

# 退去強制手続における異議の申出， 法務大臣裁決と在留特別許可

伊 藤 行 紀

## 目次

### はじめに

#### 第1 異議の申出，法務大臣裁決と特別在留の許否

- 1 見解A（国の主張）
- 2 見解B（東京地裁平成20年2月29日判決）
  - (1) 要旨
  - (2) 他の裁判例
- 3 見解C（裁判例）
  - (1) 規則42条4号と異議の申出
  - (2) 裁決と特別在留の許否
  - (3) 裁決取消しの訴えの法的利益
  - (4) 特別在留許否判断の性質

#### 4 問題点

- (1) 見解Aの問題点
- (2) 見解Bの問題点
- (3) 見解Cの問題点
- 5 規則42条4号の不服理由に関する異論
- 6 英米移民法における不服申立制度
- 7 国際人権規約との関係
- 8 異議の申出と特別在留の許否

- (1) 裁判例
- (2) 現行法の解釈と問題点

#### 9 小括

#### 第2 難民認定手続と退去強制手続

##### 1 裁判例

- (1) 東京地裁平成19年8月31日判決（判時2001号28頁）(①判決)
- (2) 東京地裁平成20年2月8日判決（裁判所ウェブサイト）(②判決)
- (3) 東京高裁平成20年8月27日判決（裁判所ウェブサイト）(原審維持)
- (4) 東京高裁平成21年4月30日判決（LEX/DB25450733）(③判決）（一番東京地裁平成20年6月27日判決）
- (5) 東京高裁平成21年5月27日判決（判時2062号33頁）(④判決）（一番東京地裁平成20年3月28日判決）

##### 2 ①～④判決の論点

- (1) 退去強制手続における異議の申出と難民該当性の判断
- (2) 難民認定手続と退去強制手続
- (3) 特別在留許否の判断と裁決
- (4) 送還先に関する希望の申出

- 3 英米諸国における関連法制度
  - 4 拷問禁止委員会見解に対する日本政府コメント
  - 5 他の裁判例
    - (1) ①判決と同旨の裁判例
    - (2) ②判決と同旨の裁判例
    - (3) その他
    - (4) 平成16年法改正前の事案に関する裁判例
  - 6 小括
- 結語

## はじめに

入管法（出入国管理及び難民認定法）（以下、「法」という。）49条1項の「判定に異議があるとき」とは、出入国管理及び難民認定法施行規則（以下、「規則」という。）42条4号により「退去強制が著しく不当であることを理由として」在留特別許可を求めるための異議申出を含むか否か。

この論点は、法の定める異議申出とは、「法24条に規定する退去強制事由に該当しないことを理由として判定に服しない場合」のみを意味するのか、それとも、「広く退去強制処分それ自体を争い、これに服しない場合」をも含むのかという法解釈に関わる問題である。

名古屋高裁平成25年6月27日判決<sup>1</sup>の例に即していえば、在留期間を経過して本邦に残留する者として退去強制事由に該当することとなった外国人女性が、がん再発のため日本の病院で入院・通院治療中であるという事案が挙げられる。

同人は、生命にも関わるこうした事情により、法務大臣（法務大臣から権限の委任を受けた地方入国管理局長を含む。以下同じ。）の在留特別許可を得て日本での治療継続を希望したが、法務大臣はこれを認めず、同人に対し退去強制令書を発付したというものである。

名古屋高裁判決は、「健康、特に生命に関わる病気を抱える者に対する配慮は、文明国家である以上、当然に尽くすべきものとする」と述べ、退去強制令書発付処分を取り消した。

この事案のような場合、こうした情狀的理由により、同外国人が法務大臣に対して異議を申し出る手続が現行法において明確に定められているのかどうか、

---

1 裁判所ウェブサイト。

という問題が上記の論点である。

国は以前から、在留特別許可は法務大臣が恩恵として、一方的に認めることがあるにすぎないとする。したがって、外国人である退去強制容疑者は在留特別許可を求める法律上の権利を有するものではなく、退去強制容疑者において単に事実上これを期待することができるにすぎず、現行法には在留特別許可の申請権を定めた規定はないとの見解を維持する<sup>2</sup>。裁判例の大勢もまた、これと同様に解している<sup>3</sup>。

上の事案もそうであるが、多くの場合、退去強制容疑者である外国人自身が退去強制事由に該当することは法律上明確で、本人も自認し、これを争う事例はほとんどみられないのが通例である。このため、上記の例のように、異議申出手続は、退去強制事由に該当する外国人にとって、いわば最後の命綱ともいべき在留特別許可を求めるための手続となっているのが実態である。

しかしながら、従来の裁判例では、在留特別許可はそのための異議申出に対する法的応答として判断されるのではなく、法務大臣が一方的に与えるものと解されている。それゆえ、この申出は、法律上の申請とは解されず、申出と在留特別許可付与の許否との関係も明確でなく、また、在留特別許可をしない判断が下されたときは、その理由が相手方に示されることもなく退去強制令書が発付される仕組みとなっている。

現行法における退去強制手続はしばしば、入国審査官の認定、特別審理官の判定、法務大臣の裁決という三審制による慎重な審査手続を採用していると言われる<sup>4</sup>。

しかし、そのような評価は、外国人が退去強制事由に該当しないことを理由として異議申出を行うという、実例の乏しい上記のような異議申出の手続を想定しているものと推測される。

---

2 東京地裁昭和32年4月25日判決（行裁例集8巻4号754頁）、東京地裁昭和52年7月12日判決（訟務月報23巻7号1283頁）、大阪地裁昭和59年5月30日判決（判タ534号162頁）。後掲の東京地裁平成20年2月29日判決（判時2013号61頁）における被告の主張参照。

国は、法50条の在留特別許可とは、「容疑者において単にそのような幸運の訪れることを期待しうる程度のも」とも主張している（東京地裁昭和34年1月28日判決（判例集不登載）掲記の被告主張）。

3 東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）。

以下においては、この論点につき裁判例等に照らして検討した上、問題点及び課題を指摘したい。なお、平成16年法律第73号による法改正の結果、新たに出国命令制度が定められ、不法残留等している外国人につき、退去強制手続によらず出国命令により出国させることとなった（法24条の3、55条の2～6）が、本稿ではこの手続に関する論述は省略する。

上記の論点との関連で、難民認定申請を行った在留資格未取得外国人の退去強制手続に関する裁判例の論点及び現行法の問題点についても、若干の検討を加えることにしたい。

## 第1 異議の申出、法務大臣裁決と特別在留の許否

### 1 見解A（国の主張）

国の見解は、以下のとおりである<sup>5</sup>。

ア 在留特別許可については法務大臣の権限が定められているのみであり、在留特別許可申請権を定めた規定は存せず、異議の申出の手続とは全く別である。

イ 異議の申出に対する裁決は、退去強制容疑者の退去強制事由該当性の判断に限定される羈束行為であり、在留特別許可は法務大臣の自由裁量行為である。

ウ 在留特別許可の違法事由は裁決の違法事由となるものではなく、前者の違法を理由として、後者の違法を主張することはできない<sup>6</sup>。

---

4 最高裁（一小）平成18年10月5日判決（集民221号403頁）における泉徳治裁判官の反対意見参照。原田尚彦「訴えの利益」（1987年）も、当時の出入国管理令は、「行政庁の専断によって一方的にいわれのない退去強制を受ける者が出ることのないよう配慮して比較的慎重な事前的行政手続を定めている。」と述べている（206頁）。また、平成16年4月15日第159回国会参議院法務委員会において江田五月委員は、「出入国管理行政については、いわゆる三段階で行政手続の中で不服審査をきっちりやっていくというものを用意していますから、行政不服審査法上の不服申立ての手続を設ける必要はない」と述べている。

5 東京地裁昭和32年4月25日判決（行裁例集8巻4号754頁）、東京地裁昭和33年5月29日判決（判例集不登載）、名古屋地裁昭和45年7月28日判決（訟務月報16巻12号1453頁）、大阪地裁昭和46年2月8日判決（行裁例集22巻12号43頁）、大阪地裁昭和59年5月30日判決（判タ534号162頁）等における被告主張参照。

エ 法は、在留特別許可を求める実体上の権利及び手続上の権利（申請権）を外国人に認めていないから、在留特別許可をしない法務大臣の判断は、当該容疑者に恩恵を付与しないという不作為にすぎず、その者の権利義務に変動を生じさせるものではない<sup>6</sup>。在留特別許可は容疑者において単に事実上これを期待することができるにすぎず、在留特別許可を付与しなかったとしても単に不当の問題を生じるのみで、違法の問題を生じない<sup>8</sup>。

国はかつて、上記のように、在留特別許可を与えないことによって違法の問題は生じないとしていたが、その理由として、現行法の前身である出入国管理令当時、次のとおり主張した<sup>9</sup>。

「本来、外国人を入国、滞在せしめることは国が全く恩恵的な立場で行うものであり、ただ、これを掌る行政庁の恣意を防ぐ意味において出入国に関しその基準等を法定しているから、国も、適法に在留資格を有する外国人を国外に退去せしめることはできない。したがって、管理令第24条各号の一に該当するとの容疑を受けた外国人は、それらに該当しないことを理由に行政庁の処分を争い得るが、当該容疑者がそれらに該当するものである以上は、国に対し、自己を在留せしむべきことを要求することが出来る権利もしくは法律上の地位のある道理がない。すなわち、このような場合に、国は全く一方的な立場で、その者の在留を許すことがあるだけであって、入管令50条は、その在留特別許可の権限を法務大臣に与えた規定である。それであるから、在留特別許可は、容疑者において、単に、事実上これを期待することができるにすぎず、法務大臣が全く自由に裁量することができるのであって、その裁量権の範囲は無制限なものとして解すべきであり、在留特別許可を与えないからといって何ら違法の問題は生じない。」

---

6 大阪地裁昭和57年7月29日判決掲示の被告主張、東京地裁昭和32年4月25日判決（行裁例集8巻4号754頁）、大阪地裁昭和59年5月30日判決（判タ534号162頁）、大阪地裁昭和59年7月19日判決（訟務月報3巻1頁）、大阪地裁昭和59年11月26日判決（判例集不登載）等掲記の国の主張。

7 東京地裁平成20年2月29日判決（判時2013号61頁）における事実欄掲記の被告主張参照。

8 大阪地裁昭和46年2月8日判決（行裁例集22巻12号43頁）参照。

9 東京地裁昭和32年4月25日判決（行裁例集8巻4号754頁）掲記の被告主張。

法24条各号の一に該当するとの容疑を受けた外国人が、それらに該当する以上、自己を在留させることを要求できる権利もしくは法律上の地位はなく、「国は一方的な立場でその者の在留を許すことがあるだけである」とする点については、国は今日においてもこれと同旨の主張をしている<sup>10</sup>。

他方、在留特別許可は法務大臣の自由な裁量に属し、「その裁量権の範囲は無制限なものとして解すべきであり、これを与えないからと言って何ら違法の問題は生じない」との主張については、後述のとおり、裁判例は早い時期からこれを否定している。例えば、東京地裁昭和28年10月1日判決<sup>11</sup>は、「裁量に誤りがあり、退去強制を命ずることが著しく不当または偏頗な措置であると認められるような事情がある場合」には、退去強制令書の発付処分を取り消して、原告を救済することができる」と述べており、以後の裁判例もこれと同様に解している。

## 2 見解B (東京地裁平成20年2月29日判決<sup>12</sup>)

### (1) 要旨

東京地裁平成20年2月29日判決(以下、「東京地裁平成20年判決」という。)は、現行法の仕組み自体から、下記①～③のとおり解すべきであるとするものであり、この点につき国の上記主張はもとより、裁判例の多数とは異なる判断を示している。

- ① 法50条1項の在留特別許可は、法49条1項の異議の申出があったときに初めて付与され得るものであり、同項の異議の申出とは無関係に在留特別許可が付与されることはない。
- ② 退去強制事由に該当することを争う場合でない限り、法49条1項の異議の申出をすることができないと解すると、当該事由に該当することを争う者にはいかにその主張が不合理でも在留特別許可を受ける機会が与えられるのに対し、これに該当することを正直に認めた者にはその機会が与えられないという不合理な結果を招くこととなる。
- ③ 以上から、判定そのものは争わないが、自己が退去強制されることに

---

10 東京地裁平成20年2月29日上記判決掲記の被告主張。

11 行裁例集4巻10号2485頁。

12 判時2013号61頁。

は不服があり，在留特別許可を希望するという者に対しても，異議の申出を認めていると解するのが相当である。

東京地裁平成20年判決は，上記①，②，③の理由から，「法は，法49条1項の異議の申出権を法50条1項の在留特別許可を求める申請権としての性質を併せ有するものとして規定し，かつ，当該申請に対しては在留特別許可を付与するか否かの応答をすべき義務を法務大臣に課したものと解するのが自然である」と述べている。

このように同判決は，法の趣旨を上記のとおり解することにより，法所定の異議の申出を規則42条4号の理由による申出を含むとする見解によっていえる。言い換えれば，在留特別許可を求める異議の申出を法の定める異議の申出として位置付けることを意味する。これにより，同判決における在留特別許可の義務付けを求める訴えは，行政事件訴訟法3条6項2号のいわゆる申請型の義務付けの訴えであると解した<sup>13</sup>。

## (2) 他の裁判例

上記東京地裁同判決以外にも，裁判例の中には，旧出入国管理令施行規則

---

13 これと異なり，同判決の控訴審判決（東京高裁平成21年3月5日判決（訟務月報56巻11号2551頁））は，従来からの裁判例と同様の理由により，次のとおり判示した。  
 ア 法24条に該当する外国人には，自己を本邦に在留させることを法務大臣に求める権利はない。イ 法49条1項所定の異議の申出は，たとい，在留特別許可を求める旨が明らかにされている場合であっても，行政事件訴訟法3条6項2号所定の『行政庁に一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求』には当たらないものと解される。ウ 在留特別許可をすることの義務付けを求める訴えは，同項1号所定の義務付けの訴え（非申請型）である。

上記のような義務付けの訴えに関するものではないが，上記東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）は，「法49条及び50条の各規定の文言と両条の関係からすると，我が国に不法在留する外国人に在留特別許可申請権があるとは到底解することはできず」と述べている（東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号510頁）も同旨）。

名古屋地裁平成22年12月9日判決（判タ1367号124頁），東京地裁平成24年5月15日判決（LEX/DB25494082），東京地裁平成20年8月22日判決（LEX/DB25440478），東京地裁平成19年12月13日判決（LEX/DB25421239），名古屋地裁平成19年9月28日判決（LEX/DB25421157），東京地裁平成19年5月25日判決（裁判所ウェブサイト），東京高裁平成19年10月17日判決（裁判所ウェブサイト）東京地裁平成17年11月25日判決（裁判所ウェブサイト）も同旨。

35条4号（現行規則42条4号に該当。ただし、旧規則同号は「退去強制が甚だしく不当であること」としていたが、現行規則4号は「退去強制が著しく不当であること」と規定している。以下同じ。）は、「退去強制の不当を争って異議申立をすることができることをも認めたものである」としたものである<sup>14</sup>。

また、東京地裁昭和46年3月29日判決<sup>15</sup>は、出入国管理令施行規則第35条によれば、「異議の申出の手段として、退去強制が甚だしく不当であることを理由として申出の場合には、『退去強制が甚だしく不当であることを信ずるに足りる』資料を提出すべきものとされているが、このような資料は、その性質上、特別在留の許否に関する資料とみられるものであり、異議の申出においてかかる資料の提出が要求されていることは、右手続内において特別在留の許否をも判断するものであるとの建前を示すものであると考えることができる」と述べている<sup>16</sup>。

同判決はさらに続けて、「実質的に見ても、元来、右の異議の申出の手続は、容疑者にとっては、出入国管理の行政当局に対して行えるいわば最後の防禦手段であって、この申出によって、どのような名目にせよ、目前に迫った退去強制手続を免れることを求めるのが実情であるから、むしろ、右の異議申出の中には、暗黙のうちに、最悪の場合は特別在留許可をも求める旨の申請が含まれていると見るのが相当である」としている。

上記東京地裁昭和46年3月29日判決は、現行規則42条4号に相当する不服理由による申出を特別在留許可の申請権として認めたものではないが、暗黙のうちに、これが異議申出の中に含まれていると述べている点は、東京地裁平成20年判決に繋がるように思われる。

### 3 見解C（裁判例）

#### (1) 規則42条4号と異議の申出

現行規則42条4号は、異議の申出の不服理由として、「退去強制が著しく

---

14 東京地裁昭和28年10月1日判決（行裁例集4巻10号2485頁）。

15 行裁例集22巻3号315頁。

16 大阪地裁昭和59年5月30日判決（判タ534号162頁）、大阪地裁昭和59年11月26日判決（判例集不登載）も同旨。



不当であることを理由として申し出るとき」を定めている。上記最高裁（一小）平成18年10月5日判決<sup>17</sup>（以下、「最高裁平成18年判決」という。）は、「規則42条4号は、法49条1項所定の法務大臣に対する異議の申出に際しては、退去強制が著しく不当であることを理由とすることを認めている。そうすると、法務大臣が同条3項に基づき異議の申出が理由がない旨の裁決をするに当たっては、容疑者に特別に在留を許可すべき事情があるとはいえないとの判断を経ている」としている。

4号の不服理由に対し、規則同条1～3号は、それぞれ審査手続の法令違反、法令適用の誤り、事実の誤認という法24条各号の退去強制事由に該当しないとの異議申出の不服理由を規定している。

4号の不服理由については、例えば、上記東京地裁昭和28年10月1日判決<sup>18</sup>は、出入国管理令当時の規則35条につき、次のとおり述べている。

「施行規則第35条は、特に異議の申立について、審査手続の法令違反、法令適用の誤り、事実の誤認、退去強制が甚だしく不当であることの4つを挙げ、その一に該当する不服の理由を明示すべき資料を異議申立書に添付すべきことを命じている。つまりこの規定は、退去強制の当不当を争って異議申立をすることができることをも認めたものであり、明らかに退去強制の処分について行政庁に才量の余地あることを前提としたものといわなければならない。」

これに対し、東京高裁昭和31年7月18日判決<sup>19</sup>は、出入国管理令施行規則35条4号によれば、「退去強制が甚だしく不当であることを理由とする異議申立が許される場合があるかのように解されないでもないが、同令中にはこれに関する何らの明文がないのみならず、右施行規則の規定は同令第50条の在留特別許可の行われる場合を予想して、異議申立の際にその許可処分（これは法務大臣の自由裁量処分と解すべきである）を促すために主張することを許したものと解すべきである」とする。そして、「右施行規則の規定を以って、退去強制が甚だしく不当である場合には退去強制令状を発付することが許されないものである、と解することはできない」と述べる。

---

17 集民221号403頁。

18 行裁例集4巻10号2485頁。

19 行裁例集7巻7号1911頁。

さらに、東京地裁昭和33年5月29日判決<sup>20</sup>は、次のように述べている。

「施行規則35条第4号の規定は、法務大臣が異議の裁決手続中において裁量により在留の特別許可をすることができるから、退去強制を受けることが甚だしく不当である特別の事情のあるときは異議の申立をする際にそのことを明らかにする資料を添付すべきことを定めただけの手続規定と解すべきであって、異議申立人に特別在留許可を求める権利があることを定めたものではない。」

これ以降における裁判例は、上記東京高裁昭和31年7月18日判決及び東京地裁昭和33年5月29日判決と同様、当時の規則35条4号の不服理由は在留特別許可を促すための資料を添付すべきことを定めただけの規定であり、この規定は在留特別許可を求める権利があることを定めたものではないと解しており、現行規則42条4号についても、近年の裁判例はこれと同様に解している<sup>21</sup>。

東京高裁平成12年6月28日判決<sup>22</sup>は、退去強制事由に該当する外国人は在留特別許可の請求権を有するとは解されないとし、それは「いわば請求権なき者に利益を一方的に与える措置である」としている。そして、異議の申出を棄却する裁決は、主任審査官の判定に対する異議を排斥する処分であるとともに、「在留特別許可をすべき場合に当たらないとしてこれを付与しない（職権発動をしない。）処分としての性質をも有する」と述べている。

最高裁平成18年判決は上記のとおり、「異議の申出に際しては」と述べており、規則42条4号の不服理由による異議の申出については、従来からの裁判例と同様、法49条1項の異議の申出と区別されるべきことを前提としているものと解される<sup>23</sup>。

近年における他の裁判例には、「法務大臣の裁決は、入管法24条各号の退去強制事由の存否の判断権限と在留特別許可の許否の判断権限とを一個の処

---

20 判例集不登載。

21 東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）、東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）は、在留特別許可の申請権は認められないとしている。東京地裁東京20年判決の控訴審である高裁平成21年3月5日判決（訟務月報56巻11号2551頁）も同旨。

22 訟務月報47巻10号3023頁。

分権限に取り込んだもの」と解するものもある<sup>24</sup>。

裁判例は以上のように，法49条1項の判定に対する異議の申出と規則42条4号の不服理由による異議の申出との区別を前提とし，法は後者について，在留特別許可の申請権を認めるものではないとする。ただし，後者の申出は異議の申出の際に4号の理由を示す資料を提出すべきものと解され，これにより在留特別許可の許否判断がされ，異議の申出が理由がないとの裁決は上記のとおり，在特を許可しないとの判断を経ている，又はその判断を含んだ処分と解されている。

(2) 裁決と特別在留の許否

上記東京地裁昭和28年10月1日判決<sup>25</sup>は，上記の引用個所に続き，次のとおり述べる。

「主任審査官は，異議理由なしとする才決があったときは，すみやかに退去強制令書を発付しなければならないのであるが，異議申立に対する才決に，なお退去強制事由の存否について誤りがあり，あるいはその当否に関する才量に誤りがあって，これを違法とすべき事情がみとめられる場合には，これに基づいて主任審査官のする退去強制令書発付処分も違法たるを免れないことになる」

東京地裁昭和32年4月25日判決<sup>26</sup>も，「法務大臣は異議申出に対する裁決をする際に特別在留の許可をするかどうかを決する裁量権限を有するのであり，

---

23 「…に際して」の意義に関連し，国家賠償法案に関する衆議院司法委員会審議において，同法1条の「職務を行うについて」の意義説明に関連して奥野政府委員は，「職務の執行について，職務執行自体よりもやや広く，ただ，『に際して』というよりもやや狭く，その中間において，…国家に賠償義務を認めるのがほんとうではないか」と述べている（第001回国会衆議院司法委員会会議録第4号・昭和22年7月16日）。

24 東京地裁平成19年5月25日判決・裁判所ウェブサイト）。その他，東京地裁昭和46年3月29日判決（行裁例集22巻3号315頁），神戸地裁昭和52年3月17日判決（訟務月報23巻3号523頁）等のほか，近年の例では，東京高裁平成19年10月17日判決（裁判所ウェブサイト），東京高裁平成21年3月5日判決（訟務月報56巻11号2551頁），東京地裁平成24年5月15日判決（LEX/DB25494082）等も同旨。

25 行裁例集4巻10号2485頁。神戸地裁昭和29年3月23日判決（行裁例集5巻3号682頁）も同旨。

26 行裁例集8巻4号754頁。

右裁決は単に特別審理官の判定の適否についてだけでなく、同時に特別在留を許すかどうかの点についても審理をしたうえでなされる」と述べた上で、「異議申立に対する裁決が特別審理官の判定の当否の判断に限定され、管理令第50条の在留特別許可は右裁決とは別個の、国が全く一方的に行う処分であってこれを許すかどうかの法務大臣の自由裁量は無制限なものであるとの被告の主張は、当裁判所の採用しないところである。」としている。

東京地裁昭和57年11月11日判決<sup>27</sup>も、次のとおり述べる。

「確かに、令49条の規定に基づく異議申出についての理由の有無の判断と令50条の規定に基づく在留特別許可の許否の判断とは、一応区別して考えることができるが、令50条の規定によれば、在留特別許可の許否の判断は異議申出についての裁決に当たってなされるものであり、法務大臣において異議申出が理由がないと認める場合でも、在留特別許可を与えることができ、異議申出が理由がない旨の裁決は、在留特別許可を与えない場合に行われるものであるから、在留特別許可を与えなかったことに違法が認められる場合には、右許可を与えることなく異議申出が理由がないとする裁決も結局違法性を帯びるものとして、その取消しを求めることができると解すべきである。そして、この場合には、右違法な裁決に基づきなされた退去強制令書発付処分もまた違法というべきである。」

裁決と在留特別許可との関係については、東京地裁平成20年判決は従来からの裁判例と同様に解し、次のように述べている。

「法49条1項の異議の申出に対しては、法務大臣によって、①異議の申出が理由があるとの判断、②異議の申出が理由がなく、かつ、在留特別許可を付与しないと判断、及び③異議の申出が理由がないが、在留特別許可をするとの判断のいずれかが行われ、これらがそれぞれ、①異議の申出が理由がある旨の裁決、②異議の申出が理由がない旨の裁決、③在留を特別に許可する旨の処分として示されるから、在留特別許可を付与しないと判断の当否を裁判で争おうとする場合には、異議の申出が理由がない旨の裁決を対象としてその取消訴訟を提起しなければならず、かつ、それで足りるというべきである。」

このように裁判例は，特別在留の許否と裁決とは別であり，特別在留許可を与えないことにより違法の問題は生じないとの国の主張（第1，1）とは異なる判断をしている。

すなわち，裁判例は，在留特別許可を付与しなかったことが違法である場合には，右許可を与えずに異議申出を理由がないとした裁決も違法となり，右違法な裁決に基づきなされた主任審査官の退去強制令書発付処分も，また違法になると解する。これにより，法務大臣の裁決の違法性は後行処分たる退去強制令書発付処分に承継されると解すべきであるとする<sup>28</sup>。

これに関連し，東京地裁平成17年2月3日判決<sup>29</sup>は，「異議の申出に理由がない旨の裁決が行われたときには，当該容疑者に在留特別許可を付与しない

28 東京地裁昭和46年3月29日判決（行裁例集22巻3号315頁），大阪地裁昭和59年5月30日判決（判タ534号162頁）等のほか，東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）参照。

東京地裁平成15年9月19日判決（判時1836号46頁）は，在留特別許可と採決との関係について，裁決が行政処分ではなく，行政機関内部における決裁手続にすぎないと解した上，「本来全く別個の制度である在留特別許可の判断の当否を法49条3項の裁決の違法事由として主張し得ることを認めるという無理のある解釈を採用する必要がなくなる」としている。

しかし，法49条1項の判定に対する異議の申出は規則42条4号の在留特別許可を求める申出を含むと解すれば，在留特別許可を求める申出は異議申出に理由があるかないかは別個の問題ではなく，判定に異議がある場合とは，退去強制それ自体を不当として異議を申し出る場合を含むと解することになる。これにより，裁決に当たり法務大臣は，退去強制事由該当性の有無という形式的判断のほかに，在留特別許可を考慮し，退去強制の妥当性を含めた判断をすべきことが想定されていると解すれば，両者は全く別個の制度であるとは解されない。

東京地裁平成20年判決を別として，従来の裁判例は，判定に対する異議の申出が在留特別許可を求める申出を含むとは解せず，裁決と特別在留の許否判断とは一応区別して考えうるとしつつ，特別在留の許否判断をむしろ「裁決の内容の一部と考えるのが相当」（東京地裁昭和46年3月29日上掲判決）とした。また，最高裁平成18年判決は，異議の申出が理由がないとの裁決は，「特別に在留を許可すべき事情があるとはいえないとの判断を経ている」としている。このことから，裁判例は，両者を全く別個独立の判断と解するのではなく，異議の申出が理由がないとの裁決は，「原処分の当否の判断のほかに，いわば第二次的な判断が含まれている」（東京地裁昭和46年同判決）と解している。

29 裁判所ウェブサイト，LEX/DB25410385。最高裁平成18年判決の一審判決。

という判断も併せて行われたことになる」とする一方、「異議の申出に理由があるか否かの判断の中に、在留特別許可を付与すべきか否かの判断が含まれているものではない」と述べている。

本件控訴審である東京高裁平成17年9月14日判決<sup>30</sup>も、「出入国管理法49条1項に基づく異議の申出に対する裁決が退去強制の不当性に関する判断を含むとする控訴人の解釈は、採用し難い」としている。

もっとも、これらの判決は、裁決につき規則43条に規定する裁決書を作成しなかったことを違法として、裁決の取消等を求める訴えに対するものであり、裁決書に記載すべき事項は退去強制事由が存するか否かに関するものであって、在留特別許可を付与すべきか否かに関する事項を裁決書に記載することを予定していないことを述べたものである。

したがって、上記東京地裁平成17年2月3日判決が、「異議の申出に理由がないとの裁決は、在留特別許可を付与しないとの判断をも併せて行われたことになると」述べているとおり、これらの判決も、裁決と在留特別許可との関係については、従来からの裁判例と異なる判断を示したのではないと解される。

### (3) 裁決取消しの訴えの法的利益

裁判例は以上のように、異議の申出をした退去強制容疑者に在留特別許可を付与しなかったことが違法である場合には、これを違法事由として裁決の取消しを求めることができると解し、当該容疑者は裁決取消しを求めるにつき法律上の利益を有することを認めている<sup>31</sup>。

こうした裁判例と異なり、東京地裁平成15年9月19日判決<sup>32</sup>は、法49条3項の裁決は、その位置付けとしては退去強制手続を担当する行政機関内の内部的決裁行為と解するのが相当であるとし、行政事件訴訟法3条3項の「裁決」には当たらないとし、裁決の取消しを求める部分を却下した。

30 裁判所ウェブサイト、LEX/DB25410454。同最高裁判決の二審判決。

31 東京地裁昭和28年10月1日判決（行裁例集4巻10号2485頁）等から、近年における東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）、東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）、最高裁平成18年10月5日判決（集民221号403頁）等に至るまで、裁判例は裁決取消しの訴えにつき容疑者の法律上の利益を認めている。

32 判時1836号46頁。

同判決は，その理由として，法務大臣がその名において異議の申出をした当該容疑者に対し直接応答することは予定していないこと，法令用語としての「異議の申立て」と異なり，法49条1項の異議の申出は，申出人に手続上の権利ないし法的地位としての申請権ないし申立権が認められているものとは解されないことなどを挙げている<sup>33</sup>。

しかし，控訴審である東京高裁平成16年3月30日判決<sup>34</sup>は，容疑者が法24条各号のいずれかに該当する旨の入国審査官の認定は，「私人を名宛人として，退去強制という強度の侵害作用である退去強制事由を認定するもの」であるから，「抗告訴訟の対象となる行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為に該当するもの」と解すべきであるとした。

さらに，主任審査官は，異議の申出が理由があるとの裁決の通知を受けたときは，直ちに当該異議申出に係る容疑者を放免しなければならず，異議の申出が理由がないと裁決した旨の通知を受けたときは，速やかに当該容疑者に対し，その旨を知らせるべきこととされている（法49条4項，6項）。

こうして同判決は，特別審理官の判定は，認定に対する不服申立てに義務として応答するものであり，判定に対する法務大臣の裁決も。判定に対する不服申立てに義務として応答するものである，とし，判定，裁決いずれも，行訴法3条3項の「裁決」に当たると解している。

もっとも，本件控訴審判決は，一方では，在留特別許可は，法49条3項の裁決をするに当たってされるものであるが，同項の裁決そのものではなく，それとは別個の処分であり，在留特別許可の申請権は認められていないとし，他方では，「在留特別許可を与えないことが裁量権の逸脱又は濫用により違法であるとされる場合において，法務大臣が異議の申出が理由がない旨の裁決をしたときは，同裁決は，……違法となる」としている。そして，容疑者は前者の違法を理由として，異議の申出がない旨の裁決の取消しを求めることができるとする<sup>35</sup>。

33 判決はそのほかに，旧入管令の前身である不法入国者等退去強制手続令（昭和26年政令第33号）における出入国管理庁長官の承認が法49条3項の裁決に変わったものとし，同承認・不承認は，退去強制手続を担当する側の内部的決裁行為であったという経緯をも挙げる。

34 訟務月報51巻2号511頁。

しかし、上記後段のように解するのであれば、前段のように裁決は在特の許否とは別個の処分と解するのではなく、異議申出には理由がないとの裁決は、判定に対する異議を排斥する判断のほか、在留特別許可をすべき場合に当たらないとの判断を含むと解するのが妥当であり、既述のとおり、従来の裁判例はそのように解している。

#### (4) 特別在留許可判断の性質

特別在留の許可・不許可は「容疑者の重大な利益に関わる事柄」<sup>36</sup>であり、また、それは、「退去強制という強度の侵害作用」<sup>37</sup>に直結するものであることが裁判例により認められている。

東京地裁平成20年判決は、在留特別許可付与の許否という「容疑者の重大な利益に関わる判断権限を法務大臣の裁量で発動しないことが許されているとは到底解し得ない」と述べている。東京地裁平成15年10月31日判決<sup>38</sup>は、「速やかに在留特別許可付与の判断を示すべき義務がある」旨述べている。また、東京地裁平成20年判決は、在留特別許可の義務付けを求める訴えを行政事件訴訟法3条6項2号の申請型の訴えであるとした<sup>39</sup>。

これに対し、東京地裁平成20年判決の控訴審である東京高裁平成21年3月5日判決<sup>40</sup>をはじめ、他の裁判例は、この訴えを同条6項1号の非申請型の

35 東京高裁平成16年3月30日上記判決。最高裁平成18年判決も、裁決の抗告訴訟の対象適格性を肯定していると解される。

36 東京地裁平成20年判決。

37 上掲東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）。同判決は、「容疑者が法24条各号のいずれかに該当する旨の入国審査官の認定は、退去強制という強度の侵害作用の要件である退去強制事由を認定するものであり、…上記認定は、入国審査官がその優越的地位に基づき、公権力の発動として行う行為であって、容疑者の法律上の地位に直接具体的な影響を与えるものとして、抗告訴訟の対象となる行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為に該当する」と述べている。在留を特別に許可しないとの法務大臣判断及び異議申出が理由がないとの裁決は、これにより退去強制令書が発付され、容疑者の本邦での在留を終局的に否定するものであり、相手方私人に与える影響も認定と異なるところはない。

38 ウエストロー・ジャパン、山脇康嗣「入管法判例分析」367頁。

39 東京地裁平成24年5月15日判決（LEX/DB25494082）は、「いわゆる申請型の訴えに準ずるものとみて、裁決の取消訴訟と併合して提起されている限り、いわゆる補充性の要件を欠くという理由のみで不合法とされるものではない」とする。



訴えであるとする。

#### 4 問題点

##### (1) 見解Aの問題点

ア 国が主張する見解Aの要点は，以下のとおりである。

第1に，上記第1，1に述べたとおり，国は，法50条の在留特別許可は，同49条所定の異議申出に対する裁決とは全く別個の処分であること，在留特別許可は容疑者が事実上これを期待することができるにすぎず，法務大臣が全く自由に裁量することができるとし，これを付与しないからといって何ら違法の問題は生じないと主張した。これにより，容疑者は在留特別許可を与えないことの違法を理由に，裁決及び退去強制令書発付処分の取消しを求めることはできないとしたのである<sup>41</sup>。

第2に，国は，認定，判定及び裁決は，「いずれも容疑者が管理令第24条各号の一に該当する者であるかどうかの点のみを審査し，決定するよう義務づけられているのであって，同条の各号に該当する者について退去強制処分をしないこととする余地は全く認められていない。ただ，法務大臣に限って，異議申立に対する裁決をするに当り，これとは別途に，在留を特別に許可することができることとなっているにすぎない」と述べている<sup>42</sup>。

さらに，上掲の東京地裁昭和33年5月29日判決<sup>43</sup>において，被告（東京入国管理事務所主任審査官）は，「出入国管理令施行規則第35条4項の規定は令第49条第1項の異議申立をする際に添付すべき資料を定めたものに過ぎず，退去強制の不当を理由として異議申立が理由ある旨の裁決をすることができることを前提としたものではない」とも主張している。

東京地裁同判決が，「退去強制を受けることが甚だしく（旧規則35条4

40 訟務月報56巻11号2551頁。非申請型の訴えであるとする裁判例については，拙稿・駿河台法学第27巻第2号（2014）84頁以下参照。

41 横浜地裁昭和31年3月15日判決（行裁例集7巻3号689頁），東京地裁昭和32年4月25日判決（行裁例集8巻4号754頁），東京地裁昭和52年7月4日判決（訟務月報23巻7号1283頁），大阪地裁昭和59年5月30日判決（判タ534号161頁）等における事実欄掲記の被告主張。

42 東京地裁昭和32年4月25日判決（行裁例集8巻4号754頁）。

43 判例集不登載。

号) 不当である特別の事情のあるときは異議の申立の際に添付すべき資料を定めただけの手続規定と解すべきであって、異議申立人に特別在留許可を求める権利があることを定めたものではない」(カッコ内は筆者)と解するのは、上記被告の主張を認めたものである。

イ 国の上記主張については、以下の問題点を指摘することができる。

第1に、上記のように、在留特別許可と裁決とは本来異なるものであり、特別在留許可の違法を理由として裁決の違法を主張することはできないと解すると、在特不許可は訴訟の対象ともならず、それはあたかも旧憲法下において行政裁判所への出訴ができないとされた「切捨て御免の行政処分」<sup>44</sup>を想起させるが、裁判例は上記のとおり、特別在留不許可に瑕疵があれば、これを違法事由として裁決の取消しを求めることができると解する。

第2に、現行法において退去強制事由に該当するか否かは、例えば不法入国、不法残留、刑罰法令違反など、そのほとんどは一見明白な事実の有無により羈束的に判断できることとされている。したがって、入国審査官の認定、特別審理官の判定は、容疑者が客観的事実として退去強制事由に該当するか否かを審査し決定し得るのみで、該当者につき、故意、過失の有無などによる事案の軽重や容疑者本人の事情などを考慮する余地はなく、行政庁には裁量の権限のない羈束行為であると解されている<sup>45</sup>。

他方、容疑者が法24条4号口の「在留期間を経過して本邦に残留する者」という退去強制事由に該当するとして退去強制手続が執られた場合、容疑者は当該容疑事実自体については在留期間の経過により一見して明白であり、これに対して争う余地はなくこれを自認しており、規則42条1～3号の不服理由により異議を申し出る事例は、例えあるとしてもごく稀な事例でしかない<sup>46</sup>。

しかし、国の上記主張のように、異議の申出の裁決とは、法24条の各号に該当する者であるか否かを判断するものと解する場合、容疑者が退去強

44 杉村敏正・兼子仁「行政手続・行政争訟法」第2編行政争訟法(兼子仁)(昭和48年)196頁。

45 名古屋地裁昭和45年7月28日判決(訟務月報16巻12号1453頁)、東京地裁昭和57年5月17日判決(判例集不登載)、大阪地裁昭和59年5月30日判決(判タ534号162頁)等。

46 ボツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基づく外務省関係諸命令の措置に関する法律（法126）2条6項は、日本国との平和条約の規定に基づき同条約の最初の効力発生日（昭和28年4月28日）において日本国籍を離脱する者で、昭和20年9月2日以前からこの法律施行の日（同27年4月28日）まで引き続き本邦に在留するものは、引き続き在留資格を有することなく本邦に在留することができる旨を規定していた。本規定との関連で、当時は不法入国の時期に関する事実関係につき異議を申し出る事例が見られた（東京地裁昭和28年5月21日判決（行裁例集4巻4号1247頁）参照）。

最近の例として東京地裁平成25年4月24日判決（LEX/DB25512267）は、永住者の在留資格を有するペルー人（原告）が、売春の周旋に従事した者として法24条4号ヌに該当すると認定され、退去発付処分を受けた事案である。原告は周旋行為に従事する者とはいえないと主張したが、判決はこれを退けた。原告が退去強制手続において、上記ヌの解釈についての異議申出をしたかどうかは明らかでないが、同号の解釈についての異議申出は、規則42条2号の「法令の適用の誤り」によるものとなる。

そのほかにも、例えば法24条4号イの「事業を運営する活動又は報酬を受ける活動を専ら行っていると明らかに認められる者」という退去強制事由に該当するとして退去強制手続が執られたような場合、同号の「専ら」に該当する否かの法解釈につき誤りがあるとして、規則42条2号により異議の申出がされる可能性は、理論上はあり得る。もっとも、部内の手続において、退去強制事由該当性の認定、判定が覆る可能性があるか否かは別問題である。なお、留学の在留資格で在留し、資格外活動の許可を受けた外国人が法24条4号イ（資格外活動）該当として退去発付処分がされた事案につき、東京地裁平成19年1月31日判決（裁判所ウェブサイト）は、認定、裁決及び退去発付処分の取消請求を認容した。本件の場合、規則42条2号の「法令の適用の誤り」による異議申出は可能と考えられる。さらに、あくまで想定上の例であるが、法24条3の2に規定するいわゆるテロリストとして法務大臣が認定した外国人の退去強制手続において、仮に当該外国人が同認定を規則42条3号の不服理由による事実誤認であるとして異議を申し出るような事例が実際にあるとすれば、そのような場合が退去強制事由該当性に係る異議申出の例として想定され得る（第164国会参議院法務委員会第15号（平成18年5月9日））において、三浦正晴政府参考人は、同認定に対し異議申出ができる旨述べている。）。)

ちなみに、平成18年5月16日の参議院法務委員会は、テロリストの認定を受けて退去強制手続を執られる外国人に関し、「テロリスト」と認定するに至った事実関係を明確かつ具体的に示し、退去強制を受けようとする者が十分に反論を行う機会を与えること、等について政府は格段の配慮をすべきことを付帯決議した。これに対し法務大臣は、「その趣旨を踏まえ、適切に対処してまいりたいと存じます」と述べている（第164国会参議院法務委員会第17号）。

もっとも、平成25年の退去強制令書発付件数6,425件の退去強制事由別内訳は、不

制事由に該当するとの認定又はこれに誤りが無いとの判定に服したときは、退去強制令書が発付されることになり、在留特別許可を受ける機会それ自体を失うことになる(法47条5項, 同48条9項)<sup>47</sup>。逆に言えば、容疑者が在留特別許可を受ける機会を得るためには、認定・判定に異議を申し出ることが必須の要件とされることになる。

このため、規則42条4号の不服理由は異議申出をする際に添付すべき資料を定めたものに過ぎないと解すると、容疑者は便宜的に規則42条1～3号のいずれかの不服理由をもって不服の事由とし、不合理な異議の申出をするしか方法がないことになる。

東京地裁平成20年判決が、「自己が退去強制対象者であることを争う者にはいかにその主張が不合理なものであっても在留特別許可を受ける機会が与えられる」と述べているのは、この点を指摘したものである<sup>48</sup>。

もっとも、退去強制手続の実務では、上記のとおり、退去強制事由に該当すること自体に対して異議を申し出る容疑者はあるとしても極めて稀であり、さりとて以上のような「不合理な異議の申出」によるのでもなく、端的に同4号の「退去強制が著しく不当であること」を不服理由として受理している。

したがって、実務では、異議申出とは規則42条1～3に該当する理由によるものではなく、専ら4号により在留特別許可を希望するためのものであるが、国の主張による法の建前から、その場合は速やかに退去強制令書が発付すべきことになるはずである。

しかるに、上記実務の扱いにより、異議申出の理由が東京地裁平成20年判決が指摘した不合理な主張であっても、これにより異議申出をすることを認めるか、又は容疑者が退去強制事由に該当しないことを理由とする1～3号の異議申出をしない場合でも、4号の異議申出をすることを認め

---

法残留3,907件, 不法入国・不法上陸1,165件, 資格外活動491件, 刑罰法令違反501件, その他361件である。資格外活動の在留資格別内訳は不明であるが、短期滞在者の資格外活動事案を含み、違反事実の明白な退去事由が大多数であることから、規則42条1～3号の不服理由に該当し得る異議申出の事例はほとんどないことが窺われる(数字は平成26年版「出入国管理」87頁による。)

47 神戸地裁昭和51年7月16日判決(訟務月報22巻7号1922頁)。

ていることになる。

第3に，退去強制令書発付処分に直結する在留特別許可をしない処分は，単に退去強制事由に該当するか否かという形式的判断を行えば足りるというものではない。

すなわち，同処分は，退去強制事由に該当することとなった外国人をわが国から退去させることが相当であるという，退去強制それ自体の妥当性・相当性に関する実体的な判断をも要するものだからである。現行法ではその判断は法務大臣の権限に属するものではあるが，そのためには，違反調査から認定及び判定の各段階において，「退去強制を著しく不当であるとする理由」を示す事実及び証拠を収集すべきことが不可欠である。

このため，実務においては，違反調査における入国警備官を含み，入国審査官，特別審理官も，法務大臣による在留特別許可の裁決の特例における適正な判断に資するための資料収集を行っている。具体的には，これら

---

48 東京地裁平成20年2月29日判決（判時2013号61頁）。

ちなみに，最高裁平成18年判決の事案自体，上告人が法24条4号ロに該当すること自体については争っていないかとされている（集民221号403頁）。それにもかかわらず，法務大臣は上告人の異議の申出が理由がない旨の裁決をしている。この例からみても，本件では，上告人自身が退去強制事由に該当することを自認しており，規則42条1～3号の異議申出のための不服理由のいずれにも該当する事由は見当たらないことになるはずである。しかし，異議の申出を国及び後掲の裁判例のように解すると，同人が規則42条4号により退去強制それ自体に対する異議の申出をしなければ，裁決に至るまでもなく退去強制令書が発付されることになるため，在留特別許可の機会を得るためには，敢えて規則同条1～3号のいずれかに該当するという「不合理な」主張をする以外に方法はないことになる。

なお，法49条4項（同条5項，同48条6項も同じ）は，異議の申出を（容疑者が第24条各号のいずれにも該当しないことを理由とするものに限る）とカッコ書きで限定している。このカッコ書きは容疑者の放免についての規定であり，近年の法改正の際に追加されたものである。この異議の申出とは退去強制事由該当性に関する不服理由に限られることを規定上より明確にし，在留特別許可を求めるための不服理由は，異議の申出が「理由がある」との裁決の対象から除外されることを示す意図によるものと思われる。たしかに，この結果，法の規定上異議の申出の意味が限定され，より明確化されたかのように見える。しかし，既に述べたとおり，そこで限定的に対象とされている「第24条各号のいずれにも該当しないことを理由とする」不服理由に該当する例は，実例としてはほぼあり得ないことを考慮すれば，このような限定に実質的な意味があるとは言い難い。

の補助機関において、認定、判定と並行して容疑者の供述の録取及び証拠の収集等の一連の手続により、情状的な証拠資料に関する具体的記録を録取すべきことが求められている<sup>49</sup>。

(2) 見解Bの問題点

見解Bの上記東京地裁平成20年判決は、上述のとおり、法が認める異議の申出は、在留特別許可を求めるための異議の申出を含むものではないと解する従来からの裁判例の判断と異なり、これを含むとの解釈を示したものである。

この点につき、同判決は次のとおり解している。

- ① 法49条1項の「判定に異議があるとき」とは、規則42条4号の不服理由による異議申出をも認めており、これを含む。
- ② 法49条4項、6項の「異議の申出が理由がある」とは、退去強制対象者に該当しないことを意味し、「異議の申出が理由がない」とは、容疑者が退去強制事由に該当することをいう。
- ③ 法50条1項は、容疑者が退去強制事由に該当すると認められる場合でも、在留特別許可できることを定めたものにすぎない。

本判決は、①において、規則42条4号は、法49条1項の「判定に異議があるとき」（これに基づく規則42条柱書は、「法49条第1項の規定による異議の申出は、…」と規定している。）に含まれると解する。しかし、判決は②と③では、法49条6項と法50条1項は「異議の申出」としているにもかかわらず、ここでは4号の不服理由による異議の申出は含まれないと解している。

ところが、法49条2項は「前項の異議の申出」、3項は「第1項の異議の申出」と規定し、1項を前提としていること、その上で3項は、「法務大臣は異議の申出が理由があるかどうかを裁決して」と規定しており、6項の「異議の申出が理由がないと裁決した」との規定は、3項の規定を当然の前提としていることから、結局、6項及び法50条1項の異議の申出も法49条1～3項と同様に解するのが自然であり、本判決の解釈はこうした条文上の一貫性

49 在留特別許可の判断に当たり、実務上、退去強制手続の過程で特別に在留を希望する外国人からその事情を聴取し、これを裏付ける資料の提出を受けていることについては、山田利行他「新しい入管法」2009年改正の解説（有斐閣）もこれを認めている（72頁）。

を欠くようにも見える。

しかし、本判決は、上記のように特別審理官の判定は争わないが、自己が退去強制されることには不服があり、在留特別許可を希望するという者にも異議の申出を認めていると解し、法49条1項にいう「判定に異議があるとき」とは、この場合も含むと解するのが相当とした。

ただ、判決は、そのような解釈に対しては、在留特別許可を求める異議の申出が認められるとすると、在留特別許可を付与すべきとの結論に至った場合には当該異議の申出は理由があったことになるが、これは法50条1項の定めと矛盾するという反論が考えられないでもないとし、上記のように解するものである。

本判決は、上記解釈の理由として、容疑者が、退去強制対象者に該当する旨の入国審査官の認定に誤りが無い旨の特別審理官の判定を争っている場合でない限り、法49条1項の異議の申出をすることができないと解すると、見解Bの(1)要旨に述べたような不合理な結果を招くこととなるとする。

従来の裁判例は、規則42条4号による異議の申出を、法49条1項の「判定に異議があるとき」にいう異議の申出と区別し、同4号による異議の申出は在留特別許可の申請権を認めるものではないとの結論を導いている。

本判決が指摘した上記①の点については、国の実務上の取扱いに関し既に述べたところであるが、見解Cの問題点に関連し、以下において改めて検討することとしたい。

### (3) 見解Cの問題点

ア 裁判例は上記のとおり、規則42条4号は、「在留特別許可の行われる場合を予想して、異議申立ての際にその許可処分を促すために主張することを許したもの」<sup>50</sup>とし、あるいは、「特別の事情のあるときは異議の申立をする際にそのことを明らかにする資料を添付することを定めただけ」とする<sup>51</sup>。

裁判例は、法49条1項の異議の申出を受けた法務大臣裁決は、特別審理官の判定に対する不服申立てに対して義務として応答するものと解する一方、在留特別許可について容疑者の申請権を認める規定は存在しな

50 東京高裁昭和31年7月18日判決（行裁例集7巻7号1911頁）。

51 東京地裁昭和33年5月29日判決（判例集不登載）。

い、とする<sup>52</sup>。

もっとも、裁判例は、異議申出の際に4号の申出が認められていることから、裁決に当たっては特別在留の許可をも判断することが予定されていると解し、異議申出が理由がないとの法務大臣裁決は、入国審査官の認定を相当としこれを維持すると同時に、特別在留を許可しないと判断を示した処分であるとする<sup>53</sup>。

以上のように、裁判例は、規則42条4号は、判定に対する異議の申出に際し、同号の資料添付を定めただけであり、異議の申出とは別であると解しているものと思われる。

裁判例のように、法は上記の区別を前提とするものと解すると、国の上記主張に関する問題点として指摘したように、容疑者が退去強制事由に該当することを認め、規則42条1～3号の不服理由により判定に対する異議の申出をしないとき（判定に服したとき）は、これに対し速やかに退去強制令書を発付すべきこととなる（法48条9項）。したがって、容疑者が1～3号の不服理由により異議の申出をしない場合、これに対し、4号により在留特別許可を希望して異議の申出をする余地もなく、その機会も与えられないと解することになるはずである。

法の趣旨を裁判例のように解すると、既に述べたように、法が現状に適合しないこととなるため、実務では上記のような不合理な主張による異議申出をすることを認めるか、又は裁判例が想定しているとみなされる異議申出がなくても、4号の異議申出を認めることとなっている。

イ 上記4(1)イの第3の問題点として述べたとおり、退去強制令書発付処分それぞれ自体が実質的に妥当であるためには、4号の不服理由に基づく情状的事実の収集が不可欠である。

この手続は法務大臣の上記判断にとって必要であるだけでなく、それは容疑者の利益にも重大な影響を与えるものであり<sup>54</sup>、また、それは退

52 東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）。東京高裁昭和31年7月18日判決（行裁例集7巻7号1911頁）も同旨。

53 大阪地裁昭和59年5月30日判決（判タ534号162頁）、東京地裁昭和46年3月29日判決（行裁例集22巻3号315頁）。

54 東京地裁平成20年判決。



去強制という「強度の侵害作用」<sup>55</sup>に直結することを考慮すれば，東京地裁平成20年判決が，法49条1項の「判定に異議があるとき」とは，自己が退去強制されることには不服があり，4号により在留特別許可を希望する異議申出を含むと解することには理由があるものと思われる<sup>56</sup>。

#### 5 規則42条4号の不服理由に関する異論

国及び裁判例の解釈とは異なり，規則42条4号の不服理由は在留特別許可を求める「情状的事実」と解すべきではなく，同号の「著しく不当である」とは，法24条に形式上該当するが，法令上又は論理上，非該当と「みなす」べき例外的場合を意味すると解する見解がある<sup>57</sup>。

これによれば，「事実の誤認」（3号）は形式的にも実質的にも非該当を理由とするものであるが，「手続法令違反」（1号），「法令の誤適用」（2号）と並び列挙される「退去強制が著しく不当」とは，この非該当と「みなす」べき場合を意味すると解する。「著しく不当」の例として，1日遅れの申請が受理されず不法残留となった場合とか，卒業式の翌日アルバイトをした場合のように，法違反の軽微性により，退去強制手続を執ること自体が著しく不当と解される場合がこれに該当すると解する<sup>58</sup>。これは形式的に刑法の構成要件に該当する行為でも，法益侵害の程度が軽微な場合は処罰の対象とすべきでないとする考えを適用するものと思われる。

以上のとおり，この見解は，国及び裁判例と異なり，規則42条の不服理由は，同条4号の理由を含み，いずれも法49条1項の「判定に異議があるとき」であるとし，この異議の申出に対して法務大臣は，法49条3項により理由があるかどうかを裁決すべきこととなる。その際，「退去強制が著しく不当である」と

---

55 東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）。

56 もっとも，東京地裁平成20年判決は，「特別審理官の判定そのものは争わないが，自己が退去強制されることには不服があり，在留特別許可を希望するという者に対しても，異議の申出を認めている」と述べている。しかし，異議申出の段階で法務大臣に対し，4号により「退去強制が著しく不当である」ことを理由として異議を申し出ることは，広い意味で法49条1項の「判定に異議があるとき」と解し，法はこれによる異議申出を認めていると解するのが相当と思われる。

57 竹内昭太郎，出入国管理行政論，信山社（1995年），210頁。

58 同上。

して、上記のように退去強制事由非該当と同視すべき例外的事情があると認める場合には、法務大臣はこれに対し、異議申出が理由があるとの裁決をすることとなる、というものである。

しかし、法は24条各号に退去強制事由を掲げており、入国審査官の違反審査及び特別審理官の口頭審理においては、容疑者が24条各号のいずれかに該当するか否かを審査し、判定すべきこととされている（法47条3項、48条8項）。

つまり、法は、容疑者が法24条の退去強制事由に該当するとの客観的事実を退去強制の要件として規定しており、同要件に違反する軽微な行為に対する刑事責任の有無とは異なり、これを退去強制事由それ自体に該当しないと解する余地はない<sup>59</sup>。

法のこの趣旨を前提とする限り、規則42条4号が軽微な法違反行為を退去強制事由に該当しないとの趣旨であると解するとすれば、同号は法の趣旨と異なり、これを逸脱するものと解さざるを得ないことになる。

さらに、仮にそのような軽微な法違反を退去強制事由に該当しないと解する場合、法務大臣は、異議の申出が理由があると裁決することになり、直ちに容疑者を放免すべきことになるが（法49条4項）、例えば在留期間をわずかでも経過しているような場合、これに対応すべき規定はない。

したがって、上記のようなごく軽微な法違反につき退去強制手続が執られ、これが特別な救済に値すると認められるときは、規則同号による異議の申出を受けた法務大臣はこれを情状的事実として考慮し、これに対し在留を特別に許可するか否かを判断すべきと解するのが相当である。

## 6 英米移民法における不服申立制度

退去強制のための外国人の無期限収容継続が重大な憲法上の問題を提起するとの判断を示したZadvydus v. Davis米国連邦最高裁判決<sup>60</sup>は、入国する前と異

59 名古屋地裁昭和45年7月28日判決（訟務月報16巻12号1453頁）は、「入国審査官、特別審理官、法務大臣は、認定、判定、裁決をなすにつき、同令第24条該当の容疑者が同条の一に該当するか否かを審査し決定しうるのみで、右該当者につき事案の軽重その他の事情を考慮する余地は全く存しない」と述べている。不法入国の母に随伴する満3歳の幼児が法24条7号該当者として、これに対し退去強制令書が発付された事例もある（東京高裁昭和33年2月24日判決（行裁例集9巻5号1003頁））。

なり、「外国人が一たび米国に入国した場合には、法的状況が変わり、その在留が適法か違法か、一時的か永住かを問わず（whether their presence here is lawful, unlawful, temporary, or permanent）、デュー・プロセス条項は米国内の外国人を含むすべての人に適用される（Due Process Clause applies to all “persons” within the United States, including aliens）」と判示している。

Padilla v. Kentucky連邦最高裁判決<sup>61</sup>は、米国において40年以上合法在住したホンジュラス人が大量のマリファナを売買した罪で罪責を認め有罪判決を受けた結果、退去強制されることとなった事件である。容疑者は既に長期にわたる米国に在住者であるため、退去強制については心配ない旨の弁護人による誤った助言に基づき有罪答弁を行ったため、この結果退去強制されることとなったものである。

規制物品の売買に関しては、1996年移民法改正に伴い、司法長官による衡平上の特別在留の対象とならないこととなり、退去強制が刑事手続に密接に関連していることから、連邦最高裁は、本件弁護人の積極的に誤った助言は、容疑者が有責の答弁をするに当たり、連邦憲法第6修正の権利である「弁護人の効果的な援助」（effective assistance of competent counsel）を受けたことにはならないと判示した。同判決は、刑事上の責任が退去強制にほぼ直結していることから、退去強制に関する助言は、弁護人の援助を受ける権利を保障する憲法第6修正の射程範囲から除外されるものではないとした。

英国では、かつて裁判所は、英国市民に適用されるのと同じ手続的保護及び公正な扱い（fair play）の保障を外国人に及ぼすことには明らかに躊躇してきた。しかし、退去強制や入国拒否といった強力な国務大臣権限が当該外国人に及ぼす影響は極めて重大であることからすれば、英国市民を対象とする同種の強力な権限と同様に、これが公正に行使される必要はないとすべき当然の理由はない。

60 533U.S.678, 121S.Ct.2491, 150L.U.S.(2001). 同判決が引用しているShaughnessy v. United States ex rel. Mezei同連邦最高裁判決（345U.S. 206, 73S. Ct. 625, 97L. Ed. 956（1953））は、「不法入国であれ、一たび我が門に入った外国人は、デュー・プロセス条項に含まれる伝統的な公正の基準に適合する手続の後においてのみ退去させられる」と述べている。

61 Padilla v. Kentucky, SC of the United States, 2010, 559 U.S.130S.Ct.1473, 176 L. Ed.2<sup>nd</sup> 284.

こうして、1969年移民不服上訴法 (Immigration Appeals Act 1969) により、退去強制等の行政処分に対する不服申立てのための手続的保障は、外国人 (aliens) に対しても等しく及ぼされることとなった<sup>62</sup>。

自然的正義原則の適用の可否を決する基準として、かつては権利 (right) と特権 (privilege) とが区別され、同原則は前者にのみ適用されるべきものとされた。外国人に対する行政の裁量行為は、恩恵を与えるに過ぎないものであり、それは特権であるとされ<sup>63</sup>、これを政策の問題として自然的正義原則の適用は不相当とされたのである<sup>64</sup>。

しかし、自然的正義から派生した公正の原則が広く一般行政処分に適用されることとなったのに伴い、もはやかつてのような二分法の考え方は姿を消すこととなった。現に、Khawaja貴族院判決<sup>65</sup>は、英国の「管轄に服するいかなる者も、わが国の法の保護を等しく享受する。英国民であれ、それ以外の者であれ、何らの区別も存在しない。英国の法に服する者は、その保護を受ける資格を与えられる」と明言している。

今日では、ヨーロッパ人権規約及び同議定書に定める権利及び基本的自由が「締約国の管轄内にあるすべての者」(everyone within their jurisdiction) に対して保障され、英国では1998年人権法はこれを国内法化し、具体的には、2002年国籍、移民及び庇護法第82条 (Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, s 82) は、移民法関係の不服申立てを外国人の「不服上訴の権利」(right of appeal) として保障することを明記している<sup>66</sup>。

## 7 国際人権規約との関係

市民的政治的権利に関する国際人権規約第13条は、次のとおり規定している。

「合法的にこの規約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づいて行

62 Wade & Forsyth, *Administrative Law*, Ninth Edition (Oxford), 553-554.

63 *Nakuda Ali v. Jayaratne* [1951] AC66 (PC).

64 拙稿「英国行政法における正当な期待の保護」駿河台法学第18巻第2号 (2005), (4)~(9), Stephen Legomsky, *Immigration and the Judiciary*, (Oxford, 1987), 26-33 参照。

65 [1984] 1A.C.74, All ER765.

66 この点に関し、拙稿「英国における審判所改革と移民法関係不服上訴手続の変容」駿河台法学第26巻第1号1-44頁、同第2号29-66頁参照。

われた決定によってのみ当該領域から追放することができる。国の安全のためのやむを得ない理由がある場合を除くほか，当該外国人は，自己の追放に反対する理由を提示すること及び権限のある機関又はその機関が特に指名する者によって自己の事案が審査されることが認められるものとし，このためにその機関又はその者に対する代理人の出頭が認められる。」

国家は外国人の入国を許可すべき当然の義務はないとしても，いったん入国を認めた外国人については，これに対する恣意的な追放（退去強制）が許されるものではない。本規定はこの趣旨により，実体面からの追放理由法定原則と手続面からの適正手続の保障を規定している<sup>67</sup>。

これに関し，「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第5回政府報告（仮訳）（2006年12月）（外務省ウェブサイト）によれば，わが国政府は次のように述べている。

「第13条：外国人の追放」

「271 外国人の退去強制については，その事由及び手続が，入管法に規定されており，同法に基づき行われている。」<sup>68</sup>

「272 同法に定める退去強制手続は，予め退去強制事由を明確に定めておき，これに該当する者につき，その該当事実を確認するための手続であると同時に，退去強制事由に該当すると認定された者の異議申出制度をも組み込んだ制度となっている。詳述すれば，入国審査官によって退去強制に該当すると認定された者であっても，これに異議がある場合には，特別審理官に対して口頭審理を請求することができ，この口頭審理の結果やはり退去強制事由に該当すると判定された場合でも，これに異議があれば，さらに法務大臣に対して異議の申出を行い，法務大臣の最終判断を求めることができる仕組みとなっている。」

「273 これらの手続は，いわゆる事前手続として，退去強制の決定に先立って行われるものであり，この間に退去強制が執行されることはない。このような三段階の手厚い事前手続の保障があることに加え，我が国の司法制

67 国際人権規約第2部市民的及び政治的権利に関する国際規約〔国際人権規約B規約〕第13条解説（野本俊輔執筆），法学セミナー1979年5月号臨時増刊166頁参照。

68 上記記載に続き，「退去強制手続の流れは別紙⑨」として，後掲の異議申出の手続が図示されている。

度上、行政の決定についての訴訟を提起し、その適否を争うことができることになっており、上記のような退去強制手続を経て退去強制が決定されても、司法の救済を求めて争うこともできる仕組みになっている。」

「274 上記の口頭審理においては、容疑者に対して意見・弁解を述べ反論・反証する機会が与えられる。また、容疑者は代理人を選任することができ、代理人の助けを受けることができる」としている。

この政府報告に関しては、次の問題点があると思われる。

第1に、同報告別紙⑨に掲げられている退去強制の流れ(次頁)には、入国審査官の違反審査の結果が「退去強制事由に非該当と認定」と「退去強制事由に該当と認定」の二つに分けられ、それぞれの場合におけるそれ以後の手続が図示されているのみである。

報告は、法の建前上の異議申出制度について述べているのみであり、上記のとおり、異議申出制度は、実質的には規則42条4号の在留特別許可を求める不服理由による申出の制度であるとの事実には触れていない。

第2に、容疑者に対する手続的保障についても、それはあくまで法の建前上の異議の申出制度におけるものであり、国及び裁判例がそれとは区別する規則42条4号による異議の申出に対し手続の保障が及ぶかについては、報告は明確にしていない。

上記自由権規約第13条の趣旨、特に手続面からの適正手続の保障規定からみれば、現行法の規定は十分とは言えず、また、上記報告も法の仕組み及びその運用を正確に示すものとは言い難い。

## 8 異議の申出と特別在留の許否

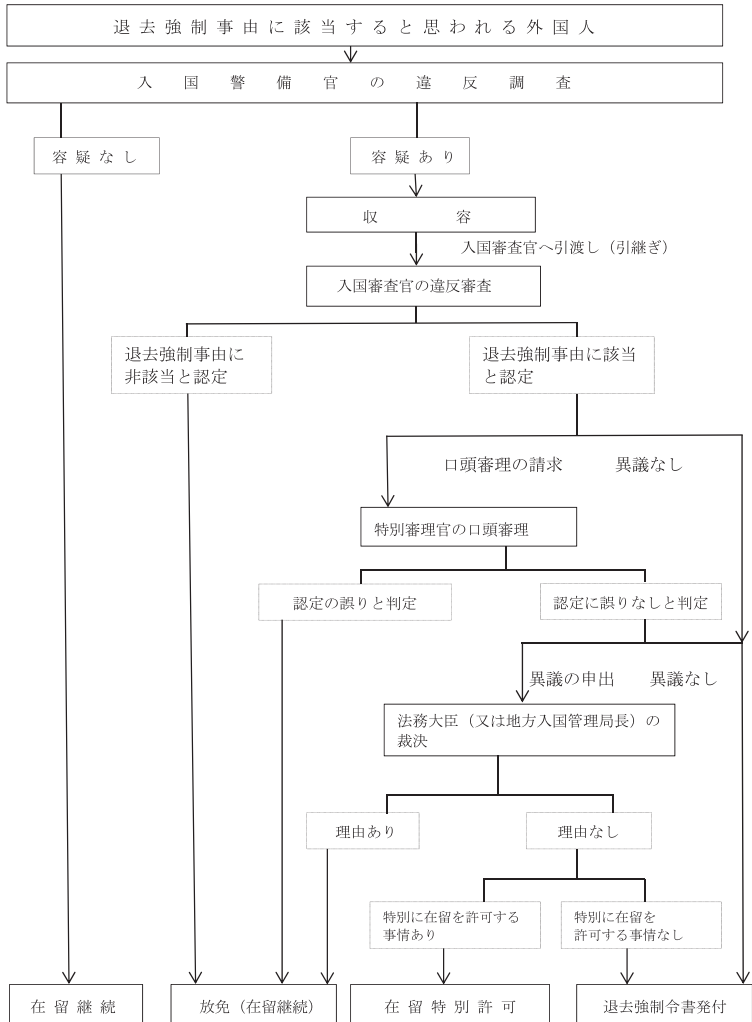
### (1) 裁判例

マククリーン事件最高裁昭和53年10月4日判決<sup>9)</sup>は、憲法上、外国人は在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものではないとした。

しかし、現行法は、在留資格変更(20条)、同期間更新(21条)、永住許可(22条)等の申請について規定しており、同最高裁判決は、在留期間更新申

(別紙⑨)

### 退去強制手続の流れ



請の不許可処分の取消しを争うものであったが、判決は同不許可処分の取消しを求める法律上の利益を認め、取消訴訟の提起を適法と認めた上で、請求を棄却している<sup>70</sup>。

法50条による在留特別許可についても、従来からの裁判例によれば異議申出人には在留特別許可を求める権利はないと解され、あるいは、現行法上、「我が国に不法在留する外国人に在留特別許可申請権があるとは到底解することはできず」<sup>71</sup>とされている。

さらに、「在留特別許可の付与は、いわば請求権なき者に利益を一方的に与える措置」<sup>72</sup>と解されている。このように、在留特別許可については、外国人はこれを請求する実体法上の権利を有しただけでなく、現行法上そのための申請を認める明文規定もなく、同許可を求める申請権も有しないものと解されている。

しかし、他方では、既に述べたとおり、これまでの裁判例により、法務大臣が在留特別許可を付与しないことが違法と認められる場合、退去強制容疑

70 今村成和「行政法入門」第8版154頁も、この点を指摘する。司法研修所編「改訂行政事件訴訟法の一般的問題に関する実務的研究」(法曹会・平成12年)は、同判決に関連し、「入管法は、本邦に在留する外国人に在留期間の更新申請権を付与することにより、申請に係る在留期間の更新を認めるかどうかの判断について法務大臣がその裁量権を適法に行使することを要求する権利を認めたものと解される」と述べている(117頁)。

東京地裁昭和45年9月14日決定(行裁例集21巻9号1113頁)は、在留期間更新不許可処分の効力の停止を認めたものであり、「法は、在留外国人に対して在留期間更新許可の申請権を認め—これに対応して、適法な在留期間更新許可の申請に対しては許否いずれかの処分をなすべきことを法務大臣の義務とし—ているのであって、在留期間更新許可の申請をした者は、その申請が権利の濫用にわたる等特段の事情のないかぎり、許否いずれかの処分がなされるまでは、たとえ旅券に記載された在留期間が経過した後においても、不法在留者としての責任を問えないという意味において、本邦に残留することができるものと解するのが相当であり、在留期間更新不許可処分の効力の停止は、まさに、申請人に対して右のごとき法的状態を回復させるものであるから、これを認める利益がある」と判示している。なお、緒方節郎「不許可処分の執行停止」判例時報630号116参照。

71 東京高裁平成12年6月28日判決(訟務月報47巻10号3023頁)。東京高裁平成16年3月30日判決(法務月報51巻2号511頁も同旨。)

72 同高裁平成12年6月28日判決。



者がこれを理由として，裁決の取消しの訴えを提起する法律上の利益を有するとされ，原告適格が認められている<sup>73</sup>。

また，在留特別許可は，「容疑者の重大な利益」に関わり（東京地裁平成20年判決），「退去強制という強度の侵害作用」に直結する（東京高裁平成16年3月30日判決）ことが裁判例により認められている<sup>74</sup>。さらに，東京地裁平成20年判決が述べているように，このような「重大な利益に関わる判断権限を法務大臣の裁量で発動しないことが許されているとは到底解し得ない」というべきである<sup>75</sup>。

## (2) 現行法の解釈と問題点

規則42条は，法49条1項の規定による異議の申出の不服理由として4号を含む4つの理由を掲げている。既に述べたように，この規定からは，法49条

73 最高裁（三小）昭和34年11月10日判決（判例集不登載），同（三小）昭和57年7月6日判決（判例集不登載），同（大）昭和53年10月4日判決（民集32巻7号1232頁），同（一小）平成18年判決（集民221号403頁）等。

いわゆる法126該当者として，改正前の法により4-1-16-3（3年）の在留期間を付与され在留する外国人の在留期間更新申請に対し，同人が旧外国人登録法14条に基づく指紋捺捺義務を拒否したため，在留期間を1年と指定して許可された処分の取消しを求める訴えにつき，最高裁（一小）平成8年2月22日判決（集民178号279頁）は，本件処分が上告人の権利ないし法律上保護された利益を侵害するものとは解されないとし，これを不適法として却下すべきものとした原審の判断を正当として是認した。

原審東京高裁平成4年4月6日判決（裁判所ウェブサイト）は，上記の理由として，「控訴人に従前付与されていた在留期間と同一の在留期間の更新を求め得る権利が与えられているものではない」と述べている。このように裁判例では，在留特別許可を求め，裁決及び退去強制令書発付取消しを求める退去強制容疑者の訴えは，本件判決の事案のように，従前の在留期間を付与しなかった処分の取消しを求める訴えとは異なるものとされている。なお，「日本人の配偶者等」の在留資格から「短期滞在」の在留資格に変更許可された後，離婚請求訴訟係属中に「短期滞在」の在留期間更新申請を不許可とした処分の取消請求事件につき，最高裁は「『短期滞在』の資格による在留期間の更新を許可した上で，『日本人の配偶者等』の在留資格に属する活動を引き続き行うのを適当と認めるに足りる相当の理由があるかどうかにつき公権的判断を受ける機会を与えることを要した」として，同処分を違法とした原審を維持した（最高裁（三小）平成8年7月2日判決（集民179号435頁））。

74 「重大な利益」に関わる具体的内容については，上記拙稿，駿河台法学第27巻第2号（2014）77-78頁参照。

1項の「判定に異議があるとき」とは、退去強制事由に該当しないこと又は容疑事実が存在しないことを理由として判定に服しない場合だけでなく、退去強制それ自体が著しく不当であるとして、判定に異議を申し出る場合をも含むと解することは可能と思われる。

もっとも、認定は容疑者が法24条各号の一に該当するかどうか、判定は認定が事実と相違するか、誤りがないかどうかを判断するに止まり、裁決は判定に対する異議申出が理由があるかないかを判定するものである。したがって、4号により退去強制が著しく不当であることが認められたとしても、それにより認定を覆すことはできない。しかし、法49条1項は、4号の不服理由により「退去強制が著しく不当であること」を理由として判定に異議を申し出ることを認めていると解すると、法は、法務大臣が裁決に当たり、認定に誤りがないとの判定に理由があるかないかという形式的判断とは別に、裁決の特例としての在留特別許可を付与するか否かの判断において、4号の不服理由による情状的事実の申出を考慮すべきことを予定していると解することになる。その上で、法務大臣は、その結果に基づく最終的な処分としての退去強制の是非を判断すべきことが求められていると解することができる。

実務において、違反調査、審査、口頭審理の各段階において、4号の異議申出に関する容疑者の情状に関する事実や証拠を収集することとし、在留特別許可を付与するか否かの判断がこうした情状的事実を考慮してなされているのは、法を上記のように解することによるものと思われ、これによつてはじめて、在留特別許可・不許可とその結果としての退去強制につき実質的に妥当な判断が得られることにもなるからである。

さらに、裁判例<sup>76</sup>のように、容疑者が法24条各号のいずれかに該当すると

75 東京地裁昭和39年2月23日判決（行裁例集15巻12号2453頁）は、刑務所在監中の原告からの旧監獄法7条に基づく情願に関し、これを請願の一種と解すべきであるとして、「主務大臣は、在監者との関係で、情願に対してなんらかの応答をなすべき義務を有しているものではない」とし被告の不作為の違法確認を求める訴えを不適法として却下した。大阪地裁昭和47年判決（行裁例集23巻8・9号680頁）は、在監者の所長面接について同様に解している。

裁判例からみれば、在留特別許可を求める異議の申出は、こうした情願とは明らかに異なる。

76 東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）。

の認定に誤りがないとの判定に異議があるときは，法務大臣に対し異議を申し出ることができるとし，法務大臣は，異議の申出が理由があるかどうかを裁決すると解する一方，在留特別許可についての容疑者の申請権を認める規定は存しないと解すると，東京地裁平成20年判決が指摘した上記の不合理的結果を招くことにもなることは，既に述べたとおりである。

法49条1項の異議の申出を以上のように解すると，裁判例のように，「退去強制が著しく不当である」ことを理由とする規則42条4号の異議申出は，「異議申出に際して事情を明らかにする資料添付を定めただけ」であるとし<sup>77</sup>，また，在留特別許可は「請求権なき者に利益を一方的に与える措置」<sup>78</sup>と解するのではなく，規則42条の規定のとおり，4号を異議の申出理由の一つと解することになる<sup>79</sup>。

この結果，法49条1項は，退去強制容疑者が規則42条4号を含む各理由により判定に異議を申し出ることを認めていると解され，従来の裁判例と異なり，4号による異議申出に対しても，法務大臣は義務としてこれに応答すべきこととなり，その手続が法律上明確化されることになる。

また，これにより，違反調査，審査，口頭審理における情状に関する取調べの法的根拠を示すことにもなり，口頭審理の手続における情状に関する証拠の提出，証人尋問等につき，法48条5項の適用も認められることが明確となる。

もとより，そのように解することは，在留特別許可が法務大臣の自由裁量に基づく判断によるものであることを何ら否定するものではない。

退去強制の容疑者は外国人に限られるが，上述のとおり裁判例は，退去強制容疑者が在留特別許可を付与しないことを違法として裁決の取消しの訴えを提起する法律上の利益を認めているほか，在留特別許可は容疑者の重大な利益に関わることから，法は規則42条4号による異議の申出を認めていると解することには意味はあり得るものと思われる。

ただし，東京地裁平成20年判決の問題点として既に述べたように，法49条

---

77 東京地裁昭和33年5月29日判決（判例集不登載）。

78 東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）。

79 東京地裁昭和28年10月1日判決（行裁例集4巻10号2485頁）は，このように解していると思われる。

1項を上記のように解することには条文上多少の難点があるのも否定できないが、他方、裁判例のように解しても上記の問題点があり得ることから、この論点については立法的な解決が望ましいと考えられる。その際には、特別在留の許否判断を異議の申出に対する応答として位置付け、同許可をしない場合においても、これにつき適正な手続を前提とすべきことを法律上明記する必要がある。

## 9 小括

行政不服審査法が、外国人の出入国又は帰化に関する処分を同法の適用除外とした理由として、「これが国家主権に属し、国家が自由に決しうるもので法的統制になじまず、『国民』の権利利益の救済を目的とする本法の対象とすることは妥当でない」ことが挙げられる<sup>80</sup>。

しかし、従来からの裁判例からみても、上記のような立法趣旨説明自体に疑義があり、それは本来、「同法とは別の権利保障手続が立法上運用上考慮されていくことを良しとする趣旨」であると解するのが相当である<sup>81</sup>。

平成6年10月1日に施行された行政手続法も、「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」については、同法第2章から第4章までの規定は適用されないと規定している（第3条1項10号）。

これについても上記と類似した適用除外理由が示されているが<sup>82</sup>、しかし、

80 田中信次・加藤泰守「行政不服審査法解説」昭和46年・補正版61頁。

81 杉村敏正・兼子仁「行政手続・行政争訟法」昭和48年375頁。

82 第128回国会参議院内閣委員会（平成5年11月2日）において八木俊道政府委員は、適用除外の理由として、「外国人の場合は、その身分に着目をいたしまして、これが一般の手続をとることに該当すべきかどうかということにつきましては国家の裁量に属する事項という考え方で整理をされているわけでございます」と述べている（第128回国会参議院内閣委員会第2号）。

しかし、この説明が相当とは言えないことは、行政不服審査法の適用除外理由としての上記説明と同様である。なお、南博方・関有一「わかりやすい行政手続法」（1994）33頁は、「外国人の出入国については、国際的にも権利として認められているものではなく、国家の自由裁量に属する行為であると考えられている」との理由から、同法の適用除外とされていると述べている。しかし、これについても、既に英米における例につき述べたように、新たに入国する外国人と既に在留している外国人とを同一視する点には疑問があり得る。

「個人としての尊厳の確保または国民主権国家における行政の公正性の要請の観点からすれば，手続保障の程度が外国人と一般国民とで当然に異なることにはならない」<sup>83</sup>はずである。それゆえ，特別法である入管法においても行政手続法と同様に公正の確保と透明性の向上が求められるのは当然として，在留特別許可を希望するための申出手続についても，行政手続法の適用を除外するに足りる相応の手続が入管法においても整備されていなければならない<sup>84</sup>。

さらに，国際人権規約（社会権規約及び自由権規約），難民条約，児童の権利に関する条約等わが国が批准した人権に関する諸条約に照らしても，当該手続はこれらに適合したものでなければならない。

既に述べたように，現行法の退去強制手続は出入国管理令の仕組みをそのまま継承しているが，同令制定当時のわが国においては，行政処分を行う前に，手続の公正をはかることが，「国民の人権保障に不可欠であるという認識は殆どなかった」と指摘されている<sup>85</sup>。

退去強制は外国人の重大な利益にかかわることを考慮すれば，以上に述べた理由から，その手続も行政手続法を踏まえた適正な手続でなければならない<sup>86</sup>。

83 室井力・芝池義一・浜川清「コンメンタール行政法Ⅰ」（第2版）2008年42頁。

なお，芝池義一「行政手続法の検討」（公法研究第56号，1994年162頁注(2)）は，行政手続法の適用除外に関し，「出入国管理などの分野での外国人に対する処分・行政指導を適用除外する理由として，外国人の出入国等が自由裁量事項であることを理由に挙げられることがあるが，これは理由にならない」と述べている。

84 旧憲法下においては，「入管に関して法律は入管を担当する行政機関の組織法的根拠を提供するものとしてのみ考えられ，入管行政自体は行政機関の内部的な規則，通達の類に依拠して行われ，その対象となる外国人の権利の手続的保障はおよそ問題とされなかった。」（大沼保昭「出入国管理法制の成立過程—1952年体制の前身—」国際法学の再構築下・1978年，318頁。）。

「新憲法の成立により，従来の観念は建前としては放棄され，個々の法律条文の起草にあたっては政府部内でも注意深くその憲法適合性が検討されたとはいえ，発想の枠組は依然として旧来の「行政権を根拠づける組織法」というレベルにとどまっていた。」と指摘される（同）。

85 杉村敏正・行政手続法，杉村敏正，兼子仁「行政手続・行政争訟法」（昭和48年）21頁）。

## 第2 難民認定手続と退去強制手続

### 1 裁判例

- (1) 東京地裁平成19年8月31日判決(判時2001号28頁)(以下、①判決という。)(判決後再申請により難民認定)

原告(女)はミャンマー国籍を有し、他人名義旅券で短期滞在(90日)の許可を受け上陸後難民認定を申請したが、法務大臣は平成15年2月17日難民不認定処分をし、同年3月25日原告にこれを告知した。原告は、本件不認定処分に対する異議申立てをしたが、法務大臣は異議申立てに理由なしの決定をした。本件難民不認定処分後の平成15年3月12日、入国警備官は原告を不法入国該当容疑で立件し、同年4月28日収容令書執行の上審査官に引渡し、東京入管主任審査官は同日、原告を仮放免した。

難民不認定から約2年6か月経過した平成17年8月31日、法務大臣から権限の委任を受けた東京入管局長は、法改正後の法61条の2の2第2項に基づき、原告につき在留特別許可をしない処分をし、また同日、原告の異議申出が理由がない旨の裁決をし、これに基づき東京入管主任審査官は、送還先をミャンマーとする退去強制令書の発付処分をした。

①判決は、本件不認定処分時には、原告の難民該当性の判断を誤った違法はなく、また、同不認定処分は法の求める理由付記に欠ける違法な処分とはいえないとして、本件不認定処分の取消請求は棄却した。

しかし、①判決は、原告は裁決時においては、難民に該当していたこと

---

86 最高裁(大)平成4年7月1日判決(成田新法事件)(民集46巻5号437頁)は行政手続法制定以前の判決であるが、いわゆる成田新法に基づく運輸大臣(当時)の工作物使用禁止命令につき、「行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利の内容、性質、制限の程度などを総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではない」とした。

園部裁判官意見は、「行政庁の処分のうち、少なくとも、不利益処分については、弁明、聴聞等 何らかの適正な事前手続の規定を置くことが必要」としつつ、「具体的にどのような事前手続が適正であるか…は、立法当局の合理的な立法政策上の判断にゆだねるほかはない」と述べる。

規則42条4号による異議申出についての現行法の規定は、同裁判官意見のいう「合理的な立法政策上の判断」と言えるものでなければならない。

が認められるとして，裁決の違法事由として難民該当性を主張することができるかについて，以下のように述べている。

法53条及び難民条約33条1項の規定により，「退去強制手続においては，退去強制を受ける者の送還先を誤らないために，送還時においてその者が難民に該当するかどうか，そしてその送還先は当該難民の生命又は自由を脅威にさらす領域ではないかについての判断が常に求められている」

そして①判決は，法は，退去強制手続対象者が異議の申出をした場合は，その判断権限を法務大臣に与えていると解すべきとする。

これにより①判決は，法務大臣は異議の申出を受けたときは，退去強制事由に該当する場合であっても，「その者が国籍国の政府等から迫害を受けるおそれのある難民に該当すると判断したときは，法50条1項若しくは法61条の2の2第2項の規定に基づき，（法61条の2の2第2項の規定による在留特別許可を与えない処分が既になされているときはそれを取り消した上で），その者に在留特別許可を与えるか，又は在留特別許可を与えないのであれば，裁決において，当該国籍国等にその者を送還することはできないこと，あるいは，その者を本邦外に送還しなければ日本国の利益又は公安を著しく害するため法53条3項に関わらず当該国籍国への送還が許されることなどを明らかにし，その後の退去強制令書の発付及び執行において違法な送還先が指定されないようにする義務があると解するのが相当である」とした。

なお，①判決は，入国審査官の認定，特別審理官の判定に服したときは，法務大臣の判断を経ることなく退去強制令書の発付・執行が行われることになるが，この場合は，法務大臣の判断を経るまでもなく，その者が難民でないことが事実上推定され，特段の事情のない限り難民条約33条1項の領域への送還という問題を生じない場合であるとす。

こうして①判決は，「法務大臣が法49条1項の裁決を行うに当たり，当該外国人が難民に該当するにもかかわらず，その判断を誤り，送還先について，法53条3項，難民条約33条1項に違反する誤った判断をした場合には，当該裁決は，違法な処分として取り消されることになる」と判示し，「このような意味において，当該外国人の難民該当性を裁決の違法事由として主張することは許されるものというべきである」としている。

以上により、①判決は、異議の申出は理由がない旨の本件裁決は、原告の難民該当性の判断を誤り、送還先の判断を誤った違法な処分といえるとして、裁決の取消しを求める原告の請求は理由があったとした。本件退令発付処分については、同処分の前提となる本件裁決が取り消されるべきものであることから、退令発付もその根拠を欠くものであるとして、本件退令発付処分は違法なものとしてこれを取り消した。

- (2) 東京地裁平成20年2月8日判決（裁判所ウェブサイト）(以下②判決という。)、東京高裁平成20年8月27日判決（裁判所ウェブサイト）(原審維持)

原告（男）は同じくミャンマー国籍を有し、乗員上陸許可を受け上陸後、許可期限を超えて不法残留したため、警察官が入管法違反容疑で逮捕した後、入国警備官は原告の引渡しを受け、法24条6号違反容疑で収容令書発付を受け収容の上、同号該当容疑者として東京入管局入国審査官に引き渡したものである。

入国審査官が原告に対する違反審査実施により、原告が法24条6号（不法残留）に該当し、かつ、出国命令対象者に該当しない旨の認定を行い、原告にこれを通知した。

原告は認定と同日、口頭審理を請求し、さらに入国審査官の認定に誤りがない旨の判定につき、法務大臣に異議の申出をした。

原告は、入国審査官の認定の翌日である平成17年3月2日、難民認定申請をしたが、法務大臣は、平成17年7月19日付けで難民の認定をしない処分をし、同月28日、原告にこれを通知した。

その後、原告は、法61条の2の2第2項による在留特別許可をしない処分及び仮滞在を許可しない処分を受け、さらに、原告は平成17年8月2日、難民不認定処分につき異議申立てをしたが、法務大臣は平成18年3月15日付けで異議の申立てには理由がない旨の決定をし、同月24日、原告にこれを告知した。法務大臣から権限の委任を受けた東京入管局長は、同24日付けで法61条の2の2第2項による在留特別許可をしない旨の通知をしたが、平成18年6月26日同不許可通知を取消し、同日原告にこれを通知した。

その後、原告は仮放免許可を受け、仮放免され、同許可の翌年、法務大臣権限の委任を受けた東京入管局長は、判定に対する異議の申出につき理由がない旨の裁決をし、上記難民不認定についての異議申立てに理由がな



い旨の決定告知と同日，同入管主任審査官は原告に裁決を通知し，ミャンマーを送還先とする退去強制令書を発付したものである。

②判決の原告は，仮滞在許可を受けておらず，難民の認定をしない処分に対する異議申立てが理由なしとして棄却されていることから，法61条の2の6第3項により法61条の2の4第5項2号に該当する者として，これに対する退去強制の手続については，法50条1項の規定は適用されない。その趣旨は，②判決が述べているとおり，これについては，法61条の2の2第1項により，定住者の在留資格の取得を許可しないことのほか，同第2項により，在留を特別に許可すべき事情があるとは認められないとの判断が別途なされているからである。

難民不認定処分の取消請求に対して，②判決は，原告には難民該当性を認めることができるとして，不認定処分を取り消した。

原告に対する特別在留不許可について，②判決は，「難民条約33条1を前提に入管法53条3項が規定されていること，入管法上の難民の意義，性質等に照らせば，難民である外国人をこれを迫害するおそれのある国に向けて送還してはならないことは，入管法上明らかである」とする。これにより，本件の在特不許可処分は「難民である原告について入管法61条の2の2第2項による在留特別許可を付与せず，その結果，原告を，これを迫害するおそれのある国に向けて送還しようとする点において，入管法の根幹についての重大な過誤というべき瑕疵を有するといわなければならない」と判示した。

そして，原告の在留を特別に許可しない処分については，同不許可処分の取消しを求める訴えは出訴期間経過後に提起された不適法なものであるが，難民であるとの重要な要素を一切考慮せずに行われたとして当然無効と解した。

他方，裁決については，判決は，次のように判示している。

「入管法が難民認定をした在留資格未取得外国人に係る退去強制手続について入管法50条1項の適用を除外したのは，難民認定申請をした在留資格未取得外国人については，入管法61条の2の2において，法務大臣が難民認定手続の中で本邦への在留の許否について判断することとしたことから，法務大臣が退去強制手続の中で入管法49条1項に基づく異

議の申出に対する裁決をするに当たっては、異議を申し出た者が退去強制対象者に該当するかどうかという点に係る特別審理官の判定に対する異議の申出に理由があるかどうかを判断すれば足りると解するのが、その文理上相当である。」

これにより、本件原告は入管法61条の2の6第4項所定の難民認定申請をした在留資格未取得外国人であるが、「原告が難民であることは認められるものの、原告が難民であることは、原告が退去強制対象者に該当するかどうかという点に係る特別審理官の判定に対する異議の申出に理由がない旨の本件裁決の違法事由であるということではできず、他に本件裁決における裁決固有の瑕疵（行政事件訴訟法10条2項参照）に係る主張はないから、結局、本件裁決は適法である」と判示した<sup>87</sup>。

他方、本件判決は、原告を、これを迫害するおそれのあるミャンマーへ向けて送還する本件退令処分は違法であるとして、その取消し請求を認容した。

本件の控訴審判決である東京高裁平成20年8月27日判決（裁判所ウエブサイト）は、難民不認定処分及び退令処分の取消し並びに在留特別許可をしない処分の無効確認を求める請求は認容すべきとし、原判決を維持している。

- (3) 東京高裁平成21年4月30日判決（LEX/DB25450733）（以下、③判決という。）（一審東京地裁平成20年6月27日判決）<sup>88</sup>

本件は、東京入国管理局長が、控訴人（男）（ミャンマー国籍）に対し

87 ②判決は、5争点(3)において、本件不許可処分（法61条の2の2第2項に基づく在留特別許可をしない処分）の有効性について述べているが、同(1)ウの結論部分で、「したがって、本件裁決は、東京入管局長がその裁量権の範囲を逸脱してした違法な処分というべきである。」としている。しかし、②判決は争点(4)（本件裁決の適法性）について、において、本件在特不許可は無効としながら、本件裁決は適法とされていることからみれば、上記5争点(3)における「本件裁決」とは、上記「本件不許可処分」の誤記と思われる。

88 東京高裁平成21年4月30日判決（LEX/25450734）（原審東京地裁平成20年9月9日判決）では、在特不許可の取消請求はなく、これについては判断していないが、難民不認定処分を取り消した上、裁決及び退令発付処分の取消し理由については、③判決と同様に解している。

てした法61条の2の2第2項による在留を特別に許可しない処分の取消し、予備的に同処分は無効であることの確認、法務大臣から権限の委任を受けた東京入管局長が控訴人に対してした異議の申出には理由がない旨の裁決の取消し、東京入国管理局主任審査官が控訴人にした退去強制令書発付処分の取消しを、それぞれ求めた事案である。

原判決は、控訴人は難民に該当すると認めることはできないとし、控訴人の各請求を理由がないとしていずれも棄却したため、控訴人は、これを不服として控訴したものである。

③判決は、控訴人は本件難民不認定処分がされた当時難民であったとして、これを認めなかった本件不認定処分は違法であり、取り消されるべきであるとした。

控訴人に対する在特不許可処分の取消しの訴えについて、本件③判決は次のように述べる。

控訴人は、入管法の一部を改正する法律（平成16年法律第73号）による改正により設けられた法61条の2の2の規定が平成17年5月16日に施行された後、入管局は、難民の認定をしない処分に対する異議申立てに係る判断をするに当たり、法61条の2の2第2項による在留特別許可又は不許可の処分をする運用をしていたことから、控訴人は、本件不認定処分が棄却されても、その際、在留特別許可をしない処分がされた場合にこれを争えば足りると考えて、本件在特不許可処分については争わなかった。しかし、その後、入管局がこの運用を変更し、難民の認定をしない処分に対する異議申立てに対して理由がない旨の決定をする際に、在留を特別に許可しない処分をしないこととしたため、控訴人は本件在特不許可処分を争う機会を逸したことから、行政事件訴訟法14条1項にいう「正当な理由」があると主張する。

これに対し、③判決は、仮に入管局がそのような運用をしていたとしても、異議の申立てに対して理由がない旨の決定は、在特不許可処分とは別個独立の処分であるから、それぞれについて別個独立した出訴期間が存在することは当然であり、控訴人がそのように考えていたとしても、「そのことによって直ちに、本件在特不許可処分に係る出訴期間が経過したことについて、行政事件訴訟法14条1項にいう『正当な理由』を具備すること

にはならない。」とした。

③判決は、以上の理由により、本件在特不許可処分取消訴訟の提起が同不許可処分を知った日から11か月以上遅れた具体的事情も明らかでないとして、正当な理由を認めることができず、本件訴えは不適法であり却下を免れないとした。

本件在特不許可処分の無効確認請求については、③判決は次のとおり述べる。

「難民は、その生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある国へ送還してはならず（入管法53条3項、難民条約33条1）、難民と認められない者であっても、その者に対する当該属性に着目して拷問が行われるおそれがあると信ずるに足る実質的な根拠がある国へ送還してはならない（拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約3条1）。」

そして、法61条の2の2第2項、同69条の2により、法務大臣又はその権限の委任を受けた地方入国管理局長は、在留資格未取得外国人に難民認定をしない処分をするときは、当該外国人の在留を特別に許可をすべき事情があるか否かを審査するものとされている。③判決は、これにより、法務大臣又は地方入国管理局長は、「この審査に当たり、当該外国人を退去強制によりその本国へ送還することが上記の送還してはならない場合に当たるか否かを考慮すべきであり、送還してはならない場合に当たるときには在留特別許可をすべきであるということができる」とする。

そして、③判決は、本件在特不許可処分がされた当時、控訴人は難民であったのであるから、東京入管局長が本件在特不許可処分をするに当たってした裁量権の行使がその範囲を超えるものであるというべきであり、同不許可処分は違法であり、その違法性は重大であるとしたが、同不許可処分の上記違法が明白であるとは認めるに足りないとし、本件在特不許可処分の無効確認請求については、理由がないから棄却すべきものとした。

しかし、法49条1項に基づく異議の申出が理由がない旨の本件裁決及び東京入管局主任審査官がした退令発付処分は、「控訴人が控訴人を迫害するおそれのあるミャンマーに送還することが許されない難民（入管法53条1項、3項、難民条約33条1各参照）であることを見過ごした違法がある

ことは明らか」であるとして，本件裁決及び退令発付処分は取り消されるべきであるとした。

③判決は以上のとおり，法53条3項及び難民条約33条1を掲げ，控訴人が難民であることを見過ごし，ミャンマーに送還することとした裁決及び退令発付処分を違法としており，この点について，③判決は①判決と同旨であると思われる。

- (4) 東京高裁平成21年5月27日判決（判時2062号33頁）（以下，④判決という。）（一審東京地裁平成20年3月28日判決）

④判決は，控訴人である夫と妻（共にミャンマー国籍）のうち，妻については難民に該当すると認め，これに対する難民不認定処分，妻に対する裁決及び退令発付処分の各取消しを求める妻の請求は，いずれも理由があり認容すべきであるとして，原判決の判断を変更した。

④判決は，本件訴えのうち，妻の在留特別許可をしない処分は違法と評価すべきものであるとはしたものの，その取消しを求める部分については，行政事件訴訟法14条1項の出訴期間を経過した訴えであり不適法としてこれを却下すべきであるとし，この点に関する原判決判断を相当とした。他方，妻に対する本件在特不許可処分については，重大かつ明白な瑕疵があるとまではいえないとして，同処分の無効確認を求める部分については，これを棄却すべきであり，原処分の判断は相当とした。

④判決は，控訴人夫については難民に該当するとは認められないとし，夫の本件不認定処分に難民該当性の判断を誤った違法はないとした。しかし，妻が難民に該当し，ミャンマーへ送還されないことになることから，妻と婚姻生活を続けていた夫婦の事情を参酌すれば，夫に対する在特不許可処分は，社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかな場合であり，裁量権を逸脱，濫用しているとして違法と評価すべきものであるとしたが，重大かつ明白な瑕疵があるとまでいうことができないとした。

こうして，本件訴えのうち夫の在特不許可処分の取消しを求める部分は，出訴期間を経過しており不適法として却下すべきであり，この点に関する原判決を相当とした。本件訴えのうち，在特不許可処分の無効確認を求める部分及び本件不認定処分の取消しを求める部分は，棄却すべきとして原判決を相当とした。

他方、夫に対する本件裁決及び退令発付処分の各取消しを求める夫の請求はこれを認容し、これに関する原判決を変更したものである。

④判決は、妻に対する裁決及び退令発付処分の取消しの理由については述べていないが、夫に対しても在特許可がされるべきであるから、夫に対する裁決及び退令発付処分は、法61条の2の6第1項に反するとして、いずれも違法であると述べている。

このように、④判決は、裁決を違法とする理由については、①、②判決とも異なる理由を示している。

## 2 ①～④判決の論点

### (1) 退去強制手続における異議の申出と難民該当性の判断

①判決は、送還時における難民該当性の判断は、難民認定手続とは別に退去強制手続の中で独自に行わなければならないと述べ、その根拠として、法53条3項、難民条約33条1項を挙げている。また、①判決は上記のとおり、「法務大臣は、法49条1項の異議の申出を受けたとき」に、「その者が難民に該当すると判断したときは」と述べており、退去強制手続における異議の申出において、難民に該当することを不服理由とする主張がされることを前提としているように思われる。

しかし、規則42条1～3号は、容疑者が法24条各号のいずれにも該当しないとして判定に異議を申し出るための不服理由を定めるものであり、これにより難民に該当するとの主張をし得るとは解されない

さらに、上述のとおり、①、②判決の原告のような難民認定申請をした在留資格未取得外国人に対する退去強制の手続については、法50条1項の規定は適用されない(法61条の2の6第4項)。したがって、これに対する在留特別許可付与の許否判断は、退去強制手続とは別に難民認定手続において行われることとなった。

このため、当該外国人が仮に規則42条4号により、「退去強制が著しく不当であること」を理由として判定に異議を申し出ることがあるとした場合、その者に対する退去強制手続については法50条1項の規定は適用されない以上、法務大臣は異議の申出に理由があるかどうかの裁決に当たり、これに対する特別在留の許否を判断することはない。また、法務大臣は、規則同号の

申出にかかる不服理由に基づき，その者が難民に該当するか否かを判断すべき根拠はなく，①判決が述べる法53条3項，難民条約33条1項は，法務大臣が退去強制手続において難民該当性の判断をすべき根拠とはならないと解される。

以下に述べるように，これらは退去強制手続とは別に難民認定手続において判断されるべきである。

(2) 難民認定手続と退去強制手続

法61条の2の6は難民認定等の手続と退去強制手続との関係につき，要旨以下のとおり規定している。

- 1 難民の認定を受けた者が，定住者の資格取得の許可又は在留特別許可を受けたときに，法24条各号いずれかに該当していたことを理由としては，退去強制手続を行わない。
- 2 難民認定申請をした在留資格未取得外国人で仮滞在許可を受けたもの…仮滞在期間経過までの間は，退去強制手続を停止する。
- 3 難民認定申請をした在留資格未取得者で，仮滞在許可を受けていないもの又は仮滞在期間が経過することとなったもの…次のいずれか（法61条の2の4第5項一～三）に該当するまでは，送還を停止する。
  - 一 難民不認定に対し異議申立てがなく，法所定の期間が経過したこと
  - 二 難民不認定に対し異議申立てがあったが，異議申立てが取り下げられ，又はこれを却下若しくは棄却する決定があったこと
  - 三 難民の認定がされた場合，定住者資格取得及び在留特別許可をしない処分があったこと
- 4 第2項に規定する者で，第61条の2の4第5項第1号から第3号（上記3項の一～三）のいずれかに該当することとなったもの又は前項（3項）に規定する者に対する退去強制手続については，第50条1項の規定は適用しない。

この規定からみると，一般法としての退去強制に関する法第5章の手続に対し，難民認定等の手続は特別法として，後者が前者に優先して適用される仕組みとなっている。そして，難民認定申請をした在留資格未取得外国人が定住者の在留資格取得又は在留特別許可を受けたときは，退去強制手続を行

わないこととし(1項)、また、仮滞在許可を受けたものについては、仮滞在期間が経過するまでの間は、退去強制手続を停止し(2項)又は3項該当の場合は送還を停止する(3項)こととなっている。

また、①判決の事例のように、難民不認定処分から退去強制手続における裁決までの間に2年半もの時間的間隔を生じ、不認定処分を受けた外国人がその間に新たに難民に該当することとなった場合など、不認定処分後における新たな事情変更を理由として再度の難民認定申請を行うことは、退去強制手続が開始された後においても、現行法上これを妨げるべき理由はないと解される<sup>89</sup>。

このように、法は退去強制手続と難民認定等の手続を別個の手続として規定し、しかも後者が前者に優先して適用される仕組みとなっていること、難民不認定後に難民に該当する新たな事情変更が生じた場合には、新たな理由による再申請をすることは法的には可能であることから、法の建前としては、難民該当性の判断は難民認定の手続において行うべきこととしているものと解される。

したがって、①判決の事例のような場合には、原告は新たな事情に基づき、退去強制手続とは別に難民の認定申請をするのが法の建前であり、新たな申請があれば、法務大臣は改めてこれに対する難民の認否判断を行うべきことになり、上記法規定に該当するときは、難民の認定申請手続が退去強制手続に優先する仕組みとなっている。

このように、法務大臣は、退去強制を受ける外国人の難民該当性については、法61条の2第1項による難民の認定申請に対する認定又は不認定の処分(法61条の2の9による異議申立てに対する決定を含む)に従って判断すれば足りると解すべきである。

法務大臣が新たな申請に対し、改めて難民の認否処分をしたときは、法61

89 大阪地裁平成14年9月20日判決(裁判所ウェブサイト)は、このように解している。事実、東京地裁平成24年4月13日判決(判タNo.1405,90頁)の原告は、難民不認定処分及び異議申立て理由なし決定に伴い仮滞在許可が終了したことにより退去強制手続が再開され、異議申出に対する理由なし裁決及び退令発付後に2回目の難民認定申請をしている。なお、同判決は、法務大臣が原告に対してした難民の認定をしない処分を取り消した。東京地裁平成26年4月15日判決(判時2230号11頁)の原告も退令発付後、2回目の難民認定申請をしている。



条の2の2第1項による定住者の在留資格取得又は同2項の在特の許否についても，新たな処分に基づくその見直しの要否を判断すべきことになるのは当然と解される。

### (3) 特別在留許否の判断と裁決

#### ア 裁判例

①判決は，法務大臣が裁決に当たり，異議申出をした外国人が難民に該当するかどうかを判断すべきことを前提とし，難民に該当するにもかかわらず，その判断を誤り，送還先について法53条3項，難民条約33条1項に違反する誤った判断をした場合には，当該裁決は違法な処分として取り消されることになるとした。

これに対し，②判決は，難民認定申請をした在留資格未取得外国人の退去強制手続における法49条1項の異議の申出の裁決は，異議を申し出た当該外国人が退去強制事由に該当するという判定に対する異議の申出に理由があるかどうかを判断すれば足りると解すべきであり，当該外国人が難民であることは，裁決の違法事由ではないと解するのが相当であるとした。

③判決は，難民不認定処分を取り消し，在特不許可処分については，これを違法としたがその取消請求を却下し，違法が明白とは認められないとして同不許可処分の無効確認請求は棄却した。法務大臣（東京入管局長）が法49条1項に基づく異議の申出には理由がないとした裁決及び主任審査官がした退令発付処分には，控訴人が迫害のおそれのあるミャンマーに送還することが許されない難民（入管法53条1項，3項，難民条約33条1各参照）であることを見過ごした違法があることは明らかであるとして，本件裁決及び退令発付処分は取り消されるべきであるとした。この点につき，③判決は①判決と同様に解している。

④判決も，控訴人妻は難民に該当するとし，これに対する難民不認定処分を取り消した。同人に対する在特不許可処分は違法と評価したが，同処分の取消しを求める訴えは却下し，無効確認を求める部分はこれを棄却した。これに対する裁決及び退令発付処分はいずれも違法として取り消したが，これを違法とする理由は明示していない。

④判決は，夫は難民に該当しないが，在特許可がされるべきであるとして，これに対する在特不許可処分を違法とした。しかし，その取消しを求

める訴えは却下し、無効確認を求める部分は棄却した。夫に対する裁決及び退令発付処分は法61条の2の6第1項に反し違法であるとして、同じく裁決及び退令発付処分を取り消した。

#### イ 現行法の仕組み

(ア) 既に述べたように、平成16年法律第73号による法改正により、難民認定申請をした在留資格未取得外国人についての在留特別許可付与の許否は、法61条の2の2第2項により退去強制手続とは別の手続において判断されることとなった。しかし、一方において、在特不許可は本邦への在留を認めないとする法務大臣の最終的意思決定であり、他方、異議の申出が理由がないとの法務大臣裁決もまた、外国人を本邦から退去強制すべきとする最終的意思決定である。

したがって、難民認定申請をした当該外国人についても、これら二つの手続における法務大臣の別個の最終決定（処分）を調整することにより、異議の申出が理由がないとの裁決は、特別在留の不許可を前提とし、これを踏まえたものとする仕組みが必要である。

上記のとおり、法61条の2の6第2項は、仮滞在許可期間の経過後における退去強制手続の再開を認めるものであり、これに対して同第1項は、定住者の在留資格取得不許可又は特別在留の不許可処分のうち、法務大臣の最終的意思決定である在特不許可処分がされれば、これを踏まえて退去強制手続における異議の申出が理由がないとの裁決を行うことが許容されるとの趣旨を含むものと解すべきである<sup>90</sup>。

この点につき、①判決において被告国は、「本件訴訟に本件在特不許可処分の取消訴訟を併合提起し、その中で原告が難民と認められ、在留特別許可をしないとの判断が裁量権の逸脱となるとして、本件在特不許可処分が取り消される場合には、法61条の2の6第1項により、本来、退去強制手続を行ってはならないのにこれを行ったことになるから、その場合の異議の申出に理由がない旨の裁決は、同項に違反す

90 在特許可の場合は退去強制手続を行わないから裁決はなく（法61条の2の6第1項）、異議申出が理由ありの場合は放免され（法49条4項）、在特許可判断の必要はないことから、法61条の2の6第1項は、在特不許可と理由なし裁決との調整を図る規定と解される。

る違法な処分と解されるが，本件ではそのような取消訴訟は併合提起されていないから，このような意味でも原告の難民該当性が本件裁決の違法事由となることはない」と主張した。

これに対し①判決は，本件在特不許可処分が裁判によって取り消されても，在留特別許可についての判断がまだ行われていない状態に復するだけで，その後実際に在留特別許可がされない限り原告が在留特別許可を受けたことにはならないから，「本件在特不許可処分の取消しによって直ちに本件裁決が法61条の2の6第1項に違反する違法な処分になるということはできない」と述べ，この国の主張を退けている。

しかし，国の上記主張は，法61条の2の6第1項は，在特不許可処分が取り消される場合には退去強制手続を行うことが違法となり，裁決も違法な処分となるとの趣旨を含むと解するものである。同条第1項を反対に解釈すれば，在特不許可処分がされた場合には，異議申出が理由がないとの裁決を行うことが許容されると解されるが，同許可・不許可いずれの処分もされていない場合には，同申出が理由がないとの裁決を行うことはできないと解すべきである。したがって，国の主張のように，判決により在特不許可処分が取り消される場合は，法61条の2の6第1項の趣旨から，異議申出が理由がないとの裁決もまた違法と解することができる。判決が，在特不許可処分の無効を確認する場合も同様に解すべきである。

- (イ) 難民認定申請をした在留資格未取得外国人に対する退去強制手続においては，既述のとおり，法50条1項は適用されず，異議申出が理由があるかどうかの裁決において，法務大臣は，当該外国人が退去強制事由に該当するかどうかの点に係る判定に対する異議の申出に理由があるかどうかを判断すれば足りる。この点は②判決が述べるとおりである。

ただし，②判決は在特不許可処分を当然無効と判断した上で裁決を適法としたが，この点は上記のとおり，法61条の2の6第1項の趣旨から裁決も違法と解すべきである。

①判決は，在特不許可処分の取消請求はされていないため，これに

ついて判断することなく裁決、退令発付処分を違法としたものであるが、上記の理由から、①判決が述べるように原告が難民であることを見過ごした違法があるとすれば、その違法は本件在特不許可処分にあり、これが取り消されない以上、直ちに異議申出が理由がないとの裁決が違法とはならないと解される。

③判決は控訴人を、④判決は控訴人妻を難民に該当するとし、難民不認定処分を取り消した上、これらに対する在特不許可処分を違法であるとしたが、いずれの判決も在特不許可処分を取り消し又は無効を確認したものではない。④判決の控訴人夫の在特不許可処分についても同様である。そうすると、③、④判決では裁決を違法とする理由はないように思われる。

#### ウ 問題点

難民認定申請をした在留資格未取得外国人の退去強制手続についての現行法の問題点としては、以下の点を指摘することができる。

既述のとおり、法61条の2の6第4項により、難民認定申請をした在留資格未取得外国人の退去強制手続には法50条1項の規定は適用されない。この結果、当該外国人は法49条1項に基づき、退去強制手続において規則42条4号の理由により在留特別許可を希望して異議を申し出る余地はなく、これに対する在留特別許可付与の可否は、法62条の2の2第2項により退去強制手続とは別に法務大臣が判断すべきこととなっている。

このことは一見、難民認定申請をした在留資格未取得外国人は退去強制手続において、それ以外の外国人に認められる規則同条4号の理由による異議申出の機会がなく、手続上不利な扱いを受けるように見える。

もっとも、法は外国人に在留特別許可を求める権利を認めず、その申請を認める明文規定もないとする上述の国や裁判例の見解によれば、在留特別許可の付与は、「請求権なき者に利益を一方的に与える措置」<sup>91</sup>と解される以上、両者の間には違いはないことになる。

しかし、上記第1、8の(2)に述べたように、規則42条4号を判定に対する異議の申出理由の一つと解すれば、これにより在留特別許可を求める異

91 東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）。

議の申出手続が明確化されることになる。

そのように解すると，現行法の下では難民認定申請をした在留資格未取得外国人の退去強制手続につき，法61条の2の6第4項により法50条1項が適用されない結果，当該外国人は難民認定申請をしない外国人と異なり，在留特別許可を求める異議の申出手続の機会を与えられないという不利益を受けることにならざるを得ない。

(4) 送還先に関する希望の申出

ア 関連規定

法51条は，「退去強制令書には，退去強制を受ける者の氏名，年齢及び国籍，退去強制の理由，送還先，発付年月日その他法務省令で定める事項を記載し，かつ，主任審査官がこれに記名押印しなければならない」と規定する。

昭和56年法第86号（昭和56年6月12日公布）による出入国管理令の一部改正に伴い法53条3項が追加された結果，難民条約33条1項違反の送還先へ難民を送還してはならないこととなった。

法53条1項は，退去強制を受ける者の送還先として，「その者の国籍又は市民権の属する国に送還されるものとする」とする。同2項は，「前項の国に送還することができないときは，本人の希望により，左に掲げる国のいずれかに送還されるものとする」と規定し，1号から6号までの国を掲げている。

同3項は，「前2項の国には，次に掲げる国を含まないものとする。」と規定し，難民条約第33条第1項に規定する領域の属する国（法務大臣が日本国の利益又は公安を著しく害すると認める場合を除く）（1号）のほか，拷問等禁止条約第3条1項に規定する国（2号），強制失踪条約第16条1項に規定する国（3号）を規定している。

平成18年法第43号（平成18年5月24日公布）による法改正の結果，法52条4項後段が追加された。4項は自費出国を許可することに関する規定であり，その場合，退去強制令書の記載及び法53条の規定にかかわらず，自費出国の許可申請に基づき，その者の送還先を定めることができるとの規定が加えられた。

これにより，自費出国の許可を受けた者については，法53条による本国

送還の原則を緩和して本国以外の受入国への送還を可能とすることとしたものである<sup>92</sup>。

法53条3項1号は、難民条約第33条1項の、いわゆるノン・ルフルマン (non-refoulement) の原則を定めるものであるが、難民条約により個人が条約上の難民としての地位を有するのは、国内で難民と認定されたか否かによるのではなく、その者の事実上 (de fact) の状況によると解される<sup>93</sup>。

わが国において法53条3項は、難民と認定された者に限らず、退去強制を受けるすべての外国人に適用されると解されているのは、難民条約のこの趣旨を踏まえたものと思われる。このことから、法53条は難民認定手続を定めた第7章ではなく、第5章の退去強制手続の一部として規定されている<sup>94</sup>。

#### イ 問題点

難民条約33条1項の例外として、同2項により難民をその生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ送還する場合には、同条約31条及び32条の規定と併せて解釈し、迫害を受けない他の国への入国許可を認めるための猶予期間を与えるべきであると解されている<sup>95</sup>。

さらに、自国の安全にとって危険であるとの理由により、同33条1項にかかわらず被送還者を同項に該当する国へ送還することがあり得るとして、同条2項は同32条の要件と区別されるべきものではなく、それは、デュー・プロセス規範 (due process norms) の遵守を回避することが認められるものではないことが同条約の起草過程から明白であると解されて

92 第164国会参議院法務委員会における杉浦正健国務大臣の趣旨説明参照 (第164国会参議院法務委員会第14号 (平成18年4月27日))。

93 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, 303-304.

94 昭和56年6月2日第94回国会 (参議院) 法務委員会において、大鷹弘政府委員は、「ただいま先生お挙げになりました迫害国へ送還しないという原則は、一般にノンルフルマンの原則と言われております。この原則は、難民の認定を受けた者に限りませず、退去強制を受けるすべての外国人に適用されるわけでございます。したがって、この該当規定第五十三条は、難民認定手続等を定めた第七章ではなくて、退去強制手続の一部としてその中に規定されているわけでございます。」と述べている。

95 James C. Hathaway, *op. cit.*, 347.

いる<sup>96</sup>。

これに関し，①判決は，日本国の利益又は公安を害するため法53条3項にかかわらず，難民に該当する者をその国籍国等へ送還することが許されることを裁決において明らかにする義務があるとする。

もっとも，法53条3項1号は難民条約33条1項のノン・ルフルマン原則を示すものであるが，上記のとおり，この原則は，難民の認定を受けた者に限らず，退去強制を受けるすべての外国人に適用されると解されている。

しかし，現行法においては，退去強制容疑者が迫害のおそれのある国への送還を希望しないとの理由による異議申出が法50条1項の在留特別許可を希望する申出と認められる場合は別として，そのような申出につき法務大臣がその是非を判断すべきとする根拠はないと解される。法50条1項が適用されない難民認定申請をした在留資格未取得外国人の退去強制手続においては，在留特別許可希望の申出の余地もなく，そこでは迫害国への送還忌避の希望を申し出る手続はない。

仮に，退去強制容疑者が，法53条3項各号の理由によりその本国への送還を希望しないことを主張するときは，現行法の下では，法53条2項により本人の意見を申し出るか又は法52条4項による自費出国の許可申請に併せて，送還先の希望を申し出ることが可能と解されるにすぎない。

この点に関しては，拷問等禁止条約につき以下に述べるように，被送還者が迫害を受けるおそれがあるため本国への送還を希望せず，又は本国以外の送還先を希望する場合，現行法上，本人の意見を申し出，これを聴取するための法的手続は明確に定められていない。

さらに，法53条3項が前提とする難民条約の上記趣旨にもかかわらず，ノン・ルフルマン原則の例外として，法務大臣が難民に該当する者をその国籍国へ送還する必要があると判断した場合，現行法にはその具体的な手続についての規定がない。

しかし，難民条約の上記経緯からみれば，法務大臣が難民である旨の認定をした者について法53条3項の定める例外的理由があると認める場合，法61条の2の9に準じ，本人への同判断の告知と，これに対する異議申立

---

96 Ibid., 675, 692n.182.

ての手續を保障する規定が必要と考えられる。

### 3 英米諸国における関連法制度

英国では、退去強制において難民又は人権に関する事項が提起された場合には、常に審判所又は以下に述べるSIAC (Special Immigration Appeals Commission) への不服上訴の申立が認められることとなっている (Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, s. 82, SIAC Act 1997, s. 2)。

公益上の理由に基づく国務大臣の移民法関係処分で、1997年特別移民不服審査委員会法 (SIAC Act 1997 = Special Immigration Appeals Commission Act 1997) 第2条が定める一定の処分については、第一次審判所ではなく特別移民不服審査委員会に対し不服上訴の申立をすることとされ、これに対し、特別の手續による審査が行われることとされている<sup>97</sup>。

SIACが設置される前には、3人の委員からなる諮問会議が国の安全に関する事案について、国務大臣の諮問に応じることとされていたが、ヨーロッパ人権裁判所はChahal v United Kingdom事件判決<sup>98</sup>において、同会議の法的問題を指摘し、英国における救済制度がヨーロッパ人権規約第13条の要求する救済とはならないと判示した。

同判決を受けて全面的に改められたのが、現行のSIACであり、そこにおけるヒアリングの手續等については、カナダの実例を導入したものとされる<sup>99</sup>。

このように英国をはじめ、ヨーロッパ人権規約加盟国やカナダにおいては、国の安全を理由とする外国人の退去強制手續については、通常の手續とは別の法的手続により審理されることとなっている。

米国においても、移民審判官 (Immigration Judge) 及び移民不服審査委員会への不服申立てが認められ、このための手續は法により詳細に規定されている<sup>100</sup>。

97 SIACについては、拙稿、「英国における審判所制度改革と移民法関係不服上訴手續の変容」(一) 駿河台法学第26巻第2号 (2013) 38頁以下、同 (二) 第27巻第1号 (2013) 30頁以下参照。

98 [1996] 23EHRR 413.

99 拙稿上記 (二) 30頁参照。

100 拙稿上記 (二) 58頁以下参照。



#### 4 拷問禁止委員会見解に対する日本政府コメント

上に述べたように、法53条3項は、難民条約につき定める1号のほか、2号は拷問等禁止条約3条1項違反の国への送還又は引渡しを禁じている。本条約につき、「拷問禁止委員会の最終見解に対する日本政府コメント」において、上記関連部分につき、我が国政府は、同委員会の最終見解及びこれに対する我が国政府コメントとして、次のとおり述べている。

上記関連部分に関する同委員会の最終見解(パラ14)は、以下のとおりである。

「締約国は、外国人移住者の収容及び退去強制に関するあらゆる措置及び運用が、条約第3条に完全に適合するよう確保すべきである。—中略—」

「締約国は、庇護申請及び退去強制手続において適正な手続を確保すべきであり、…」

これに関し、我が国政府コメントは、次のとおり述べている。

「4 退去強制手続においては、入国審査官による審査、特別審理官による口頭審理、法務大臣による裁決といういわゆる三審制が採用されていることから、その審理の過程で、十分な審理が行われ、適正手続は確保されている。」

市民的及び政治的権利に関する国際規約（B規約）について既に指摘したのと同じく、拷問等禁止条約に関しても、退去強制手続において三審制が採用され、適正手続は確保されているという場合、それは被退去強制者が退去強制事由に該当しないことを理由とする異議申出手続を意味するにすぎない。

しかし、法53条3項が規定する難民条約33条1項の定める領域の属する国への送還禁止、同条約33条2項に対応し、法務大臣が日本国の利益・公安を著しく害すると認める場合の送還、また、拷問等禁止条約3条1項若しくは強制失踪条約16条1項の国への送還禁止に関しても、上に述べたとおり、被退去強制者が送還先の指定に関し異議を申し出、またこれを聴取するための適正手続が現行法上明確に定められているとは言えない。

#### 5 他の裁判例

##### (1) ①判決と同旨の裁判例

ア 東京地裁平成20年1月16日判決（判時1998号30頁）

本判決は、ミャンマー国籍を有する夫と妻の難民不認定処分等の取消請求事件である。判決は、原告である夫と妻につき、いずれも難民に該当す

ると認め、難民不認定処分を取り消した。原告らに対する法61条の2の2第2項に基づく在特不許可処分についても、原告らが難民に該当する者であることを考慮しなかったとし、その裁量の範囲を逸脱する違法な処分として、これを取り消した。

本判決は、難民条約の適用を受ける難民に該当すると認められる者を我が国から国籍国に送還することは、法務大臣が日本国の利益又は公安を著しく害すると認める場合でない限り、法53条3項に違反する違法な行為となる、とした。そして、①判決同様、本判決は、送還時における難民該当性の判断は、難民認定手続とは別に、退去強制手続の中でも行われなければならないとし、その判断権限を法務大臣に与えているとした。

以上の理由から本判決は、法務大臣が法49条1項の裁決を行うに当たり、当該外国人が難民に該当するにもかかわらず、その判断を誤り、送還先について、法53条3項、難民条約33条1項に違反する誤った判断をした場合には、当該裁決は、違法な処分として取り消されることになるというべきであるとした。

そして、本判決は、違法な裁決に基づく退去強制処分は違法であり、また、本件退去強制処分は原告らの送還先をミャンマーとしていることから、これは法53条3項に照らして違法となるとして、同処分を取り消した。

上記のとおり、本判決は、送還時における難民該当性の判断は、難民認定手続とは別に、退去強制手続の中でも行われなければならないとしており、この点は①判決と同旨であり、裁決の違法事由についても①判決と同様に解している（③判決も同旨）。

ただし、本判決は、本件在特不許可処分を違法として取り消したものであり、法61条の2の6第1項の趣旨から、裁決もまた違法と解することができると思われる。

イ 東京地裁平成24年4月13日判決（判タ1405号90頁）

本判決は、難民に該当すると主張する原告（男）（ミャンマー国籍）が、難民の認定をしない処分取消し、異議の申出は理由がない旨の裁決取消し及びこれに基づく退去強制令書発付処分の取消しのほか、在特不許可処分の無効確認を求めたものである。

本判決は原告を難民であると認め、難民の認定をしない処分を取り消し、

その上で①判決と同様，法は，退去強制を受ける者が送還時に難民に該当するかどうかの判断権限を法務大臣に与えていると解すべきであるとする。そして，法務大臣は，法49条1項の異議の申出を受けたときは，退去強制事由に該当すると認められる場合であっても，その者が難民に該当すると判断したときは，その後の退去強制令書の発付及び執行において違法な送還先が指定されることがないようにする義務があると解するのが相当である，とした。

これにより，法務大臣が法49条3項の裁決を行うに当たり，当該外国人が難民に該当するにもかかわらず，その判断を誤り，送還先について，法53条3項，難民条約33条1項に違反する誤った判断をした場合には，当該裁決は，違法な処分として取り消されることになる，と述べている。

本判決は，当該裁決が違法であることから，これに基づいてされた退令発付処分も違法としたほか，本件退令発付処分は原告の送還先をミャンマーとしているため，これが法53条3項に照らして違法となるとし，取り消されるべきであるとした。

在特不許可処分の無効確認の訴えについて本判決は，難民と認められる原告は，法61条の2の2第1項により「定住者」の在留資格の取得を許可されることになることと解し，本件在特不許可処分の無効確認の訴えは確認の利益がなく却下すべきであるとした。

本判決は，これにより法務大臣が原告を難民と認定することになれば，原告は定住者の在留資格の取得が許可されるべきことになるとし，本件在特不許可処分は自庁取消しされることになるにすぎないとして，本件在留特別許可をしない処分が無効であることを確認することを求める訴えは確認の利益がなく却下すべきであるとしたものである。

以上のように，本判決は，原告を難民であると認めた上，法務大臣が法49条3項の裁決を行うに当たり，当該外国人が難民に該当するにもかかわらず，その判断を誤り，送還先について，法53条3項，難民条約33条1項に違反する誤った判断をした場合には，当該裁決は違法な処分として取り消されることになることと述べ，この点につき，①及び③判決と同様に解している。

(2) ②判決と同旨の裁判例

東京地裁平成22年6月8日判決(判タ1354号98頁)<sup>101</sup>

本判決は、法務大臣の難民不認定処分の取消し、退去強制令書発付処分の取消し、在留特別許可をしない処分の無効確認及び法49条1項に基づく原告の異議の申出が理由がない旨の裁決を取り消すとの請求にかかる事案である。

判決は、原告(ミャンマー国籍)が難民であることを認め、難民不認定処分を取り消し、これに対する退去強制令書の発付処分を取り消し、さらに在留特別許可をしない処分は当然無効とした。

裁決の取消請求に対しては、②判決と同じく、原告が難民であることは、原告が退去強制対象者に該当するか否かという点に係る特別審理官の判定に対する異議の申出に理由がない旨の本件裁決の違法事由であるということとはできず、他に本件裁決に瑕疵があることをうかがわせる証拠もないことなどを勘案すれば、本件裁決は適法になされたものと認められるとし、本件裁決の取消しを求める原告の請求は理由がないとして、これを棄却した。

退去強制令書発付処分については、当該外国人が難民であるにもかかわらず、その者を、これを迫害するおそれのある国に向けて送還することとなる退去強制令書発付処分は違法であるとしたものであり、この点についても本判決は、②判決と同様に判断している。

(3) その他

東京地裁平成26年4月15日判決(判時2230号11頁)

本判決は、原告を難民と認めなかった不認定処分を違法であるとして取り消し、難民に当たらないことを前提としてされた在特不許可処分は、当然に無効であるとした。これにつき判決は、次のとおり述べる。

「本件在特不許可処分の結果、原告を、これを迫害するおそれのあるアングラに送還することとなるが、難民条約33条1項を前提に入管法53条3項が規定されていること、入管法上の難民の意義、性質に照らせば、難民

101 東京地裁平成22年1月29日判決(判タNo.1359 2012.1.15, 93頁)も同旨。ただし、原告父母の子(本邦で出生し、裁決時7歳)は法24条7号所定の退去強制事由に該当するが、これについては法50条1項が適用され、本件裁決は、父母が難民に該当し、ミャンマーに送還することができないという重要な要素を考慮せずに行われたとして、裁量権の範囲を逸脱してした違法な処分とした。

である外国人を，これを迫害するおそれのある国へ向けて送還しなければならないことは，入管法上明らかであるとする。そうすると，本件在特不許可処分は，難民である原告について入管法61条の2の2第2項による在留特別許可をせず，その結果，原告を，これを迫害するおそれのある国に向けて送還しようとする点において，入管法の根幹に関わる重大な瑕疵を有するものというべきである。」

判決は，本件在特不許可処分については，その出訴期間の経過による不可争的効果の発生を理由として，難民である原告につき入管法61条の2の2第2項による在留特別許可をせず，その結果，原告に迫害を受けるおそれのある国に送還されるという不利益を甘受させることが，著しく不当とみとめられるような例外的事情があるとして，本件在特不許可処分は当然無効と解するのが相当とした。

これにより，当該外国人が難民であるにもかかわらず，その者を，これを迫害するおそれのある国へ向けて送還する退去強制令書発付処分は違法であるとし，これを在特不許可処分と同じ理由により，当然無効としたものである。

本判決では裁決の取消請求はなく，②判決と異なり本判決は裁決の適法・違法についての判断を示していない。ただ，本判決が在特不許可処分を無効とした以上，既に述べた法61条の2の6第1項の趣旨から，裁決もまた違法と解すべきものと思われる。

#### (4) 平成16年法改正前の事案に関する裁判例

東京地裁平成18年6月13日判決（判時1957号26頁）<sup>102</sup>

本判決は，平成16年6月2日法第73号による法改正施行日（平成16年12月2日）以前の平成14年5月13日に難民不認定処分が行われ，退去強制手続における異議の申出が理由がない旨の裁決も，同日以前の平成16年3月1日付け（告知は同年5月7日）でなされた事案である。

本判決は，原告（男）（アフガニスタン国籍）の難民不認定処分，異議の

102 東京地裁平成17年7月15日判決（判時1951号44頁）も同旨。同控訴審である東京高裁平成18年3月7日判決（判例集不登載）は，原審判決を維持した。

東京地裁平成19年4月13日判決（裁判所ウェブサイト）（上記法改正以前の事例）も同旨。

申出は理由がない旨の裁決並びに退去強制令書発付処分の取消し等を認めたものである。判決は原告を難民に該当すると認め、難民不認定処分を取り消し、裁決の取消請求については、「本件裁決は、原告が本件不認定処分時には難民に該当しており、難民の認定を受けるべきであったという当然に考慮すべき重要な要素を考慮せずに行われたもの」とし、「その前提の認識を誤っているという点で、当然に考慮すべき重要な要素を考慮せずに行われたものと言わざるをえない」と述べ、本件裁決は、その裁量の範囲を逸脱する違法な裁決というべきであって、取り消されるべきであるとした。

退去強制令書は、前提となる裁決が取り消されるべきことから、その根拠を欠くことになり、本件退令発付処分は違法となり取消しを免れないとした。

したがって、法務大臣は原告に対する法50条1項又は平成16年改正前の法61条の2の8による特別在留の許否に当たり、原告が難民に該当することを考慮しなかったことが違法であれば、その違法は裁決の違法事由として、同裁決は、取り消されるべきことになると判示しており、本判決は従来からの裁判例に沿った判断を示したものと言える。

本判決は、「本件裁決は、その裁量の範囲を逸脱する違法な裁決」としているが、その趣旨は、在特を許可しなかった法務大臣判断が裁量の範囲を逸脱し違法であり、異議申出が理由がないとの裁決は、この判断を踏まえたものであると解されるから、裁決も違法性を帯びることになると解すべきものである。

ただし、法改正後においては、難民認定申請をした在留資格未取得外国人の退去強制手続については、法50条1項の規定は適用されず、これに対する特別在留の許否は法61条の2の2第2項によることとなった。これにより、特別在留を許可しない処分は裁決とは別個に判断されることとなったが、この場合においても、異議の申出が理由がないとの裁決は在留特別許可を付与しないとの判断を前提とすべきと解されることは、既述のとおりである。

## 6 小括

既に述べたとおり、難民認定手続における在特の不許可と退去強制手続における異議の申出が理由がないとの裁決は、いずれもこれにより難民認定申請をした外国人を我が国から排除するとの法務大臣の最終的意思決定であるから、

別の手続のこの二つの判断を調整するメカニズムが不可欠である。その場合、主任審査官は、法49条6項により法務大臣が異議の申出が理由がないと裁決した旨の通知を受けたときは、退去強制令書を発付すべきことになるから、同申出が理由がないとの裁決は在特不許可処分を踏まえたものと解すべきであり、法61条の2の6第1項は、この仕組みを定める趣旨を含むものと解すべきことは既に述べたとおりである。

そして、在特不許可処分に誤りがあり、判決によりこれが取り消される場合には、異議の申出が理由がないとの裁決は法61条の2の6第1項に反し違法となるものと解される。

さらに、上述のとおり、法53条3項、難民条約33条1項に違反する送還先の誤りは、裁決ではなく退去令発付処分の違法事由と解すべきである。

## 結 語

1 昭和26年10月4日、平和条約発効の直前にいわゆるポツダム政令として公布され、同年11月1日から施行された現行法の前身である出入国管理令は、政府側の説明によれば、総司令部がアメリカから招へいた米国人顧問からの勧告に基づき、先進諸国の例に倣って合理性のある規定を設け、退去強制の手続は人権保障を旨とし民主的な運営を期しているものとされた<sup>103</sup>。

しかし、国会の審議を経ることなく制定・施行されたこの出入国管理令における退去強制手続の仕組みは、それから既に60余年が経過した今日、難民認定申請をした外国人に対する手続以外は、基本的にそのまま現行法に引き継がれていると言ってよい。既述のとおり、その間に英米諸国等における外国人の人権をめぐる法的状況は一変しており、そこでは外国人が入国・在留の権利を有しないことと入国後における外国人に対し、公正の原則又はデュー・プロセス条項を適用すべきこととは区別されている。

現行の退去強制手続はもとより、難民認定申請をした在留資格未取得外国人に対する在留特別許可の手続等についても、上述の問題点を踏まえつつ、今日の時代状況に照らし、現行法が真に人権に関する国際規約等のほか主要

103 昭和27年4月3日参議院外務・法務委員会における鈴木一出入国管理庁長官説明（第13回国会参議院外務・法務連合委員会会議録第1号・昭和27年4月3日）。

国の法制度及び裁判例等「先進国の例に倣って合理性のある規定を設け」ていると言えるか、また、「人権保障を旨とし民主的運営を期している」仕組みと評しうるかの視点から、改めてこれを見直すことが望まれる。

(完)