

英国における審判所制度改革と 移民法関係不服上訴手続の変容（三・完）

伊 藤 行 紀

目 次

はじめに

第1 従来の審判所制度の問題点とレゲット報告書の提言

1 従来の審判所制度の問題点

2 レゲット報告書の提言

3 審判所制度改革の基本方針と新たなアプローチ

(1) 基本方針

(2) 新たなアプローチ

第2 新たな審判所制度の仕組み

1 非法書資格専門家の役割

2 新たな審判所の構成，事案の管理及び不服上訴の制限

(1) 事案の管理

(2) 不服上訴の制限

3 審判所と裁判所との関係

4 新たな審判所の組織

第3 不服上訴の手続と審判所における審理

1 第一次審判所移民・庇護部への不服上訴

2 第一次審判所裁決に対する審査

3 上級審判所への不服上訴申立ての許可申請

4 審判所における審理方法

5 本人による不服上訴又は代理人の選任

6 上級審判所への不服上訴の許可申請

7 上級審判所における審理

(1) 第一次審判所裁決の審理

(2) 口頭審理

(3) 合意に基づく命令

(4) 証拠の提出，証人尋問等

(5) 上級審判所の裁決

第4 控訴院への不服上訴

第5 上級審判所における司法審査

第6 上級審判所裁決に対する裁判所の司法審査

第7 特別移民不服審査委員会（SIAC=Special Immigration Appeals Commission）

1 不服上訴申立ての手続

2 不服上訴申立ての対象となる処分とその手続

3 SIACの審理と情報の公開

4 不開示資料

- 5 SIACにおけるヒアリング
- 6 SIACの裁決に対する不服上訴申立て (以上第26巻第2号)
- 第8 SIACにおける法的手続の適法性
 - ・Secretary of State for the Home Department v Rehman [2001 UKHL 47].
 - ・RB (Algeria) v Secretary of State for the Home Department [2009] UKHL 10
- 第9 裁判で認められない証拠の採用
- 第10 国の安全を理由とする退去強制とヨーロッパ人権規約
 - 1 SIACの裁決
 - 2 控訴院判決
 - 3 貴族院判決
 - 4 ヨーロッパ人権裁判所判決
 - 5 小括
- 第11 審判所改革の意義と問題点
- 第12 英国における退去強制手続法の変遷と裁判例の推移
- 第13 英国における退去命令又は退去強制の手続における収容
- 第14 米国の退去強制における手続的保障
- 第15 米国における退去強制と収容 (以上第27巻第1号)
- 第16 我が国における退去強制手続の現状と問題点 (完)
 - 1 はじめに
 - 2 異議の申出と在留特別許可との関係
 - (1) 裁判例
 - ア 分離的見解
 - イ 一体的見解
 - 3 在留特別許可の申請権
 - (1) 裁判例
 - ア 否定的見解
 - イ 肯定的見解
 - (2) 学説等
 - 4 申請権に関するその他の裁判例
 - 5 申請権に関する学説
 - 6 法49条1項の異議の申出と在留特別許可との関係についての考察
 - (1) 法50条1項の審査義務
 - (2) 在留特別許可の結果通知義務
 - (3) 在留特別許可の申請権
 - 7 在留特別許可の申出と行政事件訴訟法3条6項1号、2号との関係
 - (1) 3条6項2号の申請型とする見解
 - (2) 3条6項1号の非申請型とする見解
 - 8 英米の退去強制手続との比較における若干の問題点
 - (1) 手続的権利の保障
 - (2) 外国人の収容
 - (3) 裁決理由 (以上本号)

第16 わが国における退去強制手続の現状と問題点（完）

1 はじめに

わが国の出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」又は「法」という。）第5章は退去強制の手続について規定している。そこでは、法24条各号に該当すると思料される外国人があるときにおける入国警備官の違反調査（第一節）、収容（第二節）、審査、口頭審理及び異議の申出（第三節）、退去強制令書の執行（第四節）、仮放免（第五節）について規定されている。

本稿は、このうち第三節の審査、口頭審理及び異議の申出という一連の手続に焦点を当て、検討することを目的とするものである。

わが国が占領下にあった昭和26年10月4日に制定され、同年11月1日施行の旧出入国管理令に規定された退去強制の手続は、以後60年以上を経た今日においてもなお、手続それ自体の基本的骨格は一度も変えられることなく、そのまま維持され現行入管法に引き継がれている¹。

退去強制の手続とは、わが国に在留する外国人が入管法24条各号に定める退去強制事由に該当する疑いが生じたときに、入国警備官がこれに対する違反調査をすることから始まる。この手続についての表向きの説明では、退去強制事由に該当するかどうかについて慎重な審査を行うため、入国審査官の審査、特別審理官の口頭審理、さらには法務大臣への異議申出の三段階を経た上で、法務大臣が異議の申出が理由があるかないかを判断することとなっている、と言われる。

しかし、入管法の定める退去強制事由は、例えば不法入国者、不法上陸者、不法残留者、刑罰法令違反者など一見して明白な事実に基づく場合が列挙されていることもあり、刑事事件の場合とは異なり、退去強制容疑者自身が退去強制事由に該当すること自体を自認し、これについては実際には争いはないのが実情である。したがって、容疑者が異議を申し出る目的は、自身が退去強制事由に該当するか否かを争うためではなく、該当することを自認した上で在留を特別に許可してもらいたいと希望するからに他ならず、これこそが退去強制に異議を申し出るほぼ唯一の理由となっていると言ってよい。

1 平成16年の入管法改正により定められた出国命令制度は、法第5章の退去強制の手続によらず「出国命令」により出国させる制度である。

こうした事実を踏まえ、実務では、入国警備官の違反調査から入国審査官の審査の段階、さらには特別審理官の判定に至るまでの各段階において、退去強制容疑者が在留特別許可を希望する情状的理由を調査し、資料を収集すべきことが求められている。また、退去強制事由該当性には異議を申し出る理由がなく、ただ在留特別許可を求める場合であっても、入国審査官の認定及び特別審理官の判定に対する異議の申出としてこれを受理し、この手続により収集した容疑者の情状に関する供述及び資料などを考慮の上、法務大臣裁決をすべきこととされている。

しかるに、旧入管令（以下、「令」という。）当時からの裁判例では、外国人退去強制容疑者には法務大臣のなす特別許可を求める権利はなく、法務大臣の在留特別許可は、「元来退去強制処分を受けるべき者に対し、法務大臣の判断によってその者の在留を特別に許可する、いわば請求権なき者に利益を付与する処置である」とされていた²

この判決に示された入管令解釈は、それ以後の裁判例において一貫して維持され、これにより、退去強制容疑者は在留特別許可を求める権利はなく、したがって、そのような許可を求めるための法的手続はそもそも存在しないと解されてきたのである。

このような従来からの裁判例を覆したのが東京地裁平成20年2月29日判決³（以下、「東京地裁平成20年判決」という。）であった。この判決は、旧入管令当時から変わることのない退去強制手続の枠内でも、外国人の権利の手続的保障が可能であることを意図した点では注目すべきものであると言える。もっとも、本件判決の控訴審である東京高裁平成21年3月5日判決⁴は、法24条に該当する外国人には、在留特別許可を求める権利はないとし、在留特別許可の義務付けを求める訴えは、非申請型の義務付けの訴えであると判示した。これにより、同判決は、原判決が在留特別許可の義務付けを求める訴えを申請型の義務付けの訴えと解した部分などを取り消した。

本稿では、上記の論点に関し、従来の裁判例を検証し、その上で、上記東京地裁平成20年判決が示した新たな解釈について検討を加えることとする。さら

2 東京高裁昭和33年10月28日判決（東京高裁時報9巻10号189頁）など。

3 判時2013号61頁。

4 訟務月報56巻11号2551頁。

に、英米の退去強制手続との比較におけるわが国入管法の若干の問題点を提示したい。

2 異議の申出と在留特別許可との関係

法49条3項に規定する法務大臣の裁決は、容疑者から同条1項に基づく異議の申出があった場合に、法務大臣がこれに理由があるか否かを判断するものである。法務大臣は異議の申出が理由がないと認める場合でも、容疑者に在留特別許可を付与することができる（法50条1項）。この許可は、異議の申出が理由がある旨の裁決とみなされる（同条3項）。反対に、在留特別許可を付与しないと決定したときには、単に異議の申出に理由がないと裁決されることになる（法49条6項）。

この異議の申出の手続と在留特別許可付与の手続との関係については、従来から両者を全く別個の分離した手続と理解する見解（以下、「分離の見解」という。）と、反対にこれを一体的に理解する見解（以下、「一体的見解」という。）とに分かれている。

以下においては、まず初めに分離論と一体論のそれぞれの見解について、その内容、相違点を中心に見ていくことにする。

(1) 裁判例

ア 分離の見解

国は以前から法50条所定の在留特別許可は、法49条所定の異議申立てに対する裁決とは全く別個の手続による別異の処分であるとの前提から、以下のよう
に主張してきた⁵。

- ① 異議の申出に対する裁決は、退去強制事由該当性についての判断に限定される羈束行為であるのに対し、特在許可の許否は、法務大臣の自由裁量行為である。
- ② 異議の申出に対する裁決については、特別審理官の判定に対する異議の申

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）における国（被告）の主張。東京地裁昭和57年5月17日判決（行裁例集8巻4号754頁）、大阪地裁昭和57年7月29日（判例集不搭載）、東京地裁昭和57年11月11日判決（判タ490号112頁）、名古屋地裁昭和58年2月25日判決（判例集不搭載）、大阪地裁昭和58年3月16日判決（判例集不搭載）などにおける被告の主張も同旨である。

出が規定されているが、(令49条1項)、特在許可については、単に法務大臣の権限が定められているのみであり、特在許可申請権を定めた規定は存せず、手続が全く別異である。

- ③ 異議申出人の身柄の放免について、特在許可は異議の申出は理由がある旨の裁決とみなすとの規定が特に設けられていること(令50条3項)からすると、令49条3項に基づく異議の申出に対する裁決と、令50条1項に基づく特在許可の裁量は別個独立の処分である⁶。
- ④ 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旨の法務大臣の判断は、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。

したがって、在留特別許可をしない旨の判断は、取消訴訟の対象となる処分当たらない。

国が以上のように主張する「分離的見解」が意図するところは、次の2点にある。第1は、異議の申出に対する裁決と在留特別許可とは全く別個の分離した手続であり、法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り、法務大臣は全く一方的な立場で、恩恵的にその者の在留を許すことができるだけであり、これを求めるための申請手続などの規定は存在しない。それゆえ、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、在留特別許可をしないとの判断は、処分に該当しないだけでなく、そもそも処分の外形すら存在しない、というものである⁷。

第2は、異議の申出に対する裁決と特在許可の裁量とを別個独立した、分離した手続であるとし、これにより在留特別許可の許否の裁量を誤った瑕疵があり違法がある場合であっても、それは法務大臣の裁決の違法事由とはならないと主張する点にある⁸。

6 大阪地裁昭和59年5月30日判決(判タ534号161頁)。

7 東京地裁平成19年5月25日判決(裁判所ウェブサイト)における国の主張。

8 大阪地裁昭和59年5月30日判決(判タ534号161頁)における被告法務大臣主張、東京地裁昭和52年7月4日判決(訟務月報23巻7号1283頁)における被告法務大臣主張も同旨。

この国の主張は、要するに、法務大臣の特別在留許可の許否判断を退去強制容疑者の申請にかかる異議申出の手続から切り離すことにより、在留特別許可の許否は、容疑者のこれに対する申請権もなく、法務大臣の一方的かつ恩恵的な自由裁量行為であって、その裁量の範囲は極めて広いものであることを強調する点にある。

この点に関し、昭和40年代の裁判例では、「在留特別許可の許否に関する部分においては、不服審査の域を脱し、裁量による独立の処分に属」すると解する例が見られた。

その例として、東京地裁昭和45年7月2日判決⁹があり、同判決は、東京高裁昭和46年4月27日判決¹⁰により維持されている。また、名古屋地裁昭和45年7月28日判決¹¹も、原告が求めた退去強制令書発付処分取消請求に対し、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、令24条該当の容疑者が同条の各号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、特別在留許可の付与とは切り離し、いわば分離的な見解によっている。

近年の裁判例の中でも、東京地裁平成17年2月3日判決¹²(最高裁平成18年10月5日判決の第一審判決)は、法務大臣裁決と法49条の異議の申出との関係につき、「49条3項に基づき、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という判断も併せて行われたこととなる」としながら、「この在留特別許可は、『異議の申出が理由がないと認める場合』に行うことができると規定されている(同法50条1項)ものであって、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、両者を区別した分離的見解に近い判断をしている。

本件判決の控訴審判決である東京高裁平成17年9月14日判決¹³も、一審判決同様、「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

9 訟務月報16巻12号1424頁。

10 判例集不登載。

11 訟務月報16巻13号1453頁。

12 裁判所ウェブサイト、LEX/DB25410385。

13 裁判所ウェブサイト、LEX/DB25410454。

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」と述べている。

以上のとおり、上記最高裁判決の原々審、原審判決はいずれも、異議の申出に対する裁決が在留特別許可の判断を含むとの解釈を否定している。

このように、裁判例の中には、国の主張のような分離的な見解に近いと見られる例もあるのは事実であるが、裁判例の多くは、以下に述べるように、こうした分離的な見解ではなく、いわば一体的な見解によっているものが多い。

イ 一体的見解

異議の申出と在留特別許可との関係については、多くの裁判例は両者を区別しながら、同時にこれを一体的に理解するという解釈を示してきた。

東京地裁昭和46年3月29日判決¹⁴は、観念的には裁決はあくまで異議申出の当否の判断のみにかかわる処分であると考え、令第50条（現行法50条）による在留特別許可の許否の判断は、これとは「全く関係のない別個独立の処分であるとみることもできないことはないであろう」としながら、なお、次のように述べている。

「出入国管理令施行規則第35条（現行施行規則42条。以下、「規則」という。）によれば、異議の申出の手續として、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、右手續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と考えることができるし、また、実質的に見ても、元来、右の申出の手續は、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御手段であって、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續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。」（カッコ内は筆者。）

判決は、以上のとおり述べた上で、特別在留許可の許否の判断を、裁決と別個のものとするべきではなく、むしろ裁決の内容の一部として考えるのが相

14 行裁例集22巻3号315頁、訟務月報17巻6号976頁、判時624号3頁、判タ260号186頁。

当であるとし、在留特別許可をしなかった法務大臣の判断に瑕疵があるとすれば、異議申出に対する棄却の裁決自体が取消しを免れないとしたのである。

これ以降、この判決と同様の一体的な見解により、法務大臣が特在許可を付与しなかったことにつき何らかの違法が認められるときは、右許可を与えることなく異議申出を棄却した裁決も違法性を帯び取消しを免れないと解する例が多く見られるようになった¹⁵。東京地裁昭和52年7月4日判決¹⁶も、「在留特別許可を与えないことが、裁量権の範囲を逸脱または裁量権を濫用してなされたものと認められる場合には、右許可を与えないことが違法となり、この点を違法事由として裁決の取消しを求めることもできるものと解さなければならない」と述べている¹⁷。

大阪地裁昭和59年5月30日判決¹⁸は、上記の点に関し、次のとおり述べている。

「法務大臣は、裁決に当たり異議の申出が理由がないと認める場合でも、一定の事由に該当するときは、その者の在留を特別に許可することができることとされ（令50条1項）、退去強制が甚だしく不当であることを理由として異議を申し出る場合には、その資料を提出すべきものとされている（令施行規則35条）ことからすれば、異議申出の理由には、退去強制事由の不存在のみではなく、令50条の特在許可を求めることも、当然予定されているというべく、かような異議申出を理由がないとする裁決は、入国審査官の認定を相当としてこれを維持する（この点では裁量の余地はない）のと同時に、特在許可を付与しないと判断を示した処分にはかならないというべきである。したがって、特在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、更にこの場合には、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、また違法となるというべきである（結局、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

15 神戸地裁昭和52年3月17日判決（訟務月報23巻3号523頁）も同旨。

16 訟務月報23巻7号1272頁。

17 東京地裁昭和52年7月4日判決（訟務月報23巻7号1272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57年7月29日判決（判例集不登載）、東京地裁昭和57年11月11日判決（判タ490号112頁）も同旨。

18 判タ534号162頁。

継承されると解すべきである。』

大阪高裁昭和59年12月20日判決¹⁹は、この大阪地裁判決の上記理由説示を維持している。

在留特別許可と裁決との関係につき、最近の例として最高裁平成18年10月5日判決²⁰は、「法務大臣が50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ことが予定されていると解される。」とした。

その理由として、最高裁は次の諸点を挙げている。

①法務大臣は49条3項の裁決に当たり、異議の申出が理由がないと認める場合でも、特別に在留を許可すべき事情があると認めるときは、その者の在留を特別に許可することができる(50条1項)、②当該許可は、異議の申出が理由がある旨の裁決とみなされ、主任審査官は直ちに容疑者を放免しなければならない(同条3項、49条4項)、③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。

このように、「特別在留の許否についての判断を、裁決とは別個のものとして考えるべきではなく、裁決の内容の一部として考えるのが相当である」(東京地裁昭和46年3月29日判決²¹)との解釈は、上記最高裁平成18年判決以後における多くの裁判例においても維持されている。例えば、東京地裁平成19年5月25日判決²²は、法49条3項の法務大臣裁決は、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判断権限とを「一個の処分権限に取り込んだもの」であり、法務大臣が入管法49条1項に基づく異議の申出には理由がないとする裁決の性質は、「特別審理官の判定に対する異議に対し、特別審理官によって誤りがないと判定されたことによって維持された入国審査官の認定の当否を審査しこれを維持する判断と、容疑者に対する在留特別許可を付与しない判断とが不可分的に一体となった処分」と解している。本件判決の控訴審の東京高裁平成19年12月13日判決²³も、在留特別許可の当否の判断は、「異議の申出

19 判例集不登載。

20 最高裁裁判集民事221号403頁。

21 行裁例集22巻3号315頁。

22 裁判所ウェブサイト、LEX/DB25421164。

には理由がないとの裁決の理由の一部に関する判断である」として、「法務大臣の入管法49条3項の裁決とは別に在留特別許可を与えることが不当であるとの独立した決定があるということとはできない」と述べている。

以上の裁判例によれば、第1に、既に旧入管令当時から、令49条1項（現行法の49条1項）による異議の申出に対する被告法務大臣の裁決は、一面で特別審理官によって維持された入国審査官の認定の当否を審理するものではあるが、他面、異議の申出を棄却した裁決は特在許可を与えない処分としての性質をも有することが認められている。そのことから第2に、被告法務大臣の特在許可の許否の裁量に違法がある場合は、異議の申出を棄却した裁決は違法となると解すべきであるとされている²⁴。

3 在留特別許可の申請権

(1) 裁判例

ア 否定的見解

以上のように、多くの判決は在留特別許可の許否判断と裁決とは一体となった処分と解しているが、しかし、他方では、裁判例の多くは、在留特別許可を求める申出を法24条各号該当性に係る異議申出とは区別し、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はあるが、同項の裁決そのものではなく、それとは別個の処分であるとしている²⁵。

また、上記最高裁判決についても、「二つの判断が時間的に同時に、また、形式として一体的に行われることを表現したまでであって、在留特別許可が付

23 裁判所ウェブサイト、LEX/DB25421239。

24 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45年7月2日判決（訟務月報16巻12号1424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）、東京地裁昭和52年7月4日判決（訟務月報23巻7号1272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）、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57年7月29日判決（判例集不登載）、東京地裁昭和57年11月11日判決（判タ490号112頁）、名古屋地裁昭和58年2月25日判決（判例集不登載）、大阪地裁昭和58年3月16日判決（判例集不登載）、大阪地裁昭和59年7月19日判決（行裁例集35巻7号986頁、判時1135号40頁）大阪地裁昭和59年11月26日判決（判例集不登載）、大阪地裁昭和59年12月26日判決（判例集不登載）など。

与されるべきことを異議の申出の理由とすることができるとい趣旨ではないであろう」と解する見方もある²⁶。

東京地裁平成24年5月15日判決²⁷も、「入管法49条1項所定の異議の申出は、たとえ在留特別許可の付与を求める趣旨であることが明らかであるとしても、在留特別許可付与との関係では、行政事件訴訟法3条6項2号所定の『行政庁に対し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』には該当しないものと解される」としている²⁸。

その理由として、本邦にある外国人には在留特別許可を申請する権利が与えられているものではないことが挙げられている²⁹。

例えば、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³⁰は、「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『行政庁に対し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」としている。

上記東京地裁平成24年5月15日判決³¹は、「法務大臣等の付与する在留特別許

25 東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）（原審・東京地裁平成15年9月19日判決）、東京高裁平成19年10月17日判決（裁判所ウェブサイト、LEXDB/25421164）（原審・東京地裁平成18年（行ウ）第265号、第266号）、東京高裁平成20年5月21日判決（LEXDB/25440158）（原審・東京地裁平成19年（行ウ）第473号）も同旨。

26 興津征雄「退去強制手続における法務大臣の裁決と裁決書不作成の瑕疵」（自治研究83巻10号143頁）。

27 LEX/DB25494082。

28 東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）、東京地裁平成17年11月25日判決（裁判所ウェブサイト、LEX/DB28131604.）、東京地裁平成19年5月25日判決（裁判所ウェブサイト、LEX/DB25421150.）、東京地裁平成19年12月13日判決（裁判所ウェブサイト、LEX/DB25421239.）、東京高裁平成21年3月5日判決（訟務月報56巻11号2551頁。）も同旨。

29 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19年5月25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、LEX/DB28131604）、東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）など。

30 訟務月報56巻11号2551頁。

31 LEX/DB25494082。

可は、退去強制事由が認められ、本来的には退去強制の対象となるべき外国人について、特別に在留を許可すべき事情があると認めるときに、法務大臣等が恩惠的措置として本邦に在留することを特別に許可するという性質のものであって、入管法24条各号に該当する外国人は、自己を本邦に在留させることを法務大臣等に求める権利を有しないと解すべきである」と述べている。

裁判例の中には、退去強制容疑者は「形式的要件の不備を理由として不当に申出を排除されることなく何らかの実体判断を受けることが保障されるだけであり、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。」とする例もある³²。

これら多数の判決は、上記のように、退去強制容疑者が在留特別許可を求める訴えを行訴法3条6項2号ではなく、同1号のいわゆる非申請型の訴えであるとしている。

そこでは、在留特別許可は、いわば請求権なき者に利益を付与する処置であるという、以前からの裁判例に示されている見解が踏襲されている³³。

ちなみに、古い裁判例であるが東京地裁昭和33年5月29日判決³⁴は、旧入管令施行規則35条4号（現行規則42条4号に相当）の規定は、「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があるときは、異議の申出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、異議申出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」と述べている。

この解釈が、今日においても、国の主張するところでもあり、また多くの裁判例によっても維持されている。

イ 肯定的見解……東京地裁平成20年判決ほか

東京地裁平成20年判決は、異議の申出と在留特別許可との関係について、次のとおり述べている。

① 法務大臣が法50条1項の判断権限を発動し、その結果在留特別許可が付与されるか否かは、異議の申出をした容疑者にとって本邦への在留が認められる

32 東京地裁平成15年9月19日判決（判時1836号46頁）。

33 東京高裁昭和33年10月28日判決（行裁例集9巻5号1003頁）、東京高裁平成12年6月28日判決（訟務月報47巻10号3023頁）参照。

34 判例集不登載。

か否かの重大な利益に関わる事柄であり…、法務大臣がそのようにして与えられた権限を誠実に行使しなければならないことはいうまでもなく、上記のような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。法務大臣は、異議の申出を受理し、「異議の申出が理由がない」と認める場合には、当該容疑者が法50条1項各号に該当するか否かを審査する義務がある。

② その結果、その者に在留特別許可を付与すべきであると判断したときは、その旨の許可処分を、在留特別許可を付与すべきでないと判断したときは、異議の申出が理由がない旨の裁決をそれぞれ行うことによって、在留特別許可の許否についての判断の結果を当該容疑者に示す義務があると解するのが相当である³⁵。

③ 仮に、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な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ものと解すると、自己が退去強制容疑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のに対し、自己が退去強制容疑者であることを正直に認めた者にはかえって在留特別許可を受ける機会が全く与えられないという不合理な結果を招くこととなる。したがって、法は、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解するのが相当であり、法49条1項にいう「判定に異議があるとき」とは、上記のような場合も含むと解するのが相当である。

本件東京地裁判決は、以上の理由により、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有するものと規定し、かつ、当該容疑者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し、本件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号にいういわゆる申請型の義務付けの訴えであると解するのが相当であるとした。

35 上記最高裁平成18年10月5日判決における泉徳治裁判官（反対意見）は、「在留特別許可を与えるか否かの決定は、異議の申出に対する応答として行われ」と述べている。

既に見たとおり、夙に東京地裁昭和46年3月29日判決³⁶は、「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」と判示した。

この判決に示されるように、法49条1項の異議の申出に対する裁決と在留特別許可の許否判断とを一体的に把握しながらも、なお、在留特別許可を求めるための手続は法49条1項の異議の申出とは別個のものであるとし、前者はただ法49条1項の異議申出の中で「暗黙のうちに」なされるにすぎず、そのための法的手続は存在しないと解するのが従来において一貫した裁判例であった。

これに対し、本件東京地裁平成20年判決は、退去強制容疑者が法24条の退去強制事由に該当すること自体は争わない場合、在留特別許可を希望し退去強制それ自体には不服があるときでも、法は異議の申出を認めているだけでなく、「法49条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格を併せ有するものとして規定している」と明確に述べた点が従来の裁判例と異なっている。

本件東京地裁平成20年判決のほかにも、東京地裁平成24年5月15日判決³⁷は、一方では、49条1項所定の異議の申出は、たとえ在留特別許可の付与を求める趣旨が明らかであっても、在留特別許可付与との関係では、行政事件訴訟法3条6項2号所定の「行政庁に対し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」には該当しないと解する。しかし、他方では、同判決は次のとおり述べている。

「在留特別許可は、入管法61条の2の2第2項に基づくものを除いて考えれば、退去強制事由に該当する外国人が入管法49条1項所定の異議の申出をした場合にのみ付与され得るものであり、同項所定の異議の申出がないにもかかわらず、法務大臣等により在留特別許可が付与されることはない。また、同項所定の異議の申出がされ、当該異議の申出には理由がない、すなわち、当該外国人が退去強制事由に該当するものと認める場合には、法務大臣等は、当該外国人が入管法50条1項各号の事由に該当するか否かを審査し、同項各号の事由に該当せず、在留特別許可を付与しない旨の判断をする場合には、入管法49条1項の申出には理由がない旨の裁決をすることになるから、同項の異議の申出に

36 行裁例集22巻3号315頁。

37 LEX/DB25494082.

は理由がない旨の裁決には、当該外国人が入管法24条各号の退去強制事由に該当し、かつ、在留特別許可を付与しない旨の法務大臣等の判断が含まれているものと解される。

以上のような在留特別許可の付与の許否の判断に関する制度の仕組み全体を考慮すると、本件義務付けの訴えは、行政事件訴訟法3条2号のいわゆる申請型の義務付けの訴えに準ずるものであるとみて、裁決の取消訴訟と併合して提起されている限り、行政事件訴訟法37条の2第1項の『その損害を避けるために他に適当な方法がないとき』といういわゆる補充性の要件を欠くという理由のみで不適法とされるものではないと解する余地がないわけではない。』

この他、東京地裁平成25年4月18日判決³⁸は、「法務大臣等は、異議の申出をしていない外国人に対しては、在留特別許可を付与する権限を有しないものと解すべき」としており、これらの判決では、在留特別許可の付与の判断が異議の申出に対する法的応答であることが明示されている。

確かに、異議の申出がなければ法務大臣の裁決がなされることはないのであり、この意味では、在留特別許可を付与するか否かの判断が異議の申出に対する応答であるとも言えようが、しかし、法50条1項は、法務大臣は異議の申出が「理由がない」と認める場合でも、在留を特別に許可することができると規定している。

つまり、ここでは、規則42条4号の在留特別許可を求める申出を含む異議の申出が「理由がある」と認めるから在留を特別に許可するのではなく、「理由がない」と認める場合でも、法務大臣は裁決の特例として、在留を特別に許可することができることを規定しているに過ぎない。

これについては、後に改めて述べることにしたい。

(2) 学説等

この論点に関しては、学説等ではまだ多くの見解は示されていないが、その中でも上記に述べた多くの裁判例と同様の見解によるものとしては、興津征雄「退去強制手続における法務大臣の裁決と裁決書不作成の瑕疵」自治研究83巻10号（平成19年10月10日）123頁）、真野弘昭「在留特別許可処分義務付け等請

38 LEX/DB25512258. 同旨の裁判例として、名古屋地裁平成19年9月28日決定（LEX/DB25421157）、神戸地裁昭和51年7月16日判決（訟務月報22巻7号1922頁）がある。

求控訴事件」訟務月報56巻11号2551頁，三好一生「入管法50条1項4号の在留特別許可の義務付けの訴えが行訴法3条6項1号にいう非申請型の義務付けの訴えとされた事例」行政判例研究会『平成21年行政関係判例解説』158頁（ぎょうせい）平成23年）などがある。

他方、これとは反対に、東京地裁平成20年判決を支持する見解としては、山脇康嗣『入管法判例分析』日本加除出版平成25年2月28日，352-353頁，中島直木「退去強制手続と抗告訴訟—東京地裁平成20年2月29日平成19（行ウ）227号を契機に一」（下）東北法学第36号〈2010〉144頁などが見られる。

4 申請権に関するその他の裁判例

以下では、在留特別許可関係以外の裁判例において、申請ないし申請制度がどのような意味を持つものと解されているかを見ることにしたい。

(1) 地方公務員法46条の措置要求

最高裁昭和36年3月28日判決³⁹は、地方公務員法46条は実体法上具体的な措置の請求権を認める趣旨でないことを認めながら、同条は職員の勤務条件につき人事委員会または公平委員会の適法な判定を要求すべきことを職員の権利乃至法的利益として保障する趣旨のもので解している。もっとも、本判決においては、そのような措置要求権は地方公務員法が職員に対し労働組合法の適用を排除し、団体協約を締結する権利を認めず、また争議行為を行うことを禁止し、労働委員会に対する救済申し立ての途をとざしたことに対応したものであるとされ、こうした労働基本権の制限に対する代替的措置としての意味を持つものであることが前提とされている。

(2) メーカー会場用京都御苑使用許可申請

京都地裁昭和48年12月12日判決⁴⁰は、日本労働組合総評議会京都地方協議会がメーカー会場用京都御苑使用許可申請に対する許否処分がなされないことによる不作為の違法確認を求めた事件である。

本件では、被告（環境庁長官）は、公共用物たる京都御苑の国民公園の使用許可は、個々の国民に対し使用の許可を求める権利を付与する趣旨ではなく、個々の国民が許可を得て使用をなすのは、京都御苑設置による反射的な事

39 民集15巻3号595頁。

40 訟務月報20巻5号124頁。

実上の利益にすぎないとし、原告は本件使用許可を求める申請権をもともと有しないと主張した。

これに対し判決は、国民公園及び墓苑内で集団行進などをなそうとする者は、環境庁長官に許可申請書を提出し、その許可を受けなければ右の行為をなすことができない旨規定されていることから、原告が右許可を求める申請権を有すること、またその申請を受けた環境庁長官は右申請の適否を判断し、許可又は不許可の処分をなすべき義務のあることは明らかであるとした。その上で判決は、次のとおり述べる。

「仮に許可により認められる利用の法的性質が反射的利益にすぎないとしても、右の許可又は不許可の判断を求める権利が存在するかどうかは別個の問題であって、本件において申請権が法令により認められていることは右に述べたとおりである。」

本件判決は、環境庁長官の許可により国民公園を利用しうるのは権利ではなく単に反射的利益にすぎないと被告の主張に対し、「にわかには賛同することはできない」と述べるのみであり、ただ、許可により認められる利用の法的性質とその許可・不許可の判断を求める権利の有無とは別個の問題としている。

(3) 手続的違法

ア 公務災害認定に対する審査申立て

手続法的違法により申請拒否処分の処分性を認めた例として、東京地裁昭和45年10月15日判決⁴¹は、国家公務員災害補償法24条が関係当事者に対して実施機関の行う公務上の災害の認定等について審査を申し立てることができる旨規定し、審査申立て権を与えていることから、もし審査申立てがなされたのに人事院が違法にもその申立てを不適法として却下したときなどの手続的違法が存するときは、関係当事者は適法手続により判定を受けるべきことを要求しうる権利が侵害されたというべきであるとする。

したがって、人事院の判定はこの限りにおいて行政事件訴訟法3条2項にいう処分に該当し、関係当事者はその手続上の権利侵害を理由に取消の利益ある限り取消訴訟を提起できると解すべきであるとした。

本判決は、人事院の判定は、国家公務員災害補償法を完全に実施する責を有

41 行裁例集21巻10号1218頁。

する人事院が、申立てに基づき具体的案件についてその見解を表明し必要な指令を発することにより災害補償を簡易迅速かつ統一的に実施するための行政上の措置であって、補償請求権の発生、行使に対しては実施機関の措置と同様法律上何らの消長を及ぼすものではなく、したがって、上記判定は実体的には行政事件訴訟法3条2項にいう行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為に該当しないが、手続的には行政庁の処分に該当するとしたものである。

イ 帰化申請不許可決定

帰化申請に対する不許可決定の取消しを求める訴えにつき、一審横浜地裁昭和47年1月27日判決⁴²は、要旨次のように判示した。

- ① 国家がいかなる外国人をして帰化を許可するか否かを定めることはその国の国内法が自由にこれを決しようところである。
- ② 特定の国家がその国民の定める法により外国人に対し一定の条件を具備したならばその国民となりうる旨特別に宣明しない限り、外国人は当然にはその国民となることを請求する権利を有するものではない。
- ③ 現行の国籍法は積極的に外国人に対し同法所定の条件を有するならば当然に帰化の許可をうることができ、法務大臣はその許可を与えねばならないことまでを規定したものではない。
- ④ 原告の帰化申請は、日本国籍を被告により付与されるについての事前の同意承諾としての性質のみを有するものであり、被告により本件不許可決定がなされたところで原告はそれにより従来有していた権利を喪失するわけでもなければ、法律関係に不利益な変更を受けるわけでもないから、本件不許可決定は単なる事実上の措置にすぎず、行政事件訴訟法第三条第二項にいう「処分」に該当しないというべきであり、抗告訴訟の対象とならない。

これに対し、控訴審の東京高裁昭和47年8月9日判決⁴³は、要旨次のように述べ、原判決を取り消し、事件を原審に差し戻した。

- ① 外国人から帰化の申請があった場合には、法務大臣はこれに対して所定の手続によってなんらかの応答をしなければならないものといわなければならないから、このように申請者が所定の手続に従って申請につき処分を求めることができる場合は、申請者は、処分が適正になされることにつき権利ない

42 訟務月報18巻5号761頁。

43 高裁民事判例集25巻3号234頁，行裁例集23巻8・9号658頁。

し法律上の利益を有するものというべきである。

- ② 申請に対し相当の期間内に応答のない場合は、行政事件訴訟法により「不作為の違法確認の訴え」を提起することができ、また、処分が手続または内容において違法であるときは、「処分の取消しの訴え」を提起することができる。
- ③ 外国人の帰化の申請に対し法務大臣が不許可の処分をした場合は、申請者は、これが処分をなすについての所定の手続の違背または裁量権濫用等の処分の内容についての違法を主張してその取消しを求めることができる。ただ、この場合、法務大臣の裁量権の範囲がきわめて広いから、違法の問題を生ずることが少ないにすぎない。

以上のとおり、原審判決は国籍法第4条ならびに帰化の意味から考えれば、外国人に対し各号の条件を有するならば当然に帰化の許可を得ることができ、法務大臣はその許可を与えねばならないことまでを規定したものでないと解した。

しかし、本件東京高裁判決は、外国人からの帰化の申請に対し法務大臣は所定の手続に従った応答義務を有するとし、このように申請者が所定の手続に従って申請につき処分を求めることができる場合は、申請者は処分が適法になされることにつき権利ないし法律上の利益を有すると解したのである。

東京地裁昭和63年4月27日判決⁴⁴も、帰化申請不許可処分の取消しを求める訴訟に関するものであり、判決は要旨次のように述べている。

- ① 国籍は、国家の主権者の範囲を確定し、国家の属人的統治権の範囲を限定する高度の政治的事項であって、付与の要件、付与申請の方式、付与された場合の法効果はもちろん、要件方式が一応具備されている場合にこれを付与するかどうかについても、当該国家が自由に決定することができるものと解すべきであるから、法定条件が満たされている場合においても、帰化を許可するかどうかについて、被告は広範な裁量権を有すると解すべきである。
- ② 国籍付与の許否について被告が広範な裁量権を有することから、直ちにその許否が「処分」に当たらないということとはできない。
- ③ 帰化許可決定の実体的性格についてみると、申請者に帰化が許可され国籍

44 訟務月報35巻3号495頁、判時1275号52頁。

が付与されれば、当該申請者は日本国の国民としての地位、資格が与えられ、国民としての権利、義務を有することになるから、帰化の許否は、申請者の個人的権利義務の存否、範囲を確定し、その法的地位について重大な変動をもたらすものといえることができる。

- ④ その手続的性格についてみると、国籍法1条及び同法施行規則1条は、明文で外国人が帰化の許可の申請をすることができる旨を規定しているが、これはわが国に帰化することを希望する外国人を、帰化の許否について申請権を認めるといって保護しようという趣旨と解することができるから、帰化の許可の申請者は、その申請に対する法務大臣の応答を求める手続的権利を有するものと解すべきところ、帰化申請に対する法務大臣の応答（決定）は、法律上、その手続においても、また、その内容においても、適法なものでなければならぬとされていることは明らかであるから、申請者は、法務大臣の適法な決定を求める権利を有するものといえるべく、結局、申請者は、帰化拒否の決定が適法になされることについて法律上の利益を有するものと解すべきである。
- ⑤ このような実体的、手続的性格を持つ帰化の許否は、行政事件訴訟法3条2項にいう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いえるべきであり、申請者は、被告が手続的に違法な決定あるいは裁量権を逸脱又は濫用した決定をすることがないように、その抑制のため司法審査を求めることができるものと解すべきである。

本件判決もまた上記東京高裁昭和47年8月9日判決と同様、帰化申請に対し法務大臣は応答すべき義務があることから、申請者は処分が適法になされることにつき権利ないし法律上の利益を有するとし、これにより法務大臣の不許可処分の違法を主張してその取消を求めることができるという論法によっている⁴⁵。

ウ 在監者の情願及び所長面接

東京地裁昭和39年12月23日判決⁴⁶は、刑務所在監中の原告が提起した、旧監獄法第7条に基づく情願をしたことに対する被告法務大臣の不作为の違法確認の訴えにつき、「情願は在監者が監獄の処置に対し自己の希望を申出て、主務大臣の監獄に対する監督権の発動をうながすものであって、請願の一種と解すべきであるから、主務大臣は、在監者に対する関係で、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」と述べている。

大阪地裁昭和47年9月7日判決⁴⁷は、在監者の所長面接申請権の有無についての判断を示したものである。同判決は、「所長面接は、いうならば情願以前の簡便な苦情処理手続とみられるのであり、在監者の所長面接申請は、在監者に面接申請権を付与したのではなく、単に在監者から所長に対する面接希望意思を表明するに過ぎないというべきであり、他面、所長がこれに応答し、かつ面接するか否かはその自由裁量に委ねられているものというべきである」とした。そして、「監獄法施行規則9条1項に「面接スベシ」というのも、面接することが妥当であると趣旨を表現したものであって、所長に法令上の義務を負担させる趣旨であると解すべきものではない」としたのである。

判決はこの結果、原告の本件所長面接は、法令に基づく申請権の行使であるとはいえないだけでなく、被告が右申請に応答し原告に面接すべきかどうかは被告の自由裁量に属するものであり、著しく裁量権を逸脱していると認むべき証拠がない以上、被告に右申請に応ずべき義務は存在しないとし、右申請にかかるものは行政事件訴訟法3条5項の要件を欠くと判断したのである。

エ 定年退職した教諭の再雇用、再任用の申請権

東京地裁平成21年1月19日判決⁴⁸は、定年等により退職した地方公務員の再雇用又は再任用は、被告（東京都教育委員会）は、採用選考申込者に職員としての採用を求める法的権利がないので、不合格とされ、採用されなかったこと自体からは、原告の権利又は法律上の地位には変更を生じないから、本件不合格に処分性は認められず、その取消や無効確認を求める訴えは不適法であると

45 小早川光郎「帰化不許可決定に対する取消訴訟の適否」（判例評論169号16, 121頁）は、「帰化申請者が何らかの『処分を求めることができる』地位にあるとしても、そのことと彼が『処分が適法になされることにつき権利ないし法律上の利益を有する』ことは概念上は別個のことがらである」と指摘する。その上で、解釈論としては、「法令が申請制度の設置によって私人のイニシアティブに途を開くことはそれ自体、彼の個人的利益が法律上の利益として承認されていることを推定せしめるものであろう」とし、その場合には、「申請人は処分が適法になされることについて権利ないし法律上の利益をもつと解される」と述べている（同）。

46 行裁例集15巻12号2453頁。

47 行裁例集23巻8・9号680頁。

48 労働判例979号5頁、判タ1296号193頁。

した。また、本件採用選考申込者には、一定の処分を求める法令上の申請権があるとは認められないので、採用の義務付けの訴えは不適法であるとし、上記いずれの訴えも却下した。東京地裁平成25年7月8日判決⁴⁹も同旨であり、東京地裁平成24年6月6日判決⁵⁰は、「教員は、昇給の決定を求める法令上の申請権を有しない」としている。

(4) 申請権と法令上の根拠の要否

大阪高裁昭和54年7月30日⁵¹は、地方公共団体の妊産婦対策費支給要綱に基づく申請につき、次のとおり述べている。

「行訴法3条5項にいわゆる『法令に基づく申請』とされるためには、その申請権が法律の明文によって規定されている場合だけでなく、法令の解釈上、該申請につき、申請をした者が行政庁から何らかの応答を受け得る利益を、法律上保障されている場合をも含むと解すべきであり、……」と述べている。

名古屋地裁昭和54年7月16日判決⁵²は、「申請に関する明文の規定が存在しなくても解釈上申請権を認めるべき場合のあり得ることは事実である」とし、ただこのような解釈が許されるのは、当該手続の構成の全体からみて申請行為を不可欠当然の前提として予定している場合に限られるべきである」と述べている。

5 申請権に関する学説

法24条に該当する退去強制容疑者が在留特別許可の申請権を有するか否かについて論じる場合、申請権の具体的内容が何を意味するかが問題となる。

学説では、申請権とは、「行政庁に対して一定の行為を求める私人の権利をいう」とされ、「一定の行為とは、応答的行為のことで、何らかの処分や裁決等をなすことをいう。この意味で、特定の行政行為（許可なら許可）を求める実体的権利たる行政処分発給請求権とは異なる」とされている⁵³。

49 労働判例ジャーナル19号22頁。

50 労働判例ジャーナル6号20頁。

51 行裁例集30巻7号1352頁。

52 判時951号46頁、判タ395号135頁。

53 川上宏二郎「行政過程における私人の権利」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫『現代行政法体系』第2巻、391頁）

そこでは、「一定の行為を行うこと自体が、全く行政庁の裁量にかかるものである場合は、申請権は成立しえないが、(陳情など)請願法にいう請願は、法律上、「これを受理し誠実に処理しなければならない」とされているのであるから、申請権の成立する余地がないとはいえない」とも述べられている⁵⁴。

また、「申請は、(職権行使が予定されている場合を別として)それがなければ行政の決定はなく、あるいは、実際の給付を受けられないという意味において実体法的効果を持つけれども、それ自体は実体法的権利の内容を形成する行為(=「同意」)ではなく、あくまで実体法的権利を行使する手続法的行為と解されるべきもの」とも説明されている⁵⁵。

今村成和『行政法入門』も、マククリーン事件最高裁判決が、「在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものではないことは明らかである」としつつ、法務大臣の更新拒否処分に対する取消訴訟の提起を適法と認め、法務大臣の裁量権の行使が適法であったことを認めて請求を棄却していることから、「この申請は、単に法務大臣の職権の発動を促すにすぎないものではなく、手続上適法な応答を求める権利として認められていることが明らかである」と述べている⁵⁶。

塩野宏『行政法Ⅱ』第四版(2005年)は、「申請拒否処分に裁量性があるときでも、法律が申請権を与えている以上、適切な裁量によって許否の判断を受ける法的利益があるということができよう」と述べる⁵⁷。

以上の各説に示されるように、申請権とは、「必ずしも特定の具体的内容をもった処分に対するものだけでなく、およそ適法な処分を求める抽象的な権利

54 同上。

55 薄井一成「申請手続過程と法」磯部力・小早川光郎・芝池義一『行政法の新構想Ⅱ』2008年、272頁。

56 今村成和、畠山武道補訂『行政法入門』第8版(2005年)154頁。芝池義一『行政法読本』(平成21年)99頁も、「許認可を申請した人は、結果的に許認可をもらえるだけの実体的要件を備えているかどうかは別として、手続上自己の申請をちゃんと審査してもらう権利、そしてその結果を示してもらう権利を持っているということができる。このような権利を「申請権」という」と述べている。

57 116-117頁。興津征雄前掲は、「手続法上も在留特別許可の付与を容疑者の側から求める手続が存在せず、それについて法務大臣に応答を求める申請権がない(法令に基づく申請(行訴法3条)に当たらない)ことを意味すると解される」と述べ、従来からの裁判例の解釈をそのまま述べている。

ないし利益としても承認されていることは明らかである」（小早川光郎「帰化不許可決定に対する取消訴訟の適否」（判例評論169号13, 120頁）と言える。

6 法49条1項の異議の申出と在留特別許可との関係についての考察

上記のとおり、東京地裁平成20年判決は、他の裁判例と異なり、現行入管法の解釈として退去強制事由該当容疑者たる外国人が在留特別許可の申請権を有することを明らかにした。また、この判断を支持する見解もある。

同判決の内容をまとめると、法50条1項の審査義務、在留特別許可の許否結果通知義務、在留特別許可に対する申請権の三点に要約できると思われる。そこで、以下ではこの三点を中心として若干の検討を加えることとしたい。

(1) 法50条1項の審査義務

第1に、本件東京地裁判決は、上記のとおり、「在留特別許可が付与されるか否かは、異議の申出をした容疑者にとって本邦への在留が認められるか否かの重大な利益に関わる事項である」とする。そして、これに対する判断権限を法務大臣が発動しないことが許されるとは解し得ないとする。その上で、同判決は、「法50条1項の在留特別許可は、法49条の異議の申出があったときに初めて付与されるものであり、同項の異議の申出とは無関係に法50条1項の在留特別許可が付与されることはない」と述べる。

同判決は「重大な利益」の内容については具体的には述べていないが、裁決の結果として、退去強制容疑者が退去を強制されることとなるのは当然として、当該容疑者が受けることとなる次のような法的に重大な不利益を含むものと理解すべきである。

例えば、特別永住者が「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」に基づく退去強制事由該当者となった場合、在留を特別に許可するときにおいては特別永住者はその地位を失い、一般外国人と同様の在留資格が付与されることとなっている（特例法9条3項、入管法施行規則44条2項1号）。

また、裁決の結果として、異議の申出が理由がないと裁決されたときは速やかに退去強制令書が発付され（法49条6項）、入国警備官は退去強制令書を執行するときは、退去強制を受ける者をすみやかに法53条の定める送還先に送還しなければならないこととされている（法52条）。その上、退去強制を受ける

者を直ちに本邦外に送還することができないときは、送還可能のときまで、その者を収容することができることとなっている（法52条5項）。

このように本判決は、在留特別許可の許否の判断は、容疑者たる外国人の重大かつ実質的な法的利益に関わるものである以上、法49条の異議の申出に対し、異議の申出が理由がないと認める場合には、法務大臣は当該容疑者が法50条1項各号に該当するか否かを審査する義務があるとしている。

第2に、同判決では触れられてはいないが、法49条1項の委任に基づき制定されている規則42条は、「法49条1項の規定による異議申出は、異議の申出書一通及び次の各号の一に該当する不服の理由を示す資料各一通を提出して行わなければならない」と規定し、同条4号は、「退去強制が著しく不当であることを理由として申し出るとき」を認めている。

この規則本条は法49条1項の委任に基づく規定であることを考えれば、規則同条4号の異議申出理由だけが49条の異議申出に含まれないと解することには疑問がある。

第3に、それに加え、実務上の取扱いにおいても、内部規程に基づき法務大臣の裁決が公正、妥当なものであるためには、「特別に在留を許可すべき事情がある」と認めるべきか否かの判断に当たり、法務大臣は容疑者の情状的な事実を十分に考慮・検討すべきことは不可欠であるとされている。

確かに、その判断は法務大臣に属するのではあるが、それが退去強制手続の一環として行われる以上、もっぱらそれに先立つ違反調査、審査、口頭審理の各段階で収集された資料に基づいて判断されるべきこととされている。実務において、退去強制手続の各段階で、容疑事実だけでなく、規則42条4号の「退去強制が著しく不当であること」を理由とするいわゆる情状的理由についても、これを聴取し、関連する資料や証拠を収集すべきこととされているのは、そのためにほかならない。

実際には、退去強制事由に該当するか否かは一見明白な事実の有無により判断できることとされており、これに該当すること自体については、容疑者には争いの余地が通常存在しないため、異議申出の手続は実際には容疑者が在留特別許可の申出を行い、これに対する許否の判断を行うための手続となっているのが実態である⁵⁸。

第4に、東京地裁平成20年判決ほかの判決が指摘しているとおり、退去強制

容疑者が在留特別許可を希望する場合は、異議申出の前提となる口頭審理を請求し、法務大臣に異議の申出をしなければ、在留特別許可という救済を受ける手続を放棄することになっている。

このように、現行法では、在留特別許可を求めるためにする異議申出と無関係に在留特別許可が付与される仕組みとはなっていない⁵⁹。

事実、現行法の仕組みをそのように解さなければ、東京地裁平成20年判決が指摘したような不合理な結果が生じることとなるのであり、規則42条4号の規定についても実務の上では上記のとおり在留特別許可を求める申出を異議の申出として受理し、これに対する応答として法務大臣裁決がなされている。

(2) 在留特別許可の結果通知義務

法務大臣が異議の申出が理由がないと裁決する時は、その結果を主任審査官に通知し、主任審査官は、法務大臣から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、すみやかに容疑者にその旨を知らせることとされている（49条3項、6項）。このように、同裁決の通知については、法務大臣が直接容疑者に対して行うものとはされていない。

また、在留を特別に許可しないとの決定は、異議の申出が理由がないと裁決した旨の通知として現行規則別記第61号の2様式により退去強制容疑者に知られることになるが、この場合、改正後の同様式においても、在留特別許可が

58 竹内昭太郎『出入国管理行政論』信山社（1995年）270頁。もっとも、例えば資格外活動を理由として法24条4号イにより退去強制手続が執られたような場合、異議の申出において同号イに規定する「専ら」の要件該当性につき争うことは理論上は有り得る。ただし、その判断が部内における審査、口頭審理、裁決の段階で覆る可能性があるかは別問題である。

59 いわゆる再審情願により、退去強制令書発付後の事情に基づいて在留特別許可を付与した例も存在することから、口頭審理の請求を放棄した場合であっても、在留特別許可が付与されるとの主張がなされた例がある。しかし、これは法務大臣がいったんは異議の申出に理由がない旨の裁決をしたが、その後、裁決後時日の経過により法務上の救済措置を相当とする例外的事情が発生した場合に、当該外国人の事実上の上申（再審情願）を受けて、改めて法50条の在留特別許可を与え、先の退去強制令書を取消す（講学上の撤回）こととしているものである。したがって、この扱いをもって、法務大臣が口頭審理の請求を放棄し、異議の申出をしていない外国人に対し、在留特別許可を付与する権限を有するということとはできない（東京地裁平成25年4月18日判決（LEX/DB25512258）参照）。

付与されなかった旨が容疑者に通知されるわけではない。

上記最高裁判決は、裁決書を作成すべきことを規定した規則43条は、「容疑者に対し、裁決書により理由を明らかにして取消訴訟等を提起する便宜を与えるなどの手続的利益を保障したのではない」とした。

そして、本件では、上告人が法24条4号口に該当することについては、認定・判定の段階で明らかにされ、上告人もこれを争っていなかったことから、「本件裁決における被上告人法務大臣の慎重、適正な判断が損なわれたということではできず、また、その結論に影響を及ぼすものではないことが明らかである」とする。

一方、「裁決書の作成を定める規則43条は、その文理上、法49条3項に規定する裁決に係る書面の作成を定めるにとどまり、法50条1項の規定により特別に在留を許可するかどうかの判断に係る書面の作成を求めるものではない」とした。

ただし、この点について、泉徳治裁判官（反対意見）は、「裁決書の作成を義務付ける規則43条の規定は、行政不服審査法41条の『裁決は、書面で行い、かつ、理由を附し、審査庁がこれに記名押印をしなければならぬ。』との規定に相当する意義を有している」と述べている。その上で同裁判官は、「その裁決書を作成しなかったことは、明文の規定に違反し、裁決を取り消すべき違法事由に当たるといふべきである」としている。

(3) 在留特別許可の申請権

法務大臣が異議の申出が理由がないと裁決した場合における当該裁決の取り消しを求める訴えそれ自体は、上記平成18年最高裁判決のほか、以前から多数の裁判例において認められている。このように、裁決の処分性はもとより、その取消しの訴えに対する退去強制容疑者の原告適格は当然のごとく認められている。そのことは、在留特別許可を求める当該容疑者が、法務大臣の裁決が適法になされることについて法律上の利益を有し、異議申出に理由がない旨の裁決は、申出人の手続上の権利ないし法的地位に変動を生じさせることが前提とされているものと解することができる。

しかし、従来多くの裁判例は、上に述べたとおり、最高裁（大）昭和53年10月4日判決⁶⁰を踏まえ、実体法上の根拠に基づき、被退去強制容疑者が在留特別許可を求める権利を有しないとの見解を示してきた。在留特別許可とは

「請求権なき者に利益を一方的に与える措置」であるとした東京高裁平成12年6月28日判決⁶⁰は、そのような見解を端的に示したものであると言える。

東京地裁平成20年判決が示した上記(1)及び(2)の判断は、いずれも法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とした判断がその前提となっているものと考えられる。他方、東京地裁平成15年9月19日判決⁶¹は、法49条1項の異議の申出は、「これにより、法務大臣が退去強制手続に関する監督権を発動することを促す途を拓いているものではあるが、同異議の申出に対しては、被告の応答義務がないか、又は、応答義務があっても、形式的要件の不備を理由として不当に申出を排斥されることなく何らかの実体判断を受けることが保障されるだけであり、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」と述べている。

この平成15年判決は、異議の申立てと申出の用語とを区別し、入管法においては後者が用いられていることからそのように述べている。この東京地裁平成15年判決の控訴審である東京高裁平成16年3月30日判決⁶²は、「法49条3項の法務大臣の裁決は、行訴法3条3項の裁決に当たり、取消訴訟の対象となる」としたが、他方では、「在留特別許可は法49条3項の裁決に当たってされるものではあるが、同項の裁決そのものではなく、それとは別個の処分であるから、在留特別許可について申請権が認められない」と述べている。従来裁判例も同様に解していることは、既に述べたとおりである。

法49条1項に基づく規則42条は、異議申出理由として4つの不服理由を挙げているが、既に述べたように、実務の上では、専ら同条4号の「退去強制が著しく不当であることを理由として申し出るとき」が異議申出の理由のすべてといっても過言ではない。

規則同条は、「法49条第1項の規定による異議の申出」と規定し、特別審理官の判定に対する異議の申出のみを対象としているように見えるが、実はその前段階である入国審査官の認定に対して、同規則42条4号の理由により異議が

60 民集32巻7号1223頁。

61 LEX/DB28062452。

62 判時1836号46頁。

63 訟務月報51巻2号511頁。

あるとして口頭審理を請求する場合においても、同理由による請求が前提とされるのは当然である。なぜなら、容疑者が法24条各号の退去強制事由に該当すること自体を争わず、これに該当するとの入国審査官の認定に服し、同規則42条4号の理由による異議を申し出なければ、速やかに退去強制令書が発付されることになり、この結果、口頭審理を請求し、さらに特別審理官の判定に対する異議申出を行い、在留特別許可を得る機会それ自体を失うことになるからである（法47条5項、48条参照）。

したがって、東京地裁平成20年判決が指摘しているとおり、法49条1項の「異議があるとき」とは、退去強制事由該当性に関する規則42条1～3号と同じく「退去強制が著しく不当であることを理由」とする同4号の不服理由による異議の申出をも含むものと解するのが相当である。

その上で、次に、東京地裁平成20年判決は、法49条1項の異議の申出を法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有すると解した。

これに関し、規則42条4号の異議申出に対しては、法50条による法務大臣の裁決の特例による在留特別許可の許否判断を経て法49条3項の法務大臣裁決がされると解されるが、既に述べたとおり、法50条1項は、法務大臣は、異議の申出に「理由がない」と認める場合でも、在留を特別に許可することができる」と規定している。

上記のような法務大臣の裁決の特例としての在留特別許可の性質からみれば、法49条1項によりこれを求める異議の申出が認められるとしても、法50条1項による在留特別許可は、これを求める異議の申出とは観念的には別個の処分であると解さざるを得ないものと思われる。なぜなら、法務大臣が在留を特別に許可する場合、これを求めるための異議の申出が「理由がある」としてこれを許可するのではなく、「理由がない」と認める場合でも、なお、法務大臣が特例として在留を特別に許可できるとの仕組みが採られていると解されるからである。

以上の理由から、東京地裁平成20年判決が示したように、在留特別許可を求める異議の申出を在留特別許可の申請と解することは、現行法の解釈としては些か無理ではないかと考えられる。従来の多数の裁判例は上記の解釈を前提としているものと解され、最高裁平成18年10月5日判決もこれら裁判例の解釈を否定するものではないと思われる。

もつとも、法49条4項は、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。

これにより、上記規則42条4号の理由による異議の申出は同条4項の対象から除外されるから、これはすべて法50条1項の「異議の申出が理由がないと認める場合」に該当するとした上で、法務大臣は、その者の在留を特別に許可することができる、と解さざるを得ないことになる。

しかし、法が一方では規則42条4号の理由による異議の申出を認めながら、他方ではこの申出をすべて例外なく「理由がないと認める場合」に該当すると解さざるを得ないことになるのは、法の論理としては不合理と言わざるを得ない。

法49条4項、5項のカッコ書きは法改正により後に追加されたものであるが、この結果として、上記の不合理が顕在化したとも言えよう。

7 在留特別許可の申出と行政事件訴訟法3条6項1号、2号との関係

(1) 3条6項2号の申請型とする見解

上記東京地裁平成20年2月29日判決は、在留特別許可の義務付けの訴えを行訴法3条6項2号のいわゆる申請型の訴えであるとしているが、最近の他の裁判例はこれを行訴法3条6項1号の非申請型の義務付けの訴えであると解していることは上述したとおりである。

上記東京地裁平成24年5月15日判決は、既に述べたとおり、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に準ずるものであるとみて、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適法とされるものではないと解する余地がないわけではないと述べている。

在留特別許可の義務付けの訴えを、上記のいわゆる非申請型の訴えとする場合には、原告たる退去強制容疑者は、訴えを提起するための「法律上の利益」が認められることが必要である（行訴法37条の2第3項）。在留特別許可の義務付けを求める訴えに関する裁判例では、いずれも退去強制容疑者の「原告適格」それ自体は否定されていないことから、その訴えにおいては、法務大臣が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき、「法律上の利益」を有すること（行訴法37条の2第3項）は認められている。

もっとも、行訴法3条6項1号と2号の区別は、法令に基づく申請がなされたかどうかによるとされており、上記のとおり、退去強制容疑者は在留特別許可を求める申請権を有すると解すれば、行訴法上はこれを申請型の義務付け訴訟と解することは可能であり、上記東京地裁平成20年判決等はこの解釈によるものである。

他の裁判例は、いずれも容疑者には在留特別許可を求める請求権がないとの前提で、これを行訴法3条6項1号に該当するとしている。

(2) 3条6項1号の非申請型とする見解

行政事件訴訟法3条6項1号の義務付けの訴えにつき、同法37条の2第1項は、「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるために他に適当な方法がないときに限り、提起することができる」と規定している。これにより、裁判例は、裁決又はそれを前提とする退令発付処分取消訴訟を提起し、これが認容されれば、その勝訴判決後に改めて行われる裁決により、本邦における在留資格を取得するという目的を達成することができるから、在留特別許可の義務付けの訴えは、行訴法37条の2第1項の上記要件を満たさない不適法な訴えであるとしている⁶⁴。

もっとも、裁決時における違法を理由とする場合は上記判決のとおりであるとしても、裁決後又は退去強制令書発付後における事情変更を理由とする訴えに関しては、東京地裁平成17年11月25日判決⁶⁵は、以下のように述べている。

「裁決がされた時点において、法務大臣等が在留特別許可をすべきであるという事情が存在していた場合には、同裁決又は退去強制令書発付処分についての取消訴訟等を提起してこれに勝訴すれば、本邦に在留するという目的を達することが可能といえるが、同裁決がされた時点では、在留特別許可をすべきであるという事情がまだ存在せず、その後の事情変更により当該事情が生じたという場合には、同裁決又は退去強制令書発付処分についての取消訴訟等を提起しても、勝訴することができないのであるから、このような場合には、上記

64 東京地裁平成19年5月25日判決 (LEX/DB25421150)、東京地裁平成20年8月22日判決 (LEX/DB25440478)、東京高裁平成21年3月5日判決 (訟務月報56巻11号2551頁)、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19年12月13日判決 (LEX/DB25421239)、東京高裁平成19年10月17日判決 (裁判所ウェブサイト) など。

取消訴訟等の提起によって目的を達することができないことは明らかである。」

同判決は、原告が裁決後に原告両名の婚姻が成立したことを考慮に入れて、在留特別許可の付与の当否について再度の審理を行い、在留特別許可を与えるべきであると主張しているのに対し、「同裁決又は退去強制令書発付処分についての取消訴訟を提起してこれに勝訴すれば、目的を達することが可能な類型の訴えには当たらない」と判断している。

以上により同判決は、本件については、「いわゆる救済の必要性の要件が存在すると認めることができる」としている。

名古屋地裁平成19年9月28日判決⁶⁵は、退去強制令書の発付後に、申立人が養育している実子が日本人男性から認知を受けたことから、法務大臣による在留特別許可が認められるべきであるとして、令書の撤回の義務付けと在留特別許可の義務付けを求める本案の訴えを提起した上、本案訴訟の第一審判決言い渡しまで、在留を仮に特別に許可することを求めた事案である。判決は、「口頭審理を放棄している外国人であっても、退去強制令書の発付後に生じた事情の変更等を理由に在留特別許可の義務付けの訴え（非申請型）を提起することは可能であると解するのが相当である」としている。もっとも、同判決は、退去強制令書の撤回の義務付けの理由については、令書発付を撤回しないことが裁量権の範囲を超え又はその濫用となるとは認められないとして、本件申立については、「本案について理由があるとみえるとき」との要件を満たさないと

65 裁判所ウェブサイト、LEX/DB28131604。義務付けの訴えにおける違法性判断の基準日は、口頭弁論終結時であると解されるのに対し（塩野宏『行政法Ⅱ』第四版（2005年）223頁）、取消訴訟における違法性の基準時については、学説は処分時説と判決時説とに分かれている。これに関し、多数説・判例によれば原則として処分時とされる（最判昭和27年1月2日民集6巻1号22頁、最判昭和28年10月30日行裁例集4巻10号2316頁、塩野同181頁）が、最高裁平成4年10月29日判決（民集46巻7号1174頁、判時1441号37頁）は、原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、「現在の科学技術水準に照らし」判断すべきとした。

上記東京地裁平成17年判決は前者の説によっているが、この説による場合には、同判決が述べている上記の問題が生じる可能性があり得るのであり、取消訴訟の提起が可能であるからとして、必ずしも当然に義務付けの訴えが補充性要件を欠くわけではない。

66 LEX/DB25421157.

して、これを却下している。

以上の判決が認めるような事後的理由による在留特別許可の義務付けの訴えが認められる場合には、法務大臣等は当初の在留特別許可を付与しないとの方針を自ら撤回し、判決に従って新たに在留特別許可をすべきことにならう。

他方では、同じく判決の撤回と在留特別許可を求める義務付けの訴えに対し、東京地裁平成20年8月22日判決⁶⁷は、「判決の撤回の義務付けの訴えが認められるためには、法務大臣等が同判決の撤回をしないことが、その裁量権の範囲の逸脱又は濫用となると認められることを要する」としている。その上で判決は、本件判決を撤回しなかった東京入国管理局長の判断が裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用するものであるということとはできないと判断した。この結果、本件判決を撤回しないことが適法であり、その効力が失われていないから、在留特別許可を求めることは、行政庁に法的権限のない処分を求めることにほかならず、そのような義務付けの訴えは不適法であるとした。

東京地裁平成19年12月13日判決⁶⁸は、原告が退去強制手続開始後に日本人妻との婚姻届を行い、妻及び妻の子と同居生活をしたことを理由として、在留特別許可を求める義務付けの訴えを提起した事件に関するものである。

判決は、本件訴えは在留特別許可をすべきであるとの主張は、法務大臣が判決の効力を失わせるべきことを主張するものであるとし、「有効に成立した行政行為の効力を後発的事情を理由として行政庁が失わせることは、講学上『行政行為の撤回』と呼ばれるから、原告の主張は、同大臣が本件判決を撤回した上で新たに在留特別許可をすべきであるということに帰することになる」とする。そうすると、法務大臣が上記撤回を行うことが法律上義務付けられることがないままに、在留特別許可の義務付けを求めることはできず、本件は広義の訴えの利益を欠くとしている。もっとも、判決は補論として、在留特別許可の義務付けが認められるべき事情として原告が主張する事実、そもそも後発的事情すなわち本件判決後に発生した新しい事情とみることはできないとし、現に法務大臣判決は婚姻の届出後にされており、これらの事実を理由に、法務大臣が本件判決を撤回し、原告の在留を特別に許可すべきであるとする余地はない、とした。

67 LEX/DB25440478.

68 裁判所ウェブサイト, LEX/DB25421239.

以上の裁判例では、後発的事情による法務大臣裁決の撤回の訴えは、結果としてはそれぞれの理由によりいずれも棄却又は却下されているが、そうした訴えの提起それ自体の適法性は認められている。上記の裁判例によれば、後発的事情と言えるためには、裁決以後に実際に生じたと認められる事情による場合でなければならないこと、また、裁決の撤回の義務付けを求める訴えを提起する場合には、法務大臣等が裁決を撤回しないことがその裁量権の範囲の逸脱又は濫用となると認められることを要するものとされている。

8 英米の退去強制手続との比較における若干の問題点

(1) 手続的権利の保障

ア 英米における現状

1971年英国移民法は、国務大臣が「公益に適合する」(conducive to the public good)と判断するときなど一定の事由に該当するとき、非英国市民は退去強制の対象 (liable to deportation) となる (Immigration Act 1971, s3 (5), Immigration Rules (HC395), para. 363.)

これに基づいて国務大臣が行う退去強制決定には、決定の理由を付記すべきことが義務付けられている (Immigration (Notices) Regulations 2003, s.5 (1) (a) (b), (2).)。

米国においても、移民審判官の裁決には理由を付すべきことが規定され (8 CFR1240.12), 移民不服審査委員会 (BIA) の裁決についても、裁決理由を付すべき義務については詳細に規定されている (The Board of Immigration Appeals, Practice Manual, July 30, 2004.)。

米国では1955年 *Marcello v. Bonds* 連邦最高裁判決⁶⁹が、退去強制手続において行政手続法の規定が排除されると判断したのは、1852年移民及び国籍法がこれと同様の手続を規定していることがその一つの理由とされている。つまり、1852年移民及び国籍法が被退去強制者の手続的権利につき、具体的、詳細な規定を設けていることが行政手続法の適用除外の前提とされている。

米国のかつての判例では、米国への新規入国を求める外国人は特権 (privilege) を求めるものであり、これに対する憲法上の権利を有するものではない

69 349 U.S. 302, 75 S. Ct. 757, U.S. 1955.

とされていた。つまり、外国人の入国を認め、またこれを認めない権限は国の主権に属するからであるとされた⁷⁰。

前号で述べたとおり、これに対し、Landon v. Plasencia連邦最高裁判決⁷¹は、「外国人がひとたび合衆国に入国し、米国との繋がりを深めて永住資格を得るに至ったときは、それに伴いその地位 (status) は変更する」と述べた。その上で、長期にわたり在留する永住外国人が退去強制に直面した場合には、「正当な手続に対する権利」(right to due process) を有することを明確にした。

このような経緯を踏まえ、Zadvydas v. Davis連邦最高裁判決⁷²は、「外国人がひとたび米国に入国した場合は、その在留が合法か不法か、一時的か永住かを問わず、適正手続条項は外国人を含む米国内のすべての人 (all persons) に適用される」と述べ、上記の判例からさらに一步を踏み出した判断を示した。

これにより、米国の退去強制手続においては、容疑者が在留を希望する場合を含む不服申立てが手続的権利として保障されている⁷³。

英国においても、かつては裁判所が、自国民に適用されるのと同様の手続的保護及びフェアプレー (公正) の原則を外国人に広げることに目立った躊躇を示したことの理由として、第一には、外国人はコモンロー上英国入国の権利を有しないこと、第二には、外国人の入国拒否並びにその退去強制は国王大権に由来することが挙げられていた⁷⁴。

しかし、英国においては既に1971年移民法において、それ以前において在住権を有するコモンウェルス市民にのみ限られていた移民法上の不服上訴権を、在住権を有しない外国人にも保障することとなった。その手続の詳細については国務大臣が規則において定めることとされた (Immigration Act 1971, s.22.)。

今日、英国においては、審判所その他公的審判機関への不服上訴の権利は、司法裁判所への訴えの権利と同じく、重要かつ基本的であるとされている⁷⁵。

こうした経緯を経て、先般、審判所制度の一大改革が実行され、移民法に関

70 United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537, 542 (1950), Nishimura Ekiu v. United States, 142 U.S. 651, 659-660, 12S. Ct. 336, 338 (1892).

71 459 U.S. 21 (1982).

72 533 U.S. 678 (2001).

73 8USC § 1229a (b) (4).

74 Christopher Vincenzi, "Aliens and the Judicial Review of Immigration Law" Public Law, Spring 1985, 95.

する不服上訴もこれに伴い整備されることとなったのである。

イ わが国における現状

わが国における上記の裁判例の多くは、上記マクリーン事件最高裁昭和53年10月4日判決が、「わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではない」と述べていることを受け、退去強制容疑者は在留特別許可を求める権利（請求権）を有しないと解しているものと思われる。

かつて最高裁は、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべきである」とした⁷⁶。上記最高裁昭和53年判決もまた、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と述べている。

ただし同判決は、「その保障は在留制度の枠内で与えられているにすぎない」とも述べている。

外国人の出入国等に関する処分は、行政手続法2章から4章まで規定は適用しないこととされているが（3条1項10号）、行政手続法1章1条の目的である「行政運営における公正の確保と透明性の向上」が適用除外とされるべきものではないはずである⁷⁷。また、外国人に入国の自由・在留の権利がないとしても、「その他の権利利益の保護もしくは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」⁷⁸というべきである。

75 R (on the application of Anufriyeva) v Secretary of State for the Home Department [2003] UKHL 36.

76 最高裁昭和25年12月28日（民集4巻12号683頁）。

77 第三次行革審「公正・透明な行政手続部会」塩野宏部会長代理は、1993年11月4日参議院内閣委員会における参考人発言として次のとおり述べている。「一般に適用除外となったものについては公正、透明性の向上というものが要らないということをもってのつもりは手続部会報告でも全くございませんし、今回ご提案の行政手続法案でもそのように理解すべきだというふうに私は考えております。」（平成5年11月4日参議院内閣委員会議事録）

78 室井力・芝池義一・浜川清編著『コンメンタール行政法I』（第2版）行政手続法・行政不服審査法（2008年）42頁。

既に述べたとおり、わが国における退去強制手続においては、退去強制容疑者が法24条各号の退去強制事由に該当すること自体は争わず、ただ、法務大臣の在留特別許可を求めて退去強制に異議を申し出るのが常例となっている。上に指摘したとおり、規則においてその理由による異議申出ができることを規定し、法49条1項の条文上は当然異議を申し出る場合にこれが含まれるように規定しながら、同じ法49条の4項ではこの理由による異議の申出をその対象から除外しており、この理由による異議の申出がどのように扱われるのかが法文上明確とは言い難く、従来の裁判例でも、この点に関する解釈が明確にされているとは言えない。

国の従来からの主張及び裁判例により、退去強制容疑者には在留特別許可を求める権利はなく、したがってそのための特別の法的手続は存在しないとの建前が維持されてきた。

この結果、退去強制容疑者は在留特別許可を希望し、違反調査、審査や口頭審理の各段階でそのための理由を述べ、関連する証拠資料等を提出するという手続を経ながら、これがどのような法的手続を経て、法務大臣によりどのように判断されることになるのかという点に関しては、著しく不透明となっているのが実情である。

東京地裁平成20年判決はこの点につき新たな法解釈を示したが、わが国が占領下にあった当時から続いている上記一連の法的手続については、今日の時代状況を踏まえた立法の見直しが望まれる。

(2) 外国人の収容

ア 入管法と全件収容主義

現行法の退去強制手続においては、刑事事件の被疑者又は被告人が無罪推定を受け、身体拘束は罪証隠滅又は逃亡のおそれのあることを要件とするのと異なり、収容令書はそのような危険の有無にかかわらず当然に発付されることとなっている(法39条)。つまり、退去強制手続では、容疑者の身柄を拘束するのが本則であって、例外的な理由がある場合に限り仮放免が許可されることとなっている(法54条)。このように、入管法では退去強制手続は容疑者である外国人をすべて収容して、これを進めるべきこととされている。

入管法がいわゆる全件収容(オール収容)主義を採用することについては、直接的な明文規定はないものの、従来からその解釈上当然にそのように解されてきた。

その理由として、次の各理由が挙げられる。

- ① 法45条は、「入国審査官は、容疑者の引渡しを受けたときは、……すみやかに審査しなければならない。」と規定する。容疑者の身柄不拘束のまま入国審査官に違反事件を引渡す刑訴法246条に相当する規定を欠いていることである。
- ② 第47条は、「容疑者が、第24条各号のいずれにも該当しないと認定したときは、直ちにその者を放免しなければならない。」と規定する。これは審査時において、すべての容疑者が収容されていることを前提したものであると解されている。
- ③ 第48条3項は「特別審理官は、口頭審理の請求があったときは、容疑者に対し、時及び場所を通知して、すみやかに口頭審理を行わなければならない。」と規定する。ここには、違反調査において入国警備官が、容疑者の出頭を求めることができるという法29条1項におけるような規定がなく、このことは、口頭審理の際には容疑者のすべてが収容されていることを前提するものである。
- ④ 第48条6項は、特別審理官は、口頭審理の結果、入国審査官の認定が事実と相違すると判定したときは、直ちにその者を放免しなければならない旨を規定しており、この規定も口頭審理の際には、身柄が収容されていることを前提としたものと解される。
- ⑤ 第63条は刑事訴訟その他の法令の規程による手続が行われる場合には、「その者を収容しないときでも」その者について退去強制手続を行うことができる旨を規定している。この規定は、第63条1項該当の事案以外はすべて収容することを前提としたものであると解される⁷⁹。

入管法上は、収容令書による収容期間は更新期間を含めて最長60日であり(41条1項)、退去強制令書が発付されたときは、収容期間の定めはなく送還可能のときまで収容することができる(52条5項)。このような収容中に収容者の病気のためいったん身柄の拘束を解く必要性が生じた場合、送還までに時間が経過し身柄の拘束が長期間に及ぶこととなった場合など、本人又は関係人の請求若しくは収容所長又は主任審査官の職権により例外的に身柄の拘束を解くために行われるのが仮放免の制度である。実務上は、退去強制令書が発付された外国人が自らの費用をもって自発的に出国を希望する場合にも仮放免が許

可されているほか、収容令書による収容手続を執るに当たり、一定の理由がある場合にそれと同時に仮放免を許可することによって、実際には身柄拘束をしないという実務運用がされている場合もある。

以上のように、仮放免制度の運用により実務上は全件収容主義が一部緩和されているとはいえ、既に述べたように、現行入管法は、退去強制手続においてすべての外国人を収容し、身柄を拘束すべき原則を採用している。これは現行刑事手続において、被疑者も被告人も無罪の推定を受け、必要やむを得ない場合を除いては、身体の拘束を行わないのを原則としているのとは正反対となっている。

したがって、入管法においては、外国人は退去強制事由に該当すると疑うに

79 このいわゆる収容前置主義（全件収容主義）に関しては、法63条の「刑事訴訟に関する法令、刑の執行に関する法令……の規定による手続が行われる場合」の解釈をめぐる、従来から二つの異なる見解があった。一つは、現に退去強制事由該当者である被疑者又は被告人が刑事手続により身柄を拘束されているか否かを問わず、刑事手続が係属している場合のすべての場合を意味するという説（全面適用説）であり、他の一つは、現に刑事手続により身柄が拘束されている場合のみをいうとする説（制限的適用説）である。刑事訴訟に関する法令とは、刑事訴訟法60条、207条の勾留、199条等の逮捕のほか、少年法の観護措置等による身柄の拘束を意味し、制限適用説では保釈などにより身柄が釈放された場合などは、同条に該当しないから退去強制の手続を行うことができると解する。刑の執行に関する法令とは、懲役、禁固、拘留の各刑の執行など、いずれも容疑者の身柄が拘束されている場合を意味することは明らかである。

法63条1項は、上記の各法令による手続が行われる場合には、「その者を収容しないときでも……退去強制の手続を行うことができる」と規定している。これにつき、制限適用説は、刑事訴訟に関する法令が適用されている者のうち、身体が拘束されている者に限ると解し、この場合に限り、「その者を収容しないときでも」退去強制の手続を行うことができると解する。法63条2項は、「前項の規定に基づき、退去強制令書が発付された場合には、刑事訴訟に関する法令、……の規定による手続が終了した後、その執行をするものとする。但し、刑の執行中においても、検事総長又は検事長の許可があるときは、その執行をすることができる」と規定する。本項における「刑事訴訟に関する法令」についても上記1項と同様に解し、身柄拘束に関する手続のみをいうと解するのが制限適用説であり、これによれば、上記同様、身柄が釈放された場合は同項の対象には含まれないと解される。実務はこのような制限適用説によっている（注解・判例「出入国管理実務六法」法39条、同63条解説参照）。

足りる相当の理由があれば、たとえ逃亡のおそれがなくとも当然に収容令書が発付され、その身柄が拘束されることになる。その上、収容令書による収容の期間は法律で最長60日と定められているが、退去強制令書による収容は送還可能のときまでとされている（第52条5項）。

イ わが国における課題

第1点は、我が国では上記のとおり、いわゆる全件収容主義が採用されていると解され、退去強制事由に該当する外国人は一律に身柄を収容すべきこととなっている点である。

わが国の退去強制手続においては、出国命令に該当する場合を除き、入国警備官から入国審査官への身柄の引渡し前提とされ、これに伴い全件収容主義が採用されている。

英国においては、退去強制との関連では、国務大臣は次の場合に被退去強制者を収容する権限を有する（IA1971, Sch3, para 2 (1), (2), (3).）。

①裁判所により退去強制が勧告され、その対象者の身柄が拘束されていないとき、②退去強制決定の通知がなされ、刑事手続又は裁判所の命令により身柄が拘束されていないとき、③退去強制命令が発付されているとき

ただし、国務大臣は2007年国境法（UK Borders Act）32条及び36条に基づき、英国において12か月以上の拘禁刑に処せられた者のほか、国務大臣が指定する重大犯罪により有罪判決を受けた者などについては収容が前提とされているが、それ以外の場合には一律に収容が原則とされているのではない。身柄の収容は制限的に、しかも必要最小限の期間において認められていることは、前号において述べたとおりである。

米国においては、司法長官の権限に基づき退去強制対象者の収容が認められるが、1956年2月6日以前においては、我が国の現行手続同様、退去強制手続はすべて該当者の身柄を収容することにより開始されていた。しかし、同年同日以降、理由立証命令（an order to show cause）の発付により、移民審判官の下に出頭して口頭審理を受け、外国人が退去強制事由に該当しないことを立証すべきことを命ずる制度の導入に伴い、この全件収容主義は廃止された。さらに1996年以降は、出頭命令（a notice to appear=NTA）により、同様の手続が開始されることとなった（INA § 239(a)(1)）。こうした経緯により、1956年同日以降においては、公益上の理由に基づき、又は逃亡のおそれがあると認

められる場合にのみ収容されることとなった。もっとも、その後の移民法改正に伴い、前号で述べたとおり、現在では一定の刑罰法令違反者、加重的重罪該当者など移民法の規定する事由に該当する一定の者については、収容が原則とされている (INA § 236(a) (1)~(3))。

第2点は、手続を開始するに当たっては、わが国入管法52条5項が、退去強制を受ける者を直ちに本邦外に送還することができないときは、送還可能のときまで収容することができる規定している。これを逆に言えば、送還可能でないときは無期限に収容を継続することも法は許容している、との解釈も可能にもなろう。

前号で述べたように、退去強制のための収容期間については、英国では判例がHardial Singh原則など収容の指針を示しており、退去強制のための収容は、その執行のため合理的に必要な収容期間に限られること、具体的な送還の見込みが示されない限り、収容継続は違法であることとされている。米国においては、移民法が退去命令発付後90日以内に退去させるべきことを規定しており、裁判例では移民法改正前にこれが6か月以内とされていたことから、6か月を経過した場合は、「合理的に見込まれる近未来」において退去が可能であることを政府側が立証すべきこととされている。

わが国では上記入管法規定により、例え送還までの間収容が長期に及ぶこととなっても、英米におけるように、収容する側としては厳格な立証責任を課せられることもなくその収容を継続できる建前となっている。ただ、被収容者等からの仮放免の請求により又は職権で仮放免を許可し、あるいは被収容者からの執行停止の申立により裁判所がその可否を判断することができるが、前者はあくまで収容する行政側の立場からの判断にかかるとのことであり、後者においても、送還の見込みとの関連で収容の執行停止の可否が判断されているのではない。

法52条6項による、いわゆる特別放免は、退去強制を受ける者を送還することができないことが明らかになったときは、必要な条件を附して、その者を放免することができるというものである。しかし、この特別放免は、例えば相手国が受入を拒否した場合のように、送還の見込みが立たず、将来においても送還することができないことが明白となった者について、これを特別に例外的に放免することができるというものであり、その要件は従来から極めて限定的に解され、実際には仮放免により対処している状況にある。この意味において、

収容を必要かつ合理的な期間に限るとする英米の制度とは、その趣旨は異なっている。

上に述べたように、退去強制事由該当者をすべて収容し、しかも送還までの間原則的には期限の制限なく収容できるというわが国の現状については、今日における英米の法制及び実務をも参考としつつ、今後何らかの見直しが必要と考えられる。

(3) 裁決理由

英国では、裁判例と同じく、移民関係上訴に対する審判所（第一次審判所、上位審判所、SIAC）の裁決は、ほぼすべてのケースが裁決理由を含み全文公開されており（British and Irish Legal Information Institute = BAILII）、米国では同じく司法長官及びBIA（Board of Immigration Appeals）の裁決例が公開されている（US Department of Justice, Virtual Law Library, Attorney General and BIA Precedent Decisions）。

わが国においては、法49条6項により、主任審査官は、法務大臣から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。同通知は、規則43条に基づき、同規則別記61号の2様式による裁決通知書によって行うべきこととなっている。この裁決通知書には、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の記載があるのみであり、その理由の記載はない。したがって、その理由は容疑者には通知されない。

これに関し、例えば資格外活動の要件該当性の有無について争いがあるような場合を除き、法24条各号の退去強制事由該当性については一見して明白であり、容疑者自身がこれを認め、争いのない場合には、これに該当するとの裁決の理由を示すべき必要は乏しいとも言える。

ただ、裁決通知書の上記記載では、法50条により法務大臣が、異議の申出が理由がないと認める場合の理由は通知されないが、この点に関連し、上記最高裁平成18年10月5日判決⁸⁰は、「容疑者に対し、裁決書を交付すること又は裁決書の理由に当たる内容を通知することを予定するような規定は規則には置かれていない」と述べている。

80 最高裁裁判集民事221号403頁。

その上で同判決は、既に述べたように、「裁決書の作成を定める規則43条は、……法50条1項の規定により特別に在留を許可するかどうかの判断に係る書面の作成を求めるものではない」と述べている。

同判決は規則43条が法務大臣の裁決につき裁決書によって行うものと規定した趣旨は、「法務大臣が異議の申出に対し審理判断をするに当たり、その判断の慎重、適正を期するとともに、後続する手続を行う機関に対し退去強制令書の発付の事前手続が終了したことを明らかにするため、行政庁の内部において文書を作成すべきこととしたものにすぎない」と述べている。

この点に関しては、「裁決を行政事件訴訟法3条1項という公権力の行使であると理解した場合、裁決書不作成の点を適法とするのは困難である」とする判決⁸¹もあるが、その控訴審判決⁸²は、この点を否定している。

従来からの裁判例は、現行法上外国人には在留特別許可を求める権利はなく、在留特別許可を与えるかどうかは法務大臣の自由裁量に属し、その性質は恩恵的なものであり、「在留特別許可の理由を明示しなかったことをもって、自由裁量権の濫用であるとすることはできない」⁸³との判断を示している。最高裁同判決も上述のとおり、規則43条は、「容疑者に対し、裁決書により理由を明らかにして取消訴訟等を提起する便宜を与えるなどの手続的利益を保障したものではない」とした。

このように、入管法においては、法務大臣裁決の理由提示につき、旧入管令当時から変わることなく外国人は手続的保障の埒外に置かれているが、この点に関しても、英米等先進諸国の立法例や人権に関する諸条約のほか、行政手続法などの新たな国内立法等をも踏まえ、今後の検討を要するものと考えられる。

(完)

本稿は、平成23年度科学研究費補助金（基盤研究B）（研究代表者・村上正直教授）「外国人の出入国及び在留制度とその運用に関する国際的比較研究」（課題番号：22330011）による研究成果の一部である。

81 東京地裁平成15年9月19日判決（判時1836号46頁）。

82 東京高裁平成16年3月30日判決（訟務月報51巻2号511頁）。

83 東京高裁昭和54年1月30日判決（訟務月報25巻5号1382頁）。