

令和6年（行コ）第52号 旅券発給拒否取消等請求控訴事件

控訴人 兼 被控訴人〔原審原告〕

被控訴人 兼 控訴人〔原審被告〕 国

控訴審：準備書面（3）
一法令違憲論・処分違憲論一

2024年9月17日

東京高等裁判所 第8民事部 D2係 御中

控訴人訴訟代理人弁護士

鈴木 雅



同

岩 井



同

韓 泰



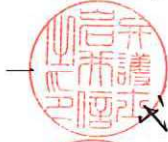
同

土 田 元



同

遠 藤 龍



同

臼 杵 裕 佳 子



控訴人（以下「原審原告」という。）は、柴田憲司・中央大学大学院法務研究科教授の意見書（甲113。以下「柴田意見書」という。）に基づき、旅券法13条1項1号の法令違憲論および本件不発給処分の処分違憲論を補充する。

第1 はじめに―柴田意見書の構成と結論

1 旅券法13条1項1号の憲法適合性について

柴田意見書は、旅券法13条1項1号の憲法適合性について、「憲法適合性の判断枠組みに関する先例との関係」(第2の1)を検討し、「比例原則の普遍性」(第2の2)および「海外渡航の自由の法的性格・法的価値の重要性・普遍性」(第2の3)を踏まえた上で(第2の4)、同条項の憲法適合性を論じている(第2の5)。

その結果、柴田意見書は、「本件規定は、一国の入国禁止措置により全世界への渡航を制限する結果をもたらさうるものであり、個人の海外渡航の自由(憲法22条2項)を不当に制約するものとして違憲無効である。」と結論づける。

2 本件旅券発給不許可処分の憲法適合性について

また、本件旅券発給不許可処分の憲法適合性をも論じ(第3)、これとの関連で、旅券法の累次の改正により「外務大臣の権限自体」を法律の根拠(法律による行政)の要請の観点からも検討している(第4)。

その結果、柴田意見書は、「本件規定は、憲法上の海外渡航の自由を最大限に尊重して解釈されるべきであり、そうした観点から本件規定を解釈すれば、本件規定を要件とする旅券発給拒否処分を行う外務大臣の裁量は広範なものとはいえない(第3)」とし、「本件規定の立法過程での議論等を斟酌すれば、外務大臣にはそもそも一国の入国禁止措置により全世界への渡航を制限する権限は、本件規定・旅券法によって授權されておらず、そうした自由の制限を行う際の裁量も存せず、本件処分は明確な法律の根拠・留保なく行われたものとして違法であり(法律による行政)、ひいては違憲(憲法41条、同73条1号)である(第4)」と結論づける。

以下、確認する。

第2 本件審査の普遍性—旅券法13条1項1号は普遍性に耐えうるか

1 「普遍性」による憲法適合性の検討①—比例原則の普遍性

上記のとおり、柴田意見書は、旅券法13条1項1号の憲法適合性の検討にあたり、審査枠組みとしての「比例原則」の「普遍性」と、審査対象としての海外渡航の自由の「重要性・普遍性」をそれぞれ再確認している。

柴田意見書は、憲法適合性の審査枠組みとして比例原則を適用しているところ、この比例原則の内容は以下のとおりである。

「比例原則とは、自由権を制限する国家行為が憲法に適合するか否かを判断する際、⑦国家行為の目的の正当性、手段の④合理性（いわゆる合理的関連性）・⑤必要性（必要最小限度性。いわゆるLRA）、⑥相当性（狭義の比例性・衡量）を審査するという思考である。」（8頁）

こうした比例原則の思考は、柴田意見書が指摘するとおり、自由権制限立法の憲法適合性の判断枠組みとして、最高裁判所がほぼ常に用いる一般的な定式、すなわち①「公共の福祉に合致する目的」のため「必要かつ合理的」な制限かを（目的手段審査）、②目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を「比較考量」して判断するという定式に基づく思考と、本質的に異なるものではない（同9頁）。泉徳治・元最高裁判所裁判官も、比例原則は「我が国の裁判所にとっても受け入れやすいもの」と述べている（甲15）。

この点、原審原告は、自由権規約の一般的解釈や欧州人権裁判所の裁判例に基づ

いても主張しているが¹、比例原則は、自由権規約委員会の一般的意見 27 と基本的には同じである（甲 14）。

「制限措置は比例原則に適合するものでなければならない。すなわち、制限は目的達成のために適切なものでなければならず、目的を達成する手段のうち最も非侵害的な手段でなければならず、更に達成される利益と比例するものでなければならない。」（甲 14・第 14 パラグラフ）

「比例原則は、制限を規定する法律において尊重されるだけでなく、行政及び司法が法律を適用する際にも尊重されなければならない。国は、これらの権利の行使又は制限に関するいかなる手続も迅速に行われるべきこと及び制限措置を課す理由が開示されることを確保すべきである。」（甲 14・第 15 パラグラフ）

欧州人権裁判所の裁判例（*Stamose v. Bulgaria* 事件判決。甲 16）も、欧州人権条約に基づき、自由権規約委員会の上記一般的意見 27 にも呼応して、比例原則の観点から、法律の根拠、権利制限の目的、必要性と比例性を審査して、欧州人権条約第四議定書第 2 条違反を認めている²（甲 39 [阿部意見書]）。なお、欧州人権裁判所に欧州人権条約違反と断じられたブルガリアの旅券剥奪措置の根拠条文は既に廃止されている。

また、「ドイツ連邦憲法裁判所の判例において、基本権制約の実体的な憲法適合性は、主に比例原則（過剰侵害禁止原則）を用いて審査される」（甲 98 [小山剛論文]）。

以上のとおり、柴田意見書の依拠する審査枠組みの比例原則は、普遍性を有しており、最高裁判所が憲法適合性を検討する際にほぼ常に用いる一般的な定式に基づく思考と本質的に異なるものではない。

¹ 原審原告・第 5 準備書面

² 原審原告・第 5 準備書面

2 「普遍性」による憲法適合性の検討②—海外渡航の自由の重要性・普遍性

また、柴田意見書は、審査対象である海外渡航の自由の法的性格・法的価値を緻密に検討し、その重要性及び普遍性を強調する。

すなわち、柴田意見書は、熊本ハンセン病事件判決³も踏まえて、「人の身体の物理的な移動こそが最も古典的・根源的・基本的な自由であり、経済活動や精神活動などのあらゆる自由の「前提」になる極めて重要な自由だ（だからこそ、たとえば懲役や禁固が刑罰としての意義をもつ）という、身体的な自由権としての意義に重心を置く位置づけ」を強調し、以下のように指摘する。

「移動の自由の保障が、国家が個人を統治の「客体」として扱うことの禁止の表明として、自由保障にとって根源的な意義をもつ」（14頁）

「移動の自由は、経済活動や精神活動など、他の様々な自由の保障の「前提」となる重要な自由であり、精神的自由そのものではない等の理由で移動の自由への広範な制約を安易に肯定することは、事の本質を見誤る危険がある。」（14頁）

こうした海外渡航の自由の重要性は、柴田意見書が指摘する憲法上の「自由保証にとって根源的な意義」に加えて、前記の自由権規約や欧州人権裁判所の裁判例、ドイツの憲法裁判所裁判例とも共通する普遍的性格、普遍的価値からも確認できる。

柴田意見書が指摘するように「戦後に制定されたドイツ連邦共和国基本法や世界

³ 熊本ハンセン病事件判決（熊本地判平成13年5月11日判時1748号30頁）は、「居住・移転の自由は、経済的自由の一環をなすものであるとともに、奴隷的拘束等の禁止を定めた憲法18条よりも広い意味での人身の自由としての側面を持つ。のみならず、自己の選択するところに従い社会の様々な事物に触れ、人と接しコミュニケーションすることは、人が人として生存する上で決定的重要性を有することであって、居住自移転の自由は、これに不可欠の前提というべきものである」と判示する。

人権宣言は、移動・移転の自由と職業の自由を別の条文で保障している。「居住、移転の自由と職業の自由とは区別して考察した方が、より現代的」なのである。

そして、自由権規約の一般的解釈 27 が指摘するとおり、国を離れる権利の制限は、「例外的な状況」が認められる場合にのみ許容され（自由権規約委員会による一般的意見 27・第 11 パラグラフ [甲 14]）、「常に、制限は権利の本質を損なうものであってはならないとの原則（第 5 条 1 項参照）に従わなければなら」ず、「権利と制限の関係、原則と例外の関係は、逆転されてはならない。制限を課すことを認める法律は精確な (precise) 基準を用いるべきであり、制限の実施にあたる者に対して自由裁量 (unfettered discretion) を与えるものであってはならない」（同・第 13 パラグラフ [甲 14]）。

原審被告（国）は「国際的な法秩序及び治安の維持を害するおそれ」なるものを繰り返し主張するが、「国際的な法秩序及び治安の維持」が基礎とする国際人権条約による法秩序・法規範・法原則を全く考慮に入れていない点において失当である。

結局のところ、旅券法 13 条 1 項 1 号は、普遍的な審査枠組みによる、海外渡航の自由の重要性・普遍性のテストには耐えうることができないのである。

なお、柴田意見書は、「伊藤博文の『憲法義解』は、封建時代において人民が「許可ナクシテ旅行及移轉」できず、公権力が「其ノ自然ノ運動及營業ヲ束縛」していた状況は、人々を「植物ト其ノ類ヲ同クセシメ」るものだと述べていたことは、本件を検討するにあたって注視に値する。」と述べている（12 頁）。

原審被告（国）は、1 号該当者（類型者）に対して「我が国が一般旅券を発給し、当該者を我が国の主権を及ぼし得ない自国の領域外に置くこと」の危険性を主張しているが、こうした表記には、意識的か無意識的かは別として、国民を統治の客体として扱い、「植物ト其ノ類ヲ同クセシメ」る思考が垣間見えるというべきである（原審被告・控訴答弁書 10 頁）。

3 旅券法 13 条 1 項 1 号の憲法適合性

柴田意見書が指摘するとおり、比例原則を緻密に丁寧に適用すれば、旅券法 13 条 1 項 1 号の趣旨目的に関する国会での議論の不在が認められ⁴（第 2・5（3））、立法目的はとりわけ平成元年旅券法改正に伴い不明瞭となっている。

また、原審被告（国）が主張するような旅券法 13 条 1 項 1 号の立法事実の「類型」性には疑問があり（第 2・5（4））、ある一国によって入国禁止・許否された者について、とりわけ全世界への渡航の可能性を事前に全面的に奪うという、憲法上の海外渡航の自由への甚大な制約を正当化し得るほどの「類型」性を基礎づける立法事実があるのか、事後的な対応ではなく事前の発給制限でしか対処しえないほどの法益侵害の具体的危険を基礎づける立法事実はどのようなものなのかは、実証的に示されていないことが判明する。

こうした検討を踏まえて、柴田意見書は、以下のように結論づける。

「本件規定（旅券法 13 条 1 項 1 号）は、とりわけ平成元年改正の後、一国の入国禁止措置により、全世界への渡航が事前に全面的に不可能になるという、海外渡航の自由に対する甚大な制約をもたらす（前記第 2 の 5（2））。それにもかかわらず、これまで見てきたとおり、①その制約の重大性に見合った目的の公共の福祉適合性（法益としての価値の重要性、実現の必要性など）や、②当該制約・手段の目的との合理的関連性、③手段の必要最小限度性を基礎づける立法事実が、実証的に示されているとは解されない。」（25 頁）

こうした本件規定による不相当・過剰な制約が生じた経緯として、柴田意見書は次のように分析する。

⁴ この検討と、柴田意見書第 4（33 頁以下）における「法律の根拠（留保）をめぐって」の議論とは表裏一体の関係である。

「こうした本件規定による不相当・過剰な制約が生じたのは、旅券法の累次の改正にもかかわらず、本件規定の文言を議論不在で残存させたことにより、本件規定の文言自体は変わらないものの、本件規定の意義と効果が客観的・決定的に変容したことによるものと解される。一次往復が基本的な制度設計であった時代の旅券法 13 条 1 項 1 号が、旅券法改正により、旅券法制度全体の中で《一国の措置で全世界に行けなくなる》という「新たな意味と機能」をもつようになってしまったため、憲法上の権利への不相当・過剰な制約（比例原則の用語によれば狭義の比例性に反する事態）が生じたものと解される。」（26 頁）

4 合憲限定解釈の困難性

これに対し、本件規定（旅券法 13 条 1 項 1 号）に係る違憲の瑕疵（違憲的適用部分）を除去すべく、法文を合憲的な適用範囲に限定的に解釈する方法が想起されるかもしれない（合憲限定解釈ないし憲法適合的解釈）。

しかし、柴田意見書は、本件における合憲限定解釈の困難性について、以下のとおり、述べている。

すなわち、仮に合憲限定解釈をしようとする、柴田意見書が指摘するとおり、次のようになる。

「旅券法 13 条 1 項 1 号（本件規定）の文言は、「渡航先に施行されている法規によりその国に入ること認められない者」に対し、「一般旅券の発給……をしないことができる」と定める。まず、前記(A)の解釈（二国間の信頼関係維持）によれば、旅券を発給「しないことができる」という文言は、㊦ある国から入国を拒否された者について、入国禁止とした「その国」を渡航先とする（または渡航先に含む）旅券を発給「しないこと」が「できる」ことを意味することとなり（なお、発給する

こともできる)、これが本件規定の合憲的な適用範囲だということになる。④他方、入国禁止とした「その国」以外の諸国との関係を考慮して、1号該当性を理由に旅券（主に全地域を渡航先とするもの）を発給「しない」という選択肢をとることは禁止されることになる（そうした考慮による発給拒否の可否は、前記の通り同条項7号の問題となろう）。」（28頁）

しかし、こうした合憲限定解釈は、当然条文の文理解釈の範囲内でなければならないところ、本件では文理解釈の「限界」を超えることになる。

「この『しないことができる』を、④のような考慮での発給拒否を《してはならない》（『しない』ことは『できない』）と読み替えること、あるいは、この旅券法13条1項柱書の『一般旅券』という文言を、同条項1号該当者との関係に限り、㊦《入国禁止とした「その国」を渡航先とする一般旅券》と読み替えることの可否は、文理解釈としては疑義が残りうる。」（29頁）

すなわち、憲法適合解釈の要請に応えようとしても、「前記のように相応に無理を伴いうる読み替えをする結果となり、合憲限定解釈の限界を超える可能性がある」（29頁）。

結局のところ、旅券法13条1項1号の条文が、要件では「渡航先に施行されている法規によりその国に入ることを認められない者」として、「その国」についてを事由にあげているのに対し、効果では「一般旅券の発給……をしないことができる」と明示しており、「その国」（1号）と「一般旅券」の不発給（1項柱書）の関連性が、条文上も立法事実上も不明瞭であるから、合憲限定解釈の限界（文理解釈の限界）を超えるのである。

なお、1号を法令違憲としても、7号により処理することで何らの不都合も生じない（原審被告（国）が指摘する事態は、いずれも7号により対処できる）。実際、

G 7をはじめとする諸外国では、日本の旅券法の 7 号類似の規定によって対処しており、1 号類似の規定が存在していないことは、繰り返し指摘したところである。

第 3 本件旅券発給不許可処分の憲法適合性について

1 本件旅券発給不許可処分の憲法適合性について

また、柴田意見書は、「仮に本件規定自体を違憲無効とまではしないとしても、本件規定の解釈・適用にあたっては、憲法上の海外渡航の自由の要請を踏まえる必要がある。」として（31 頁）、原告被告（国）の「特段の事情」論が憲法上の人権の「最大の尊重」（憲法 13 条）という観点から疑問があるとして、以下のとおり、指摘する。

「これに対し本件では、①国民の海外渡航の自由は憲法上の権利（憲法 22 条 2 項）であり、旅券法 5 条 1 項もその権利の確認規定だと解される。②また、旅券法 13 条 1 項 1 号は、その要件は「一義的」であり、効果についてもこれを「広範なものとする趣旨」と解すべき文言上の手掛かりはない。行政裁量は、処分の根拠法令の解釈として生じるものである。こうした法文の解釈という視点や文言上の相違を捨象して、外交に関わるという実質論のみで裁量権を「広範」なものと解することは、「法律による行政」（憲法 41 条、同 73 条 1 号）を骨抜きにする。また、憲法上の権利・自由の制約の存在は、行政裁量を否定・限定する。」（32～33 頁）

2 法律の根拠（留保）の不在について

そして柴田意見書は、本件旅券発給不許可処分の憲法適合性との関連で、旅券法の累次の改正により「外務大臣の権限自体」を法律の根拠（法律による行政）の要

請の観点からも検討している（第4）。

すなわち、既に繰り返し指摘したとおり、旅券法改正において、本件規定により、入国禁止とした国（「その国」）以外の全世界の国々への渡航が禁止されることの当否やその立法事実の有無などについて、立法過程で議論された形跡はない。

こうした立法過程での議論が不在の際に、裁判所が違憲審査の文脈で、その立法目的等を事後的に追完することは問題であり（21頁以下）、行政機関との関係でも、立法による明確な授權が不在のまま行政機関が憲法上の自由を制限することを許容する結果となるという重大な問題を提起する。

さらに柴田意見書は、医薬品ネット販売事件判決（平成25年1月11日民集67巻1号1頁。以下、「平成25年判決」という。）は、行政機関が憲法上の権利を「相当程度」制約することに着目し、そうした権利制約を伴う作用を明確な法律の根拠なく、当該行政機関限りの判断では行いえない旨を語ったものであり、こうした侵害的な行政作用には法律の根拠ないし授權が必要であるという考え（法律による行政、法律の留保・根拠）は、平成25年判決の事案のような行政立法の定立の場面であれ、本件のような行政処分の発出の場面であれ、常に一般的に妥当するものであるとした上で、以下のように指摘する。

「平成25年判決が示した明確な法律の根拠の有無を検討する際の考慮要素、特に「立法過程における議論をもしんしゃく」して検討すれば、本件規定（旅券法13条1項1号）が、旅券法の随時の改正にもかかわらず、そのことが立法過程で明確に審議対象とされないまま、全世界（あるいは「関係国」）への渡航を制限する結果をもたらしうる規定になっている点で、明確な法律による授權のない自由制約をもたらしており、法律の留保に反していることは明らかであろう。」（35頁）

3 小括

以上を踏まえて、柴田意見書は、仮に法令違憲ではないとしても、本件旅券発給不許可処分は違法、違憲と結論づけるのである（36頁）。

「本件旅券発給不許可処分は、明確な旅券法上の根拠がないところでなされた点で違法であり、また法律による行政（憲法41条、同73条3号）の要請にも違反する点で違法・違憲である。」（36頁）

第4 まとめ

以上のとおり、柴田意見書に基づき、法令違憲論および処分違憲論を補充した。その趣旨は、柴田意見書の結論に明解であるので、ここに再録する。

「本件規定（旅券法13条1項1号）は、それを文字通り適用した場合、《一国による入国禁止により全世界への渡航を制限する》という結果をもたらしうる規定となっている。こうした比較法的にも類を見ない趣旨不明な規定により（前記第2の5(1)～(3)）、「法の支配」等を基調とする立憲国家の普遍的な諸価値・諸原則、すなわち、海外渡航（移動）の自由という他の自由の前提となる重要な価値を体現した権利に対し（前記第2の3）、法律の留保（憲法41条、同73条1号）という基本原則を看過した（前記第4）、また比例原則という基本原則に反する過剰な制約をもたらしており（前記第2の1・2、4・5）、合憲限定解釈も困難であり（前記第2の6）、形式論・実質論のいずれの観点からも本件規定は違憲無効の規定と解される。

また、仮に本件規定自体を違憲無効としないとしても、本件規定を要件とする旅券発給拒否処分の適法性の判断にあたり、憲法上の海外渡航の自由の重要性や、処分の根拠法令の解釈から得られる裁量の範囲、さらにはジャーナリストの取材活動の重要性（憲法21条1項）にも鑑みれば、広範な外交的・政策的裁量を外務大臣

に付与しているとは解されず（前記第3）、またそもそも法律による行政・授権の趣旨という観点からすれば、裁量の広狭以前に、全世界への渡航を制限する外務大臣の裁量・権限自体が存在しないと解される（前記第4）。

原審被告・国は、本件規定の合憲性や本件処分の適法性を主張する際、「国際的な法秩序の維持や国際社会における信頼関係の維持」を、その保護法益として指摘し、また主権国家が併存する社会において旅券制度が適切に機能するためには「我が国（の旅券制度）への信頼」が重要だとし、「我が国は、法の支配等の普遍的価値や原則に基づき、国際秩序の維持等を発展させることなどを目指している」という。これらの諸価値が重要であることはもちろんであるが、繰り返し指摘している通り、海外渡航の自由の重要性や、その自由の最大の尊重（憲法13条）を要請する比例原則、そして自由制約に明確な法律の根拠を求める法律の留保原則（憲法41条、同73条1号）なども、法の支配等の実現に係る立憲国家の普遍的価値や原則に属する。これらが、こと日本国憲法においてのみ妥当しないと解すべき事情があるとは解されない。

また、上記の「信頼関係」の内実として、原審被告・国が、《一国の入国拒否による全世界への渡航を制限する》ことの根拠として述べる内容、すなわち旅券の保護要請機能等に鑑みた「他国への過剰な負担」や、ある国から入国禁止措置を受けた者に旅券を発給した場合にそれを「把握」する国家との関係、等々の諸点は、原審原告が鋭く指摘するように、「他国に迷惑をかけてしまうかもしれない」という「面子」・「体裁」程度の意味しかなく、「他国の主権に追従しようとするものに過ぎ」ず、海外渡航の自由という憲法上の権利を「事前且全面的に制約するに足る根拠となり得ない」（原審原告控訴答弁書35頁）。

自国民を「植物」として自国に固定し、あるいは統治の客体（外交の駒）として扱わないようにすること（前記第2の3参照）、かくして自国民の移動の自由・海外渡航の自由を最大限に尊重（憲法13条）し（前記第2の1・2、4・5等参照）、法律の留保を順守した判断を行うことが（前記第3、第4等参照）、法の支配等の普

遍的価値や原則の実現に係る主権国家の自律的判断として求められるように思われる。」（３６～３７頁）

以上