

平成29年司法試験再現答案

公法系科目

第1問 憲法

整理番号	ランク
1	C
2	F
3	A
4	A
5	
6	A
7	F
8	D
9	B
10	A
11	A
12	C

【設問1】

第1 はじめに

Xとしては、①法15条8号・18条・19条・23条が、Bの本邦滞在中に出産をする自由を侵害して憲法13条に反して違憲であるとの主張、②法18条・19条・23条が、Bの適正な手続をうける自由を侵害して憲法31条に反して違憲であるとの主張をする。以下詳述する。

第2 ①の主張について

1

憲法13条は、個人が人らしく生きるために必要な人格的生存権については、これを幸福追求権として保障している。これは個人の尊重の価値観からの帰結であるとされている。そして、人が出産をする自由については、出産たるイベントが家族形成に重要な要素であること、生命の誕生として人の人格形成に大きな影響を及ぼす点に鑑みて、人が人らしく生きるために重要なものであるから、憲法13条に保障されるものである。

なお、Bは外国人であるが、前国家的な権利は、外国人であってもこれを保障すべきであるから、Bの出産する自由が憲法13条の保障を受けないとする理由はない。

2

そして、法15条8号は、本邦滞在中に妊娠し出産することを禁止事項として規定し、これに反すると、法18条・19条の手続を経て、法23条により強制出国されることになるので、Bは本邦で出産することができなくなってしまう、同条などにより、かかるBの権利は制約されている。

3

ここに、憲法13条に保障される権利は、個人の尊厳たる基本原理であるため、また中でも出産する自由については先述の通り、人の人格形成にとって重要な権利である。また、法15条8号に該当すれば、法の仕組みからすれば例外なく強制送還となり、その制約の態様は大きい。

そこで、かかる制約については、その目的が必要不可欠で、手段が必要最小限度である場合に限り憲法13条に反せず合憲になると解する。

本問についてこれを見る。まず目的については、本法にいう労働者が本邦で妊娠出産をすれば、日本において家族形成を行い長期に渡る定住を引き起こし、ひいては外国人被扶養者を増加させるなどの欧米諸国にみられるような移民問題を生じるところ、これを防止するというものである。これは、国内の秩序や国民の安心を得るために必要不可欠な目的とはいえる。もっとも、たとえばかかる目的を達成するためには、法15条8号に該当すると直ちに強制送還としなくても、例えば、出産を終えた最初の更新の際にこれを認めない方法を採用するなどのより制限的でない方法もある。よって、手段が最小限度であるとはいえない。

よって、法15条8号・18条・19条・23条は、憲法13条に反して違憲であり、国賠法上違法である。

第3 ②の主張について

1

憲法31条は、人が適正な手続をうける権利を保障している。この権利は、特に日本国民に限ったものではなく、全国的・自然権的な権利であるところ、外国人についても保障は及ぶ。Bとすれば、Bが身体を拘束されて強制送還を受ける際に適正な手続を受ける権利も憲法31条に保障される権利といえる。

2

そして、法18条によれば、警備官は、司法官憲の発する令状なくして、嫌疑者の身体を拘束することができるとしており、その一度収用されれば、法15条規定の禁止事項に該当すれば、例外なく強制送還をうけることになってしまう。ここに、Bが適正な収容手続をうける権利が制約されていることになる。

3

身体拘束をうける場合に適正な手続をうける権利は、これを無視すれば、理由なき身体拘束を助長することになるたえ重要な権利である点に見れば、その制約の目的が必要不可欠であり、手段が最小限度である限り合憲であると解する。

本件では、第2で述べたように、外国人が日本に定住することによる弊害を避けるために、禁止事項にあたるケースを迅速に取り締まり、問題ある外国人を迅速確実に出国させる目的を有しており、たしかにこれは必要不可欠な目的といえなくもない。もっとも、たとえば、警備官の権限を緩めなくても、警備官の人数を増員

するなどすれば、禁止事項にあたる行為をする外国人を広く取り締まることはできるのであって、より制限的でない手段も考えられることである。

よって、法18条・19条・23条は、Bが適正な手続きを受ける権利を侵害し、憲法31条に反し違憲となり、国賠法上も違法となる。

【設問2】

第1 憲法13条の主張について

1 国側の反論

(1)

法15条8号・18条・19条・23条によって、日本で出産することはできなくなるとしても、BはA国に強制送還された後は、A国で出産をすることができるから、そもそも、出産をする自由について制約を受けていない。

(2)

また、仮に制約があったとしても、新制度の創設は、労働力確保の目的と国内の秩序と国民の安心を得る目的とを実現する政策的かつ専門技量が必要な事項であるので、いかなる事項を禁止行為とするかは、立法の広い裁量に属するものであるから、明らかに合理的でないことが明白でない限りは、合憲である。

本件では、法により滞在が許された外国人について、妊娠・出産をすれば国内に永住する可能性が高まることについては合理的な帰結であるから、明らかに合理的ではないことが明白でないといえ、合憲である。

2 私見

(1)

まず、Bはたしかに母国であるA国で出産することができるから、出産をする自由が制約されているわけではない。もっとも、法15条8号・18条・19条・23条によれば、Bは強制送還されることになるので、「日本において出産する自由」は制約されていると解する。

(2)

もっとも、その制約の態様としては、国の反論する通り「日本において出産することができない」だけで、出産する自由そのものが制約されているわけではないので、原告のいうほどには強度ではない点はその通りではある。そこで、違憲審査の基準としては、制約の目的が重要で、手段が必要性・合理性を有する限りで合憲であると解する。

本件では、まず目的は、前述の通り、法による外国人労働者の増加や永住によっては、国民の社会保障システムに影響を与え、国民の秩序が侵される可能性があるのを、これを防止する目的は重要であるといえる。しかし、そもそも、法15条8号のように「本邦滞在中に妊娠し出産すること」を禁止行為としても、日本で子を産んだからといって日本にその後永住・長期滞在するとは限らないのであるから、この禁止事項に該当する者についてこれを強制送還することは、必要性・合理性を欠くといえる。

よって、法15条8号・23条は、憲法13条に反して違憲であり、国賠法上違法である。

第2 憲法31条の主張について

1 国側の反論

そもそも、外国人について滞在を許すか、そして、これに反する状態にあることにつき、いかにこれを取り締まるかについては、本来、立法・行政の広い裁量に属する事項である。よって、制約たる制度が明らかに合理的でない場合に限り、違憲であると解するべきである。

本件では、法に反する禁止行為をした者（嫌疑者）については、警備官に捜査上の権限を広く持たせることが、嫌疑者を迅速に国外に退去させ国内の秩序を守り国民の安心を得るために一定の合理性を有する。

したがって、法18条・19条・23条は、憲法31条に反せず合憲である。

2 私見

たしかに、外国人労働者の国外退去に関する手続きをいかに法定するかについては、立法府行政府の裁量事項であるとはいえる。もっとも、適正な手続きをうける自由それ自体は、重要な権利である。そこで、裁量があるとしても、その判断過程を慎重に審査するべきである。具体的には、判断の過程に考慮不尽や他事考慮があるような場合には、裁量の逸脱濫用があり、違憲となるものと解する。

本件についてみれば、警備官はたしかに司法官憲の発付する令状なくして、嫌疑者の身体を拘束し、これを収容することができるとしているが、この警備官は、外国人の出入国や在留管理業務に従事した経歴が10年以上有する者から選抜された者によって構成されるとしており、ここに、警備官が、不当な身体拘束を生み出さないような一定の配慮がなされている。しかし、法18条・19条・23条の流れの中では、嫌疑者は一度15条8号の禁止行為をしたとの要件に該当すれば、すべからず、法23条の強制送還に至る仕組みとなっている。現実には、本件のBのように出産は日本でしたいが、その後は母国であるA国に帰りたいと望んでいるような者もいるが、上記の仕組みでは、そのような嫌疑者の個人的な事情などは一切顧慮されることがない。例えば、法務大臣が個別的事情に照らして法の趣旨に反しない場合においては、特別に滞留を認めるなどの規定があってもしかるべきであるのに、そのような配慮は全くない。これは、法の適用を受ける者の事情にいて全く考慮がない考慮不尽があるといえる。

よって、法18条・19条・23条には、考慮不尽の裁量逸脱濫用があり、憲法31条に反して違憲となり、国賠法上も違法であると解する。

再現答案(憲法)

設問 1

1. B は、収用を定める特労法 18 条及び 15 条 8 号が身体拘束をされない自由(憲法(以下、法典名省略)33 条)を侵害し違憲であると主張し、また、強制出国を定める特労法 23 条 1 項及び 19 条 3 項は適正手続を定める 31 条に反し違憲であると主張することが考えられる。

2. 特労法 18 条 1 項及び 15 条 8 号について

(1) 権利の性質上外国人にも保障されると解される人権は、外国人も享有する。そして、身体拘束をされない自由は、文言上日本人のみに限定されていないし、また当該自由は人が生活していくうえで必要不可欠のものであるから、権利の性質上外国人にも保障されると解する。

(2) そして、特労法 18 条 1 項は、令状なく外国人を収用することができる旨を定めているから、上記自由は制約されている。

もっとも、上記自由も「公共の福祉」(12 条、13 条)による最低限度の制約に服する。そこで、上記制約が最低限度の制約といえるか。

(3) 令状なく身体拘束をされない自由とは、上記の通り、人が生活していくうえで必要不可欠のものであるから非常に重要な権利である。このような権利であることからすると、その制約が許容されるためには、目的がやむにやまれぬものであり、その目的を達成するために必要不可欠のものでなければならないと解する。それでは以下検討する。

(4)ア 特労法が令状なく収用を定めた目的は、労働力の円滑な供給をもって国民生活の安定及び社会経済の発展に資する点にあり(特労法 1 条)、日本の長期にわたる定住を防ぐ点にある。しかし、現代のグローバル社会において、長期にわたる定住を防ぐという目的が正当化されるとはいえない。したがって、この目的は、身体拘束をすることもやむを得ないとするようなものとはいえない。

イ 仮に、上記目的は身体拘束をすることもやむをえないとするようなものといえとしても、その目的を達成するために必要不可欠な制約であるとはいえない。

まず、女性が妊娠したとしても、日本で出産するかは不明であることからすると、妊娠が日本の長期にわたる定住につながるとは限らない。そうすると、上記目的と手段との間に適合性が認められない。

次に、外国人であっても、日本国内で労働しており日本国内に生活環境があるのであるから、逃走のおそれは小さい。そして、妊娠は、犯罪等国の安全を脅かすような違法性を有するものではない。そうすると、女性が妊娠したからといって、直ちに収用をする必要性は認められない。

したがって、上記制約は目的を達するために必要不可欠なものとはいえない。

よって、特労法 18 条及び 15 条 8 号は違憲である。

3. 特労法 23 条 1 項及び 19 条 3 項について

確かに、外国人には入国の自由及び在留の自由が保障されず、外国人の入国・滞在の可否

は国家の主権的判断に属するものである。本件において、外国人の在留を許すかは、審査官の裁量にゆだねられている(特労法 19 条 3 項)。

しかし、審査官に対し、外国人の裁量を許すかという強力な権限を委任するためには、相当の手続的担保が必要であると解すべきである。そして、審査官は、一定の経歴があり、かつ、一定の試験に合格した者であれば誰でも就くことができる職務であるし、これでは法務大臣と異なり民主的統制が及ばないから、上記のような手続的担保がなされているとはいえない。

したがって、特労法 23 条 1 項及び 19 条 3 項は、適正手続を定めた 31 条に反し違憲である。

設問 2

一. 特労法 18 条及び 15 条 8 号について

1. まず、国の反論として、収容後に手続保障が与えられているから、特労法 18 条は、身体拘束をされない自由を侵害しないと主張することが考えられる。

しかし、事後的に手続保障がされていたからといって、我が国の定める厳格な令状主義に反することは明らかであるから、この反論を認めることは到底できない。

2. 次に、国の反論として、特労法は、労働力の円滑な供給のため日本の長期にわたる定住を防ぐという目的であるから、妊娠を違法事由とすることも制度上当然の帰結であると主張することが考えられる。

しかし、前記の通り、現代のグローバル社会において外国での定住を防ぐという目的自体が正当とはいえないから国の反論は認められない。

3. さらに、国は、特労法に基づき日本に入国した外国人は、妊娠することができないことを知って入国しているのであり、自己の権利を放棄したものといえるから、特労法 18 条及び 15 条 8 号は違憲とならないと反論することが考えられる。

しかし、妊娠とは人類が生存していくために不可欠なものであり、かつ、生来的に行われていくものである。そうすると、いくら妊娠が違法事由と定められているからといって、妊娠することが禁止されていることをも認容したとは認められない。したがって、上記反論は認められない。

以上より、特労法 18 条及び 15 条 8 号は違憲である。

二. 特労法 23 条 1 項及び 19 条 3 項について

1. 国は、我が国の秩序を守り国民の安心を得る必要があり、外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属するという原則からすると、審査官に強制出国の可否を判断させることも適法であると反論することが考えられる。

2. 確かに、国の反論の通り、外国人のうち誰の入国を許し、在留を認めるかについては国家の主権的判断に属するものと考えられる。しかし、強制出国とは、強制的に生活の本拠を奪うという重大な不利益を外国人に与えるものであるから、それを正当化する程度の適正な手続を経てなされなければならないといえる。そして、適正手続を定めた 31 条は、法内

容の適正さをも求めている。そこで、31 条に適合する制度といえるためには、法の趣旨に沿った判断が可能であることが担保されていなければならないと解される。

国は、我が国の秩序を守り国民の安心を得る必要があることから、審査官に強制出国の判断権限を委任している。そうすると、審査官は我が国の秩序を守り、国民の安心を得ることのできるような能力が担保された者でなければならない。しかし、審査官は、一定の経歴と試験を合格すれば、誰でも就くことのできる職務である。そして、法務大臣のような者とは異なり、国の秩序や国民の安全といった大局的な観点から判断する能力が、その経歴や試験をもって担保することができるとはいえない。また、審査官は民主的統制が図られていない。このような事情からすると、審査官は、我が国の秩序を守り国民の安心を得るという法の趣旨に沿った判断が可能な能力が担保されている者とはいえない。したがって、特労法 23 条 1 項及び 19 条 3 項は、適正手続を定めた 31 条に反し違憲である。

三. 国家賠償法に基づく損害賠償請求の可否

立法行為が国家賠償法 1 条 1 項上違法といえるためには、法律の内容が憲法に明白に反するといった特段の事情が必要なところ、上記の通り、特労法の各規定は憲法に明白に違反するものといえる。したがって、B による損害賠償請求は認められる。

再現答案 憲法

設問 1

1 憲法上の主張

B は新労法に基づいて妊娠したことを理由に収容され、A 国に強制送還された。そこで、甲は、(i) 新労法 15 条 8 号が自己決定権を侵害し、憲法 13 条に反すること、(ii) 新労法 18 条が適正手続を定める憲法 31 条ないし 33 条に反することを主張する。

2 (i) の主張について

(1) B は日本で妊娠したところ、新労法 15 条 8 号に基づいて強制収容され、A 国に創刊された。そこで、かかる新労法 15 条 8 号は B の自己決定権としての妊娠の自由を侵害し、憲法 13 条に反するとして、B の代理人甲は主張する。

(2) まず、B の妊娠する自由が自己決定権として憲法 13 条で保障されるかが問題となる。

憲法 13 条は憲法 14 条以下に定める人権の包括的規定であり、14 条以下が人格的利益に関わる重要な人権について定めていることに鑑みて、14 条以下に定めがない権利については 13 条で保障され则认为する。もっとも、人権のインフレを避けるために、13 条で保障される人権は人格的に重要な権利のみ保障され则认为する。

ここで、人は人生の中で様々な岐路に立たされ、どのような人生を選ぶか選択するときが訪れる。そして、どのような人生を選ぶか否かは、その人にとっては生き様そのものであり、自己の人格に影響する重要な問題である。したがって、憲法 13 条は自己決定権を保障している。

また、妊娠し、懐胎した子を出産することは、新たな家族が増える行為であり、その女性にとっては人生の岐路に立たされている。したがって、妊娠し出産する自由は、自己決定権として憲法 13 条で保障され则认为する。

(3) 本件においても、B の妊娠し出産する自由は憲法 13 条の自己決定権として保障される。そして、B は新労法 15 条 8 号により、妊娠し出産したことを理由に日本に滞在することができなくなるという不利益を与えられたのであるから、かかる自由が制約されたといえる。

(4) では、かかる制約が正当化されるか。妊娠し出産する自由は、前述の通り、新たな家族が増える行為であり、人格的利益に直結する重要な権利である。また、妊娠すると日本に滞在することができなくなるのであるから、事実上日本に滞在したい者は妊娠することができなくなるので、強度の制約といえる。

したがって、新労法 15 条 8 号が憲法 13 条に反しているか否かについては、厳格に判断すべきである。具体的には、①立法目的がやむにやまれぬ利益の追及にあり、②その目的を達成する手段としては必要最低限である場合にのみ、合憲になると考える。

まず、①について、新労法の下では滞在期間が定まっているが、妊娠し出産すると日本に長期間滞在することになる可能性が高くなり、それに伴い、外国人被扶養者に対する社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に影響が及ぶことになる。また、長期間外国人

が滞在することで日本人との間で社会的・政治的な軋轢が生じる可能性も高くなる。したがって、新労法 15 条 8 号はそのような弊害を避ける目的で制定された。

しかしながら、妊娠したからといって日本に長く滞在することになるという根拠がないのであり、仮に日本に長期間滞在するとしても、外国人被扶養者に対する社会保障サービス等に影響が及ぶとも限らない。また、外国人との社会的・政治的軋轢が生じるということも根拠がない。したがって、このような立法目的はやむにやまれぬ利益の追及にあるとはいえない（①不充足）。

次に、②について、仮に①を満たすにしても、妊娠した時点で収容し強制送還しなくても、妊娠すれば届出義務を課し、滞在期間経過後にもなお帰国しない場合に強制送還するという方法でも、十分①の目的を達成することができる。そして、そのような方法では妊娠し出産する自由への制約が新労法 15 条 8 号よりも軽度である。したがって、新労法 15 条 8 号のように妊娠していることが発覚した時点で即座に強制送還するという方法は必要最小限の制約とはいえない（②不充足）。

(5) によって、新労法 15 条 8 号は憲法 13 条に反し、違憲であるから、それに基づいて行われた B に対する A 国への送還は違法である。

2 (ii) の主張について

(1) B は、新労法 18 条により、日本に滞在中に妊娠したことで裁判官による令状なしで強制的に収容された。そこで、かかる規定が適正手続きを定めた憲法 31 条、33 条に反し違憲であると主張する。

(2) まず、そもそも憲法 31 条は刑事手続を定めているところ、行政手続についても適用があるかが問題となる。この点については、行政手続でも刑事手続に匹敵する内容のものあるから、そのような行政手続については憲法 31 条の適正手続の保障を及ぼすべきであると考える。

(3) 本件においては、新労法 18 条は裁判官の令状なしで強制的に同法 15 条の列举事由に該当する場合には収容できると定めている。そして、その際には、収容対象者に対して収容の理由を述べ、弁解の機会を与えなければならないとしている（新労法 18 条 2 項）。また、最大で 14 日間もの間収容しておくことが可能なのであり、長期間対象者の自由が制約されることになる。

このような規定に鑑みると、新労法 18 条に定める収容は、刑事手続の逮捕（憲法 33 条、刑事訴訟法 199 条）に匹敵する程、重大な不利益を対象者に与えるといえる。したがって、行政手続である新労法にも憲法 31 条の適正手続の保障の趣旨が及ぶ。

そして、憲法 33 条は現行犯を唯一の例外として逮捕には裁判官の発行する令状が必要であるとしているのであるから、そのような裁判官の発する令状がないにもかかわらず、強制的に逮捕と同視できる収容を許容する新労法 18 条は憲法 31 条ないし 33 条に反するといえる。

(4) によって、新労法 18 条に基づいて強制的に収容した行為は、違法である。

設問 2

第1 新労法 15 条 8 号が憲法 13 条に違反するか否かという点について

(1)まず、被告は、憲法 13 条により自己決定権が保障されるにせよ、妊娠・出産する自由は憲法 13 条では保障されないと反論することが想定される。その理由としては、妊娠・出産する行為は、自己の意思に基づかない、いわば偶発的に生じるものであり、そのような行為は自分で人生を決定する自己決定権とはいいいがたいからである。

この点については、妊娠・出産する行為は確かに誰でもできるわけではなく、妊娠したくてもできない人もたくさんいることからすると、表現の自由との自然権とは異なる性質を有する。しかしながら、避妊等をすれば妊娠を避けることができるし、逆に避妊せずに性交すれば妊娠する可能性は高くなるのであるから、妊娠が行為者の意思に基づかないとはいえない。また、妊娠した者は、懐胎した子を出産するか否かを自由に決定することができるのであるから、出産する行為は完全に行為者の意思に基づく行為であるといえる。

そして、子を生むということは、原告の言う通り、新たに家族を増やす行為であると同時に、子を生むことで育児等を行うことになるし、社会的にも育児休暇が認められていることからすると、子を生むことは今までの生活に大きく変化をもたらすものである。また、自身の子が初めて歩いたとき、初めて言葉を発したときの感動、その子が小学校に入学したときの喜び等、親にならなければ味わうことができないことがたくさんあるのであり、子を生んで育てるということはそのような親でしか経験できないことを通じて親自身も成長していくものである。

そうすると、妊娠・出産する自由は、自己の人生にとって重大な選択であり、自己決定権として憲法 13 条で保障されると考える。

本件においても、B が日本で妊娠・出産する自由は憲法 13 条で保障される。

(2)次に、被告からは、B は妊娠・出産することができなかったわけではないから、かかる自由が新労法 15 条 8 号により制約されたとはいえないと反論することが想定される。

この点については、確かにB は妊娠することができなかったわけではないし、出産することがでいなくなったわけではなく、法 15 条 8 号により A 国へ強制送還されたに過ぎない。しかしながら、B は日本に生活の糧を求めて働きに来ているのであり、そうすると、B は日本で働きたければ妊娠することをあきらめなければならないことになる。すなわち、B は妊娠・出産するか、生活の糧を失うかの二者択一の選択を強いられることになる。そうすると、B は生活していくには事実上妊娠・出産することをあきらめることになるのであり、妊娠・出産することができなくなっているといえる。したがって、法 15 条 8 号は B の妊娠・出産する自由を制約しているといえる。

(3)また、被告からは、仮に妊娠・出産の自由が憲法 13 条で保障され、それが法 15 条 8 号により制約されているとしても、かかる制約は正当化されると考える。その理由としては、日本に滞在することができるか否かは、日本の政府による広範な裁量が働くものであり、滞在するための制度・要件については立法府の裁量が尊重され、その合憲性は緩やか

に判断されるべきであるといえる。そして、法 15 条 8 号は立法目的が正当で、それを達成する手段も合理的な関連性を有するといえる。

この点については、確かに日本に滞在する自由なる権利は認められておらず、あくまで日本の滞在は立法府の裁量の範囲内でのみ認められるから、あくまで新労法に基づく制度の中で日本に滞在する自由が認められているに過ぎないといえる。他方で、前述の通り、制約されている権利は妊娠・出産の自由であり、極めて重要な権利である。また、日本で生活の糧を築くためには妊娠・出産をあきらめる必要があるものであり、妊娠・出産の自由に対する強度の制約である。このような権利の重大性及び制約の強度に鑑みると、妊娠・出産の自由を理由とする滞在を認めないという新労法 15 条 8 号の合憲性については厳格に判断するべきであると考ええる。

具体的には、立法目的が重要であり、その目的を達成する手段として実質的関連性を有していればよいと考える。

(4)では、かかる基準について当てはめると、確かに日本で妊娠したからといって長期間滞在するとは限らないものの、通常、日本で妊娠すると外国へ帰国する準備等を行いにくくなるので、滞在期間を超えて日本に長期間滞在する可能性が高くなるといえる。そして、長期間滞在すると日本の社会福祉サービスを享受したいと考え、要求してくることも容易に想定することができる。

また、欧米では外国人移民の受け入れから社会的・政治的軋轢が生じたという事実が存在する以上、日本でもそのような外国と同様に軋轢が生じる危険性は十分あるし、ましてや島国である日本は外国人の受け入れに対して他国よりも不慣れであるから、より一層軋轢が生じやすい。

そうすると、そのような被外国人扶養者の増加による社会福祉サービスへの影響や日本人と外国人との政治的・社会的軋轢が生じることを避けるということには十分な根拠があり、そのような立法目的は日本の社会秩序を保つためには重要であるといえる。

もっとも、原告の主張する通り、例えば届出制を設けて妊娠した者に対しては長期間滞在しないように監視を強化する等の方法でも十分に目的を達成することができる。さらに、長期間滞在させないことが目的である以上、長期間滞在しない場合に強制送還すれば事足りるのであり、妊娠したからといって必ず直ちに送還させるのは、過剰な制約であり、手段として実質的な関連性を有さないといえる。

よって、新労法 15 条 8 号は憲法 13 条に反し、違憲であるから、それに基づいて行われた B に対する強制送還は違法である。

第 2 新労法 18 条が憲法 31 条ないし 33 条に違反するか否かという点について

(1)被告からは、行政手続には刑事手続の規定たる憲法 31 条の趣旨は及ばないと反論することが想定される。

(2)この点については、原告の主張する通り、新労法 18 条は最大 14 日間の身体拘束をすることができると定めており、刑事訴訟法は逮捕・勾留の最大期間を 20 日間と定めているこ

とと、大した違いはない。また、対象者には収容の理由が示され、弁解の機会が与えられていることからして、刑事訴訟法の逮捕手続と同様の手続が行われている。したがって、新労法 18 条の収容は刑事手続の逮捕に匹敵する内容であるから、憲法 31 条の趣旨が及ぶと考える。

そして、逮捕は現行犯逮捕以外にも緊急逮捕（刑事訴訟法 210 条）も事前の令状取得なしに逮捕することが認められているし、逮捕の目的と収容の目的は異なるのであるから、同一に考える必要はない。したがって、法 18 条は憲法 31 条の趣旨が及ぶにしても、収容の理由を述べることにしていたり、弁解の機会を与える等適正手続の要請が及んだ規定になっているから、憲法 31 ないし 33 条に反しない。

以上

第一設問1について

1. 国家賠償請求訴訟において、三法15条8号が、Bの自己決定権を侵害し、憲三法13条後段に反し違憲である旨主張する。

(1) 却、BはA国籍の外国人であるが、人権の前国家自的性格(憲三法11条)及び国際協調主義(同98条22頁)の観点から、~~(日本国)~~その性質上日本国民のみを対象とするものを除き、人権規定が適用されると解する。

女性に妊娠・出産があるか否かは自己の意思に基づいて決定すべき事柄であり、個人の人格的生存に不可欠なものである。

よてかかる自己決定権はその性質上日本国民のみを対象としてると解する二を述べてはいる。

(76) したがって、Bには妊娠・出産について自己決定権が保障されている(憲三法13条後段)。

(2) よて、三法15条8号は特定労務外国人の妊娠・出産を禁止しているところ、これはBの自己決定権を制約するものである。

(3) 女性に妊娠・出産することはその者の意思に従って行われるべき事柄であり、自己決定権の中でも特に重要なものであると考へることもできる。また、三法は特定労務外国人の三帯在中の妊娠・出産を一律に禁止しており、制約の程度としても非常に強かものである。よて、目的達成のため必要不可欠であり、かつ手段が自由達成のために必要

1 三法15条8号の目的は、日本への長期的にわたる定住を誘引
2 せしめ、この趣旨を徹底し、労働力を確保し、経済成長を
3 促すことにある。確かに、外国人被扶養者が増加すると
4 我が国の社会保障制度に影響が及び、財政負担を圧迫し、
5 経済成長を図ることができないとも思われる。もっとも、この
6 目的のために女性の目で三法を修正し、定住を誘引すること
7 を正当化する。

手は、仮に目的が必要不可欠であっても、女性の妊娠出産

(~~言語行為~~)を一律に言語行為、という手段は目的達成のために1つ

過剩である。又外国人被扶養者の増加にも対応して

財政が圧迫するといわれておき、特定労働者外国人の

個別的な事情を考慮するべきである。にもかかわらず一律に女性

4 牛乳産出産を禁止する 法15条8号は、自給達成のための必要

最小限の年報とばかりなの。

(5) 又、三法15条8号は憲三法13条後段に反し違憲である。

2. 同訴旨に於いて、裁判官の令状等を得ずに警備官の判

18
19
16 において、外国人の身体拘束を許さぬ新制度は、憲法33条

33条, 34条に(華)反し連憲に破る旨封長破。

すなわち、外国人であっても(無)通商手続の保障を受け得る。

といふも人身の自由はその性質上毎々国民の生を対象とするものであ

23 70164711000

よて、憲法31条は手続の法定のみならず、内容の適正も

第 二 設 問

備えてはいたしと解する。

よて、憲三法33条、34条は不適な拘禁がなされる場合に保障している。

新制度は裁判官の令状により第三者の適切なチェックを経ることにより外国人の身体拘束を認めようとしている、手続的保障がなされているとはいえない。

よて、新制度は憲三法31条、33条、34条に反し違憲である。

3. 同訴訟において、法23条はBの滞在の自由を侵害し、憲三法22条1項に反し違憲であると主張する。

第二設問 21-7117.

1. 自己決定権について、

(1). 国は、三法5条5号の誓約書の提出において相手の同意を得ているので、強制の程度は強くないと反論する。

私見として 国の反論に賛成する。~~（強くない）~~ 誓約書を提出することは滞在中の妊娠出産があることについて自己決定することを放棄する側面を有する。しかし、これはあくまで誓約書提出時点の意思であり、後に撤回することもある。

とすれば、完全な権利放棄を認めることは妥当ではない。もとも誓約書提出は、外国人が滞在中の妊娠出産が禁止されていることを認める、これと矛盾することのないようにすることを求めることを意味する。したがって、黙示の承諾と考えることができる。

よて、強制の程度は強度とはいえない。

(2). 国は、目的が重要かつ手段が目的達成のために

（第 問）

1 実質的関連性があるので、制約が正当化されると反論する。
2 私見として、国の反論に賛成する。すなわち、法15条8号の目的
3 自体は重要である。少子高齢化の景観で労働力不足が
4 深刻である以上、外部からの労働力を確保し、経済成長
5 を促すことは必要である。しかし、外国人労働者に扶養
6 者が増えると、社会保障費用が増加し、負担を押し迫
7 るおそれがある。これは経済成長を図ることを阻害する
8 ため、(労働)定住を認めないという趣旨を徹底することは
9 重要である。

10 さらに、特定労働外国人はもともと日本人の定住を希望
11 しておらず、その(特定)地域も限定されている。日本において
12 出生地を希望する者は、通常の入管法に基づき、
13 滞在資格を得ることもできる。したがって、一律に禁ずることも
14 過度な制約といえる。目的達成のために必要かつ
15 有効である。したがって、手段が実質的関連性が認め
16 られる。

17 (3) 以上より、法15条8号は合憲である。

18 2. 人身の自由

19 (1) 国の反論とは、¹⁵裁判官の令状審査に代替する無
20 保障が与えられているので、人身の自由を侵害している旨反論
21 する。

22 私見として、国の反論に賛成する。すなわち、行政手続に
23 ついても法31条、33条、34条が適用されると解する。

1 といふも、行政手続法においても相手方の身体拘束を認めては
2 根拠できると、その趣旨が及びらうとある。もと、行政手続法
3 においては刑事手続と異なり要言があること、個人の
4 事情を考慮するにすぎない。そこで、憲法上の趣旨に合致する
5 手続的保障が充足していれば足りると解する。

6 本件において、収容要件は一定の範囲に限定され(三法15条各号)
7 収容日数も14日を超えないことになっている(三法15条5号)。また、
8 収容理由の告知や弁済手続も行われている(同条22号)。そして、
9 禁止行為等当該事由の審査権は審査官にあること(三法19条
10 2号)、警備官の恣意的な身体拘束がなされないことになっている。
11 したがって、裁判官の審査に代替する手続が保障されている
12 といえる。

13 おて、新制度は憲法31条、33条、34条に反しない。

14 3. 滞在の自由について、

15 (1) 国~~の~~反論は、外国人には入国の自由及び滞在の自由が
16 保障されていること、強制出国は合憲である旨反論する。

17 (1) 私見として、国の反論に賛成する。また、前提として外国人
18 には日本国への入国の自由が保障されていると解する。といふも、
19 外国人の入国の可否は国家の主権的判断に属する事柄である
20 ので、その性質上日本国民~~の~~のみに対象とされているからで
21 ある。したがって、外国人には滞在の自由も認められない。

22 もとも、一端日本国への滞在が認められた場合、その
23 滞在を継続せしめるといふ事実上の期待がある。したがって、

（第 問）

1	恣意的に外国人を強制出国せしめるとは言わなければならないと判解する。
2	但、警備官は三法15条1項各号違反事実を確認して
3	場合、強制出国命令書を送付しなければならないと云、彼
4	には裁量権は与えられている。
5	また、警備官は命令書執行について何らの裁量も有する
6	(三法23条12項、22項)。
7	したがって、恣意的な権限行使の恐れはない。
8	お、合憲である。
9	
10	以上。
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

公法系第 1 問

[設問 1]

甲としては、本件規定が①自己決定権としての妊娠・出産の自由を侵害するものであり、憲法（以下法典名略）13 条に反する②本件規定は令状なく身体拘束を行うものであり適正手続き（31 条 33 条）に反し人身の自由を侵害する③日本に滞在する自由を侵害するものであり 22 条 1 項に反すると主張することが考えられる。

これらの主張の前提として、まず、外国人の人権が日本国憲法上保障されているかが問題となる。この点、人権は人類の歴史の中で確保され、人類であるかぎり当然に有するという自然法思想に基づくものであって、前国家的性格を有するものである（11 条 97 条）から、その性質上日本人にしか認めるべきでないものを除いて、外国人にもその保障が及ぶものと解する。そして、本件規定において問題となる上記①ないし③の自由は、国民主権にかかわるなど、その性質上日本人にしか認めるべきでない人権とはいえない。

したがって、上記自由ないし権利は、日本国憲法上外国人にもその保障が及ぶものである。

① の主張について

13 条は、14 条以下で規定されている人権以外にも、社会の変化に伴って必要とされる人格的生存に必要不可欠な人権をも保障する規定と解される。そうでなければ、憲法上保障が必要と考えられる人権は全て規定しなければならないこととなるが、社会の変化に伴い必要性が生じる人権を全て想定して網羅的に規定することは不可能であるから、保障すべき人権が保障されない結果となり不都合である。

そして、自由に妊娠出産する自由は自己決定権として 13 条により保障されている。なぜなら、家族は個人のアイデンティティを形成する重要な要素であり、社会生活上不可欠なものであって、その形成は自由であるべきである。24 条においても「家族に関する…事項に関しては、法律は個人の尊厳と両性の本質の平等に立脚して、制定されなければならない」とされ、それを受けて制定された民法は婚姻年齢や重婚、親族間の婚姻等の制限を除いては妊娠や出産に関して制限規定を設けていない。これは妊娠出産による家族形成の重要性から個人の人格的生存に必要な自由として保障すべきものであることを示すものといえる。

したがって、妊娠出産する自由は、13 条により保障されており、本件法 15 条は当該自由を制約するものである。

もっとも、妊娠出産する自由が憲法上保障されているとしても、当該自由は無制限ではなく、「公共の福祉」による制約を受ける。そこで、本件法による制約は公共の福祉による制約として正当化されうるか。

妊娠出産する自由は上述の通り、個々人の社会的生活を営む上で重要な権利であり、その制約の正当性は厳格に判断するべきである。具体的には、目的が必要不可欠で、その目的達成のための手段が必要最小限度である場合には合憲となる。

これについて本件をみるに、本件法 15 条による妊娠出産の自由に対する制約の目的は、

日本への長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底し、外国人被扶養者の増加による社会保障制度への影響をなくすことにあると考えられる。この目的は社会保障の予算等、国家の財政事情に関することであり必要不可欠な目的といえる。

しかし、日本国内で妊娠・出産したとしてもそのまま日本に定住するとは限らず、妊娠・出産それ自体を禁止することは上記目的達成の上で必要最小限度の制約であるとはいえない。

以上より、本件法 15 条 8 号による妊娠出産の自由への制約は 13 条に反し違憲である。

② の主張について

まず、31 条の保障はその文言上、直接的には刑事手続きに関するものであるといえるが、人権侵害は行政手続きにおいても生じる恐れがあることから、刑事手続きではないという理由だけで当然に保障の範囲外とするのは妥当ではない。したがって、行政手続きに関しても 31 条の保障が及ぶと解する。

本件法による強制収用、強制出国の手続きは行政手続きであるが上記理由より 31 条による保障が及ぶところ、本件法 18 条に基づく強制収用は人身の自由を強制的に奪うものであり、実質的に逮捕勾留にあたる。それにもかかわらず、令状なく行われているのであるから、令状主義（33 条、34 条）に反し違憲である。

③ の主張について

22 条 1 項は居住移転の自由を保障する。どこに居住するか、そこから移転するかは生活する上でその基盤となることであり、個々人の生活を営むために必要不可欠な自由である。本件法 23 条に基づく強制出国は、日本に居住していた外国人を日本国外へ強制的に移転させるものであるから、当該法は 22 条により保障される居住・移転の自由を制約するものである。

もっとも、居住・移転の自由が 22 条によって保障されているといえども、当該自由は絶対無制約のものではなく、「公共の福祉」による制約を受ける。そこで、本件法 23 条の制約が公共の福祉による制約として正当化されるか問題となる。

この点、居住移転の自由は、生活の基盤となる生活拠点にかかわる重要な自由である反面、経済的自由の 1 つであり、その制約の合理性は裁判所の事後的な審査によることも可能である。そこで、当該制約の合憲性は目的が重要で、かつ、目的と手段との間に実質的関連性があるか否かによって判断すべきである。

これについて本件をみるに、本件法 23 条に基づく強制出国の目的は、問題のある外国人を迅速に出国させることによって我が国の秩序を守ることにある。当該目的は、日本が福祉国家として国内の秩序維持と国民の安全を守ることが責務である以上、重要な目的といえる。しかし、本件法に禁止された事項である妊娠又は出産をしたことをもって日本の秩序維持を脅かすような問題のある外国人と認定し、その全てを出国させることは目的との間に実質的な関連性は認められない。なぜなら、妊娠・出産は本件法に反するとはいえず、女性として家族を形成するうえで自然な行動であり、それによって日本

国内の秩序が乱されるとはいえないからである。

以上より、本件法 23 条は居住移転の自由を侵害するものであり、22 条に反し違憲である。

〔設問 2〕

まず、外国人にも日本国憲法上の人権保障が及ぶという甲の主張について、この点、甲主張の通り、権は人類の歴史の中で確保され、人類であるかぎり当然に有するという自然法思想に基づくものであって、前国家的性格を有するものである(11 条 97 条)から、その性質上日本人にしか認めるべきでないものを除いて、外国人にもその保障が及ぶものと解する。

① の主張に対して

当該主張に対しては、自由に妊娠・出産する自由は、13 条に保障される自己決定権としては認められないとの反論が考えられる。しかし、13 条は 14 条以下に規定される人権に含まれない権利についても、人格的生存に必要不可欠な権利については保障するものとする。なぜなら、14 条以下に規定される人権以外の新しい人権は一切保障されないとするのは上述のように不都合だからである。

では、外国人が妊娠・出産する自由も 13 条により憲法上保障されているといえるか。この点、上述のように妊娠・出産というのは、個々人が家族を形成する上で大変重要な営みであり、アイデンティティに深くかかわる事項である。また、社会にとっても女性が妊娠・出産することによってその構成員が維持されるのであって、必要かつ重要性の高い行為であるといえる。これらのことは 24 条の規定にも表れており、民法上も体现されている。そして、このことは日本人であるか外国人であるかにより異ならないし、政治に関与するなどその性質上日本人にしか認めるべきでない権利とはいえない。

したがって、外国人にも妊娠・出産する自由が 13 条により保障されているにもかかわらず、本件法 15 条 8 号は当該自由を制約するものである。

もっとも、妊娠出産する自由が憲法上保障されているとしても、当該自由は無制限ではなく、「公共の福祉」による制約を受ける。そこで、本件法による制約は公共の福祉による制約として正当化されうるか。

妊娠・出産する自由は上述の通り大変重要ではあるが、本件法 15 条 8 号は本邦内での妊娠・出産を禁じているのであって、自国での妊娠出産をも禁止しているわけではない。そこで、本件法 15 条 8 号の合憲性は、その目的が重要で、かつ、目的と手段との間に実質的関連性があるか否かによって判断するものとする。

これについて本件をみるに、本件法 15 条による妊娠出産の自由に対する制約の目的は、甲主張の通り、日本への長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底し、外国人被扶養者の増加による社会保障制度への影響をなくすことにあると考えられる。この目的は社会保障の予算等、国家の財政事情に関することであり重要な目的といえる。

しかし、妊娠・出産してもそのまま日本に定住するとは限らず、また、本件法に基づき

入国した外国人が出産したことによる社会保障制度への影響は、その人数からして財政に影響を与えるほどのものとは考えにくく、本件目的と手段との間に実質的関連性は認められない。

以上より、本件法 15 条 8 号は 13 条に反し、違憲である。

② に主張について

行政手続きにも 31 条の保障が及ぶことは甲主張と同様に考えるが、国としては、行政手続きといってもそれは多種多様であり、すべての不利益を課す行政手続きに 31 条が適用されるとしては、行政手続きの迅速性を害する。そこで、どの程度の手続きを要するかは、制約される権利・利益の内容、緊急性等を考慮して判断するべきであるとの反論が考えられる。

そして、本件では、法により日本に滞在する自由や人身の自由が制約されるが、それは長期にわたるものではない。また、収容の理由を口頭で説明したり、弁解を聴取することが求められているのであるから（法 18 条 2 項）、人権保障に向けられた一定の手続きが要求されており、人身の自由の制約の程度は小さい。したがって、身体拘束を伴うとしても逮捕とは異なり、令状までを要求する必要はないといえ、31 条には反しない。

③ の主張について

外国人は入国の自由を有さず、国際法においても外国人を国内に入国させるか否かは、当該国の自由とされている。入国に関して国の自由な裁量に任されているのであるから、入国後に、当該国に居住する自由についても外国人には保障されていないと考えるのが妥当である。

したがって、本件法に基づいて入国したものについても日本国内に居住する自由は 22 条による保障は及ばず、本件法は当該自由を制約するものではない。

よって、本件法 23 条は憲法に反しない。

以上

平成29年度司法試験 再現答案
公法系科目 第1問

〔設問1〕

第1. 憲法13条違反の主張

農業及び製造業に従事する特定労務外国人の受入れに関する法律（以下「法」という）は憲法13条に反する。それに基づいて行われた収容等の行政行為は国賠法上の違法と評価される。

1. 憲法13条は国民の幸福追求権を保障する。家族とは人同士のつながりの根幹となる単位である。人はどのような人とつながり、どのようなつながり方をするかを自ら決定して自己実現を目指す。妊娠、出産はそのような家族のあり方を決める営みの1つであり、幸福追求に欠かせない。よって、「妊娠をする自由」は同条により、憲法上の権利として保障される。

法15条8号は、特定労務外国人が妊娠することを禁止する。よって、同規定は特定労務外国人の妊娠の自由を制約する。

2.

(1) 確かに憲法上の権利といえども、「公共の福祉」に適合した制約は許容される（憲法13条後段）。しかし、重要な意義を有する権利を制約する場合には、それが許容されるかは、厳格に審査されなければならない。

妊娠とは上記のとおり、自己実現の一環としてなされるものであり、いかなる人生を構築するかという人格形成の重要な一場面と言える。これを厚く保障することは、憲法24条の趣旨にも合致する。そのため、妊娠の自由は、重要な意義を有する権利と評価すべきである。そこで、その制約は厳格に審査されなければならない。具体的には、やむにやまれぬ目的があり、かつ目的と手段の間に実質的な関連性が要求される。

(2) 法の目的は、特定労務外国人を受け入れることによる社会的・政治的軋轢を回避することである。これは、欧米諸国での移民の大規模な受け入れから生じた問題が参考にされた。しかし、我が国と欧米諸国では、地勢的情勢も、受け入れる外国人の数も大きく異なる。そのため、欧米諸国の問題を参考にした立法事実が我が国にも同様にいえるのかは定かではない。このような不確定な立法事実によって制定された法律の目的は、やむにやまれぬ目的ということとはできない。

また、短期間の滞在の趣旨を維持することが目的であれば、いかなる事情があれども滞在期間を経過すれば本国へ帰国させるという手段をとれば十分である。あえて妊娠することを制限する必要性はない。そのため、目的と手段の間には実質的な関連性は認められない。

以上より、法15条8号の制約は、公共の福祉に適合するものではない。よって、同規定は憲法13条に違反する。

第2. 憲法31条違反の主張

法18条は特定労務外国人を令状なく収容できることを規定する。これは憲法31条に反し、それに基づく行政行為は国賠法上の違法となる。

憲法31条は国民の自由を奪う場合の適正手続を要請している。これは、手続きが法定されているのみならず、その内容が適正であることも求められている。特に身体を拘束する場合には、原則として司法官憲が発する令状によらなければならない（憲法32条）。

法18条は特定労務外国人の身体を拘束することを認めている。ところが、それには令状の発付が要件とされていない。これでは、身体拘束にかかる手続きの内容が適性とはいえない。したがって、同規定は憲法31条に違反する。

〔設問2〕

第1. 憲法13条について

1. そもそも、憲法13条は「国民の」権利を保障したものである。同条により保障される権利が外国人にも認められるのだろうか。

憲法上の権利は、自然権の思想をもとにした、前国家的な基本的人権をカタログにしたものである。そのため、その権利の性質上、国籍を有するものにのみ保障することが明らかなもの以外は、外国人にもその保障は及ぶ。妊娠の自由の重要性や意義は国境を超えて変わるものではない。そのため、同自由は外国人にも保障される。

2. 妊娠の自由は、憲法13条に明文があるわけではない。安易に同条によって憲法上の権利を認めると、人権のインフレ化を招きかねない。明文にない人権を認めることは抑制的であるべきではないか。

憲法13条は、国民の人格的生存に不可欠な権利を保障したものと解される。それによって、人権のインフレ化を抑制することができる。妊娠の自由には、設問1で述べたように、重要な意義が認められ、人格的生存に不可欠な権利であると評価することができる。よって、同自由は憲法13条により保障される。

3. 憲法上の権利が外国人にも認められるとしても、その性質に応じて、保障の程度は日本国籍を有する者とは区別される。妊娠の自由も、日本国籍を有する者とは保障の程度が異なるのではないか。

確かに、妊娠の意義や価値は、国籍にかかわらず、同様に享受される。しかし、妊娠の先には、出産、育児、教育などがある。それには、公共団体の扶助等の社会保障が必要となる。社会保障制度を外国人にどの程度及ぼすかは、専門的技術的な事項であり、財政事情も考慮にいれなければならない。そのため、これについては立法府の広い裁量に委ねられる。妊娠が社会保障制度の構築とかかわる以上、外国人の妊娠の自由は、日本国籍を有する者と同様に保障することはできない。よって、設問1のように厳格な審査をすべきではない。具体的には、正当な目的があり、手段が目的達成のために合理的な関連性を有していれば、合憲と評価すべきである。

法の目的について、確かに、欧米諸国と我が国では異なる面もある。しかし、賃金の低

い外国人労働者に日本の国民の雇用が奪われている、あるいは外国人による凶悪な犯罪が発生しているといったニュースがないわけではない。そのため、社会的・政治的軋轢を回避するために特定労務外国人の滞在期間を短期間にするという目的は正当であると評価できる。

手段について、滞在期間中は労働を適切に行えないとなると、我が国での労働力を確保するという立法目的にそぐわない状況となる。特定労務とは、農業や製造業といった、比較的身体的にきつかったり、機械の使用などで危険にさらされたりするものであると想定される。そのため、妊娠している者が従来通りそれらを行うことは困難である。よって、妊娠した者に労働を維持させつつ、滞在期間が終了すれば直ちに帰国させるという手段では、立法目的は達成されない。また、妊娠を認めた上で、育児等のために長期滞在を認めたとすれば、比較的簡易な入国手続きを認めた法の潜脱となる。あるいは妊娠を認めた上で、公的な扶助等の社会保障を認めず、滞在期間経過に伴い直ちに帰国させるとすると、子の成長や福祉に大きな支障を生じさせ、それを是認するわけにはいかない。そのため、妊娠の段階でこれを制約することもやむを得ない。したがって、手段も目的達成のために合理的な関連性を有していると評価できる。

以上より、法15条8号の制約は公共の福祉に合致する。よって、同規定は合憲である。

第2. 憲法31条について

1. 憲法31条以下に規定された適正手続は、刑事手続を念頭に規定されたものである。

しかし、法による手続は行政手続である。そのため、憲法31条以下の保障は、法の手続きには及ばないのではないか。

行政手続といえども、国民の権利自由に制約を加えることに変わりはない。そのため、行政手続であるという理由のみで、直ちに憲法31条の保障が及ばないと評価すべきでない。法の手続きにも、憲法31条の保障が及ぶ。

2. 行政手続といえども、その目的や態様は様々である。そのため、どの程度の手続きが要請されるかは、具体的に検討されなければならない。法18条の収容については、令状を必要としなくとも、適正であると評価できないか。

確かに、特定労務外国人は元々短期間の日本滞在を予定したものであり、我が国での生活の基盤は弱い。そのため、逃亡の危険は比較的高く、迅速な収容のためには令状を待っているのは遅いということもありうる。しかし、違法な事実があると疑うに足りる相当な理由がある場合に身体を拘束するというのは、刑事手続き上の逮捕そのものである（刑事訴訟法199条1項）。また、その期間も最長14日間と、逮捕に伴う身体的制約や精神的苦痛とほとんど変わらない。確かに被収容者には弁解の機会が与えられている。しかし、短期間の滞在を予定した外国人が日本語の能力に長けているとは考えにくい。そのため、むしろ適正な手続を保障するためには慎重を期すために令状による司法官憲の判断が不可欠である。したがって、法18条が令状なく特定労務外国人を収容することを認めるのは、適正な内容の手続きとはいえず、憲法31条に反すると評価すべきである。

以上より，法 18 条は憲法 31 条に反し，無効である。それによりなされた B の収容は
国賠法上の違法であると評価される。

以上

H 2 9 年憲法 再現答案

設問 1

1. 収容の根拠規定たる法 18 条は憲法 31 条に反する。

(1)適正手続を受ける権利は同条により保障される。

(2)そして、法 18 条は外国人の身体拘束にあたって事前の司法審査等の適正な手続を法定していないので同権利を制約している。

(3)上記権利は人の身体を自由を保障するために重要な権利である。他方、法はこれを直接的に制約している。したがってその合憲性は厳格に判断すべきであり、目的が必要不可欠で手段が必要最小限度である必要がある。

法の目的は、適正迅速に、禁止行為をしたと疑われる外国人を確保しその事由の有無を確認する点にある。もっとも、その事由の有無の審査は審査官が行うが、身体拘束する主体もこの審査官も共に行政官である。そのため適正な審査が期待できず、上記目的との関係で適合性を欠く。

よって必要最小限度の手段とはいえない。

(4)よって法 18 条は違憲である。

2. 強制出国を定めた法 19 条 3 項および 23 条は憲法 22 条 1 項に反する。

(1)まず、ある国に滞在する自由は居住・移転に準じて 22 条 1 項により保障される。

(2)法は特定の外国人について強制的に出国させるのであるから上記自由を制約している。

(3)居住場所に滞在することは、そこで生活を営むという人格的価値と不可分に関連する自由であるから重要な権利である。また、法は強制的に出国させるのであるから上記自由を直接に制約する。そのため合憲性は厳格に判断され、目的が必要不可欠で手段が必要最小限度である必要がある。

目的は、禁止行為を行った外国人を出国させることで国民の安全を守る点にある。もっとも、禁止行為を行った外国人が必ずしも国民に危害を与えるとは限らず、これらの外国人を強制的に出国させることは適合性を欠く。また、何らかの処分をするとしても強制出国という過剰な手段をとらなくとも警告などの手段によって代替できる。よって必要性もかける。

したがって必要最小限度の手段とはいえない。

(4)よって法 19 条 3 項、23 条は違憲である。

設問 2

1. 18 条に関して

(1)国の反論

31 条の権利は刑事手続にのみ適用されるのであって、行政手続には適用が無い。仮に適用があっても、31 条は手続規定の適正な適用を求めるものであり手続自体の適正は要求されない。仮に手続内容の適正が要求されても、どのような手続を法定するかは立法裁量の

問題であり、合憲性は緩やかに判断する。

本件では審査官と警備官はその職務が分離されており、適正かつ迅速な手続に資する。よって目的との間に合理的関連性がある。

よって合憲である。

(2)私見

まず 31 条は、刑事手続のみならず刑罰と同程度の処分を与える行政手続きにも適用される。また、手続規定をいかに適正に適用してもその内容が適正でなければ身体的自由などを実効的に保護できない。そのため 31 条は手続内容の適正も要求している。

同条が身体的自由などを防御するための重要な権利である一方で、被告主張のように立法裁量も認められる。そこで合憲性は目的が重要で、手段が目的と適合性必要性を有しているかどうかで判断する。

本件では、目的は禁止行為をしたと疑われる外国人を迅速適正に身体拘束して同事由の有無を確認し、もって国民の安全確保する点にある。これは国民の安全(13 条)という重要な利益保護のためであるので重要である。そして、手段としては身体拘束主体の警備官と、禁止行為事由の有無を審査する審査官はともに行政官であるが、その職務は分離されており、適正な身体拘束という目的に適合している。また、非拘束者は 48 時間以内に審査官に身体拘束を報告されるとともに、自己の主張をする機会が与えられているため手続き保障も図られている。その上、憲法は一定の緊急下では令状なしの身体拘束も予定している(33 条)。したがって必要性も認められる。

よって法 18 条は合憲である。

2. 法 19 条 3 項、23 条について

(1)国の反論

滞在する自由は 22 条に列挙されておらず、保障されない。仮に保障されて制約が認められるとしても、どの外国人を滞在させるかは国家主権による判断に委ねられており裁量が認められる。したがってその合憲性は緩やかに判断する。

禁止行為を行った外国人を強制出国させることによって、国民に対する危害を防ぐことにつながるので適合性は認められる。また、出国させずに滞在させた場合に別途国民に危害を加えられることを防止するには出国させるという手段は必要性もある。

よって合憲である。

(2)私見

移転する自由が保障される以上、その移転先の場所において滞在する自由が保障されなければこれを保障した実効性が失われるので、滞在する自由も保障される。そして。強制出国処分を認める法はこれを制約する。

滞在する自由が原告主張のように重要な権利である反面、被告主張のように国家主権の要請もある。そこで合憲性は目的が重要で、手段が目的と適合性必要性を有しているかどうかで判断する。

法 23 条の目的は、禁止行為を行った外国人を出国させることで国民の安全を守る点ことである。これは国民の生命身体という権利を保護する点で重要である。緩やかな条件で入国した外国人が禁止行為を行った場合、国内の治安は悪化し国民の安全は害されるため、出国という手段に適合性はある。もっとも、禁止行為の中には妊娠という自己の意思に反して生じるものもあり、これらを一律に強制出国事由としていることは過度な扱いである。また、警告という他の手段によって国民への危害も防げる。その上、法 19 条 3 項は禁止行為があれば審査官が強制出国を命じるとされており、個々の外国人の個別的事情に応じた対応の余地を規定していない。したがってこの規制は過度なものであり必要性を欠く。

よって違憲である。

設問 1.

甲は、国家賠償請求(国家賠償法 1 条 1 項)の「違法」を基礎づけるため、以下の違憲を主張する。

1. 特労法 15 条 8 項が滞在中の妊娠・出産を認めないことは、妊娠出産を決定する権利への制約であり、違憲であると主張する。

(1) 上記権利は憲法上個別的に保護されている権利ではないが、憲法 13 条は包括的人権保障をしており、人権のインフレ化防止の観点から、人の人格的生存に不可欠の権利について保障していると解する。

妊娠・出産は子どもを持つことにより、その人の人生に大きく影響するものであるし、子どもとの接触を通じて人生がより豊かになるものである。また、妊娠することは、人が本能的に求めるものである。そのため、妊娠・出産する権利は人格的生存に不可欠の権利といえる。

(2) 上述のように、権利は重要であるし、特労法 15 条 8 項は、妊娠等を一切認めておらず、した場合には強制送還されるから、制約は厳しい。そのため違憲性は厳しく判断すべきであり、目的達成の手段として必要かつ合理的なものである必要があると考える。

(3) 本件で、同条の目的は、外国人非熟練労働者の長期にわたる永住を認めないことで、社会保障制度への影響を防止し、又国の秩序を守り、国民の安心を得る点にある。

もっとも、妊娠したからといって、日本に定住するとは限らず、外国人非熟練労働者はお金稼ぎのために日本に来る者である以上、稼げれば帰国しようと考えているものとみることができ、現に B も日本である程度お金を稼いだら A 国に戻りたいと考えている。よって、妊娠等の禁止

が必要かつ合理的であるとはいえない。

2.特労法 18 条 1 項は、令状なしで被疑者の身柄を拘束することを認めており、憲法 33 条,31 条に反すると主張する。

そもそも同条は刑事犯に対する規定であると考えられる。もっとも、行政・立法権の行使に当たっても、同様の人権侵害がなされるおそれがある以上、同条は適用され得ると考える。適用されるか否かは制限を受ける権利と制限によって保護される法益とを比較衡量すべきである。

本件で、特労法 18 条 1 項は身体拘束に当たっては、身体という人の基本的な法益に有形力行使がされるものであるし、収容は身体の自由に制約を加えるものであるから、制限される法益は重大である。一方、前述のように妊娠等しても永住するとはいえない以上、保護される法益は永住される不安感を取り除く程度のものでしかない。よって、33 条、31 条が適用され、同条に反する特労法 18 条 1 項は違憲である。

設問 2.

1.13 条について

(1)外国人へ憲法上の権利保護は、権利の性質上国民についてのみ認められたと解されるものでなければ認められるが、本件規制は、外国人非習熟労働者の妊娠等を禁止する目的のものでなく、本質的には、在留資格に関する規制である。在留資格については、国民の生命・安全に関わるから、外国人に保障されるものでなく、在留資格の判断は、国民の保護のための広い裁量が立法・行政府に認められると解される。また、本件規制は日本に滞在する間の妊娠等を認めないとするだけであり、母国に帰れば妊娠等できるのだから、妊娠等を直接制約するものでない。更に、

原告の主張によれば、外国人は日本に永住するものでないから、外国人は本国に帰って妊娠できる以上制約は厳しいものでないというべきである。

よって、著しく不合理であると認められない限り、特労法 18 条 1 項は合憲であると反論することが考えられる。

確かに、特攻法は、外国人非熟練労働者の受け入れに関するものであるから、被告の主張通り、裁量が認められると考えるべきである。もっとも、原告の主張するように妊娠等は重要な権利であるし、妊娠等をしようとする、日本での労働が続けられないという状況では、お金を稼ぎたい外国人非熟練労働者にとっては妊娠等自体を断念することとなかなかねない。そのため、制約は直接的なものでないとは言い切れない。

よって、裁量権は一定制約され、制約が認められるには、国の秩序や国民の安心が害されると認めるに足りる相当な理由がある場合に限り解する。

(2)国は、子どもができれば、その子を育てる便宜のため日本に定住したくなるのは自然であると主張する。また、外国人非熟練就業者の定住を広く認めることになると、欧米諸国で起こったような社会的・政策的な亀裂が生じ、国民に重大な不利益を被らせることになるから、これを防ぐための制約は合理的なものであると主張する。

しかし、欧米諸国の例は、移民を大規模に受け入れたがために生じた問題であって、本件のように法をきちんと制定して統制する場合には妥当しないと考える。そして、特労法は、特定労務外国人の認証を受けること(同法 2 項)を求め、就労範囲を限定し(同条 3 項),期間を制限してい

る(同条4項)から、同法に基づいている限り、たとえ就労する外国人が妊娠したとしても、この者が定住し、国の秩序・安心が害される危険があるとはいえない。また、法の不遵守が横行しているという状況もなく、法が破られることで危険が生じるともいえない。よって、国の秩序や国民の安心が害されると認めるに足りる相当な理由がある場合に限り、と解する理由はなく、同法は違憲である。

2. 33・31条について

(1)国は、禁止行為をした外国人について18条に基づき収容することは、国民の安全を守ることになるから、その公益上の必要性は高い。また、18条2項によって、収容の理由を口頭で告知され、弁解の機会が保障されているから、適正手続が保障されており、31条に反するとはいえないと反論する。

(2)18条は、15条6項等だけでなく、15条8項も対象としている。同項の行為がなされたとしても、前述のように、国の秩序・安全に影響するものでなく、公益に与える影響があるとはいえない。また、身体拘束しなくとも、弁解録取し、審査して(19条参照)、必要であれば強制出国命令を出せば足りるはずである。それなのに、原告主張のように身体という重要な利益に侵害を加えることは妥当でない。

よって、18条1項が15条8号を対象としていることについて33条、31条違反が認められる。よって、違憲である。

公法系科目第1問（憲法）

第1 設問 1

1 収容・強制出国の根拠となった特労法（以下省略）15条8号は憲法13条後段に反し「違法」であるとして、国家賠償請求訴訟（国家賠償法1条1項）を行う。

（1）すべての権利が憲法13条後段で保障されるとすると、相対的に人権の価値を減少させることになる。そこで、憲法13条後段で保障される権利は、人格的生存に不可欠な権利をいう。

そして、女性の妊娠・出産は、愛する人との子を宿しその生をこの世に産み落とすという女性にしかできない、女性としての人格的生存に不可欠な権利である。したがって、憲法13条後段で保障される。

（2）そして、15条8号に該当すると、18条1項により収容され、19条3項により強制出国を余儀なくされる。そのため、特定労務外国人の女性は日本で妊娠・出産をすることができないため、その自由が制約されている。

（3）そして、上記制約によって、収容・強制出国により身体拘束という一度受けると回復されることのない不利益を被る。そのため、規制態様は強固である。そこで、重要な目的との関連で必要かつ相当なものと認められる場合に、上記制約が許される。

本件では、特定労務外国人の受け入れにより、社会的・政治的軋轢が生じることによって害される国民生活の安定が目的である（1条参照）。そして、特定労務外国人の受け入れによって社会的・政治

的軋轢が生じるか否かは現時点では不明であり、上記目的は重要とはいえない。

(4) よって、15 条 8 号は憲法 13 条後段に違反する。

2 18 条 1 項・19 条 3 項は憲法 33 条に反し「違法」であるとして、国家賠償請求訴訟を行う（国家賠償法 1 条 1 項）。

(1) 国民主権原理（憲法前文、1 条）の下、日本国民のみを対象とする権利を除き、外国人にも人権は保障される。そして、裁判を受ける権利（憲法 32 条）が外国人にも保障されるのと同様に、身体拘束による不利益は適正手続きを経なければ行うことはできないという理は外国人であることを理由に差異を設ける必要はなく、憲法 33 条も外国人に保障される権利である。

(2) そして、18 条 1 項、19 条 3 項は、司法官憲の発付する令状なしに、その身体を拘束することを定めた規定である。したがって、この規定により憲法 33 条により保障される権利が制約されている。

(3) そして、何ら手続保障を受けずに身体を直接拘束されるという大きな不利益を受けるため、上記制約の程度は強固である。そこで、目的を達成するためにやむを得ないものでなければ制約は正当化されない。

本件において、女性が妊娠・出産したからといってその者が直ちに逃亡するおそれがあるわけではなく、女性が妊娠・出産した後に令状審査をする時間はある、手続保障を受けることができる。そのため、やむを得ないものとはいえない。

(4) よって、18 条 1 項、19 条 3 項は憲法 33 条に違反する。

第2 設問 2

1 15条8号の違憲性について、国側は、外国人の人権は国民主権原理の下、完全に保障されるわけではないため、その制約の仕方についても立法府の裁量が認められるので、その制約の正当性は緩やかに判断すべきであると反論する。

しかし、憲法13条後段で保障される権利は、人の人格的生存の不可欠な権利であり、人格的生存に不可欠な権利といえるかどうかを判断するに際して、日本国民か外国人かで差異を設ける必要はない。したがって、憲法13条後段で保障される権利は外国人にも保障される。よって、その制約の正当性は厳格に判断すべきである。

2(1) 15条8号の違憲性について、国としては少子化に伴う労働力不足を解消するために、特労法を制定し、労働力を確保し社会経済を発展させようとしている。また、外国人の人権保障として、現在も生活保護法などにより外国人はその受給を受けることができない等社会保障制度において、日本国民と外国人とで差異があり、そのことにより日本国内で不平不満がたまると今まで通りの政治・社会運営のやり方では日本国内の政治が成り立たなくなる。そのため、社会的・政治的軋轢により、日本国内が混乱することを防止し、国民生活を安定するという目的(1条参照)は、重要である。そして、日本国内の混乱は一度起こると收拾がつかなくなる事態であることから、特定労務外国人の定住の危険性や社会保障制度等に及ぼす影響への懸念から、制約はやむを得ない、と国側は反論する。

(2) 確かに、日本国内の混乱は何かあってからでは遅く、事前に

混乱が生じないように対策を講じる必要があるため、目的は重要である。しかし、妊婦が飛行機に乗車することには一定のリスクがある。また、子供を妊娠しても出産後子どもの物心がつく前に家族全員を母国に送還すれば、子供にとっての影響も少なくて済み、直ちに強制出国させられるよりは不利益が小さい。したがって、必要かつ相当な手段とはいえない。

よって、15条8号は憲法13条後段に違反する。

3 18条1項・19条3項の違憲性について、憲法33条は刑事手続における手続保障を想定して規定されていること、外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属することから、憲法33条に対する制約の正当性は緩やかに判断すべきである、と国側は反論する。

しかし、憲法33条の趣旨は、逮捕が意思に反して身体拘束を伴う強制処分であるから、第三者である裁判所の審査が介入することにより手続保障ひいては人権保障に資する点にある。そして、行政処分によっても意思に反して身体拘束を受けることはありうるものであり、その場合には刑事手続と同様の不利益を被る。そのため、憲法33条による保障は行政処分であっても変わるところはなく、行政処分に対しても憲法33条が適用される。そのため、憲法33条に対する制約は、目的との関係でやむを得ないものでない限り認められない。

4 18条1項・19条3項の違憲性について、社会的・政治的軋轢による日本国内の混乱から国民の生活安定を図るという目的との関係において、入国の要件が入管法に比して緩やかであること、収容

の要件が限定され、収容後に一定の手続保障が与えられていることから、制約はやむを得ないものである、と国側は反論する。

しかし、労働力確保のために入管法と比して入国の要件が緩やかであることは事前の手続保障が与えられなくてよいということとは無関係である。また、外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属するため、国に裁量が認められるとしても、意思に反して身体拘束を余儀なくされるという制約の態様からすると、その制限は許されるべきではない。さらに、収容・強制出国は一度なされるとこれにより被る不利益の回復は著しく困難であり、これを超えるやむを得ない事由が存在するとはいえない。

よって、18条1項・19条3項は憲法33条に違反する。

以上

憲法

設問 1

1 主張の内容

Bは特労法の規定が妊娠・出産の自由を不当に制約するものとして違憲であると主張する。また、仮に妊娠・出産の自由の制約が許されるとしても、その収容及び出国手続きは手続き保障を欠くものであり違憲となると主張する。

2 外国人の人権

憲法中の人権の中には後国家的なものだけでなく前国家的な権利も存在し、後者は国籍にかかわらず保護されるべきものである。また憲法前文も国際協調主義を採用している。このことから、性質上許す限り外国人にも憲法上の権利を保障すべきである。

そして、後述の妊娠出産の自由や手続き保障は外国人にも等しく保障されるべき重要なものである。

3 保障範囲

憲法 13 条は、その位置、文言、比較憲法的観点からして包括的な人権規定であると解する。そして、少なくとも個人の尊重という観点から、人格的価値に関する自由は 13 条で保障されている。

妊娠出産というのは、人が生命として後世を残していくために必要なプロセスである。また、子が生まれることで女性は母になり、家族が形成され、その人格も親として発展していくのである。そのため、妊娠出産の自由も人格的価値に関わる権利として憲法 13 条で保障されているのである。

4 制約の存在

特労法 15 条 8 号本邦滞在中の妊娠出産を禁止している。そしてそれに反した疑いのあるものは 18 条で収容し 23 条で強制出国の執行が認められている。

これは、本邦の滞在を望むものが妊娠・出産を許さないとするものであり制約が認められる。

5 違憲の主張

仮に公共の福祉の観点から一定の妊娠出産の自由の制約が許されるとしても、以下に述べるように特労法の規定は違憲である。

妊娠・出産は上述のように、生物として人間に欠かせないものであり、家族の形成や親になることによる人格発展にとって重要な権利でもある。しかも、妊娠出産の禁止は本邦で生活・労働を行っている外国人を一方的に収容し、出国させることで担保されていることから、制約の程度も重大である。そのため、制約が許容されるとしても、目的が重要で、当該目的達成のために必要最小限度の手段である必要がある。

特労法 15 条 8 号で妊娠出産を禁止した目的は、外国人非熟練労働者が妊娠出産することによって生じる日本における社会的政治的な軋轢を防ぎつつも、国民生活の安定や社会

の発展に資することである。国民生活の安定等は重要であるが、それが害されるおそれがあるとした根拠は欧米諸国の経験を参照しただけであり、なんら実証的根拠がない。一方で妊娠・出産の自由は確実に害されることになる。そのため、上記目的が重要なものとはいえない。

また、目的の重要性が認められるとしても、手段が必要最小限度のものともいえない。

妊娠出産によって生じると考えられている弊害は、外国人の生活が日本に定着し長期滞在につながりこと、外国人被扶養者の増加によって日本の社会保障制度や保育、教育医療サービス等への負担である。しかし、あらゆる妊娠・出産がこのような弊害を生じさせるわけではない。外国人労働者自身は国民健康保険に加入しているわけではないため、両親ともに外国人の子どもが直ちに上記サービス等を受けるわけではない。また、子どもを産んだとしても、Bのように自国に帰国する意思を持つのが通常である。そのため、両親が外国人の場合上記目的と強制出国との関連性は乏しい。上述のような弊害が想定されるのは、父親が日本人で母親が外国人の場合である。たしかに、父親が日本人で母親が外国人労働者となった場合、母親や子どもが父親の扶養下に入ることによって日本への定住や社会保障への負担につながりかねない。しかし、特労法は父親が日本人の場合と外国人労働者の場合とで区別せず一律に妊娠出産を禁止しているのであるから、必要最小限度の制約とはいえない。

よって、本件妊娠・出産の自由に対する制約は違憲となる。

6 手続保障について

仮に妊娠・出産の自由への制約が合憲だとしても、その実現手段である収容・強制出国手続は手続保障を著しく欠くため、憲法31条以下の適正手続の要請に反し違憲となる。

憲法31条以下は刑事手続を想定した規定であるが、その法意は行政手続にも妥当する。そして手続保障の趣旨は、人権制約において国家の恣意を防ぎ、その合理性慎重を担保することにある。

7 違憲の主張

特労法18条は警備官の判断での収容を認めており、それは最大14日間にもものぼる。これは逮捕以上の人身の自由に対する制約である。それにも関わらず、収容は裁判所の令状審査等を経ることもなく、現場の警備官の判断限りでできてしまう。しかも、収容後の審査も審査官に対する弁解の機会があるのみで、その後の強制出国の判断に対する不服申立の機会すら用意されていない。このような制度では、外国人労働者の受ける不利益が大きいにも関わらず、審査官が判断を誤った場合には是正できないばかりか、その恣意を抑制することもできない。

これは、明らかに適正手続の要請に反しているといえ違憲となると解する。

設問 2

1 反論

A 妊娠・出産の自由についての反論

特労法 5 条 5 号は同法 1 5 条各号に掲げる事項をしない旨を誓約する書面の提出を特定労務外国人に義務付けている。そのため、特定労務外国人は皆自らの意思で妊娠出産をしないことを誓った者たちであるといえる。自ら妊娠出産の自由を放棄している以上それを理由に収容・出国を強制したとしても、権利制約は存在しないのである。

また、仮に妊娠出産の自由の制約が認められるとしても、本邦外での妊娠出産を認めないというわけではないのだから、その制約の程度は小さい。しかも、妊娠は避妊するか、性交を行わないという自己の判断で避けることが出来ることである。そのため、目的が合理的で、手段と目的が合理的関連性を有する限り合憲となる。

原告の主張する、政治的社会的軋轢を防ぎつつ、労務の円滑な供給を実現し、国民生活の安定と社会経済の発展に資することは、国家にとって重要である。また欧米諸国で移民の受け入れによって生じた弊害は日本でも起こりうるのである。したがって、目的は合理的である。そして、当該目的を実現するためには、画一的かつ迅速な対応措置が必要とされるため、妊娠出産する特定労務外国人の女性の相手の男性が誰であるかで区別することはできない。しかも、父親が誰であるかに関わらず、妊娠出産により一定期間労働力として期待できなくなり、労働力の円滑な供給を期待できなくなる。よって、目的と妊娠・出産の禁止は合理的関連性を有している。

B 手続保障

適正手続の要請があるにしても、行政活動の円滑かつ安定した運営に対して配慮することが必要である。しかも外国人の入国・滞在に関しては国家が主権的に判断するのが原則であり、国家に裁量が認められる。そのため、刑事手続ほど厳格な手続きは要請されない。

また、特労法 1 5 条の禁止行為は客観的に判断できかつ限定されているのだから、警備官や審査官の恣意や誤解のおそれに乏しい。しかも 1 0 年以上の在留管理等の経験を有しかつ、一定の試験に合格した審査官が、警備官の業務に関わることなくその出国の是非や収容からの解放を判断するので、裁判官の令状審査と同等の正確性があるといえる。よって、手続き保障にかけるところはなく違憲とはならない。

2 私見

A 人権享有・保障範囲について

外国人の人権享有主体性や妊娠・出産の自由が憲法 13 条で保障されることについては原告と同様である。

イ 制約の有無について

たしかに、特労法 5 条 8 号に基づき特定労務外国人は 1 5 条各号該当行為を行わないことを制約している。しかし、この誓約によって放棄されている自由はあくまで積極的に妊娠出産を望んで行う行為であって、意図せず妊娠した場合などは含まれないと解する。そう

しなければ、本件の B のように望んで妊娠したのではない場合や強姦などによって妊娠した場合にも無条件で出国を許容すると誓うことになり、不自然だからである。

したがって、誓約があっても妊娠出産を理由に収容等を行うことは、なお望まぬ妊娠によって不利益を受けない自由に対して制約をしていると考える。

ウ 合憲性

原告の主張するように、妊娠出産は親になることで人格発展につながることで、生物の営みとして欠かせないものであることから、当該自由は憲法 13 条で保障される重要な権利である。また、日本在留時以外でなら妊娠出産しても何の問題もないとしても、在留中に妊娠出産すれば、収容され最終的に現在の生活拠点となっている日本から強制出国させられるという大きな不利益を課されることになる。そのため、原告の主張するような一切の自由を否定するような強力な制約でないとしても、その制約の程度は大きい。

そのため、目的が重要で、実質的関連性が認められることが必要である。

そして、本件規制の目的である、国民生活の安定や経済の発展の重要性は否定できない。しかも、それらが害される実証的根拠に乏しくとも一旦政治的社会的軋轢が生ずればそれを回復するのは容易ではない。そのため、欧米諸国での経験のみから予防を目的としたとしても不合理とはいえない。したがって、目的の重要性は認められる。

上記目的を達するためには、社会的・政治的軋轢が大きくなる前に、迅速かつ予防的な対応措置が必要とされる。たしかに、原告のいうように父親が誰かによって日本に対する影響は大きく差があることは否定できない。しかし、いずれにしろ妊娠出産により労働力の低下は否定できない。しかも、父親が誰かは容易に特定できるものではない。そのため、上記目的のために、父親で区別せず一律に妊娠出産したものを収容や強制出国することには実質的関連性があるというべきである。

よって、妊娠出産の自由との関係では合憲である。

エ 手続保障について

たしかに、特労法 18 条の収容は逮捕と同様に人身の自由に対する制約を生じさせ、強制出国が大きな不利益を伴うことは否定できない。しかし、外国人の出入国および在留は国家に広く裁量が認められていることや、行政の円滑かつ安定した手続き処理の要請を無視できない。これらを前提に総合考慮に基づき、憲法 31 条の趣旨に反しないか検討する。

審査官は一定の経験を有し、試験に合格したものであるため裁判官よりも出入国の処理については専門性を有している。そのため、恣意や誤解に基づく処理のおそれは小さい。また、警備官の収容は迅速性が求められ、被収容者には弁解の機会が与えられている以上権利保護の機会がないわけではない。しかも、入国が一般より緩やかに認められている以上強制出国を緩やかに認めても、均衡の観点から国家の裁量の範囲外とはいいいがたい。よって 1、手続保障に欠けるとはいえず合憲となる。

憲法

第1 設問 1

1, 憲法 13 条について

(1) 弁護士甲が国家賠償請求をするにあたって、要件である違法性を基礎づけるために以下の主張をすることが考えられる。

本件法は、特定労務外国人の本邦滞在中の妊娠出産を禁止したものである（法 15 条 8 号）。そしてそのうえで、法に違反した者について強制収容及び出国の対象としている（法 18 条, 19 条）。

このような制度によって、特定労務外国人は、本邦において妊娠・出産する自由が制限されている。

(2) この点について憲法 13 条は、人が人格的に生存していくうえで必要不可欠な利益について、憲法 14 条以下において保証された利益でないとしても包括的に保障することを趣旨とする。

そして、妊娠出産といった生殖活動は、人が生物であることに由来して当然に保障されなければならないものであり、人格的な生存に必要不可欠なものであるということができる。

以上より、妊娠出産に関する自由は憲法 13 条後段により憲法上保障されていると言える。

(3) また、人権の前国家的性格及び国際協調主義より、外国人についても、権利の性質上日本国民のみを保障の対象としていると考えられる人権を除き、憲法上の権利は等しく保証され则认为する。

本件についてこれを見ると、上記の通り、妊娠出産といった生殖活動は、人が生物であることに根差したものであり、外国人も日本国民も同様に生物である以上、妊娠出産する自由は、外国人にも当然に保障される。

以上より、B の妊娠出産する自由は憲法上極めて重要な権利として保障される。

(4) そして、本件においては、このような極めて重要な権利について、本邦からの強制的な退去を手段として制約をしている。この制約手段は、本邦において労務に従事している特定労務外国人にとっては、職場を失うことになるだけでなく、本邦において形成した人間関係を失わせるものであるから、強度の制約といえる。

そこで、法は、立法目的が必要不可欠なものであり、手段が立法目的を達成するために必要最小限度の者でない限りは、違憲となると考える。

(5) 本件についてこれを見ると、立法目的は、特定労務外国人の長期滞在を認めないことにより、本邦における社会保障制度や保育・教育・医療などの財源の限られたサービスに悪影響を与えることを防止する点にある。

現に欧米諸国で移民を大規模に受け入れた結果、社会的・政治的な軋轢が生じた経験があることからすると、本邦においても在日の外国人の増加によって欧米諸国と同様の事態

が生じかねないと言える。そこで、上記の目的は、必要不可欠なものであるということが出来る。

もっとも、この先日本に定住するつもりはなく、ある程度お金を稼いでから自国に戻るつもりであるが、種々の事情から、日本国内での出産を望むという B のような外国人もいる。このような外国人については、日本滞在中に妊娠出産をしたからと言って、必ずしも、社会保障制度や、保育・教育に悪影響を与えるとは言い難い。

それにもかかわらず、例外を認めることなく、日本滞在中の妊娠。出産を全面的に禁止していることは、立法目的達成手段として必要最小限度の制約であるとは言えない。

(6) よって、本件法 15 条 8 号、18 条 19 条は違憲である。

2, 憲法 33 条について

(1) 法は、嫌疑者について裁判官の令状なく、収容することができることを定めている(法 18 条)。この点について、同条の規定は、裁判官の令状なく身体拘束を受けない権利(憲法 33 条)を制約するものであり、違憲であるとは言えないか、問題となる。

まず、外国人であったとしても、適正手続の要請はあるから、憲法 33 条の権利は、権利の性質上日本国民のみを対象とするものではなく、外国人にも保障される。

(2) したがって、法 18 条の規定が憲法 33 条に反しないと言えるためには、立法目的が必要不可欠なものであり、手段が必要最小限度でなければならない。

(3) 本件についてこれを見ると、まず立法目的は、法に違反した者について、迅速かつ円滑に強制退去を執行する点にあると言える。違反した者が、身を隠す可能性が高く、収容なしには円滑な強制退去が見込めないことからすると、立法目的自体は必要不可欠なものであると言える。

もっとも、刑事手続きにおいても、原則として裁判官による令状が要求されていることからすると、本件のような行政手続においても当然に令状が要求されるのが原則であると考えられる。それにも関わらず、本件法の規定は現行犯逮捕と同程度の必要性があるかどうか疑わしいにも関わらず、無令状で収容することを認めている。したがって、必要最小限度の制約手段であるとは言い難い。

(4) よって、本件法 18 条の規定は、憲法 33 条に反し違憲である。

第 2, 設問 2

1, 憲法 13 条について

(1) まず、国としては、特定労務外国人は、日本に入国する際に、誓約書の提出をしており、法 15 条各号に関する自由については放棄しているため、本件法の規定は特定労務外国人の自由を制約するものではないと反論することが考えられる。

確かに、誓約書の提出をしていることからすると、外国人の意思に反して、制約がなされているものではないとも考えられる。しかしながら、誓約書は形式的にされているものにすぎないし、その存在のみをもって、自由について完全に放棄されていると評価することは困難である、

したがって、法は特定労務外国人の妊娠出産に関する自由を制約するものであると言える。

(2) 次に国は、原告が主張するような法の適用の例外を認めると、規制の先達が横行する恐れがあることから、例外を認めないとしても手段は必要最小限度のものであると評価できると反論することが考えられる。

この点について私見としても、国側の反論は妥当であると考ええる。なぜなら、母国に帰るつもりであると主張していながら、後に考えを翻すことは十分に考えられる一方、そのような内心の変化を国側が察知することは極めて困難であるからである。このような者を野放しにすると、結局立法目的である社会保障制度等への悪影響の防止を達成することができない。

よって、本件法の例外を認めないという手段は、必要最小限度の手段であると言える。

(3) 以上より、本件法 15 条 8 号の規定は憲法 13 条に基づく妊娠出産の自由を侵害するものであるということはできず、合憲であると言える。

2, 憲法 33 条違反について

(1) まず、国としては、外国人の強制出国手続は国家の主権的判断に属する事項であるとして、令状主義違反は問題とならない旨の反論をすることが考えられる。

この点について、確かにいかなる者を強制出国手続きの対象とするかという点については、主権的な判断に属するものであると言え、広範な裁量が認められる。

しかしながら、適正手続に関する点、すなわち手続きの側面については外国人に関しても日本国民と同様に保障されると考える。

(2) 本件についてこれを見ると、原告が主張する通り、立法目的の点においてはともかくとして、手段の点においては必要最小限度のものであるとは言い難いと言える。

したがって、本件法 18 条は憲法 33 条に違反すると言える。

公法系 第1問

第一、設問1

1. 憲法上の主張

特定労務外国人に対し、本邦滞在中の妊娠出産を禁止する法15条8号の規定は、憲法13条によって保障される女性の自己決定権の一つを侵害しており、違憲である。

また、令状なく嫌疑者の身体を拘束することを認める法18条1項の規定は、憲法33条に規定される令状主義に反し、違憲である。

以下詳述する。

2. 妊娠禁止規定について

(1) 制約される権利の性質と程度

ア. 法15条8号は、妊娠・出産に関する女性の自己決定権を制約している。

自己決定権は憲法13条の包括的自由権の一つとして保障されている。特に妊娠は、女性にとって、子を宿し、以後の家族構成・人生設計に関わる重要な決定であり、女性としての人格尊重に繋がる点で、重要な利益である。

イ. 法15条8号に違反した者に対して、法23条に基づき、強制出国命令書が発付されると、国外退去が強制される。これは、日本に出稼ぎにきた女性労働者にとって死活問題となり得る。よって、制約の程度は重大といえる。

(2) 審査基準

ア. 憲法13条は公共の福祉による制約を当然の前提としている。しかし、法15条8号の規定は、重要な権利に対する重大な制約である。よって、合憲性審査は慎重でなければならない。

イ. よって、法15条8号の合憲性審査は、厳格審査基準によるべきである。即ち、①目的が必要不可欠であり、かつ、②手段が目的達成のために必要最小限度の制約に留まると認められる場合にのみ、合憲と解する。

(3) 検討

ア. ①目的について

法15条8号が女性の特定労務外国人に妊娠を禁止する理由は、(i) 自国民との間に生じる社会的・政治的軋轢防止のため、外国人の長期滞在を防止することと、(i i) 社会保障サービスに不足が生じることを防止するために、外国人被扶養者の増加を阻止することにある。

しかしながら、(i) について、長期滞在外国人が必ずしも問題を起す訳ではなく、問題を起こした者を警察力によって排除すれば足りるのであり、外国人労働者の滞在期間を一律に制限することが、必要不可欠とは言えない。(i i) についても、制約される権利の重要性と程度の重大性に鑑みれば、必要不可欠とは認められない。

イ. ②手段について

(i) の目的としての必要不可欠性が認められるとしても、女性が妊娠・出産をした場合、然るべき時期に速やかに帰国させることで足りる。よって、妊娠・出産を認めない、という手段は、必要最小限度とは言えない。

(i i) についても、社会保障支給の可否にあたって、外国人であることを考慮することは許される。よって、そもそも女性の妊娠・出産を禁止することは必要最小限度の手段といえない。

(4) 結論

以上より、法 15 条 8 号の規定は、公共の福祉による制約を超えて憲法 13 条によって保障される女性の自己決定権を侵害している。よって、違憲である。

3. 令状主義について

(1) 制約される権利の性質と程度

ア. 憲法 33 条は、令状主義について規定する。これは、近代憲法において確立された原則であり、人身の自由が国家から不当に侵害されないよう、公平・中立な第三者としての裁判所が令状審査し、正当と認められる場合・限度においてのみ拘束を認めるという重要なものである。

イ. 法 18 条 1 項は、令状審査・発付なく、嫌疑者の身柄を収容できる旨規定している。これは、令状主義という上述した重要な原則に明らかに反している。

(2) 審査基準

令状主義についても、治安維持等の観点から公共の福祉による制約が及びうるとしても、当該憲法上重要な原則に明らかに反する法 18 条 1 項の合憲性審査は、厳格になさねばならぬ。よって、2. (2) で述べた厳格審査基準による。

(3) 検討

ア. ①目的について

法 18 条の目的は、(i) 長期滞在防止の徹底と (i i) 我が国の治安維持のために問題ある外国人を迅速に出国させることにある。

しかしながら、(i) について、外国人労働者を一律に長期滞在させないことが必要不可欠とは言えない。また、(i i) についても、令状請求・審査・発付までの期間をも設けないことは必要不可欠とはいえない。

イ. ②手段について

(i) について、令状審査等の期間が延びることで、特別軋轢が生じることはない。(i i) についても、令状主義という憲法上重要な人身の自由保護のための原則を排斥することは、却って法治国家としての秩序を乱れさせうる。よって、令状主義の排斥が (i) (i i) の目的達成に必要最小限度とはいえない。

(4) 結論

以上より、法 18 条の規定は、憲法 33 条令状主義に抵触し、違憲である。

第二、設問 2

1. 妊娠禁止規定について

(1) 国の反論

ア. まず、外国人には妊娠についての自己決定権は保障されていない、との主張が考えられる。

イ. そして、原則外国人の管理は国家の主権的判断に属することから、高校の福祉による制約は広く認められ、合憲性審査は緩やかな基準、即ち合理性の基準によるべきである、と主張する。具体的には、①目的が合理的であり、②手段が目的達成との間で合理的関連性があれば、合憲であることになる。

ウ. ①の目的について、欧米諸国で移民を大量に受け入れた結果政治的・社会的軋轢が生じた事実を鑑みると、(i) 特定外国人労働者の長期滞在を防止するという目的は、合理的である。また、財政を維持すると言う政府の権能に照らすと、(i i) 社会保障制度に悪影響が生じることを防止するという目的も合理的である。

②手段についても、(i) (i i) の目的達成のため、女性特定外国人労働者の長期滞在を防止し、被扶養者たるこの出産を禁止するという手段は、合理的関連性を有する。

エ. よって、法 15 条 8 号の妊娠出産禁止規定も、公共の福祉による制約の範囲内の権利制約であり、憲法 13 条によって保障される権利を侵害するものではない。

(2) 私見

ア. 日本国憲法の保障する権利については、権利の性質上日本国民のみを対象としているものを除き、広く外国人にも保障されていると解される。

女性の妊娠・出産に関する自己決定権は、日本国民のみならず、外国人にも保障されていると解される。

イ. 国家には、自国主権と治安を維持するため、外国人の入国・滞在可否の決定について、裁量が認められる。しかしながら、妊娠・出産に関する自己決定権は、特に女性にとって、重要な権利である。

よって、厳格な合理性の基準、即ち①目的が重要であり、かつ、②手段が目的達成との間で実質的関連性を有するか否かによって、合憲性を判定する。

ウ. ①目的について、欧米諸国で実際に国民と移民との間に軋轢が生じていると言う事実を照らすと、日本国の治安・秩序維持のためにも、(i) 特定外国人労働者の長期滞在を防止する、という目的は重要と認められる。また、(i i) 社会保障政策維持のために外国人被扶養者の増加を防止するという目的も、自国民への補償を全うしつつ財政を健全に運営することが国家としての基本的責務にある点に鑑みると、重要である。

しかしながら、②手段の目的達成との間の実質的な関連性は認められない。即ち、日本の治安を害するような外国人を迅速に送還する必要性はあるとしても、女性特定労務外国人が妊娠・出産したとしても、3 年の規定期間経過ないし出産等の後の適当な期間が経過した時点をもって送還すれば、国民との間で軋轢が生じるような長期滞在はなくなる。よって、(i) 達成と、特定労務外国人の妊娠・出産を禁止することとの間に、実質的関

連性は認められない。また、(i i) についても、適切な時期に国外退去は求められるのであり、扶養基準や額に差異を設けることで、社会保障へ大きな影響を出さずに済むのであり、妊娠・出産そのものの禁止は不要である。

エ. 以上より、法 15 条 8 号の規定は、憲法 13 条によって保障される権利を、公共の福祉による制約を超えて侵害しており、違憲である。

2. 令状主義違反について

(1) 国の反論

ア. 国としては、外国人に令状主義についての主張適格がない、また、令状主義は刑事手続きについてのみ適用され、行政手続たる外国人嫌疑者の強制出国手続には適用がない、と主張することが考えられる。

イ. そして、国家安全保障のために、国家に裁量が認められ、合憲性審査は緩やかな合理性の基準で足る、とする。

ウ. ①目的は、(i) 長期滞在防止と (i i) 迅速な法 15 条違反者の身柄拘束である。いずれも、治安維持の観点から合理的な目的である。

②についても、迅速な身柄拘束のために令状審査を経ることなく収容することは、目的達成との間で合理的関連性を有する。また、収容後に告知・弁解録取手続が保障されており、不当に身体的自由が侵害されることはない。

エ. よって、法 18 条 1 項の規定は、公共の福祉による制約の範囲内で憲法 33 条令状主義を制限しているに留まり、合憲である。

(2) 私見

ア. 令状主義は、憲法上の重要な原則であり、その性質上自国民のみに保障されるものではなく、外国人にも当然に保障されるべきである。また、適正手続きの保障と令状主義の精神は、国家が国民に対し不当な人身制約をすることの防止にあり、刑事手続のみならず行政手続にも適用がある。

イ. 令状主義は、歴史的に国家が不当に国民の身柄を拘束する事例が存在した事実から、近代憲法によって確立されて重要な原則であり、例外は現行犯逮捕等に限定すべきであって、裁量を広く認めることはできない（憲法 33 条参照）。よって、法 18 条 1 項の合憲性審査は、厳格審査基準による。

ウ. まず、①目的について、現に欧米諸国で長期滞在移民と国民の間に軋轢が生じている事実を鑑みると、(i) 長期滞在を防止するという目的は必要不可欠と言える。また、(i i) 法に反する者を迅速に出国させ、我が国の治安を守り、国民の安心を得るという目的も、国家が治安を維持し国民を守ることを基本的責務としている点に鑑みると、必要不可欠である。

しかしながら、長期滞在防止といっても、令状審査を数日以内に迅速にされるのであれば、軋轢が生じるような長期滞在にはならない。そして、令状主義は国家権力の濫用を抑えて秩序を守るためにあり、これを排斥することは国家秩序維持に繋がらない。また、

身柄拘束時に公平な第三者機関による審査がなければ、事後的に告知・弁解録取手続きがあっても、不当に身柄を拘束される事態は防げない。

エ. 以上より、法 18 条 1 項は、憲法 33 条に抵触し違憲である。

以上