１(1)　本件裁決が違法であると主張するためには、本件裁決は法５０条１項４号の該当性判断を誤ったものであるといえる必要がある。そこで、法５０条１項４号の該当性判断における裁量の有無を検討する。

(2)　法５０条１項４号は、「特別に」とあるように、法務大臣が当該外国人に対して例外的にその在留を許可するものである。憲法上、外国人には在留の自由は保障されておらず、かつ、法５０条１項４号の対象となるのは退去強制事由に該当する外国人である。そのような外国人に対して在留の許可を与えるということから、同条は恩恵的な性質を有するといえる。また、そのような外国人の在留許否の判断は、より慎重な判断が求められるものであり、高度な専門的知識を必要とするものである。したがって、法５０条１項４号の該当性判断に当たっては、法務大臣の裁量が認められる。

(3)　したがって、そのような行政庁の裁量が認められる事項に対する行政庁の処分が違法であるといえるには、判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により、その判断が重要な事実の基礎を欠く場合、又は、事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により、その判断が社会通念に照らして著しく妥当性を欠くことが明らかである場合であるといえる必要がある。

２(1)　特別許可の判断に当たってはガイドラインが設定されている。このガイドラインは裁量基準であるとされていることから、その裁量基準が合理的であるといえる場合、合理的な理由なくその裁量基準に従わず処分をすることは、平等原則及び信義則に反して違法であるといえる。では、このガイドラインは合理的であるといえるか。

(2)　ガイドライン第１は、在留特別許可の判断に当たっては、個々の事案ごとにその事情を総合的に勘案して行うこととしており、その判断に裁量を認めているといえるから、法５０条１項４号とも合致するものである。また、ガイドライン第２は、ガイドラインに掲げられた積極要素および消極要素を勘案し、積極事情として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情を上回る場合には、在留特別許可の方向で検討することとしている。このように、明らかに上回る場合と限定しているのは、前述した法５０条１項４号の恩恵的性質に照らしても合理的であるといえる。さらに、同ガイドライン第２は、単に積極要素が一つ存在するからといって特別許可の方向で検討されるものではない等と記載しており、その判断に当たって総合的かつ慎重な判断を求めているといえることも、法５０条１項４号の性質に合致する。したがって、ガイドラインは合理的であるといえる。

３　では、本件処分はこのガイドラインに従ったものといえるか。

(1)　Ｘ１、Ｘ２及びＸ４の在留特別許可の判断に当たっては、この３人を一体として検討すべきである。なぜなら、Ｘ４は小学校２年生と幼く、両親であるＸ１及びＸ２と離れて暮らすことは困難である。さらに、仮に、Ｘ４が両親と離れて日本で暮らすとなると、Ｘ３がＸ４を養育することになるが、Ｘ３は定時制の高等学校に入学しており、そのようなＸ３がＸ４を養育するのは現実的でない。ま

着眼点がよいですね。例外的・恩恵的措置であることを基礎づける良い指摘だと思います

「法務大臣が……認めるとき」という文言には必ず着目しましょう

裁量基準が合理的か否かはまずもって法の規定や趣旨との整合性があるか否かによって判断されるべきですから、この指摘はGOODです

裁量基準に基づく裁量処分の統制については、①裁量基準自体が合理的か否か②基準に従って処分をした場合は原則適法だが、個別事情考慮義務違反があれば例外違法となり、③基準に従わずに処分をした場合は原則違法だが、特段の事情ないし合理的な理由があれば例外的に適法となるという処理手順が重要ですね。正確に規範を立てることができており好印象です。

結論だけでなく、そのような結論を採用するに至った理由までシッカリと書かれており説得的な答案になっています

た、Ｘ４がＸ１及びＸ２とともにＡ国で暮らすとしても、Ｘ４はＡ国で生活したことはなく、Ａ国語を話すこともできないことから、Ｘ４の養育上問題がある。したがって、Ｘ１、Ｘ２及びＸ４は一体として検討すべきである。

(2)　ガイドラインに従って積極要素を検討する。

　Ｘ４は小学校２年生であり、Ｘ４は平成１２年に出生して以降、平成１６年時点においても日本に滞在していることから、相当期間本邦に在住しているといえ、そのようなＸ４と同居し、Ｘ４の両親であるＸ１及びＸ２は、ガイドライン第１の１特に考慮する積極要素である(4)に該当するといえる。

　また、Ｘ１らは本件処分を受けた後、日本への在留を希望してＢへ出頭申告を行っているから、ガイドライン第１の２(1)に該当する。また、前記のとおりＸ１及びＸ２は小学校２年生であるＸ４を養育しており、Ｘ４を両親から引き離すことは現実的でなく、Ｘ４をＡ国で生活させることもＸ４の教育上望ましくないという事情は、同第１の２(6)のその他人道的配慮を必要とする特別の事情であるといえる。

端的に該当する部分の指摘を事実と共にすることができておりGOODです。余裕があればガイドラインの文言も引用するとよいですね。

　さらに、Ｘ１及びＸ２は平成８年から日本に入国し、平成１６年に至るまで、Ｃ市のＤはいつに居住し、Ｅ製作所に勤務しており、その素行に問題はなく、地域住民とも親しくしていた。したがって、本邦での滞在時間が長時間に及び、定着性が認められるといえるから、ガイドライン第１の２(5)に該当する。

(3)　消極要素を検討する。Ｘ１及びＸ２は、偽造旅券を使用して日

本に入国していることから、ガイドライン第１の４(1)に該当する。

また、前述したガイドライン第１の２(3)の事情は、そのような長期間、不法滞在し続けていたという事情にも当たり、積極要素として評価すべきでないとも思える。

　しかし、本件処分をした時点で、ＢはＸ１及びＸ２が偽造旅券を使用して不法に入国し、滞在していることを把握したといえる。それにもかかわらず、本件裁決がされる平成１６年に至るまで、何らの処分もしていないということは、Ｂは、Ｘ１及びＸ２の不法滞在を黙認していたといえる。したがって、Ｘ１らが不正に入国したこと及びその滞在期間が長期間にわたっていることは、消極要素として大きく考慮すべきでない。

あてはめが充実しています。また、大量の事実を引用していますが、ワンセンテンスワンテーマが守られており、かつ、改行や接続詞の利用によって読みやすい文章になっていますね

　また、Ｘ１らは、特に考慮すべき消極要素に掲げられている事情に該当せず、その他の消極要素に該当する事情もない。したがって、Ｘ１らは、前記のとおり特に考慮すべき積極要素及びその他の積極要素に該当する一方、特に考慮すべき消極要素には該当せず、また該当する消極要素も大きく考慮すべき事情でないため、積極要素として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情が上回る場合に当たるといえる。よって、このガイドラインに従えば、Ｘ１らには在留特別許可がされるべきである。

４　以上より、本件裁決は、合理的な理由なく裁量基準であるガイドラインに従わずなされたものであるから、違法である。

以上

講評
起案お疲れさまでした。
内容はさることながら、文章力の高さを感じました。
非常に読みやすく、かつ、読み応えのある答案だったと思います。
この調子で頑張ってください。