

2 外国人の政治活動の自由

— マクリーン事件

最高裁判昭和五三年一〇月四日大法廷判決
(昭和五〇年行ツ)第一二〇号在留期間更新不許可処分
取消請求事件)
(民集三二巻七号二二三頁、判時九〇三三頁)

〈事実の概要〉

アメリカ合衆国国籍をもつ上告人(被控訴人・原告)ロナルド・アラン・マクリーン(X)は昭和四四年五月一〇日、出入国管理令(以下「令」とする。現、出入国管理及び難民認定法 四条一項一六号、特定の在留資格及びその在留期間を定める省令 一項三号に該当する者として、在留期間を一年とする上陸許可を得て入国した。Xは直ちにA語学校に英語教師として雇用されたが、入国後一七日間で同校を退職し、他の同種の語学学校に移った(無届。またXは将来本国でアジア音楽を教授する志をもっていたため、この間琵琶と琴の研究を続けた。他方Xは外国人へ平連に所属し、ベトナム反戦、出入国管理法反対、日米安保条約反対等のデモや集会に参加した。)

その取消しを求めて出訴し、同時に処分の効力停止を申し立てた(これについて記述は略)。第一審の裁判でYは不許可処分を理由に挙げた。第一審判決は、在留期間の更新許可につきYが相当広汎な裁量権を有することを認めながらも、その裁量権は「憲法その他の法令上、一定の制限に服する」とし、Yの処分は「社会観念上著しく公平さ、妥当さを欠き、日本国憲法の国際協調主義および基本的な人権保障の理念にかんがみ、裁量の範囲を逸脱する違法の処分」であるとして、これを取り消した(東京地判昭和四八・三・二七行集二四巻三三頁一八七頁、判時七〇二四四頁)。これに対し第二審は、Yは更新を適当と認めるに足る「相当の理由」(令二条三項)があるときにこれを許可すれば足り、その際の判断は「自由な裁量」に任され、その際の判断は「政治活動を消極的資料とする」ことも許されると判示し、第一審判決を取り消してXの請求を棄却した(東京高判昭和五〇・九・二五行集二六巻九号一〇五五頁、判時七九二二頁一頁)。Xはこれを不服として上告。

〈判旨〉

上告棄却。
「憲法二二条一項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定することとなり、…憲法上、外国人はわが国に入国する自由を保障されているものではないことはもろなる、…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ない。」
出入国管理令の規定のしかたは「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せよ」とする趣旨であり、「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」である。

「裁判所は、法務大臣の…判断の基礎とされた重要な事実を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かどうかが、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くかどうかに依り判断が社会通念に照らし著しく不当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理」する。
「憲法第三章の諸規定による基本的な人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としており、外国人に對しては等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、わが国の政治活動の意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解されるものを除き、その保障が及ぶ…しかしながら…外国人に對する憲法的基本的人権の保障は、右のような外国人の在留制度のわな内であらうと解すべきでない…すなわち、在留期間中の憲法的基本的人権

〈解説〉

本件は在留期間更新不許可処分の適否に関する「おそろく最初の事案(一審)といわれている。Xの転職については第一審の認定・判断が上級審で特に否定されていないので、ここでは政治活動に関連する諸点に限定する。

一 外国人に入国の自由が保障されるか否かについては第一審から上告審まで否定的見解をとっている。今日判例上も学説上も本判決のように「国際慣習法上」否定されるものがない(「国際慣習法」(裁野ほか参照。国際法のレベルでは、いづれにしろ伝統的には領土主権に基づき国家は外国人の入国を自由に許可できるとされるが、ただし今日の法治国家においては入国に関する規律は法令をもって行わねばならず、また恣意的にこの「自由」を行使してはならない。更に条約がないことを理由に入国拒否をすることはできない(確井・宮崎・村瀬ほか参照。日本国憲法との関係においても否定説が通説であり、この場合は結局憲法を通じて右の国際慣習法が認められるものと考えられる。したがってこの立場は、日本国憲法の本来の人的対象は国民であるという原則論によるにせよ、主権国家の併存する国際社会という現実論によるにせよ、外国人の入国の自由は外国人の人権享有能力とは一応次元の異なる問題と考へることになる。これに對し学説上入国の自由を原則として認めようとする説(太田・作間・宮崎)は、外国人の入国の自由につき、絶対的に保障されるべき国民

のそれと、實質上同一次元で捉えていることになる。この原則逆転説も實際上否定説と変わらないとする見解(阿部ほか)は結局今日の我が国の現状を基礎として認めて、亡命権等を事実上ないし法的に認めて、いづれにせよ重要な争点にもなり得る。いづれにせよ憲法上明らかなのは我が国が完全な鎖国政策も移民受入れ政策もとらないということに止まるのである。

二 外国人の在留期間更新につき法務大臣に広い裁量を認める理由として第二

審は、「外国人の受入れが基本的には、受入国の自由であることに由来する」とし、本判決も同様の立場をとっている。外国人の入国の自由について否定説をとれば、更新の一般的性格づけの問題としてみる限り、当然そのようになる。この問題はさらに外国人が更新を請求する権利を有するか、と法務大臣の裁量の性質・範囲をどのように捉えるか、の二点に分けられる。前者については一本から上告審まで否定している。更新を基本的には入国と同一の次元で捉える以上、外国人が「滞在し続ける権利」を憲法上当然もつものではなからう。この点で令二一条三項が「更新を適当と認めるに足りる相当の理由」という定め方をしているのは意味をもつ。法務大臣の裁量も右の点から相当広範であることは否定できない。ただしここで一審が、この裁量権も当然憲法以下の法令によって一定の制限に服するとし、さらに更新拒否が実態上極めて少ないことも言及しているのに対し、二審・上告審とも外国人の「一切の行状」「諸般の事情」を法務大臣が斟酌することを認めるため、結果には大きな違いを生ずる。この点で一審判決は「一種の既得権説に基く(一審)とも評されるが、ただし不許可を一般的に例外と

しているわけではない。そこで一審は、外国人が在留を必要とする相当の理由を示した場合に積極的の不許可事由を要するとして、「令五一条一項一号ないし四号に準ずる理由」をこれに当てたものと考へられる。要するに、更新を完全な白紙還元ないしはむしろ例外とする立場と、全くの白紙還元ではないとする立場の二が可能であり、これには、基本的人権の享有・行使と、その前提となる滞在の権利との関係をどのように捉えるかが、係わってくる。

三 外国人の人権享有主体性一般につ

いては本書I事件に譲る。いづれにせよこの点で今日否定説は意義を失っている。と見てよい(阿部・横田・江橋)。有力なのは部分的肯定説ないし積極説であり、本判決も同様の立場にたっている。したがって今日においてはむしろ、各種の人権について外国人がそれを享受する(もしくはしない)理由・範囲等を明確にしていることが学説・判例・立法に期待されている、といえよう。外国人の政治活動に関する議論は、一般に参政権が国民固有の権利であることから出発する。従って国民の政治的(民主的)意思決定過程に直接参加する場合(選挙、国民投票、一定の公務就任、政党加入等)が除外されることについては判例上も学説もほぼ異論がない。ただし判例は依然として国民主権を理由として原則論に終始している(参議院議員に対する選挙権に關し、国民固有の後国家の権利とした原審の判断を、本件を参照して維持した最小平判平成五・二・二六判時一四五二二号三七頁参照。しかし地方公共団体の選挙権については、大阪地判平成五・六・二九(判タ八二五号一三四頁)が、結論は同意ながら、「現実を不当にすぎるとの意見が出てくる一面も」として一定の理解を示している(本書I事件参照)のに対し、学説は国籍・国民概念の相対化、「定住

外国人」という類型の導入等、特に社会権の領域で理論的な努力を払っている(本書I7事件参照。表現の自由につき争いがあるのは、今日この種の自由権の参政権的機能が広く認められるに至っていることと基本的な関係にある。一応国民との区別を認めない説(横田)もあるが、例えば「他の諸個人と共同してひろい意味での政府をコントロールする参政権的機能を果たす場合」には保障が及ぶないとする説(尾吹)のように、何らかの限定をつける説が有力である。本判決はこれに對し「憲法上の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動」という漠然とした基準を示すため、実質的な全面否認になり得るとの批判(阿部)がある。第一審の「日本国民が選択決定すべき政治問題」という基準も漠然としていたが、これは更新の許否と直接関連させた立論のため、在留中の外国人に對する人権保障それ自体の問題として捉え得るか疑問である。これに對し、「純然たる自由権の行使としてなされる表現」は国民と同様に保障されるとの説(阿部)および「政治的権利」と「市民的権利」を區別して考へる説(村瀬)等がある。表現の自由の参政権的機能と形式的国民主権論が結びつく場合は、実質上外国人の表現の自由が正に大幅に制約され得ることを本件は示している。今日の国家が「常態」として一定数の外国人をも「構成員」として含み、「国民」の政治的意思形成過程がそれによつてむしろ豊かになることを理論上の前提とすべきであろう。

四 在留期間の更新と人権の享有・行使との関係については、前記のように大きく二種の立場が可能である。第一審はこれらを密接に関連させ、法務大臣の裁量を狭く、従つて不許可をむしろ一例外」と解したが、上級審は在留中の人権行使を認めながらも、更新時にこれを不

利益に評価することもできるとした。しかしながら、在留期間中の正当な人権の行使を理由として、その前提となる滞在の権利を一方向的に奪うことができるのは「背理」といわざるを得ず(阿部)。また、外国人はその結果正当な表現行為を控へざるを得なくなるという点で、「萎縮効果」を生む(江橋)。在留許可期間を短期に区切るということは、一方で「なまじくずしの永住許可」(尾吹)に對する期待を妨げる意味をもつが、他方この期間中は人権行使に對しての監視を行う猶予期間ではない。基本的人権を保障する立憲・法治国家においては、一旦入国を許された外国人は正当な人権行使を理由とする不許可の退去強制を受けるべきでないといえれば、短期ごとの更新時における不許可が、實質上同様の不当な追放処分と転化し得ることには、問題があるといわなければならない。

〈参考文献〉

本件に直接関係するものとして、確井光明・自治研究五〇巻二号一五九頁、南博方・判評七八号(判時七七八号)二六頁、横田耕一・法七二二号六八頁、押切暁・ひろば二九巻六号七二頁、尾吹善人・Law School二四四頁、宮崎繁樹・法二二五号四頁、江橋崇・昭和五三年度重判解(ジュリ六九三三)一八頁、日野正晴・ひろば三三巻二二二頁、阿部照哉・判評二四三三(判時九一九号)一五頁、関野昭一・ジュリ六八二号五一頁、村瀬信也・同六九五号二九頁、内野正幸・法論九七巻九号一三二頁、秋野芳夫・憲法の基本判例 第一版 六頁、浦部法徳・憲法の基本判例(第二版) 六頁

さいとうやすお

神奈川大学 教授

齋藤靖夫

教授

有斐閣・出版案内

http://www.yuhikaku.co.jp/

別冊ジュリスト No.166・167

刑法判例百選 I・II

I 総論 / II 各論

〔第五版〕

芝原邦爾・西田典之・山口 厚 編

【I 定価2,210円(税込) II 定価2,310円(税込)】

【B5判・I 214頁/II 254頁】

* * *

犯罪の一般的成立要件を取り扱う刑法総論の分野においても、また個別の犯罪構成要件の内容を取り扱う各論の分野においても、法文を解釈・適用する判例の学習・研究は、必要不可欠である。本書は、各事案の解決を超えた一般的妥当性まで検討し、判例の流れの中に位置づけて理解させる理論と実務の架橋となる判例解説の決定版。好評発売中。



- I 総論 罪刑法定主義 / 両罰規定 / 不作為犯 / 因果関係 / 実質的違法性 / 正当防衛 / 緊急避難 / 責任能力 / 故意 / 過失 / 期待可能性 / 未遂 / 共犯 / 罪数
- II 各論 □個人的法益に対する罪 □ 生命・身体に対する罪 / 人格的法益に対する罪 / 財産に対する罪 □社会的法益に対する罪 □ 公共危険罪 / 偽造罪 / 風俗に対する罪 □国家的法益に対する罪 □ 汚職罪 / 公務の執行に対する罪 / 司法作用に対する罪

〈本書略語例など〉

■ 文献略語について

本書に引用される下記の文献については、本文中及び〈参考文献〉欄では通常用いられる〔 〕内の略語例によった。

〔民(刑)録〕	大審院民(刑)事判決録	〔判時〕	判例時報
〔行録〕	行政裁判所判決録	〔判評〕	判例時報添付の判例評論
〔民(刑)集〕	大審院、最高裁判所民(刑)事判例集	〔判タ〕	判例タイムズ
〔集民(刑)〕	最高裁判所(民事・刑事)裁判集	〔勞判〕	労働判例
〔高民(刑)集〕	高等裁判所民(刑)事判例集	〔勞旬〕	労働法律旬報
〔下民(刑)集〕	下級裁判所民(刑)事裁判例集	〔勞速〕	労働経済判例速報
〔行集〕	行政事件裁判例集	〔金判〕	金融・商事判例
〔東高民(刑)時報〕	東京高等裁判所民(刑)事判決時報	〔判自〕	判例地方自治
〔訟月〕	訟務月報	〔ジュリ〕	ジュリスト
〔刑月〕	刑事裁判月報	〔法教〕	法学教室
〔行月〕	行政裁判月報	〔平成(昭和)〇〇年度重判解〕	平成(昭和)〇〇年度重要判例解説(ジュリスト〇〇〇号)
〔家月〕	家庭裁判月報	〔曹時〕	法曹時報
〔勞民集〕	労働関係民事裁判例集	〔法協〕	法学協会雑誌
〔不法下民集〕	不法行為に関する下級裁判所民事裁判例集	〔法時〕	法律時報
〔最判解〕	最高裁判所判例解説	〔新聞〕	法律新聞
〔判民〕	判例民事法	〔評論〕	法律評論
		〔民商〕	民商法雑誌
		〔法セ〕	法学セミナー
		〔ひろば〕	法律のひろば

■ 本百選の表記について

憲法判例百選(昭和38年刊)→本百選〈第一版〉、同新版(昭和43年刊)→本百選〈第二版〉、同〈第三版〉(昭和49年刊)→本百選〈第三版〉、憲法判例百選I、II(昭和55年刊)→本百選I〈第一版〉、本百選II〈第一版〉、同I、II〈第二版〉(昭和63年刊)→本百選I〈第二版〉、本百選II〈第二版〉、同I、II〈第三版〉(平成6年刊)→本百選I〈第三版〉、本百選II〈第三版〉とした。

■ 判決文について

判決文そのままの引用は「」で示したが、解説文中における引用では、判決の趣旨を略記したものもある。

別冊ジュリスト 154号

2000年9月30日発行

憲法判例百選 I 〔第四版〕

法律で認められた場合を除き、本誌からのコピーを禁じます。

編集人 津田 憲 司
 発行人 江 草 忠 敬
 印刷所 株式会社 精興社

編集・制作 渡 辺 真 紀
 担 当 西 野 康 樹
 津 田 憲 司

本 社 / 東京都千代田区神田神保町2丁目17番地
 郵便番号 101-0051
 http://www.yuhikaku.co.jp/
 〔営業部〕電話 (03) (3265) 6811 (代表)
 FAX (03) (3262) 8035

雑誌編集部 / 東京都文京区本郷6丁目2番9号
 郵便番号 113-0033
 電話 (03) (3813) 4911
 FAX (03) (3813) 4989