

外国人の出入国の自由

後 藤 光 男

- 1 問題の所在
- 2 出入国の自由に関する判例
- 3 出入国の自由に関する学説
- 4 出入国の自由の本質論
- 5 結び

1 問題の所在

フーコーのいう「再問題化」の作業—「自明なこと、公準と思われていることを再度問いなおし、さまざまな慣習、思考や行動の様式に揺さぶりをかけ、一般に通用している馴々しさを一掃し、もろもろの規則や制度をもう一度測定しなおす」(インタビュー「真実への気遣い」1984年)—を、この日本で一步一步積み上げる努力を続けたい。川本隆史は『ロールズ—正義の原理—』(講談社、2005年)⁽¹⁾の中でこのように述べている。筆者もこうした言葉に触発され、日本の憲法学における「外国人の出入国の自由」(入国の自由・出国の自由=移動の自由・移民の権利)に関する支配的見解の思考方式を問題にしてみようと思う。

(1) 川本隆史『ロールズ—正義の原理—』(講談社、2005年)240頁。

従来、学説では、外国人に保障されない権利として、権利の性質説から、①入国・在留・再入国の自由、②参政権（選挙権・被選挙権）・公務就任権、③社会権（生存権・社会保障権）が挙げられてきた。そして、②③については、理論的解明が比較的進んできている。しかし、①については、「在留外国人の基本的な人権は出入国管理システムの枠内で保障される」という発想に影響を受けてか、まだ十分に理論的解明が行われているわけではないように思える。とりわけ、入国の自由についてはほとんど未開拓とあってよい。

周知のように、この問題に一石を投じたのは安念潤司である。大要、次のように⁽²⁾いう。

①学説がこれまでほぼ異論なく—そして、判例とも一致して—外国人には、日本に入国・在留する憲法上の権利は認められないと解してきた。こうした見解の下では、日本は、外国人の入国・在留をまったく認めないという態度をとっても憲法上何ら問題は生じないのであるから、立法政策として外国人の入国・在留を認めるという決定をした場合でも、どのような条件を付すことも許され、外国人が日本においていかなる活動を、いかなる期間なしうるのかを任意に定めることができる。だから入管法が、各種の在留資格とそれに応じた在留期間を、外国人の人権保障という観点から見れば恣意的ともいえる態様で定めても、違憲の問題は生じない。

②しかし、「外国人の入国・在留を認めるか否かが国家の完全な自由裁量に任されている結果、入国・在留の条件を付すという意味で在留外国人の人権を自由に制限できることになるのだとすれば、外国人の入国・在留は憲法上の権利ではないという原則を前提としつつ、なお、本邦に在留している外国人の人権を論ずることが、そもそも問の立て方として正当か、という疑問が生じよう」。

③マクリーン事件最高裁判決に批判的な学説は、一方で、外国人には入

(2) 安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開上（有斐閣、1993年）176頁以下。

国・在留の権利は認められないという原則は維持しつつ、他方で、一旦在留が認められた以上、引き続き在留する権利は認められるべきであると主張する。しかし、これは両立し得ない主張である。この主張は、一旦適法に入国した外国人には在留の権利が認められることにほかならない。そうだとすれば、立法者には、ただ、外国人の入国を認めるか否かの自由だけが留保されることになる。しかしこの場合、一旦入国を認められた外国人には人権の享受が保障されるべきだとすれば、入国に当たって、現行の在留資格制度のように、人権の全部または一部を行使しないことを条件とすることはもはや許されない。すなわち、入国を認めるか否かを決定するに当たって、当該外国人が日本国内でいかなる活動を行うつもりであるのかを基本的には顧慮しない制度とならざるを得ない。「もちろん、こうした入国管理制度を想定することは困難というほかないし、その実際上の帰結は、ほとんど戦慄すべきものではある。しかし、本邦に在留する外国人の人権を認めるという以上、右に述べたように、外国人には入国・在留の権利は認められないという原則自体を根本的に変更するほかないのではなからうか。本稿としては、この難問を突破するアイデアがない⁽³⁾。

佐藤幸治もこの見解を支持して、次のように述べている。⁽⁴⁾

①外国人の人権の問題には「難問」がつきまとっていることも思わざるをえません。それは入国管理制度にまつわる問題です。外国人の多くは、「在留期間」と活動範囲（「在留資格」）に制限を受けて上陸する一時的滞在者です。そして現在の在留資格制度は、経済的自由にせよ精神的自由にせよ、大幅かつ詳細なものであります。安念潤司教授は、こうした制度は、外国人には日本に入国・在留する憲法上の権利は認められない、換言すれば、外国人の入国・在留を認めるか否かが国家の完全な自由裁量に委ねられ、したがって入国・在留の条件を付すという意味で在留外国人の人権を

(3) 安念潤司・前掲179頁、180頁。

(4) 佐藤幸治「人権の観念と主体」日本公法学会『公法研究第61号』（有斐閣、1999年）34-35頁。

自由に制限できるという前提に立っていることを指摘し、この前提に立ってそれを維持する限り、日本に在留している外国人の人権を論ずることは「そもそも問の立て方として正当か」という疑問を提起されています。

②マクリーン事件判決についての判批にあったように、在留中の適法な人権行使を在留期間中の更新の申請にあたって不利益に斟酌することが憲法上許されないということであるとすれば、それはとりもおさずいったん入国した外国人には在留の権利が認められるということであり、ひいては、現行在留資格制度のように、入国を認めるにあたって、人権の全部または一部を行使しないことを条件とすることは許されないということになりはしないか。となれば、入国を認めるか否かを決定するにあたって、当該外国人が日本でいかなる活動を行うつもりであるかを基本的に顧慮しない制度とならざるをえないが、そうした入国管理制度は想定困難であり、他方、日本に在留する外国人の人権を認めるという以上は、外国人には入国・在留の権利は認められないという原則自体を根本的に変更するほかはないのではないか、という「難問」であります。国家がまずは自国の安全と繁栄を追求する現実を前提とする限り、この「難問」に対する明快な答えはありそうもありません。外国人の入国・在留を認めるか否かは各国家の主権的作用であることを前提におきながらも、個々人の差異や特性に配慮した適正な運用を図るしかないというばかりです。

入国の自由、在留期間の更新についてリーディングケース的な位置を占めているマクリーン事件の最高裁判決は、外国人の人権について、次のような一般論を展開した。「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、⁽⁵⁾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であり、政治活動の自由についても、わが国の政治的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

(5) 最大判1978 (昭和53)・10・4民集32卷7号1223頁 (マクリーン事件)。

されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である」。続けて、「しかしながら、……外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、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更新の際に消極的な事情としてしんしゃ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」というのである。

以上のように、学説・判例の外国人に保障される権利を、外国人在留制度の枠内に限定する議論は、実質的には外国人の人権否定論であると考えられる。こうした見解の帰結は、外国人の人権肯定論からいってほとんど容認しがたいものである。判例・学説の外国人の人権は「在留制度の枠内で与えられているにすぎない」という、あたかも入管法が憲法の上位法であるかのような転倒した思考方法から脱却すべきである。日比野勤が正当に指摘するように、外国人在留制度（出入国管理制度）⁽⁷⁾は差し当たり法律によ

(6) 近藤敦「外国人の『人権』保障」自由人権協会編『憲法の現在』（信山社、2005年）325頁。「あたかも入管法が憲法の上位法であるかのようなマクリーン事件最高裁判決の転倒した思考方法から脱却すべきである。憲法の人権保障が『在留制度のわく内で与えられているにすぎない』のであれば、もはや日本国憲法の人権は在留制度に関する『法律の留保』を伴うことになり、明治憲法下の『外見的人権』の評価と同様、立憲主義を外見だけのものに貶めてしまう」。

(7) 日本に在留する外国人は、「出入国管理および難民認定法」に定める「在留資格」を備えなければならない（2条の2第1項）。入管法は、別表第一に23種類（外交、公用、教授、芸術、宗教、報道、投資・経営、法律・会計業務、医療、研究、教育、技術、人文知識・国際業務、企業内転勤、興行、技能、文化活動、短期

って定められるが、憲法で保障された人権の享有の諾否が法律に依存するとすれば、そこで保障された人権は憲法で保障された人権とは言えないからである。法律に基づいて在留を認められた外国人に保障される権利を憲法で保障された基本的人権とよぶことは背理ではないか。憲法は法律に優位しなければならぬ。⁽⁸⁾ 妥当な思考方法であろう。

それでは外国人に対して憲法上の権利として「入国の自由」を認めることができるであろうか。外国人の人権論は、浦部法穂の提出した議論をひとつの契機として、1990年以降の日本における憲法解釈論のなかで、例外的に大きな変化の見られた論点であり、また、まさしく「基本的人権の普遍的理念としての質を問う」(大沼保昭) 論点であったといえる。しかし、浦部法穂も、入国の権利について憲法教科書で十分に説明してきたわけではない。浦部法穂と山元一の「外国人の人権」に関する対論について詳しく紹介し、浦部法穂の入国の自由の見解をみておこう。⁽⁹⁾

●外国人の入国の権利

〈山元〉外国人の入国の権利⁽¹⁰⁾というのは、国際慣習法上、主権国家の裁量であって、外国人は入国の権利を有しない。教科書にはこう書かれていますし、判例もそういう立場です。

実は、最高裁の少数意見のなかでは、外国人も人権として入国の権利がある⁽¹¹⁾ということが認められています。1957年最高裁判決の小林および入江意見

滞在、留学、就学、研修、家族滞在、および特定活動)、別表第二に4種類(永住者、日本人の配偶者等、永住者の配偶者等、および定住者)、以上、27種類の在留資格を定めている。

- (8) 日比野勤「外国人の人権(1)」法学教室1998年3月号40頁。その他、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—』『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年)116頁以下参照。
- (9) 浦部法穂=山元一「外国人の人権」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』(日本評論社、2004年)145頁以下。
- (10) 「国際慣習法—条約のように一定の手続によって定められた成文規範ではなく、多くの国家が現実に行ってきた行為を基礎として成立した不文の国際法であるが、条約と同様に主権国家を拘束する法的効力を有する」浦部=山元・前掲書149頁。

によると、「多数意見のように、旧来の『国際慣習法上』という前提により、たやすく外国人の入国を憲法の保障外に置くことは、新しき理想を持ったわが憲法の基本的原理をまったく無視するもの」、と指摘されています。浦部さんはこの点については、私の見落としでなければ教科書では議論されていなかったように思います。

〈浦部〉 この場合にまずポイントとしては、外国人という場合にどういふ外国人なのかということがあります。日本の外にいる外国人が自由に日本に入国できるという権利を、憲法が認めているかどうかということになると、これはむずかしいと思います。少なくとも日本の国として、どういふ外国人をどういふ資格で受け入れるか。これは国の政策になります。たとえば国際条約、あるいは国際法上、受け入れが義務づけられるような外国人については、当然受け入れなければいけない。たとえば政治亡命ですね。それは当然受け入れなければなりませんから、そういう人たちについては権利があるといえはあるということになります。しかし、そうでない外国人について無条件に受け入れる義務があるという解釈は、私はとりません。

〈山元〉 なぜ、誰でも welcome ですよとは言えないのかということ、それは、いわば国民共同体を守るための入口のところにあるのが入国の権利である。だから、もしこれを憲法上の権利として認めると共同体そのものが破壊されてしまう、と考えられていると思います。浦部さんの場合は、そういう発想は取らないけれども、入国の権利は憲法上の権利として認めるのはむずかしいといわれる。このような考え方は、果たして整合的なのか。もう少し説明していただきたいと思います。

〈浦部〉 最初にもいったように、主権国家という枠組み、あるいは国家というものを全部解体すべきだといっているわけではありません。ただし、国民共同体を守るという発想は、私のなかでは好みません。要するに、この国をどういふ国にしていくのか、そういう問題は、そこに住んでいる人たちが基本的に決めていく、ということです。

〈山元〉 たとえばある県が、ある人について、この人を県民として受け入れるとか、この人は県民としては受け入れられないとは、言いませんよね。国の場合はなぜそれができるのか。つまり目的や資格において、この人は入ってほしくないとか、この人は入ってきていいと言えるのか。都道府県と国

(11) 最高裁大法廷1957（昭和32）年6月19日判決。

を分けるものというのは何になるのでしょうか。……

〈浦部〉ですから、その決めた資格なり、あるいは国として決めた政策なりに合致する人は、権利があるといえはる。そういう人たちの入国は認めるべきだと思います。県の場合と国の場合とどう違うのかという、非常にむずかしい質問をぶつけられたのですが、要するに、国際社会というものがまだ完全にルール・オブ・ローにはなっていないということでしょうね。たとえば国際条約などで、こういう人たちは受け入れると決まったものは受け入れなければならないはずですが、現在の国際法では、まだそういうルールは、たとえば難民条約とか、一部分についてしかない。要するに、まだ法がきちんとできていないということではないですか。

●外国人在留制度と人権

〈山元〉外国人の在留制度についてお聞きしたいと思います。これについては、安念潤司教授が書かれた『『外国人の人権』再考』という論文があります。安念教授によると、要するに在留資格制度というのは、人権の配慮とはまったく無関係に、この人はダンサーとして来たとか、この人は宗教家として来たとか、そういった非常にセグメントされた範囲での活動の自由を認めているにすぎない。資格外の活動をすると、論理的にはそれは在留資格制度に反したということになって、法務大臣が過去に何をしたかということをお調べしたときに、あなたは在留資格外のことをやりましたね。では、もう在留できません。あるいは退去してください。こういうかたちになってくる。とすれば、人権というものと在留資格制度は全然かみ合わない。安念教授自身は、ではこれをどう説明したらいいのかということについては、自分としては答えがないというかたちでこの論文は終わっていて、それを受けるかたちで、佐藤幸治教授は、これは非常に難問であるというようなことで、安念教授のこのような理解に非常に共感を示していらっしゃいます。佐藤先生は、むしろ基本的にはいまの国家主権や国民国家の問題に関しては非常に伝統的な立場に立たれながら、そういうことを言っておられます。

通説の側は、在留資格制度を何とか憲法に反しないような運用は可能であろう。芦部先生もそうおっしゃっていますし、日比野教授などもそういう観点から、安念教授に反論しておられます。

さらに、もう一人、外国人の人権・参政権保障をかなり広く認める立場

をとってきた奥平康弘の入国の自由に関する見解を憲法テキストの中でどのように説明しているのか、見ておく。⁽¹²⁾奥平は、外国人にとっての出入国管理体系について、国民にとっては、入国の権利（帰国の権利）があるのは、別に憲法明文の保障規定が存在するわけではないのに、概念必然的で空気みたいにあるのが当たり前と考えられてきている。そういうものとして、この種の権利は、暗黙のうち「憲法が保障する権利」と理解して一向にさしつかえあるまい。ところが外国人は、日本国民でないという理由にもとづき、逆な意味で概念必然的に、この種の権利を有しない、と伝統的に解されてきている。確かに入国の権利について言えば、外国人には憲法上この権利があるとは言えない。したがって入国許可のありようをきめるのは、日本政府の裁量に属すると言うべきだろう。相手側に入国の自由がないということは、入国にさいし滞在期間・滞在条件について日本政府が裁量的な決定権限を有するということを意味する。

このように伝統的な国民国家、国家主権の理解の立場に立っている安念潤司、佐藤幸治だけでなく、外国人の人権・参政権を大幅に認める見解をとってきた浦部法穂、奥平康弘にあっても、こと外国人の入国の自由については、「国の政策の問題」あるいは「日本政府の裁量の問題」として捉えられているのである。それでは、入国の権利に関するこうした理解は何に由来するのであろうか。少しでも窓を開けて、外国人の入国の自由といひ出したら、どんどん外国人が入ってくるという極端な事態を思い描き、

(12) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）65頁。

* 国際人権規約の、市民的及び政治的権利に関する国際規約（いわゆる自由権規約）2条1項は、「この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する」と規定する。

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（いわゆる社会権規約）2条2項も同趣旨の規定を置き、外国人を含めてすべての個人に人権を保障すべきことを規定している。

政府がイニシアティブをとってやることではじめて秩序・安全・福祉・平和を保つことができるのだというのであろうか。入国の自由が国家に混乱を引き起こすかのように理解することは、短絡的であろう。そこで、本稿では出入国の自由について、先ず判例の考え方を整理し、次にこれに関する従来の学説を紹介して、これを踏まえて、出入国の自由の本質論に迫ってみたい。

2 出入国の自由に関する判例

出入国の自由の法的性格について、日本の判例はどのように理解してきたのであろうか、整理しておこう。⁽¹³⁾

(1) 入国の自由

1951(昭和26)年に不法入国を企て外国人登録令違反に問われた中国人が、入国の自由を制限しており違憲であるとして争った事件がある。当時、連合国最高司令官の承認を受けた外国人以外の外国人は入国を禁じられていた。最高裁は、これに関する1957(昭和32)年判決で、憲法22条について、同条は「居住・移転及び外国移住の自由のみに関するものであつて、それ以外に及ばず、しかもその居住・移転とは、外国移住と区別して規定されているところから見れば、日本国内におけるものを指す趣旨であることも明らかである」と述べ、「これらの憲法上の自由を享ける者は法文上日本国民に局限されていないのであるから、外国人であつても日本国内に在つてその主権に服している者に限り及ぶものであることも、また論をまたない」としたうえで、「されば、憲法22条は外国人の日本国内に入国す

(13) 出入国の自由の判例を詳しく分析するものとして、日比野勤「外国人の人権(1)」法学教室1998年3月号43頁以下、「外国人の人権(2)」1998年10月号35頁以下、「外国人の人権(3)」1998年11月号65頁以下参照。

(14) 最大判昭和32年6月19日刑集11巻6号1663頁。

ることについてはなから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、外国人の入国の許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、国家は外国人の入国を許可する義務を負わないものである（下線、引用者。以下、下線は引用者による。）ことと、その考えを同じくするものと解し得られる」と判示し、外国人の入国の自由を否定した。

本判決では、四裁判官（真野毅、小林俊三、入江俊郎、垂水克己）の少数意見があり、入国の自由は憲法22条に含まれており、外国人もこの自由を享有すると述べている。戦後の早い段階で最高裁少数意見は入国の自由を主張していたのである。今日まで、この見解についてあまり言及されていないので、その見解をここでは詳しく見ておく。

① 真野毅裁判官の少数意見は次のとおりである。

憲法22条1項は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転……の自由を有する」と定めている。この規定の保障を受ける者は、日本国民に限定されているわけではなく、「何人も」本条の保障を受けるのである。すなわち外国人もまた本条の保障をうける。

多数意見は、本条の保障は日本国内における居住、移転のみに限るとしているが、その居住、移転という中には入国も当然含まれている。（イ）旅行その他で海外に滞在していた日本国民が帰つて来て入国する場合及び（ロ）海外にあつて日本の国籍を取得した日本国民が初めて入国する場合において、入国の自由は、本条によつて憲法上保障されているとするのが相当である（（イ）（ロ）の表記は引用者、以下（ハ）も同様）。けだし、国内だけの居住、移転の自由については憲法上の保障があるが、入国の自由については憲法上保障がないとすることは、著しく物の均衡を害し条理に反することとなる。

このように日本国民の入国の自由について本条の保障があると解する以上、外国人の入国についても同様に本条の保障があるとしなければならぬ。かように憲法は、近代的な国際交通自由の原則の立場を採つたことを

示している(世界人権宣言13条参照)。しかし、同時に憲法は、公共の福祉を保つ見地から前記自由に適當の制限を立法上加えることを定めている。そして所論の外国人登録令の規定は、公共の福祉を保つために設けられたものであつて、合憲性を有するものと解すべきである。

② 小林俊三、入江俊郎裁判官の少数意見は次のとおりである。

憲法の基本原理といわれる国民主権、恒久平和、基本的人権尊重の三つの理想に通じて根底に横たわるものは、人類普遍の原理ということであり、国境を越え世界を通じて恒久平和を達成せんとする念願でもある。これらのことは憲法の前文によつて明らかであり、特に「いづれの国家も自国のことのみに専念して他国を無視してはならない」ことを宣言していることから確認することができる。この趣旨から考えてみると、憲法は、外国人の権利義務についても、正常の国際関係に立つかぎり、国民としての地位と相容れないものを除くほか、できるかぎりこれをひとしくしようとする原則に立つていると見なければならぬ。従つて憲法の条規中「何人も」とある場合は、常にこの趣旨を念頭において解することを要する。

ところで多数意見は、本件について憲法22条の保障するところを解して、居住、移転及び外国移住の自由のみに関するものであつて、それ以外には及ばず、そして居住、移転とは日本国内におけるものを指すといひ、また同条は、外国人の日本国に入国することについてはなから規定していないのであつて、このことは、国際慣習法上外国人の入国の許否は、その国家の自由裁量の事項であつて、国家は外国人の入国を許可する義務を負わないという考え方と趣旨を同じくすると判示している。しかしながら、まず居住、移転の保障を日本国内にのみ限るとする解釈は、右同条がこれら二つを外国移住と区別して規定していることを主たる理由としているが、(イ) 国民で海外に旅行し又は居住していた者が帰国することは、入国であつて、この自由が右同条の保障に含まれないと解することは、国民が一たん海外に出るときは帰国については憲法の保障を欠くこととなり著しき背理たるを免れない。(ロ) このことは海外にあつて日本の国籍を取

得した者が、わが国に入国する場合においても同様である。このような結論は多数意見もおそらく是認しないところであろう。

本来入国ということは、条理の上からいつても、外国移住についてはもちろん、外国との関連において考えるかぎり、居住、移転についても、通常その觀念の半面に存するものであつて、これを除外すべき特段の理由はみとめられない。(ハ) 特に世界各国の交通が著しく頻繁容易となり、地球が狭少となつたといわれる現状において、「入国」という辞句のないことをもつて除外の理由とするのは、ことさらに条理を無視するのそしりを免れないであろう。このように前記法条が、当然「入国」を含むと解すべきものである以上、本件の問題はただ「何人も」の解釈によつて定まるものといわなければならない。そこで冒頭にくりかえし強調したわが憲法の基本原理は、ここにおいても当然前提として考慮せらるべきものであつて、その結論はおのずから明らかであろう。すなわち本条の「何人も」のうちには外国人を含むと解してもわが国民の地位と相容れないものではないこというまでもなく、従つて外国人も入国についてわが国民と同じ保障を受ける地位に立つという原則をまず是認しなければならないのである。

多数意見のように旧来の「国際慣習法上」という前提によりたやすく外国人の入国を憲法の保障外に置くことは、新しき理想を盛つたわが憲法の基本原理を全く無視するものといわなければなるまい。……われわれの意見としては、多数意見が、無条件に外国人の入国は、本来わが国の自由に制限し得る事項であるという原則に立つ点において見解を異にするのであつて、現行憲法の解釈としては、いわゆる「国際慣習法上」なる前提に無批判に立脚することを、一たん脱却すべきものであると要請したのである。

③ 垂水克己裁判官の少数意見は次のとおりである。

憲法22条は、出入国、居住、移転及び職業選択の自由については、日本国民に対しては公共の福祉に反しない限り広くこれを認め、また、外国人に対しても事柄の性質上当然日本国民と異なる厳格な制約をつけべきこ

とを前提としつつ、しかも、公共の福祉に反しない限り僅かでもその自由を認める主義をとつたものと解せられる。この理由から、同条は (イ) 在外日本国民には広い入国の自由を、また、(ロ) 国内日本国民並びに在留外国人には広い外国旅行、移住等出国の自由 (及びわが国内に住所を有する外国人の外国旅行からの帰還の自由) を認めるものであつて、無制限にこれを拒否することはなく、また一般外国人の入国も全般的に永く禁止し鎖国するようなことはせず、ただ公共の福祉上暫定的にのみ禁止することができるとするもの、すなわち、外国人にも入国の自由を、どちらかといえば、認めるに傾いた主義をとつたもの、と考えられる。

各少数意見、とりわけ小林＝入江意見は入国の自由について含蓄のある説示をしている。こうした考え方が学説でほとんど注目されることなく、その後において、十分に吟味検討して展開されることにならなかったのは残念なことである (もっとも、尾吹善人は小林＝入江意見を「国家の本質を忘れ、国境を消去した、日本国憲法の理念の『コスモポリタンのイデオロギー的解釈』でなくて何であろう」と批判している。しかし、尾吹善人の国家の捉え方に筆者は違和感を覚える⁽¹⁵⁾)。学説では、後で詳しく見るが、最高裁多数意見と同じように、外国人に入国の自由が保障されないことの根拠は国際慣習法に求めるのが通説である。国家が自国の安全と福祉に危害を及ぼすおそれのある外国人につき入国を拒否するのは、当該国家の主権的権利であり、入国の諾否は当該国家の裁量によるとというのが国際慣習法であるとされるのである。小林・入江意見が指摘しているように、「国際慣習法上」の意味について十分に検討することなく無批判に立脚しているのである。

(15) 尾吹善人「外国人と人権」清宮四郎＝佐藤功＝阿部照哉＝杉原泰雄編『新版憲法演習1 (総論・人権I)』(有斐閣、1979年) 118頁、及び、高橋正俊「日本国民の観念」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998年) 541頁。

その後の判例としてバーバラ・バイ事件がある。上陸許可を与えられなかったアメリカ合衆国国籍の外国人バーバラ・バイが処分の取消を求めて係争中、上陸審査手続のための待機場所とされたホテルから外出することが認められないのは憲法34条に違反するとして争われた事件である。最高裁は1971（昭和46）年1月25日決定⁽¹⁶⁾の中で、「国際慣習法上、外国人の入国の許否は当該国家の自由裁量によって決定しうるものとされており、憲法は外国人の本邦への入国についてなんら規定していないのであって、右国際慣習法に従うことが憲法の理念に反するものではなく、したがって、出入国管理令が外国人の入国の公正な管理・規制を目的として、入国および上陸のための条件ならびにその審査手続を定め、右条件に適合しているものとして上陸許可の証印を受けないかぎり、原則として外国人の上陸を禁止していることの結果として、外国人が自由に本邦に上陸することをえない状態におかれているからといって、憲法の保障する自由を制限するものということができないことは、当裁判所大法廷の判例（最高裁大法廷昭和32年6月19日判決）の趣旨に徴して明らかである」という。

さらに、最高裁1978（昭和53）年10月4日のマクリーン事件判決につながっていく⁽¹⁷⁾。事案は、適法に在留するアメリカ合衆国国籍を有するマクリーンが、法務大臣に対し在留期間の更新を申請したところ、在留中の政治活動等を理由にこれを拒否されたので、その取消を求めた。最高裁は「憲法22条1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にとどまり、外国人がわが国に入国することについてなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、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、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される。したがって、憲法上、外国人は、わ

(16) 最決昭和46年1月25日判例時報617号25頁—バーバラ・バイ事件—。

(17) 最大判53年10月4日民集32巻7号1223頁—マクリーン事件—。

が国に入国する自由を保障されているものではない」と述べた。

(2) 出国の自由

出国の自由について、最高裁多数意見は、1957(昭和32)年12月25日⁽¹⁸⁾判決で、「憲法22条2項は『何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない』と規定しており、ここにいう外国移住の自由は、その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない」と述べて、外国人の出国について、出入国管理令25条が、入国審査官から旅券に出国の証印を受けることを要件としているのは、「出国それ自体を法律上制限するものではなく、単に、出国の手續に関する措置を定めたものであり、事実上かかる手続的措置のために外国移住の自由が制限される結果を招来するような場合があるにしても、……すべての人の出入国の公正な管理を行うという目的を達成する公共の福祉のため設けられたものであつて、合憲性を有するものと解すべきである」と判示した。

この判決には、① 河村大助、下飯坂潤夫裁判官の次のような意見が付いている。

憲法22条2項は外国人には適用がないものと解する。憲法第3章の権利宣言は、その表題の示すとおり国民の権利自由を保障するのが原則であつて、外国人に対しても凡ての権利自由を日本国民と同様に保障しようとするものではない。国民はすべて法の下に平等であることが保障されているが、その権利自由の性質いかんによつては法律で外国人を合理的な範囲で差別することも許されなければならない。

ところで憲法22条2項は外国移住及び国籍離脱の自由を保障しているのであるが、同条の「何人も」とは日本国民を意味し外国人を含まないものと解すべきである。かつては国民の兵役義務や国防関係等から国籍離脱の自由は相当の制限を受け、外国移住についても特別の保障はなかったので

(18) 最大判昭和32年12月25日刑集11卷14号3377頁。

あるが、近世に至つてかかる自由を制限する必要もなくなつたのと国際的交通の発達に伴い、国民の海外移住とそれに伴う外国への帰化が盛んに行われるようになって来た状態に鑑み、また日本人を在来の鎖国的傾向から解放せんとする意図の下に、憲法は海外移住と国籍離脱の自由を保障することになつたものと解すべきである。即ち、同条は国籍自由の原則を認め国民は自国を自由に離れることを妨げられないことを保障されたものであるから、同条の外国移住は国籍離脱の自由と共に日本国民に対する自由の保障であることは、同条の成立に至るまでの沿革に徴しても明らかである。従つて同条2項は外国人に適用がないものと解するを正当とする。なお同条1項の居住移転の自由には外国人の入国を含まないことは既に判例の存するところである（昭和32年6月19日大法廷判決）。然るに外国人の出国については同条2項に包含されると解するが如き、両者を別異に取扱うべき実質上の理由も存在しないものというべきである。

外国人の出入国について、その自由が憲法上保障されないことになると国家はこれを自由に禁止制限することができ、憲法の理想とする平和主義国際主義に反するのではないかとの論を生ずるかも知れない。しかし、後に公布された平和条約前文にも「世界人権宣言の目的を実現するため努力」する旨が宣言され、その人権宣言では13条及び15条において国籍自由の原則や出国の自由が認められているのであるから、国家は出入国管理に関する法令を制定するに当たつても、右条約及び人権宣言を尊重して合理的にして公正な管理規制が行われるべきであることは憲法98条2項に照し明らかである。従つて憲法上の保障がないからと謂つて、外国人に対し国政上不当な取扱いをすることは考えなれない。

ちなみに世界人権宣言の関連規定は以下のようになっている。⁽¹⁹⁾

(19) 後藤光男『共生社会の参政権—地球市民として生きる—』（成文堂、1999年）11頁。

世界人権宣言13条

- 1 すべての人は、各国の境界内において、自由に移転し、居住する権利を有する。
- 2 すべての人は、自国を含むいずれの国からも立ち去る権利および自国に帰る権利を有する。

世界人権宣言15条

- 1 すべての人は、国籍を保持する権利を有する。
- 2 何人も、恣意的に自分の国籍を奪われない。また、国籍を変更する権利を否定されることはない。

この規定の問題性についてはあとで論ずる。

本件判決は、「外国移住の自由は、その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない」と述べて、外国人の出国の自由を認め、その根拠を憲法22条2項に求めている。最高裁の論理は、出国の自由はあるが入国の自由はないとするものである。

本判決のこの論旨⁽²⁰⁾に対して、佐藤幸治は、河村(大)・下飯坂両裁判官の意見を正当とする。「外国に移住」する自由はその半面として、当然帰国(=入国)の自由を含むと解すべきであるから、外国に移住する自由が外国人にも適用あるとなると外国人の入国の自由も当然問題にならなければならない。しかし最高裁は、6ヶ月前に外国人の入国の自由を否定したばかりであるのに(昭和32年6月19日判決)、32年12月25日判決ではいとも気軽に出国の自由は22条2項によって保障されるとした。この点、22条において外国人の入国と出国を区別すべき「実質上の理由」が存しないとする河村(大)・下飯坂両裁判官の意見の方が正当であったといわなければならない。多数意見は、外国人の入国は国家の自由裁量、出国は自由という国際慣習法的次元の問題をストレートに憲法3章の次元へ移してしまっ

(20) 佐藤幸治「人権享有の主体—外国人・法人の人権—」別冊ジュリスト『統判例展望』39号(1973年1月)9頁。

た結果であるといえるという。

同じように、日比野勤も、最高裁のこの判決について、98条説の立場から次のような批判をしている⁽²¹⁾。憲法が外国移住の自由を「何人」にも保障していることを根拠に、外国人の出国の自由を認めているが、最高裁昭和32年6月19日判決と同様に、国民の出国と外国人の出国が同一平面の問題であるということから出発していることに問題がある。滞在国は外国人の出国の自由を合理的理由なしに拒否できないというのが国際慣習法であり、外国人の出国の自由を保障することは、わが国の国際法上の義務である。それゆえ、その保障は日本国民の出国の自由よりも強いと解される。外国人に出国の自由が保障されるかという問題は、入国の自由と同様、憲法で保障されたある権利が権利の性質上外国人にも保障されるかという問題とはレベルを異にしている。外国人の出国の自由の問題も外国人の人権享有能力の問題とは区別して考えなければならない。河村（大）・下飯坂両裁判官の反対意見が、外国人の出入国につき、これは憲法98条2項の問題であると述べているのは正当であり、憲法第三章と無関係であると示唆しているのは興味深い。

また、日比野勤は、最高裁1957（昭和32）年の二つの判決と1978（昭和53）年のマクリーン判決では思考枠組みが違うという。昭和32年の二つの判決は、一方で外国人の入国の自由を否定し、他方で外国人の出国の自由を肯定した。この結論は一見調和しないように見えるが、両判決は、外国人の出入国と国民の出入国が同一の平面であるということから出発し、それが憲法で保障された人権の問題であるという観点からアプローチしている点で共通している。こうしたアプローチは、マクリーン事件判決において廃棄されている。マクリーン事件最高裁判決は、昭和32年12月25日判決の河村（大）・下飯坂両裁判官の反対意見と同様に、外国人の出入国は日本国民の出入国とは次元の違う問題であり、憲法第三章とは無関係である

(21) 日比野勤・前掲注(13)「外国人の人権(1)」43頁以下。

とするもので、従来の最高裁判例とはまったく異なった考え方の枠組みを採用している。従来の判例の考え方は、外国人の出入国管理システムを限定的ではあれ原則として憲法第 3 章の射程に取り込むことを可能にするものであったが、マクリーン判決の考え方は出入国管理システムを憲法 98 条 2 項を媒介にして実体的には国際法の射程に委ねたという。

同様の評価をしているのが、長尾一紘⁽²²⁾である。最高裁は、昭和 53 年のマクリーン事件判決において、それまでの考え方を大きく変え、外国人の入国・在留の可否については、国際慣習法上の権能であることを前提に、国の裁量権を認めた。このような立場からすれば、外国人の出国の問題も国際慣習法の問題とみなされることになる。昭和 32 年 12 月 25 日判決とマクリーン事件判決の間には、考え方の基本において構造的な相違があるという。また、次のように指摘する。出入国にかかわる諸権利には他の権利にはみることのできない顕著な特質がある。それは、これらの権利が国家主権、国際法（国際慣習法、条約など）と直接的な関係をもつという点にある。このような特質が外国人の権利保障のあり方に少なからざる影響を与えることになる。

それでは、こうした出入国の自由の法的性格について、学説はいかに理解してきたのであろうか。

3 出入国の自由に関する学説

出入国の自由の法的性格に関する学説の理解は次のようなものである。

宮沢俊義は言う。「外国人の入国の自由が憲法で保障されないと解すべきことは、今日の国際慣習法上当然だろう」。また、伊藤正己も「国際慣習法上は外国人の入国を許すかどうかは主権国家の裁量権の範囲内と考えられているところから、入国の自由もまた認められない。」「日本の出入国

(22) 長尾一紘「外国人の出国の自由」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編別冊ジュリスト『憲法判例百選 I [第 5 版]』（有斐閣、2007 年）5 頁。

については、外国人も移転の自由を享有することから問題になる。出国の自由が保障されない理由はないが、入国の自由については、現在の国際慣習法上、外国人の入国の許否は国の裁量により決定されるものと考えられており、憲法上の保障の対象外である（最大判昭53・10・4）」⁽²³⁾という。

こうした考えを中村睦男は次のようにまとめる。外国人の入国について、国際法上一般に認められた原則によると、条約による特別の規定がない場合に、外国人の入国を許可するか否かはその国の自由裁量に属する事柄であり、各国はその領土主権に基づいて、自由に外国人の入国を禁止し、または制限することができることになっており、このような原則に基づいて、各国は、その国内法規で外国人の入国を認める条件を定めている。入国の自由について、通説は、憲法22条は外国人の入国の自由を保障しておらず、外国人の入国の規制は、国際慣習法上、主権の属性として国家の裁量に委ねられていると解している。最高裁マクリーン事件判決は、「憲法22条1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とどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、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、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される」と判示して、入国の自由が外国人に保障されないことが、昭和32年6月19日判決（刑集11巻6号1663頁）以来、最高裁の確定した判例になっていることを明らかにしている、と⁽²⁴⁾いう。

(23) 宮沢俊義『憲法II [新版]』（有斐閣、1971年）390頁。伊藤正己『憲法 [新版]』（弘文堂、1990年）198頁、357頁。

(24) 中村睦男「居住移転の自由」芦部信喜編『憲法III人権（2）』（有斐閣大学双書、1981年）31頁、中村睦男「第5章人権総論」野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利共著『憲法I（第4版）』（有斐閣、2006年）220頁。

以上のように、代表的憲法教科書においても、入国の自由については簡単な説明になっており、また、単に、「国際慣習法上」と「マククリーン事件最高裁判決」を引用するのみである。そこには深い理論的言及がない。

長尾一紘は、出入国の自由について、次のように整理して理解する。⁽²⁵⁾ 権利性質説を前提として個々の基本権について、(A) 外国人に保障することが憲法上要請されているもの（保障しなければ違憲になる）、(B) 外国人に保障することが憲法上禁止されているもの（保障すれば違憲になる）、(C) 外国人に保障することが憲法上許容されているもの（保障しても、保障しなくても合憲。いずれの立場をとるかは立法裁量の問題になる）、に三分する必要がある。(A) の例としては、信教の自由、(B) の例としては、国政選挙権、(C) の例としては、社会権を挙げることができる。外国人の出入国についていえば、入国の自由、在留権は (C) にあたり、出国の自由は (A) にあたる。入国の自由は国家の裁量の問題、出国の自由は憲法上の権利とするものであり、最高裁と同じ結論をとる。

それでは次に、『憲法学II人権総論』（有斐閣、1994年）、『憲法学II人権総論（1）（増補版）』（有斐閣、2000年）で人権に詳しい検討を加えてきた芦部信喜は、この問題をどのように理解しているのであろうか、その見解をみておこう。⁽²⁶⁾

（1）入国の自由が外国人に保障されないことは、今日の国際慣習法上当然であると解するのが通説・判例（最大判昭和32・6・19）である。国際法上、国家が自己の安全と福祉に危害を及ぼすおそれのある外国人の入国を拒否することは、当該国家の主権的権利に属し、入国の拒否は当該国家の自由裁量によるとされている。ただし、それは、決して、国家が恣意的に許否を決定できることを意味しない。不法入国者であっても、人身の自由（たとえば憲法31条の適正手続）は保障されなければならない。入国の

(25) 長尾一紘「外国人の出国の自由」別冊ジュリスト『憲法判例百選I [第5版]』（有斐閣、2007年）5頁。

(26) 芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法4版』（岩波書店、2007年）92頁。

自由がない以上、在留の権利も憲法上保障されているとは言えない（最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁）。もっとも、正規の手続で入国を許可された者は、とくに定住外国人は、その在留資格をみだりに奪われないことを保障されていると解される。……学説では、外国人の出国の自由が認められる根拠も国際慣習法にあるとし、再入国については、外国人の場合、在留地である「外国」への入国という性質をもつので、新規の入国と異なる特別の配慮を加える必要はあるが、最小限度の規制は許され、「著しくかつ直接にわが国の利益を害することのない限り、再入国が許可されるべきである」と説く見解が有力である。⁽²⁷⁾（2）出国の自由は、外国人にも憲法上保障されている、と一般に理解されている。何人に対しても「自国を含まいずれの国からも離れる（leave）」自由および「自国に戻る（enter）権利」を保障する国際人権規約（自由権規約12条2項・4項）の精神から言えば、国際（協調）主義を高く掲げる日本国憲法の下では、外国人の出国の自由の保障は一般国民のそれよりも強いと解することすら可能である。もっとも、外国人の出国の自由の憲法上の根拠については、大別して二つの考え方が対立している。①第一は憲法22条説である。この説は、根拠を2項の「外国に移住」する自由に求める見解（通説）と、1項の「居住・移転の自由」に求める見解（宮沢説）とに分かれるが、両者は条文上の根拠の違いにすぎず、結論には実質的な相違は存しない。判例は前説をとる（最大判昭和32・12・25）。②第二は憲法98条説である。この説は、①説が外国人の出国の自由を憲法上の権利だとしながら、入国の自由を国家の自由裁量だと解するのは論理的に一貫しないと、出国の自由も国際慣習法上の問題とみるべきであるという説である（佐藤幸治、尾吹⁽²⁸⁾善人など）。国際人権規約（自由権規約）はそれを実定化したものであるか

(27) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）139頁。

(28) 尾吹善人「外国人の出国の自由については、……憲法上の人権ではないとした河村（大）、下飯坂裁判官の意見が正当と思われる」という。「外国人の基本的人権」ジュリスト1971年7月1日号24頁。

ら、②説では、外国人の出国の自由の憲法上の根拠は、「条約及び確立された国際法規」を「誠実に遵守する」ことを宣言する98条2項にある、ということになろう。以上二説の結論は、具体的な事件において異なることはほとんどないが、解釈の筋道としては②説が妥当であるといえる。

このように芦部信喜は入国の自由も出国の自由も根拠を憲法98条に求め国際慣習法上の問題とみるのである。

高見勝利も学説を整理して以下のようにいう。⁽²⁹⁾ 日本から出国する自由については、一般には、一入国の場合とは異なり一外国人にも憲法上保障されているものと解される。出国の自由の憲法上の根拠について、(ア)憲法22条2項の外国移住の自由に含める説(成田頼明)、(イ)外国人の出国の自由は憲法22条1項で保障されていると解する説(宮沢俊義)、(ウ)外国人の出国の自由は憲法第3章の関知するところではなく、憲法98条2項の「条約及び確立された国際法規」として誠実に遵守されるべきものとする説(尾吹善人)がある。考え方としては、①(ア)および(イ)説は、ともに、出国の自由を憲法上の権利とし、入国の自由を国際慣習法上認められた国家の裁量とする点で、出国と入国の間で論理的一貫性を欠き問題であること、②憲法は、「すべての者は、いずれの国(自国を含む)からも自由に離れる」権利を保障する国際人権規約(自由権規約12条)を98条2項の「日本国が締結した条約」として「誠実に遵守」するとの立場に立つことから、(ウ)説が妥当である(芦部信喜)。

ちなみに、国際人権規約B規約の規定は次のようなものである。

市民的及び政治的権利に関する国際規約 第12条

- 1 合法的にいずれかの国の領域内にいるすべての者は、当該領域内において、移動の自由及び居住の自由についての権利を有する。
- 2 すべての者は、いずれの国(自国を含む)からも自由に離れること

(29) 高見勝利・野中ほか『憲法 I (第4版)』(有斐閣、2006年) 447頁。

ができる。

3 1及び2の権利は、いかなる制限も受けない。ただし、その制限が、法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この規約において認められる他の権利と両立するものである場合は、この限りでない。

4 何人も、自国に戻る権利を恣意的に奪われない。

同じ思考方法は前述した佐藤幸治のとるところでもある。⁽³⁰⁾

外国人の人権とは、わが国に既に入国している外国人についての問題であって、異説はあるけれども、憲法上外国人の入国の自由は問題となりえず、「国際慣習法上、外国人の入国の諾否は当該国家の自由裁量により決定し得るもの」（最大判昭和32年6月19日刑集11巻6号1663頁）と解される。したがって、また、滞在も入国の継続とみられるから、「外国人の在留の諾否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではない」（マククリーン事件に関する最大判昭和53年10

(30) 佐藤幸治『憲法 [第3版]』（青林書院、1995年）418頁。外国人の人権を幅広く認める立場をとっている横田耕一は、「国際慣習法上、外国人が他国へ入国する権利は認められておらず、国際人権規約にも特定の規定はない。わが国憲法にも外国人の入国については明示の規定は存在しない。憲法22条1項を根拠に外国人の入国の自由が認められているとする説はあるが（最判昭32・6・19の判決における小林・入江・真野判事の説）、多数説はそれについて規定されていないとしており（例えば、佐藤（幸））、判例もこの立場をとる（前掲昭32年判決、マククリーン判決）。この場合、外国人の入国の諾否は当該国家の自由裁量により決定することになるが、仮に入国の自由規定説にたっても、それは公共の福祉による制限を認めるのであるから、結果的に両説の間には実質的な差異はほとんどないことになろう」という（「人権の享有主体」芦部信喜＝池田政章＝杉原泰雄編『演習憲法』（青林書院、1984年）144頁、145頁）。両説に実質的差異がほとんどないとするなら、入国の自由は移動の自由であるから権利性を認める方向性も考えられるが、外国人の人権肯定説もなぜか、入国の権利性ということになると躊躇を覚えるようである。

月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁) と解される (裁量であるといっても、恣意的なものであってはならないことはもちろんである。したがって、例えば、正当な理由がないのに、人によって著しく差別的な取扱い方をすることは許されない。マククリーン事件においては、「転職」の扱い方にそうした差別がなかったかどうか問題とされる余地がある)。出国の自由も、国際慣行ないし国際慣習法上の問題であって (なお、世界人権宣言 13 条 2 項、国際人権規約 (B 規約) 12 条 2 項参照)、憲法上の自由の問題ではないと解される。この点、出国の自由は、憲法 22 条の「外国に移住」する自由 (2 項) ないし「居住、移転……の自由」 (1 項) によって保障されるとする有力な説があるが (最大判昭和 32 年 12 月 25 日は「移住の自由は、その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない」という)、いずれの自由にせよ、帰りたいときに帰る自由を当然内包していると解すべきであって、外国人の出国の自由が憲法上の権利だというなら、外国人の入国の自由も憲法上の権利だといわなければ、論理的に一貫しないことになる。実際これに関連して再入国の自由が問題となり、そして再入国は憲法上保障された人権であるとする説もあるが、入国が憲法的次元の問題と解すべきでない以上、再入国も憲法的次元の問題と解するのは妥当ではないと思われる。

佐藤幸治は、このように外国人の出国の自由が憲法上の権利であるというなら、外国人の入国の自由も憲法上の権利だといわなければ論理的に一貫しないとして、出国の自由と入国の自由の対称性を説いている。しかし、なぜかこの考え方の当否は問題にしないで、入国の自由が憲法的次元の問題でないとして解すべきである以上、出国の自由も憲法的次元の問題ではないとして、その権利性を希薄化する形での対称性を説くのである。

学説はこのように、①外国人の出国の自由は人権、入国の自由は国際慣習法上の問題と解する説、②出国の自由も入国の自由も国際慣習法上の問題と解する説、が一般的である。③出国の自由も人権、入国の自由も人権であると解する説はきわめて少ないのが現状である。このように学説は、入国の自由について必ずしも深い理論的解明を行ってきたというものでは

ない。小林＝入江少数意見が適切に指摘したように、「国際慣習法上」という前提に無批判に立脚して、思考停止に陥ってきたといっても過言ではない。

4 出入国の自由の本質論

「国民国家 (nation state)」の揺らぎの一つの象徴的な現れが、定住外国人参政権訴訟であると小泉良幸は判断する⁽³¹⁾。学説においては、更に思考を進めて、この最高裁判決が前提とする思考、すなわち、「憲法の国民主権原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者」とする思考を疑い、「憲法上の国民」概念を下位法である国籍法による決定から相対的に開放し、「定住外国人」または「永住者 (市民)」を「憲法上の国民」概念の中に含める試みも有力な潮流となりつつある。しかし、他方で、「にも拘らず盤石であるように見えるのが、マククリーン事件最判にいう『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』とする命題である。通説においても、『憲法22条は外国人の入国の自由を保障しておらず、外国人の入国の規制は、国際慣習法上、主権の属性として国家の裁量に委ねられている』とされる。けれども、この議論の道徳的正当性は、頗る疑わしい（下線、引用者）。『外国人は入国の自由を有しない』とする議論は、リベラリズムにとって正当化困難である。」「全ての個人の、道徳的人格としての自由・平等という原理にコミットするリベラリズムの『内的論理 (inner logic)』は、(入国) 移民を希望する『外国人』へのシティズンシップの付与を原則として要請する地点にまで、われわれを導く」という。

最高裁は1957年6月19日判決以来、入国の自由が外国人に保障されない

(31) 小泉良幸「入国の自由」『法学67巻5号』（東北大学法学会、2004年）152、167頁。定住外国人参政権訴訟については、後藤光男「外国人の地方参政権」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ [第5版]』（有斐閣、2007年）12頁参照。

という立場をとっている。こうして、外国人は、入国の自由も、在留の権利も、引き続き在留する権利も保障されないとした。学説においても、国家が、自己の安全と福祉に危害を及ぼすおそれがある外国人の入国を拒否することは、当該主権国家の主権的権利に属し、入国の諾否は当該国家の自由裁量によるとされている。しかし、それは国家の恣意的な諾否の権能を認める趣旨ではないと注意書きがつけられるのではあるが。

憲法22条の定める「居住・移転の自由」は、日本国内での移動の自由を指すものと解され、権利主体が「何人も」とされているにもかかわらず、外国人の移動の自由、入国の自由については、学説・判例とも一般に認めていない。入国の自由について、入国の自由が外国人に保障されないことは、「今日の国際慣習法上当然」であるとするのが、通説・判例であった。

それでは入国の自由は、どのような権利の性質をもつがゆえに、無保障の人権領域とされてきたのであろうか。日本の国家や国民の安全や福祉にかかわるものであるという、きわめて観念的で形式的な管理に基づく発想、また抽象的な「国際慣習法」をもちだすことによって、権利制限が正当化されているように思える。この問題について、必ずしも根元的な問いや疑問が寄せられてきたわけではない。⁽³²⁾

従来の伝統的な議論には次のような指摘が妥当する。⁽³³⁾外国人の大幅な権利制約の論理は、もっぱら、論者の、「(主権) 国家」ないし「国家主権」理解や、「国民主権」理解によるところが大きい。すなわち、①主権国家の対等を前提に成り立つ国際社会では、主権国家の国家主権の尊重が原則であること、②国家主権=統治権の対人高権は、国民に及ぶものであること、③他方、領土高権は領土内の外国人を支配するものであること、④そのような高権を独占し行使できるのは、国家目的として、国家および国民の安全と福祉の確保というものがあること、また、そのような主権国家に

(32) 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年)74頁。

(33) 根森健「『外国人の人権』論はいま」法学教室1995年12月号(183号)45頁。

あつては、⑤国民主権という国民とは、国籍保持者としての国民であること、以上から、外国人の人権・権利は大幅に制約されてもやむを得ないとするものである。

通説・判例のように、入国の自由に関する人権領域を「国際慣習法」「国家主権」を盾に憲法の保障のらち外とするのは適切ではない。もっとも、こうした考え方に対して、作間忠雄によって入国の自由の権利性が唱えられていた。「入国の自由については、学説上否定論が支配的である。この否定論の主な理由は、憲法22条は入国の自由について規定していないから、入国の諾否は慣習国際法に基づいて、国家の自由裁量に属するという点にある。しかし、今日の国際的な人権の尊重傾向と自由往来の原則からみるならば、原則的には外国人の出入国の自由を認めたのちに、国家の独立と安全を侵すかあるいは公序良俗に反する現実かつ明白なおそれがある外国人の入国を拒否すれば足りると考えることができよう」という。傾聴に値する見解であるといえる。⁽³⁴⁾

秋葉丈志が指摘するように、近代国民国家の憲法は、他者から区別された「国民」による国家を生成するための装置として出現し、国民の権利を

(34) 作間忠雄「外国人の基本的人権」小嶋和司編ジュリスト増刊『憲法の争点（新版）』（有斐閣、1985年）71頁、作間は最高裁昭和32・6・19判決を批判して、「外国人の入国の諾否は当該国家の自由裁量により決定し得る」と判示しているが、このような「切り捨て御免」的な出入国管理は許されないところで、入国の諾否についても「公共の福祉」への適合性を基準として判断されるべきであろうという。後藤光男「外国人の人権」高橋和之＝大石眞編ジュリスト増刊『憲法の争点〔第3版〕』（有斐閣、1999年）64頁、同「外国人の人権」大石眞＝石川健治編新・法律学の争点シリーズ3『憲法の争点』（有斐閣、2008年）75頁。同様の発想は、宮崎繁樹にもみられた。最高裁は「外国人の在留の諾否は当該国政府の全くの自由裁量にゆだねられている」という命題を「自国内に外国人を受け入れるか否かはその国の自由裁量である」という前提から導いている。かつては、領土主権に対する絶対的信仰からこのような考え方も存在していたが、現在ではむしろ、「国家は、国家の安全、公共の秩序維持、自国民の産業保護などの必要から外国人の入国を規制しうるのであり、全く理由のない入国拒否は権利の濫用と考えられつつある」（「在日外国人の政治的人権と退去強制」法学セミナー1978年12月号8頁）という。

定めることを主眼としてきた。一方で、他者の権利については黙することが多く、もっぱら国際法にその規定を委ねる傾向があった。しかし、情報、交通手段の発達や市場の国際的融合により、人の活動が活発化し、いずれの国家もその内部に恒常的に他者、すなわち「外国人」を抱える事態となっている。そうした中で、国民の権利保護を主眼とした憲法と、身分上は外国人であるものの国民生活に相当融合している住民の生活実態との軌轢が一層目立つようになっている。⁽³⁵⁾ 国際的な自由移動の権利（入国、定住、出国・渡航、再入国）については、人権として認知されるには至っていない。EU 諸国が域内での労働者の自由移動について、また国際社会が難民の移動や各国における取り扱いについて権利保障の強化を進めている。しかし、外国人一般について自由移動の権利を人権として認める考え方はまだ発展途上である。それは、境域のコントロールを核とした、これまでの国民国家と国家主権の体系を根本的に変更することになるとする考えによるのであろう。個人の立場から見れば、国際的な自由移動の権利こそ、あらゆる権利の根底にあるものである。⁽³⁶⁾

こうした出国の権利、入国の権利に関する根元的な問いは、政治学者の岡野八代によって発せられてきた。この問題を従来から考究している岡野⁽³⁷⁾の議論を詳しく見ておく。岡野は、現在の国境によって寸断された状態での諸権利の実現は、つねに国境内外に差異を作り出してしまいうために、権利の実現を妨げる人々を生み出している、という近代国民国家の根本的矛盾を批判的に論ずる、という問題意識をもっている。

現在の国境を越えたひとびとの動きを目のあたりにするとき、より深刻な問いとなる。国家間の貧富の差が広がり続ける流れに押し出されるよう

(35) 秋葉丈志「アメリカ合衆国における外国人の権利と司法審査」『社会学研究集 5 号』（早稲田大学大学院社会科学部研究科、2005年）223頁。

(36) 秋葉丈志「市民権概念の比較研究（1）1 アメリカ合衆国における市民権概念」『比較法学39巻1号』（早稲田大学比較法研究所、2005年）135頁。

(37) 岡野八代『シティズンシップの政治学 [増補版] 一国民・国家主義批判』（白澤社、2009年）18頁。

にして、あるひとびとは、自らの善き生活を求めて自国から離れ、別の国家に新たに参入しようとする。これに関して、近代人権宣言の結晶ともいえる世界人権宣言は、その第13条で人びとの移動の自由を国家の境界内に限定している。

世界人権宣13条

- 1 すべての人は各国の境界内において、自由に移転し、居住する権利を有する。
- 2 すべての人は、自国を含むいずれの国からも立ち去る権利および自国に帰る権利を有する。

ここで岡野の注目するのは、すべてのひとにあらゆる国家を出国する権利を認める第2項である。すべての個人は、出国の権利を人権として認められているが、入国の権利は、彼女／かれの自国への「帰国」に限定されている。こうした出国の権利と入国の権利との非対称性は、個人の移動の自由と国家主権との間になんとか折り合いをつけようとした結果であり、それとして評価されるべきものではある。しかし、ひとがある国家を離れたときには、公海上にでも居住を定めない限りすでに彼女／かれは他の国家に入国しているのだとわたしたちが思い至れば、あらゆる者に出国の権利を認めながら、自国以外に入国の権利を保証しないことは、ある意味で欺瞞である。彼女／かれらは自国を離れ、どこへ行くというのだろうか。

日本の判例・通説も、先に見たごとく、世界人権宣言と同じように入国の権利と出国の権利の非対称性を正当化してきた。あるいは、権利性を薄める形での対称性を説いてきた。また、こうした理解は日本に限られることではない。

移民の大量入国が受け入れ国にもたらす帰結と、自国民の大量出国が送り出し国家にもたらす帰結を統計上比較し、あるいは入国のさいの権利主張と出国のさいの権利主張の相違に訴えることで、多くのリベラリストた

(38) 岡野八代・前掲79頁。

ちは入国の権利と出国の権利の非対称性を正当化してきた。岡野はいう。私たちはあまりに、移民の大量入国は受け入れ国にコストをもたらすはずだ、という偏見に囚われてはいないか。これまでの歴史は、国家が移民を受け入れることで、多くの便益を受け入れてきたことを示しているのではないか。

岡野は、出国の権利と入国の権利の非対称性を正当化する理論の危険性を指摘する。移民に関するリベラリストによる議論のほとんどは、非対称性を正当化する論理が、人権の一部とされた個人の出国の権利さえ奪う論理であることを無視してきた。たとえば、その論理にしたがえば、もし送り出し国が自国民が出国することによって国益が著しく損なわれると判断すれば、国家は個人の出国の自由を規制してもよいのではないか。すなわち、「出国の権利は、基本的人権であるが、移民の権利などという権利は存在しない、と論理一貫して論じることはできない。非対称性を擁護するリベラルな立場は、倫理的観点からだけでなく、論理的にも破綻しているのだ。……もし、国家が入国する移民を規制する権利を持つことを示するのであれば、それは必然的に、国家は出国を規制する権利を持つこと⁽³⁹⁾になるのである」(Cole Phillip, *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration* 46)。

こうした問題意識を共有するのは法哲学者の森村進であり、移動の自由・移民の自由を次のように理解する。⁽⁴⁰⁾人身の自由や精神的自由や経済的自由といった基本的自由は、政府の有無にかかわらず認められるべき道徳的権利でもある自然的人権である。移動の自由はこれらのすべてに係わる人権である。人権は特定の国家への所属によって与えられる権利ではなし

(39) 出国の自由に関する1957(昭和32)年12月25日判決の中で、河村(大)・下飯坂意見が、「かつては国民の兵役義務や国防関係等から国籍離脱の自由は相当の制限を受け、外国移住についても特別の保障はなかったのである」と指摘している。

(40) 森村進『自由はどこまで可能か＝リバタリアニズム入門』(講談社、2001年)138頁。

に、すべての人間がもつ権利である。移動の自由は、「明らかに危険な人物を例外として、外国からの入国や移民も受け入れるべきである。その禁止は『移動の自由』という、人身の自由の重要な構成要素を外国人に対して制限するだけでなく、これらの人々と取り引きしたり交際したりしようとする自国人の経済的・社会的自由も制限することになる。また移民のおかげで、労働力はそれが余った地域から需要のある地域に自然に移動して、一層生産的に活用されることになる。移民は強制的に連行されたわけではない。移民は、行った先で今よりもましな生活ができると思わなかったら、そもそも母国を離れなかっただろう。かくして移民は国際的な賃金の均衡化と向上に資する。それに加えて移民は多彩な文化を作り出す。アメリカ合衆国が伝統的に移民を受け入れなかったら、今日の経済的・文化的な繁栄はありえなかったろう」。「……外国人労働者に門戸を開く方はあるかによい。ところが、モノやカネや情報でなく人が国境を越えることになると消極的な論者がいる。これは奇妙なことである。……そもそも移民の大部分は就労のチャンスにひかれて来るのであって、社会保障のお世話になろうと思ってやってくるわけではない。移民は受け入れ国の富を横取りするのではなく、富の生産に寄与するのである」。⁽⁴¹⁾「要するに、民主主義や人民（国民）主権以上に、基本的人権が重要なのである。人権は国家主権に優先する」。⁽⁴²⁾

5 結び

人間にとって、移動の自由はもっとも基本的な自由・人権である。人権の前国家性からいって、移動の自由は「国内の自由」に限定されるものではない。人権はすべての人間がもつ自由であって、国家主権に優越する。外国からの入国の自由が認められるべきである。移動の自由を制限するこ

(41) 森村進・前掲139、140頁。

(42) 森村進・前掲130頁。

とは、人身の自由や経済的自由、精神的自由の制限につながる⁽⁴³⁾。移動の自由は、経済的自由の一環をなすとともに、自己の移動したいところに移動できるという点で人身の自由としての側面をもつ。のみならず、自己の選択するところに従い様々な自然と人に接し、コミュニケーションすることは、個人の人格形成・精神的活動にとって決定的重要性を持つことであって、精神的自由としての性格をもつ⁽⁴⁴⁾。

根森健も日本国憲法の考え方として、外国人にも日本への移動の自由＝「入国の自由」は保障されるという。この自由も制限を受けるのであり、国の安全や国民の福祉に危害が及ぶ可能性を考察して、外国人に対して最低限度の規制を行うことは許される、と考えてよいと思っている。続けて、入国の自由が保障されると言い、その理由として、①「人権は国家を超える」という人権に内在する論理（いわゆる人権の前国家性）、②日本国憲法前文の「全世界の国民」に開かれた「平和のうちに生きる権利」の保障という日本国憲法固有の人権保障の論理、それに関連して、③国際協調主義の採用、を挙げている⁽⁴⁵⁾。

藤井俊夫が整理したように、従来は次のような考え方が支配的であった⁽⁴⁶⁾。本来自由権は国家によって与えられるものではなく、人間が一般的には移動の自由を有するものであることは否定できない。そして、出入国は、要は国境を越えた移動ということであるから、日本国民、外国人を問わず、放置すれば、勝手に出入国することは可能である。その意味では、出入国に関する管理法制は、本質論としては、人間一般のもつ国境を越えた移動の自由に対する「公共の福祉」（ここでは、国家の領土に関する主権の保持）のための制限の問題にあたると考えるべきである。現在のように

(43) 後藤光男「市民権概念の比較研究（2・完）」『比較法学40巻1号』（早稲田大学比較法研究所、2006年）147頁。

(44) 佐藤幸治『憲法 [第3版]』（青林書院、1995年）554頁。

(45) 根森健・前掲注（33）論文50頁。

(46) 藤井俊夫『憲法と人権 I』（成文堂、2008年）58頁。

各国家が分立し、各国の国家主権が尊重前提とされるべき国際社会の状況下で、当面は、外国に居住する外国人の日本への入国に対する制限のしかた、逆にいえば、入国の許可の仕方に関しては、国に大幅な裁量権が与えられていると考えられてきたといえる。

しかし、経済活動の国際化とともに、外国人を憲法体制の中にどう取り込むか、特に権利保障の面で検討を要する。また様々な問題が国境を越えて起こる中、国際的な自由移動の権利について新たな発想が求められている。⁽⁴⁷⁾ 出入国に関する本質論としては、「日本国外に居住する外国人一般に入国の自由があることを前提として、それが『公共の福祉』のために必要な限りにおいて制限されるとし、また、その制限は必要最小限度にとどめるべきである」とする発想をとることが要請されるようになってきている⁽⁴⁸⁾といえる。

本稿では、従来、憲法学において、出入国の自由の原理的考察がほとんど行われてこなかったことを考慮して、出入国の自由に関する思考方法を辿るために、それぞれの論理（判例・学説）について多くの引用をして読者に理解していただけるよう、思考枠組みをできるだけ平易に紹介するよう心がけた。その意味では、本稿は、若干、資料的側面が強いものであり、出入国の自由の本質論に関する予備的考察ともいえるものである。

日本における出入国の自由の肯否に関する議論の思考方法の大枠を提示し、問題提起をすることに力点を置いたが、次なる課題は、結論的に提示した「憲法上、外国人には、出入国の自由（移動の自由・移民の権利）が保障される」という命題の論証を、現代リベラリズムの思想家、とりわけB・アッカーマン（Ackerman, Bruce）、カナダの政治理論家J・カレンズ（Carens, Joseph）等を取り上げることによって、より詳細に展開したいと

(47) 秋葉丈志「経済的自由」後藤光男＝北原仁編『プライム法学・憲法』（敬文堂、2007年）157頁。

(48) 藤井俊夫・前掲書59頁。小泉良幸・前掲論文における「カレンズの議論」160頁以下参照。

考えている。