

憲法連続講座～混迷する岸田政治を問う

出入国管理に対する憲法的統制の実現に向けて～2023年入管法改定を中心に

青山学院大学 高佐智美

1. はじめに

1 外国人（特に非正規滞在外国人）の人権侵害

e.g. 2021年 ウィンシュマさん死亡事件¹

←入管法制における“人権侵害”²=憲法の軽視 or 無視

2 本報告の目的

- ① 入管法制における問題点を概観する
- ② 入管法制における“人権侵害”の原因を探る
- ③ 入管法制における憲法的統制の実現のために何が必要かを検討する

2. 問題の所在

1 入管法制の問題点

(1) 「全件収容主義」

退去強制事由に該当する疑いがあれば、逃亡の危険性がなく、収容の必要性がない場合でも収容

(2) 無期限収容

退去強制令書の発付→「送還が可能なきまで」収容可能

←「何人も、恣意的に逮捕され又は抑留されない。」（自由権規約9条1項）

(3) 司法審査の欠如

収容及び仮放免の決定←入管庁という一行政機関の裁量

¹ 収容又は送還中に死亡した外国人は1997年以降、少なくとも22人にも上る。全国難民弁護団連絡会議「入管被収容者の死亡事件」(http://www.jlnr.jp/jlnr/?page_id=3277)。

² この点につき「人権侵害」という言葉だけでは説明できないとの指摘もある。すなわち、『人権侵害』という表現は、少なくともその権利を侵害されている人は、人権を有する（べき）人間として認められていることを前提としている。だが、ウィンシュマさんへの対応が撮影された（中略）ビデオを見た彼女の妹は、『動物のように扱われていた』と述べている。（中略）『動物のよう』『人間として扱われない』という表現は、収容を経験した移民・難民たちがほとんど必ずといっていいほど口にするものである。」高谷幸「入管行政と無登録移民」岸見太一他編著『入管を問う』15頁（人文書院、2023年）。その他、「知っていますか。私は実は人間なのです。このまま動物のように収容されて生きるくらいなら、いっそ祖国で人間として死にたい」と言って帰国しようとした難民認定申請者もいる。駒井知会「収容と監理措置」法と民主主義579号16頁（2023年）16頁。

←「逮捕又は抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定すること及びその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるように、裁判所において手続をとる権利を有する。」(自由権規約9条4項)

(4) 難民認定率の異常な低さ

条約難民について日本政府独自の厳格な解釈

e.g. ロヒンギャ難民の事例³

→迫害、拷問、強制失踪等のおそれがある者を送還する可能性

←ノン・ルフールマン原則(難民条約33条1項、拷問等禁止条約3条1項、強制失踪条約16条1項、自由権規約6、7条、国際慣習法)違反

2 2023年入管法改定の概要⁴

(1) 入管法制の課題

① 送還忌避問題

「現在の入管法では、難民認定手続中の外国人は...退去させることができない(送還停止効)。外国人のごく一部(波線筆者)ではあるものの、そのことに着目し、難民認定申請を繰り返すことによって、退去を回避しようとする人がいる」

② 収容をめぐる諸問題

「現行入管法では、退去すべきことが確定した外国人については、原則として、退去までの間、収容施設に収容することになっている。そのため、外国人が退去を拒み続け、かつ、難民認定申請を誤用・濫用するなどの事情があると、退去させることができないことにより、収容が長期化しかねない」

③ 紛争避難民などを確実に保護する制度が不十分

「紛争避難民は、条約上の『難民』に該当しない場合がある」

(2) 改正案の基本的な考え方

① 保護すべき者を確実に保護する

- 「補完的保護」制度の創設：難民に準じて保護すべき外国人を保護
- 在留特別許可手続の適正化：申請手続の創設⁵、考慮要素の条文化など

³ 東京高判2012年9月12日訟月59巻6号1654頁。

⁴ 出入国在留管理庁(以下「入管庁」とする)「入管法改正案について」(https://www.moj.go.jp/isa/laws/bill/05_00007.html)。

⁵ 現行法では、在留特別許可という申請自体はなく、退去強制手続の中で、特に在留を希望する旨を主張し、法務大臣に特別に在留する事情があると認めてもらうしかない。

② その上で、在留が認められない外国人は、速やかに退去させる

- 難民認定手続中の送還停止効に例外を設ける
- 送還忌避者に対する退去命令制度、旅券発給申請命令制度の創設（→罰則）

③ 退去までの間も、不必要な収容はせず、収容する場合には適正な処遇を実施する

- 「監理措置」制度の創設：本人や監理人に必要事項の届出や報告義務
- 3ヶ月ごとに必要的に収容の要否を見直し→収容の必要がない者は監理措置に移行
＝「全件収容主義」の抜本的改革
- 収容施設における適正な処遇の実施を確保⁶：常勤医師の確保のため兼業要件の緩和、3ヶ月ごとの健康診断の実施、被収容者処遇規則の大半を法律に格上げ、職員に人権研修⁷

3 2023年入管法改定の問題点

(1) 保護すべき者を確実に保護？：「補完的保護」は保護の拡大となるか？

① 日本独自の定義

- 本来の「補完的保護」＝難民条約上の難民には該当しないが「出身国に帰国した場合、重大な危害を被る現実の危険に直面するであろうと信ずるに足りる実質的な根拠が示されている者」→「重大な危害」＝死刑、拷問、無差別暴力による重大かつ個別の脅威、など⁸
- 日本版「補完的保護」＝「難民以外の者であつて、難民条約の適用を受ける難民の要件のうち迫害を受けるおそれがある理由が難民条約第一条A(2)に規定する理由であること以外の要件を満たすもの」＝「補完的保護」の定義を難民条約と紐付け
→「(難民条約に挙げてある以外の理由による)迫害を受けるおそれがあるという十分に理由がある恐怖」を証明する必要＝これまでの認定基準を変えない限り、保護の拡大にはならない⁹

② 「人道的配慮による在留特別許可」の削除

在留特別許可の申請制度の新設（50条1項）

⇔「人道配慮による在留特別許可」の削除（現行法61条の2の2第2項）

→難民認定の基準に変化なし、補完的保護による保護も期待できない→保護縮小のおそれ

③ 紛争避難民（e.g.ウクライナ避難民）を保護するための制度？

ウクライナ避難民＝そもそも通常の難民手続とは別個に保護／条約難民に該当

⁶ 55条の4第1項「被収容者...の処遇は、被収容者の人権を尊重しつつ適正に行わなければならない。」

⁷ 55条の16「入国者収容所等に勤務する入国警備官には、被収容者の人権に関する理解を深めさせ、並びに被収容者の処遇を適正かつ効果的に行うために必要な知識及び技能を習得させ、及び向上させるために必要な研修及び訓練を行うものとする。」

⁸ EU資格指令（2011年12月13日付けの欧州議会・欧州理事会指令2011/95/EU（改））。

⁹ 渡邊彰悟「『補完的保護』制度の導入は保護の拡大か？」法と民主主義579号10頁（2023年）11頁。

(2) “在留が認められない”外国人を速やかに退去：送還停止効の例外

① 3回目以降の難民申請者の送還（第61条の2の9第4項2号）

2023年 法務省「難民該当性判断の手引」¹⁰＝「現実的な危険」（新しい用語）¹¹

“real chance（現実の見込み）”（オーストラリア）、“real risk（現実的な危険）（イギリス）”¹²

←欧米では判断基準を低く設定（「疑わしきは申請者の利益に」の原則）

② 一定の犯罪歴のある者の送還

「無期若しくは三年以上の拘禁刑に処せられた者」の送還（第61条の2の9第4項2号）

⇨ノン・ルフールマン原則の例外＝「特に重大な犯罪について有罪の判決が確定し当該締約国の社会にとって危険な存在となった者」（難民条約33条2項）

←「特に深刻な性質の犯罪（殺人、強姦、武装強盗など）に関して有罪が確定している場合」¹³

◎ 入管法53条3項（2009年改定）＝難民条約以外のノン・ルフールマン原則を規定

→①、②を理由とする強制送還は53条3項に違反するおそれ

(3) 不必要な収容はせず、収容する場合には適正な処遇を実施？

① 「監理措置」制度（44条の2、52条の2）

✓ 「主任審査官」が「その他の事情を考慮」して「相当と認めるとき」に監理措置に付す

＝主任審査官が相当と認めたときのみ収容しないとする原則収容主義を堅持

✓ 不法就労罪（70条10号）、被監理者逃亡罪（72条3号）新設

✓ 監理人に過料制裁付きの監視報告義務（52条の3第5項）

←本来支援者である者が監理人に選定されることにより本人との信頼関係が失われるおそれ¹⁴

② 3ヶ月ごとに収容の見直し

←司法審査の欠如及び無期限収容はそのまま→本質的な問題解決となっていない

③ 収容施設における適切な処遇の実施？

✓ 職員の人権研修←すでに行っている（初等、中等研修）

✓ 常勤医師の確保：5カ所の入管で常勤の医師を配置

⇨2023年1月 大阪入管で医師が飲酒して診療→それ以来常勤の医師が不在

¹⁰ 入管庁「難民該当性判断の手引」4頁（<https://www.moj.go.jp/isa/content/001393172.pdf>）。

¹¹ 阿部浩己「『難民該当性判断の手引』：国際難民法と実務の視点から」難民研究フォーラムクロード研究会報告書（2023年4月14日、https://refugeestudies.jp/wp/wp-content/uploads/2023/04/report_RSfseminar_230414.pdf）8-9頁。

¹² 安藤由香里「【意見書】法輪功修練者の難民認定：『起こる可能性(リアルチャンス)』基準の必要性」比較法雑誌57巻1号199頁（2023年）。

¹³ UNHCR日本「難民の権利と義務」（https://www.unhcr.org/jp/right_and_duty）。

¹⁴ 特定非営利活動宗教法人なんみんフォーラム「監理措置に関する意見聴取」（<http://frj.or.jp/news/news-category/form-frj/5408/>）参照。

3. 入管法制の根底にあるもの

1 入管法制の歴史

- 1949年 外務省管理局に「入国管理部」設置
- 1950年 朝鮮戦争勃発→同年10月 外務省の外局として「出入国管理庁」設置
=日本における入管行政の始まり¹⁵
- 1951年 「出入国管理庁」から「入国管理庁」に名称変更
- 1952年 占領終了:「入国管理庁」は法務省の内部部局に移管→「法務省入国管理局」となる
- 1981年 難民条約批准
- 1982年 出入国管理令→「出入国管理及び難民認定法」/入国管理局に「難民認定室」設置
- 2019年 法務省の外局として「出入国在留管理庁」設置

2 「スキヤッパニーズ・モデル」¹⁶としての入管法制¹⁷

(1) 冷戦を前提とした法制度

- 冷戦→共産主義国から「自由世界」に逃れる人々を歓迎するための難民保護
- ⇔「破壊的」と思われる入国者に対する保安上の懸念 (e.g. 1948年 阪神教育事件¹⁸)
- 「望ましい外国人」と「望ましくない外国人」とを峻別する必要
- 退去強制制度への司法の介入の拒否+国家に広汎な裁量権¹⁹

(2) 戦後「日本」モデルの残滓

- ◎ スキヤッパニーズ・モデル=占領軍により日本の権威的官僚主義がさらに強化²⁰
- 入管法制=入国者に対する厳格な管理と広汎な官僚の自由裁量との組み合わせ
- 戦後50年間は有効に機能していたが冷戦終結等によって凋落→脱却の必要性²¹

¹⁵ この年は自衛隊の前身である保安隊、そのまた前身である警察予備隊が創設された年でもある。水上洋一郎「入管行政からみた外国人政策の変遷と今後」移民政策研究10号157頁(2018年)159頁。

¹⁶ 「スキヤッパニーズ・モデル (a SCAPanese model)」=マッカーサー主導の総司令部 (SCAP) と日本人との合作による占領統治モデルのこと。ジョン・ダワーによる造語。ジョン・ダワー (三浦陽一他訳)『(増補版) 敗北を抱きしめて (下)』(岩波書店、2004年)387頁。

¹⁷ 詳しくはテッサ・モーリス=スズキ (伊藤茂訳)「冷戦と戦後入管体制の形成」駒井洋監修『入管の解体と移民庁の創設』127頁以下 (明石書店、2023年) 参照。

¹⁸ GHQの指令を受けた日本政府による「朝鮮人学校閉鎖令」に対して、1948年4月14日から4月26日にかけて大阪府と兵庫県で発生した在日韓国・朝鮮人と日本共産党による暴動及び拉致監禁事件。

¹⁹ SCAP法務局の中には、入管当局者に、司法の監督もなく、不法入国者と思われる人物を勾留できる権限を与えることは、憲法に違反すると懸念する者もいた。スズキ・前掲注(20)136頁。

²⁰ ダワー・前掲注(19)390頁。

²¹ 的場昭弘編著『〈帝国〉を考える』(双風舎、2004年)151頁。

3 司法による承認～マクリーン判決²²

(1) 判旨

- ① 「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく…外国人を自国内に受け入れるかどうか…を、当該国家が自由に決定することができる…。憲法上、外国人は、わが国に入国する自由…在留の権利…を保障されているものでもない」
- ② 「憲法第3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…。…外国人に対する憲法の基本的人権の保障は…外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」
- ③ 「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分²³の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として当不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない。」
- ④ 「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となる。」

(2) 問題点

① 広汎な裁量権の容認

判旨④＝司法審査の事実上の排除

② 人権への無理解

判旨②＝人間であること<在留資格

③ 先例としての悪影響

➤ 人権条約<裁量

判旨①→人権条約＝在留特別許可を付与するか否かを判断の一事情として考慮すれば足りる²³

➤ 長期収容の容認

判旨①→自由権規約9条1項＝「外国人在留制度の枠内に置いてのみ保護されるにとどまる」

→仮放免の不許可が直ちに裁量権の逸脱又は濫用により違法とはならない²⁴

²² 最大判 1978 年 10 月 4 日民集 32 卷 7 号 1223 頁。

²³ 東京地判 2021 年 5 月 19 日 (LEX/DB 文献番号 25589364)。

²⁴ 東京地判 2020 年 3 月 5 日 (LEX/DB 文献番号 25584310)。

4. 入管法制に対する憲法的統制の必要性

1 立法的課題

(1) 「出入国管理」と「難民認定」の分離

「出入国管理」の目的＝すべての者の出入国及びすべての外国人の在留の公正な管理（1条）

⇨難民条約の趣旨²⁵

→法律を分離するとともに、独立した難民認定機関を設立すべき

(2) 司法審査の実現

出入国管理：様々な段階で身体拘束（特に退去強制令書発付後は無期限収容）

←刑事手続と同様の厳格な適正手続が必要

→刑事手続と同様、司法審査の手続を立法化すべき

(3) 行政手続法（1993年）における適用除外条項の削除

目的＝「行政運営における公正の確保と透明性の向上」→「国民の権利利益の保護」（1条）

⇨「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分」は適用除外（3条1項10号）

∴外国人は出入国、難民の認定又は帰化に関する実体上の権利を有しない²⁶

⇨侵害される権利＝身体的自由（憲法18条）、生命に対する権利（同13条）、信教の自由（同20条1項）、家族生活に対する権利（自由権規約17条、23条）など

◎ 立法的課題として同号は削除されるべき

(4) 入管法における具体的な基準の策定

① 仮放免の判断基準

2023年改定：「健康上、人道上その他これらに準ずる理由により引き続き収容を一時的に解除することを相当と認めるとき」（入管法54条2項）

仮放免取扱要領9条

2018年2月「仮放免運用指針」：「仮放免を許可することが適当とは認められない者」＝「送還の見込みが立たない者であっても…送還が可能となるまで収容を継続」²⁷

←無期限収容を容認＋ほとんど非公開

cf. 2021年12月 ウィシュマさん死亡事件→「体調不良者等に係る仮放免運用指針」策定

◎ 立法的課題として比例原則を踏まえた判断基準を法律に明確に規定すべき

＋法律の文言として「仮放免することができる」ではなく「しなければならない」とすべき

²⁵ UNHCR「難民条約とは」（<https://www.unhcr.org/jp/refugee-treaty>）。

²⁶ 宇賀克也『行政手続三法の解説（第3次改訂版）』（学陽書房、2022年）70頁。

²⁷ 法務省入国管理局長「被退去強制令書発付者に対する仮放免措置に係る適切な運用と動静監視強化の更なる徹底について（通達）」2018年2月28日（http://www.jlnr.jp/themes/nyukanshuyo/nyukan-shuyo_shiji_20180228.pdf）。

② 在留特別許可の判断基準

2023年改定：考慮要素の法定（50条5項）←判断基準について明示なし

cf. 入管庁「在留特別許可に係るガイドライン」（2009年）←政府：基準ではなく例示

◎ 立法的課題として判断基準を具体化すべき

+一定の類型については義務的な在留特別許可を整備

2 解釈による統制

(1) 適正手続の保障

行手法3条1項10号＝同号該当事由は限定的に解釈されるべき

→文言から直接「出入国」に関する処分とはいえない在留資格取得、在留期間更新、在留資格変更、在留資格取消、仮放免などは「出入国」に関する処分には該当しないと解すべき²⁸

(2) 聴聞・弁明の機会の保障

行手法15～28条＝聴聞の機会／29～31条＝弁明の機会の保障²⁹

←「不利益処分」（2条4号）についてのみ

→「申請により求められた許認可等を拒否する処分」等の適用除外（同号（ロ））

→外国人に関する上記の処分は「不利益処分」に該当しない³⁰

⇔行手法を直接適用できなくとも、憲法31条により告知・聴聞の機会が保障されるべき

∴ 告知・聴聞の機会＝適正手続の保障の中核³¹

◎ 関係人に法的不利益を与える処分については告知と聴聞の機会が保障されると解するべき

(3) 審査基準の策定及び公開義務

行手法5条（申請処分につき）：審査基準の策定義務、具体化義務、公開義務

同法12条（不利益処分につき）：処分基準の策定及び公開努力義務、具体化義務

マクリーン判決判旨③「裁量権行使の準則に違背しても、当不当の問題を生ずるにとどまる」

⇔最判2015年3月3日民集69巻2号143頁

：12条1項に基づき公にされている処分基準と異なる取扱い＝裁量権の逸脱又は濫用

＝「行政庁は当該処分基準を考慮して裁量権を行使しなければならない」という手続上の規範

←根拠：行手法の趣旨・目的、裁量権の行使における公正な取扱いの要請、相手方の信頼保護

²⁸ 児玉晃一「入管法における適正手続の要請」法学館憲法研究所 LawJournal25号119頁（2021年）122頁。

²⁹ 「聴聞・弁明」＝行政機関が処分に先立ち、相手方や関係人に意見を述べる機会を与える手続。「聴聞」は口頭審理なのに対して、「弁明の機会の付与」は書面審理。

³⁰ そもそも許認可処分等について聴聞及び弁明の機会を保障しないことについての批判はある。児玉・前掲注（31）130頁。

³¹ 第三者所有物没収事件最高裁判決（最大判1962年11月28日刑集16巻11号1593頁）。

＝行手法 12 条 1 項の規定がなくとも裁量処分において当然要請されるもの
→行手法 5 条も本判決の射程³²+本判決によりマククリーン判決の意義は大きく縮減³³
e.g. 「在留特別許可に係るガイドライン」から大きく離れた判断＝特段の事情が存在しない限り、裁量権の逸脱又は濫用
+ 「ガイドライン」は基準ではない＝基準を策定していないこと自体が処分の違法性の根拠

3 行政裁量に対する統制³⁴

(1) 基本的な考え方

「法治国家」＝「国家権力の行使は、憲法、条約、法律に基づいて行わなければならない」

「行政裁量」＝「立法者が将来のすべての場合を規律できないため、具体的な事案において最も適切な処置をとるようにと行政に命じているもの」

→「行政機関は立法者からの委託を個別の事案において誠実に処理する義務を負う」

◎「行政裁量」≠「法治国家の例外」＝「法治行政の一環」

→憲法>条約>法律>行政裁量

(2) 判断過程審査

行政裁量に対する司法審査の手法の一つ＝判断過程審査

：行政庁が一定の意思決定や行動へ到達するまでの調査、審議、判断等の一連のプロセスが適正かつ公正に進行したか否かを、裁判所が審査する手法

cf. マククリーン判決要旨④＝「形式的社会観念審査」

(3) 具体例

（そもそも「仮放免運用指針」が無期限收容を容認している時点で自由権規約 9 条 1 項違反）

仮放免における裁量に対する判断

←「恣意的」かどうか：必要性、比例性、個別性、定期的審査等の要件で判断³⁵

e.g. 疾病を理由に仮放免不許可処分の取消が認められた事例³⁶

³² 公法研究会「判批」法学論叢 178 巻 5 号 116 頁（2016 年）121 頁、石塚武志「判批」斎藤誠＝山田隆司編『行政判例百選 II』346、347 頁（2022 年）。

³³ 公法研究会「判批」・122 頁。

³⁴ 詳しくは拙稿「裁量統制論によるマククリーン判決『解体』の試み」エトランデュテ 4 号 178 頁（2022 年）。

³⁵ 村上正直「入管收容と自由権規約」法時 92 巻 2 号 69 頁（2020 年）。

³⁶ 東京地判 2018 年 8 月 28 日判タ 1472 号 149 頁。高橋済「入管行政に対する司法審査と立法的課題」法と民主主義 579 号 23 頁（2023 年）24 頁。

5. おわりに～これからの外国人政策のあり方

1 外国人政策の「建前」と「本音」

政府：単純（非熟練）外国人労働者は受け入れない

⇔1990年 日系2、3世に「定住者」在留資格を認める

1993年 技能実習制度創設→劣悪な労働条件で外国人を搾取する手段に

2019年 「特定技能」在留資格創設

2023年 「特定技能2号」の対象となる業種を2分野から11分野に拡大（閣議決定）

←「事実上の移民受け入れ」？

⇔官房長官「いわゆる移民政策をとる考えはない」

cf. 厚労省の統計：2070年 日本の総人口=8,700万人まで減少←うち1割が外国人に³⁷

2 「偽装難民」の背景

政府：難民に該当しない人が難民申請をしている

∴ 少子高齢化が進む日本→運輸、建設、製造業など様々な業界が深刻な人手不足に直面

→「技能実習生」や「留学生」を雇用

→その一部が日本で働き続けるために難民申請を行う³⁸

3 今後の課題

(1) 時代遅れの入管法の抜本的改革

憲法、人権条約を前提とした入管法の改正

(2) 司法審査による裁量統制

裁量処分に対する裁判所によるチェック

(3) 包括的な移民政策の実施

労働力を必要とする多くの中小企業と日本で働きたい外国人

→日本社会の現状（及び将来）に見合った外包括的な移民政策の必要性

→日本政府は移民の必要性を正面から認め、根本的な政策転換を行うべき

→いわゆる「偽装難民」は減り、本来の「難民」を救済することも容易に

³⁷ 「日本の将来推計人口（令和5年推計）結果の概要」（https://www.ipss.go.jp/pp-zenkoku/j/zenkoku2023/pp2023_gaiyou.pdf）。

³⁸ 難民支援協会「コラム：難民ではない人が難民申請するのはなぜ？」（https://www.refugee.or.jp/report/refugee/2018/02/japan_recog18/#a5）。ちなみに2010年から難民申請の6ヶ月後から就労が可能となり、難民申請が急増したため、2018年から就労可能の要件が厳格化された。詳しくは難民支援協会「日本にいる難民のQ&A」（<https://www.refugee.or.jp/jar/postfile/QA.pdf>）14頁。