

○ 主文
原告の請求をいずれも棄却する。
訴訟費用は原告の負担とする。

○ 事実
第一 当事者の求めた判決

一 原告
1 被告法務大臣が昭和五一年七月二三日付で原告に対してした出入国管理令四九条一項による異議の申出が理由がないとする裁決を取り消す。
2 被告東京入国管理事務所主任審査官が同月二六日付で原告に対してした退去強制令書発付処分を取り消す。
3 訴訟費用は被告らの負担とする。

二 被告ら
主文同旨

第二 原告の請求原因

一 原告の地位及び退去強制手続の経過

原告は、昭和二三年一二月一三日東京都昭島市において韓国人父Aと同母Bの三男として出生し、一七歳の時の昭和四一年一〇月二八日東京地方裁判所において、同年三月一九日に犯した殺人や窃盗等の罪により、懲役五年以上一〇年以下に処する旨の判決の言渡しを受けた。右判決は同年十一月二日に確定し、原告は、松本少年刑務所の外、横浜、府中及び八王子医療の各刑務所で服役したが、服役中に「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定」（昭和四〇年条約第二八号。以下「地位協定」という。）一条及び「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定の実施に伴う出入国管理特別法」（以下「特別法」という。）一条に定める永住許可の申請を行い、昭和四三年五月二九日その許可を受けた。その後、原告は、府中刑務所に服役中の昭和五〇年六月二三日東京入国管理事務所（以下「東京入管」という。）入国審査官から特別法六条一項六号所定の退去強制事由に該当するとの認定を受け、更に昭和五一年六月一〇日東京入管特別審理官から右認定に誤りがないとの判定を受けたので、被告法務大臣に対し特別法七条、出入国管理令（以下「令」という。）四九条一項による異議の申出をしたが被告法務大臣は昭和五一年七月二三日右異議の申出が理由がないとする裁決（以下「本件裁決」という。）をし、被告東京入国管理事務所主任審査官（以下「被告主任審査官」という。）は同月二六日原告に対しその旨の通知及び退去強制令書発付処分（以下「本件退令処分」という。）をした。

二 しかし、本件裁決及び本件退令処分は左のとおり違法である。

1 違法性その1（国籍誤認）

朝鮮人は明治四三年の韓国併合に関する条約（いわゆる日韓併合条約）により日本国籍を取得しており、日本が今次大戦に敗れた後もその法的地位に変化はなかった。その後昭和二七年四月二八日に「日本国との平和条約」（以下「平和条約」という。）が発効し、同条約二条（a）項は、「日本国は、朝鮮の独立を承認して、済州島、巨文島及び鬱陵島を含む朝鮮に対するすべての権利、権原及び請求権を放棄する。」と規定しているが、同条約に朝鮮が当事者として参加していないことや同条約に国籍に関する条項が見当たらないことに照らすと、右規定は、日本が朝鮮の領域を喪失することを定めたものであつて、この規定から在日朝鮮人が当然かつ自動的に日本国籍を喪失するものと解することはできない。もとより、右規定は、朝鮮の独立を承認したものであつて、在日朝鮮人は、日本国籍を離脱する権利を取得したものというべきであるが、当然に日本国籍を喪失するものではない。すなわち、在日朝鮮人は、平和条約発効により、自己の意思で、日本国籍を維持保有することも離脱することもできたものと解するべきである。この点につき、昭和二七年四月一九日付民事甲第四三八号法務府民事局長通達（以下「法務府民事局長通達」という。）は、右と異なり、平和条約の発効に伴い朝鮮人は内地に在住している者を含めてすべて日本国籍を喪失するとしているが、これは、平和条約の解釈を誤り、前述のとおり状況にあつた在日朝鮮人の国籍選択権を不当に奪うものであつて、世界人権宣言一五条、日本国憲法一〇条、一一條、一三條、一四條、二二條二項、二四條に違反し無効である。

原告は、昭和二三年一二月日本国籍を有する朝鮮人を両親として日本において出生し、出生により日本国籍を取得し、その後日本で成長し、将来も日本に定住する意思を有しているものであり、協定永住許可の申請はその意思の表明である。したが

つて、原告のような生活歴と意思を有する在日朝鮮人は、これを日本国籍を有している者として取り扱うべきであり、外国人として退去強制処分の対象とすることは許されない。

2 違法性その2（特別理由不存在）
仮に、平和条約の解釈に関する前記の法務府民事局長通達及びこれと同趣旨の最高裁判所昭和三六年四月五日大法廷判決（民集一五巻四号六五七頁）を是認する外ないとしても、前述のような問題点があることに変わりはなく、右取扱は、それにより日本国籍を当然に喪失するとされた在日朝鮮人が、日本の植民地政策により強制的に日本へ連行されて定住を余儀なくされ、本国における生活の基盤を失った人々及びその子孫である、という事実を忘れたものであるとの非難を免れない。そこで、右問題点を解消することが要請され、その結果日韓両国の間に成立したのが、「日本国と大韓民国との間の基本関係に関する条約」（昭和四〇年条約第二五号。以下「日韓条約」という。）及び地位協定であり、また、地位協定を国内法化するために制定されたのが特別法である。したがって、地位協定一条及び特別法一条による永住許可を受けた者（以下「協定永住権者」という。）を退去強制するには、形式的に特別法六条一項各号所定のいずれかの事由が存在するというだけでは足りず、歴史的かつ社会的にみて事実上日本国民と変わらぬ絆を有しているにもかかわらず、国籍選択権を与えられないまま一方的に日本国籍を奪われることとなつた事情にある者を、あえて家族から切り離して韓国に送還すべき特別の理由が存在することを行政当局において積極的に立証しなければならない。ところが、本件において、被告らはそのような特別理由を一切明らかにしていないから、原告に対し退去強制手続を進めることは許されない。

3 違法性その3（合意議事録違反）
地位協定は、永住許可の制度を設け、三条において協定永住権者に対する退去強制事由としての刑罰を一般の外国人の場合に比べて限定しているものの、だからといって、既に右所定の刑の執行を終えた協定永住権者に対し重ねて社会的極刑といわれる退去強制処分をすることが当然に許されることになるわけのものではなく、この点をめぐって日韓両国が協議を重ねた結果、「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定についての合意された議事録」（昭和四〇年六月二二日付。以下「合意議事録」という。）の三条関係2が設けられた。その内容は、地位協定三条（c）の麻薬関係犯罪で三年以上の懲役又は禁錮の実刑に処せられた者及び麻薬関係犯罪で三回以上刑に処せられた者、又は同条（d）の無期又は七年を超える懲役又は禁錮に処せられた者であつても、「日本国からの退去を強制しようとする場合には、人道的見地からその者の家族構成その他の事情について考慮を払う。」というものであり、右の考慮により退去強制をすることが妥当でない法判断するときには、これをしないということを知したものであるが、退去強制をしない場合としては、退去強制手続自体を進めない場合とその執行だけはせずに在留特別許可を与える場合の二つがある。すなわち、退去強制手続が開始され、入国審査官による退去強制事由に該当するとの認定がなされると、協定永住許可が失効することになるが、前者は、このように協定永住権を奪うこととなる退去強制手続自体を進めないということであり、後者は、協定永住許可の失効は避けられないものの、在留特別許可により退去強制を免れさせるというものである。そして、後者の在留特別許可の制度は令に明定されており、合意議事録をまつまでもないことからすれば、右合意議事録三条関係2は、単に法務大臣の在留特別許可の運用を促すにとどまらず、協定永住権そのものを奪うことなく、これを存続させることにより在留を認めることを主眼としたものというべきである。したがって、入国審査官等は、地位協定三条（c）又は（d）に該当する事実の有無だけでなく、協定永住権者からその地位を奪うことが実質的に妥当であるか否かを判断した後にはじめて退去強制手続を進めることができるものといわなければならない。

ところが、本件退去強制手続は、単に特別法六条一項六号に該当するとして自動的機械的に進められ、右に述べた実質的妥当性の有無の判断を全く欠落しているから、本件裁決及び本件退令処分は右合意議事録の定めに違反し違法である。

4 違法性その4（特別法適用の誤り）
（一） 少年に対する刑事処分は特別法六条一項六号の退去強制事由とならない。一般の外国人に対する退去強制事由を定める令二四条は、成人として刑事処分を受けた者と少年として刑事処分を受けた者とを区別し、前者につきその四号リにおいて、無期又は一年を超える懲役又は禁錮に処せられた者（但し、執行猶予の言渡を

受けた者を除く。)と定める外、後者につき同号トにおいて、少年法に規定する少年で長期三年を超える懲役又は禁錮に処せられたものと定めている。ところが、協定永住権者の退去強制事由を定める特別法六条一項は、その六号において、無期又は七年を超える懲役又は禁錮に処せられた者と定めるだけで、令二四四号リ、トのように成人と少年について別個の規定を設けていない。しかし、合意議事録三条関係2の人道条項にみられる精神、地位協定成立に至るまでの日韓両国の交渉経過、殊に第六次日韓会談第二次政治会談予備折衝第七回法的地位関係会議において日本側が少年に対しては七年を超える懲役又は禁錮が科されても退去強制はしない旨提案していたこと(甲第二七号証の七の三九八頁)並びに心身ともに未成熟な少年の健全な育成と保護を目的とする少年法の精神に照らすと、特別法六条一項六号の規定があるだけで、他に同項に令二四四号トに対応するような少年として刑事処分を受けた者についての定めがないのは、少年に対する刑事処分を特別法六条一項六号の規定の適用対象から除外するという趣旨であると解するべきである。このように解さなければ、特別法は、少年を成人と同列に論じ、令に比べて相対的に少年に厳しい扱いをしたことになる。したがって、少年として刑事処分を受け、その刑の執行を受け終わつた原告を、特別法六条一項六号所定の退去強制事由に該当するとして、家族の保護監督下に置かずに言葉も話せず身寄りもない韓国の地へ追いやることは、特別法の立法趣旨を踏みにじるものであつて許されない。

(二) 仮に、特別法六条一項六号が少年の刑事処分をも対象とするものであるとしても、同号にいう「七年をこえる懲役又は禁錮」とは、不定期刑の場合は短期が七年を超える場合のことをいうものであり、短期五年に処せられた原告は右条項に該当しない。

特別法六条一項六号は不定期刑の場合に長期と短期のいずれを基準としてこれを適用すべきかについて何も定めていないから、このような場合は、少年の健全な育成を期する少年法の目的に照らし、将来の人格形成に資するような温情味のある解釈をするのが合意議事録三条関係2の人道条項の要請に合致すること、また、少年法五八条三号が不定期刑については短期の三分の一の経過を仮出獄の要件とし、犯罪者予防更生法四八条が不定期刑の言渡を受けた者につき仮出獄中にその刑の短期が経過した場合に刑の執行を終了したものとできると定めている点に照らすと、不定期刑においては短期が本来の刑であつて、短期を超えて長期に至るまでの期間は教育刑的思想に基づく一種の保護処分的意味をもつものと考えられること等からすれば、不定期刑に特別法六条一項六号を適用するに当たってはその短期を基準とすべきである。

したがって、短期五年に処せられた原告を無期又は七年を超える懲役又は禁錮に処せられた者に該当するとした本件裁決及び本件退令処分は違法である。

(三) 更に、既に特別法六条一項六号の退去強制事由のある者に対して協定永住許可を付与した場合には、もはやこの者に対して退去強制処分をすることは許されないというべきである。

原告は、昭和四一年一〇月二八日に五年以上一〇年以下の懲役に処せられ、令二四四号トのみならず、被告の主張によれば特別法六条一項六号にも該当する者であつたが、それにもかかわらず、服役中に刑務所の勸奨によつて協定永住許可の申請を行い、その許可を受けたのである。これは、日本国政府が、原告の置かれた境遇を理解し、地位協定前文及び合意議事録三条関係2の趣旨に則り、原告に対し右刑事処分を理由に退去強制処分をすることはしないとの国家意思を表明したことを意味する。そうでないとすると、原告に対し鞭撻を与えるだけで、先に協定永住許可申請を勸奨してその許可をしたことと矛盾するからである。したがって、その後になつて原告に対し退去強制処分をすることはもはや許されない。

5 違法性その5(裁量権濫用)

特別法七条は令を準用しており、特別法による協定永住権者の退去強制についても令五〇条による在留特別許可をすべきかどうか判断されるべきところ、本件における被告法務大臣の右判断には左のとおり裁量権の濫用がある。

(一) 原告は、一で述べたとおり日本で生まれ日本で成長したものであり、また韓国語は理解できない。更に、原告は韓国には身寄りがない。すなわち、原告の父は、明治三六年朝鮮で生まれ、大正一三年に来日し、焼物工、土工等に從事した後、昭和三三年から東京都福生市において自動車洗車業を営んでいたもので、その間昭和一四年に、自己と同様に朝鮮で生まれた後に来日していたBと結婚し、同女との間に三男三女をもうけたが、昭和四九年に交通事故が原因で死亡した。原告の母は夫死亡後アパート業を営んでいる。原告の長兄は韓国女性と結婚し立川市で

運送業を営み、次兄は日本女性と結婚し福生市に住んで自動車整備業を営んでいる。原告の長姉は焼肉屋を経営する韓国人と結婚して東京都文京区に住み、次姉は福生市に住み美容院を経営し、妹は結婚して福生市に住んでいる。

(二) 原告が懲役五年以上一〇年以下に処せられる原因となつた非行は、飲食店において友人が被害者とけんかとなつたためにこれを助けようとして思わず行き過ぎの殺人という結果を生んでしまつたものである。原告は当初は興奮した友人をなだめていたためであつて、けんかの主役は友人の方であり、致死の原因となつた刺傷行為も友人にリードされて思わずなされたものである。また、原告は犯行後罪を悔いて警察に出頭しており、犯情は必ずしも重くない。

原告の非行は中学二年の頃に始まり、やがて傷害事件により赤城少年院に送致され、同少年院を仮退院後まもなく引き起こしたのが右殺人事件であつた。しかし、これらの非行は、思春期特有の不安な心情に朝鮮人としての被差別感やこれに対する反発感情が加わり、更には住居のある米軍基地周辺が朝鮮戦争を頂点に歓楽街と化して道徳が退廃したこと等が影響したものであつた。原告は、服役期間中に深く反省し、中国古典等の勉強に精を出し、刑を服し終えた現在は事務作業に従事して落ち着いた市民生活を営んでいるのである。のみならず、原告は服役後に被害者の母を訪ねて被害者への供養を続けており、その真剣さに感じ入つた被害者の母は原告が引き続き日本に居住し被害者の供養をしてくれるように訴えている。

(三) なお、原告は、服役中の昭和四十六年七月二六日横浜刑務所内で看守に対して傷害を負わせたことがあるが、これはその頃に発病していた拘禁性ノイローゼによるものであり、原告の悪性の徴表ではない。むしろ、このような病状にあつた原告に対して適切な治療を施さなかつた刑務所側に重大な過失があるというべきである。原告は右拘禁性精神病の治療のために現在でも月一回程度通院中であるが、この種の病気を完治するには薬物療法の外に家族に囲まれた安らぎの場を得ることが必要であり、強制送還を執行すれば病勢が一気に昂進する可能性が強い。

(四) 以上の諸事情を総合すると、刑事責任を果たし終えた原告に対して重ねて退去強制処分をすることは、裁量権を逸脱した反人道的措置であるといわざるを得ない。

国際法上、外国人を追放するにはその国の公序と安全に対してその外国人の存在が重大な脅威を与えるといった事情がなくてはならないとされ、また、一九五一年

(昭和二六年) 十一月の国際赤十字第一九回国際会議では戦争内乱その他政治的な紛争で生じた離散家族を再会させる決議が採択されており、本件裁決及び本件退令処分は、このような国際慣行や世界人権宣言九条、一三条、一六条に反し、また憲法二二条の精神や日韓条約前文及び合意議事録三条関係2の趣旨に背き、更に少年法の精神を無視するものであつて、取り消されるべきである。

第三 請求原因に対する被告らの認否

一 請求原因一は認める。なお、原告が懲役五年以上一〇年以下に処せられることとなつた事件は、後記第四の三の1のとおり殺人、窃盗、傷害及び外国人登録法違反である。

二 同二の1ないし5の主張の趣旨は争う。但し、5の(二)のうち、原告が赤城少年院に送致されたこと、5の(三)のうち、原告が昭和四十六年七月二六日横浜刑務所内で看守に対して傷害を負わせたことは認める。

第四 被告らの主張

本件裁決及び本件退令処分は左のとおり適法であり、これを違法という原告の主張は理由がない。

一 原告が日本国籍を喪失していることについて

原告は、昭和二三年一月二三日東京都昭島市において朝鮮人を両親として出生し、昭和二七年四月二八日平和条約の発効に伴い日本国籍を喪失したものである。平和条約二条(a)項は、朝鮮の独立を承認すると定めており、独立を承認するという以上、本来朝鮮に属すべき領土及び人民のすべてにつき、日本国からの分離独立を承認するのでなければ意味をなさないから、右条項に基づき、朝鮮に属すべき人のすべてが在日在外の別なく日本国籍を喪失したものと解するべきことは当然である。法務府民事局長通達は、朝鮮人の日本国籍喪失の根拠となるものではなく、単に平和条約の発効に伴う国籍及び戸籍事務の処理方針を明らかにするために発せられたものにすぎず、原告の主張は平和条約二条(a)項の解釈を誤つたものである。

したがつて、原告を日本国籍を喪失した外国人と扱うことに何ら違法はない。

二 合意議事録三条関係の解釈について

合意議事録三条関係3においては、「大韓民国政府は、同条の規定により日本国からの退去を強制されることとなつた者について、日本国政府の要請に従い、その者の引取りについて協力する。」と定められており、合意議事録は、日本国政府が協定永住権者に対しても退去強制手続をとり得ること、また右手続を進めるに当たり、人道的見地からその者の家族構成その他の事情について考慮を払つた上、なおかつ、退去を強制する場合があることを当然に予定しているのである。なお、原告は、入国審査官等に退去強制事由の該当性のみならず退去強制をすることが実質的に妥当でないか否かの判断権までがあると主張するようであるが、そもそも入国審査官等には法令上右のような実質的判断を行う権限を与えられていないのである。

三 特別法の適用について

1 原告は、少年時の昭和四一年三月一九日飲食店において相客とけんかをし、所携のくり小刀でこれを突き刺して死亡させたり、同年二月三日から同年三月二三日までの間仲間と共謀して前後二二回にわたり普通乗用車等八四四時価合計約五三七万円の金品を窃取し、同年三月七日他人に暴行を加えて加療約一〇日間を要する傷害を負わせ、同年二月初め頃外国人登録証明書を紛失したのを知つたにもかかわらず所定期間内にその再交付を申請せず、同年一〇月二八日東京地方裁判所において、右殺人、窃盗、傷害及び外国人登録法違反の罪により懲役五年以上一〇年以下に処する旨の判決の言渡しを受けた。右判決は同年十一月一二日確定し、原告は松本少年刑務所の外、横浜、府中及び八王子医療の各刑務所で服役した。東京入管入国警備官は、昭和四一年一二月一〇日松本少年刑務所長からの通報により原告に令所定の退去強制事由に該当する容疑があることを知り、違反調査に着手したところ、原告は法務大臣に対し特別法一条の協定永住許可の申請をして昭和四三年五月二九日その許可を受けた。なお、協定永住許可は、一定の資格要件さえ満たせば当然に付与されるもので、令所定の退去強制事由が認められる場合であつても不許可とはならないのである。そこで、東京入管は、改めて、令ではなく特別法所定の退去強制事由の容疑について違反調査を開始したところ、原告は、長期一〇年の懲役刑に処せられており、特別法六条一項六号所定の無期又は七年を超える懲役又は禁錮に処せられた者に該当していたので、請求原因一後段の経過をたどつて本件裁決及び本件退去処分がなされたものである。

2 原告は、少年に対する刑事処分は特別法六条一項六号の退去強制事由とならないと主張するが、右規定は、左のとおり、成人だけでなく少年に対する刑事処分をも退去強制事由としているものである。特別法六条は、地位協定三条を国内法化したものであり、協定永住権者に対する退去強制事由を一般の外国人の場合に比べて著しく限定している。すなわち、これを、いわゆる刑罰法令違反による退去強制事由についてみれば、一般の外国人においては、無期又は一年を超える懲役又は禁錮に処せられた者（令二四条四号リ）及び少年法に規定する少年で長期三年を超える懲役又は禁錮に処せられたもの（同号ト）が退去強制の対象となるのに対し、協定永住権者の場合は、無期又は七年を超える懲役又は禁錮に処せられた者（特別法六条一項六号）に限定されている。したがつて、特別法は、少年として七年を超える懲役又は禁錮に処せられたような者についてはこれを成人として刑事処分を受けた者と区別して更に特別扱いをする必要がないとしただけであり、少年に対する刑事処分を退去強制事由としないということではないのである。

また、令二四条四号リが「ヘからチまでに規定する者を除く外」と定めて、ヘ、ト及びチを特に除外していることからすると、リは、元来トの場合も含むもので、いわゆる刑罰法令違反による退去強制事由についての一般規定であると解される。そうすると、特別法において、右の令二四条四号リに相当する特別法六条一項六号は、特別法中の一般規定であり、他に格別の規定がない以上、成人に限らず少年も当然に対象としておりと解するべきである。更に、少年であつても少年法五一条により無期又は七年以上の定期刑に処せられることがあり、この場合は当然に特別法六条一項六号が適用されて然るべきである。そうすると、均衡上、当然のことながら、少年として不定期刑に処せられた者に対しても右条項の適用があるというべきである。

3 次に、少年として不定期刑に処せられた者について特別法六条一項六号を適用するに際しては、左のとおり長期の刑を基準とするべきである。特別法六条一項六号は不定期刑の場合に長期と短期のいずれを基準とすべきかを明定していないが、協定永住権者でない外国人少年の場合を定めた令二四条四号トは

長期を基準とすべき旨を明定しており、特段の事情がない限り特別法の場合にも同様に解するのが相当である。元来、退去強制制度は自国の安全と秩序を守るためのものであるから、いかなる刑罰法令違反について退去強制をすべきかは、原則として、悪質事犯か否かという客観的基準によつて決すべきであり、しかも、退去強制は刑罰ではないから、そのように解しても格別の問題はないところ、刑の現実の執行の可能性及び刑事学上の見地に照らすと、犯罪の悪質性ないし重大性の程度を示すのは、短期ではなく長期であるから、右のように不定期刑における退去強制事由の基準は長期に求めるべきなのである。

原告は短期を基準とすべきであると主張するが、不定期刑における短期は少年特有の可塑性、教育可能性に着眼した特別のものであるから、これを退去強制事由の判定基準とすることは相当でない。のみならず、少年法五二条一項但書及び同条二項によれば短期五年を超える不定期刑が言い渡されることはあり得ないから、短期を基準とすれば、七年を超える懲役又は禁錮に処せられた場合を定めている特別法六条一項六号に該当する余地はおよそあり得ず、結果的にはその適用を許さないとしたことと変わりがないという不都合が生じるので、右見解はその点からも是認できない。

4 以上のとおり、原告は特別法六条一項六号に該当するのであり、本件裁決及び本件退去強制処分は特別法を誤つて適用した違法はない。

四 裁量権の濫用がないことについて

1 令所定の退去強制手続における入国審査官の認定、特別審理官の判定及び法務大臣の裁決は、特別法六条一項各号の一に該当する疑いがあるとして入国警備官から引き渡された容疑者につき、右各号の一に該当する事由があるか否かということのみを判断することとされており、事案の軽重その他容疑者の個人的事情等について裁量を行う余地はなく、また、主任審査官は、右一連の手続が確定したときは退去強制令書を発付しなければならないとされている。以上から明らかなとおり、法務大臣の裁決及び主任審査官の退去強制令書発付処分は裁量行為ではないから、本件裁決及び本件退去強制処分は裁量権濫用の違法が生じる余地はない。

2 仮に、右主張が理由がないとしても、被告法務大臣の本件裁決は左のとおり裁量権を濫用したものではない。

元来、在留特別許可は、異議申出人の個人的事情のみならず、国際情勢や外交政策等一切の事情を総合的に考慮した上決定する恩恵的措置であつて、その裁量の範囲は極めて広いものである。原告は、国際赤十字第一九回国際会議決議、世界人権宣言、憲法二二条、日韓条約前文、合意議事録三条関係2等が右裁量判断に際して特別の要請をすると主張するが、原告主張の国際会議決議及び世界人権宣言も未だ法的拘束力を有するものではないし、憲法二二条自体も外国人の在留の自由を保障しているわけではなく、また、日韓条約前文の趣旨は既に特別法の法文中に盛り込まれているし、合意議事録三条関係2の趣旨は、令五〇条による在留特別許可をすべきか否かの判断に際して考慮すべき事情の一端を具体的に示したもので、当然の事理を定めたものにすぎず、それ以外の諸要素をも考慮して判断することを禁じるというものではない。

原告は、本件裁決当時既に二七歳に達した独身男子であり、親族の援助がなくても本国で生活困難に陥るとは考えられないが、原告の送還後も、親族が送金し又は再入国許可を受けて原告を訪問することも可能である。なお、原告は昭和三九年以来家出や服役によりほとんど家族と生活を共にしていないことに留意すべきである。また、原告の犯した罪は、その内容や少年時代の非行歴からみて、単なる過ちとか出来心による事件ということとはできない悪質なものである。すなわち、原告は、中学在学中から不良行為や家出で補導され、更に、東京家庭裁判所八王子支部において、昭和三八年六月二七日には窃盗と外国人登録法違反で審判不開始、同年九月二〇日窃盗により保護観察に付され、昭和三九年一月頃からは暴力団住吉会系田中組に加入し、同年四月二四日右八王子支部において傷害により少年院送致決定を受けた。しかし、原告は、矯正効果が認められず、少年院仮退院後半年足らずで本件退去強制処分の原因となつた殺人等の罪を犯すに及んだものである。しかも、右殺人は、ささいなことから一般人を殺害したもので、裁判所も犯情極めて悪質と認めて当時一七歳であつた原告に対し最高限度の不定期刑に処したのであつた。のみならず、原告は、服役中も反省の念は見えず、かえつて横浜刑務所の看守に暴行を加えて更に懲役四月に処せられ、また、結局のところ仮出獄を許可されることなく長期一〇年を服役しているのである。

冒頭の見地に立つて、右のとおり原告の生活能力、経歴、犯罪内容及び矯正結果

等の事情を考慮すると、被告法務大臣が原告に対して在留特別許可を付与しなかったのは当然であり、この点に裁量権濫用の違法はない。

第五 証 拠（省略）

○ 理由

一 原告の地位及び本件退去強制手続の経過に関する請求原因一の事実は当事者間に争いがない。そして、成立に争いのない乙第三号証（判決謄本）によると、原告は、殺人、窃盗、傷害及び外国人登録法違反の罪で少年時の昭和四一年一〇月二八日懲役五年以上一〇年以下の判決を受けたこと、右殺人の罪は、原告が一七歳の時の同年三月一九日午前二時頃友人のCと飲食店に立ち寄った際相客のDと視線があったことなどからけんかとなり、CがDと殴り合い蹴り合いを始め、原告もこれに加わって所携のくり小刀でDの左肩口付近を一回突き刺して傷害を与え、更に、Cがその場から逃げようとするDの着衣を掴みながら「刺しちやえ、刺しちやえ」と叫んだところ、原告は右小刀でDの左背部を一回力一杯突き刺し、まもなくDを心臓に達する左背面刺創に基づく失血により死亡させたというものであり、原告は右行為につき未必の故意による殺人、Cは傷害致死の各責任を負わされたこと、また、右窃盗の罪は、原告が同年二月三日から同年三月二三日までの間に仲間と共謀して前後二二回にわたり普通乗用車等八四点時価合計約五三七万円の金品を窃取したというものであること、右傷害の罪は、原告が同年三月七日他人に暴行を加えて加療約一〇日間を要する傷害を負わせたというものであること、更に、右外国人登録法違反の罪は、原告が同年二月初め頃外国人登録証明書を紛失したのを知ったにもかかわらず所定の期間内にその再交付申請をしないのでそのまま本邦に在留したというものであることが認められる。

そこで、右のように原告が懲役五年以上一〇年以下の刑に処せられたことをもって特別法六条一項六号に該当するとしてなされた本件裁決及び本件退去処分原告主張の違法事由があるか否かを順次検討する。

二 日本国籍を喪失していないとの主張について

原告は、そもそも原告が日本国籍を喪失していないので、原告を退去強制の対象とすること自体が許されないと主張する。

原告が昭和二三年一二月一三日東京都昭島市において朝鮮人父Aと同母Bの三男として生まれたことは前記一のとおりである。ところで、明治四三年の韓国併合に関する条約により朝鮮人は日本国籍を取得するに至ったので、原告の両親は原告出生当時日本国籍を有し、原告は出生により日本国籍を取得したものである。ところが、今次大戦後の昭和二七年四月二八日に発効した平和条約は、二条（a）項において、「日本国は、朝鮮の独立を承認して、済州島、巨文島及び鬱陵島を含む朝鮮に対するすべての権利、権原及び請求権を放棄する。」と規定しており、日本は、平和条約の右条項により、朝鮮の独立を承認し、朝鮮に属すべき人に対する主権を放棄し、その日本国籍を喪失させることになったものである（最高裁判所昭和三六年四月五日大法廷判決民集一五巻四号六五七頁参照）。原告は、右条項は日本が朝鮮の領域を喪失することを定めたものにすぎず、これにより在日朝鮮人が当然に日本国籍を喪失することにはならない旨主張するが、国家は人、領土及び政府を存立の要素とするものであり、日本が朝鮮の独立を承認するということは、単に朝鮮に属すべき領土に対する主権を放棄することを意味するにとどまらず、朝鮮に属すべき人に対する主権の放棄も意味するのである。その結果、朝鮮に属すべき人は日本国籍を当然喪失することになるものであるから、原告の右主張は採用できない。なお、法務府民事局長通達は、平和条約の発効により朝鮮人が日本国籍を喪失したことを前提とした上で、これに伴う国籍及び戸籍事務の処理方針を明らかにしたものにすぎず、右通達によつて朝鮮人が日本国籍を喪失することになるものではないから、右通達が在日朝鮮人の国籍選択権を奪い憲法等に違反する旨の原告の主張も失当である。

右のとおり、原告は平和条約の発効により日本国籍を喪失したものであり、原告に対し日本国籍を有しないものとして退去強制手続を進めることに違法はない。

三 特別理由不存在の主張について

原告は、日韓両国の歴史的関係や日韓条約及び地位協定の締結、更には特別法制定の趣旨から、協定永住権者に対して退去強制手続を行うためには、形式的に特別法六条一項各号の事由が存在するだけでは足りず、その者をあえて韓国に送還すべき特別の理由が存在することを立証する必要があると主張する。

しかし、協定永住権者に対する退去強制について、地位協定三条は、「次のいずれかに該当することとなつた場合を除くほか、日本国からの退去を強制されない。」

として、(a) ないし (d) の四事由を列挙し、また、右条項を国内法化した特別法六条一項も、「退去強制は、．．．．．次の各号の一に該当することとがなった場合に限って、することができ。」として、一号ないし六号の六事由を列挙しており、その限りにおいて協定永住権者に対する退去強制事由が一般の在留外国人に対する退去強制事由を定めた令二四条よりも相当に限定されていることは明らかであるが、それ以上に、原告の主張するような特別の理由を併せ伴わなければならないことまでを規定しているものとは解されない。合意議事録三条関係3には、韓国政府は地位協定三条の規定により日本国から退去を強制されることとなつた者の引取ケについて日本国政府の要請に従い協力すると定められていることからみても、地位協定三条、したがってこれを国内法化した特別法六条一項各号の事由があれば協定永住権者に対して退去強制手続をとることを妨げないことを前提としていることが窺われる。原告主張の歴史的沿革等の事情は、地位協定三条及び特別法六条一項の規定自体の中に盛り込まれているのであり、法文に明定されている事由の外に特別の理由を立証しなければ退去強制手続を進められないとの主張は採用できない。

四 合意議事録違反の主張について

合意議事録三条関係2は、地位協定三条(c)又は(d)に該当する者の日本国からの退去を強制しようとする場合には、日本国政府は人道的見地からその者の家族構成その他の事情について考慮を払うと定めているが、その趣旨は、右法定の退去強制事由がある場合でも、特別法七条及び令五〇条により諸般の事情を総合して在留を特別に許すべきか否かを判断することとなるので、その判断の際に、協定永住権者については、その地位の特殊性に鑑み、人道的見地からその者の家族構成その他の事情を考慮しなければならないということを示したにとどまり、それ以上に、特別法六条一項各号に明定された事由に該当する者であるにもかかわらず、その者の協定永住権を失わせることが実質的に妥当であるか否かを入国審査官等が判断して退去強制手続自体を進めることを差し控えるべきことを要求しているものではない。

したがって、協定永住権者たる原告に特別法六条一項六号に該当する事由があるとして退去強制手続を進めたことに違法はない。

五 特別法六条一項六号適用の誤りの主張について

1 原告は、少年に対する刑事処分は特別法六条一項六号の適用対象外であると主張する。

しかし、特別法六条一項六号は、退去強制事由として、無期又は七年を超える懲役又は禁錮に処せられた者と規定するだけで、成人として刑事処分を受けたか少年として刑事処分を受けたかを格別区別していないし、また、少年であつても少年法五一条により無期又は一〇年以上一五年以下における懲役又は禁錮の刑を科せられることもあることに徴すると、特別法六条一項六号が少年に対する刑事処分を特に除外しているものとは解せられない。もつとも、一般の外国人の退去強制事由を定めた令二四条が、四号リで一年を超える懲役又は禁錮の刑事処分を退去強制事由としながら、少年に対する刑事処分については四号トで長期三年を超える懲役又は禁錮に限定しているのに対し、特別法六条一項には右の令二四条四号トに対応するような少年に対する刑事処分についての限定規定がない。しかしながら、特別法六条一項は、協定永住権者について退去強制事由となる刑事処分を無期又は七年を超える懲役又は禁錮に限定しており、一般外国人に比しその範囲を著しく制限しているため、それ以上に少年に対する刑事処分についての限定規定を設けなかつたものと解されるのであつて、令二四条四号トに対応する条項のないところから、少年に対する刑事処分が退去強制事由に該当しないと解するのは相当でない。また、犯罪時少年であつても判決時に成人に達しておれば一般の成人と同様の刑事処分を受けるのであつて、判決言渡時に少年であつたというだけで退去強制処分を免れることになれば、公平を欠く結果にもなると考えられる。そして、合意議事録三条関係2や少年法の精神に照らしても、少年に対する刑事処分が特別法六条一項六号の適用対象外であるとは解されない。

なお、原告は、地位協定成立に先立つ第六次日韓会談第二次政治会談予備折衝第七回法的地位関係会議において、日本側が少年に対しては七年を超える懲役又は禁錮に処せられても退去強制をしない旨を提案していたと主張して、甲第二七号証の七の三九八頁を指摘し、証人Eも右書証がその旨を明らかにしていると供述している。しかし、仮に、甲第二七号証の七が韓国側において韓国語で記録した原告主張どおりの会議の記録であるとしても、外交交渉の一過程における提案に法的効力を

認めることができないのはもとより、右甲第二七号証の七の原告指摘部分を原告の付した訳文によつて検討しても、昭和三七一年一月三〇日日本側か会議に提出した書面には、「第1（協定上の永住）」という標題の下に、1として、今次大戦終了の日以前から在日する大韓民国国民及びその子で平和条約発効までに日本国で出生し継続して在留している者には永住を許可すること、2として、右許可を受けようとする者は所定の手続により日本国政府にその申請をすべきことを記載したの継続して、3として、「日本国政府は、第1項の規定により永住を許可する大韓民国国民に対しては日韓両国間の親善関係を害するよう重大な反社会的行為（注）をしない限り日本国からの退去を強制しないこととする。」とし、右の（注）とし、右「第2（永住韓国人の子）」という標題の下に、1として、「日本国政府は第1第1項の規定により永住を許可する大韓民国国民の子（息子）に関して、彼らが成年に達する時までは在留資格を付与することなく日本国に在留できるものとし、又、第1第3項に規定された場合を除外しては日本国からの退去を強制しないこととする。」と記載していることが認められるのであり、これによれば、日本側は、永住許可を受けた大韓民国国民の子（少年）であつても、前記「第1（協定上の永住）」の3に（注）として具体的に掲げられた重大な反社会的行為のいずれか（七年を超える懲役又は禁錮に処せられることはその一つとされている。）に該当する場合には成人と同様に退去強制事由とするという趣旨の提案をし、退去強制事由としない旨を表明しているものとは認められない。原告及び証人Eは、右「第2（永住韓国人の子）」の1の「大韓民国国民の子に関して」は「第1第3項に規定された場合を除外して」は「退去を強制しないこととする。」というのとは、「第1（協定上の永住）」の3の（注）に掲げられている1と3の場合すなわちいわゆる公安事犯と麻薬犯については退去強制できるが、右（注）の2の七年以上の懲役又は禁錮に処せられた場合と4のいわゆる一般条項の場合には退去強制をしない趣旨を表わしたものであると述べるが、右に引用した訳文中の「第1第3項」という表現は前記の「第1」の3全体を指すものであつて、右原告らのいうように解することは前後の文言や文脈の関係から到底不可能というほかない。よつて、この点に関する原告の主張も採用できない。

以上のとおりであるから、少年法に規定する少年として懲役五年以上一〇年以下に処せられた原告を特別法六条一項六号の適用対象とすることに違法はない。

2 更に、原告は、仮に、少年に対する刑事処分が特別法六条一項六号の適用対象になるとしても、不定期刑の場合は短期を基準とすべきであり、短期五年の懲役刑に処せられた原告は右条項には該当しない、と主張する。

特別法六条一項六号は不定期刑の場合に長期と短期のいずれによるべきかを特に定めていないが、一般法たる令二四条四号トが「少年法に規定する少年でこの政令施行後に長期三年をこえる懲役又は禁錮に処せられたもの」と長期を基準とする旨を定めていることからすれば、別段の規定のない限り、不定期刑に処せられた協定永住権者について特別法六条一項六号を適用するに際しても長期の刑を基準とすると解するのが相当である。不定期刑は、刑期に幅があるが、原告主張のように短期の期間のみが本来の刑であると解することはできず、長期までの期間ももとより刑であつて、長期が七年を超える場合は、「七年をこえる懲役又は禁錮に処せられたもの」といふべきである。本来、退去強制制度は、日本の安全及び秩序の維持を図るためのものであり、刑事処分が退去強制事由となるのも、当該犯罪行為の重大さ、悪質さに着目してのことであつて、犯罪行為の重大さ、悪質さを決すべき基準は長期の方といふべきであるから、特別法が長期を基準としているものと解することは、退去強制制度の趣旨にも合致するのである。

のみならず少年法五二条一項但書及び同条二項によれば不定期刑における短期の最高限は五年と制限されているから、もし原告の主張するように短期を基準とすべきであるとすれば、不定期刑を科された少年が特別法六条一項六号に該当するという

の中に機械が人つてその音がうるさい。」等と述べる程の重症状態を呈し、電気けいれん療法等を受け、前記昭和四十六年七月の看守に対する暴行事件も右拘禁反応の影響が多少あつたのではないかとする専門家の意見もあること、右病状は府中刑務所を出所した昭和五一年頃は相当快方に向かつていたものの、昭和五三年九月時点でも未だ投薬療法を継続しており、主治医のF医師は、昭和五三年九月の証人尋問において、完治にはなお三、四年を要し、家族に囲まれた安定した精神環境が必要であり、拘禁状態や異なる生活環境下に置かれれば病勢が昂進する可能性もある旨を述べていること、以上の各事実が認められ、これを左右するに足る証拠はない。

2 右認定の事実によれば、原告が退去を強制されて韓国で暮らすことには相当の困難が伴うことは明らかである。協定永住権者は社会的・経済的・文化的に日本と深く関わり、これを退去強制すれば当該個人に相当の困難を強いる結果となることは予想されるところであるが、それゆえにこそ、特別法六条一項は協定永住権者に対する退去強制事由を一般の外国人に関する令二四条所定の事由よりもはるかに制限し、重罪犯その他我が国の国益を著しく害する所定の六事由がない限り退去強制をしないと定めているのであつて、それにもかかわらずあえて右所定の事由に該当する行為をしたときは、我が国の国益との比較均衡上当該個人が退去強制による右の困難をも忍ばざるを得ない場合があることは、これを認めなければならないのであつて、退去強制をされると韓国において生活していくことがほとんど絶望的で身体生命の安全が危ぶまれるといつた異例かつ特段の事情がある場合はともかく、その者が韓国での生活経験等を有しないため生活に相当程度の困難を強いられることがあるとか、あるいは韓国に送られると従来より治療環境が低下する長期的疾患を有しているというだけでは、直ちにその者に対する退去強制を許されないものと目すべきではない。合意議事録三条関係2が「人道的見地からその者の家族構成その他の事情について考慮を払う。」と定めている趣旨は前述のとおりであつて、協定永住権者の家族の離散等の事態はできるだけ避けるべきではあるけれども、それとて、退去強制事由の内容、程度や家族構成のいかん等を総合的に考慮して決められるべきことであり、協定永住権者本人又はその家族に苦痛や困難がもたらされるというだけで右の人道条項に抵触するというものではない。原告は、いわば日本人と同様に日本で生まれ育つた者ではあるが、前述のとおり特別法六条一項六号に該当する殺人等の重罪を犯したものである。原告は、それが少年期の犯罪であり、その動機や態様、非行に至る社会的背景等からすれば、犯情は必ずしも重くないと主張するが、現在原告が既に刑期を終えて更生を期しているとしても、なお、その責任と国益侵害の程度が軽微化したものとたやすくいい得るものではない。そのうえ、原告は本件退去処分当時二七歳の独身男子であつて、その意欲さえ持てば韓国で自活していくことが著しく困難であるとはいえないのであり、かつ、原告を措いて他に保護の任に当たり得る者のない幼児や高齢者といつた要保護者がいるわけでもない。もつとも、原告が服役中にかかつた拘禁性精神病は本件裁決当時完治していなかつたし、現在でも投薬を受けており、急激な環境の変化が治癒に向かいつつある病勢を昂進させる可能性もあるといつたのであるから、本件退去処分の執行の時期等については相応の配慮が望まれるところであるが、原告の韓国における生活や治療については病状を長期的に悪化させないよう原告の家族による協力や援助も期待されて然るべきものであつて、原告に右の疾患のあることが本件裁決を著しく非人道的たらしめるものとは未だいい難い。

3 以上を総合すると、本件裁決が原告に在留特別許可を与えなかつたことに裁量権濫用の違法はなく（原告の主張する国際会議決議及び世界人権宣言等は右の判断を左右するものではない。）、これを前提とする本件退去処分にもこの点の違法はないといふべきである。

七 以上のとおり、本件裁決及び本件退去処分に原告主張の違法はないから、原告の請求をいずれも棄却することとし、訴訟費用の負担につき行政事件訴訟法七条及び民事訴訟法八九条の規定を適用して、主文のとおり判決する。

（裁判官 佐藤 繁 泉 徳治 岡光民雄）