

# 指紋押捺拒否を理由とする再入国の不許可 および査証取消と国際法

——日米通商航海条約による法務大臣・外務大臣の裁量権の制約

山崎 公 士

## 目 次

はじめに

### 一 前提的考察

- |                      |                |
|----------------------|----------------|
| (一) 現代国際法における主権の意味   | (1) 第一条一項(c)関係 |
| (二) 日本国法上の条約の位置      | (2) 第一条二項(b)関係 |
| (三) 現代国際法における外国人の人権  | (3) 第一条三項関係    |
| (四) 現代国際法における外国人の入国権 | (4) 小括         |
| (五) 査証および査証発給権の法的性質  | (二) 第四条関係      |
- 二 日米通商航海条約にもとづくアメリカ合衆国人の入  
国権と法務大臣および外務大臣の裁量権の制約
- |           |                                    |
|-----------|------------------------------------|
| (一) 第一条関係 | (三) 第八条関係                          |
|           | (四) 日米通商航海条約の自動執行(self-executing)性 |
|           | (五) 結論                             |
- おわりに

## はじめに

外国人登録法上の指紋押捺制度は、一九九三年に大きな転機を迎えることが予定されている。一九九二年通常国会に同法の改正案が提出され、一年以上日本に滞在する外国人に一律に求められていた指紋押捺義務は、永住者および特別永住者については撤廃されることになった<sup>(1)</sup>。今回の改正にあたり、指紋押捺制度は全廃されるとの見通しもあったが、この期待に反し、在日韓国・朝鮮人等の永住者および特別永住者以外の外国人については指紋押捺制度は廃止されず、同法改正後も引き続き指紋押捺義務は維持されることとなる。

今回の同法改正は、一九九一年一月の海部首相（当時）の韓国訪問のさいに、両国外相会談で取り交わされた「在日韓国人の法的地位・待遇改善に関する覚書」<sup>(2)</sup>での合意事項を実現するためとられる措置である。したがって、今回の永住者および特別永住者に対する指紋押捺義務の撤廃は、国際人権基準を配慮した結果というより、むしろ韓国との約束を履行するという外交上の配慮からなされるものと考えられる。

ところで、指紋押捺拒否を実質的に唯一の理由として再入国不許可処分および査証取消処分を受けたアメリカ合衆国人（アルトマン教授、原告）が、両処分によって蒙った精神的損害について国（被告）に賠償を求めて高松地方裁判所に提起された民事訴訟（以下、「アルトマン教授事件」<sup>(3)</sup>という）において、筆者は国際法の観点から証人として証言を行った<sup>(4)</sup>。証言の骨子は次の二点に要約される。第一は、国は日本国とアメリカ合衆国との間の友好通商航海条約（昭和二八年条約第二七号。以下、「日米通商航海条約」という）上、アメリカ合衆国人である原告を日本に入国させる義務があり、その限りで法務大臣は原告の再入国につきこれを拒否する自由裁量を有せず、また外務大臣は原告へ

の査証発給につき自由裁量を有しないという論点であり、第二は、外国人登録法上の指紋押捺義務は、同法の上位規範である市民的及び政治的権利に関する国際規約（昭和五四年条約第七号。以下、「自由権規約」という）の第二条、第七条、第一二条、第一三条および第二六条に照らして存在せず、したがって、指紋押捺拒否を唯一の実質的理由とする法務大臣の再入国不許可処分および外務大臣による査証取消処分は無効であるとの論点であった。

本稿では、上記の第一の論点について、筆者の証人尋問における証言内容にそって、日米通商航海条約によって、アメリカ合衆国人に対する法務大臣の再入国許可にかかる裁量権および同国人に対する外務大臣の査証発給に関する裁量権が制約されることを国際法の観点から論じてみたい。この論点は、原告がアメリカ合衆国人であるため問題としようものであるが、これまでの同国人が原告ないし被告とされるいわゆる指紋押捺訴訟においては、取り上げられていないものである。なお、本稿は、指紋押捺制度、外国人の再入国に関する法務大臣の裁量権、ならびに査証発給に関する外務大臣の裁量権について、憲法学・行政法学の観点から論じるものではなく、あくまでも国際法、とくに日米通商航海条約が締約国民に保障する権利に関する検討を目的としている。また、この検討に必要な限度で、現代国際法における主権の意味、日本国法上の条約の位置、現代国際法における外国人の人權、現代国際法における外国人の入国権、ならびに査証および査証発給権の法的性質について、若干の前提的考察を行う。

(一) 政府は、一九九二年二月七日の閣議で外国人登録法の改正案を決定し、同日衆議院に提出した。現行の指紋押捺制度の廃止対象は、在日韓国・朝鮮人および台湾出身の特別永住者約六〇万人、一般の永住者約四万人の計六四万人である。指紋押捺に代わる同一人性確認には、写真と署名を用い、登録のさいには配偶者の氏名などの家族欄の記載が必要とされる。法務省は当初、一年以上の長期滞在者を含めた指紋押捺義務の全廃を検討していたが、警察庁が不正登録を防止する立場からこれに強く反対し、長期滞在者については指紋押捺義務が残されることになった（『読売新聞』、『毎日新聞』、『四国新聞』、一九九二年二月八日）。この改正案は、同年四月

一七日、衆議院本会議で全会一致で可決され、また同年五月二〇日に参議院本会議でも全会一致で可決され、一九九三年一月から施行されることになった。なお、衆議院法務委員会はこの改正案の採択にあたって、政府に対し、①外国人の人権を尊重して諸制度のあり方を検討し、施行から五年経過後速やかに適切な措置を講じる、②同法の罰則は、他の法律との均衡を検討し、適切な措置を講じる、③指紋押捺拒否者やその他の同法違反者には、人道的立場にたった対応を行う、④外国人登録証の常時携帯義務などの規定の運用にあたっては、外国人の日常生活に不当な制限を加えないよう配慮する、との附帯決議を全会一致で採択した。また、参議院法務委員会の附帯決議を受け入れ、指紋原紙の廃棄も決定された（『朝日新聞』一九九二年四月十八日、『読売新聞』一九九二年五月二一日）。

(2) 指紋押捺に代わる手段を出来る限り早期に開発し、在日韓国人三世以下の子孫はもとより、一世及び二世についても指紋押捺を行わないこととする。このため、今後二年以内に指紋押捺に代わる措置を実施できるように所要の改正法案を次期通常国会に提出すること  
に最大限努力する。代替手段は、写真、署名及び家族事項を加味することを中心に検討する（同覚書第二項二）（『朝日新聞』一九九一年一月一日）。なお、山崎哲夫「決着をみた在日韓国人法的地位問題と外国人登録」外国人登録三八九号（一九九一）参照。

(3) 昭和六三年（ワ）第三四四号損害賠償請求事件。原告はアルトマン・ハリイ・エドウィン・ジュニア、被告は国である。一九九一年一月一日の第一七回公判において、裁判長から原告・被告双方に和解の可能性が打診され、これをうけて、同年一月三日に原告・被告双方の間で事実上の和解が成立し、同年二月五日にこの訴えは取り下げられた。なお、この事件の経緯・争点等について詳しくは、資料「ある指紋裁判の記録——アルトマン教授事件」（本誌本号八九頁以下）を参照されたい。

(4) 証言の要旨は、山崎公士「昭和六三年（ワ）第三四四号損害賠償請求事件 証人尋問供述要旨」（甲第六五号証）および山崎公士「昭和六三年（ワ）第三四四号損害賠償請求事件 証人尋問供述要旨（承前）」（甲第七四号証）。証言の速記録は、昭和六三年（ワ）第三四四号損害賠償請求事件、証人調書、平成三年五月二一日、平成三年五月二一日および平成三年六月二五日。

(5) 自由権規約に関わる論点、とくに指紋押捺制度が同規約第七条によって禁じられている「品位を傷つける取扱い」にあたる条約違反の制度であり在日外国人には指紋押捺義務は存在しないとの論点は、指紋押捺制度一般に通じるものなので、別稿で扱う予定である。

## 一 前提的考察

### (一) 現代国際法における主権の意味

一 一八世紀から一九世紀にかけて形成された近代国際法においては、国家の主権は、実体国際法に優位する窮極の権力とみなされた。しかし、二〇世紀の国際法のもとでは、このような独断論を排除し、実体国際法上の国家の権能として、主権の内容と機能を再検討するようになった。このように、主権の機能は、かつての観念的ないし理念的なものから、実体法制度上の機能に転化し、国際社会における「法の支配」を実現したのである。<sup>(6)</sup>

二 現代国際法で主権とは、その領域管轄権内において、外国国家の行政・立法・司法管轄や、国際法以外の外国法の下に服すことのない国家の基本的な国際法上の地位を意味する。主権は、国際法上の（しかし、国際法を超えない）法的地位である。主権を援用して、一般国際法または条約上の義務という形の国際法上の義務から免除されることはない。かかる義務は、国家の行為の自由を制約し、国家主権の行使を制約することがしばしばある。<sup>(7)</sup>

### (二) 日本国法上の条約の位置

一 憲法第九八条二項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定している。本項の趣旨は、国の機関および国民が「条約」および「確立された国際法規」を遵守すべき国

内法上の義務を負うことを定めたものである。したがって、日本が「条約」を締結し、それが公布されたならば、国の機関および国民は法上それに拘束される<sup>(8)</sup>。

二 条約と法律の関係について、政府は衆議院外務委員会において次のように答弁している。「憲法第九八条第二項で、日本国が締結した条約及び確立された国際法規は尊重し遵守しなければならないという規定がございます。従いまして、外国との間の条約は、わが国においては十分に尊重しなければならないことになっております。従いまして、国内法的効力の面が出て参りました場合には、原則として条約の方が勝つ、かように考えます。」<sup>(9)</sup>このように、政府は、条約が法律に優先することを公的に表明している。なお、上記答弁は、日本の国際法実行を編纂した“Shigeru Oda and Hisashi Owada, eds. The Practice of Japan in International Law, 1961-1970”（小田滋・小和田恒編『国際法における日本の国家実行、一九六一—一九七〇年』）の国際法と国内法の関係の項で唯一取り上げられた（同四頁）ものであり、この関係での日本の国家実行を代表する公式見解である。

三 憲法と法律との関係に関する憲法学説の圧倒的多数は、条約優位説である<sup>(10)</sup>。憲法九八条二項は条約に国内的効力を与えたものであるという説が、学説上圧倒的多数で通説である。判例上も、条約の国内的効力を認めている<sup>(11)</sup>。

国内的効力をもつ条約の規定がすべて国内で自動執行力があり（self-executing）、「直接適用可能」（それ以上の措置の必要なしに裁判規範として適用される）といえるわけではない。したがって、個々の条約について、「直接適用可能」か否かを吟味する必要がある。一般に、条約の「直接適用可能性」の有無は、①条約規定が明確であること、②条約規定が締約国に法的義務を課していること、③条約規定が扱う事項が国籍、外国人の権利、人権等の個人の権利・

義務関係を創設する内容をもつこと、等のことを基準として判断される。

四 上述のように、日本の国法体系の中で、条約は法律に優位している。したがって、条約の「直接適用可能」な規定に反する法律、命令、規則および処分は、無効である。

### (三) 現代国際法における外国人の人権

一 人権の国際的保障は、人権の国内的保障だけでは十分ではなかったという第二次大戦の経験にもとづき、第一次大戦後の展開に引続き、第二次大戦後に一層の進展をみた。

第二次大戦後の国際的人権保障の特徴は、何よりも、個人を国籍によって保障するのではなく、外国人・内国人という区別をやめ、すべて「人間」として取り扱おうとすることである。かつての国民の権利保障の時代から、国籍を問わない内外人平等を基礎とする人間の権利の保障の時代に移行したのである。

二 内外人平等原則は、自由権規約第二条一項をはじめ、ヨーロッパ人権条約第一条・第一四条等の人権条約にも宣明されている。したがって、この原則は国際的人権保障にあたっての国際的に確立した原則となっている。

自由権規約第二条一項は、「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」と定

める。この条項が国籍による差別を禁止していることは明らかである<sup>(12)</sup>。

また、同第二条一項は self-executing、すなわち自動執行性があり「直接適用可能」な規定である<sup>(13)</sup>。

#### (四) 現代国際法における外国人の入国権

一 一般国際法上、国家は外国人の入国をすべて例外なく許さなければならぬという絶対的な義務を負っておらず、入国を許すかどうか、どのような条件で許すかは各国家の権限に属し、各国家は原則として自由にこれを決定することができるとされる。しかし、実際には、二国間または多数国間条約<sup>(14)</sup>によって、互いに相手国の国民の入国を許すことを前もって約束していることが多い。この場合、国家は条約上の義務として、外国人の入国を許さなければならぬ<sup>(15)</sup>。また、こうした条約がない場合にも、国際慣行として外国人の入国を許しているのが普通である<sup>(16)</sup>。

最高裁判所大法廷一九七八年一〇月四日判決（マクリーン判決<sup>(17)</sup>）も、上記の一般国際法の存在を前提として「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<sup>(18)</sup>」（傍線引用者）と判示している。

二 国際連合の人権委員会の下部機構である差別防止・少数者保護小委員会（以下、「人権小委員会」という）の出国・帰国の権利に関する特別報告者ムバンガ・チポヤ（C. Mubanga-Chipoya）は、一九八八年に「自国を含む、いずれの国からも離れ、および自国に帰る権利」に関する最終報告書<sup>(19)</sup>（以下、「ムバンガ・チポヤ報告書」という）を人権小委員

会に提出し、その付属書として「自国を含むいずれの国からも離れ、自国に帰るすべての者の権利における自由と非差別に関する宣言草案」(以下、「出国・帰国の権利宣言草案」という<sup>(20)</sup>)を公表した。

外国人の入国の問題との関わりで注目されるのは、「自国を含むいずれの国からも離れ、いずれの国へも入る(to enter any country)権利に関しては、(i)法律で定められているとき、(ii)国の安全、「公の秩序」(public order, ordre public)、公衆の健康もしくは道徳または他の者の権利および自由を保護するために必要であるとき、ならびに(iii)国際的に承認された人権および他の国際法上の義務と両立するときを除き、いかなる制限も課されてはならない。」とする出国・帰国の権利宣言草案の第七条(a)項である。同項の規定は、「出国権」とともに「外国への入国権」をも人権の一つととらえている。これは、他国への入国の権利の保障なしには出国の自由は満足に行使できないというムバンガ・チポヤの理解<sup>(21)</sup>にもとづくものである、といわれる<sup>(22)</sup>。この見解は、人権小委員会において三名の委員に支持されたが、同時にこれに反論する見解もまた示された<sup>(23)</sup>。

ムバンガ・チポヤ報告書においても、外国人の他国への入国に関し、「現代国際法によれば、国家間の特別の協定または多当事者間条約(難民に関するような)にもとづく場合を除き、国家は外国人を自国領域に入国させる義務はない。」との原則が示されている<sup>(24)</sup>。したがって、出国・帰国の権利宣言草案第七条に示されたような「外国人の入国権」が、現時点で一足とびに世界的規模で認められる方向に動くとは考えられない<sup>(25)</sup>。にもかかわらず、出国権との関連においてという限定はつくにせよ、国連の人権小委員会という公的な機関が指名した特別報告者が起草した草案の中で、「外国人の入国権」が人権の一つとして言及されたことは、少なからぬ意味をもつものと思われる。

三 しかし、上記のような一般国際法が存在するとの主張を疑問視する有力な見解が表明されている。すなわち、外

国人が国家の公共の安全、一般的福祉または本質的な制度に対する重大な危険をもたない場合には、国家はその外国人の入国を認める義務がある、との見解である<sup>(26)(27)</sup>。

#### (五) 査証および査証発給権の法的性質

一 査証（ヴィザ）という言葉は、本来、パスポート（旅券）等の文書を吟味し、それが適当であり正式のものである旨をその文書に公式に裏書きすることを意味した。査証の法的性質はアメリカ合衆国のような移民法系の国と大陸法系の国では異なる。アメリカ合衆国では、同国の査証を所持する外国人に対しても、入国時点で改めて入国審査当局の審査を行う（二重審査〔Double Check〕の原則<sup>(28)</sup>）。アメリカ合衆国の判例上、査証は「外国人が合衆国の領域内にくる前に、且つ、入国を申請する前に、合衆国に入国しようとする外国人が、適格かどうかを予め審査する行為<sup>(29)</sup>」とされる。日本においても、入国審査官は、日本国領事官の査証を所持する外国人が出入国管理及び難民認定法（以下、「入管法」という）に定める上陸条件<sup>(30)</sup>に適合しているかどうかの審査を行い、当該外国人が上陸条件に適合していると認定する場合、はじめて上陸を許可している。外国人の出入国管理において二重審査を実施している合衆国や日本においては、外国人は査証を受けているだけで入国を許可されることはない。したがって、こうした諸国において査証は、国外の領事官の発給する入国の仮許可証という性格をもつにすぎない<sup>(32)</sup>。

日本では、査証の意義、発給要件、効力等について、法令上なら規定されていない<sup>(33)</sup>。実務上、「査証」とは、本邦に入国しようとする外国人に対し、日本国領事官等が所定の方針に従い当該外国人の所持する旅券に付与する上陸条件を満たす旨の認定の表示としての裏書きをいい、入国（上陸）の許可そのものではないが、一応入国の推せん状で

ある、といわれる<sup>(34)</sup>。

これに対し、大陸法系の諸国では、入国する外国人に対し二重審査を行っていないため、査証は入国許可証としての効力を一応もっている。もつとも、こうした諸国でも、査証を発給した外国人に対して国境で入国管理を行うことは妨げられず、査証の発給は外国人に絶対的な滞在権を付与するものでもないので、査証は最終的な入国許可証とはいえない<sup>(35)</sup>。

このように査証の意義は国によって異なるが、日本やアメリカ合衆国では、形式的には入国の仮許可証ないしは一応入国の推せん状にすぎないが、実質的には入国・滞在許可そのものとして作用している<sup>(36)</sup>。

二 査証の意味・内容は国によって様でないため、査証を発給する機関も国によってまちまちである。内務省の移民局や国境警察などを発給機関とする国もあるが、一般的には査証の発給は外務省の権限とされ、入国前に在外公館で発給されるのが通例である<sup>(37)</sup>。

日本では、外務省設置法において、査証の発給は外務省の権限とされる<sup>(38)</sup>（第五条九号）。ただし、同条に列挙される外務省の権限の行使は、「条約、確立された国際法規及び法律（法律に基づく命令を含む。）に従ってなされなければならぬ<sup>(39)</sup>」ものとされている。ある裁判例によれば、「査証を付与するか否かは、特段の条約、取決め等がない限り、国際慣習法上主権国の広範な自由裁量によつて決定しうるところである<sup>(40)</sup>。」とされている。

三 日本における査証発給の法的性質については、これを①「公証行為」ないし「確認行為」とみる見解や、②そもそも査証は客観的な事実の証明といった羈束的なものではなく、また、「判断の表示」であるといっても、それは事実

判断や認識判断ではなく、実態はむしろ「価値判断」である、との見解がある<sup>(11)</sup>。このように、査証の発給については、①のように外務当局に査証発給に関する自由裁量を必ずしも認めない見解と、②のように外務当局の政治・外交的自由裁量に属するとみなす見解に分かれている。しかし、後者の見解でも、査証の発給要件等は、国際条約や国際慣習法に反しない限り、外務当局の自由裁量に属する、とする点は承認している<sup>(12)</sup>。

- (6) 山本草二「国際管轄権の機能とその限界」寺沢一・内田久司編『国際法の基本問題』二二七―二二八頁(有斐閣、一九八六)。
- (7) Helmut Steinberger, *Sovereignty*, in 10 *Encyclopedia of Public International Law*, 397, 408 (1987).
- (8) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈 日本国憲法(下巻)』一四九四―一四九五頁(青林書院、一九八八)。
- (9) 第四三回国会衆議院予算委員会議録第六号、昭和三八年二月四日、八頁、林修三内閣法制局長官答弁。
- (10) 『注釈 日本国憲法(下巻)』、前掲注(8)、一五〇〇頁。
- (11) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』二九一―三〇頁(有斐閣、一九八五)。
- (12) アルトマン教授事件において、被告国は次のように主張した。「現在の国際社会においては、国家の主権の存在を前提としており、日本国民と外国人との間には、国家の構成員であるか否か、すなわち国籍の有無という点において基本的な差異がある以上、外国人が我が国に滞在する場合には、日本国民とは異なる条件を要求されることは、ごく当然のことである」(被告準備書面(一)、平成元年二月九日、八丁表)。
- (13) 芹田健太郎「内外人平等原則と品位を傷つける取扱いの禁止」ジュリスト八二六号二九頁(一九八四)、『永住者の権利』所収、一五二頁以下(信山社、一九九一)。
- (14) 難民の地位に関する条約第二八条および同付属書第九項、国際連合の特権及び免除に関する条約第七条二五項、ならびに日米通商航海条約第一条一項、等がこの具体例として指摘される(春田哲吉『パスポートとビザの知識』二八一頁注(3)(有斐閣、一九八七)。
- (15) 芹田健太郎「日本における外国人の国際法上の権利と義務」ジュリスト八七七号三二頁(一九八七)、『永住者の権利』、前掲注(13)、所収、一三三頁以下)。
- (16) 高野雄一『全訂新版・国際法概論』三六九頁(弘文堂、一九八五)。

- (17) 最高裁判所大法廷判決一九七八年一〇月四日民集三三卷七号一二三三頁。マクリーン判決については、山下泰子「外国人の政治活動の自由と在留期間の更新」文京女子短期大学紀要一三号一七九頁(一九八〇)、関野昭一「在留期間更新不許可処分判決をめぐって」ジュリスト六八二号五一頁(一九七九)、村瀬信也「涉外判例研究」ジュリスト六九五号一二九頁(一九七九)、江橋崇「外国人の政治活動の自由」ジュリスト昭和五三年度重要判例解説一八頁(一九七八)、齊藤靖夫「外国人の政治活動の自由」別冊ジュリスト憲法判例百選Ⅰ(第二版)一四頁(一九八八)。藤馬龍太郎「在留外国人と政治活動の自由等」民商法雑誌八一巻二号八二頁(一九八五)、参照。
- (18) 被告国も、「国際慣習法上も、憲法上も、国家は外国人を自国内に受け入れるかどうかについては、当該国家の自由裁量にゆだねられている」と主張した(被告準備書面(一)、平成元年三月二〇日、七丁表)。
- (19) C. L. C. Mubanga-Chipoya, *Analysis of the current trends and developments regarding the right to leave any country including one's own, and to return to one's own country, and some other rights or considerations arising therefrom*, U. N. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1988/35 (1988). ムバンガ・チポヤ報告書については、阿部浩巳「出国の自由に関する一考察——その史的展開と意義・本質」法研論集(早稲田大学大学院)五三号一六一二頁(一九九〇年)、岡本雅亨「『出国・帰国の権利宣言』と定住外国人の居住国に帰る権利」法律時報六二巻七号(一九九〇)参照。
- (20) Draft declaration on freedom and non-discrimination in respect to the right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country, U. N. Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1988/35/Add. 1 (1988). 邦訳は、岡本、前掲注(19)、四一—四三頁。
- (21) 出国の権利は他国領域への入国を保障するものではない。しかし、入国と出国の権利は、法的には異なるが、入国の制限は出国の権利をも制約することになるので、両者は関連する。もともと、ある者がある国への入国を拒否されても、他国が同様のことをするとは限らない。反対に、入国についての自由な方針と他国への入国に関する種々の便宜は、出国権の実現に向けて力となるであろう。外国人が他国に入国する法的権利をもたないという事実は、これを口実として国家は自国民の出国を禁止する自由をもつことを意味するものではない。
- こうした考察にもとづき、国際法は入国の問題を綿密かつ誠実に検討すべき時期にきている、との意見を特別報告者は控えめに提示する。他国への入国を伴わない出国のありえないことは明らかである。自由権規約および世界人権宣言が定める制限にのみ従うこ

とを条件として、いずれかの国への入国と向かい合う同様の義務を課すことによって、出国の権利をいっそう意味のあるものとする。ことは、国際法の領域に属すると考えるべきである。自由権規約や世界人権宣言の容認する制限は、国家に十分な保障を与えている。したがって、現在国家が抱いているおそれは、根拠がない (Mubanga-Chipoya, *supra* note 19, paras. 321-322.)。

(22) 阿部、前掲注(19)、二〇頁。

(23) 同右、二〇―二二頁。

(24) Mubanga-Chipoya, *supra* note 19, para. 319.

(25) 阿部、前掲注(19)、二二頁。

(26) Nafziger. *The General Admission of Aliens under International Law*, 77 Am. J. Int'l. L. 804, 845-847 (1983.) の論文は、外国人の入国について主権国家は自由裁量をもつとの一般国際法の理解に疑問を抱き、外国人の入国に関し学説および国家実行を歴史的に詳細に分析し、国家はあらゆる外国人が自国領土に入るのを拒む絶対的な権利をもつという命題は普及しているが、歴史的または法学的基礎をほとんどもたず、したがって、国家はすべての外国人を排除する権利を有するという命題は無効であることを認識すべきであると主張する。そして、外国人の入国一般の問題は国際法上の制約の下に置かれることを承認し、現時点で、国家は、自国の公共の安全、一般的福祉または本質的な制度に対し重大な危険をもたらさない外国人の入国を認める限定的な義務を有する、と結論づける。

(27) 日本の憲法学界では、外国人の入国の自由について、憲法第二二条は外国人の入国の自由を保障しておらず、国際慣習法上、外国人の入国の規制は主権の属性として国家の裁量に委ねられていると解するのが通説である (樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂)。「注釈 日本国憲法(上巻)」五三八―五三九頁(青林書院、一九八四)。これに対し、「今日の国際的な人権の尊重と自由往來の原則からみるならば、原則的に外国人の出入国の自由を認めただけに、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」と主張する憲法学者もある(作間忠雄「外国人の基本的人権」ジュリスト増刊・憲法の争点(新版) 七一頁(一九八五))。

(28) 山崎公士「国外旅行の際の旅行文書手続簡素化の動向(二・完)」東京都立大学法学会雑誌一七卷二号二〇二―二〇三頁(一九七六)。

(29) 川原謙一「アメリカ合衆国における外国人出入国管理の実証的研究」法務研究報告書第四三集第五号一八九頁(一九五六)。

(30) 入管法では、「入国」と「上陸」とを区別しており、日本の領水内に入ることを「入国」といい、領土に入ることを「上陸」という

（入管法第二章）。「入国」には、有効な旅券または乗員手帳を所持するのみで足りる（同第三条）が、「上陸」するには次注に示す要件を満たす必要がある。

(31) ①有効な旅券を所持していること、②査証が必要である場合には、旅券に有効な査証を受けていること、③上陸申請に係る在留資格に該当すること、ならびに④上陸拒否事由のいずれにも該当しないこと（入管法第七条、第二条の二、および第五条）。

(32) 山崎、前掲注(28)、二〇三頁。

(33) 入管法第六条一項に、「本邦に入国しようとする外国人は、有効な旅券で日本国領事官の査証を受けたものを所持しなければならぬ」と規定し、同法第七条一項一号に入国審査官の上陸条件審査の項目として、「(外国人)の所持する旅券及び、査証を必要とする場合には、これに与えられた査証が有効であること。」と規定し、また外務省設置法第四条一三号に外務省の所掌事務として、「査証に関すること」が掲げられ、さらに同法第五条九号に外務省の権限として、「旅券を発給し、及び査証すること」と規定されているのみである。

(34) 春田、前掲注(14)、二一八頁。

(35) 山崎、前掲注(28)、二〇三頁。

(36) 春田、前掲注(14)、二一九頁。

(37) 同右、二四七頁。

(38) 前掲注(33)をみよ。

(39) 「……に關し條約に別段の定めがあるときは、その規定による」という規定が法律中に明文で定められている場合に、條約の定めが当該法律に優先して適用されることは当然である。」（成田頼明「国際化と行政法の課題」成田・園部・金子・塩野・小早川編雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題 下』八六頁（有斐閣、一九九〇））。

(40) 昭和五七年一月三〇日決定、昭和五七年（行ク）第八二号執行停止申立事件、行政事件裁判例集三三卷一一号二二九三頁。

(41) 春田、前掲注(14)、二九二—二九三頁。

(42) 同右、二六二頁。

(43) 同右、二六二頁。

## 二 日米通商航海条約にもとづくアメリカ合衆国人の入国権と法務大臣および

### 外務大臣の裁量権の制約

一般国際法上、国家は外国人の入国を許すかどうかを自由に決める権限を有するか否かは、上述のように必ずしも明白ではない。しかし、仮に国家がかかる自由を有するとしても、国家間に、互いに相手国の国民の入国を許すことを前もって約束する特別な条約がある場合には、国家は条約上の義務として、当該外国人の入国を許さなければならぬ。日米通商航海条約がここにいう特別な条約に該当するのはいうまでもない。したがって、日本国は、アメリカ合衆国人を原則として入国させる義務を同条約上負っている。以下に、同条約の関連条文ごとにこの点を明らかにする。

#### (一) 第一条関係

##### (1) 第一条一項(c)関係

一 日米通商航海条約は第一条一項において、「いずれの一方の締約国の国民も、(a)両締約国の領域の間における貿易を営み、若しくはこれに関連する商業活動を行う目的をもつて、(b)当該国民が相当額の資本を投下した企業若しくは当該国民が現に相当額の資本を投下する過程にある企業を發展させ、若しくはその企業の運営を指揮する目的をもつて、又は(c)外国人の入国及び在留に関する法令の認めるその他の目的をもつて (for other purposes subject to the

laws relating to the entry and sojourn of aliens) 他方の締約国の領域に入り、及びその領域に在留することを許される。」(傍線引用者)と規定している。

日米通商航海条約は、一九五一年の日本国との平和条約第一二条<sup>(14)</sup>の規定に代わって日米間の経済関係を律する基本的な条約として一九五三年に締結された<sup>(15)</sup>。第一条は両国間の「伝統的に存在する平和及び友好の関係を強化し、並びに両国間の一層緊密な経済的及び文化的関係を促進する」(同条約前文)前提となる両国間の人的交流を促すため、互いに相手国民の入国・在留を認めあう規定である。(a)項ではいわゆる「条約商人」、(b)項ではいわゆる「条約投資家」について入国・在留の条件を定め、また(c)項では商業活動または投資活動以外の目的の者(以下、「その他の者」という)についても入国・在留を認めている。

二 ここで問題とされるのは、締約相手国民の入国・在留権に関し、(a)項および(b)項と(c)項との間に規定上の差異があるか否かである。この点に関し、日米通商航海条約の批准の承認を審議した衆議院外務委員会において条約の逐条説明を行った外務省の黄田経済局長(当時)は、「第一条におきましては、入国、居住及び滞在の条件を規定いたしております。その第一項におきまして、いわゆる条約商人及び条約投資家というものの入国及び滞在を保障し、それ以外の者の入国及び滞在は、当事国の関係入国法規の定めるところに従うということの規定いたしております。」と述べ<sup>(16)</sup>ている。また、アメリカ合衆国上院における条約批准の承認の審議にあたり大統領が上院に宛てた書簡において、「当該国民が実質的な投資を行っている企業の発展または運営を指揮する目的のため入国する者に対し査証の特権を保障する条項(第一条一項(b))はその他の諸国との同種の条約にはみられない規定である」との説明がみられる<sup>(17)</sup>。これは、従来「条約商人」にのみ認めていた査証の特権を「条約投資家」にも付与する点が日米間の通商航海条約の特色であ

るとの指摘であり、(c)項にいう「その他の者」については査証の特権を付与しないとの理解がこの説明から推定される。

このように、日米両国の議会におけるそれぞれの行政府による同条約の説明からみて、条約制定当時日米の条約制定者は、「条約商人」および「条約投資家」の入国・在留権は条約上保障されるが、「その他の者」の入国・在留については締約国の入国法規に従うことを条件とするものと理解していたと考えられる。

三 では、こうした理解にもとづき、(c)項にいう「その他の者」の入国・在留について、締約国は広範な自由裁量をもつといえるのだろうか。

日米通商航海条約は前文において、「両国の間に伝統的に存在する平和及び友好の関係を強化し、並びに両国の国民の間の一層緊密な経済的及び文化的関係を促進する」ことを希望し、また「無条件に与えられる最恵国待遇<sup>(48)</sup>及び内国民待遇<sup>(49)</sup>の原則を一般的に基礎とする」友好通商航海条約を締結すると謳<sup>(50)</sup>っている。条約解釈の一般的な規則である条約法に関するウィーン条約(以下、「条約法条約」という)第三条によれば、条約は前文及び付属書を含む条約文等の文脈によりかつその趣旨及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するものとされ、条約の前文もここにいう文脈の中に含まれる<sup>(51)</sup>。この前文で一層緊密な関係を促進することとされる「経済的関係」と「文化的関係」には、前文の文言上いささかの差異も見受けられない<sup>(52)</sup>。この点に着目すれば、締約国民の締約相手国への入国等について、「文化的関係」の促進につながる(c)項にいう「その他の目的」をもつ者と、「経済的関係」の促進につながる(a)項および(b)項にいう「条約商人」および「条約投資家」との間に実質的な待遇上の差を設けることは、同条約の趣旨・目的を掲げる前文の精神に反することになる。

ところで、(c)項の「その他の者」が入国・在留のさい、従うことを条件とされる締約国の「外国人の入国及び在留に関する法令」とは、日本では具体的には入管法であり、同法の認める「目的」とは、同法別表第一<sup>(53)</sup>に列挙される在留資格を意味する。したがって、アメリカ合衆国人が同法別表第一のいずれかの在留資格を有し、かつ同人に同法第五条に定める上陸拒否該当事由がない限り、日本国は日米通商航海条約第一条(c)の規定にしたがい同人を日本に入国させ、その在留を認めなければならない。これにもかかわらず、同人の日本への再入国を拒否する法務大臣の処分は、日米通商航海条約第一条(c)の規定に照らして、同大臣の裁量権を超えるものであり、無効である。

四 査証発給の法的性質は、当該外国人が主権国家への入国を拒否すべき者でないことをあらかじめ確認する行為と考えるのが妥当である。しかし、査証の発給は外務当局の政治・外交的な自由裁量に属するとの見解を仮に採用しても、この外務当局の権限は条約や確立された国際法規にしたがって行使されなければならない<sup>(54)</sup>。ある裁判例によれば、査証を付与するか否かは、「特段の条約、取決め等がない限り、国際慣習法上主権国家の広範な自由裁量によって決定しうる」ものとされるが、日米通商航海条約はここにいる特段の条約に該当する。このように、査証発給に関する外務大臣の裁量権は、日米通商航海条約によって枠付けられているのである。したがって、アメリカ合衆国人の入国については、同人が日本での在留資格を有し、かつ日本への上陸拒否事由に該当しない場合に、同人に対し査証を発給しない行為、あるいはいったん発給された査証を取り消す処分は、日米通商航海条約によって日本国が負う義務に照らして、外務大臣の裁量権の濫用であり、無効である。

この点に関連して、「日米通商航海条約第一条(c)にいう『法令』とは、具体的には入管法をいうものであるから、日米通商航海条約の定める入国・在留目的の法令適合性いかんは、入管法が規定する在留資格、目的条項（同法第四

条)の解釈により決せられるべき問題である。<sup>(35)</sup>とする見解は、(c)項にいう「その他の者」の入国・在留の適否を、条約より下位の規範である法律<sup>(36)</sup>の解釈に委ね、ひいては行政府に条約の規定を越えた自由裁量の余地を与えることにもつながるので、日米通商航海条約の趣旨・目的に照らして妥当でない。

## (2) 第一条二項(b)関係

一 日米通商航海条約第一条二項は、「いずれの一方の締約国の国民も、他方の締約国の領域内において、……(b)良心の自由を享有することを許される」と規定している。この規定によつて、日本に滞在するすべてのアメリカ合衆国人は日本の領域内において「良心の自由」(liberty of conscience)を認められる。多くの通商航海条約は、良心の自由および礼拝の自由について言及しているが、この規定は、同(c)の「公私の宗教上の儀式を行」うこととあわせて、通商航海条約に一般的にみられる規定である。その本来の趣旨は、宗教の異なる締約相手国民(例えば、キリスト教国にあるイスラーム教徒、カトリック国にあるプロテスタント)に信仰の自由、礼拝の自由等を保障し、経済的・文化的交流を促そうとするものである。このように、通商航海条約において伝統的に保障されてきた「良心の自由」は信仰の自由をその中核としていたのである。

しかし、今日の通商航海条約に言及される「良心の自由」の内容は「信仰の自由」に限定されるものではなく、外部に表明されない人の内面におけるもの見方や考え方をひろく意味するものとみるのが妥当であろう。たしかに西欧諸国においては「良心の自由」は宗教の自由の内容もしくはそれと不可分一体のものとして主張されてきた。もつとも、これは西欧諸国において、「良心」の解放は教会権力からの解放と同義であったからにほかならず、「信仰の自由」の確立がすなわち広く「良心の自由」の確保を意味したのであって、決して「良心の自由」の名において狭く限

定された「信仰の自由」が追求されたというものではなかったからである。<sup>(58)</sup> 日米通商航海条約は前文で、「両国の国民の間の一層緊密な経済的及び文化的関係を促進することを希望」すると謳っているが、この精神を実質化するためにも、同第一条二項の規定は必須の重要な意味をもっている。

二 アメリカ合衆国人が、指紋押捺制度は多数の在日外国人に日本国籍を持たないという理由で著しい精神的苦痛を与える非人道的な制度であると考え、これには到底従えないとの宗教者としての良心にもとづき指紋押捺義務を拒否する場合、この拒否の内面的な基盤を成す宗教的信念を含む内心における考え方は、同項(b)によって保護される「良心の自由」に該当する。したがって、アメリカ合衆国人が日本において指紋押捺に応じないことは、指紋押捺の強制が同人の宗教的信念を害する限りにおいて、同項によって享有することが許されている「良心の自由」に属する。よって、同項の規定から、アメリカ合衆国国民には指紋押捺義務はなく、指紋押捺の拒否を唯一の実質的理由とする再入国拒否処分およびいったん発給された査証の取消処分は無効である。

### (3) 第一条三項関係

一 日米通商航海条約第一条三項は、「本条の規定は、公の秩序を維持し、及び公衆の健康、道徳又は安全を保護するため必要な措置を執る締約国の権利の行使を妨げるものではない。」と規定している。この規定によって、同一項および二項において締約国民相互に保障される相手国への入国および在留権、ならびに相手国での在留中の諸々の自由および便宜を否定または制限する余地が締約国に認められる。締約国民はこの規定の適用によって、場合によっては同条約上保障される個人の権利や自由を否定または制限されることになるので、個人の人権の確保という観点から、こ

の規定は恣意的に運用されてはならない。

ところで、この規定を援用して、締約国が「他の理由を総合考慮して」締約相手国民の入国・在留を拒否することまでを禁じたものではないと主張する見解がある。この見解が妥当であるかを検討するためには、同項にいう「公の秩序、公衆の健康、道徳又は安全」(英文テキストは、“public order, public health, morals and safety”)の意味を明らかにする必要がある。

二 まず、この条約の起草過程における審議状況であるが、同項にいう「公の秩序、公衆の健康、道徳又は安全」に関する議論はまったくみられない。次に条約制定者の意思であるが、同条約制定時の日本側担当者によれば、同項は入国および入国後の相手国民の取扱いに関し、公共目的の制限を設けることを意図したものであり、その内容は、日米両国の当時の法制上、実質的にほとんど差異はないとされる<sup>(60)</sup>。

現行の法制上、日本への入国拒否については入管法第五条が規定するが、具体的には公衆衛生を害する者、公共の負担となる者、社会的有害性のある者、出入国管理上の理由による者、国家的秩序を害する者、ならびに日本の利益を害する者等が日本への上陸を拒否される者とされる<sup>(61)</sup>。同様にアメリカ合衆国においては、査証の発給およびアメリカ合衆国への入国を拒否しうる者の類型として、公衆衛生を害するおそれのある者、一定の犯罪者、公の安全を害するおそれのある者、公共の負担となる者、就労目的で入国しようとする一定の移民、不法入国者および出入国管理法違反者等が詳細に列挙されている<sup>(62)</sup>。

また、退去強制に関して、日本では、有効な旅券を所持しない不法入国者、不法上陸者、在留資格外活動者、公共の負担となる者、刑罰法令違反者、暴力主義的破壊活動者、法務大臣が日本国の利益または公安を害する行為を行っ

たと認定する者等が列挙され（人管法第二四条）、アメリカ合衆国では、入国禁止事由のある者、在留要件違反者、背德的犯罪を犯した者、麻薬取締法規違反者、スパイ行為・破壊活動等に関するアメリカ合衆国法令違反の活動を行った者、テロリスト、公共の負担となる者等が列挙される<sup>61</sup>。

このように、日米両国の出入国管理法制をみると、日米通商航海条約第一条三項の「公の秩序、公衆の健康、道徳又は安全を保護するため必要な措置」とは、実際には、上記のような入国（上陸）拒否事由または退去強制事由に該当する者を排除することを意図するものと考えられる。同項にいう「公の秩序、公衆の健康、道徳又は安全」とは、具体的には、国家・政府の暴力的破壊、麻薬等の蔓延、伝染病の流行、等々のない状況を意味するものと考えられるが妥当であろう。したがって、国家や社会に対するこうした危険が現実には生じるか、あるいはそうした危険が生じるおそれがないにもかかわらず、同項を援用して条約上保障される相手国民の権利や自由を制約しようとするのは、同項にいう締約国の権利の濫用にあたる。

三　ところで、日米通商航海条約第一条三項の「公の秩序、公衆の健康、道徳又は安全」の概念は通商航海条約に特有のものではなく、その他の条約、とくに人権諸条約においても一般的に用いられている。たとえば、自由権規約第二二条一項はすべての者の結社の自由を規定するが、同二項では、一項の権利については、法律で定める制限 (Restrictions) であって「国の安全若しくは公共の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳の保護……のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる制限も課すことができない。」と規定する。同様の規定は自由権規約第二二条三項、第一四条一項、第一八条三項、第一九条三項および第二一条にもみられ、総称して人権の制約規定 (limitation provisions) と呼ばれる。市民的・政治的権利の保障という自由権規約の趣旨および目的からして、こうした人権制約規定は

厳密に適用されなければならない。締約国による恣意的な運用は避けなければならないことはいうまでもない。

これに関連して、一九八四年に発表された「市民的及び政治的権利に関する国際規約の制約規定および効力停止規定に関するシラクサ原則」<sup>(65)</sup>（以下、「シラクサ原則」という）は、自由権規約にいう「公の秩序」(public order, ordre public)、「公衆の健康」(public health)、「公衆の道徳」(public morals)ならびに「公の安全」(public safety)に關つた次のように宣明する<sup>(66)</sup>。

「公の秩序」

- 22 自由権規約の「公の秩序」という表現は、社会の機能を確保する諸規則の総体、または社会の基礎をなす一連の基本的諸原則と定義できる。人権の尊重は公の秩序の一部である。
- 23 公の秩序は、これを根拠として制約される特定の人権の目的の文脈で解釈されなければならない。
- 24 公の秩序の維持に責任を負う国家機関は、その権限の行使にあたり、議会、裁判所その他権限ある独立の機関の監督の下におかれるものとする。

「公衆の健康」

- 25 公衆の健康は、住民またはその構成員の健康に対する重大な脅威に対処するため、国家が措置をとるさいに一定の権利を制約する根拠として援用されることがある。かかる措置は、病気もしくは傷害の予防、または傷病人の看護を厳密に目的とするものでなければならない。

- 26 世界保健機関(WHO)の国際保健規則を十分に考慮しなければならない。

「公衆の道徳」

27 公衆の道徳は時により、また文化によって異なるので、人権を制約する根拠として公衆の道徳を援用する国家は、一定の裁量の余地をもつとはいえ、その社会の基本的な価値を維持するため当該制約が不可欠であることを明らかにしなければならない。

28 国家の裁量の余地は、自由権規約が定める無差別の原則には適用されない。

「公の安全」

33 公の安全とは、個人の安全、個人の生命・身体に対する危険、または個人の財産に対する重大な損害からの保護を意味する。

34 公の安全をまもる必要性は、法律の規定する制約を正当化する。この概念は、あいまいなまたは恣意的な制約を課するため用いられてはならない。この概念は、これの濫用に対する適切な保護と実効的な救済が存在する場合にのみ、援用することができる。

シラクサ原則は世界的に高名な国際法学者たちによって作成されたもので、自由権規約の人権制約規定に関する今日のもっとも信頼しうるガイドラインを示すものである。このような意義をもつシラクサ原則においても、「公の秩序」、「公衆の健康」、「公衆の道徳」、および「公の安全」の概念は前記のように極めて厳格かつ限定的に解釈・適用すべきことが提唱されている。

四 ムバンガ・チポヤによる「出国・帰国の権利宣言草案」第七条(a)項は、前述のように、「自国を含むいずれの国からも離れ、いずれの国へも入る権利に関しては、(i)法律で定められているとき、(ii)国の安全、『公の秩序』(ordre public)、公衆の健康もしくは道徳または他の者の権利および自由を保護するために必要であるとき、ならびに(iii)国際的に承認された人権および他の国際法上の義務と両立するときを除き、いかなる制限も課されてはならない。」と規定する。同条は出国・入国権の制限が許容される場合を(b)項以下で次のように詳細に列挙する。

- (b) 出国権に対する制限は、明瞭かつ明確でなければならず、また恣意的に適用されてはならない。
- (c) 制限は、緊急な公的な社会的必要性に対応し、正当な目的をもち、かつその目的と均衡がとれている場合のみ、「必要な」ものとみなされる。
- (d) 「国の安全」にもとづく制限は、権利の行使が明白で、緊急かつ重大な危険を国家に生じさせる事態においてのみ、援用することができる。個人が軍事機密を入手したという理由でこの制限が援用される場合には、その制限は、限られた期間、特定の状態にとつて適切なときに限り、適用される。この制限は、個人がその機密を入手した時から五年を超えて適用されてはならない。
- (e) 「公の秩序」にもとづく制限は、保護されるべき特定の利益と直接に関係するものでなければならぬ。「公の秩序」とは、民主的社会的基礎をなす、人権の尊重と両立する普遍的に受け入れられた基本的諸原則を意味する。
- (f) 「公衆の健康」は、住民またはその構成員である個人の健康に対する重大な脅威が存在するときに援用できる。
- (g) 「公衆の道徳」は、社会における基本的道徳価値を維持するため不可欠であるときに援用できる。

(h) 「他の者の権利および自由」にもとづく制限は、親族（未成年者についての両親を除く）、雇用者その他の者が承諾を与えないことによって、出国（入国）しようとする者の出発（入国）を妨げることができ、意を味するものではない。

「出国・帰国の権利宣言草案」第七条に示される外国人の入国権は国際慣習法上いまだ確立してはいないが、同上(b)項以下に提示される出国・入国権の制限を正当化しうる場合の列挙は、外国人の入国の制限を正当化しうる場合のガイドラインとみると、その内容は現在でもすでに十分に説得力をもつものと思われる。

五 国際法学会 (Institut de Droit international)<sup>(97)</sup>は一八九二年のジュネーブ会期において「外国人の入国許可及び強制退去に関する国際規則」を採択した。この規則は、一九世紀末における外国人の入国許可等に関する一般国際法を文章化したものであるが、「人道と正義により、各国は、この権利の行使にあたって自己の安全と両立する範囲内において、その領土に入国せんとし、またはすでに在留する外国人の権利と自由を尊重しなければならない<sup>(68)</sup>。」とする内容は今日でも妥当するものである。とくに、同規則第六条は、文明国の領土への外国人の自由な入国については、「慣習若しくは文明の基本的相違を理由とするか又は大量の外国人による危険な組織化若しくは集合を理由とするような、公の利益及びきわめて重大な動機を理由とするほかは、一般的にかつ恒久的に禁止することはできない<sup>(69)</sup>。」とし、国家が外国人の入国を禁止しうる場合を厳密に限定している。

## (4) 小 括

以上の考察によれば、日米通商航海条約第一条三項の「公の秩序、公衆の健康、道徳又は安全」の概念に關し、次のような結論が導き出される。すなわち、これらの概念は、その適用いかんによっては、同条において締約国が互いに相手国民に与える入国・在留の権利を否定または制限する効果をもつので、自由権規約の人権規約規定で用いられている「公の秩序」等と同様に、個人の人権を制限する機能を果たすことになる。この意味で、日米通商航海条約の「公の秩序」等の解釈にあたっては、シラクサ原則に示されるように、これを極めて厳格かつ限定的に解釈・適用するのが、前文に明示される同条約の趣旨および目的に照らしても、妥当な解釈の態度であると考えられる。

具体的には、「公の秩序」等による入国の制限は、緊急の公的・社会的な必要性に対応し、正当な目的をもつものでなければならず、かつその制限と制限の目的との間には均衡がとれていなければならない（「出国・帰国の権利宣言草案」第七条(c)項）。また、「公の秩序」にもとづく入国権の制限は、その制限によって保護されるべき特定の利益と直接に關係するものでなければならぬ。加えて、ここにいう「公の秩序」とは、民主的社會の基礎をなす普遍的に受け入れられた基本的諸原則を意味し、それは人権の尊重と両立するものでなければならない（「出国・帰国の権利宣言草案」第七条(e)項）。

こうした視点から外国人登録法上の指紋押捺制度を眺めると、この制度を維持することが「公の秩序」であるとは主張しがたいものと思われる。しかし、仮に讓つて、同制度が日本の「公の秩序」に該当することを否定しないとしても、指紋押捺の拒否を唯一の実質的な理由として、日米通商航海条約上保障されるアメリカ合衆国人の日本への入国を拒否する根拠として、同条約第一条三項の「公の秩序」を援用することはできないであろう。なぜなら、かかる理由にもとづくアメリカ合衆国人の入国拒否は、「緊急の公的・社会的な必要性」の故にとられたものとは到底主張で

きず、また、特定の者が指紋押捺を拒否しても指紋押捺制度の運用が著しく妨げられることはないので、同制度の維持と一人のアメリカ合衆国人の入国の拒否との間に均衡がとれているとは考えにくいからである。

こうしてみると、同条約第一条三項にいう「公の秩序、公衆の健康、道徳又は安全」とは、国家全体または国家内の特定の地域等のかかなり広域かつ広範な人々が影響を受ける場合を想定した規定と解するのが妥当であり、一外国人の特定の行為等を射程とする規定でないことは、文理上からも明らかである。したがって、同条約第一条三項の「公の秩序」等の解釈・適用によって、同条約の締約国は「他の理由を総合考慮して」相手国民の入国・在留を拒否する権限を認められているものと判断するのは困難である。

以上の理由から、外国人登録法上の指紋押捺を拒否したことを実質的に唯一の理由として、アメリカ合衆国人の再入国を拒否し、また同人に入国査証を発給せず、同人の日本への入国を拒否する日本政府の権限は、日米通商航海条約第一条三項の解釈によっても導き出すことはできない。

## （二） 第四条関係

日米通商航海条約第四条一項は、「いずれの一方の締約国の国民及び会社も、その権利の行使及び擁護については、他方の締約国の領域内ですべての審級の裁判所の裁判を受け、及び行政機関に対して申立をする権利に関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えられる」と規定する。ここにいう「裁判を受け、及び行政機関に対して申立をする権利」とは、たんに裁判を受け、申立をする権利というだけでなく、紛争の公正な解決はそれにふさわしい手続によってなされるものでなければならぬという公正手続の保障をも当然包含するものと考えられる。<sup>(10)</sup>

同条が裁判を受ける権利とあわせて、「行政機関に対して申立をする権利」を保障するのは、日本国憲法第三二条の「裁判」が司法権の作用としての「裁判」を意味するの<sup>(7)</sup>に比べ、より広く行政権の作用に関しても、締約国民の相手国内における適正手続の保障を権利として承認するものと考えられる。

この規定によって、アメリカ合衆国民は、自己の日本国への再入国の許否や査証の取消の可否は、デュープロセスの保障とその実践のもとに決せられるべきことを日本国に対し請求する権利を有する。換言すれば、締約国は同条にもとづき、締約相手国民に対し再入国を不許可にしたり査証を取消したりする場合には、適正な手続を実施し、当該締約相手国民に事前に告知と聴聞の機会を与えるべき法的義務を負っているのである。したがって、締約国の法務大臣および外務大臣が、こうした義務を履行せしめた締約相手国民の締約国への再入国不許可処分および査証取消処分は、いずれもその裁量権の濫用であり、同条に照らして無効である。

### (三) 第八条関係

日米通商航海条約第八条三項は、「いずれの一方の締約国の国民及び会社も、他方の締約国の領域内で学術、教育、宗教、及び慈善の活動を行うことに関して、内国民待遇及び最恵国待遇を与えら」れる、と規定している。この規定は、同条約の前文の前記引用にいう、「文化的関係を促進する」ことを実質化するため盛り込まれたものである。

アルトマン教授のように、多年にわたり日本の大学において学術、教育、宗教の活動に従事してきた者は、同項にもとづき、日本国において内国民待遇および最恵国待遇をうけて、学術、教育、宗教の活動を行うことを保障されている。こうした者に対して、日本への再入国を拒否し、査証を取消す行為は、同項によってアメリカ合衆国人に保障

されている学術、教育、宗教活動に関する内国民待遇および最恵国待遇を否定する行為である。したがって、かかる行為はいずれも法務大臣および外務大臣の裁量権を逸脱し、またはその濫用であり、同項に照らして無効である。

#### (四) 日米通商航海条約の自動執行 (self-executing) 性

日米通商航海条約第一条一項(c)および同二項(b)は、締約国民の入国および在留という直接個人の権利に関わる事柄に関する規定であり、規定内容が明確であり、締約国に法的義務を課するものである。したがって、これら条項が自動執行性を有することは、その文言の性質からしても明らかである。同第四条一項については、「……締約国の国民……も、……他方の締約国の……裁判所の裁判を受け、……に関して、内国民及び最恵国待遇を与えられる。」(傍線引用者)と明記されており、同様の理由で自動執行性を有すると考えられる。同第八条三項についても同様である。したがって、上記諸規定は、日本の裁判所において、「直接適用可能」な規定である。<sup>(72)</sup>

なお、アメリカ合衆国においても、通商航海条約は一般的に自動執行性を有し、したがって、裁判所において「直接適用可能」とみなされている。<sup>(73)</sup>

#### (五) 結 論

以上に検討したように、アメリカ合衆国人に対する法務大臣の再入国に関する裁量権および外務大臣の査証発給に関する裁量権は、一般外国人に対するものとは異なり、日米通商航海条約第一条一項(c)、同第二項(b)、同第四条一項

ならびに同第八条三項の規定によって制約されており、その限りで、両大臣のまったくの自由裁量ではなくなっている。それにもかかわらず、日米通商航海条約上日本国が負う義務を履行せず、アメリカ合衆国人に対し再入国を拒否し、査証を発給しない行為は、日米通商航海条約の規定に反し無効とされなければならない。

また、上記両大臣の自由裁量を日米通商航海条約第一条三項を援用することによって正当化することは、同項が本来もつ目的ならびに同条約の趣旨・目的に照らして、不可能である。

日米通商航海条約第一条一項(c)、第一条二項(b)、第四条一項ならびに第八条三項の規定は、いずれも自動執行性をもち、日本の裁判所において「直接適用可能」である。したがって、アメリカ合衆国人はこれら諸規定を援用して、日本の裁判所で自らの権利の保障を求め、または権利の救済を主張することができる。同時に、裁判上そのような主張がなされた場合には、日本の裁判所は「直接適用可能」なこれら諸規定を裁判規範として受けとめ、これを解釈・適用しなければならぬことはいうまでもない。

(44) 日本は、日本国との平和条約の締約国と新たに通商関係を規律する条約を結ぶことを約束し(同a項)、同時にそれまでの過渡措置を規定する(同b項)。

(45) 日米通商航海条約については、入江啓四郎「日米通商航海条約要解」法律時報三五卷六号(一九五三)、兼松武「日本国とアメリカ合衆国との間の友好通商航海条約(一)」「(二)」時の法令九七―九九号(一九五三)、菊池正「日米友好通商航海条約——その主要規定の現代的意義」外交時報一〇二三号(一九六五)、菊池正「日米友好通商航海条約における若干の問題点(その1―その5)」名城法学一八卷二号、二〇卷三・四合併号、二二卷四号、二三卷一号、二五卷一号(一九六九―一九七五)参照。

(46) 第一六回国会衆議院外務委員会議録第一七号、昭和二八年七月二二日、八頁。参議院外務委員会においても、同局長が同旨の説明をしている(第一六回国会参議院外務委員会議録第一四号、昭和二八年七月二二日、一頁)。なお、この条約の制定当時の外務省経済局の担当者による解説においても、(c)については、(入国・在留につき)「条約上の保障はなく、もっぱら当該国の入国法規に従う

- ことを要するもの」とされている (兼松、前掲注(45)、「友好通商航海条約」(四頁))。
- (47) Message from the President of the United States transmitting a Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation between the United States of America and Japan, together with a Protocol relating thereto, signed at Tokyo on April 2, 1953. Senate Executive Reports, 83rd Congress, 1st Session [Executive O], at 3. なお、上院外交委員会小委員会における公聴会記録は、Hearings before the Subcommittee of the Committee on Foreign Relations, United States Senate, 83rd Congress, 1st Session on Executive R (82d Cong., 1st Sess.), F (82d Cong., 2d Sess.), H (82d Cong., 2d Sess.), I (82d Cong., 2d Sess.), J (82d Cong., 2d Sess.), C (83d Cong., 1st Sess.), N (83d Cong., 1st Sess.), O (83d Cong., 1st Sess.): Treaties of Friendship, Commerce, and Navigation with Israel, Ethiopia, Italy, Denmark, Greece, Finland, Germany, and Japan, Respectively, July 13, 1953.
- (48) 「最恵国待遇」とは、一締約国の領域内で与えられる待遇で、第三国のそれぞれ国民、会社、産品、船舶又はその他の対象が同様の場合にその領域内で与えられる待遇よりも不利でないものをいう (同条約第三二条三項)。
- (49) 「内国民待遇」とは、一締約国の領域内で与えられる待遇で、当該締約国のそれぞれ国民、会社、産品、船舶又はその他の対象が同様の場合にその領域内で与えられる待遇よりも不利でないものをいう (同条約第三二条二項)。
- (50) 「一般に条約の前文は、単に原則を掲げただけで、本文の各条を離れて、独自の法的拘束力はなく、各通商条約でも、その本文で具体的に最恵国待遇、内国民待遇、その条件性、無条件性、相互性等につき規定しているのではあるが、そういう特別の規定や制約がないかぎりには、一般無条件の原則が適用されるとする解釈の根拠として、前文に掲げた原則も、十分実効的な意味があるわけである。」(入江、前掲注(45)、八六頁)。「通常は通商条約の前文には、一般の条約と同様締結の趣旨および目的を簡単に宣明する以外に、各条の規定と実体的に関連する規定は置かれぬのが例であるが、この条約(日米通商航海条約)では、重要な基本精神又は解釈基準が設けられている。すなわち、『無条件に与えられる最恵国待遇及び内国民待遇の原則を一般に基礎とする』という規定がそれである。……無条件の最恵国待遇とは、相手国が相互条件その他実質的な反対給付に該当するような待遇を与えることを条件とせず、当該国で第三国が享受する待遇と同一の待遇を与えるべきことで、したがって前文の趣旨は、各本条中に最恵国待遇に関し明文の規定がない限り、いっさいの場合に無条件で最恵国待遇を許すべきであるという趣旨である。」(兼松、前掲注(45))、「友好通商航海条約」(二頁)。このように、第一条には最恵国待遇等について特別の規定がないので、前文の原則が意味をもち、「その他の目的」で入国・在留しようとする相手国民には、最恵国待遇および内国民待遇の原則を一般的に基礎として入国・在留を許可すべきものと

解される。

(51) 条約法条約第三一条以下の解釈原則は、条約解釈の一般的なガイドラインとなっている。もともと、条約法条約は遡及効をもたない（同条約第四条）ので、同条約の発効以前に発効した日米通商航海条約の解釈について直接適用されるわけではない。しかし、そこに掲げられた解釈原則は、条約法条約として法典化される以前から国際慣習法として存在していたものであるから、実質的には日米通商航海条約の解釈にも適用される（同条但書）ものと考えられる。

(52) 「前文でなお注目すべきことは、『文化的関係の促進』と『相互に有益な投資の促進』を特記したことである。文化的関係についてこの条約は著作権の保護その他の別個の条約に譲るべき事項にはなんらふれるところがないが、非営利の学術団体その他の活動を保障する基本的待遇条項が設けられており、友好通商航海条約という平時の国交の基本関係を設定する条約の趣旨が、単に通商経済関係に止まらないことを示すものである。」（兼松、前掲注(45)、「友好通商航海条約」三頁）。

(53) 在留資格は従来同法第四条一項に定められていたが、平成元年十二月一日法律第七九号による大改正で第四条は削除され、在留資格は別表第一に列挙されることとされた（平成二年三月二十六日政令第三四号により、平成二年六月一日から施行）。これによって、従来の一八種類の在留資格は、現状にあわせて二八種類とされた。川島慶雄「『出入国管理法』の改正と若干の問題」阪大法学三九卷三・四合併号（一九九〇）、法務省人国管理局参事官室「出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律と在留資格制度の整備」外国人登録三七五号（一九九〇）参照。

(54) 四七頁をみよ。

(55) アルトマン教授事件被告準備書面(一)、平成二年一月二五日、四四―四五頁。

(56) 日米通商航海条約に関する国会審議において、林修三内閣法制局長官（当時）は次のように答弁し、日米通商航海条約が国内法に優先することを明言している。すなわち、「憲法第九八条第二項で、日本国が締結した条約及び確立された国際法規は尊重し遵守しなければならぬという規定がございます。従いまして、外国との間の条約は、わが国においては十分に尊重しなければならぬことになっております。従いまして、国内法的効力の面が出て参りました場合には、原則として条約の方が勝つ、かように考えます。」（前掲注(9)、林修三内閣法制局長官答弁）。

(57) 菊池正「ウィルソン著『合衆国通商条約と国際法』」名城法学一七卷一・二合併号一七五頁（一九六七）。

(58) 『注釈 日本国憲法（上巻）』、前掲注(27)、三八二―三八三頁。

- (59) アルトマン教授事件被告準備書面(3)、前掲注(55)、四五頁。
- (60) 兼松、前掲注(45)「友好通商航海条約(一)」四頁。
- (61) 廣瀬和孝「入管法概説(七)」外国人登録三五八号一三一七頁(一九八八)。
- (62) Immigration and Nationality Act of 1952, Sec. 212, 8 U.S.C.A. §1182 (West Supp. 1991).
- (63) 中村義幸「退去強制法研究序説——国際法と国内法の交錯——」(4)「拓殖大学論集」四八号三三—三五頁(一九八二)参照。
- (64) Immigration and Nationality Act of 1952, Sec. 241, 8 U.S.C.A. §1251 (West Supp. 1991). なお、萩野芳夫「国籍・出入国と憲法」一一八—一三七頁(勤草書房、一九八二)参照。
- (65) 一九八四年春に、一七か国の研究者、人権NGO代表者、ならびに国連人権センターおよびILOの代表、合計三一名の国際法専門家がシシリ島のシラクサにおいて一週間会合し、討議の結果作成した。この原則は、自由権規約の制約規定および効力停止規定に関するものとも優れた解釈指針である。The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 7 Human Rights Quarterly 3 (1985). シラクサ原則は、ムバンガ・チポヤ報告書(前述)においてもしばしば引用されている(Mubanga-Chipoya, *supra* note 19, at notes 89, 92, 97, 99, 101, 111 and 113)。
- (66) シラクサ原則第二二—二八項および第三三—三四項。
- (67) 世界の有名な国際法学者からなる国際的に極めて権威のある国際学会。
- (68) 宮崎繁樹「国際法綱要」一五二頁(成文堂、一九八四)。
- (69) 島田征夫「庇護権の研究」一九二頁(成文堂、一九八三)。
- (70) 日本国憲法第三二条の「裁判を受ける権利」は、一定の手続保障(デュープロセスの保障)をも、その内実として含むものと解されている(「注釈 日本国憲法(上巻)」、前掲注(27)、七一九頁参照)。
- (71) 民事・刑事の裁判のみならず、行政事件の裁判をも含む。憲法第三二条は、伝統的な公開・対審の訴訟手続による裁判を受ける権利を保障する(同右参照)。
- (72) 山本草二「国際法」七五—七六頁(有斐閣、一九八五)参照。
- (73) Dunn, *Civil Rights Laws and United States Treaties: Stagnating in Judicial Limbo*, 5 Hous. J. Int'l L. 323, 329 (1983).

## おわりに

今回の外国人登録法改正によっても、永住者および特別永住者以外の者については国際人権基準の視点からみて問題の多い指紋押捺制度は維持されることになった。結局指紋押捺制度は抜本的には解決されず、今後とも引き続き検討すべき課題として残されたわけである。

いかなる法制度も、絶えず流動しつつある社会の変化に応じて変革すべきであり、内外の情勢や社会の変化から取り残されることのないよう、常に吟味の対象とされなければならぬ。この吟味は、日本が締結した条約によって国が負う義務と法令との整合性にも十分に配慮しつつ進めるべきである。

現行の法令と条約の法的整合性は、当該条約の批准の承認のさいに、国会で審議される。しかし、国際社会も国内社会も急速に展開しつつある今日、条約が批准され、条約が日本の法体系に組み込まれた後も、立法・行政・司法の各部門で、条約とその他の法令との適合性は絶えず検討されなければならない。<sup>(7)</sup>この意味で、裁判所において個人の権利の主張や権利救済のため条約が援用される場合が増えれば、日本の法体系の点検にとって得難い機会となるであろう。こうした裁判の事例は近年徐々に増加しているものと思われるが、残念ながら、日本の裁判所は個人の権利主張や権利救済に関しては、条約を積極的に受けとめて、これを解釈・適用するという対応は示していないようである。最近の指紋押捺拒否事件においても、最高裁判所は恩赦を理由とする免訴で処理し憲法判断を避けているが、下級審の判断をみると、国際的人権の感覚よりも国内秩序などの利益に眼を向けている、<sup>(8)</sup>といわれている。

しかしながら、個人の権利の主張や救済のため、日本が締結した条約を日本の裁判所で積極的に援用するという作

業の積み重ねによって、長期的にみれば、条約や国際的人権保障に対する日本の裁判所の消極的な姿勢を徐々に変えていくことは可能であろう。<sup>(76)</sup> 本稿は、最終的には取り下げられたため、判決をうるには至らなかつた指紋押捺制度に関わる裁判において、アメリカ合衆国人の権利救済のため援用した日米通商航海条約の諸規定に関する論点を整理したものにすぎない。しかし、日本の法体系の中に位置づけられる条約を日本における裁判規範として生かそうとする一つの試みとして、何がしかの意味があるとすれば幸いである。

（一九九二年五月二一日）

(74)「法律に基づく行政庁の裁量権を行使するにあたって、国際法や国際制度に淵源する規範等は十分に考慮されるべきであり、このような考慮を加えることは行政庁のいわゆる他事考慮にあたらなと解すべき」（成田、前掲注(39)、九〇頁）であるとの指摘は重要である。

(75)伊藤正己「国際人権法と裁判所」『国際人権』第一号（一九九〇年）一一頁。

(76)この点に関連して、江橋崇「日本の裁判所と人権条約」『国際人権』第二号（一九九二）参照。