場合に限り、裁量権の逸脱・濫用を認めるという審査密度の低い社会観念審査方式をとったものといえる。

また、本判決は、法務大臣は「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じやくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならず」、このような判断は、「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」としたうえで、「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。これは一審判決が法務大臣の裁量権の広範性をみとめつつも、在留期間更新の許否判断については、少なくとも上陸拒否事由又は退去強制事由に準ずる事由について考察すべきとし、「かかる事由もないのにされた更新不許可の処分は裁量の範囲を逸脱するものと解され」と判示しているのとは対照的である。

さらに本判決は、「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない」として、裁量基準に違背する処分が行われたとしても必ずしも違法性を生じるとは限らないとし、裁

25 塩野宏『行政法Ⅰ（第六版）』（有斐閣 2015）142 頁

量基準の自己拘束性を否定する。すなわち、本判決によれば、在留の許否判断にかかる法務大臣の裁量権の広範性は、憲法が定める基本的人権や行政内部で確立された裁量基準にも拘束されず、その裁量権の行使が逸脱と判断されるのは、重大な事実誤認や社会通念に照らしての顕著な妥当性欠如という極めて稀にしかありえないような場合のみに限られることになる。

3 マクリーン判決の判断枠組みに対する学説からの批判・評価

このような広範な裁量権論に基づく審査密度の低い社会観念審査について、学説からは、様々な指摘や批判がなされているところである。例えば、亙理格教授は、このようなひとたび自由裁量権を認めたならばその行使を一定方向へ方向づけるような法的制約の存在は一切認めないというような判断枠組みに対しては、「包括的・白紙授権的」な裁量権概念に規定づけられた思考方法が潜んでいると指摘したうえで、「自由裁量権行使について一定の方向づけを指示するような如何なる法的ルールも存在しない、という考え方は妥当か」との疑問を呈し²⁶、泉徳治元最高裁判事は、本判決は法務大臣に対しあまりに広範な裁量権を認めるあまり、いかなる個別論をも退けるような装いを呈しており、出入国関連の取消訴訟における共通の障壁になっている²⁷と指摘している。

日比野勤教授は、「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ない」とする本判決について、「憲法の人権保障の存否が出入国システムを規定する法律の定めに依存することになるから、外国人の人権の観念は根底から揺さぶられることになる」とし、「従来の最高裁の考え方が出入国システムを原則として憲法第三章の射程に取り込むものであったのとは対照的」であると述べている²⁸。そして、同教授は、このような出入国システムと基本的人権は異なる次元にあり、在留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ているとする立場を「出入国システム優位説」と呼び、この「出入国システム優位説」に基づくとなると、入国・在留・出国などの出入国システムにかかわる事柄について当局の

26 亙理格『公益と行政裁量』（弘文堂 2002）5 頁以下

27 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）20 頁

28 日比野勤「外国人の人権（2）」法学教室 217 号（1998）43 頁以下

裁量は当然に基本的人権によって制約されないこととなると指摘し、反対に「基本的人権優位説」によれば、当局の裁量は基本的人権によって制約されうると考えられるとしている²⁹。

しかし、たとえ外国人はわが国に在留する実体的権利を有さず、行政庁の裁量権は広範に及ぶとしても、このような裁量権行使は基本的人権によっては制約されないとする「出入国システム優位説」ははたして妥当なのだろうか。

もし、外国人にも基本的人権は原則として保障されるとしつつ、その一方で、保障されているはずの基本的人権を行使したことを理由として、在留期間の更新を不許可とすることもできるというのであれば、それは単に在留期間中はとくに不利益を強制されないというにすぎず、あたかも人権に対する規制の執行が一時猶予されている状態にある³⁰ともいえよう。また、政府の施策を批判するような行動はすべて「日本にとって好ましくなく、将来日本の利益を害するおそれがある」として在留期間更新が拒否される可能性も否定できない³¹であろうし、このような状態は、自己が不利益な処遇を受ける事態の予測可能性を奪うことになり、ひいては正当な政治的発言を差し控えることを余儀なくされるという萎縮効果を生む³²危険性をはらんでいるともいえよう。実際、マククリーン事件以降、政治活動を理由として、不利益処分とされた事案は聞かない。これは単に冷戦の終結やイデオロギー対立の時代の終焉等によって、日本にとって好ましくない政治活動や将来日本の利益を害するおそれがある政治活動を行う外国人がいなくなったというわけではなく、国際人権条約の批准やそれに伴う人権意識の高まり、あるいは判例理論や学説の深化により、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する出入国システム優位説が大きく揺らいでいるとみることもできよう。

まさに「いまや、外国人にも憲法の人権保障条項が適用されるか否かが問われる時代から、いかなる人権がどの程度保障されるかを具体的に（保障の及ぶ外国人の類型

29 例えば、基本的人権優位説にたつ一審判決は、本件不許可処分は「日本国憲法の国際協調主義および基本的人権保障の理念にかんがみ」、裁量の範囲を逸脱する違法な処分であるとしている。

30 阿部照哉「最新判例批評—マククリーン事件上告審判決」判例時報 919 号（判例評論 243 号）（1979）149 頁

31 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 285 号（1978）7 頁

32 江橋崇「外国人の政治活動の自由—マククリーン事件上告審判決」ジュリスト 693 号（1979）20 頁

もことなることに注意して)明らかにすることが問われる時代に移行した」といえるのであり³³、その意味において、「出入国システム優位説」から「基本的人権優位説」への回帰が求められているといえよう。

また、本判決も説示するとおり、「法が処分を行政庁の裁量に任せる趣旨、目的、範囲は各種の処分によって一様ではなく、これに応じて裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法とされる場合もそれぞれ異なる」のであるから、出入国管理領域における裁量審査についても、各種の処分ごとに個別・具体的にこれを検討しなければならない。それを踏まえれば、本判決で展開されている一般論は、実は、あくまでも裁判所の主観的要素として「わが国の基本的な外交政策を非難し日米間の友好関係に影響を及ぼすおそれがないとはいえない政治活動」を、行政庁が在留期間更新の可否判断にあたって消極的要素として斟酌できるかどうかについてのアドホックな個別的なものであって、出入国管理領域全般に普遍的に通用するものではないとみることもできよう。すなわち、裁判所はXの行った政治活動は外交問題に発展しかねないものであるとの認識のもと、そのような高度な政治的要素を含む処分判断については、政治的責任を取る制度的担保もない裁判官の法的審査能力を超える場合があり³⁴、国際人権条約も未だ批准されていない当時の状況において、裁判所としては一種の統治行為論類似の司法謙抑的な判断枠組みとして、「出入国システム優位説」を展開したとみることもできるのではなからうか。そして、そうであるならば、本判決の判断枠組みはあくまでも外交問題に発展しかねないような極めて高度な政治的個別事案に限って説示したものであって、国際人権条約等が批准されている現在においては、あらゆる個別案件にすべからく適用されると解釈することはできないはずである。

また、仮に本判決が一定の妥当性や部分的な普遍性を有していたとしても、判決後、わが国における外国人をとりまく法的環境が著しく変化していることは留意すべきであって、特に、

- ・国際規約、児童権利条約等国際的人権保障にかかる重要な条約が批准されていること

33 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣 1994) 124 頁

34 川神裕「裁量処分と司法審査(判例を中心として)」判例時報 1932 号(2006) 11 頁

- ・平成 5 年（1993 年）に行政手続法が制定されていること
- ・平成 13 年（2001 年）の入管法改正により平成 14 年（2002 年）から法務大臣の権限が地方入国管理局長に委任されていること
- ・平成 18 年（2006 年）より処分の透明化等を図るため法務省が「ガイドライン」を策定・公表していること

等は、判決後に生じた極めて重要な変化であるといえ、それらを踏まえたとえて、いままなおマクリーン判決の理論、判断枠組みがそのまま今日的通用性を有しているか、再度、検証する必要がある。以下、それらについて考察する。

4 マクリーン判決の判断枠組みの今日的通用性の検証

ア 国際人権条約の批准と条約の解釈

マクリーン判決以降、わが国は国際人権規約（A 規約・B 規約）、児童の権利条約、人種差別撤廃条約等、さまざまな国際人権条約を批准している。そして、これら国際人権条約については、単なる宣言にとどまるものではなく、裁判規範性を有し、かつ、法律に優位するものと解されている³⁵。また、わが国は一般的受容方式を採用しており、条約が批准・公布されればそのまま国内的効力をもつとされる。これにつき、自由権規約第 19 条は「すべての者は表現の自由についての権利を有する」（2 項）として表現の自由を保障し、それが公の秩序や他人の権利擁護等のために一定の制限を課すことができるとしても、その制限は法律によって定められるものとされている（3 項）。そうすると、少なくとも、今日的視点でみれば合法・合憲的な政治活動を理由として、X の在留期間更新を認めなかったマクリーン判決は、この第 19 条の趣旨にも反することになろう³⁶。

しかし、その一方で、条約が国内的効力をもつという問題と、当該条約を直接裁判

35 いわゆる受刑者接見妨害事件において徳島地判平成 8 年 3 月 15 日判例時報 1597 号 115 頁は「B 規約は、自由権的な基本権を内容とし、当該権利が人類社会のすべての構成員によって享受されるべきであるとの考え方に立脚し、個人を主体として当該権利が保障されるという規定形式を採用しているものであり、このような自由権規定の性格と規定形式からすれば、これが抽象的・一般的な原則等の宣言にとどまるものとは解されず、したがって、国内法としての直接的効力、しかも法律に優位する効力を有するものというべきである」と説示している。

36 泉・前掲注 27・23 頁

で適用できるかどうか（国内的適用）とは別問題であり、本来、法律である入管法よりも、条約である自由権規約の方が効力順位は上位であるはずにもかかわらず、日本の裁判所における考慮順位は、法律の方が条約よりも優先されていること、あるいは、一般にわが国の裁判所は、自由権規約がどんなに詳細な規定をおいていても、人権カタログの同一性を強調し、それらは憲法を超えた人権保障はしておらず、憲法の人権規定に包摂されるという論理に立っているなどもある。わが国の裁判所が人権条約の解釈を正面から取り上げることは少ないとされる³⁷。

また、出入国システム優位説に立つマクリーン判決自体が、条約より優位であるとされている憲法の基本的人権の保障でさえも、「外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」としているため、近時の裁判例（東京地判平成28年6月3日LEX/DB25543349）も、「自由権規約は、その13条において、締約国が法律に基づき退去強制手続をとることを容認している一方、17条1項や23条1項については、外国人に対して当然に在留資格を与えるべきことまでを定める規定であると解することはできないから、結局、入管法に基づく外国人在留制度の枠内において、それらの条項の趣旨が考慮されることになるものにすぎないというべきであ」としている。

一方、「条約は、その文脈によりかつその趣旨および目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈しなければならない」（条約法条約31条1）とされているものの、わが国の裁判所と条約機関との間で、規約の解釈が異なることもありうる。これにつき、協定永住者³⁸である在日二世韓国人女性が指紋押なつ拒否により法務大臣から再入国不許可処分を受けそのまま出国し、同不許可処分の取消しを求めた「崔善愛事件」（最判平成10年4月10日判例時報1638号63頁）において最高裁は、自由権規約第12条にかかる「自国に戻る権利」の「自国」を「国籍国」と解した上で、「指紋押なつを拒否しているという事情を〔再入国の〕申請を許可することが相当ではない事由として考慮すること自体は、法務大臣の前記裁量権の合理的な行使として許容し得るものというべきである」とし、「再入国の許否の判断に關す

37 芹田健太郎・薬師寺公夫・坂本茂樹『ブリッジブック国際人権法・第2版』（信山社2017）210・216頁（坂本茂樹執筆部分）

38 戦前、日本国籍を有して本邦に居住し、戦後、引き続き本邦に居住するに至った在日台湾人・朝鮮人及びその子孫で、現在では入管特例法により「特別永住者」と呼称されている。

る法務大臣の裁量権の範囲がその性質上広範なものとされている趣旨にもかんがみると、・・・右判断は、裁量権の範囲を超え、又はその濫用があったものとして違法であるとまでいうことはできない」としてマクリーン判決を援用し上告を棄却している。ところが、このような最高裁の見解に関して自由権規約委員会は「一般的意見 27」において、『『自国』の範囲は、『国籍国』という概念よりも広く、・・・長期居住者のような他の範疇の者もふくまれる』としたうえで、「締結国は、その報告書において、永住者が居住国に戻る権利についての情報を含まなければならない」としている。これら「一般的意見」には法的拘束力はなく、わが国の裁判所を拘束するものではないにしても、国際標準から見て、日本の裁判所の条約の解釈そのものが、必ずしもスタンダードとはいえないものであることを示唆しているともいえよう。

いずれにしても、マクリーン判決以降、わが国はさまざまな国際人権条約を批准したものの、入管訴訟において、人権条約が正面から取りあげられることは少なく、外国人の基本的人権はあくまでも出入国管理制度の枠内であるとするマクリーン判決の出入国システム優位の判例理論に基本的な変化は見られない。また、裁判所自身が人権条約を解釈し、それを通じて行政庁の裁量処分をコントロールするという姿勢も見られない。しかし、このような裁判所の消極的な姿勢に対しては、「日本の裁判官には人権教育が必要である」³⁹といった厳しい批判もあることも忘れるべきではなく、人権保障の国際的な広がりを受け、わが国も条約を批准した以上、憲法 96 条の趣旨に照らし、わが国の裁判所および行政機関はもっと人権条約に対して正面から向き合う必要がある。

イ 行政手続法の制定

平成 5 年（1993 年）、「行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的」として、行政手続法が制定された。ただし、外国人の出入国に関する処分は、行政手続法第 2 章から第 4 章までは適用除外とされているため（第 3 条 1 項 10 号）、外国人の出入国に関しては、審査基準・処分基準の設定や理由付記等については、その適用は及ばない。しかし、前にも触れたと

39 自由権規約委員会バーゲンソール委員の発言（芹田ほか・前掲注 37・227 頁より引用）

おり、本法でいう「国民」には外国人も含むものと解され、行政の公正性の要請からすれば、手続的保障の程度が外国人と一般国民とで当然に異なることにはならない。むしろ、「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いる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ものと解すべき」とするならば、外国人に対しても日本人と同等の手続的保障の確保が要請されているものとみるべきであろう。そして、そうであるならば審査基準・処分基準の設定や理由の付記が、外国人の出入国に関し適用除外とされている意味と意義をもう一度問い直す必要があるであろうし、これまで触れてきたとおり、入管法制における出入国にかかる手続的保障は極めて不完全なものであることにかんがみれば、「行政運営における公正の確保と透明性の向上」を出入国管理行政においていかに図るかについては、いまだ行政手続法の制度趣旨からの要請として、検討すべき課題として残されているといえよう。その観点からいえば、行政庁自ら定めた裁量基準に違背した処分が行われたとしても、「原則として不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない」としたマククリーン判決の趣旨は、山本隆司教授が指摘するとおり、この判示が「裁量基準の法的効果を否定したもの」とすると、行政手続法が処分に関する基準を策定する行政庁の（努力）義務を定め、学説が行政決定に関する基準の策定を、法治国における行政手続の一般原則として挙げている現在では、この判示は先例的価値を失っている」⁴⁰というべきであろう。そして、これについては後述するガイドラインの裁量基準性や裁量基準の自己拘束性の問題に大きくかかわってくることとなる。

ウ 法務大臣の権限委任

平成13年（2001年）の入管法改正により、一部を除いて法務大臣の権限が各地方入国管理局（法務省設置法（平成11年法律第93号）第15条及び21～23条）の長に委任された（入管法第69条の2・規則第61条の2）。これにより在留期間更新や在留資格の変更、在留特別許可に関する異議申出に係る法務大臣の裁決等における権限

40 山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報1933号（2006）16頁。なお、この山本教授の指摘について橋本博之教授は「正当な指摘と考える」として評価している（橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂2009）162頁）。

は、地方入国管理局長に委任されることとなったが、権限委任に際して「法務大臣の広範な裁量権論」もそのまま地方入国管理局長についても当てはまるのが問題となる。

この点については、次のような有力な見解がある。すなわち、「地方入国管理局長は法務大臣と異なり閣議に出席することはなく、内閣の一員として国会に対して責任を負う地位にもない。したがって、地方入国管理局長は、その管轄する地域における外国人の在留状況や過去の処分に関する取り扱いについて通曉はしていても、『国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼譲など諸般の事情をしんしゃく』（マクリーン事件判決）する特別な能力もなければ、政治的配慮をする資格もない。そもそも地方入国管理局長は一行政官僚にとどまり、高度な政治的判断を行うことが組織上予定されているものではなく、かかる資質も担保されていないばかりか、むしろ政治的判断を行うことはその職務に照らし許されない」との見解のもと、「このように、地方入国管理局長には法が法務大臣に裁量権を付与する根拠となる地位や適正な判断を行う資質の担保に欠くのであるから、地方入国管理局長が委任により処分を行うに当たって有する裁量権の範囲が法務大臣の裁量権の範囲と全く同一であるとするとは、法が法務大臣に裁量権を付与した趣旨に反し、また本条（69条の2）の目的を逸脱するものである」との見解である⁴¹。そして、これと同趣旨の主張が、しばしば入管関連訴訟においても原告側から展開されているところでもある。

しかし、裁判所はこのような見解については、一貫して否定的な姿勢を示しており、東京高判平成25年3月13日公刊物未掲載は、「政治的判断を含め的確な在留特別許可の許可を判断することができるのは、出入国管理行政全般について国民や社会に対して責任を負って出入国管理行政を行う行政機関であり、その意味においては、法務大臣と地方入国管理局長とで異なるところはない。・（法令の規定も）委任するに際して何らの制約を設けていない。・実質的観点からも、法令解釈としても、在留特別許可の許可に関する法務大臣及び地方入国管理局長の広範な裁量について、異なる解釈をすべき根拠はない」とし、法務大臣と地方入国管理局長の裁量権に差異はない

41 児玉晃一・関聡介・難波満編『コンメンタール出入国管理及び難民認定法2012』（現代人文社2012）552頁より引用

と判示している。

本判決は、要するに、組織全体として、法務大臣も地方入国管理局長も同じく出入国管理行政全般について国民や社会に対して責任を負っており、その意味においては「法務大臣と地方入国管理局長とで異なるところはない」とするものであり、一般論としてはそのとおりであるといえよう。しかし、最終判断権者としての国民に対する責任の所在の観点からみた場合、内閣の一員として国権の最高機関たる国会に対して連帯責任を負っている法務大臣と、あくまでも内閣の下にある省庁の一地方支分部局長に過ぎない地方入国管理局長とはその責任の比重と質は明らかに異なっている。特に、「高度な政治的判断」は、あくまでも国会に対する直接的な責任の所在が強く要請されるものであり、その観点からも、一地方支分部局長である地方入国管理局長が、独自に高度な政治的判断を行うことは許されていないとみるべきであろう⁴²。

また、入管法第 69 条の 2 は、法務大臣の権限委任に際して、永住許可に係るものと、難民認定の取消しに係るものは委任から除外されているが、これらにつき実務書の解説によれば、「永住許可は申請を行った外国人の永住が日本国の利益に合するか否かという高度な判断が求められ、このような判断は、法務大臣の責任でその名においてのみなすべきものであることから、委任できる権限から除外されている」とされ、難民認定の取消しについても、「その要件事実の存否の判断は、極めて高度な判断が求められていることから、同様に委任できる権限から除外されている」とされている⁴³。すなわち、実務的にも「高度な判断」は地方入国管理局長ではなく、あくまでも「法務大臣の責任でその名においてのみなすべきものである」と捉えられており、法務大臣と地方入国管理局長の判断能力は異なることを前提としている。また、大阪地判昭和 54 年 4 月 24 日訟務月報 25 巻 8 号 2228 頁は、「日本国憲法上外交等につき責任と権限を有する内閣の一部である法務大臣の在留許可の判断は、裁判所において

42 裁判例が法務大臣と地方入国管理局長の裁量権に差異はないと判示していることについて、下川教授は、アメリカ行政法にいう組織的決定 (institutional decision) を根拠にしていると指摘した上で、「高度の政治的判断を地方入国管理局長にゆだねた場合に、その結果に対する政治的責任をどのように果たすのかという疑問が残る」としている。下川環「行政判例研究—平成 22 年 1 月 11 日東京地方裁判所判決」自治研究 87 巻 12 号 (2011) 144 頁 参照。

43 出入国管理法令研究会編『注解・判例 出入国管理実務六法 (平成 30 年版)』日本加除出版 (2017) より引用

も尊重されなければならない」として、法務大臣が「内閣の一部」であることをもって、裁判所はその判断を尊重すべきものとしている。

してみると、有力説がいうがとおり、内閣の一員として国会に対して連帯して責任を負い、閣議に出席し、国务大臣として内閣総理大臣により任意に罷免されうる立場である法務大臣と、閣議にも出席せず、立法府に対しても直接には責任を負わない法務省の内局である入国管理局の地方出先機関の長にすぎない地方入国管理局長とは、「行政庁」としての実質的な地位と責任の質がまったく異なっていると言わざるを得ず、法はたしかに権限委任について何らの制限や留保を付しているわけではないものの、このような両者の違いを踏まえると、地方入国管理局長の裁量権行使については、法務大臣とは異なる内在的制約が課せられているとみるのが相当であろう。

さらに付言すると、そもそも法務大臣の権限が委任された背景については、急増する出入国関連業務にかかる迅速化・効率化に主眼が置かれていたのは明らかであり⁴⁴、法務大臣と地方入国管理局長の「行政庁」としての差異が国会において検討された形跡も認められない。また、全国に8つある地方入国管理局のそれぞれの長が、それぞれ処分行政庁として「広範な裁量権」をもって委任された権限を行使するとするならば、同種事案に関してそれぞれの地方入国管理局長がそれぞれ異なった判断・処分を下すこともあり得るということである。しかし、そもそも国家主権の問題とされる外国人の出入国管理に係る許否判断が、法務大臣と異なり、国権の最高機関である国会に対して直接責任を負うものではない地方入国管理局長それぞれによる裁量によって決せられるということを許すのならば、行政の公正性・公平性の観点からのみならず、国民主権の観点からも、極めて問題があるものといわざるをえないであろう。

エ 「ガイドライン」の策定・事例の公表

法務省入国管理局は在留特別許可の運用の透明性及び公平性を更に向上させることを指向して平成18年(2006年)10月、「在留特別許可に係るガイドライン」を策定し、公表している。(平成21年(2009年)7月改訂)

44 平成13年11月16日衆議院法務委員会において、当時の森山法務大臣は、法務大臣の権限委任につき「近年の入国管理局における業務量の増加にかんがみ、事務処理の合理化を図るため、法務大臣の権限を地方入国管理局長に委任することができる旨の規定」であると趣旨説明している。

このガイドラインは、在留特別許可の許否の判断に当たって考慮する事項として、「特に考慮する積極要素」と「その他の積極要素」、「特に考慮する消極要素」と「その他の消極要素」の4つをあげ、それぞれに例示的な事例を列記し、積極要素及び消極要素として掲げている事項について、それぞれ個別に評価し、考慮すべき程度を勘案した上、積極要素として考慮すべき事項が明らかに消極的要素として考慮すべき事情を上回る場合には、在留特別許可の方向で検討するとしている。

そして、後述するとおり、仮に本ガイドラインが裁量基準として、一定の自己拘束性を有するとするならば、それはガイドラインに一定の法的拘束性（＝裁判規範性）を認める可能性がありうることを意味し、マククリーン判決の判断枠組み自体が再考を迫られることとなるのである。

5 小括

マククリーン事件上告審判決で示された広範な裁量権理論や、それをベースとした審査密度の低い社会観念審査は、行政裁量権の方向性を一切否定し、あたかも行政庁の「包括的・白紙授权的」な裁量権行使を認めるような装いを呈している。

しかし、別の見方をすれば、本判決はあくまでも裁判所が退去強制事由に該当するほどではないにしても、わが国の国益を損なう恐れがある政治活動を行った外国人に対する個別的審査手法を述べたアドホックな判決にすぎず、そこで判示されたすべてが出入国管理領域全般に普遍的に通用するもの（あるいはそれを予定したもの）であるとはいえないとみることもできる。また、これまで見てきたとおり、たとえ判決当時、本判決が一定の妥当性を有していたとしても、地方入国管理局長への法務大臣の権限委任や国際人権条約の批准等を踏まえれば、その判決理論や判断枠組みが今日、そのままの形で通用するとは言い難い。とりわけ、内閣の一員として国会に対して連帯して責任を負う国務大臣たる法務大臣の権限が、全国に8つある地方出先機関の長にすぎない地方入国管理局長に委任されたという事実は、裁量権の広範性を裏付ける論理的枠組みの転換を意味するものともいえ、もはや広範な裁量権をマジックワードとした包括的・白紙授权的な裁量権行使は、「自国内に外国人を受け入れるかどうかはその国の自由」との古典的文脈における国家主権論の観点からも、その通用性が揺

らいでいるとみるべきであろう。

そして、そうであるならば、出入国管理領域における行政裁量の統制についても、まさに本判決が指摘するとおり、「法が処分を行政庁の裁量に任せる趣旨、目的、範囲は各種の処分によって一様ではなく、これに応じて裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法とされる場合もそれぞれ異なる」のであるから、単に同判決の判断枠組みをステレオタイプのにあてはめるのではなく、各種の処分ごとに個別・具体的にこれを検討しなければならないのである。

第3章 近時における裁判例・学説の動向

1 判断過程審査と行政庁の専門性

マクリーン判決が裁量権審査に関して密度の低い判断枠組みを示す一方で、行政訴訟全般にかかる近時の判例・裁判例は、一般的に、行政決定に係る意思形成過程の適否に着目した判断過程統制手法を急速に発展させ、一定の場合に行政裁量に係る審査密度を高めるという傾向を示している⁴⁵とされる。

この判断過程統制手法（判断過程審査方式）⁴⁶のリーディングケースとして、マクリーン判決の5年前に下された日光太郎杉事件控訴審判決（東京高判昭和48年7月13日行集24巻6-7号533頁）が知られている。この事件は、オリンピック開催にむけた道路拡張のため、日光国立公園内にある一部土地（この土地に「太郎杉」と呼ばれる由緒ある杉が生えていた）について建設大臣（当時）が行った土地収用法第20条の事業認定が争われたものである。これにつき判決は、建設大臣には「或る範囲において裁量判断の余地が認められる」としつつも、裁量判断が「諸要素、諸価値の比較衡量に基づき行なわるべきものである以上」は、建設大臣はこの点の判断をするにあたり、「本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽すべき考慮を尽さず、または本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れもしく

45 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂2009）145頁

46 判断過程審査は、①「考慮事項に着目した審査」と、②「裁量基準に着目した審査」の大きく2つに分かれるとされる（深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開—イギリス裁量統制論—』（信山社2013）358頁以下）が、本稿では便宜上さしあたり①を「判断過程審査」と呼ぶこととする。

は本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し・・・この点に関する判断が左右されたものと認められる場合には・・・裁量判断の方法ないしその過程に誤りがあるものとして、違法となるものと解するのが相当である」と判示した。これは行政庁の行った結果としての処分内容の是非につき、裁判所が一から判断をやりなおすのではなく、行政庁の判断過程において本来考慮すべきものと考慮しない「考慮不尽」や、考慮に容れるべきでない事項を考慮するといった「他事考慮」が認められる場合に限り、裁量権の逸脱・濫用を認める手法として評価されるものである。

もっとも、この判断過程審査は、由緒ある樹木が有する文化財的価値と道路整備の必要性等といった単純に比較することの困難な異質かつ多面的な諸利益を評価することにより裁判官の価値判断に左右されることが大きいともされ⁴⁷、本判決の判断過程統制のかなりの部分は実体的判断代置方式によっているとも指摘されているところである⁴⁸。たしかに、何をもって「考慮不尽」あるいは「他事考慮」とするかは、裁判官の主観が伴い、その意味においては、裁判所は判断代置するほかはなく、神戸税関事件上告審判決（最判昭和52年12月20日民集第31巻7号1101頁）は、「裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同一の立場に立って懲戒処分をすべきであつたかどうか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではな」とし、裁量審査に係る判断代置方式を排斥している。

本判決は懲戒権を発動するか否かに係るいわゆる効果裁量に関する判示ではあるが、「公務員の懲戒処分に関する判断は広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁している懲戒権者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」として、裁量権の広範性を、諸般の事情を総合的に考慮する必要性と行政の専門性から導き出していることについては、行政庁による要件裁量を認めたマクリーン判決も、本神戸税関判決と同一平面上にあるといえる。そして、両判決は諸般の事情を総合的に考慮しなければならない政策的裁量については、専門家たる行政庁にその判断をゆだね、専門知識のない裁判所は行

47 川神・前掲注34・15頁

48 藤田宙靖『裁判と法律学—「最高裁回想録」補遺—』（有斐閣2016）143頁。阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（三省堂1987）128頁以下も同趣旨。

政庁の判断を極力尊重するというものである。

しかし、行政庁も裁判所と同様、必ずしも高度な専門知識は持ち合わせているわけではない。例えば、マククリーン事件で問題となった外国人の在留期間更新に係る許可判断について、行政庁は職務としてそれを専門的に扱っているかもしれないが、ある外国人の在留の継続を認めるべきか否かということ自体についての特段の専門的な知識を有しているわけではないのである。したがって、三権分立の原理や法が行政庁に裁量権を与えた立法者の意図は尊重されなければならないにしても、行政庁の専門知識はそれだけで裁判所のコントロールの制約を正当化するものではないし、裁判所の主観的評価は裁判官の中立性の故に、時には権力による推進力によって決定される行政の政策的評価より広い客観性を有している⁴⁹ともいえよう。そして、そうであるならば、裁判所による審査密度も、個々の事案に応じて可変的であってよく、またそうあるべきである。特に、人権が問題となる事案については、三権分立の原理のもう一つの趣旨である権力の相互監視機能の側面からも、裁判所は行政庁の判断過程について密度の高い司法審査が求められているといえよう。

2 出入国管理領域における裁判例の動向

近時の入管訴訟は、難民関連訴訟を除くと、マククリーン事件のような正規在留者に対する不利益処分が争われるケースより、不法入国・不法残留者等の非正規在留者に対する退去強制手続の結果、異議申出に理由がないとして在留特別許可が付与されず、退去強制令書が発付されたことを争うものが圧倒的に多い⁵⁰。そして、この在留特別許可自体が法違反者に対して在留を特別に許可するものであるため、在留特別許可を例外的、恩恵的措置としてとらえ、法務大臣の裁量権の範囲は、在留期間更新の場面よりもさらに広範のものであるという解釈が定着している⁵¹。そのため、在留特別許可の不許可処分にかかる取消訴訟においては、マククリーン判決をベースとした密度の

49 宮田三郎『行政裁量とその統制密度（増補版）』（信山社 2012）25 頁

50 平成 29 年に提起された入管関連の行政訴訟は 269 件で、うち 196 件（72.8%）が退去強制手続関係の取消訴訟・無効確認訴訟で占められており、近年も入管関連の行政訴訟における退去強制手続関係訴訟が占める割合は常に 7 割以上となっている。（『平成 30 年版出入国管理』法務省入国管理局編 140 頁 図表 85 参照）

低い審査がいまだ主流であるといえ、広範な裁量権論を盾にほとんど実質的な審査を行わないいわば門前払的な判決も多く⁵²、必ずしも審査密度の高まりはみてとれない。また、そのような状況のもと、行政庁の裁量権行使に裁量権の逸脱・濫用があったとして違法とする裁判例は極めて少ない。

しかし、その少ない裁判例の中には、

- 【1】 不法滞在していたフィリピン人一家のうち裁決当時 15 歳であった原告につき、不法残留について何らの帰責性はなく、日本人の子供とまったく変わらない生活を継続しており、その生活状況や学習状況を適正に認定していれば在留特別許可を付与した可能性が高かったとして裁量の逸脱を認めた事例（東京地判平成 16 年 11 月 5 日判例タイムズ 1216 号 82 頁）
- 【2】 薬物犯罪 2 回有罪判決を受け不法残留状態にあったタイ人につき在留特別許可を付与しないという判断は、原告の日本人配偶者との婚姻関係及び日本人である 3 人の未成年実子との親子関係を考慮しておらず、他方で、原告が 2 回の有罪判決を受けていることを被告がことさらに重視したことは、社会通念上著しく妥当性を欠き違法であるとした事例（東京地判平成 19 年 8 月 28 日判例時報 1984 号 18 頁）
- 【3】 内縁関係にある永住者との間に生まれたダウン症候群の子を監護している不法残留状態のフィリピン人につき、原告と永住者との内縁関係は婚姻の本質を備えた成熟かつ安定的なものであることや、ダウン症児の実子については本国においてはダウン症児の必要な養育や治療等の機会に非常に乏しく本邦での治療を必要としていること、さらに児童の最善の利益を考慮すべきとする児童の権利条約の

51 例えば、東京地判昭和 62 年 10 月 29 日判例タイムズ 680 号 120 頁は、「特別在留許可〔原文ママ〕の制度自体が、許可申請者の具体的権利に基づくものではなく、法 50 条 1 項 3 号の「特別」の「事情」があるものに在留を許可するという規定からも明らかなように、国家の例外的、恩恵的措置という性質を有するものであるから、被告法務大臣の裁量権の範囲はより広範なものであり、それが違法との評価を受けるのは、被告法務大臣の判断の基礎とされた重要な事実と誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠く場合あるいは事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠く場合等に限定されると解すべきである」と判示している。

52 西田元元判事は、マクリーン判決後の裁判例の中には、「当該行政処分根拠法規の趣旨の差異等を詳細に検討することなく、『オウム返し』のように〔マクリーン〕判決の判示をそのまま引用するものも多い」と指摘している（西田元「訴訟法的視点からの行政裁量の司法審査—入国管理行政を中心として—」判例時報 2374 号（2018）124 頁）。

趣旨にかんがみれば、原告に在留特別許可を付与しないという判断は、考慮すべき積極要素を過少評価したものであって社会通念に照らし著しく妥当性を欠き違法とした事例（東京地判平成 26 年 1 月 10 日判例タイムズ 1408 号 323 頁）

などがある。

これらの判決は、【1】については行政庁が原告の生活状況等を適正に認定していないとしている点、【2】については行政庁が考慮すべき親子関係を考慮せず、他方、有罪判決を受けていることをことさらに重視しているとする点、【3】については行政庁が安定した内縁関係や子の治療の必要性等考慮すべき積極要素を過少評価しているとする点等をみれば、たしかに行政庁の判断過程に対して踏み込んだ密度の高い審査を行っているといえ、実体的審査にあまり踏み込みこもうとしない多くの裁判例とは一線を画すものとして注目されるものである。しかし、これらの判決も上級審で判決が逆転したり、判決が確定してもその後の裁判例にその理論が引き継がれない等、単発的なものにとどまる傾向も見受けられ、裁判例の流れを大きく変えるものまでには至っていない⁵³。そして、これについては、在留特別許可については考慮すべき事項が多種多様であって、裁判所が考慮事項を設定して判断過程を審査すること自体が困難である⁵⁴とも指摘されているところである。しかし、考慮すべき事項が多種多様であり考慮事項の設定が困難であることは、裁判所のみならず行政庁にも同様のことが言えるのであって、むしろ問題は、外国人の出入国に関する処分は行政手続法が定める理由付記が適用除外となっているため、行政庁がそのような多種多様な考慮事項についていかなる理由により、いかなる判断を行ったのか、その判断過程そのもの自体が極めて不透明となっているところにあるといえよう。

この点につき、例えば、法務大臣が異議の申出を理由なしと裁決し、在留特別許可を付与しないと判断したとしても、実務上、判定通知書、裁決通知書に処分の理由が記載されることはない。これについて那覇地判平成 27 年 1 月 27 日 LEX/DB25505736 は、「外国人の出入国に関する処分に対しては、書面による理由の提示

53 例としたあげた 3 例のうち、【1】については控訴審（東京高判平成 17 年 4 月 13 日 LEX/DB 28112011）で判決が逆転、【2】【3】については判決が確定している。

54 須藤陽子「入管法制の法学的検討」大久保史郎・橋爪誠・吉田美喜夫編『人の国際移動と現代日本の法』（日本評論社 2017）457 頁

を定める行政手続法の規定の適用はないところ（同法3条1項10号）、入管法においても、判定及び裁決について、理由の提示を定めた規定はない」としたうえで、「本件各裁決に至る一連の経緯に照らすと・・・退去強制手続において、（退去強制事由が）明らかにされており、本件各裁決に係る通知をもって原告らに特別に在留を許可すべき事情があるとは認められないと判断されたことも明らかであるから、本件においては、行政庁の判断の慎重と合理性は担保され、その恣意は抑制されているといえる」としている。しかし、たとえ退去強制事由が明らかになっていたとしても、在留特別許可はそもそも退去強制事由に該当するものに特別に許可されるものであって、当該人の在留に決定的な影響を及ぼすものであることを踏まえれば、在留を特別に許可しない旨の判断に至った過程や具体的な理由が一切明らかにされることなく、ただ単に容疑者が退去強制事由に該当し、行政庁が「特別に在留を許可すべき事情があるとは認められないと判断」したという事実のみを通知したからといって、行政庁の判断の慎重と合理性は担保され、その恣意は抑制されているとは到底いえない。また、このような処分理由の不提示によって判断過程そのものが極めて見えにくくなっているともいえよう。この点、この平成27年那覇地判よりもさらに前の東京高判平成19年11月21日公判物未掲載が、原判決（認容判決）は裁判所が行政庁と「同一の立場に立って裁量判断をしたに等しい」との国（行政庁）側の主張に対して、「本件裁決・決定書においては、在留特別許可を付与しない理由としては『在留を特別に許可すべき事情は認められない。』と記載されているのみであり、その実質的な理由が明らかにされていないのであるから、この裁量判断が裁量権の逸脱又は濫用に当たるかどうかを司法審査するに当たっては、いきおい具体的事実経過を審理し、これを踏まえて、在留特別許可を付与しなかった判断の結論を左右するだけの重要な事実が認められるのか、また、この事実を前提とした場合には当該結論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いえるかを検討せざるを得ず、その過程で在留特別許可に関する積極要素と消極要素を審理検討することもまた必然であるというべきである」と那覇地判とは正反対の判示をしていることは注目されよう。そして、この両者の判断の違いは、究極的には行政庁に対する裁判所の信頼度の違いであると思われる。それは、本東京高裁判決が「なお、控訴人は、在留特別許可を付与しないという法務大

臣等の判断が裁量権の逸脱又は濫用に当たるとして違法とされるような事態は容易に想定しがたく、極めて例外的にその判断が違法となり得るとしても、それは、法律上当然に退去強制されるべき外国人について、なお我が国に在留することを認めなければならない積極的な理由があったにもかかわらずに看過されたなど、在留特別許可の制度を設けた法の趣旨に明らかに反するような極めて特別な事情が認められる場合に限られるというべきであると主張するが、入管法 50 条 1 項の規定に照らしてもそのように解さなければならない理由はない」と異例の付言をしていることからうかがえる。

3 長期間にわたる不法滞在と国際結婚および子どもの権利

在留特別許可の許否判断にあたって最も多く争われるのは、長期にわたる不法滞在中に日本人や永住者等の正規在留者と婚姻が成立したり、幼少の際に親に連れられわが国に入国した後、一家で不法滞在となったり、本邦において出生した非正規滞在の子に対する評価についてである。しかし、これらについては、裁判所（裁判官）によってその評価・判断がまちまちであり、在留特別許可の許否に係る司法審査の方向性を極めて見えづらくしている。

例えば、不法滞在中の外国人が日本人配偶者と婚姻したケースにつき、東京地判平成 26 年 8 月 28 日 LEX/DB25520871 は、「不法在留という違法状態の上に築かれた婚姻関係については、保護すべき必要性が特に低いというべき」との国（行政庁）側の主張⁵⁵に沿う形で、「両者の婚姻関係は、原告の本邦での不法在留という違法状態の下に、そのことを認識しながら形成されたものであることからすると、その保護の必要性は低いものといわざるを得ない」と判示している。また、東京地判平成 24 年 4 月 19 日 LEX/DB25493488 も「（原告らの）婚姻関係は、そもそも原告の不法残留という違法状態の上に、そのことを双方が認識しながら始まったものであり、外国人配

55 最判昭和 54 年 10 月 23 日裁判集民事 128 号 16 頁が「本邦に不法入国し、そのまま在留を継続する外国人は、出入国管理令 9 条 3 項の規定により決定された在留資格をもつて在留するものではないので、その在留の継続は違法状態の継続にはかならず、それが長期間平穩に継続されたからといって直ちに法的保護を受けうる筋合いのものではない」と判示して以来、国（行政庁）側は今日に至るまで同様の主張を繰り返している。

偶者の適法な在留期間中に婚姻関係が成立した場合と比較すると、婚姻関係の要保護性がそれほど高いものということはできない」としている。

しかし、その一方で、東京地判平成 18 年 6 月 30 日判例タイムズ 1214 号 57 頁は、「原告らは、愛情・信頼に基づき安定した夫婦関係を築いて〔おり〕・・・被告らが主張するように『不法残留という違法状態の上に形成された関係である』などと単純化できないことが認められ、これらのことからすると原告らの夫婦関係は、十分保護に値する」と判示し、名古屋高判平成 30 年 4 月 11 日 LEX/DB25560204 に至っては、「婚姻関係は、本来、国家が定めた公法秩序とは無関係に人の本性に基づいて成立発展するものであり・・・被控訴人のいう違法状態の上に築かれた婚姻関係は安定かつ成熟したものではないとの主張は、このような婚姻関係の本質に反するものといわざるを得ず到底採用できないし、このような見解を前提とする本件裁決は、真に保護すべき婚姻関係が何であるかについての誤った認識を前提とする点で、その判断の前提に著しい過誤があるといわざるを得ない」とまで断じている。

このように不法滞在中における日本人等と婚姻については、不法残留という違法状態の上に形成された関係であるとして要保護性が低いと判示する判決がある一方で、それを否定する判決も存在し、その方向性は定まっていない。

しかし、仮に適法な在留期間中に婚姻関係が成立した場合（あるいは正規在留中に婚姻し、その後不法滞在状態になったような場合）と比較すると、不法滞在中に成立した婚姻関係の要保護性がそれほど高いものではないとしても、そもそも在留特別許可が不法滞在者等法違反状態にある者に対して、個別の事情を勘案して特別に付与されるものであるにかんがみれば、このような抽象的な比較自体がそれほどの意味があるものには思われない。むしろ、不法滞在中に築かれた婚姻をはじめとするさまざまな人間関係は、当該外国人のみならず、配偶者等の人権や法益にも多大な影響を及ぼすことを踏まえれば、たとえ「長期間不法に残留したという事実自体が悪質なもの」⁵⁶であり、あるいは長期にわたって平穩に不法滞在を継続させたからといってそれをもって直ちに違法性が減殺されるわけではないとしても、一方当事者である外国人配偶者の不法滞在をもってその婚姻関係そのものを直ちに「要保護性が低い」と断

56 東京地判平成 27 年 1 月 22 日 LEX/DB25524178

ずることはできないものと思われる。この点、東京地判平成 11 年 11 月 12 日判例時報 1727 号 94 頁が、「婚姻は、夫婦が同等の権利を有することを基本とし、相互の協力により維持されなければならないものであり（憲法 24 条参照）、我が国の国民が外国人と婚姻した場合においては、国家としても、当該外国人の在留状況、国内事情、国際情勢等に照らして当該外国人の在留を認めるのを相当としない事情がある場合は格別、そうでない限り、両名が夫婦として互いに同居、協力、扶助の義務を履行し、円満な関係を築くことができるようにその在留関係等について一定の配慮をすべきものと考えられ、B 規約 23 条も『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る。』、『婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。』と規定し、その趣旨を明らかにしているところである」として、憲法や国際自由権規約の規定の趣旨を踏まえつつ、法務大臣は夫婦関係の維持、継続を保護するという見地から「十分な配慮をすることが要請されているものというべき」と判示しているのは注目すべきであろう⁵⁷。

一方、本邦で出生、あるいは幼少の際に親に連れられわが国に入国した非正規滞在の子については、不法滞在につき子本人の帰責性は何ら認められず、また、そのような子の中には日本において教育を受けていたり、母国語をほとんど解さないものも多くいるため、在留特別許可にかかる許否についてはその評価が問題となる。この点、例えば、裁決当時 11 歳（小学校 5 年生）であった本邦出生の子を含むフィリピン人一家に対する退去強制が争われた東京地判平成 20 年 1 月 17 日 LEX/DB25450491 は、「児童の権利に関する条約、A 規約及び B 規約は、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、専ら当該国家の立法政策にゆだねており・・・『児童の最善の利益』及び『家族の権利』も在留制度の枠内で考慮されるにすぎない」としたうえで、「不法残留者になったことについて原告子自身に責められるべき行為があったわけではないし、本件各裁決時までの生育歴

57 山下威士教授は本判決の評釈において「不法残留・不法就労という形式的な行政違反と、婚姻・結婚の尊重という人間の尊厳に直接係わる人権とを比較較量した場合、できるだけ後者にウエイトが置かれるべきことは、当然の配慮であろう」と述べている。（山下威士「特別在留許可を与えなかった法務大臣の裁決を、婚姻関係の存在を理由に、裁量権の濫用・逸脱として違法とした事例」判例時報 1746 号（判例評論 509 号）（2001）207 頁）

や当時の生活状況に照らせば、言語も生活習慣も日本とは異なるフィリピンにおいて原告子が生活を始めた場合、相当程度の困難が伴うであろうことは否定できない」としつつも、「そもそも外国で長く生活をした子女が本国に戻った際に、上記のような困難に直面することがあるのは、原告子に限られたものではないこと、・・・フィリピンに居住する者からの支援を期待できること、さらに、原告子は、本件各裁決当時11歳で、いまだ可塑性に富む年齢であることをも併せ考慮すると、フィリピンの言語、生活、社会及び文化等に順応して、フィリピンに帰国した当初の困難を克服することは十分に可能なものと解するのが相当である」として、「年少の原告子は、自立できるまでの間、両親の扶養を受けざるを得ず、両親と共に生活するのがその福祉になうというべきであるから、不法入国をした原告父及び原告母が強制退去を命じられた場合、これに伴い一定の不利益を被るのは、やむを得ない結果といわざるを得ない」と判示している。

これに対して、裁決当時7歳（小学校2年生）であった本邦出生の子を含むペルー人一家に対する退去強制が争われた事件の控訴審・大阪高判平成25年12月20日判例時報2238号3頁は、「控訴人二男が国籍国であるペルーで生活することになれば、その言語能力等に鑑みると、生活面及び学習面で大きな困難が生じることは明らかであり、精神面でも相当な打撃を受けるものと認められる」とし、そのうえで、在留特別許可に係るガイドラインにおいて、当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していることが、特に考慮する積極要素として掲げられていること等からしても、「初等教育機関（小学校）ではあっても、本邦に相当期間在住して本邦の教育機関に在学している児童の利益は重視するのが相当であって、小学校低学年であることから、安易に可塑性があるなどと判断するのは相当ではない」と判示している。

このように両判決はいずれも本国に退去強制された後の子の生活等については、相当な困難、打撃を伴うものであるということは認めつつも、前者・東京地裁判決は本邦出生の11歳の子について、可塑性に富み本国の生活に順応していくのは十分可能であると評価するのに対し、後者・大阪高裁判決は本邦出生の7歳の子について、安

易に可塑性があるなどと判断するべきではないとするのである。

そして、このような評価・判断の違いは、結局のところ、出入国管理制度に基づく秩序維持と、婚姻や子どもの教育といった根幹的な人権の尊重のどちらをより重視するかという視点の違い、すなわち、出入国システムは基本的人権により制約されないとする「出入国システム優位説」と、制約されうるとする「基本的人権優位説」のどちらに立脚するかの違いによってもたらされているともいえよう。しかし、同じように本邦で出生し、本邦の教育機関で教育を受けているにも関わらず、7歳の子には在留特別許可が付与され、11歳の子には付与されないというのであれば、これは客観的にみれば、著しく不公平であり平等原則に反していると言わざるを得ない⁵⁸。また、在留特別許可は一義的に行われる処分ではなく、個々の事情によって判断が異なるとしても、行政庁が個々の事情をどのように判断し、どのような理由でその結論を導いたのか、その合理的理由が明らかにされない限りは、行政が恣意的な判断を行っているとの非難は免れ得ず、行政のブラックボックス化を追認しかねないともいえよう。単に広範な裁量権論によって、このような不公平さが正当化されるものではないのである。

4 不法滞在中における就労等をめぐる評価

正規の在留資格を持たない不法滞在者は、自らおよび家族等の生計を維持するために、就労活動を行う者も多い。また、既に廃止されている旧外国人登録法（以下「旧外登法」という。）に基づく外国人登録を行っていなかった者も多く、この不法就労や旧外登法に基づく外国人登録未登録も訴訟においてしばしば争われる問題である。

例えば、永住者のブラジル人と婚姻したとして出頭した不法入国のイラン人に対して在留特別許可が付与されなかったことが争われた名古屋地判平成28年11月17日LEX/DB25547486において、国側は「原告は、就労目的で本邦に不法入国し、平成22年9月頃から平成23年6月頃までイラン料理店で稼働し、月額約12万円の報酬を、

58 例に挙げた11歳の子のケースは、その後控訴審で控訴棄却、最高裁で上告不受理となり原告側の敗訴で判決は確定しているが、その後、本判決に係るマスコミ報道や世論の反発等もあり、行政庁はいわゆる再審情願により、当該子についてのみ退去強制令書を自ら取り消し、在留特別許可を付与している。

同年7月頃から同年10月頃まで、自動車修理店で稼働し、月額約8万円の報酬を得ており、このような原告の在留状況は、我が国の出入国管理制度の根幹に関わる重大な問題である」とし、さらに「原告は、平成21年法律第79号による廃止前の外国人登録法に基づく登録義務を怠っており、これを在留特別許可の許否の判断において、消極要素としてしんしゃくすることは当然である」と主張している。これに対して判決は「原告が、本邦で就労しながら生活したいと考え、他人名義の旅券を行使して本邦に不法入国し、実際に不法就労を行っていたことは、入管法の目的である出入国の公正な管理（入管法1条参照）を害する悪質なものであるというほかはなく、原告に対する在留特別許可の許否の判断に当たって看過し難い消極要素になる」として国側の主張を認めている⁵⁹。

これに対して、控訴審である平成29年9月28日名古屋高判 LEX/DB25547487 は、「不法入国後の就労の事実は、在留資格の存在を前提とする入管法70条1項4号の資格外活動罪に該当しないのであるから、就労の事実そのものを犯罪視することはできず、その違法性は不法入国により既に評価されているともいい得るし、控訴人が本邦で日々の生活の糧を得るために働くこと自体は、人道上非難されるべきことでもない」とし、「外国人登録法違反は、そのみで直ちに退去強制事由となるものではなく、同法違反に対する非難の度合いが大きいともいえない」として国側の主張を退け、在留特別許可を付与しないという本件判決は「控訴人にとって不利な情状のみを殊更重視し、これをもって看過し難い重大な消極要素になると評価することによってされたものといわざるを得ない」として裁量権の逸脱濫用を認め、原判決を取り消している。

このように、同じ不法就労や外登法違反についても、一審判決と控訴審判決とは、その評価が分かれている。しかし、不法就労はそれ単独でみれば、たしかに「我が国の在留資格制度は、外国人の就労活動に対する規制をその根幹に取り込んで成立して

59 本地裁判例は、原告の旧外登法に基づく外国人登録未登録については特段触れていないものの、多くの裁判例は「外登法に基づく登録は・・・出入国管理行政を適正に執行することに資する重要な制度であるところ、外登法に基づく登録の申請を怠ることは、出入国管理行政の適正な執行を害するものであることが明らかであり・・・[外登法廃止された新たに導入された]在留カードによる中長期在留者の在留管理制度において、在留資格のない外国人が同制度の対象とされなかったからといって、外登法に基づく登録義務やその違反の意義が左右されるというものでもない」（東京地判平成27年1月22日 LEX/DB 25524178）との立場をとっている。

いるものであり、在留資格のない外国人が我が国において就労するという事態は、我が国の出入国管理政策の根幹に反するもの」⁶⁰ ともいえようが、一方で、不法滞在者はそもそも在留資格がないのであるから、在留資格なく我が国に滞在しているということと、在留資格なく就労しているということは、いわば牽連関係にあるといえ、控訴審判決がいうとおり、不法就労の違法性は不法入国により既に評価されているというべきであろう。

また、既に廃止されている旧外国人登録法に基づく外国人登録を行っていなかった不法滞在者に対する評価については、次のことを指摘しておきたい。すなわち、入管法第 62 条 2 項により国又は地方公共団体の職員は、不法滞在者等に係る通報義務が課せられている。したがって、不法滞在者が市区町村において外国人登録を行うということは、当該外国人にとっては、それを受け付ける市区町村職員が入管法第 62 条 2 項の規定に違反して自らの不法滞在を入管局に通報しないことを期待して、敢えてそれを行わなければならないことを意味する。裏を返せば、自治体職員により、自らの不法滞在を通報されるというリスクを冒してでも外国人登録を行うメリットがある者でなければ、外国人登録を行わないということである⁶¹。したがって、不法滞在者についていえば、旧外登法に基づく外国人登録を行っていない者は、それを行った者に比べて、単に入管法第 62 条 2 項により通報されるリスクを冒してまでも、外国人登録をするメリットがなかったということにすぎないのであって、外国人登録をした者が法を遵守するという姿勢に欠けるというわけでも、逆に外国人登録を行った者が違法精神に顕著であるということもできないのである。それにもかかわらず、旧外登法に基づく登録義務を怠った不法滞在者は、これを在留特別許可の可否の判断において、消極要素としてしんしゃくすることは当然であるとするのは、たまたま外国人登録を必要としていた者の存在を利用して、たまたま外国人登録を必要としていなかった者のある意味では常識的ともいえる不作為を「重大な不正行為」とであると殊更に強調しているようなものであり、著しくバランスを欠いた言いがかり以外の何物で

60 平成 24 年 4 月 18 日東京地判 LEX/DB25493496

61 不法滞在者が外国人登録を行うメリットの一つとして、登録により外国人登録証明書を取得し、それを身分証明書として利用することにより、各種サービスを受けることができること等が考えられる。

もないと言わざるを得ないであろう。

5 藤山判決と亘理理論

出入国管理領域においてはいまだにマクリーン判決理論に則った密度の低い司法審査が大勢を占める中、マクリーン判決から一定の距離を置き、独自の視点で裁量統制を試みるものとして、司法からは藤山雅行裁判官（平成 30 年 4 月退官）が裁判長をつとめた一連の出入国管理領域に係る下級審判決（藤山判決）、一方、学説からは藤山判決の評釈を通して裁量基準を媒介として行政裁量を一定の方向に導く必要性を説く亘理格教授の裁量統制理論が特に注目される。

藤山裁判官は、小田急高架線訴訟第一審判決など行政側敗訴判決を多数下すことから、東京地裁民事 3 部の裁判長であった当時は「国破れて 3 部あり」等といわれ、入管訴訟においても、多くの国側敗訴判決を出している⁶²。

その藤山判決のひとつである東京地判平成 15 年 9 月 19 日判例時報 1836 号 46 頁は、不法残留状態にあったイラン人一家に対する退去強制令書発付処分が争われたものであるが、裁量基準について興味深い説示を行っている。すなわち、本判決は「明示的又は黙示的に基準が設けられ、それに基づく運用がされているときは、平等原則の要請からして、特段の事情がない限り、その基準を無視することは許されない」として、平等原則を梃子として裁量基準に一定の拘束力を認めるのである。そして、「当該基準において当然考慮すべきものとされている事情を考慮せずにされた処分については、特段の事情がない限り、本来重視すべき事項を不当に軽視したものと評価せざるを得ない」との前提の下、それまでの法務大臣や法務省入国管理局長の国会等における答弁・発言や、出入国管理基本計画の内容趣旨を踏まえると、「長期間平穩に在留している事実」が「在留特別許可を与える方向に考慮すべき第一の事由であることは、本件処分時までに黙示的にせよ実務上確立した基準であったと認められ・・・本件処分は、これを無視したばかりか、むしろ逆の結論を導く事由として考慮している」として、裁量権を逸脱又は濫用してされたものとして取り消されるべきであるとした。

62 小田急高架線訴訟は控訴審判決で覆っており、藤山判決の多くは上級審で覆っている。ただし、入管訴訟に関しては判決が確定しているものも多い。

これは、裁量基準違背は当然には違法の問題は生じないとしたマククリーン判決とは一線を画するものであって、本判決は、「(被告(国)らは)裁量権の本質が実務によって変更されるものではなく、原則として、当不当の問題が生ずるにすぎないと主張し、過去の裁判例にもこれを一般論として説示するものが少なくないが(例えば、最高裁大法廷判決昭和53年10月4日民集32巻7号1231頁)、このような考え方は、行政裁量一般を規制する平等原則を無視するものであって採用できない」として、マククリーン判決を端的に否定している。このように本判決は、マククリーン判決とは一定の距離をおきつつ、独自の視点から密度の高い審査を行っているといえる(ただし、本判決は控訴審⁶³で取り消され国側が勝訴し確定している)。

一方、亘理教授は、マククリーン判決のような包括的・白紙授権的に行政庁の裁量権行使を認めるような思考方法が、拡張的、逸脱的に運用されることにより、「裁量的判断を客観的に方向づけるような拘束的規準の探求・確立を怠るような事態がもたらされている」⁶⁴との認識のもと、上記藤山判決のとった判断方法について「行政自ら設定した裁量基準を媒介項とした適法性審査により、行政裁量権行使に対する司法審査の客観性を確保しようとする巧みな方法」⁶⁵であると評価している。つまり、平等原則に基づき黙示的であれ実務上確立した基準を媒介として裁量権の逸脱濫用を判断しようとする本藤山判決と、行政裁量を一定の方向に導く裁量基準の必要性を説く亘理理論とは、「裁量基準」に一定の拘束性を認めようとする部分では完全に一致しているといえる。

また、本藤山判決および亘理教授による評釈は在留特別許可に係る裁量基準たる「ガイドライン」が策定・公表される以前のものであり、ガイドラインの策定・公表以前から、両者はすでに出入国管理領域における「裁量基準」について着目していたことは注目に値する⁶⁶。しかし、その一方で「裁量基準」の位置づけについては、両者の見解は微妙に異なっている。すなわち、藤山判決は裁量基準をあくまでも行政庁の判

63 東京高判平成16年3月30日訟務月報51巻2号511頁

64 亘理・前掲注26・47頁

65 亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟(下)」判例時報1870号(判例評論550号)(2004)159頁

66 もっとも、第4章で後述するとおり、国(行政庁)側はガイドラインの裁量基準性そのものを認めておらず、裁判例もガイドラインの裁量基準性についてはこれを消極的にとらえるものが多い。

断過程における他事考慮・考慮不尽を審査するうえの一考慮要素としてとらえているのに対して、「適正かつ公正な裁量権行使のために行政庁が具備すべき条件整備という視点から裁量基準の問題を考察するならば、裁量基準はなくてはならない設定義務の対象であり、それが明示的に確立していないのであれば、黙示的にせよその存在を主張することは行政庁側の責務である」⁶⁷とする亙理理論は、裁量基準の定立そのものを重視し、行政による判断過程が裁量基準に則っているか否かを重視する。そのため、藤山判決においては裁量基準違背（あるいはガイドライン違背）があったとしても、それ以外に行政庁の判断過程に瑕疵が認められるならば、必ずしも裁量基準違背を持ち出すまでもなく裁量権の濫用逸脱を認定しうることとなる。現に上記平成15年判決以降の藤山判決で裁量基準違背を援用して裁量権濫用逸脱を認定したケースはほとんどなく⁶⁸、平成28年3月2日藤山判決⁶⁹は、日本人との婚姻関係にある不法滞在者在留特別許可を付与することなく、退去強制令書を発付したことは裁量権の濫用逸脱がありこれを違法としたものであるが、当該外国人の生活状況や不法残留に至る経緯についての行政庁の判断過程における考慮不尽や他事考慮を問題とする一方で、ガイドラインにはまったく触れられていない。このことについて亙理教授は、「事案の個別的事情に即した判断により結論を導き得るという場合でも、ガイドラインに一切言及することなく判断することは、果たして妥当なのだろうか」⁷⁰と疑問を投げかけているが、これなどはまさに裁量基準に対する両者の位置づけの違いを如実に示すものといえよう。しかし、そのような相違はあるにせよ、両者はともに、行政裁量の必要性は認めつつも、裁量権行使にかかる無制限的な自由裁量を良しとせず、裁量

67 亙理・前掲注65・161頁

68 名古屋高判平成30年2月28日LEX/DB25549828は、ガイドラインに言及している数少ない藤山判決の一つではあるが、「在留特別許可制度は、退去強制事由が存在する外国人に対して在留資格を付与する制度であり、法は、不法入国者であっても一定の事情がある場合には在留資格を付与することを予定しているとみることもできるし、現に在留特別許可に係るガイドライン・・・においては、『当該外国人が、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること』がむしろ積極要素となることを認めている。よって、控訴人の不法入国及びその後の長期の不法滞在の点を過度に重視することはできない」として、あくまでも不法入国、不法滞在の点を過度に重視するべきではないことの根拠の一つとしてガイドラインは補足的に援用されているにすぎない。

69 名古屋高判平成28年3月2日LEX/DB25447984

70 亙理格「退去強制の違法性—日本人との婚姻等の関係に依拠した判決例」法学教室435号（2016）63頁

権行使に一定の歯止めをかけようと指向するものであり、特に、平成 28 年以降に名古屋高裁で下された一連の入管関連の藤山判決は、国（行政庁）側の敗訴が確定しているものも多く、今後の司法審査にも少なからず影響を与える可能性があるものとして注目される。

6 小括

近時の出入国管理領域における下級審の裁判例の中には、婚姻や子の教育等といった人権の核心的部分に係る許否判断について密度の高い実体的審査を行っている判決も見られるものの、その多くが単発的なものに終わる傾向を示しており、近年の考慮要素型の判断過程審査を加味した審査密度の高まりは、出入国管理領域においては、いまだそれが「流れ」となるまでには高まっていない。

また、マクリーン判決が示した判断枠組みとは一定の距離を置き、実体的審査を重視する藤山判決は入管訴訟全体からみればいまだ亜流の感は否めず、裁量基準に一定の自己拘束性を認め、裁量基準を媒介とした司法審査の有用性を説く亘理理論も、必ずしも裁判所が採用するものでもない。結局、裁量判断を一定方向に導きうる論理的バックボーンが確立されていないため、同じような事案であっても裁判所（裁判官）の主観的判断によって、その結論がまちまちとなっているといえよう。そして、その背景には「出入国管理行政」＝「政策的・政治的裁量」という固定化した定式に基づき、「自らの判断に先例拘束性を認めないことが政治的裁量の政治的裁量たる所以」⁷¹という暗黙の実務的了解が潜んでいるように思えてならないが、急速な国際化に伴って国際結婚、国際家族化がクローズアップされる今日において、外国人の出入国及び在留を政策的・政治的という枠の中だけでとらえようとするこのような発想が、果たして今日においてその通用性を有しているがどうかについては疑問の余地があるし、そもそも政治的裁量については先例拘束性を認めないことが当然の法理として導き出されるものでもないはずである。むしろ、出入国管理領域における裁量権の行使が、専門的な知見に基づく判断というよりも、政策的な観点からの主観的判断によるものが大きいことや、在留の許否判断は当該外国人のみならず、日本人配偶者など

71 多賀谷一照・高宅茂『入管法大全』（日本加除出版 2017）474-475 頁

他者の人権にも大きな影響を及ぼすものであることにかんがみれば、それが政策的・政治的なものであるか否かにかかわらず、その裁量は合理的に行使されることが要請されるし、裁量統制もそのような視点から行われるべきであるものといえよう。

第4章 ガイドラインを媒介とした裁量統制の可能性

1 「在留特別許可に係るガイドライン」の策定経緯

法務省入国管理局は在留特別許可の運用の透明性及び公平性を更に向上させることを指向して平成18年(2006年)10月、「在留特別許可に係るガイドライン」(以下単に「ガイドライン」という)を策定し、公表している⁷²(平成21年(2009年)7月改訂)。このガイドラインは、在留特別許可の許否の判断に当たって考慮する事項として、「特に考慮する積極要素」と「その他の積極要素」、「特に考慮する消極要素」と「その他の消極要素」の4つをあげ、それらについて例示的な事例を列記している。そのうえで、積極要素及び消極要素として掲げている事項についてそれぞれ個別に評価し、考慮すべき程度を勘案した上、積極要素として考慮すべき事項が明らかに消極的要素として考慮すべき事情を上回る場合には、在留特別許可の方向で検討するとしている。一方、このガイドラインが策定・公表された経緯としては、「かつての在留特別許可の判断が曖昧であり、恣意的な運用がなされているとの批判が強く出されていた」(名古屋高判平成25年6月27日LEX/DB25445836)ことが指摘されており、ガイドラインは、行政庁による主体的な判断というよりも、このような外部的批判に対する応答という形で策定されたことがうかがえる。

また、平成17年(2005年)3月に法務省が策定した「第3次出入国管理基本計画」⁷³によれば、「在留特別許可の許否の判断は、法務大臣の広範な裁量によるものであり、個々の事案ごとに諸事情を総合的に考慮して決定するものであることから、明確な基準を策定することは困難である」としつつも、「在留特別許可に係る透明性を高める

72 この「在留特別許可に係るガイドライン」の他にも「永住許可に係るガイドライン」「在留期間更新・在留資格変更に係るガイドライン」が策定・公表されている。

73 「出入国管理基本計画」は入管法62条の10に基づき策定されるもので、これまで「第5次出入国管理基本計画」まで策定されている。

ため、既に公表している在留特別許可の事例をより充実させ、さらに、他の不法滞在者に及ぼす影響等に十分配慮しつつ、在留を特別に許可する際のガイドラインについて、その策定の適否も含めて、今後検討していく」ものとされている。

さらに、ガイドラインが改訂された後の平成 22 年（2010 年）4 月に策定された「第 4 次出入国管理基本計画」は、「出入国管理行政においては、これまで、在留特別許可の透明性と予見可能性を確保する観点から、『在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について』の公表（平成 16 年以降随時実施）、『在留特別許可に係るガイドライン』の策定・公表（平成 18 年 10 月策定、平成 21 年 7 月改定）といった措置を講じているが、今後とも、透明性の向上、適正な運用の確保等に更に取り組み、在留特別許可を受けられる可能性のある者の一層の出頭を促し、在留特別許可の対象となり得るものについてはこれを適正に許可し、その法的地位の早期安定化を図っていく」としている。直近の第 5 次出入国管理基本計画（平成 27 年 10 月）も、「当該ガイドラインは在留特別許可を受けられる可能性のある者の一層の出頭を促すため、6 か国語に翻訳してホームページ上に掲載している」としている。つまり、これら出入国管理基本計画の記載内容から、ガイドラインは、法務省内においてその策定の適否も含めて検討を重ねた結果、策定・公表するのが適当であると判断されたものであること、ガイドラインの策定・公表の趣旨・目的は、単に在留特別許可の透明性と予見可能性を確保するのみにとどまらず、在留特別許可を受けられる可能性のある者の一層の出頭を促し、在留特別許可の対象となり得るものについてはこれを適正に許可することにより、その法的地位の早期安定化を図っていくことであるということがうかがわれ、ガイドラインについてはこれらを踏まえて検討していく必要がある。

平成 21 年 10 月改訂の現行ガイドラインは「第 1 在留特別許可に係る基本的な考え方及び許否判断に係る考慮事項」として、「在留特別許可の許否の判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して行うこととしており、その際、考慮する事項は次のとおりである」とし、考慮事項を「積極要素」と「消極要素」に分け、さらにその「積極要素」を「特に考慮する積極要素」と「その他の積極要素」に、「消極要素」を「特に考慮する消極要素」

と「その他の消極要素」に分け、それぞれの要素について、いくつかの事例をあげている⁷⁴。

また、「第2 在留特別許可の許可判断」として、「在留特別許可の許可判断は・・・それぞれ個別に評価し、考慮すべき程度を勘案した上、積極要素として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情を上回る場合には、在留特別許可の方向で検討することとなる」とし、「単に、積極要素が一つ存在するからといって在留特別許可の方向で検討されるというものではなく、また、逆に、消極要素が一つ存在するから一切在留特別許可が検討されないというものでもない」としている。

なお、改訂前の旧ガイドラインにおいては、ガイドラインは「裁量の基準を示したものではない」と明記されていたが、現行ガイドラインにおいてはその文言は削除されていることには特に留意する必要がある。なぜなら、法務省入国管理局が、それまで「裁量の基準を示したものではない」と明記していたものを取って外したのは、それ相応の理由と根拠があると考えられるからである。

2 ガイドラインと裁量基準

ところで、考慮要素に着目した判断過程審査とともに、近年、注目されているのが、手続的公平性を通じて裁量権行使をコントロールしようとする手続的統制審査手法である。

個人タクシー事件上告審判決(最判昭和 46 年 10 月 28 日民集 25 卷 7 号 1037 頁)は、

74 現行ガイドラインは、「特に考慮する積極要素」の例として、当該外国人が、日本人の子又は特別永住者の子であることや、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合で夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること、また夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること等をあげている。「その他の積極要素」の例としては、当該外国人が、不法滞在者であることを申告するため、自ら地方入国管理官署に出頭したことや、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること等をあげている。一方、「特に考慮する消極要素」の例としては、重大犯罪等により刑に処せられたことがあること、出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性の高い違反をしていること等をあげ、さらに前者の例として、凶悪・重大犯罪により実刑に処せられたことがあること、違法薬物及びけん銃等、いわゆる社会悪物品の密輸入・売買により刑に処せられたことがあること等、後者の例として、不法就労助長罪、集団密航に係る罪、旅券等の不正受交付等の罪などにより刑に処せられたことがあること、不法・偽装滞在の助長に関する罪により刑に処せられたことがあること等をあげている。また、「その他の消極要素」としては、船舶による密航、若しくは偽造旅券等又は在留資格を偽装して不正に入国したこと、過去に退去強制手続を受けたことがあること等をあげている。

「個人タクシー事業の免許の許否は個人の職業選択の自由にかかわりを有するものであり・・・多数の者のうちから少数特定の者を、具体的個別的事実関係に基づき選択して免許の許否を決しようとする行政庁としては、事実の認定につき行政庁の独断を疑うことが客観的にもつとも認められるような不公正な手続をとつてはならない」とし、「(道路運送法6条は) 抽象的な免許基準を定めているにすぎないのであるから、内部的にせよ、さらに、その趣旨を具体化した審査基準を設定し、これを公正かつ合理的に適用すべ」きであるとして、行政庁の恣意を排するため、可能な限り具体的な審査基準(裁量基準)の設定の必要性を説いている。本判決は平成5年の行政手続法制定の契機となった判決であるともいわれているが⁷⁵、その後のマククリーン判決は、裁量基準の違背は「原則として当不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない」として、裁量基準に裁判上の意味を認めず⁷⁶、個人タクシー判決が示した裁量基準を重視する姿勢を引き継ぐことはしなかった。しかし、平成4年の伊万原発訴訟上告審判決(最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁)は、原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断について、具体的審査基準(裁量基準)の合理性を審査したうえで、判断過程を審査するという二段階の審査を示したものといわれている。そして、本判決はマククリーン判決とは対照的に「裁量審査の場面で、裁判所が、裁量基準を裁量審査に用いる」という流れでの「裁判上の意味」を裁量基準に認めたものと評され⁷⁷、裁量基準の裁判上の位置づけを考察するにあたって、重要な判例であるといえる。

さらに、平成27年のパチンコ店営業停止処分取消請求事件上告審判決(最判平成27年3月3日民集69巻2号143頁)は、直接的にはパチンコ店の営業停止処分期間の経過に伴う訴えの利益の存否が問題となった事案であるが、訴えの利益を肯定するに際して、「裁量基準」に関し画期的な判断を行っている。すなわち、行政手続法に基づいて定められ公にされている処分基準(=裁量基準)について、本判決は「単に

75 塩野・前掲注25・149頁

76 野口教授は、行政規則の裁判上の意味には「裁量審査の場面で、裁判所が、裁量基準を裁量審査に用いる」という流れと、「行政規則に行政内部的な自己拘束性が認められることを裁判所としても認める」という流れの2つがあると指摘している(野口貴公美「行政判例研究－処分基準の存在と狭義の訴えの利益」自治研究93巻2号(2017)141頁以下)。

77 野口・前掲注76・143頁

行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである」とし、そのうえで「裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請」や「基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点」から、原則として行政庁による裁量権の行使は「当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されているとするのである。そして、裁量基準に違背する判断は「当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され」と判示している。これは、行政庁自身が、自ら定立した基準に特段の事情がない限りは原則として拘束されること、すなわち裁量基準が一定の「自己拘束性」（＝裁判規範性）を持ちうることを正面から認めたものともいえ、行政規則の外部的効果の有無の問題について一石を投じるもの⁷⁸、あるいは実務上重要な意義を有するもの⁷⁹と評されている。また、本判決により、少なくとも行政手続法により定められた裁量基準に関しては、裁量基準の違背は、「原則として不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない」とするマククリーン判決の意義は大きく縮減したともいえる⁸⁰。

他方、ガイドラインの性質や法的拘束性については、しばしば訴訟においても争われているが、国（行政庁）側はガイドラインの裁量基準性そのものを一貫して強く否定している。例えば、名古屋地判平成 22 年 12 月 9 日 LEX/DB25443145 において、国側は「在留特別許可に係るガイドラインは、改訂の前後を通じて、我が国に在留させることが好ましくない退去強制対象者たる外国人に対して、なお我が国に在留させなければならないほどの特別な事情がある場合において、諸般の事情を総合的に考慮して、恩恵的に与えられ得る性質のものである在留特別許可の許否を判断するに当たって考慮すべき当該外国人の個別事情を典型的に分類し、検討する例を一般的、抽象的に例示したものであり、在留特別許可に係る一義的、固定的な基準（裁量基準）ではないから、ガイドラインに例示された事情だけで在留特別許可の許否が判断されるものではない」と主張している。そのうえで「一見するとガイドラインに示された

78 常岡孝好「行政手続法上の処分基準と取消しの利益」民商法雑誌 151 巻 6 号（2015）530 頁

79 市原義孝「時の判例 最高裁平成 27 年 3 月 3 日第三小法廷判決」ジュリスト 1486（2015）65 頁

80 久保田仁詩「処分基準と訴えの利益」法学論叢 178 巻 5 号（2016）122 頁

『在留特別許可方向』で検討する例に該当すると評価できるものであっても、当然に在留特別許可を付与すべきであるということにはならず、「在留特別許可を付与しないという法務大臣等の判断が裁量権の逸脱濫用に当たる場合は、在留特別許可の制度を設けた法の趣旨に明らかに反するような極めて特別な事情が認められる場合に限られるというべきであるから、在留特別許可方向で検討すべき例に該当すると評価できるからといって、それだけでは、在留特別許可をしなかったことが法務大臣等に与えられた裁量権の逸脱・濫用になるということとはできない」等と主張している。

また、近時においても、国（行政庁）側は「ガイドラインは、在留特別許可に係る基準ではなく、その許否の判断に当たり考慮する事項を例示的に示したものにすぎず、ガイドラインを根拠に在留特別許可を付与すべきことにはならない」（東京地判平成 29 年 11 月 24 日・LEX/DB25550517）等と主張している。

一方、裁判例も一部判決を除いて、ガイドラインに裁判上の意味を認めず、国側の主張に沿うかたちで、ガイドラインは一義的・固定的な基準ではなく、「一般的抽象的な例示」あるいは「考慮要素」にすぎないとするものが大半を占めている。たとえば、東京高判平成 19 年 10 月 17 日 LEX/DB25421164 は、「在留特別許可の許否の判断は、法務大臣の極めて広範な裁量に委ねられていること・・・在留特別許可の許否は個々の事案ごとに諸般の事情を総合的に勘案して判断するものであり、当該許可に係る基準はないと明記されていることに照らすと、ガイドラインに掲げられた積極要素と消極要素は許可の基準ということとはできず、考慮要素にすぎない」⁸¹としている。また、前出・東京地判平成 29 年 11 月 24 日は「在留特別許可の許否の判断は、諸般の事情を総合的に考慮して個別的にされるものであって、一義的な基準を定めることができる性質のものではなく、ガイドラインも、その判断に当たり考慮する事項を一般的抽象的に例示したものととどまり、法務大臣等の裁量権を拘束する裁量基準としての性質を有するものではないと解される」としている。

このように、国はガイドラインの基準性そのものを否定することにより、たとえガイドラインに違背する判断が行われたとしても、それだけでは裁量権の逸脱濫用を基

81 本判決の説示は旧ガイドラインに基づくものであり、前述のとおり、旧ガイドラインにおいては、ガイドラインは「裁量の基準を示したものではない」と明記されていたが、平成 21 年改訂の現行ガイドラインにおいて、その文言は削除されている。

礎づけるものではないと主張し、多くの裁判例も、国側の主張を追認するようなかたちで、裁量権の逸脱濫用の判断にあたり、ガイドラインを媒介とすることに関しては、消極的な姿勢を示しているといえる。

3 「検討の要点」としてのガイドライン

上記のとおり多くの裁判例がガイドラインの基準性について消極的な姿勢を示す中、名古屋地判平成 22 年 12 月 9 日判例タイムズ 1367 号 124 頁は、「ガイドラインは、その性質上、法務大臣等の上記裁量権を一義的に拘束するものではない」としつつも、「司法審査においても検討の要点となるものである」としており注目される。本事案は、不法滞在のペルー人一家に対して在留特別許可が付与されなかったことが争われたケースであるが、判決は、新ガイドラインにおいて、『当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること』が、在留特別許可の許否の判断において『特に考慮する積極要素』として掲げられていることに着目し、裁決当時小学 2 年生であった長女について、「原告らに対し在留特別許可を付与するか否かを判断するに当たっては、原告長女に係る上記の事情を積極要素として特に考慮することが求められるものというべきである」として、在留特別許可を付与しなかった裁決行政庁の判断は、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法であるとしている。

また、日本人配偶者と婚姻関係にある不法滞在のタンザニア人に在留特別許可が付与されなかった事案である福岡地判平成 24 年 1 月 13 日 LEX/DB25480159 も、ガイドラインは、在留特別許可の許否判断に係る司法審査において、「判断の基礎とされた重要な事実が何か、また、事実に対する評価の合理性があるかを判断するに当たって、検討の要点とはなり得るものである」とし、本件につき「在留特別許可の方向で考慮されるべき事情は複数あり、一方で、消極方向で考慮すべき事情はあるもののこれを重視すべきものとは考え難いのであって、事実関係を正しく認定し、合理的な評価をしていれば、法務大臣等は、原告 A に対し、在留特別許可をするべきであったと考えられる」として、裁量権の逸脱濫用を認め原告の請求を認容している。（ただし、

本判決は控訴審で判決が覆っている⁸²⁾。

さらに、大阪高判平成 24 年 9 月 24 日公刊物未掲載は、ガイドラインは、「法務大臣等の在留特別許可の許可の判断を一義的に拘束するものと解することはできない」としつつも、「しかしながら、本件ガイドライン等は、いずれも在留特別許可に係る透明性を高めるために公表されているものであるから、その公表の趣旨からしても、裁判所が法務大臣等の判断に裁量権の逸脱や濫用があるといえるかどうかを判断する際に、その考慮要素・考慮事項として何に着目すべきか、それらの要素や事項に与えるべき適正なウェイトはどの程度であるべきかについて、本件ガイドライン等の記載を参考とすることは妥当なことである」としている。

このように上記 3 つの判決は、ガイドラインを考慮要素にすぎないもの、あるいは一般的抽象的に例示したものにとどまるもの等として、これを軽視する多くの裁判例とは異なり、ガイドラインを裁量権の逸脱・濫用に係る司法審査の「検討の要点」となるもの、あるいは「参考としての目安」となるものとしてガイドラインに一定の重みを与えている⁸³⁾。しかし、その一方で、これらの判決においても、ガイドラインはあくまでも裁量権の逸脱・濫用を判断する際の補足的、補助的なものとして扱われているにとどまり、ガイドラインに何らかの拘束力を認めるものではない。

そのような中、次に掲げる 2 つの高裁判決は、ガイドラインの法的性質、位置づけを考察するにあたり、極めて画期的であり、重要な意義をもつものと思われる。

82 本件の控訴審判決（福岡高判平成 24 年 10 月 19 日 LEX/DB25483399）は、原審が示したガイドラインが司法審査において「検討の要点」になりえるか否かについては明らかにしていないが、「そもそも退去強制事由に該当する外国人が日本人の配偶者であることは、在留特別許可の許可を判断する際に斟酌され得る事情の一つにすぎないのであり、法の趣旨に照らし、殊更に婚姻を重視することは合理的でない。特に不法残留という違法状態の上に築かれた婚姻関係については、保護すべき必要性が低い」等と説示しており、従来型の裁判例と同様、ガイドラインが「検討の要点」になるとの立場はとらなかったものと思われる。

83 東京地判平成 27 年 1 月 22 日 LEX/DB25524178 は、ガイドラインは「検討の要点となるもの」ということができるとしても、法務大臣等が考慮することができる事情が、ガイドラインの積極要素及び消極要素として記載されている事項に限られるとか、ガイドラインが法務大臣等の上記裁量権を一義的に拘束すると解することはできない」として、名古屋地判、福岡地判とは逆に、ガイドラインは検討の要素となりえるということよりも、むしろ裁量権を一義的に拘束するものではないということを強調している。このように「検討の要点」というキーワードは必ずしもガイドラインを積極的に解釈するためだけに用いられるとは限らない。

4 平成 25 年名古屋高裁判決及び平成 25 年大阪高裁判決の意義

ア 平成 25 年 6 月 27 日名古屋高裁判決 LEX/DB25445836

本件は、がんに罹患し、本邦の病院で手術・通院していた不法滞在の韓国人に対し、在留特別許可が付与されなかったことが争われた事案である⁸⁴。本判決は、ガイドラインについて、「ガイドラインが作成された経緯として、かつての在留特別許可の判断が曖昧であり、恣意的な運用がなされているとの批判が強く出されていたこと、ガイドラインは法務省入国管理局内部で慎重に検討され、作成されたものであること、現在の運用は、基本的にガイドラインに拠っていることなどの事情に照らせば、ガイドラインが示した基準から大きく離れた判断は、特段の事情が存しない限り、平等原則ないし比例原則に反するものとして、裁量権の逸脱又は濫用を基礎づけると解するのが相当である」とし、これまでの裁判例とは一線を画し、ガイドラインに一定の拘束力があることを正面から認めた初めての判決として極めて重要なものである。また、本判決は、ガイドラインを単なる考慮要素あるいは一般的抽象的例示とは解さず、「かつての在留特別許可の判断が曖昧であり、恣意的な運用がなされているとの批判が強く出されていたこと」および「ガイドラインは法務省入国管理局内部で慎重に検討され、作成されたものであること」を重視し、そこからガイドラインは「平等原則」に則り恣意的な行政裁量を抑止しする機能を有し、かつ、「比例原則」を反映させた信頼に値する基準であるということを導きだしているのは特徴的といえる。

そして、本判決は、この「平等原則」および「比例原則」を梃子として、「ガイドラインが示した基準から大きく離れた判断は、特段の事情が存しない限り、平等原則ないし比例原則に反するものとして、裁量権の逸脱又は濫用を基礎づける」としているのであるが、ここで注目すべきは、本判決が認めるガイドラインの自己拘束性は一義的、絶対的なものではなく、あくまでも原則的なものであるとしているところである。すなわち、裁量権の逸脱又は濫用を基礎づけるのは、あくまでも「特段の事情」が存しないガイドラインから「大きく離れた判断」であって、合理的理由があるにもかかわらず、ガイドラインから離れた判断を行うことを禁じるものではなく、前出平

84 第一審では在留特別許可を付与しないとした行政庁の判断に違法性はないとして原告が敗訴したため、これを不服として控訴したものの。

成 27 年パチンコ店営業停止判決の判旨とも共通するものである。

ただし、本判決は、一般論としてガイドラインが一定の自己拘束性を持つことを明らかにしているものの、その一方で、ガイドラインについて言及しているのは、上記一節のみであって、裁量権の逸脱濫用にかかる具体的な認定にあたって、ガイドラインの具体的当てはめや個別的な検討は行われていない。

もっとも本判決は、「控訴人は、今後、生命に関わる胸腺がんの再発・・・と闘病せざるを得ず、その過程には、通常人でも耐え難い苦痛と負担が待ち受けていることは容易に想像できるところであって、これらを少しでも軽減するためには、症状等の情報が集積され、担当医らとの信頼関係を再度構築する必要のない本件病院にて継続的に治療等を行うことを認めるのが最も適切であり、その程度は、単に望ましいというレベルを超えていると判断され・・・病院を替わることに伴う重い負担は、不法残留という途を選択した控訴人の自己責任で対応すべきであるなどと判断するのは、到底相当とは考えられない」と説示しており、ガイドラインを持ち出すまでもなく、より端的に、行政庁の判断は、事実に対する評価が明白に合理性を欠き、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであると結論づけたものとも考えられる。そうだとすると、本判決がガイドラインについて一般論で触れるにとどめていることも首肯できるが、いずれにしても、本判決では控訴人が抱える闘病等の具体的事情につき、ガイドラインの具体的当てはめや、ガイドラインに基づいた個別的検討が行われた痕跡はみられない。

とはいえ、平等原則や比例原則から一般論としてガイドラインの自己拘束性を導き出している本判決は、ガイドライン策定以前の判決である前出平成 15 年 9 月藤山判決の「明示的又は黙示的に基準が設けられ、それに基づく運用がされているときは、平等原則の要請からして、特段の事情がない限り、その基準を無視することは許されない」との説示を、ガイドラインを規準に据えてあらたに焼き直したものとみることでもでき、ガイドラインの法的位置づけを考察するにあたり、極めて重要な判決であるといえる。

上記名古屋高裁判決が、平等原則・比例原則に則り、一般論としてガイドラインに一定の自己拘束性を端的に認めつつも、個別・具体的にはガイドラインの当てはめ作業は行っていないのに対して、本大阪高裁判決は、ガイドラインを「重要な検討要素」と位置づけ、個別・具体的な事情に対してガイドラインの内容の丁寧な当てはめ、照応を行っている。

本件は不法滞在状態にあるペルー人一家に対する退去強制が争われたものであるが、判決は、ガイドラインについて「その性質上、法務大臣等の裁量権を一義的に拘束するものではない」としつつも、「本件ガイドラインは、在留特別許可に係る透明性及び公平性を高めるために公表されているものであるから、その公表の趣旨からしても、裁判所が法務大臣等の判断に裁量権の逸脱や濫用があるといえるか判断する際に、本件ガイドラインに積極要素・消極要素として記載されている事項は、重要な検討要素となるものである」と説示し、ガイドラインを裁量判断における審査枠組みの「重要な検討要素」と位置付けている。そのうえで、「控訴人父母が不法就労目的を秘し、虚偽の申請をして本邦に入国したという入国の経緯・態様は悪質であり、長期間にわたって不法就労を行いながら不法在留状態を継続してきたことは、大きな消極要素として評価されるべきである」との被控訴人（国）側の主張に対しては、次のとおり説示している。

「本件ガイドラインにおいて『出入国管理行政の根幹にかかわる違反又は反社会性の高い違反をしていること』が特に考慮する消極要素として挙げられているところ、これに該当する例として記載されているのは、『不法就労助長罪、集団密航に係る罪、旅券等の不正受交付等の罪などにより刑に処せられたことがあること、不法・偽装滞在の助長に関する罪により刑に処せられたことがあること、自ら売春を行い、あるいは他人に売春を行わせる等、本邦の社会秩序を著しく乱す行為を行ったことがあること、人身取引等、人権を著しく侵害する行為を行ったことがあること』であり、控訴人父母の入国の経緯・態様やその後の本邦における生活の状況は、これらの例示に照らして、上記の消極要素に該当しないことは明らかである。また、在留特別許可の制度は、退去強制事由に該当する外国人に特別に在留許可を付与する制度であり、控訴人父母と同様に入管法二四条四号口の退去強制事由（在留期間の更新又は変更を受け

ないで在留期間を経過して本邦に在留する者)に該当し、相当期間不法就労・不法在留を継続としている外国人も同制度の適用対象者として想定されていると考えられる。そのような在留特別許可の制度について定められた本件ガイドラインにおいて、『当該外国人が、本邦での滞在期間が長期間に及び、本邦への定着性が認められること』が在留特別許可の許否の判断に当たって考慮する積極要素として定められていることに鑑みると、他に格別考慮すべき消極要素もないのに、不法就労・不法在留の期間が長期間に及ぶことのみを捉えて大きな消極要素として考慮することは、本件ガイドラインにおいても予定されていないものであり、在留特別許可の判断において基礎となる事実の評価を誤るものというべきである。」

また、裁決当時7歳の二男については次のとおり説示している。

「ガイドラインにおいて、『当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること』が、在留特別許可の判断において特に考慮する積極要素として掲げられていることに照らすと、控訴人らに対し在留特別許可を付与するか否かを判断するに当たっては、控訴人二男の上記事情を積極要素として特に考慮することが求められるというべきである。」

そして、本判決は、結論として「本件ガイドラインから窺われる考慮要素からして、控訴人らについては在留特別許可を与えるべき積極要素のみしか見当たらないから、在留特別許可を与えることが相当であると判断されるべきであり、控訴人らに対し在留特別許可を付与しないとした処分行政庁である大阪入管局長の判断は、その裁量権が広範なものであることを考慮したとしても、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものといわなければならない」としているが、これは、ガイドラインに予定されていない判断は基本的には裁量の逸脱になるという前提、すなわち、行政庁はガイドラインに沿った判断を行うことが予定されているということが前提となっており、裁量権行使を一定程度方向付けるという意味で、ガイドラインに何らかの自己拘束性を認めたものと解される⁸⁵。

85 亘理格「在留特別許可の裁量性と『在留特別許可に係るガイドライン』の自己拘束性」自治研究 93巻9号（2017）140頁

そして、本判決は名古屋高裁判決と比較すれば、ガイドラインの自己拘束性についての直接的な表現は巧妙に避けられているものの、個別具体的事情とガイドラインの内容との照応作業を通じてガイドラインの自己拘束性を認めることにより、演繹的にガイドラインを通じて裁量権の範囲を明確にしようとしているといえ、その意味において、本判決は名古屋高裁判決よりもさらに踏み込んでガイドラインの自己拘束性を認めているものとみることもできよう。

5 ガイドラインの自己拘束性

上記名古屋高裁判決、大阪高裁判決という2つの高裁レベルの判決は、いずれも確定しているにもかかわらず、国（行政庁）側は、その後も、ガイドラインの自己拘束性はおろか、ガイドラインは裁量基準ではないとして、基準性そのものを頑なに否定し続けている。

一方、下級審では、京都地判平成27年11月6日判例時報2303号27頁が、大阪高裁判決をほぼ踏襲するかたちで、ガイドラインを「重要な検討要素」と位置づけ、間接的にガイドラインの自己拘束性を承認しているが、これ以外にガイドラインの自己拘束性を積極的に認める判決はほとんど見当たらない。また、裁量権行使の逸脱濫用を認め、原告側の主張を認容した裁判例においても、前述の近時の藤山判決のようにガイドラインについてはまったく触れられていないか、触れられていても、せいぜい裁量権行使の逸脱濫用にかかる予備的もしくは補強的な要素として補助的に援用されるにとどまるものが大半である。

このように今日においても、ガイドラインの裁量基準性を頑なに否定し続ける国側の姿勢や、ガイドラインについて積極的な解釈を行わない裁判所の謙抑的な姿勢の背景には、外国人の出入国に関する事項は行政手続法の適用外となっており、ガイドラインが行政手続法に定める審査（処分）基準ではないということの他に、「裁量基準とは一義的、固定的な基準であるという前提的理解」⁸⁶があるように思われる。ガイドラインに係る国側の主張および裁判所の説示に「ガイドラインは一義的・固定的な

86 野口貴公美「『在留特別許可に係るガイドライン』の裁判上の位置づけについて」法学新報119巻7-8号（2013）394頁

基準ではない」ということが殊更に強調され、あるいは、ガイドラインと異なる判断が「直ちに」違法となるものではないなどとするのもそのためであろう⁸⁷。しかし、前出パチンコ店営業停止判決が説示するとおり、裁量基準はあくまでも、当該基準の定めと異なる取扱いをすることに「相当と認めるべき特段の事情がない限り」は、その基準に従って判断されるものと解されるのであって、合理的な理由があるにも関わらず、基準と異なる判断を一切許さないものではない。むしろ、学説においても、裁量基準はあくまでも裁量権の行使を適正にならしめるために設定されるものであって、一度定めた基準を機械的に適用すべきだということになると、かえって、行政庁に裁量を認めて個別の事案に応じた柔軟な判断を可能とした法律の本来の趣旨にそぐわないことになりかねず、合理的理由があれば裁量基準と異なる判断は許容される⁸⁸ものと考えられていることに照らせば、そもそもガイドラインは一義的・固定的に行政庁の判断を拘束するものではないといえる⁸⁹。

また、前述したとおり、ガイドラインの公表は、在留特別許可を受けられる可能性のある者の一層の出頭を促す⁹⁰という側面も有しているということも見過すべきではない。出頭するにあたって当該外国人は、自らが在留特別許可を受けられる可能性のある者なのかどうなのかを、このガイドラインによって判断することになろうが、

87 東京地判平成 28 年 6 月 30 日 LEX/DB25534459 は、「ガイドラインの積極要素に該当する事情が一部認められるとしても、そのことのみをもって直ちに、原告子に対し在留特別許可を付与しなかった裁決行政庁の判断が裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとすることはできない」とし、東京地判平成 25 年 10 月 10 日 LEX/DB25515310 は「在留特別許可はガイドラインに例示された事情のみで判断されるものではないから、ガイドラインに積極要素及び消極要素として記載されている事項に該当するか否かのみを在留特別許可付与の判断基準とすることはできない」としている。（傍点は筆者）

88 櫻井敬子・橋本博之『行政法 [第 5 版]』（弘文堂 2016）71 頁。また、塩野教授も、裁量基準（準則）への違背は原則として不当の問題にとどまり違法の問題は生じないとしたマクレーン判決を念頭に、「裁量権の公正な行使の確保、平等取扱いの原則、相手方の信頼保護といった要請からすると、準則と異なった判断をするには、そのための合理的理由が必要であると解される」と指摘している。（塩野・前掲注 25・118 頁）

89 常岡教授は、「外部的効果、拘束力、裁判規範性は、0 か 100 ではなく、そこには濃淡いくつかの程度が存在する」として、こうした程度問題が存在することを意識するために、「拘束力」に代わって「拘束度」または「拘束強度」という観念を取り入れるべきであると主張している（常岡孝好「裁量基準の実体的拘束度一脱・手続的アプローチ、脱・自己拘束論」阿部古稀『行政法学の未来に向けて』（2012）707 頁）

90 法務省策定の第 5 次出入国管理基本計画によれば、「当該ガイドラインは在留特別許可を受けられる可能性のある者の一層の出頭を促すため、6 が国語に翻訳してホームページ上に掲載している」と記載されている。

その前提として、まず行政庁がガイドラインを基準として、それに沿って在留特別許可の許可判断が行われるであろうというガイドラインに対する信頼がその基礎として存在しているものと考えられる。そして、その信頼にはガイドラインは何人にも等しく適用され、特段の事情がない限り、ガイドラインを離れた判断はされないであろうという予測可能性に基づく平等原則への信頼も内包されているとみるべきであろう。しかし、もしガイドラインの基準性や自己拘束性を完全に否定し、行政庁の裁量判断はガイドラインに何ら拘束されることなく、特段の合理的理由なしに、あるいは合理的理由があったとしてもそれを明示することなしにガイドラインに相反する判断を行うことが許されるとするならば、ガイドラインの記載内容を信頼して在留特別許可を求めて自ら出頭してきた者のガイドラインに対する信頼性及び予見可能性は大きく損なわれ、ひいてはガイドラインが不法滞在者等をあぶり出すためのデコイ（おとり）として利用されているともとらえられかねないのである⁹¹。

そもそも、ガイドラインは法務省内においてその策定の適否も含めて検討を重ねた結果、策定・公表するのが適当であると判断され、策定・公表に至ったものであることを踏まえれば、亘理教授が指摘するとおり、ガイドラインは「入管行政における在留特別許可制度の長年にわたる運用の中で形成された基準を成文化したものと考えられ、個々の基準には、当該積極基準に該当する外国人であれば我が国の出入国管理にとって支障は生じ得ない、あるいは、当該消極基準に該当しない外国人であれば同様に支障は生じ得ないという、専門的経験に基づく相場観に裏付けられた一種の法的確信が反映している」⁹²ものといえる。そして、そもそも外国人の出入国に関する事項

91 例えば、その是非はともかく、もし行政庁側が「違法状態の上に築かれた婚姻関係は安定かつ成熟したものではない」（第3章参照）との認識をもっているのであれば、ガイドラインにその旨明記すべきであろう。なぜなら、現行ガイドラインでは、「特に考慮する積極要素」として、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を偽装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、次のいずれにも該当すること〔1〕夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること〔2〕夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること」があげられているが、これを素直に読めば不法滞在中の婚姻は保護に値しないものとは到底読み取れず、ガイドラインの記載内容を信頼して在留特別許可を求めて自ら出頭してきた者にとってはまさに不意打ちとなり、背理となるからである。逆に、それをガイドラインに明記しないのであれば、「特に考慮する積極要素」から「日本人等と婚姻が成立している場合」を削除すべきであろう。

92 亘理・前掲注85・142-143頁

は行政手続法 12 条 1 項から除外されているにもかかわらず、法務省が敢えてガイドラインを策定し公表したのは、まさにそのような相場観や法的確信が「出入国の公正な管理」(入管法 1 条)に資すると考えられたからに他ならないともいえよう。また、旧ガイドラインには明記されていたガイドラインは「裁量の基準を示したものではない」との文言が、現行ガイドラインにおいてあえて削除されたのも、その後のガイドラインの運用や実務の積み重ねを通じて、そのような相場観や法的確信が、出入国の公正な管理の要旨に照らして、瑕疵のない確かなものであるということが行政庁側の手ごたえとしてあったからに他ならないからであろう。

そして、そうであるならば、行政手続法 12 条 1 項に基づく裁量基準も、入管法 1 条に基づくガイドラインも、ともに、「単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるもの」⁹³というべきであって、行政庁が基準をいったん定め、それを公開した以上は、信頼性の原則や平等原則の実質的擁護の観点から、もはや自由裁量的な意味合いにおいての裁量権は存在せず、行政庁の判断は、原則として、自らが定立した基準に羈束されるということになろう。ガイドラインが実際に策定され公表されている以上、ガイドラインが行政手続法に基づかないこと自体は、裁量処分について手続的司法審査を免れさせるものではないからである⁹⁴。

そして、このような自己拘束性を認めることによって、行政庁自身が自らの裁量権を自らコントロールすることが可能となり、かつ、相手方の予見可能性が担保されることとなるといえる。言い換えれば、裁量基準がひとたび設定・公表された場合には、結論いかにかわりなく当該裁量基準の存在を前提に処分権限を行使する必要がある、そのような手順を踏むことで、妥当な結論が得られ、客観性、公平性及び透明性の確保という手続法的正義の要請が満たされるのである⁹⁵。

93 最判平成 27 年 3 月 3 日民集 69 卷 2 号 143 頁

94 山脇康嗣『入管法判例分析』(日本加除出版 2013) 307 頁

95 亙理格「退去強制の違法性－日本人との婚姻等の関係に依拠した判決例」法学教室 435 号 (2016) 63 頁

6 小括

平成 27 年のパチンコ店営業停止処分取消請求事件上告審判決の出現により、少なくとも行政手続法 12 条 1 項によって定められた審査基準（裁量基準）に関しては、行政庁は特段の理由がない限り、自らが定立した裁量基準に沿って判断することが求められるということが、判例として確立されたといつてよい。一方、行政手続法 12 条 1 項によって定められているものではない「在留特別許可に係るガイドライン」については、策定・公表から十年以上が経過した現在において、その法的性質等につき、統一の見解は示されておらず、国側はガイドラインの基準性、自己拘束性を頑なに否定し続けており、裁判例の中にもガイドラインに対する詳細な検討を行うことなく、国側の主張を追認するようなものも多い。

そのような中、平成 25 年の名古屋高裁判決、同大阪高裁判決は、いずれも高裁レベルでガイドラインに一定の自己拘束性を認めたものとして注目され、特に大阪高裁判決は、ガイドラインを「重要な検討要素」と位置づけ、個別具体的な事情とガイドラインの内容との詳細な照応、あてはめ作業を行っており、実務的にも重要かつ画期的な判決であるといえる。しかし、本判決の趣旨はその後の判決に必ずしも承継されておらず、結局、ガイドラインについては、統一の見解が示されていないまま今日に至っているというのが現状であるといえる。

しかし、ガイドラインの公表が、在留特別許可を受けられる可能性のある者の一層の出頭を促すという側面も有していることにかんがみれば、ガイドラインの基準性や自己拘束性を否定し、行政庁の裁量判断はガイドラインに何ら拘束されることなく、特段の合理的理由がなくともガイドラインに相反する判断を行うことが許されるとするならば、ガイドラインに対する信頼性及び予見可能性は大きく損なわれることとなるといえよう。

このようにガイドラインの基準性や自己拘束性の否定は、ガイドラインの信用性のみならず行政に対する国民からの信頼性そのものの崩壊につながりかねない危険性すら有しているといわねばなるまい。言い換えれば、ガイドラインはその基準性、自己拘束性が肯定されてこそはじめて、それに対する信用、およびそれを策定した行政庁に対する信頼が生まれるのである。

終章 課題と展望

1 司法統制の限界と自己統制の必要性

外国人材の新たな受け入れを柱とした改正入管法（平成 30 年法律第 102 号）の成立に伴い、昨今、外国人労働者の受け入れ拡大が盛んに論じられる一方で、難民認定申請や送還忌避者の急増等の数々の出入国管理上の問題点等も浮き彫りとなってきた⁹⁶。外国人労働者の受け入れの是非はともかく、どのようなかたちであれ外国人をわが国に迎え入れる以上は、外国人の人権は最大限尊重されるべきであって、恣意的な行政庁の裁量権の行使によって外国人の人権が不当に制限されるようなことがあってはならないということは言うまでもない。そして、外国人に対する適正なる人権保障は、行政との関係においては、まずは同じような事案については同じような扱いを受けるという平等原則を前提としてはじめて成り立ちうるものであるといえる。

しかし、入管実務、訴訟に脈々と流れるいわゆる「広範な裁量権論」は、行政庁の柔軟な判断を可能にするというよりは、平等原則の無視を正当化する道具として用いられ⁹⁷、司法による審査密度を必要以上に低下させ、結果として、行政庁の裁量判断を尊重するという名目で、単に行政実務を追認するような多くの裁判例を作り出しているようにも見える。そして、それは、結果として、行政と裁判所に対する不信感を生みだし、訴訟による解決ではなく、退去強制を避ける手段として、あるいは日本に滞在し続けるための便法として、難民ではないにもかかわらず、敢えて難民申請を行ったり、退去強制令書が発付されても、敢えて退去に応じないような行為を生み出している可能性も否定できない。送還忌避等の問題は決して送還を忌避する外国人だけの

96 法務省 HP・平成 29 年 11 月付法務省入国管理局「退去強制業務について」によれば、「送還忌避者（退令仮放免者）に係る諸問題（12 頁）」と題して、「平成 28 年末現在、被退令仮放免者は 3,555 人となっており、これらの者は、本来であれば直ちにその国籍国へ送還すべきところであるが、濫用的に難民申請に及んだり、その者の国籍国政府が身柄の引き取りを拒否する等の理由で送還が滞っている状況にある」とされている。また、被退令仮放免者（仮放免されている者のうち、すでに退去強制令書が発付されている者）数は、平成 10 年が 91 人、同 20 年が 1,289 人、同 27 年が 3,606 人となっており、「送還忌避者の増加に伴い、年々増加傾向であり、高止まりの状態」であるとされている。

97 山口元一「在留特別許可における『線引き』を考える」渡戸一郎・鈴木江理子・APFS 編『在留特別許可と日本の移民政策』（明石書店 2007）209 頁

責任や問題ではなく、平等原則が担保されているとは言い難く、司法審査が機能しにくい構造となっている出入国管理制度そのものにも大きな問題があるといわねばなるまい。

ただし、入管法が行政裁量権の行使について具体的な規定を置いておらず、行政手続法等の手続法も実質的に外国人の出入国に関する事項については適用除外としていること等にかんがみれば、たしかに、裁判所が裁量権の逸脱濫用の認定をすることは、それほど容易なことではないともいえる。行訴法第30条は、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」と定めているが、結局、裁量権行使を適正な方向へ導くような実体法の定めも、手続的な規定もまったくおかれていない状況においては、裁判所としても、たとえ行政庁の裁量判断が適正さを欠いているとの認識をもったとしても、余程目に余るようなことでもない限りは、当不当の問題を超えて、違法とまで判断するのは、ある種のためらいと困難さが伴い、なかなか踏み込んだ判断ができないところがあるのは否めない。また、裁判所は行政庁と異なり、同種事案の許可事例等を必ずしも把握しているわけではないので、同種事案同士の比較衡量もしづらく、平等原則が機能しにくい面も確かにあろう。

このように裁判所による行政裁量の統制にはおのずと限界があり、裁量権行使を適正な方向に導くためには、行政庁自らがそれをコントロールする必要があるのである。

この点、マクリーン判決後、法務大臣の権限が地方入国管理局長に委任されているが、第2章でも触れたとおり、法務省の一部局の一地方出先機関の長にすぎない地方入国管理局長には、内閣の一員として国会に対して責任を負う法務大臣とは異なり、国家主権に基づく高度な政治的判断を行う民主的バックボーン、判断能力及び資格、対政治的責任のいずれにも欠け、全国に8つある地方入国管理局のそれぞれの長が、それぞれ処分行政庁として法務大臣と同じように「広範な裁量権」をもって委任された権限を行使するとするならば、国家主権の意思の発動たる行政処分であるにもかかわらず、同種事案に関してそれぞれの地方入国管理局長がそれぞれ異なった判断・処分を下すことも許すこととなり、平等原則の理念にも反することとなる。そのため、この自己統制の必要性はより一層高まっているといえる。

そして、そのような各地方入国管理局長の裁量判断のばらつきを抑え、平等原則を適正に担保するために必要不可欠なのが裁量権の行使を一定方向に導くための「規準」、すなわち「裁量基準」の設定であり、本来、「ガイドライン」はそのような趣旨により策定・公表されたもののはずであった。

ところが、繰り返し指摘しているとおり、国側は一貫して「ガイドラインは裁量基準ではない」とし、ガイドラインの基準性を頑なに否定している。しかし、素朴な疑問として、そもそもガイドラインが裁量基準であってはならない何か不都合なこともあるのであろうか。たしかに、出入国管理についてはある程度、政策的な部分もあり、裁量基準に完全に縛られるとするならば、それは適正な行政の運営に支障を及ぼしかねないという側面はある。しかし、平成 27 年のパチンコ店判決が判示し、学説も主張しているとおり、裁量基準はあくまでも、裁量権の行使における相手方の信頼性の保護や平等原則の観点から、行政庁が自ら定めた基準に一定の自己拘束性を認めるものであり、合理的理由があれば基準と異なった判断も許されるとみるべきであろう。そうであるならば、たとえガイドラインが行政手続法に基づく裁量基準ではないにしても、平等原則の観点からガイドラインは裁量基準として、一定の自己拘束性を有していると考えらるべきであって、ガイドラインに裁量基準性を認めないという国側の頑なな姿勢こそ、客観的に見れば、地方入国管理局長をはじめとする入管職員が、国民の目のとどかないところで、平等原則をないがしろにするような恣意的な判断を行っているのではないかという疑念や不信感につながりかねないものであるといえよう。

2 出入国管理システムの見直しの必要性和立法論

これまで述べてきたとおり、入管法が行政裁量権の行使について具体的な規定を置いていないことや、行政手続法が実質的に外国人の出入国に関する事項について適用除外としていることは司法審査において裁判所による実質的審査を躊躇せしめ、出入国管理領域における行政裁量統制の深化の大きな足かせになっていることは否めない。

特に、外国人の出入国に関する事項が行政手続法第 2 章から第 4 章までの適用除外

とされ、審査基準・処分基準の設定や理由付記等についてその適用が及ばないことは、出入国管理領域における裁量権行使の透明性や予見可能性を著しく減退させているといわねばなるまい。しかし、たとえ外国人に対しては、日本人と同等の権利が与えられているわけではないにせよ、行政の公正性の要請からすれば、手続保障の程度が外国人と一般国民とで当然に異なることにはならないし、むしろ、日本国民に比べて、日本の法律や訴訟制度について必ずしも精通しているとはいえない外国人については、手続的な適正性の要求は一層強いものとなるとみるべきであろう。いかなる外国人を受け入れるか、あるいは受け入れないかは、基本的に国家の裁量に任されているということや、外国人には入国・在留にかかる実体的権利は認められないということは、不利益処分について基準を示さなくてもよいという理由にも、理由を示さず外国人に対して不利益処分を科してもよいという理由にもならないのである。そのため、立法論としては、行政手続法第3条1項10号を削除し、「外国人の出入国に関する事項」も行政手続法第2章から第4章の適用を受けるものとするか⁹⁸、もしくは入管法に明文で審査基準・処分基準の設定や理由付記に関する規定を設けるべきであろう。

また、外国人は自らに下された行政処分に不服があったとしても、行政不服審査法は外国人の出入国に関する事項は適用除外としているため、結局、訴訟に訴えるばかりではない。しかし、訴訟を起こし遂行することは、ただでさえ多大の労力と費用がかかり、多くの外国人にとっては高いハードルとなっているものと思われ、それが故に、訴訟提起自体を諦める者も少なくないということも想像に難くない。したがって、訴訟になる前の行政活動の段階で行政裁量の行使の適正化を図る仕組みがあれば、それに越したことはなく⁹⁹、特に退去強制手続における在留特別許可にかかる許否判断については、当該外国人は在留特別許可が付与されず、一旦退去強制されてしまえば、その権利の回復を図るのは極めて困難となるため、そのような仕組みの構築の必要性はより一層高いものであるといえよう。

この点、現行の退去強制手続は、退去強制事由の該当性の有無につき、入国審査官による認定、特別審査官による判定、法務大臣による裁決という三段階を経て審理さ

98 山脇・前掲注 94・200 頁も同趣旨

99 芝池義一『行政法読本（第4版）』（有斐閣 2016）67 頁

れ、在留特別許可の許否判断は、最後の法務大臣による裁決の場面において行われるものとされているが、退去強制事由を争うことはほとんどないのにも関わらず、このまま現行の三審制を維持する意味はほとんどない¹⁰⁰。むしろ、在留を特別に許可すべきか否かを公平・公正に審査すべく、より透明性の高い制度の構築が不可欠であり、在留特別許可に申請権を認め、入管職員にすぎない地方入国管理局長に最終的判断をゆだねるのではなく、客観的かつ慎重な判断を行うため、難民審査参与員のような諮問機関を設置するのも一つの方法であろう。この点、日弁連が「在留特別許可の許否にあたっては、憲法や国際人権法の研究者、人権問題にも知見のある弁護士等の法曹実務家などが法務大臣に意見を述べることのできる第三者機関を設置して、適正・迅速な在留特別許可の運用が可能となるような仕組みを設けることが検討されるべきである」¹⁰¹として、第三者機関の設置を提言していることは傾聴に値する。実際、国際化が進み、外国人のみならず他の複数の人権や利益が複雑に絡み合う現代社会においては、人権問題のみならず多岐にわたる専門的分野にかかる知見を要するものであるが、それはもはや地方入国管理局長（たとえそれが組織全体として対応しているとしても）の判断能力の限界をはるかに超えている。むしろ、「在留特別許可を付与しないという法務大臣等の判断が裁量権の逸脱又は濫用に当たるとして違法とされるような事態は容易に想定しがたい」といった独善的ともいえるような姿勢や、横のつながりを欠いた縦割り行政の弊害は、一省庁・一部局のみによる裁量判断の限界と、独立した専門的機関による多重的複層的な裁量判断の必要性を如実に物語っているといえよう。例えば、第3章でも触れたとおり、本邦で出生した非正規滞在の子について、ある判決は11歳の子について、可塑性に富み本国の生活に順応していくのは十分可能であると評価するのに対し、別の判決では、本邦出生の7歳の子について、安易に可塑性があるなどと判断するべきではないとしているが、いつまでが「可塑性に富む」年齢なのか、いかなる状況であれば可塑性に富むとはいえなくなるのか等につ

100 この三審制については行政経済の観点からも「日本入管の密入国者などへの退去強制手続は、事由該当自認を三回も確かめる不経済に加えて、さながら在留特別許可すべき事情を各段階で何度も何度も調べる裏打ち調べるオンパレードと化し、さらに余計な行政不経済を増進させる現象をきたした」との指摘がなされている。(竹内昭太郎『出入国管理行政論』(信山社 1995) 211 頁)

101 日本弁護士連合会「在留特別許可のあり方への提言」(2010年(平成22年)11月17日付け)
https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2010/101117_4.html より抜粋

いて、判断権者たる地方入国管理局長が、専門的見地から分析・検討を行った痕跡もまったく見受けられない。本来、そのようなことは医学的・心理学的側面を含めた専門的知識と、それに基づく高度な判断が不可欠であるが、地方入国管理局長（および入管局という行政組織）には、そのような能力そのものに欠けていることにかんがみれば、第三者機関の設置は国際化や行政の複雑化に伴う必然的な流れであるともいえるよう。

また、裁判官が一定期間法務省に出向し、訟務検事として国側の代理人をつとめる「判検交流」の弊害についても、ここで指摘しておきたい。というのも、判検交流により国側の代理人として、好むと好まざるとにかかわらずまさに「違法状態の上に築かれた婚姻関係は安定かつ成熟したものではない」とか「ガイドラインは裁量基準ではない」などと主張していたものが、いざ再び裁判官に戻ったからといって、かつて自らが主張していたことを今更否定することは、裁判官としての良心からもなかなかしづらいところもあるであろう。結局、「判検交流」という制度自体が、裁判所が国の違法を公正に指弾する上で、おおきな足かせとなって作用していると言わざるを得ず、いやがうえにも国側の主張を認めやすい方向に作用しているということは否めない¹⁰²。この判検交流の問題は出入国管理領域に限ったことではないが、この領域は、特に行政庁の裁量権が広範に認められるとされるだけに、より一層裁判官の中立性が求められているといえよう。

いずれにしても、近年、出入国管理以外の領域については、行政裁量統制にかかる判例理論は確実な進歩を遂げる一方で、出入国管理領域については、いまだ約40年前のマククリーン判決をベースとした古典的な「自由裁量観」に基づく消極的な司法審査が主流を占めており、この分野だけが、裁量統制に係る理論的深化から取り残されたいわばガラパゴス化した特殊領域になってしまった感さえある。しかし、広範な裁量権にあぐらをかくような野放図な裁量権の行使はいかなる分野においても許されるべきではなく、国際化が進み、社会における人権に対する意識の高まりを踏まえば、もはや出入国管理領域を含むいかなる分野においても、人権や手続的正義を軽視した

102 このようなことから阿部博士は「判検交流は全廃すべきである」と主張している。阿部泰隆『行政法再入門（下）[第2版]』（信山社2016）369頁。

包括的・白紙授權的な裁量権行使は、当不当の問題を超えて、違法となるものと解すべきであろう。

3 結びにかえて

半世紀近く前に「外国人は煮て食おうが焼いて食おうが自由」との法務官僚の発言が国会で問題視されたことがあった¹⁰³。もちろん、外国人は煮て食おうが焼いて食おうが自由であろうはずはない。しかし、基本的人権の保障は「在留制度の枠内においてみとめられるにすぎない」として人権保障より出入国システムを優先するマクリーン判決と、同判決理論を踏襲した多くの裁判例は、人権よりも在留管理を含む国家の出入国管理の部分を重視し、結果として、行政庁の裁量権を極めて広範に認め、余程のことがない限り行政庁の裁量権行使の逸脱濫用を認定しないという極めて消極的で密度の低い社会観念審査を根付かせてしまったとすらいえる。そして、これら多くの裁判例は、行政庁の無制限的自由裁量を正当化するためのメルクマールとして機能し、ついには、訴訟の場において公然と「在留特別許可を付与しないという法務大臣等の判断が裁量権の逸脱又は濫用に当たるとして違法とされるような事態は容易に想定しがたい」との国側の主張となって現れることとなる。そして、このような極めてバナーナリストティックな実務解釈と裁判所による国側の主張の追認は、行政庁から自制力と自己規律力を奪い、ガイドラインの裁量基準性・自己拘束性の否定とも相俟って、広範な裁量権という高い壁の中で、まさに「外国人は煮て食おうが焼いて食おうが自由」といっても過言ではないほどの野放図な規律なき行政裁量観を行政庁に根付かせてしまったともいえるのである。その意味では、発言者の真意はさておき、これをわが国における行政裁量の統制システム全体の欠陥に対する警鐘として捉えるならば、それは暴論どころか、極めて正鵠を射たものと言わねばなるまい。

これまで、在留の許否判断等出入国管理に係る諸問題、特に在留特別許可にかかる裁量判断については、国家主権論を背景とした国家の利益と、グローバリゼーションを背景とした外国人の利益の二元論で語られ、基本的にそれらは相反するものであるという前提があったように見える。不法残留、不法入国といった「不法」の部分が殊

103 昭和44年7月2日第61回国会衆議院法務委員会議録第25号 参照

更に強調され¹⁰⁴、在留特別許可はそれら国家の利益に相反する「不良外国人」に対し、行政庁が個別的に審査したうえで例外的、恩恵的に付与されるものとされてきた。

しかし、例外的、恩恵的に付与されるはずの在留特別許可の許可件数は、現実には、年間数千件にもおよび¹⁰⁵、もはや国家の利益と外国人の利益という二元論や行政庁による個別的審査の範疇では語れなくなっている。このことは、行政庁による裁量権行使そのものの在り方や、裁量権の逸脱濫用にかかる司法審査の在り方が見直しを迫られているということにはかならず、行政裁量を一定の合理的な方向へと導くような手続的保障を制度として確立することは、公平な出入国の管理と適正な外国人の人権保障の両立をはかる観点からも不可欠である。

そして、その前提として行政庁が自ら策定した規準（＝ガイドライン）にかかる自己拘束性に対する理論的な検証・考察は、今後の出入国管理領域における適正な裁量権行使に向けた大きな足掛かりになり得るともいえよう。

また、わが国の出入国管理制度は、その歴史的経緯から米国の制度を基盤としていられると言われているが、デュープロセスに基づき退去強制に係る準司法制度が確立し¹⁰⁶、委員会制度が発達しているといわれる米国と、おそらく世界的にもあまり例をみないであろう全件収容主義を採用し、行政庁の権限が強いわが国とでは裁量統制にかかる理論的アプローチもまったく異なることも考えられよう。そのため、わが国の出入国管理領域における裁量統制の在り方を考察するにあたり、諸外国とわが国の出入国管理システムや裁量統制の制度的差異にかかる比較検討や分析も極めて有用

104 山口元一弁護士は、この「不法」について、「在留資格がないこと以上の意味がないことを無視し、在特の制度趣旨を理解しないことからくる誤解にすぎない」（山口・前掲注 97・214 頁）と述べている。

105 「出入国管理（白書）」によれば、平成 29 年の在留特別許可件数は 1,255 件である。なお、裁決に理由なしとされた件数は 2,455 件のうち在特件数が占める割合（以下「在特率」という）は 51.9% < 小数第二位以下切り捨て > である。ちなみに、直近の平成 27 年、同 28 年の在留特別許可件数／理由なし件数（在特率）をみると、平成 27 年が 2,023 件／3,110 件（65.0%）、平成 28 年が 1,552 件／2,588 件（59.9%）、10 年前の平成 17 年～19 年をみると平成 17 年が 10,834 件／11,922 件（90.8%）、平成 18 年が 9,360 件／11,018 件（84.9%）、平成 19 年が 7,388 件／9,245 件（79.9%）である。ここからも見て取れるように、在留特別許可件数、在特率ともに、ここ十年来激減しており、平成 29 年については在留特別許可件数、在特率ともに過去最低で、在留特別許可件数が過去最多であった平成 16 年の 13,239 件／14,412 件（91.8%）の 1 割以下となっている。これについては不法滞在者が減少しているため、在留特別許可件数も減っているとも考えられるが、在特率については、十年前には在特を求めるものの約 8～9 割に在特が付与されていたのに対し、現在では 5 割程度まで低下しており、在特の許可判断やその運用が適正に行われているのかどうか疑問が残る。

106 新井信之「アメリカにおける現行退去強制制度の概説（二）」長崎大論叢 8 号（2004）10 頁

であると思われるが、その点については、本稿ではまったく触れることができなかった。今後の研究の課題としたい。

【参考文献】

愛敬浩二「外国人の政治活動の自由—マクリーン事件」憲法判例百選Ⅰ第6版〔別冊ジュリスト217号〕(2013)

阿部照哉「最新判例批評—マクリーン事件上告審判決」判例時報919号〔判例評論243号〕(1979)

阿部泰隆『行政裁量と行政救済』三省堂(1987)

阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ実質的法治国家を創造する変革の法理論』有斐閣(2008)

阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ実効的な行政救済の法システム創造の法理論』有斐閣(2009)

阿部泰隆『行政法再入門(上)(下)〔第2版〕』信山社(2016)

芦部信喜『憲法学Ⅰ～Ⅲ』有斐閣(1994)

芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』岩波書店(2016)

新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』有信堂高文社(2008)

新井信之「アメリカにおける現行退去強制制度の概説(一)(二)」長崎外大論叢5号,8号(2003,2004)

安念潤司「「外国人の人権」再考」芦部古稀『現代立憲主義の展開 上』有斐閣(1993)

芝池義一『行政法読本〔第4版〕』有斐閣(2016)

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)

市原義孝「時の判例 最高裁平成27年3月3日第三小法廷判決」ジュリスト1486号(2015)

伊藤行紀「退去強制手続における異議の申出, 法務大臣裁決と在留特別許可」駿河台法学第29巻第1号(2015)

宇賀克也『行政手続三法の解説〔第2次改訂版〕』学陽書房(2016)

宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第3版〕』有斐閣(2009)

内野正幸「最高裁判所民事判例研究 民集32巻7号」法学協会雑誌97巻9号(1980)

江橋崇「外国人の政治活動の自由—マクリーン事件上告審判決」ジュリスト693号

(1979)

大久保史郎・橋爪誠・吉田美喜夫編『人の国際移動と現代日本の法』日本評論社（2017）

興津征雄「行政判例研究—退去強制手続における法務大臣の裁決と裁決書不作成の瑕疵」自治研究 83 巻 10 号（2007）

川神裕「裁量処分と司法審査（判例を中心として）」判例時報 1932 号（2006）

神長勲「国際結婚の今日的問題の法学的検討」青山学院大学総合研究所法学研究センター研究叢書第 4 号（1998）

神長勲「在留特別許可を与えなかった裁決と裁決書」青山法学論集 42 巻 4 号（2001）

久保田仁詩「処分基準と訴えの利益」法学論叢 178 巻 5 号（2016）

越山安久「最高裁判所判例解説」法曹時報 34 巻 1 号（1982）

児玉晃一・関聡介・難波満編『コンメンタール出入国管理及び難民認定法 2012』現代人文社（2012）

児玉晃一「退去強制手続の課題」自由と正義 68 巻 6 号（2017）

後藤光男「外国人政策と入国・在留・再入国の自由」大浜啓吉編『公共政策と法』早稲田大学出版部（2005）

小早川光郎『行政法講義上Ⅰ～Ⅱ，下Ⅰ～Ⅲ』弘文堂（1993 - 2012）

近藤敦『人権法』日本評論社（2016）

近藤敦・塩原良和・鈴木江理子『非正規滞在者と在留特別許可』日本評論社（2010）

近藤敦編『外国人の人権へのアプローチ』明石書店（2015）

近藤敦「日本人の配偶者の活動要件と在留特別許可のガイドラインにみる比例原則」判例時報 2336 号

[判例評論 703 号]（2017）

齋藤靖夫「外国人の政治活動の自由—マクリーン事件」憲法判例百選Ⅰ第 5 版 [別冊ジュリスト 186 号]（2007）

櫻井敬子・橋本博之『行政法 [第 5 版]』弘文堂（2016）

坂中英徳・齋藤利男『出入国管理難民認定法逐条解説（改訂第四版）』日本加除出版（2012）

塩野宏『行政法Ⅰ [第六版]』有斐閣（2015）

塩野宏「在留期間の更新と裁量」別冊ジュリスト 150 号 (1999)

下川環「行政判例研究—平成 22 年 1 月 11 日東京地方裁判所判決」自治研究 87 巻 12 号 (2011)

申恵丰「外国人の出入国と慣習国際法—マクリーン事件」国際法判例百選 [別冊ジュリスト 256 号] (2001)

須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』法律文化社 (2010)

関野昭一「出入国管理法制の運用上の問題点」ジュリスト 283 号 (1971)

芹田健太郎・薬師寺公夫・坂本茂樹『ブリッジブック国際人権法・第 2 版』信山社 (2017)

高佐智美「特別在留許可と憲法 24 条・国際人権 B 規約 23 条」法学セミナー 558 号 (2001)

高佐智美「外国人の人権—現代国際社会における出入国管理のあり方」ジュリスト 1378 号 (2009)

高橋済「我が国の出入国管理及び難民認定法の沿革に関する一考察」中央ロー・ジャーナル第 12 巻第 4 号 (2016)

多賀谷一照編『実務裁判例 出入国管理及び難民認定法』日本加除出版 (2016)

多賀谷一照・高宅茂『入管法大全』日本加除出版 (2017)

竹内昭太郎『出入国管理行政論』信山社 (1995)

田中宏『在日外国人 法の壁, 心の溝 [第 3 版]』(2013)

田村悦一『自由裁量とその限界』有斐閣 (1967)

丹野清人「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」大原社会問題研究所雑誌 582 号 (2007)

常岡孝好「行政裁量の判断過程の統制」法学教室 383 号 (2012)

常岡孝好「裁量基準の実体的拘束度—脱・手続的アプローチ, 脱・自己拘束論」阿部古稀『行政法学の未来に向けて』有斐閣 (2012)

常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体 (上) (中) (下)」判例時報 2133, 2136, 2139 号 [判例評論 636 ~ 638 号] (2012)

常岡孝好「行政手続法上の処分基準と取消しの利益」民商法雑誌 151 巻 6 号 (2015)

中嶋直木「退去強制手続と抗告訴訟 (上) (下)」東北法学 35 号, 36 号 (2010)

永田秀樹・松井幸夫『基礎から学ぶ憲法訴訟 [第 2 版]』法律文化社 (2015)

西田元「訴訟法的視点からの行政裁量の司法審査—入国管理行政を中心として—」判例時報 2374 号 (2018)

野口貴公美「出入国管理行政における行政事件訴訟法 25 条の諸問題—「退去強制に対する仮救済の問題点」を契機として」原田古稀『法治国家と行政訴訟』有斐閣 (2004)

野口貴公美「最新判例批評」判例時報 2039 号 [判例評論 605 号] (2009)

野口貴公美「「在留特別許可に係るガイドライン」の裁判上の位置づけについて」法学新報 119 巻 7-8 号 (2013)

野口貴公美「行政判例研究—処分基準の存在と狭義の訴えの利益」自治研究 93 巻 2 号 (2017)

橋本博之『行政判例と仕組み解釈』弘文堂 (2009)

橋本博之『現代行政法』岩波書店 (2017)

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」塩野古稀『行政法の発展と変革 上巻』有斐閣 (2001)

畑博行・水上千之編『国際人権法概論 [第 4 版]』有信堂高文社 (2006)

原田尚彦『行政法要論 [全訂第 7 版補訂 2 版]』学陽書房 (2012)

日比野勤「外国人の人権 (1) ～ (3)」法学教室 210,217,218 号 (1998)

福王守「公法判例研究—平成 15 年 9 月 19 日東京地方裁判所判決」法学新報 111 巻 1-2 号 (2004)

福王守「日本における長期不法滞在者の人権保障—在留特別許可ガイドラインをめぐる国内法および国際法的考察」駒沢女子大学研究紀要 16 号 (2009)

深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開—イギリス裁量統制論—』信山社 (2013)

深澤龍一郎「行政判断の構造」芝池古稀『行政法理論の探求』有斐閣 (2013)

藤井俊夫『憲法と国際社会 [第 2 版]』成文堂 (2005)

藤田宙靖『行政法総論』青林書院 (2013)

藤田宙靖『裁判と法律学—「最高裁回想録」補遺—』有斐閣 (2016)

藤山雅行・村田斉志『新・裁判実務大系第 25 巻 行政争訟 [改訂版]』青林書院 (2012)

丸山由紀「取次, 退去強制と弁護士業務」自由と正義 68 巻 6 号 (2017)

三浦大介「在留期間の更新と裁量審査」行政判例百選 I 第 7 版 [別冊ジュリスト 235 号]

(2017)

宮川成雄「退去強制手続の司法審査(一)(二)」同志社法学 35 卷 6 号、36 卷 1,2 号(1984)

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 285 号 (1978)

宮田三郎『行政裁量とその統制密度〔増補版〕』信山社 (2012)

室井力・芝池義一・浜川清・本多滝夫編『コンメンタール行政法 I 行政手続法・行政不服審査法 (第 3 版)』日本評論社 (2018)

門田孝「外国人の退去強制と在留特別許可」法学セミナー増刊〔新・判例解説 Watch〕12 号 (2013)

門田孝「退去強制から保障されるべき人権」法律時報 84 卷 5 号 (2012)

山神進「在留期間更新不許可処分取消請求訴訟の上告審判決－最高裁第三小法廷平成 8 年 7 月 2 日判決」法律のひろば 49 卷 11 号 (1996)

山口元一『プエノス・ディアス、ニッポン』ラティーナ (2005)

山下威士「特別在留許可を与えなかった法務大臣の裁決を、婚姻関係の存在を理由に、裁量権の濫用・逸脱として違法とした事例」判例時報 1746 号〔判例評論 509 号〕(2001)

山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報 1933 号 (2006)

山脇康嗣『入管法判例分析』日本加除出版 (2013)

山脇康嗣『〔新版〕詳説 入管法の実務』日本加除出版 (2017)

渡戸一郎・鈴木江理子・APFS 編『在留特別許可と日本の移民政策』明石書店 (2007)

渡邊彰吾「実務家からみた行政裁量－出入国管理領域における政策的（政治的）裁量を中心に」法律時報 85 卷 2 号 (2013)

亘理格『公益と行政裁量』弘文堂 (2002)

亘理格「裁量権の逸脱と濫用」法学教室 237 号 (2000)

亘理格「時の判例－最高裁平成 14 年 2 月 28 日第一小法廷決定」法学教室 268 号(2003)

亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟（上）（下）」判例時報 1867.1870 号〔判例評論 549.550 号〕(2004)

亘理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室 339 号 (2008)

亘理格「退去強制の違法性－日本人との婚姻等の関係に依拠した判決例」法学教室 435 号 (2016)

亘理格「在留特別許可の裁量性と『在留特別許可に係るガイドライン』の自己拘束性」

自治研究 93 巻 9 号 (2017)

東京弁護士会外国人の権利に関する委員会行政訴訟研究部会『入管訴訟マニュアル[第 2 版]』現代人文社 (2017)

出入国管理法令研究会編『出入国管理実務六法 (平成 30 年版)』日本加除出版 (2017)

法務省入国管理局編『出入国管理』(2006)

国連難民高等弁務官 (UNHCR) 駐日事務所編『難民認定基準ハンドブック (改訂版)』(2015)