

主 文

本件抗告を棄却する。
抗告費用は抗告人の負担とする。

理 由

一 抗告人は「原決定を取り消す。相手方の本件執行停止の申立を却下する。申立費用は第一、二審とも相手方の負担とする。」との裁判を求めた。その抗告理由は、別紙「抗告の理由」および「意見の理由」（原決定に添付されている意見書中の「意見の理由」と同一内容であるから、これを引用する）記載のとおりである。

二 よつて検討するのに、まず一件記録殊に疏甲第一号証の二、三、同第二号証の二、同第三号証、同第五号証、疏乙第四号証、同第一一號証、同第一三、第一四号証、同第一八ないし第二一號証によると、次の事実が疎明される。すなわち、

1 相手方は、昭和十三年四月二〇日韓国慶尚北道聞慶郡<以下略>において父A、母Bの長男として出生し、高等学校卒業後の昭和三十一年六月一日、勉学の目的をもつて、正式な入国の手続を経ずに本邦に入国し、近畿予備校等を経て昭和三十四年四月早稲田大学第一政経学部政治学科に入学し、昭和三十八年三月同大学を卒業したが、さらに同年四月同大学の大学院政治学研究科（政治学専攻）に進み、比較憲法（政治制度論）の研究、殊に「韓国におけるナショナリズムの研究」をテーマとする研究を続けて、昭和四十四年三月一五日同大学院修士課程を終了し、同日政治学修士の学位を授与された。同人の父Aは札幌市に居住し、パチンコ店の経営等を目的とする株式会社オメガの代表取締役などを行っている。相手方はその後右A方に居住し、右オメガの営業に従事するかたわら、大学院在学当時の前記研究を継続し、昭和四十四年九月には敬文堂出版部から「韓国の憲法―その成立と展開」と題する著書を発表し、さらに「北朝鮮の憲法」と題する著書を発表すべく準備中である。しかして相手方は昭和三十九年韓国に帰国した際、Cと結婚し（翌四〇年三月届出）、翌四〇年七月に長男Dをもうけたが、その後昭和四二年一〇月には次男Eをもうけ、右妻子らは現在相手方の母Bと同居して京都市で暮らしている。

2 さて相手方は、本邦に入国したのちの昭和三十六年四月四日に法務大臣から期間を一年とする特別在留許可をえたが、その後昭和四四年一二月二日までの間に、前後一四回にわたり期間を一年ないし六〇日とする在留期間の更新をえ、その最終の在留期限は昭和四五年一月八日と定められていた。そこでその期限到来前の昭和四四年一二月二六日、「父Aが事業経営のため韓国に帰国しているの、しばらくの間本邦にとどまらないうと、父の本邦における事業の継続が不可能になる。」等の理由を付して在留期間更新の申請をしたところ、法務大臣は翌四五年一月七日にその不許可処分をし、札幌入国管理事務所入国審査官は同年三月一九日相手方を出入国管理令第二四条第四号ロ（不法残留）に該当すると認定した。相手方は直ちに同事務所特別審理官に口頭審査を請求したが、同審理官より同月二〇日右審査官の認定に誤りがない旨判定されその旨通知を受けたので、さらに法務大臣に異議の申立をしたところ、法務大臣は同年五月二五日右異議申立を棄却する旨の裁決をした。そこで抗告人は右同日相手方に対し退去強制令書を発付し、直ちにその執行に着手したが、相手方の請求により間もなく仮放免し、その後一カ月ごとに仮放免期間の延長を許してきたが、同年八月二六日以降これを拒否した。

3 相手方は、右法務大臣のした異議棄却の裁決と、右抗告人のした退去強制令書発付の処分とを不服とし、同年八月二四日法務大臣と抗告人とを相手どつて右各処分の取消を求める訴訟（札幌地方裁判所昭和四五年（行ウ）第一五号事件）を提起した。

以上の事実が認められる。

三 そこで、右の事実関係のもとにおいて、相手方が右退去強制令書にもとづく執行の停止を求める理由があるか否かを、抗告人の抗告理由の順序に従つて判断する。

1 まず抗告人は、本件は本案について理由がないとみえるときに該当すると主張する（抗告の理由二、意見の理由第二）。

しかし当裁判所は、抗告人の右主張は採用できないと判断する。その理由は、抗告人の当審における主張、疎明を考慮に入れても原決定の判断を左右するに足りないといふ付加するほか、原決定の二枚目裏五行目から三枚目裏四行目までと同一であるから、これを引用する。

2 次に抗告人は、回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるときに該当しないと主張する（抗告の理由三、意見の理由第三）。

しかし当裁判所は、抗告人の右主張も採用できないと判断する。その理由は次の

とおり付加するほか、原決定の三枚目裏五行目から四枚目表三行目までと同一であるから、これを引用する。

原告人は、送還部分の執行を停止すれば相手方はその蒙るべき損害を回避しうるとして、第二次的に收容部分の執行停止の申立の却下を主張する。しかし、元来退去強制令書の執行による身がらの收容は、窮極の目的である送還部分の執行を保全するため身がらを確保しようという付随的、補助的措施にすぎないうえ、被收容者の自由を直接的に制限して同人に精神的、肉体的苦痛を与える性質のものであるから、送還部分の執行を停止すべきとする判断に立つ以上は、逃亡のおそれがあるかなど特に身がらの收容のみでも行なうべき特段の必要もないのに、なおかつ收容すべきとすることは、社会通念上許し難いと思料する。本件の場合、相手方は既に認定したとおり、昭和三十一年六月本邦に入国して以来今日まで一五年近い年月、犯罪（不法入国の点は除く）その他本邦の社会秩序をみだす如き格段の非行をおかした形跡は全くなく、かえって大学院に進み修士号をえ著書まで出版したいわば学究の徒であるし、同人が身を寄せている父Aは、一応の経済力と社会的地位を有している。身元が確実なのであるから、逃亡のおそれがあるとはとうてい言いえない（なお、相手方が再三の在留許可更新申請に際し、いついつまでに帰国すると誓約しながら、ついにこれを履行しなかつたことは、一見信義にもとるかの如くであるが、在留許可更新をえようとするあまりのやむない手段だつたと解することも十分可能なのであつて、右誓約違反をとらえ相手方の性行をうんぬんすることは酷にすぎると思料する）。しかも相手方は、前認定のとおり父Aの経営する会社の営業に従事するかたわらであるとはいえ、依然学問の研究に情熱を持ち二度目の著作の準備中であるし、また、本件退去強制令書の発付処分の取消等を求める本案訴訟を提起しているから、たとえ弁護士に訴訟代理を委任しているからといつて、みずから訴訟準備ないし訴訟活動をする必要がないとはいえないし、法律を学んだ者としてみずからこれを行ないたい強い意欲を有するであろうことは、これを窺知するに難くない。その他本件について身がらの收容だけでも行なうべき特段の事情を窺うに足りるなんらの疏明資料はない。そうしてみると、本件の場合收容の限度においてもこれを執行することは、たとえそれが送還部分の執行におけるよりは軽度であるとはいへ、なおかつ相手方につき回復困難な損害が生ずるおそれがあり、かつこれを避ける緊急の必要があるといわねばならない。

3 さらに原告人は、本件の執行停止は、公共の福祉に重大な影響をおよぼすおそれがあると主張する（原告の理由三の（5））。

この点に関する原告人の論旨は、要するに、本件執行停止殊に收容部分のそれは、在留資格のない者に在留を認める結果となるから、わが国の出入国管理行政の建前を著しくみだし、ひいては公共の福祉に重大な影響をおよぼすおそれがある、というのである。しかしながら、ある行政処分の執行が停止されれば、それにより予定された国の行政が一時阻止されることになるから、その意味においては執行停止は行政をみだすといえなくはないが、このことは行政処分の執行停止すべてに通じて言えることであつて、もとより出入国管理行政にのみ限ることではないのみならず、法が執行停止の制度を設けたのは、右の意味において国の行政がみだされることは、個人の権利保護上やむなしとしたからにほかならない。のみならず、本件の執行停止は、相手方の送還、收容を停止するだけのことであつて、相手方に対し在留資格がないのに在留を許可する性質を有するものではない。相手方が本邦に在留しうるのは、送還、收容が停止されることの反射的效果として生ずる事実上の結果にすぎないことは多言を要しない。それゆえ、相手方という一個人の送還、收容が停止されるというだけの理由で、わが国の出入国管理行政の建前が著しくみだされるとは、とうてい考えられない。もし所論のとおりとするなら、收容部分の執行停止はいかなる場合にも許されないことになるが、かかる見解にはにわかに賛同し難い。しかも本件の場合、原告人の全疏明によつても、執行停止をすることが出入国管理行政の建前を著しくみだし、公共の福祉に重大な影響をおよぼすと懸念すべき特段の事情は、なんら認められない。よつて原告人の右主張も採用できない。

4 以上のとおりであるから、相手方の本件執行停止の申立は送還部分についてはもちろん收容部分についても理由があり、これを全部認容した原決定は相当であつて、本件原告は理由がない。よつてこれを棄却すべきものとし、行政事件訴訟法第七条、民事訴訟法第九十五条、第八十九条にしたがい、主文のとおり決定する。

（裁判官 原田一隆 神田鉦三 岨野悌介）

原告の理由

一 相手方の本件執行停止の申立は、本案について理由がなく、また、執行停止の

必要性を認められないから、すべて失当として却下されるべきであるが、この点についての原告人の主張は、別紙意見書中「意見の理由」において述べたとおりであるから、ここにこれを援用するほか相手方の主張および原決定がいずれも出入国管理令上および同管理行政上当を得ないものであることについて、以下にこれを敷衍補足する。

二 本件申立てはその本案について理由のないことが明らかである。

行政事件訴訟法第二十五条第三項にいう「本案について理由がないとみえる」こととは、行政事件訴訟特例法の下において、解釈上、本案について一応理由があることとみえることを執行停止の要件としていたため、この当然のことを明文で規定したにすぎない（杉本良吉、行政事件訴訟法の解説八九頁等参照）そのものであるが、新法ではこの規定が執行停止の消極的要件として定められたため、執行停止申請の段階で行政庁側が、係争処分の適法要件の具備を一応疎明する建前となつたのである。

そこで、原告人は相手方に対し口頭審査および異議申立の機会を与える等厳格な手続によつて行なわれる出入国管理令（以下単に令という。）に基づく收容、退去強制処分の場合には、行政庁が処分の適法要件について主張および一応の疎明を提出すれば、その段階では本案について理由がないとみえるときに当ると解すべきである。蓋し、行政処分は公定力を有し即時執行することによつて行政目的を達成するものであつて、しかもその処分に至るまでの間に、訴訟手続にも比肩するような厳格な行政救済手続が与えられているのであるから、その執行は、私人間の紛争につき現状維持のために認められている仮処分や強制執行停止等と同視することが許されないからである（判例時報四九一号五一頁疎乙第二五号証参照）。

原決定は、相手方が「本邦において、大学院で習得した研究を続けることを望んでいるうへ、父Aが、韓国において設立した二つの株式会社の営業準備のため、韓国に滞在する期間が長いので右研究にあわせて留守中の父に代わつて株式会社オメガの経営にあたる必要上、引き続き本邦に在留することを強く希望するに至つていことが認められるとし、相手方のこれまでの長期にわたる在留期間を無事過ごした生活態度からみれば、相手方を今後本邦に在留させても、わが国にとつて直ちに不都合な事態が生ずるものとも考えられない」と判示しているが、右は全く出入国管理令の解釈、なにかんづく同令における在留資格制度の基本的理解を誤り、かつ出入国管理行政ことに外国人の在留管理という重要な事実を看過した単なる人情論というべく到底承服しがたい。

（１）まず、本件退去強制令書が発付されるに至るまでの経緯をみると次のとおりである。

相手方は、昭和三二年六月小型韓国船に便乗して本邦に不法入国し、昭和三五年七月右不法入国の事実が発覚したものであり、本来ならば、この時点において令第五章に規定する退去強制手続により、即刻韓国に退去強制されるべき者であつた。

しかるに、相手方について当時特に本邦における在留が認められたのは、本件不法入国が発覚当時相手方は早稲田大学第一政経学部政治科第一学年に在学中であり、その後四年間修学すれば学業を終えることが認められ、かつ相手方においても法務大臣に対する異議の申出に際して、学業終了後は必ず出国する旨を真摯に誓約したので、法務大臣は昭和三六年三月六日裁決に際し、令五〇条により、相手方の異議の申出は理由がないと認めたが、特に「学業終了まで」の条件を付して相手方に対し、在留特別許可の裁決をし、令四条一項一六号、特定の在留資格および在留期間を定める省令一項三号に該当するものとしての在留資格（以下在留資格四一―一六―三という。）、在留期間一年を付与したものである。

その後相手方は引き続き早稲田大学第一政経学部政治学科、同大学院政治学研究科修士課程に在籍し、昭和四四年三月右修士課程を修了したものの、その間において四年にわたる休学または論文未提出による留年等により、本邦への居座りを策する者であるとの疑いもあつたが、相手方は学業継続を強く希望し（疎乙第二六号ないし同第三七号証）、大学、大学院に在籍する事実も認められ、指導教官F教授から在留嘆願（疎乙第四六号証）がなされたこと等の事情から、特に在留期間の更新を許可したものである。

ちなみに修学目的で本邦に在留を許可された外国人が、故意に休学あるいは留年をかさね、本邦に居座りを策することは入管行政上顕著な事実である。

ところが、相手方は昭和四四年三月早稲田大学大学院政治学研究修士課程を修了したにもかかわらず出国せず、さらに在留を希望して第一三回目の在留期間更新許可申請（疎乙第三八号証の一）をするに及んだところ、その理由書（疎乙第三八号

証の二)において大学院の修士論文を同年八月までに出版したい旨の意向を表明し、その在留期間内に出国する旨の誓約書(疎乙第一〇号証)をあらためて提出したので法務大臣は、八月までに修士論文を出版したいという相手方の事情をくみ、その期間内に出国する旨の誓約を信頼し、かつ出国のための諸般の整理・準備事務のため必要ありと判断して、特に出国準備期間として、これを許可したのである。

しかるに、相手方はその誓約に反し、右在留期間が経過しても出国しないのみならず、昭和四四年一〇月三〇日にいたり父が留守のために株式会社オメガ(パチンコ店)と株式会社原島運輸の仕事をするためとの理由で、第一四回目の在留期間更新許可申請をした。

前に述べたとおり、不法入国が発覚した時点において、退去強制されていたはずの相手方に対して法務大臣が在留特別許可を与えたのは、特に学業が修了するまでの間に限つてのことである。しかるに相手方は、通常の修学期間をはるかにこえた約一〇年間にわたり本邦に在留を許されたうえ、それまで在学していた早稲田大学大学院政治学研究科修士課程を修了し、かつ念願の修士論文を完成したうえその出版も終えたのであるから、自発的に本邦から退去することを期待して同年一二月二日出国準備期間として在留資格四一一一六三、在留期間六〇日をもつてこれを許可した。

ところが、相手方は右に述べたごとき法務大臣の格別の配慮にもかかわらず、さらに同年一二月二六日にいたり、学業の修得とはまったく関係のない父経営の事業継続などを理由に、第一五回目の在留期間更新許可申請をした。これまでに述べたところから明らかなように、相手方の在留資格はあくまでも学業のためのものであつてそれ以外のものではないから今次の在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由がないので法務大臣は昭和四五年一月七日これを不許可とし相手方に通知したものである。

以上の経緯により相手方は、在留期間の終期である昭和四五年一月八日をこえて本邦に不法に残留した者であり、退去強制手続の結果同年五月二五日退去強制令書が発付されたのである。

(2) もともと本邦に入国し在留するすべての外国人は、緊急上陸による上陸、観光のための通過上陸等特殊な場合を除くほか、令九条三項により決定された在留資格をもつて在留するのでなければ、本邦に在留することは許されないのである。

したがつて、出生その他の事由により令第三章に規定する上陸手続を経ることなく本邦に在留することとなる外国人については、その事由が生じた日から六〇日以内に出国する場合を除き三〇日以内に在留資格取得許可申請を行ない、在留資格を取得して在留しなければならない(令二二条の二)こととされているし、さらに退去強制事由に該当する者(令二四条)であつても、在留を特別に許可される場合(令五〇条)は、在留資格・在留期間を指定される(令五〇条、令施行規則三七条)こととされているのである。

このように、在留資格制度は、出入国管理令を貫ぬく根本原則であり、わが国の出入国管理行政の根幹をなしているものである。そのために外国人がその在留資格に属する者の行なうべき活動以外の活動を許可なく行なうときは、六月以下の懲役若しくは禁こ又は三万円以下の罰金に処せられ(令七三条)、また当該在留資格以外の在留資格に属する者の行なうべき活動をもつば行なつてしていると認められるときは三年以下の懲役若しくは禁こ又は一〇万円以下の罰金に処せられるほか、退去強制手続により本邦からの退去を強制されることとされているのである(令二四条四号イ)。

その反面令四条に規定する各種の在留資格とそれに対応して同令施行規則三条に定める在留期間を付与されることによつて、当該外国人はわが国の法令に違反しない限りその期間わが国に在留することが保障されているのである。

たとえば、本邦を観光しようとする外国人は、わが国の在外公館において入国査証(ビザ)申請をし、所持する旅券に観光査証を取り付け、本邦に上陸するとき入国審査官による審査を受けて(令七条)、上陸のための条件に適合していると認定されたとき上陸許可の証印を受け、その際在留資格四一一四及び在留期間六〇日が決定されて観光客として本邦に在留することとなるのであるが、観光客として在留を許可された者は、観光客として必要な活動以外の活動を行なうことは許されない。また、外国人が本邦において研究活動・教育活動等を行なおうとする場合は、学術研究機関又は教育機関において研究の指導又は教育を行なおうとする者に対応する査証をその本国においてわが国の在外公館から取り付け、上陸審査において入国審査官より在留資格四一一七の決定を受けて入国しなければならない、この資格

で入国在留を許可された者は、その他の在留資格に属する活動を行なうことは許されないこととされている。

これは、外国人が本邦において行なう社会・経済・学術・労働その他の分野での活動が、わが国の社会・経済・学術・労働その他あらゆる方面において重大な影響力を及ぼすおそれがあるため、いかなる活動を行なう外国人を、どの程度入国させ、またいかなる期間在留を認めるかについて事前に十二分の調査を遂げたうえ、これを決定することが、出入国管理行政上不可欠の条件であるからであり、学術研究または教育機関において研究の指導または教育を行なおうとする者の出入国を認める際には、事前にその者の学歴・能力等の調査のみならず、わが国の関係機関等とも十分な連絡を遂げたうえでその許否を決しているのであるし、技術者の入国についても、その者の技術の程度・経験年数等の事前調査のみならず、わが国の関係省庁とも事前協議を遂げたうえ、その者の入国の許否を決定しているのである。

したがって、このような事前調査・事前協議を経ない外国人の入国は、観光等の特殊なものを除いてはあり得ないわけである。

このような観点からすれば、相手方が、学業修了までとの条件を付されて在留特別許可を与えられたのにもかかわらず、昭和四四年三月同大学大学院修士課程を卒業したのちは、父の経営する株式会社オメガ及び株式会社原島運輸の経営に参加すること、またそのかたわら「北朝鮮の憲法」の出版準備等のための研究を継続することは許されないものというべきである。のみならず原決定が相手方が本邦において大学院で習得した研究を続けることを望んでいるうえ、父Aが韓国において設立した二つの株式会社の営業準備のため韓国に滞在する期間が長いので右研究にあわせて留守中の父に代つて株式会社オメガの経営にあたる必要上引続き本邦に在留することを強く希望するに至っていることが認められるとし、相手方のこれまでの長期にわたる在留期間を無事過ごした生活態度からみれば、相手方を今後本邦に在留させても我国にとつて直ちに不都合な事態が生ずるものとは考えられないと判示しているのは、出入国管理令を誤解し、かつ出入国管理行政に対する認識を欠くものといわざるを得ない。

なお、在留期間の更新は、令二一条三項に定められているとおり、法務大臣が当該外国人の提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足る相当の理由があるときに限つて許可するものであるが、右理由は、在留資格の範囲内における活動について存在することが必要であり、これはさきに述べた在留資格制度を維持するうえに不可欠の事柄である。

したがって、在留資格を維持することができない者については、在留期間の更新、即ち在留資格の継続は理由が失なわれているのであるから、たとえ在留資格の範囲外の活動を行なうことについて相当の理由があると認められる場合であつても、それは、令二一条三項にいう在留期間の更新を適当と認めるに足る相当の理由にはあたらないのであり、在留資格の範囲外の活動をなす目的をもつてなされた在留期間更新許可申請に対しこれを不許可とすることは、なんら違法の問題を生じないのである。

さらに、たとえ在留資格の範囲内の活動をなす理由をもつてなされた在留期間更新許可申請についてみても、在留期間の更新を適当と認めるに足る相当な理由の有無の判断は、法務大臣の自由裁量に委ねられているものである。

元来外国人の入国及び在留の許否は、もつぱら当該国家の自由裁量により決定し得るものであつて、特別の条約の存しない限り、国家は外国人の入国または在留を許可する義務を負うものではないというのが、国際慣習上認められた原則であつて、わが国の出入国管理令の各規定にもこの原則が反映されているのである。

従つて、外国人には自己を在留させよと国家に対して要求する権利は存しない。以上のとおりであるので、相手方の本邦での大学課程修了という在留資格は、すでに実質的に消滅している状態において、前記在留期間更新申請を不許可にしたのであつて、相手方には、もはや考慮すべき前記在留資格の継続を要する段階にはないのであり、本件各処分にはなんら違法・不当な点はない。

三 相手方には本件執行により「回復困難な損害」も、またこれを避けるための「緊急の必要性」も存しない。

原決定は、相手方が本件執行により回復困難な損害を蒙ると判断したが、もともと相手方は前記経緯により法務大臣から最終の出国準備期間として昭和四五年一月八日まで六〇日間の在留期間更新許可を受けたものであつて当然右期間内に出国できた筈であるのに、出国をしないで本邦に居すわろうとしたものであるから、そのことによつて、かりに損害が生じたとしても、これをもつて、回復しがたい損害と

いうことはできず、また原決定の内容は要するに相手方の本邦での在留目的が達せられないこと、および満足な本訴遂行が殆んど不可能になることの二点を掲げているが、これらはいずれも執行停止の要件となるべき回復困難な損害には当たらない。

(1) 在留目的—大学教育—について

相手方の不法入国目的は、そもそも本国での高等学校教育修了後において、父を頼つて本邦の大学で勉学するためであつた（特に疎乙第一号証中三、四、七および一五、同第五号証の二）し、現に早稲田大学に在学中であつたので、同人の不法入国が発覚した折、その目的および現に大学在学の身分を尊重考慮し、同大学卒業後はすみやかに帰国する旨かたく誓約したので、法務大臣は、特に、相手方が同大学での学業課程を履修することを相当と認め、これを目的条件として特別在留許可を与えたもので、右許可の日（昭和三十六年四月四日）においてもこの特別在留許可の趣旨は強調・確認され、相手方も「許可条件であります学業終了まで、日本の法と秩序を守つて卒業しましたら直ちに帰国する」旨全文自筆の誓約書（疎乙第四〇号証）をもつて明確に右趣旨・目的を認識し、これに従っているのであるから、本来相手方は右学業を主目的として専心すべくこれに関連する範囲内での在日社会生活を営むことしか期待してはならず、法務大臣においてもこれを超える広い範囲での本邦内生活・活動を相手方に確保した趣旨では毛頭ないのである。

そして相手方は、同大学各部卒業にとどまらず同大学大学院修士課程をも履修したが、所管庁においても、必要な範囲でこの目的に副うべく、昭和四〇年四月からは従来の在留期間一年間を一八〇日に短縮して更新し、翌年春同大学院修了の見込まれた同四三年十一月の更新時には「今回限りの更新」ということで右修了後の同四四年五月までの更新を許してきた（疎乙第二一号証）こと明らかであつて（相手方も右各更新に当つては申請趣旨を大学大学院における学業履修のためとしており、その他の目的遂行のための在留を考えてはいない。疎乙第二六号ないし第三七号証）、右大学院修了をもつて相手方の不法入国在留目的はもとより、法務大臣の特別在留許可目的も十二分に達成されたものと断言してはばからないところである。

あまつさえ、相手方は同四四年九月には「大学院での研究生活を終えるにあつて」従来の研究成果を綜括し『韓国の憲法』を公刊することまで実現した（疎甲第五号証）今日、もはや大学専門教育の便益供与としての在留の必要性は何ら在しないもので、この点についての損害は全くないのである。

(2) 在留目的—大学院修了後の研究活動—について

原決定はさらに、相手方は「大学院で習得した研究を大学院の教授らの指導の下に続けることを望んでいる」として本件執行によりこの目的（希望にすぎない）が達せられなくなり、これが回復し難い損害であると判断しているが、その具体的認定内容が不明な上、論旨疎略であり、肯認しえない。

すなわち具体的にいかなる内容の研究がいかなる段階にあつてそれが本執行により回復しえない程不可能になるのか全く不明で、この点についての疎明はないものである。

相手方が学籍を離れてからのかかる一般社会にあつての研究は、既述のように本件特別在留許可の目的・内容とはなっていないのみならず、大学院時代の指導教授らとの師弟間の学問的指導関係は、相手方が本邦に居なければ確保されない性質のものである筈はなく、書信・電話等によつても一応の目的は達しうるわけで現在どうしても本邦にあつて面談のうえ個別、具体的な右指導を得なければならない現実的必要の迫っていることは全く認められないところである。

もつとも、相手方は、大学院修了後も「韓国のナショナリズムの研究」「北朝鮮の憲法について」などの研究・発表など予定している旨は所管庁に対しても陳述しているが（疎乙第二二号証）現実には、相手方は後記株式会社オメガ（パチンコ遊戯場）の業務遂行等の商用にその精力を注いでいると相手方自ら強調し、現に大学院修了後の二度にわたる在留期間更新申請に当つても、その申請理由はもつぱら商用のためであつて、右研究のための必要は考慮しておらず（疎乙第九、一一号証中各11「在留期間更新の理由」欄）さらに、本件不法在留期間中の仮放免許可願に当つても特に右研究目的は掲げられておらず（疎乙第一八ないし二〇号証）就中右期間中の四回にわたる「一時旅行」許可（制限住所を離れる際の許可、令第五四条第二項）申請理由としても前記指導教授らとの面談・指導の目的は掲げられていない（疎乙第四一ないし四四号証）等の本人の動静を客観的にみるときは、実父自ら「息子は、余暇を見て研究しています」（疎乙第八号証中五）と述べているように身近の諸般の状況から客観的に許された本人の在留目的の重点は最早、実父の事

業の援助に移っていると認めざるを得ないところで、傍ら研究も続けたいと希望している程度のものでしか認められない。

そして、相手方の大学院での研究成果である前掲『韓国の憲法』を通覧するも、そこでの重要な文献ないし資料は殆んど本国出版のものであり、本邦および米・独出版の文献・資料もごく一般的なもので本邦でなければこれを利用しえない困難性は何ら認められないことを前記情況にあわせて考えるときは、相手方の前記程度の強さの研究目的は具体的切実性に乏しく、商業活動の余暇をみての努力目標ないし希望というべきもので、日本に居れば便利だという以上のものではないと認めるの外なく、本件執行により前記研究が不可能ないし、極めて困難となる事態は認められず、これをもつては到底回復し難い損害を蒙るといえるものではない。

(3) 在留目的の株式会社オメガ経営の必要一について

原決定は「父が韓国において設立した二つの株式会社の営業準備のため韓国に滞在する期間が長いので、右研究にあわせて、留守中の父に代つて株式会社オメガ

(申立人は同社の取締役である)の経営にあたる必要」があつて在留を強く希望していることを認定して本件執行により該在留目的が達せられない損害は重大で回復困難であると判旨しているが、相手方の在留希望が達せられないという以上にいかなる主体について、いかなる損害があるとするのか、その詳細は全く不明である。

そもそも、執行停止の要件たる「回復困難な損害」は、当該申請人本人に生ずべき個人的な権利・利益の侵害をいい、本人に関連した第三者のそれを含まないと解すべきこと、旧行政事件訴訟特例法第一〇条二項における場合と同様である(たとえば雄川一郎著、行政争訟法二〇二頁、同所引用裁判例で参照)から、相手方が本件執行により右会社の経營業務に従事できないことによつて蒙る右会社および同代表取締役たる実父の蒙る損害(かりにこれがあるとしても)ないし不便は、「執行停止」制度上保護される利益ではないのである。

なるほど右判旨のように相手方は公簿上、昭和三八年からこのかた株式会社オメガの取締役ではあるが、同社設立の同年から昨四四年春までは在京して学業にあり、この間何ら業務についていないので、右地位も同族会社なるが故の形式的なものであり、実質的には今日まで、来札後のわずか一年ほどの経営関与にしかすぎない。本件執行により同人が蒙る損害といえるものは、右業務に従事しえないために同社から月五万円の給与支給を受けている利益を受けられなくなる可能性がわずかに右個人的な保護利益の侵害に当りうるであろうが、同社の同族関係からみて、かかる場合にも何らかの形で役員報酬の支給を受けうるであろうことは巷間よくある事例であり、かりにこれが皆無であるとしても、かかる損害は社会通念上金銭賠償によつて受忍しうる程度のものであつて(最高裁大法廷昭和二七年一〇月五日民集六卷九号八二七頁)回復困難な損害とはいえない上に、本件執行によつて帰郷後も、同人は実父設立にかかる在韓二会社の理事であるので、そこでの事業関与(韓国セラミックス工業の方はすでに本年頭初において操業段階にある。疎乙第八号証中四。)により、相応の収入が期待でき、さらに現に実母は地主で相手方の妻子と共に京都市で安定した生活を営み、加うるに実父からは同人ら宛に月約五万円の送金があり、実母が右在韓二社の監事についていること(疎乙二三号証中五。同第六号証中六枚目の裏。第一五号証の一、二)からもうかがわれるように未だ同女と実父との関係は緊密に保たれていること明らかで、今後ともこの送金は同様に継続されること確実であるとみられるのであるから、かりに相手方が本邦を離れて在韓家族らと共になつても同人の生活が危殆に陥るとか一家の経済が著しく困難になるという事態は全く考えられないところである(現に実母をはじめ在韓家族は相手方の仕送りなしに安定した生活を確保しているのである。疎乙第六号証中六枚目裏。)

そもそも相手方は、前記のとおり学業目的のため来日し、在留を特別に許可されてからも学業修了後は帰国する旨再三、再四強調し誓約して来たところであり、あまつさえ学業半ばの昭和四〇年再入国許可を受けて本国に帰り婚姻して、現在妻及び二子を本国に残して来ている経緯に徴すれば、明らかに学業修了後は本国での生活を目途としていたことが客観的に明白であるのであり、帰国して妻子と生活を共にすべき筋合というべく、何ら生活上回復困難な損害を蒙るおそれはないのである。

また、原決定は何ら触れるところなく、判断していない事柄ではあるが、如上の相手方の個人的利益の範疇に属するものとして評価すべき「原島運輸の経営に参加」(申立の理由第一、五)問題があるところ、事實は、相手方は更生会社原島運輸の従業員として昨昭和四四年九月から稼働し月三万円の収入を得ているにすぎない。

いもののようであり、（疎乙第六号証）実父は同社の同四二年三月更生計画許可に当り一取締役として就任（従前は監査役）したが別に管財人が選任されていて同社の経營業務は同人の行なうところであるから、実父の経営関与は株式会社オメガに比して極めて稀薄であり、相手方の同社での稼働は全く個人的な労働というに帰するから、ここで得られる収入についても、なるほど本件執行によりこの途は断たれることになるけれども、前示オメガからの収入についての場合と同様に、これがため同人に回復し難い損害を与えるものとはいえない。

右のように、相手方に帰する損害で回復困難なものは何ら認められないところであるが、相手方および実父らが強調している事態は実父が在韓二社の事業で在韓日数が多いため、オメガ・パチンコ遊戯場の経営に直接当る余裕がなく身内である実子の経営にまたねばならないということであり（疎乙第七号証中一、同八号証中五）相手方も昨昭和四四年以降の在留期間更新許可申請の理由としてオメガの経営を掲げている（疎乙第一一、一二号証）ところ、相手方が右経営ないし営業に直接当れないことによつて会社ないし代表取締役たる実父が蒙る不便はあり得るとしても、これは右のように本件執行停止の要件に当るものではないにとどまらず、そもそも損害といえるほど深刻・重大なものとは到底認められないこと以下に述べる如くである。

すなわち、同社の事業は現実にはパチンコ遊戯場経営のみで該事業種は、いわゆる「くぎ師」といわれる専門技術者の確保さえあれば、あとは格別に高度の経営能力・専門技術等を要求されるものではなく、相手方はわずか一年余の実際経験をもつにすぎないことを考えれば、同人が居なければ経営がなり行かないものではなく、現に同人と同等或いはそれ以上の経験年数・手腕を持つている者が五名位は居り、中にはより高額の給与を得ている支配人もおり、就中実父の内妻、孫G（H）が営業（景品等の仕入等）担当者として活躍している（疎乙第六号証、別紙1）のであつてみれば、相手方の企業内貢献度・重要度は非代替的なものとは到底みられず、実父にしても、身内なので任すのに安心だという程度のものでしかない。

このことは実父の在韓日数、即ち在韓二社の業務のためとして本邦を留守にした期間からみても明らかで、相手方が在学中のため札幌不在で同社の経営に関与できなかった昭和四〇年に約一ヶ月半、同四一年に七ヶ月、同四二年に八ヶ月余、同四三年に九ヶ月余、相手方がその春卒業した同四四年には一月末から二月末までの一ヶ月二日の多くに及んでいる（疎乙第四五号証）のであつて、これはこの間前掲別紙にもあるようにI専務取締役・J支配人・K取締役等の営業担当者、更には内妻がいるので、かくも長い不在のためとて同社の経営に格別の支障がない見通しあつたことに外ならず、この事態は相手方が昨同四四年夏から同社経営に関与した後も全く変わらないところで、相手方の在・不在は会社経営に格別重大な影響を与えるものとは認められる筋合ではない。さもあらんか、相手方は原島運輸に従業員として勤務し相応の対価を得ており、本年に入つて実父離日期間（三月三十一日～八月三日）中も、四～五月に三〇日および一週間、五～六月に二五日間も札幌を離れている（前掲疎乙第四一四号ないし四四号証。）。

ことに如実に示されているように、実父はもちろん、相手方のかなりの不在に拘らず同社の営業は円滑に進められているのであつて、相手方が在札してその事業専念がなければ、同社ないし実父としても経営上重大な障害を蒙るというようなものでないことが全く明らかである。

（4）本訴遂行上の困難性について

原決定は、本件執行により相手方の満足な本訴遂行が殆んど不可能になるとして、回復し難い損害を被るものと認定されるが、本訴には専門の弁護士が選任されている上に本件申立自体および疎明によつて、相手方の不法入国・特別在留許可・同期間更新不許可についての経緯はほぼ争いなく、本人および家族の現況・目的等も明らかにされているので、争点は、ただ右不許可処分の適否という殆んど法律問題にかかっているにすぎなく、本人が現状のままで居なければ本訴遂行が不可能となる状況ないし訴訟進行段階にあるとは到底いえず、これがため本件執行を停止しなければならぬ重大な損害の発生もなく、また緊急性もないのである。

もちろん相手方を収容ないし送還することによつて、訴訟遂行上の不便は通常発生するとしても、これは有効・適切な訴訟代理人の活動によつて克服しうる程度のものであつて、もし右のような処分に伴う一般的な不利益によつて、当然処分の執行を停止し得るものとすれば、退去強制処分は常に例外なくその執行を停止しなければならぬこととなり、このことは処分取消の訴の提起によつては処分の効力を妨げられるものではなく（執行不停止の原則）、その執行停止は特に処分により生

ずる回復困難な損害を避けるため緊急の必要性があるときに限って許している。行政事件訴訟法第二五条の法意に反するからである。されば本件において少なくとも相手方を收容すること自体によつては右の意味での回復困難な損害はないというべきである。（東京高裁昭和四五年三月三〇日決定疎乙第四九号証）

（５）出入国管理行政のうえで、不法入国・残留者をわが国から退去せしめるのは、領土の広狭・人口の多寡・犯罪および各種牒報等の諸種の政治的・経済的・社会的要因に基づく配慮によつてわが国の全体的秩序を維持しようとするところにある。したがつて、わが国に外国人の不法入国・残留者の在ること自体が出入国管理上看過しえないことなのである。言い換えれば、これらの者は、出入国管理行政の基本的秩序を破壊したものであるから、出入国管理行政上、わが国に在留することが不適当として排除すべきであつて、本来、正規にわが国に在留を認められた外国人あるいはわが国民と同等に取り扱われるべきものではないのである。もとより、行政処分についての執行停止の制度が認められる以上、例外的に右の取り扱いに変更を及ぼす場合があることは当然であるが、本件の如く不法残留の事実が明らかである場合には、少なくとも收容のような一応の隔離措置については、余程のことがないかぎり認められるべきものではないのである。

相手方については、これまで仮放免の措置がとられてきたこともあることから分るとおり、相手方の收容に客観的な支障がある限り仮放免が継続されるのであり、右支障が消滅し一旦收容した後でも、必要に要じて再度仮放免の措置をとることとし、收容によつて相手方に不測の事態を惹き起こすことのないよう十分配慮しながらその身柄の確保（出入国管理令第五四、五五条参照）に努めてきたのである。ところが、ひと度、收容部分までを含めて全面的に本件執行が停止される場合には、法定の在留資格のない外国人について、事実上本邦に在留を認めることとなるのみならず、保証金および行動範囲の制限を伴う仮放免制度による規制も受けず、出入国管理令による外国人としての管理を受けることなく、相手方は全く無制限に生活・行動することができるとなり、かような事態のまま本案判決確定に至るまで相当長期間放置を余儀なくされることは出入国管理行政上重大な支障を生ずるものであり、同令に規定する法定の在留資格を素し（東京高裁昭和四三年四月一六日決定、疎乙第五〇号証）本案判決が抗告人の勝訴に確定しても本件処分の執行が不能となるおそれも否定しえないわけである。

要するに、不法入国・残留者の強制收容には、わが国の全体的秩序のためにこれらの者をわが国の社会生活から可能なかぎり排除しようとする国家目的があり、仮放免によれば法的に身柄を確保することによつて暫定的にこの目的にそう措置が可能であるが、執行停止による放免にあつては、その間は全く放任状態となり行政上の公的義務を果しえない結果となる。

こうした点について、原決定は不法入国・残留者をどうするかということについての大局的配慮を欠いており、かかる放任の事態は出入国管理行政の建前を著しく紊るもので、ひいては公共の福祉に重大な影響を及ぼすものである（大阪高裁昭和四五、三、一九決定、疎乙第四八号証参照）。

以上のとおりであるから本件執行を停止すべき要件は全く存しないもので原決定は全面的に取消を免れず、少なくとも相手方の收容（護送を含む）の執行は停止されるべきではなく、この限度で原決定は変更されるべきものである。

よつて、わが国をして不法入国・残留者のための天国たらしめるが如き原決定は、わが国の出入国管理行政秩序を無視し、わが国の法秩序の利益につき何ら配慮していないと思われるので、再度慎重な判断を仰ぎたく抗告に及ぶ次第である。