

Title	〔行政法一四〕在留特別許可にかんする法務大臣の裁量権 (昭和三四年一月一〇日最高裁三小法廷判決)
Sub Title	
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.3 (1961. 3) ,p.62- 66
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610315-0062

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔行政法 一四〕 在留特別許可にかんする法務大臣の裁量権

昭和三四年一月一〇日最高裁三小法廷判決
最高裁判所判例集一三卷一二號一四九三頁
（最）

【判示事項】 出入國管理令第五〇條に基く在留の特別許可と法務大臣の裁量権

【参照條文】 出入國管理令第五〇條

【事實】 原告Xは、昭和二九年八月頃、出入國管理令（以下令という）第三條の規定に違反して、有効な旅券または乗員手帳を所持せず、本邦に入國した者である。また、原告Yは、Xの長男とし、昭和三十一年三月四日本邦において出生した。しかし、出生の日から六〇日を超えて本邦にひきつづき在留しながら、同日から三〇日以内に、出入國管理令施行規則第二一條の二第一項による法務大臣にたいする在留資格の取得申請をなしていない。

このため、東京入國管理事務所入國審査官某は、昭和三十一年六月七日附で、Xは令第二四條第一號に、また、同年同月九日附で、Y

は令第二四條第七號に、それぞれ該當すると認定した。

X等は右認定にたいし、適法な口頭審理の請求をした。特別審理官は口頭審理の結果、右認定に誤りなき旨判定し、これをX等に通知した。このため、同人等は法務大臣にたいし異議申立をなしたが、大臣は右異議の申立を理由なしと裁決した。

そこで、主任審査官は、昭和三十一年八月二日附をもつて、X・Yにたいし、それぞれ退去強制令書を發付した。

第一審において、Xは、訴外Zと結婚のため前記日時入國し、その頃よりX・Zは内縁關係にあり（日韓兩國の特殊事情のため、正式の婚姻届の提出ができない）、また、Zは戦時中より本邦に居住し、相當の資産と信用をゆうする。かかる事情があるとき、法務大臣は特別の在留許可をすべきにかかわらず、これをなさざるは裁量

權の濫用である。したがつて、違法な裁決にもつきなされた被告主任審査官の處分もまた違法と主張した。

これにたいする第一審裁判所の見解は、以下のごとくである。外國人の出入國および在留の許可は、元來、國家の自由に決しようところである。したがつて、右異議申立にたいし、法務大臣が審理し、在留特別許可をあたえるか、異議申立を理由なしと裁決するかは、同大臣の自由裁量にぞくする。もち論、この裁量權行使にあたりても、限界があると解すべきであるけれども、X等主張の事情より大臣が裁量權を濫用したとはいえない、とし本件を棄却する。

第二審においても、第一審判決がそのまま支持された。このため、X等はさらに上告した。

【上告理由】 第一審におけると同様、X・Z・Yの關係をのべ、法務大臣の裁決をもつて裁量權の濫用と主張し、原判決は、令第五〇條の解釋適用を誤つた違法があるゆえ、破棄せらるべきであるという。

【判旨】 上告棄却。島・河村・垂水・高橋・石坂の五裁判官の全員一致。

「出入國管理令第五〇條に基き在留の特別許可を與えるかどうかは法務大臣の自由裁量に屬するものと解すべきこと、所論のような事情があるにかかわらず同大臣が特別許可を與えなかつたとしても裁

量權の濫用があるといひ得るものでないことは、原審の判示するとおりであつて、所論は採用のかぎりでない。」

【研究】 最近、出入國管理令をめぐる争ひは多い。そして、同令五〇條の法務大臣の特別許可につき、判例は一致して大臣の自由裁量處分とみる。かかる例を、行政事件裁判例集にもとめると、

神戸地裁・昭二九・三・二三判決・例集五卷三號六八二頁
横濱地裁・昭三一・三・一五判決・例集七卷三號六八九頁
東京地裁・昭三一・五・一九判決・例集七卷五號一二〇四頁
東京地裁・昭三二・四・二五判決・例集八卷四號七五四頁
大阪地裁・昭三二・一〇・一六判決・例集八卷一〇號一九〇〇頁
東京高裁・昭三二・一〇・三一判決・例集八卷一〇號一九〇三頁
大阪高裁・昭三二・一二・一二判決・例集八卷一二號二二八一頁
東京地裁・昭三三・四・二四判決・例集九卷四號八一五頁
東京地裁・昭三三・五・八判決・例集九卷五號一〇二九頁
等がある。

しかれば、何故、右の特別許可を自由裁量處分とみるのであろうか。

この點、本件上告理由が裁量權の濫用を主張するため、最高裁は、自由裁量處分との前提にたち、何故、自由裁量處分たるかを論じな

い。もち論、數多くの下級審判決中にはこの點を論じたものもある。たとえば、右掲昭三一・三・一五判決において、横濱地裁はつぎのごとき旨論ずる。外國人の入國を拒否し、不法入國者を國外に退去せしめる等のいわゆる出入國の管理をおこなうのは、國家固有の權利である。そして、入國ないし在留の許可は、全く國家が恩惠的立場よりなし、外國人は自己を在留せしむべきことを要求する權利をゆうしない。したがつて、在留特別許可を法務大臣があたえないとしても、何等その者の法律上の地位を害することにならないと。このような趣旨は、自由裁量の理由づけをおこなう判決のすべてが、ひとしくみとめるところである。

ただこのような論旨は、憲法の二二條、居住・移轉の自由の保障と密接な關係をもつ。一體、憲法第三章國民の權利及び義務の規定は、日本國民に固有の權利義務と、日本國民をこえ、ひろく人類全般に適用さるべき權利義務の二種よりなるといわれている。そして、憲法二三條は後者に屬すると考えられる。しかるとき、外國人といえども、本來、居住移轉の自由をゆうする。したがつて、法律（出入國管理令は法律と同一効力をもつ）によつても、濫りに強制退去の要件等を規定しえない。ただし、憲法二三條にいう公共の福祉の認定は、日本國民と外國人との當然に差異あり、このため、令二四條の強制退去要件を違憲とすることはできない。しかし、強制

退去處分をおこなうための要件は法定され、法の定める場合の外、同處分をなすことはできないゆえ、強制退去處分は、この限りにおいて羈束處分である。

つぎに、強制退去處分にかんする出入國管理令の手續をみると、令二四條の強制退去の要件に該當するとき、退去命令が發せられる。しかし、これに異議あるとき、令四七條以下の規定により、口頭審理請求・異議申立をおこないうる。而して、異議申立にたいする裁決は、法務大臣のなすところであるが、この裁決には二つの異つた性質のものをふくむ。すなわち、一は令二四條に該當するか否かの裁決であり、令二四條に該當しないのに強制退去處分をおこなうは違法である。それと同時に、同條に該當するにかかわらず強制退去處分をおこなわないのも、本來、違法である。ただし、この點令五〇條の規定がある。すなわち、法務大臣の裁決における第二の性質のものは、本來強制退去處分をなすべくにかかわらず、在留特別許可をあたえる令五〇條の場合である。而して、本件の争は、この特別許可を問題とする。このため、以下、若干、特別許可の性質を検討する。

警察作用にぞくする營業の許可（例、風俗營業の許可等）は、許可すべき條件が具備するにかかわらず、許可をあたえぬと、憲法の保障する自由の侵害となり違法といわれている。

しからば、本件特別許可において、令五〇條の條件を具備するにかかわらず、許可をあたえぬと、違法となるか。この間に答えるに先立ち、右特別許可が、果して、學問上の意味の許可なりや特許なりや、必ずしも明白でないようにおもわれる。すなわち、人は本來國の内外を問わず自由に居住しようとするべきか、國民は自國內にかぎり居住の自由をゆうし、國外において居住はもち論入國さえも本來禁止され、ただ當該國家の權利賦與により、はじめて、入國・居住の權利をうると考えるべきであらうか。この點を明言した判例は、從來、存在しなかつた。しかし、諸判例の判旨より、許可とも特許とも解しうる語句を發見しうる。そして、特許と考えれば問題はない。許可とみたとき、憲法にいう公共の福祉の認定が問題となつてくる。憲法二二條の公共の福祉の認定は、元來、裁判所の認定にふくすべき問題であらう。しかし、こと外國人の居住等にかんする公共の福祉の問題は、外交上の問題と密接な關係をもち、裁判所の判斷にしたしみがたい問題である。

なお、法務大臣の特別在留許可は、訴願期間經過後、宥恕すべき理由あるとき、訴願裁決廳は訴願を受理しようとの規定に類似する。そして、この受理は羈束といわれ、あるいは、裁量といわれている。この何れを正當とするかは、ここにおいて論すべきかぎりでない。しかし、訴願關係につき、右のごとき見解の對立がありながら、こ

れと類似する令五〇條の在留特別許可に見解の對立がないのは、何故であらうか。宥恕すべき事由の認定につき、裁判所は、審査能力をゆうすと考え、訴願受理を羈束處分とみるのであらう。これにたいし、在留特別許可は、既述のごとく、審査能力が十分でないとし、裁量處分とみるのであらう。

要するに、令五〇條の法務大臣の在留特別許可は、法務大臣の自由裁量處分とみるを正當と考える。しかるとき、この種判例がしばしば指摘するごとく、裁量權の限界、ことに裁量權の濫用が問題となつてくる。しからば、裁量權の濫用なりや否やは、如何なる基準により判斷されるか。抽象的には、特別在留許可をもとめる異議申立を、理由なしとすることが、著しく不公平かつ妥當を缺く場合であると表現されている。ただし、なにをもつて不公平な措置とするか、具體的な判定は困難な問題である。ここで一應のべうることは、異議申立人の何等かの私的利益と日本國の利益を比較衡量し、處分が決せられるとき、この比較衡量を著しく誤る場合、著しく不公平となる。そして、從來の多くの判例は、この點を考察した結果（ただしこの考察は具體的に文章でしめされない）、裁量權の濫用に該當しないという。下級審判決で濫用をみとめた僅かな例においては（東京地裁・昭三二・四・二五判決）、この點、つぎのごとくのべられている。

……およそすべての人は、ひとしく恐怖と缺乏から解放され平和

のうちに生存する權利を有するとのわが國憲法前文第二段の宣言はわが國內に滞在する外國人に對しても當然にその適用があると考えるべきである。したがつて、現在日本において平和な生活を續けている者に對し退去強制をすることによつてそれ等の者が直ちに生存することすらおびやかされることが明らかな場合に、それらの者が在留資格を失つた後の不法なものであつても、これに對し強制退去することは許されないとするのが相當である(例集八卷四號七六六頁)

要するに、公共の福祉と比較衡量さるべき私益は、右によると、生存の危機、しかも目前急迫な危機である。この私益は、かかる生存する權利のほかにも存するかもしれない。しかし、日本國に重大なる損失をあたえざるかぎり、目前に迫りたる生存の危機だけは保護されねばならない。

〔商法 一二〕 取締役の第三者に對する責任に關する事例

(東京地裁昭和三十三年一月三日判決
昭二七(ワ)第七三四〇號損害賠償請求事件
下級民集九卷一一號二二五頁)

【判示事項】 一、代表取締役役に民法七一五條二項の代理監督者の

責任があるか

さて、本件につき、裁量權の濫用を考察してみよう。具體的事實關係については、判決より詳細にわたりしことはできない。しかし、退去處分により、一應、夫婦(内縁關係にせよ)が別居し、幼兒が父と共に行動しなければならないようである。この點、上告人等は精神的・經濟的苦痛を蒙ることたしかである。しかし、上告人等が、履行すべき義務をはたさず、このために在留資格を缺くにいたつた責任をおわねばならない。また、上告人等が自國に送還された結果、直ちに生存する權利が否定されるごとき状態にならないならば、強制退去處分が、上告人等に不利・苦痛をあたえても、法務大臣に裁量權の濫用ありとまではいいえない。

よつて、本件判旨は正當なるものと考ええる。

(金子 芳雄)