

出入国管理における身体拘束制度の改善のための意見書

2014年（平成26年）9月18日
日本弁護士連合会

意見の趣旨

1 退去強制手続及び上陸審査手続における身体の自由の制約の基準の適正化

国は、退去強制手続及び上陸審査手続における身体拘束について、以下の趣旨の法改正を行うべきである。また、以下の法改正が行われるまでの間も、以下の趣旨に沿うよう基準を定め、運用するべきである。

- (1) 収容を退去強制の確保に必要な最小限の場合に行うこととし、収容の必要のない場合や相当でない場合には収容をしてはならないことを明文化すること。
- (2) 特に、被収容者が、未成年者、未成年者の監護・養育をする者、妊婦、傷病者等通院・入院等の必要のある者、人身取引被害者の可能性のある者その他社会的弱者である場合は、原則として収容しない、あるいは身体拘束から解放すること。
- (3) 難民認定手続や退去強制手続の対象となる者について、住居がないこと等を理由に収容されることを回避し、収容に代替する措置によって収容を必要最小限とするため、住居のない者に一時的な住居を提供するなどの社会内での生活を可能とする制度を構築する責務を負う旨を定めること。
- (4) 日本に到着した時点であると在留中であるとにかくわらず、難民認定申請を行った者に対し、原則として難民申請者という在留資格を付与するなどして、申請中の者の地位を安定させ、難民認定について司法審査が行われている場合は原則として司法審査が終了するまでその地位を継続させ、身体拘束を回避すること。
- (5) 退去強制令書に基づく収容期間について、比例原則の見地から制限を設けること。
- (6) 送還の執行を物理的強制力を伴って行うことはできる限り回避し、その方法、その際の拘束具等の使用基準を、過度な人権制約をしないよう定めること。また、入国者収容所等視察委員会の視察対象に送還執行手続を含め、送還執行を後日検証可能とするよう、その全過程を可視化するなどして、送還の執行の適正を制度上担保すること。
- (7) 上陸審査手続中の者の身体拘束に関し、その権限、要件、拘束しうる期間、拘束中の処遇について定め、身体拘束に対する迅速な救済手続も定めること。

2 退去強制手続及び上陸審査手続における適正手続の保障

国は、次の施策を行うべきである。

- (1) 退去強制手続及び上陸審査手続について以下をはじめとする適正手続を保障する施策を行うべきである。
 - ① 証拠の開示、仮放免許可や在留特別許可をしない理由を含めた理由開示、仮放免申請に対する審査基準の設置及び公表、仮放免の許否の迅速な審査、並びに適正な通訳の確保を行うこと。
 - ② 無資力の者でも弁護士による法的援助を実質的に受けることができるよう、民事法律扶助制度を改善すること。
- (2) 1項の収容の必要性、相当性を含む、収容の合法性についての事前の司法審査手続と、事後の迅速な司法的救済手続、身体拘束からの仮の解放についての判断に関する迅速な司法的救済手続を設けるよう法改正をすること。
- (3) 本国への送還を忌避する者について、退去強制令書発付後、外部との連絡や弁護士に依頼する手段や時間的余裕を与えないままに、直ちに送還を実施することは避け、このことを法律にも明記すること。

3 身体の自由の制約に関わる職員の人権研修

国は、身体の自由の制約に関わる法務省入国管理局職員に対し、国際人権法、国際人権基準に関する詳細な研修を実施するべきである。

意見の理由

はじめに（出入国管理における身体拘束の現状と本意見書の意義）

- (1) 出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）は、入国管理局が、退去強制事由に該当すると疑われた者について、退去強制令書が発付されるまでの審査等の段階での身体拘束をする制度を設けており（入管法39条），また、同法は、退去強制令書が発付された者について送還の準備のため（入管法52条5項），身体拘束をする権限を与えており、これらの身体拘束を「収容」としている。前者の収容は、収容令書という令書に基づき行われる。期間は原則として30日間であり、必要な場合は更に30日間の延長が可能である。

入管法39条、52条5項は、逃亡のおそれなどの拘束の必要性を、明文で要件として挙げていない。法39条では、行政実務上も退去強制事由該当の容疑のみが収容令書発付の要件であり、また退去強制事由該当容疑者には、出国命令制度による者など制度上の例外を除き、全て収容令書を発付しなければならないとする運用がされており、これを「収容前置主義」あるいは「原則的収容主義」と

称し（「出入国管理外国人登録実務六法」2011年版解説など），容疑者を全件収容することを原則とするという意味で「全件収容主義」ともいわれる。

また，退去強制令書に関する入管法52条5項についても，行政実務上，拘束の必要性を令書発付の要件としないとされ，同解釈に基づく運用により，退去強制令書が発付された者は，原則として収容されている。

(2) 他方，入管法上，収容令書を発付された者若しくは退去強制令書を発付された者に対して，仮放免許可によって身体拘束から仮の措置として解放する制度がある（入管法54条）。

ただし，行政実務上は，仮放免の更新の許否判断について，主任審査官又は入国者収容所長の自由裁量であるとしており，法令上，仮放免許否の基準は定められていない。また，仮放免の許否の審査に数か月かかることがある。

難民認定申請者については，取調べ段階の収容に関しては仮滞在制度（入管法61条の2の4）という仮の地位付与制度がある。しかし，除外事由の広範な適用によって，2012年の許可率は10.6%と許可率が極めて低く，難民認定申請をして不認定となり，これを訴訟で争っている者については，仮滞在制度の適用外となる。

(3) 以上により，行政実務上は，退去強制事由があると疑うに足りる相当の理由があるときは，いかなる場合でも原則として収容令書を発付し，将来，在留特別許可が見込まれることが明らかな一定の場合などについては，収容令書発付と同時に又は収容令書の執行後に仮放免を許可して身体拘束を避けるという方法をとっている（ただし，事案によっては直ちに収容令書を発付せず，在宅で調査を行った後に収容令書を発付する例もある。）。

他方，近時，法務省入国管理局は，①人身取引の被害者の疑いのある者，②未成年者，③傷病者等通院・入院等の必要のある者，④幼児・児童を監護養育している者，⑤その他社会的に弱者とみなされる者について，仮放免を行ったり，在宅での事件処理を進めるべきとする事務連絡を行い（平成19年8月7日法務省入国管理局警備課課長），また，妊娠中の女性についても特段の配慮をすべきとする事務連絡を行っている（平成23年4月13日法務省入国管理局警備課課長）。

(4) 収容には，刑事手続の勾留における準抗告のような迅速な事後的司法審査手続もない。なお，収容に対する執行停止申立（行政訴訟法25条）は，そもそも収容の合法性審査ではない上，裁判所は「重大な損害を避けるための緊急の必要」（行政訴訟法25条）を極めて厳格に解釈・運用し，停止について極めて消極的

である。収容に対する人身保護請求についても、人身保護規則4条による適用範囲の制限などのため、機能していない。

また、仮放免申請に対する審査に3か月程度の日時が費やされることがしばしばある。仮放免申請に対する不許可通知書には、実質的な理由付記が行われない。

- (5) 退去強制令書に基づく収容については、入管法に収容期間の上限の明文がない。行政解釈は、この場合の収容に期間の制限はないとしており、実務上、取消訴訟係属中に1年間程度収容が継続することもある。

国連人権理事会の委嘱により作成された「移住者の人権に関する特別報告者ホルヘ・ブスタマンテの報告書」(2011年3月21日 A/HRC/17/33/Add.3)は、「特別報告者は、東日本入国管理センターで約2年間収容されていた非正規移住者と庇護希望者に面会した。その者たちは耐え難い精神状態にあり、裁判を受けることなしに又はいかなる犯罪で有罪とされることもなしに、また、釈放されるか否か又はいつ釈放されるか不知のままに長期間収容されていた。」と報告する。

- (6) 一直仮放免許可された者が、更新が不許可となって再収容されたり、あるいは収容と解放が繰り返されたりする例もある。

- (7) 仮放免許可を受けた者について、一時保護施設などがないことはもちろん、行政実務上就労が違法とされるばかりか、生活保護制度、国民健康保険制度などの社会保障の対象外とされ、劣悪な生活環境に置かれることを避けられない。収容に代替する合理的な制度の未整備は、被仮放免者的人権上問題があると同時に、行政当局が施設外の居所のないことを理由に収容を行い、あるいは継続する原因となる。

- (8) 空港で上陸が許可されず審査が継続する者は、空港にある入国管理局事務所内の出国待機施設に置かれるか、航空会社の雇用した民間業者などが室外で監視する空港内のホテルの部屋に置かれ、拘禁される。この拘禁については根拠法も法律上の処遇基準もない。

法務省は「上陸を拒んでいるだけであって、出国は自由なのだから、拘禁状態ではない」と主張し、この主張を容れた裁判例（人身保護請求に対する東京地決昭和45年12月26日判時616号57頁）もある。しかし実態としては拘禁に他ならず、人権上問題がある。

- (9) 当連合会は、従来から、出入国管理行政における身体拘束のあり方について問題点を指摘してきた。

- ・ クルド人難民に関する退去強制等人権救済申立事件（勧告、2001年1月29日）

- ・「多民族・多文化の共生する社会の構築と外国人・民族的少数者の人権基本法の制定を求める宣言」（第47回人権擁護大会宣言、2004年10月7日）
- ・入国管理局施設の拘束者にかかる子どもの保護・処遇に関する人権救済申立事件（警告・勧告、2010年12月9日）
- ・「難民認定制度及び難民認定申請者等の地位に関する提言」（2014年2月21日）

これらに示してきた法的問題点を踏まえ、かつ収容の実状について根本的な改善を行うことを求めて、本意見を明らかにするものである。

1 退去強制手続及び上陸審査手続における身体拘束の実体的基準

具体的な制度のあり方の検討の前提として、まず、退去強制手続及び上陸審査手続にある外国人に対する身体の自由の保障について検討する。

① 出入国管理行政における身体拘束における身体の自由

憲法34条は、「正当な理由がなければ拘禁されない。」としており、ここでの「正当な理由」は拘禁を必要とした実質的合理性を意味する。この趣旨は、出入国管理行政における身体拘束にも及ぶものと解される。

② 非正規滞在者の身体の自由

最高裁判所は、不法入国した外国人の退去強制手続の適法性に関する判決（最判昭和25年12月28日民集4巻12号683頁）で「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いえどもこれを有する」と判示しており、非正規滞在者にも身体の自由が保障されることは明らかである。

アメリカ連邦最高裁判所の *Zadvydas v. Davis* 判決（2001年）は、退去強制の命令が出された後の長期・不定期収容中の者の人身保護請求事件において、裁判所が収容継続の合理的な期間を判断できるとして、合理的な期間について判断を示した判決であるが、同判決は、「外国人の自由利益は、この国に自由に居住する法的権利が存しないということによって大きく減少されるものではない。なぜなら、ここでの選択は、収容と身体的自由を侵害しない仮放免の下での監視との間に存在し、彼らの自由利益は十分に強固なものである故に、不定期の収容を伴う本件は重大な憲法問題を提起する。」と判示し、非正規滞在外国人に対する退去手続上の身体拘束の権限が憲法上の身体の自由を侵害しうるものでないこと、非正規滞在者であることのみで、身体の自由が大きく制約される根拠とならないことを示している。

③ 非正規滞在者の身体拘束の合理的理由

これに対して、「法は在留資格を有しない外国人が日本で活動をすることを

認めていないから、当該外国人が日本において活動をすることができないことや、その活動を阻止するために身柄が拘束されることにはやむを得ない」という理由で、人身の自由の著しい制限を合理化する見解がある。

しかし、立法過程において、入管法上の収容制度の立法理由としてこのような趣旨が示されたことはない。

また、このような見解は、非正規滞在のような、個人の具体的な法益侵害を必ずしも伴わない違反行為について、出入国管理秩序の維持という要請のみによって拘禁を許容する結果となり、比例原則に反する。またこの見解は、入管法上の収容を将来の「違法活動阻止のための身柄拘束」と解し、その点で、予防拘禁と共に通する性質を認めようとするものともいえる。しかし、予防拘禁については、長期・不定期の拘束が著しい人権制約であるため、重大な法益侵害を避けるための極めて例外的な場合しか許容され得ないものであり、出入国管理法制の遵守を求めるという要請のみによって拘禁を許容し得ないことは明らかである。

前記のアメリカ連邦裁判所判決も、同種の主張を次のとおり排斥している。

「（連邦政府が不定期収容の正当化理由とする）逃走を予防するという第一の正当化理由は、国外退去の可能性がかなり低い場合には、脆弱であり若しくは存在しない。共同体社会を防衛するための予防拘禁という第二の正当化の理由は、これまで特別な危険人物に限られかつ厳格な手続的保障が担保されている場合にのみ許されてきた。本件における収容は、特別な状況は当該外国人の国外退去の地位だけであり、それは危険性とは全く関係がない。」

④ まとめ

以上のとおり、非正規滞在者を含む退去強制手続の対象者や、上陸を許可されていない者についても身体の自由の保障が及ぶのであり、これをおろそかにしてはならない。この観点から、以下、るべき制度を検討する。

(1) 身体拘束の必要性の要件

① 法令制定時の政府説明

前記のような退去強制手続における外国人の収容に関する運用は、退去強制事由に該当すると疑われた者あるいは退去強制令書が発付された者であっても人身の自由が保障され、憲法や国際人権法上、これを制約することが正当化される実体法上の根拠が求められていることに反しているといわざるを得ない。

立法当時の議論から見ても、現在の入管法の前身である「出入国管理令」は、アメリカ軍占領下の命令として成立したが、「日本国との平和条約」締結に伴

い、「ポ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」（昭和27年法律第126号）によって、法律としての効力が付与された。同法律案が審議された第13回国会参議院外務・法務連合委員会（1952年4月15日）において、法制意見長官佐藤達夫が、出入国管理令上の収容について、以下のとおり答弁している。

「もとより自由に、その疑われた個人の人を自由に置いておくことは勿論かまわないと、むしろそれが原則でございますが、どうしてもやはり或る種の拘束を加えて置かないと危険であるという場合に限つてこの収容の條文が働くわけでございますから、そのようなことを彼此勘案して考えますというと、人権を保障しつつ、而も我が国としては止むを得ざるこの退去の措置というものを行つて行こう、そういうあらゆる観点から総合して適當な妥当なところをここで規定しておるというふうに言い得る」

「十分な審査をするために必要なる期間というものは当然予想されるわけであります。而してその疑われた人によつては、その間どうしても放任して置けない人もある。従つてそういう人たちにつきましては、収容することができると書いてあるのであります。すべてを収容するわけではないことは明瞭であります。収容せざるを得ないような人たちについては、その審査の間収容しなければならん、止むを得んというそれは趣旨でてきておるわけであります」

このように、入管法の収容についても拘禁の必要性が要件とされるという趣旨の説明があり、これに基づいて国会の議決がなされており、立法者の意思は、入管法の収容についても拘禁の必要性が要件とされるとしていた。

② 憲法、国際人権法との関係

ア 憲法34条は、「正当な理由がなければ拘禁されない。」としており、ここで「正当な理由」は拘禁を必要とした実質的合理性を意味する。

非正規滞在者であることあるいはその疑いがあるといつても、自ら入国管理局に出頭して非正規滞在の事実を申告して、退去強制令書発付処分を行うか否かの調査に進んで応じる者もいる。また、退去強制令書の発付を受けた者についても、訴訟を提起してその発付処分を争っている場合などには、非正規滞在であることだけでは、拘禁を必要とする実質的合理性があるとはいはず、逃亡をすると疑うに足りる相当な理由などの、より実質的な理由がなければ、同条の要請を満たさないと解される。

イ また、国際人権（自由権）規約9条1項は、「すべての者は、身体の自由及び安全についての権利を有する。何人も、恣意的に逮捕されまたは抑留さ

れない。何人も、法律で定める理由及び手続に依らない限り、その自由を奪われない。」と規定する。

これは、恣意的拘禁の禁止を定める条項であり、国連自由権規約委員会は、同条に関する解釈を一般的意見8において明らかにしている。これによれば、同条はその一部を除き、行政拘禁を含むあらゆる拘禁に対して適用がある。すなわち、「委員会は、1項が、刑事事件の場合であるかそれ以外の場合、例えば精神病、浮浪、薬物中毒、教育目的、出入国管理等の場合であるかを問わず、あらゆる自由の剥奪に適用されることを指摘する。確かに、9条の中のいくつかの規定（2項の一部及び3項）は刑事上の罪に問われた者に対してのみ適用される。しかし、それ以外の規定、特に4項に定められた重要な保障、すなわち拘禁の合法性につき裁判所の審査を求める権利は、逮捕または拘禁により自由を奪われたすべての者に適用される」としている。

その上で同委員会は、9条1項の「恣意的」の意味について、個人通報を受けたアルフェン対オランダ事件（1988年）で、「恣意的」とは法律違反と同義ではなく、「不適切」、「不正義」及び「予見可能性の欠如」等の要素を含む広義の概念であるとし、勾留は法律に適合しているだけでなく、全ての状況に照らして合理的でありかつ必要性（例えば、逃亡、証拠隠滅、再犯防止をする必要性）を有するものでなければならないとの見解を示した。

また、A対オーストラリア事件（1997年）では、次のような見解を示した。

- (a) 9条1項にいう「恣意的」とは、法律違反と同義ではなく、「不適切」、「不正義」などの要素を含む広義の概念である。
- (b) 拘禁は、具体的な状況に照らして、必要性（例えば、逃亡、証拠隠滅の防止）がある場合に限られ、必要性を欠く拘禁は恣意的な拘禁である。また、必要性の判断要素には「比例原則」が含まれる。
- (c) 例え不法入国者であっても、当該被拘禁者を拘禁する具体的必要性がない場合は、拘禁は恣意的なものとなる。
- (d) 拘禁の必要性は定期的に再審査されなければならず、国家は拘禁の必要性を立証できる期間を超えて拘禁を継続することはできない。
- (e) 9条4項に定める裁判所による合法性の審査は、拘禁がその国の国内法に適合しているか否かにとどまらず、9条1項及びその他の規約の規定に適合しているか否かの審査にも及ぶ。

また、C対オーストラリア事件（1999年）では、短期滞在査証で来た

イラン人Cについて、その言動に虚偽が多いなどから、不法滞在者となるおそれがあるとして拘禁したところ、Cは難民認定申請をするなどして拘禁が2年間継続し、その間に拘禁性の精神病にかかり、自殺未遂を繰り返すなどした事案について、委員会は、拘禁に替えて出頭義務を課すこと、保証書を徴すことなどの他のより制限的でない方法を取ることもなく、2年以上に渡って漫然と拘禁を継続したこと、及びその間実質的な司法審査を受ける機会も与えなかつたことは恣意的な拘禁に当たるとした。

以上のとおり、逃亡を防止する必要などの必要性がないにもかかわらず拘禁をすること、比例性を欠く拘禁をすることは、国際人権（自由権）規約9条1項に違反する。

なお、「移住者の人権に関する特別報告者ホルヘ・ブスタマンテの報告書」（2011年3月21日）も、「厳密に必要とされる場合に収容を限定するための明確な要件を設置するべきである。立法により、移住者の収容の代替措置を規定するべきである。」としている。

③ 必要性の要件を置くべきこと

ア あるべき実体要件

以上に鑑みると、収容については、その必要性の要件を具備する必要があり、そのことを明確にするために、必要性の要件を法律において明記すべきである。

必要性については、単に退去強制事由があることだけでは足りず、逃亡をすると疑うに足りる相当な理由などが必要とされるべきである。

イ 海外でも、以下のような立法例が存在する。

(ア) オーストリア外国人管理法(2005 Aliens' Police Act)

オーストリア外国人管理法第8節「送還までの収容とより寛大な措置」において、同法76条は、送還までの収容の権限を規定するが、同法77条（より寛大な措置）は、「より寛大な措置をとることによって、目的を達成できると見込まれるのであれば、送還までの収容を控えることができる。子どもの場合は、収容することでしか目的を達成できない場合でなければ、収容してはならない。」と規定する。

(イ) スウェーデン外国人法 (Aliens Act 2005)

スウェーデン外国人法第10章 Supervision（外国人の収容と保護観察）の第6条は、「18歳以上の外国人は、収容の代わりに Supervision（保護観察）とすることができます。」と規定し、第8条は「Supervisionとは、

当該外国人が、定期的に、地域の警察かスウェーデン移民局に出頭しなければならない、とするものである。また、パスポートや身分を証明する書類の提出も求められる。」と規定する。

また、実務上の収容基準として、身分証を持たずに入国した者について、監視が必要な場合に限って収容される。身分の特定に追加調査が必要であり、特に国家の安全にリスクがある可能性がある場合、退去強制の直前に、逃亡のおそれがある場合に、収容される。

(ウ) ドイツ居住法 (Residence Act)

ドイツ居住法 6 2 条は、送還決定がすぐにはできず、収容しなければ送還が困難になるような場合に、送還の準備を可能にするために、収容される、と規定する。

④ 結論

ア 法改正による必要最小限性の明文化

収容を必要最小限の場合に行うこととし、収容の必要のない場合には収容をしてはならないことを明文化する法改正をするべきである。

イ 運用上の必要最小限性

逃亡をすると疑うに足りる相当な理由などの拘束の必要性を要件としない身体拘束は、身体の自由を過度に制約するものであり、運用上も維持されるべきでない。

現行法の下でも、収容を必要最小限の場合に行うこととし、収容の必要のない場合には、収容を回避すべきである。また、収容の必要性のない者が社会内において処遇されることを可能にするため、政府は、N G O等との協力の下で社会内での生活が可能となるような適切な収容代替措置を設けるべきである。

(2) 身体拘束の相当性要件

① 問題点

収容の必要性が一応認められる場合にあっても、当該外国人が病気であったり、高齢者、障害者であったり、未成年であるなど、特に配慮を要する属性があり、収容による不利益が通常以上に大きい場合には、収容は相当でないと解すべきではないか、との問題がある。

② 憲法、国際人権法との関係

ア 憲法との関係

日本国憲法 1 3 条は、自由に関する権利を保障する。同保障は、身体の自

由の制約について、比例性の基準を満たすことを要求していると解される（芦部信喜編『憲法II 人権(1)』有斐閣、150頁）。

また憲法34条は、「正当な理由がなければ拘禁されない。」としており、ここでの「正当な理由」は、拘禁を必要とした実質的合理性を意味するところ、拘禁による不利益と、拘禁の目的との衡量の結果が比例性の基準を満たすことも、実質的合理性の一要素として要請されると解される。

このような憲法の規定からは、拘禁によって過度の不利益を被るおそれのある人に対して、比例原則に反する拘束が許されないと解される。

イ 国際人権法との関係

(ア) 収容者が、妊婦や、傷病者等通院・入院等の必要のある者を収容することは、国際人権（自由権）規約10条、拷問等禁止条約16条が禁じる非人道的な扱いとなる疑いがある。

子どもについても成人と同じ身体拘束制度が適用される上、行政解釈上全件収容主義が適用されることは、子どもの拘禁を最後の解決手段として最も短い適当な期間のみ許容する子どもの権利条約37条に適合しない。

また、親族の扶養を受ける子どもの監護・養育をする者である当該親族を収容することは、子どもの福祉の最大限の尊重を規定する子どもの権利条約3条、及び親子の分離を原則として禁じる同条約9条に適合しないおそれがある。

(イ) 子どもの権利委員会は、日本政府報告書に対する第3回定期審査の最終見解（2010年6月20日）で、犯罪の疑いがない場合でも庇護申請児童を収容する慣行が広く行われていることに懸念を表明し、庇護申請児童の収容を防止し、入管収容施設からの全ての庇護申請児童の速やかな放免を確保し、シェルターを提供するための公的なメカニズムの確立を含む速やかな措置を勧告している。

(ウ) 「移住者の人権に関する特別報告者ホルヘ・ブスタマンテの報告書」（2011年3月21日）は、「病人、未成年者又は未成年者の父母の収容は避けられなければならない。」と勧告している。

③ 相当性の要件を置くべきこと

ア あるべき実体要件

以上に鑑みると、収容については、必要性の要件を満たす場合にも、相当性の要件を具備する必要があることを法律において明記すべきである。

イ 海外でも、以下のような立法例が存在する。

諸外国の立法例では、未成年者の収容を他に手段のない場合に限定するものが多い。

(ア) オーストラリア移民法 (Migration Act 1958)

オーストラリア移民法の 4AA 条は、「子どもの収容は最後の手段でなければならない」と定める。

(イ) オーストリア外国人管理法(2005 Aliens' Police Act)

オーストリア外国人管理法第 77 条（より寛大な措置）は、「子どもの場合は、収容することでしか目的を達成できない場合でなければ、収容してはならない。」と規定する。また同法 79 条（送還までの収容の実施）は、「16 歳未満の外国人の子どもについては、宿泊施設が準備され、子どもの年齢と発達の段階に応じた適切なケアがなされる保証がある場合にのみ、（送還前に）収容することができる。」と規定する。

(ウ) カナダ入国管理・難民法 (Immigration and Refugee Protection Act)

カナダ入国管理・難民法第 6 節（収容及び解放）第 60 条は、「未成年の子どもについては、子どもの最善の利益ということを含めた他の適用されうる基準を考慮した上で、最後の手段となる場合に限って収容が許される。」と規定する。

(エ) スウェーデン外国人法 (Aliens Act 2005)

スウェーデン外国人法第 10 章第 2 条は、子どもが収容される場合について、入国拒否の可能性がある場合、子どもの居所がつかめなくなり、遅延の許されない執行を阻害する明白なおそれがある場合、保護観察の方法では十分ではない場合、に限定する。

また、第 3 条は、子どもは、保護者・監護者と分離して収容してはならず、スウェーデン国内に保護者・監護者がいない子どもの収容は、例外的な場合に限られる、と規定する。

(オ) フランス入国滞在庇護申請法

フランス入国滞在庇護申請法は、18 歳未満の子ども、13 歳以降フランスに居住する者、フランス人との婚姻関係が 3 年以上継続している者等は退去命令の対象とならないものとしており、これらの者については、不法滞在のみを理由として拘束されることがあり得ない。

④ 結論

ア 法改正による相当性の要件の明文化

収容の必要性のある場合であっても、不相当な場合は行わないことを法定

するべきである。

特に、被収容者が、未成年者、未成年者の監護・養育をする者、妊婦、傷病者等通院・入院等の必要のある者、人身取引被害者の可能性のある者その他社会的弱者である場合は、収容が相当でない類型として、原則として収容しない、あるいは解放するよう規定すべきである。

イ 運用上の相当性の考慮

前述のとおり、現在、未成年者、未成年者の監護・養育をする者、傷病者等通院・入院等の必要のある者、人身取引被害者の可能性のある者その他社会的弱者である場合は、仮放免を行ったり、在宅での事件処理を進めるべきとする事務連絡等が発出されているが、この運用を徹底し、また、妊婦等についても、収容が相当でない者として、原則として収容しない、あるいは解放するよう運用すべきである。

(3) 収容に代替する措置の活用

仮放免や仮滞在、一時庇護上陸許可の許否の判断において、他の要件は具備しているにもかかわらず、許可を受けた場合の住居予定場所が用意できないために、収容の必要があるとして扱われる者がある。例えば、本国から日本に上陸する時に難民申請を行った者については、日本とのつながりがないことがむしろ通常であり、日本における予定住居がないことが多い。このため、逃亡のおそれがあるなどとされて仮滞在ないし仮放免の許可が出されず、収容が継続することがある。

このような事態を回避するため、2012年2月以降、法務省入国管理局、特定非営利活動法人なんみんフォーラム、当連合会の三者は、難民申請者について、なんみんフォーラムが住居の提供を行うなどの支援を行う方法で支援を行い、不必要的収容を回避することに向けた協議とパイロット事業を行ってきた。住居など日本における生活の基盤がないために、不必要的収容が継続することを避けることは、人権上の要請ということができ、今後、難民申請者について、在留資格を創設するなどして一時的な在留資格を認めることの許否に当たっても、住居などの日本における生活の基盤を提供することによって許可が可能となる事例が増加し、不必要的収容を回避することにつながることが予想される。NGOなどとの協力の下で、引き続き事業を実施するとともに、法令上もこのような制度を構築することに努めるべきである。

よって、政府は、難民認定手続や退去強制手続の対象となる者について、住居の提供や生活上のカウンセリングなどを通じて、一時的な社会内の生活を

可能とする基盤を積極的に整備して、不必要的収容を回避するための制度を構築し、その予算措置を行うことについて、人権保障という観点から、国の責務として取り組むべきである。

(4) 難民認定申請者の拘束の制限

① 問題点

難民認定申請者については、認定手続中の収容に関しては仮滞在制度（入管法61条の2の4）という仮の地位付与制度があるが、除外事由の広範な適用によって、許可率が極めて低く、実際に収容される場合が少なくない。難民認定申請をして不認定となり、これを訴訟で争っている者については、仮滞在制度の適用外となり、原則として収容される。このことは難民の地位に関する条約31条や「庇護希望者の収容に関するガイドライン」（国連難民高等弁務官事務所）に適合しない。また、拘束の継続が帰国のための圧力となり拷問等禁止条約3条、難民の地位に関する条約33条3項の不送還原則に反する疑いもある。

日本が難民条約に加入し、難民認定手続を定めていることは、難民申請者が難民認定手続のために日本に在留することを当然に予定している。そのような難民申請者を、非正規入国をしたり、超過滞在となってしまったことを捉えて、入国管理上は退去強制手続の対象者であるとして扱うことは、難民条約の趣旨からも避けるべきである。

② 結論

当連合会は、「難民認定手続等の改善に向けての意見書（2002年11月12日）において、次のとおり提言している。

「日本に到着した時点であると、在留中であるとにかくわらず、難民認定申請を行った者に対し、原則として難民申請者という在留資格を付与するなどして申請中の者の地位を安定させ、難民認定について司法審査が行われている場合は原則として司法審査が終了するまでその地位が継続するものとすべきである。」

同意見書後、入管法61条の2の4に、難民認定申請者に付与される仮の地位として仮滞在の制度が設けられたが、「逃亡するおそれがあると疑うに足りる相当の理由があるとき」（入管法61条の2の4第1項第9号）という除外事由が、特に入国時の難民認定申請者に対して過度に広汎に適用され、仮滞在許可率が著しく低くなっている。

当連合会は、改めて、難民申請者としての在留資格を創設することを求める

とともに、当面、仮滞在許可の除外事由（上陸後6か月を超えた難民認定申請、逃亡のおそれ等）の解釈や運用を見直し、原則として仮滞在を許可するとする運用を徹底することを求める（2002年11月12日「難民認定手続等の改善に向けての意見書」、2014年2月21日「難民認定制度及び難民認定申請者等の地位に関する提言」）。

（5）身体拘束の期間制限

① 問題点

退去強制令書に基づく収容については、1年以上に及ぶ長期の収容が行われることがあるが、これは、被収容者の心身に悪影響を及ぼし、人身の自由との関係で問題を生じる可能性がある。

② 現行法の解釈

退去強制令書に基づく収容について、入管法は、収容の期間についての明文の定めを置かないが、他方、無期限に収容できることを明示した条文もない。

しかし、入管法は、送還執行までの期間が長期間にわたることを想定していなかったのであって、不定期かつ長期の収容が可能であると解すべきでない。

アメリカ連邦最高裁判所の *Zadvydas v. Davis* 判決（2001年）は、日本の入管法と同じく身体拘束の期間についての明文のないアメリカ合衆国移民法上の拘束について、法の趣旨は身体拘束の期間について行政庁に委ねたのではなく、裁判所が収容継続の合理的な期間を判断できると解して、合理的な期間の制限を示した。

③ 憲法、国際人権法との関係

ア 憲法との関係

日本国憲法13条は、自由に関する権利を保障する。同保障は、身体の自由の制約について、比例性を要求している（芦部信喜編『憲法II人権(1)』有斐閣、150頁）。

憲法34条は、「正当な理由がなければ拘禁されない。」としており、ここでの「正当な理由」は拘禁を必要とした実質的合理性を意味するところ、拘禁の比例性も、実質的合理性の一要素として要請されると解される。

退去強制令書に基づく収容は、送還の執行を担保することを目的として行われるものであって、難民該当性を訴訟で争ったり、退去強制令書発付処分の効力を争ったりするなどにより、直ちに送還することはありえないような場合に、期限を定めないまま長期にわたって収容することは、被収容者の精神及び身体に極めて悪影響を及ぼし、比例性の観点からも是認されない。

また憲法は、「不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」とし、抑留若しくは拘禁に「不当に長い」場合があることを示している。抑留もしくは拘禁が「不当に長い」か否かは、個々の事情によって判断されると解されているが（最判昭和23年7月19日刑集2巻8号944頁参照），これは個々の事情を前提として比例性が要請される趣旨と解される。したがって、入管法上の収容の期間についても、送還の執行を担保することを目的とするために必要な期間は長期間は想定しがたいこと、他方、訴訟中などの理由で直ちに送還することはありえないような場合に、期限を定めないまま長期にわたって収容することが被収容者の精神及び身体に悪影響を及ぼすなどの重大な不利益を及ぼすことなどを考慮するならば、比例原則の見地からも長期間の収容は原則として許されない。

なお、国は、入管法上の収容について、「日本で活動すべきでない者の活動そのものをさせないことをも目的とする」とする趣旨の主張をすることがあるが、この目的は退去強制処分の執行によって実現されるものであって、収容はその執行を担保するために行われる結果、日本での活動が一時的に行えなくなることとなるに過ぎない。したがって、収容を継続して日本における活動を防止することは、法の目的とするものではなく、比例性の観点からは考慮されるべきものではない。

イ 国際人権法との関係

国際人権（自由権）規約9条1項の「恣意的」拘禁は、比例原則に反する過度に長期の拘禁も含まれると解され、退去強制令書に基づく収容の期間が長期であり、期限の定めがなく長期化することについては、自由権規約9条1項の恣意的拘禁の禁止との関係で問題がある。

また、期限の定めのない长期の身体拘束は、国際人権（自由権）規約10条、拷問等禁止条約16条が禁じる非人道的な扱いとなる疑いもある。

退去強制令書に基づく収容の期間が長期であり、期限の定めがなく長期化することについて、自由権規約委員会第4回定期報告書に対する審査における最終見解（1998年11月19日）は、「入国者収容所の被収容者は、6か月間まで、また、いくつかの事例においては2年間もそこに収容される可能性がある」とし、「収容所の状況について再調査し、必要な場合には、その状況を規約第7条及び第9条に合致させるための措置をとること」を勧告した。しかしその後何ら改善措置は講じられず、同委員会第5回定期報告

書審査の総括所見（2008年10月28日、29日採択）は、「第4回政府報告書の審査後に出された勧告の多くが履行されていないことに懸念を有する」としている。

また、拷問等禁止委員会第1回定期報告書審査の最終見解（2007年8月7日）は、「難民申請却下後から送還までの庇護希望者の無期限拘束、特に無期限及び長期の収容ケースの報告」に留意を示し、移民の収容と送還に関連する全ての措置と運用は、条約3条に十分に適合するように保障すべきこと、難民申請及び送還手続における適正手続を保障すべきこと、人々、特に弱い立場にある者が送還を待つ間の収容期間に上限を設置すべきことを勧告し、庇護希望者への長期・不定期拘束が、拷問を受けるおそれがある国への送還を禁じた拷問等禁止条約3条との関係で問題があることも示した。

また、「移住者の人権に関する特別報告者ホルヘ・ブスタマンテの報告書」（2011年3月21日）は、「拷問禁止委員会が2007年の日本に対する最終見解で述べているように、移住者又は庇護希望者の無期限収容は、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取り扱い又は刑罰に関する条約第3条に違反する。日本は送還を待つ者に対する収容期間への制限を設置すべきである。」と述べ、「入管法は、送還を待つ間の収容の最長期間を導入すべく改正すべきである。」と勧告している。

④ 収容の期限を設けるべきこと

ア あるべき実体要件

以上に鑑みると、収容については、その必要性、相当性の要件を具備する場合にあっても、期限を設け、これを法律において明記すべきである。

イ 現に、諸外国の法制では、収容の要件や期間について、制限を課していることが通例となっている。これらは、単なる立法政策ではなく、人身の自由の保障のために、比例性に基づき収容期間を制限するものとして、合理的な期間を判断する場合の参考にできる。

(ア) スウェーデン外国人法

スウェーデン外国人法は、18歳以上の者について、退去強制令が既に出ていたときの収容の収容期間は、2か月までとされ、「特別の事情」がある場合に限り、これを延長することができる。

ただし、身分の特定に追加調査が必要で、特に国家の安全にリスクがある可能性がある場合には、2か月から最大4か月の収容が許容される。

また、退去強制の直前に、逃亡のおそれがある場合には、旅券等の準備

期間について、最大2か月間収容され得る。

全ての収容条件に該当し、8か月収容された例があるが、最大の収容期間を経過しても退去強制できなかったことから放免された、との報告がある。

また、統計上の平均収容期間は47日との報告がある。

(イ) オーストリア外国人管理法

オーストリア外国人法69条1項、6項は、当局に対して、強制送還前の拘留の期間ができるだけ短くなるよう努力すべきことを義務付け、また基礎となる事実関係が同一である場合、退去強制に先立つ身体拘束は、2年間のうちで6か月以上に及ぶことはできないものとしている。

(ウ) アイルランド

アイルランドの法令では、庇護申請者の収容に関する司法審査について規定しているが、その収容は、収容日から21日を超えない範囲で可能である。実務上は、ほとんどの庇護申請者が Reception and Integration Agency が運営するホステルに放免されている。

(エ) EU

収容の上限は6か月（EU条例）とされている。

(オ) ドイツ居住法

ドイツ居住法第62条では、送還決定がすぐにはできず、収容しなければ送還が困難になるような場合に収容され得るが、送還準備のための収容は6週間を超えてはならないと規定されている。手続としては、司法審査を経て（by judicial order）収容されるが（送還までの収容），この期間は最大2週間とされ、外国人（被収容者）本人の責に帰すべからざる事情で3か月以内に送還を実施できないということが明らかである場合は、送還までの収容をすることはないとされる。

送還までの収容は、6か月までの間で命じられる。外国人（被収容者）自身が送還を妨げるような場合には、最大12か月まで延長することができるとされる。送還準備のための収容期間は、送還までの収容期間にカウントされる。

(カ) フランス入国滞在庇護申請法

フランス入国滞在庇護申請法は、退去強制の対象者に原則として30日以上の退去期間を与えていた。かかる退去期間内に退去しなかった者については、5日間の収容が認められる。5日の経過後の収容の延長には「自

由と収容の裁判官」の許可を要する。延長後 20 日間が経過し、更なる延長の必要がある場合、状況により裁判官は更に 20 日間の延長を許可できる。テロと関係がある行為のために刑事手続上の認定を受けた者については、6か月を最長として、1か月の収容命令を更新することができる。

また同法は、当局に対して、強制送還前の拘留の期間ができるだけ短くなるよう努力すべきことを義務付けている。

⑤ 結論

ア 運用上の期間制限

退去強制令書に基づく収容期間について、送還の執行を担保する目的との関係では長期にわたって収容することは原則として必要が無いこと、他方、長期の収容が被収容者の精神及び身体に甚大な悪影響を及ぼすなどの不利益があることを考慮し、比例原則の見地から制限をするよう運用するべきである。

諸外国の立法例や裁判例をも参照すれば、出入国管理制度の維持という目的で、合計 6 か月以上の拘禁を正当化することはできないと考えられる。

イ 法改正における必要な内容

退去強制令書に基づく収容期間について、送還の執行を担保する目的との関係では長期にわたって収容することは原則として必要がないこと、他方、長期の収容が被収容者の精神及び身体に甚大な悪影響を及ぼすなどの不利益があることを考慮し、比例原則の見地から制限を設ける法改正をすべきである。

(6) 国外送還中の身体拘束についての法律による規制

① 国外送還中の戒具の使用

退去強制の対象となる外国人を収容施設から連れ出し、国外送還を実施する際に、手錠や捕縄などの戒具が利用されることがある。

その根拠となっているのは、「違反調査及び令書執行規程」及び「護送要領」という法務省の内部規則であって、法律やその委任を受けた規則ではない。

「違反調査及び令書執行規程」13条(2)によれば、「被退去強制者が逃走、暴行又は自殺等護送任務の遂行に支障を来すおそれがあると認められるときは、戒具を使用するものとする。」とされている。

ただし、実務上、この「逃走、暴行又は自殺等護送任務の遂行に支障を来すおそれ」は、具体的な逃走等の兆候が認められる場合に限らず、退去強制を拒んでいる者については、一般的にこのおそれがあるものとして戒具を使用して

いる。

この送還手続については、入国者収容所等視察委員会（入管法61条の7の2）の視察対象に含まれておらず、送還中の事故についての検証のために送還の場面をビデオ撮影することなども義務付けられていない。

② 憲法及び国際人権法との関係

国外送還中の身体拘束及び上陸拒否後の拘禁は行政手続であり、憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続についても一定の場合には適用ないし準用が認められる（最判平成4年7月1日判時1425号45頁等）。

手錠の使用などの戒具使用は、身体の自由に対する著しい制限であり、刑事手続上の逮捕において用いられるのと同様の手段によるものである。

したがって、その手続は刑事手続同様の手続保障が認められるべきであり、憲法31条が適用又は準用されるべきである。憲法31条は「法律」による手続によらなければ、何人も自由を奪われないとしている。ここでいう「法律」に、法律の委任を受けた規則や条例が含まれるかについては議論があるところであるが（芦部信喜『憲法III 人権(2)』有斐閣、101頁から104頁），制定過程において民意が全く反映されない「違反調査及び令書執行規程」のような行政の内部規則がこれに当たらないことは、明らかである。

また、自由権規約9条1項3文は「何人も、法律で定める理由及び手続によらない限り、その自由を奪われない。」と定めている。ここでいう「法律」は、厳密な意味での国内法を意味する（宮崎繁樹『解説 国際人権規約』日本評論社、1996年、155頁）。

また、同項2文は「何人も、恣意的に逮捕され又は抑留されない。」としている。ここでいう「恣意的」とは、不適切、不正、予測可能性の欠如をも意味し、拘禁は合法的なだけではなく、全ての状況を考慮して合理的なものでなければならない（宮崎繁樹『解説 国際人権規約』日本評論社、1996年、155頁）。

法の根拠なき拘禁は、自由権規約9条1項が拘禁を法律によることを求めるのこと、被拘禁者人権原則2項が拘禁の厳格な法律の根拠を要請し、9項が拘禁の法律の留保の原則を示すこととの関係で問題がある。

また、送還中の人権侵害や事故を防止するためには、入国者収容所等視察委員会による視察の対象に送還執行を含め、また、送還手続の全過程をビデオ録画することなどにより、送還の適正さを検証するなどの法令上の規程が求

められる。

③ 結論

よって、送還の執行を物理的強制力を伴って行うことはできる限り回避し、その方法、その際の拘束具等の使用基準を、過度な人権制約をしないよう、具体的な逃走の兆候等を要件として、法律上、使用が認められる場合を厳格に規定すべきである。

また、送還の執行の適正さを担保するため、入国者収容所等視察委員会による視察の対象に退去強制令書の送還執行を含め、また、後日に送還手続の適正さを検証することができるよう、送還の全過程を可視化するなどの法令上の規程を設けるべきである。

(7) 上陸拒否中の身体拘束についての法律上の根拠規定の設置

① 上陸拒否後の身体拘束

空港で上陸が許可されず審査が継続する者は、空港にある入国管理局事務所内の出国待機施設に置かれるか、航空会社の手配したガードマンが出口を封鎖する空港内のホテルの部屋に置かれ、拘束される。この拘束については根拠規定がない。

国は、上陸を拒んでいるだけであって、出国は自由であり、身体拘束状態ではないと主張し、この主張を容れた裁判例（東京地決昭和45年12月26日下民21巻11・12号16頁）もある。しかし、日本に庇護を求めるなどして上陸の可否を争い、日本に引き続きいることを求めている者について、その者を一部屋に留め置いて行動の自由を制限することは、実態として身体拘束に他ならない。

② 憲法及び国際人権法との関係

上陸拒否後の身体拘束についても、数時間ではなく1週間以上に及ぶことがあり、その間、法的な根拠すら明確にならないまま身体拘束が続くことは、その者の心身にも重大な影響を及ぼし、人身の自由に対する重大な制約となる。したがって、その手続は刑事手続同様の手続保障が認められるべきであり、憲法31条が適用又は準用されるべきである。また、自由権規約9条1項からも、上陸拒否後の身体拘束についても、法律上の根拠を定め、併せて適正手続の保障がなされるべきである。

③ 結論

上陸拒否後の身体拘束について、その権限、要件、拘束中の処遇について法律に明記し、併せて身体拘束に対する迅速な法的救済手続、拘束し得る期間な

ども法律に明記するべきである。

2 退去強制手続及び上陸審査手続における適正手続の保障

(1) 適正手続保障の原則の退去強制手続・上陸審査手続への適用

① 憲法上の適正手続保障

憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続についても一定の場合には適用ないし準用が認められる（最判平成4年7月1日判時1425号45頁等）。

退去強制手続、上陸審査手続は、その過程において対象者の身体を拘束して自由を奪い、最終的には退去強制処分という身体の自由・移動の自由への重大な制約を加える不利益処分を実施するための手続であることからすれば、同条の趣旨は十分に活かされるべきであるとする判例も存する（福岡地判平成4年3月26日判時1436号22頁）。

② 國際人権法上の適正手続保障

自由権規約13条は、合法的に領域内にいる外国人は、法律に基づいて行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と定め、追放手続における代理人の出頭が認められるべきとし、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等に対する代理人の出頭が認められると定める。

同条の適用範囲には、正規滞在外国人の追放手続はもちろん、入国・在留の合法性が争われる場合も含まれる（自由権規約委員会一般的意見15（27））。正規滞在外国人の追放手続は、日本の法令では不法入国・在留期間経過以外の退去強制事由による退去強制手続である。不法入国・在留期間経過の場合の退去強制手続においても、当該外国人の入国・在留の合法性が問題になるかどうかは、手続の最初の段階では一見して明らかではない場合がある。例えば退去強制が家族生活の尊重を受ける権利、子どもの最善の利益の保障、非人道的な取扱を受けない権利といった実体的権利の制限につながる場合は、政府の裁量権が制限され在留資格を認めないことが違法となる場合があり、まさに在留の合法性が問題になることになる。しかし、手続の当初段階では、言語の制約もあって、弁護士が外国人本人から十分な情報を得ることが困難な場合も多く、外国人の入国・在留の合法性が問題になるかどうかが判断できない場合も多い。このような実情に照らせば、一見、入国・在留の合法性が問題にならないよう

に見える退去強制手続についても当然に国際人権（自由権）規約13条の趣旨が適用されるべきである。

また、同条が規定する「法律に基づいて」とは、単に形式的に法律に基づくだけでなく、当該法令が適正手続を保障していることを也要請するものとされる。自由権規約委員会は、個人通報事件 No58/1979 Maroufidou v. Sweeden に関する見解において、国際人権（自由権）規約13条の「法律」について、当該締約国の国内法であると解しつつ、「ただし国内法の関連規定は、それ自身が規約の規定と両立しなければならないのはもちろんである。第13条は、法律が実体的及び手続的要件に適合することを要求する。」としている（宮崎繁樹『国際人権規約先例集』東信堂、1989年、130頁）。

③ 求められる内容

上記の適正手続保障の具体的な内容として、退去強制手続において、以下の点が求められる。

- ア 手続中における証拠開示がなされるべきである。
- イ 仮放免許可、在留特別許可をしない理由を含めた、実質的な理由の開示等がなされるべきである。
- ウ 仮放免申請に対する審査基準を設け、公表すべきである。
- エ 仮放免の許否に関する審査は迅速に行われるべきである。
- オ 要通訳事件においては、通訳の正確性が、適正手続保障の根幹に影響を与えることは論を待たないから、通訳の適正確保の制度が必要である。

要通訳事件の適正な基準を設け、同基準に沿って、現行実務では通訳が付されないことが多い違反調査、違反審査にも通訳を保障すること、通訳人の資格制度の整備などにより、通訳人の能力、倫理の水準確保をすることなどが要請される。

カ 外国人被拘禁者が権利を十分に主張し得るためには、代理人弁護士の存在が必要であるところ、国庫による法律援助の制度を被収容者が利用可能にすることが、代理人弁護士の選任権の実質的保障のために必要である。この点については、「あらゆる形の拘禁・受刑のための収容状態にある人を保護するための諸原則」（以下「被拘禁者人権原則」という。1988年12月9日、国際連合第43回総会採択。）32項が、拘禁の合法性の簡易迅速な司法審査、違法なら直ちに釈放されるための申立てをする権利の保障を要請するとともに、無資力者には無料で申立てが可能とするとの保障も要請しており、これは被収容者が利用可能な法律扶助制度をも要請すると解される。

これに対して、総合法律支援法は、在留資格のない外国人を民事法律扶助の対象から排除しており、無資力の被収容者も司法審査手続を利用できるよう民事法律扶助制度を改めるべきである。

④ 結論

退去強制手続及び上陸審査手続について、証拠の開示、在留特別許可をしない仮放免許可や理由を含めた理由開示、仮放免申請に対する審査基準の設置及び公表、仮放免の許否についての迅速な審査、並びに適正な通訳を確保すべきである。また、無資力の者でも法律援助を実質的に受けることができる制度的保障を行うべきである。

(2) 身体拘束の司法審査

① 現行法

退去強制手続の取調べ段階の収容の根拠となる収容令書、送還前の収容の根拠となる退去強制令書のいずれも裁判所の関与がなく、入国管理局主任審査官によって発付される（入管法39条2項、49条6項）。

仮放免許可についても、入国者収容所長又は主任審査官が判断権を持っている（法54条2項）。

② 憲法との関係

憲法33条は、何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、かつ理由となっている犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されないと規定する。憲法33条が行政手続における身体拘束にも適用されるかについては議論のあるところであるが、人身の自由という極めて重大な人権の制約については、裁判所による事後的な救済では足りず、裁判所の事前審査に手続を設け行政手の判断のみによって拘束を行ってはならないとするのが同条の趣旨であり、この趣旨は、退去強制手続における収容についても同様に当てはまるものである。

③ 国際人権法との関係

また、司法の関与なく身体拘束が行われることは、身体拘束の合法性を裁判所が遅滞なく決定することを要求する自由権規約9条4項や子どもの権利条約37条との関係でも問題がある。

さらに、被拘禁者人権原則32項は、拘禁の合法性の簡易迅速な司法審査、違法なら直ちに釈放されるための申立をする権利の保障を要請しており、この規定は、入管法上の拘束にも適用される。

④ 立法例

ア ドイツ居住法

ドイツ居住法第62条は、送還決定がすぐにはできず、収容しなければ送還が困難になるような場合には、送還の準備を可能にするために、司法審査を経て (by judicial order) , 収容されると定める。

また、送還を確実なものにする目的で、司法審査を経て (by judicial order) , 収容される (送還までの収容) 。

例外的に事前の司法審査を経ることなく一時的に外国人を収容することができるのは、外国人が不法に入国し、強制送還されるという強い疑いがある場合、事前に司法審査を経ることができない事情がある場合、外国人が、送還のための収容命令を逃れるという十分な根拠のある疑いがある場合に限られ、その場合も当該外国人は、送還のための収容命令を受けるために速やかに司法審査を経なければならないとされる。

イ 英国（1971年入国管理法）

難民移民裁判所の裁判官は、被収容者本人または代理人からの申請を受けて、保釈 (bail from the Asylum and Immigration Chambers) の決定を行うことができる。決定の基準が定められ、「移民・難民のヒアリングに従事する裁判官のためのヒアリング・ガイダンス」は、「収容する十分な理由がなく、他に取り得る適切な管理の方法があるのであれば、保釈は許可されるべきである。」とし、特に以下の5つの点に焦点を当てている (①当該人物が収容された理由、②その日までの収容期間及び将来継続が予想される期間、③当該人物について関連するあらゆる状況を含む他に取り得る手段で、それがその人にとって適當か不適當か、④当該人物やその家族に対して収容が与える影響、⑤保釈条件に違反する蓋然性) 。また、保釈が認められた後、難民申請者については、政府の用意した施設を住居とすることができる。

このほか、高等法院による救済 (High Court remedies in detained cases) として、収容の違法性についての再審査 (Judicial Review) を求めること、または人身保護請求に寄る救済を求めることが可能である。

特に、難民移民裁判所による保釈手続は有効な手段として最も活用されている（以上、イングランドの入管収容施設及び制度の現状と課題研究会「英国視察報告書」2013年12月、13頁以下）。

ウ スウェーデン外国人法

収容について、地方裁判所に異議申立ができる。

⑤ 結論

退去強制手続上の収容及び上陸審査手続中の身体拘束について、実体的基準への適合性を含む、収容の合法性についての事前の司法審査手続と、事後の迅速な司法的救済手続、仮の解放に関する判断に関する迅速な司法的救済手続を設けるよう法改正すべきである。

なお、これらの司法審査手続については、本項(1)③カ（25頁）記載のとおり、無資力者も利用できる法律援助制度を設けるべきである。

(3) 強制送還執行と裁判を受ける権利

① 現行法と運用

入管法52条3項は、「入国警備官（中略）は、退去強制令書を執行するときは、退去強制を受ける者に退去強制令書又はその写しを示して、速やかにその者を次条に規定する送還先に送還しなければならない。」と定めるのみで、予め送還の時期を被退去強制者に告知することは必要とされていない。

実務上も、国費による送還の実施は事前に告知されておらず、送還実施当日に告知がされていた。このため、退去強制令書発付を告知された者について、代理人弁護士を含む外部への連絡をする機会を一切与えないまま収容し、当日の飛行機に乗せて強制送還を実施した例などが生じた。

このような事態を受けて、2010年（平成22年）9月9日、当連合会と法務省の合意により、入国者収容所長等は、入国管理局の処分、民事事件、家事事件、労災申請事件等に関して被退去強制者の代理人となっている弁護士又は代理人となる予定の弁護士が希望するときは、訴訟活動その他の代理人としての活動の判断に資するよう、被退去強制者の送還予定時期を概ね送還予定時期の2か月前を目途とした時点で当該弁護士に知らせることとされたが、上記条件にあてはまらない被収容者については、未だ特段の手当てはなされていない。

② 憲法及び国際人権法との関係

憲法32条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と定め、国際人権（自由権）規約2条3項(b)は、「救済措置を求める者の権利が権限のある司法上、行政上若しくは立法上の機関又は国の法制で定める他の権限のある機関によって決定されることを確保すること及び司法上の救済措置の可能性を発展させること。」について、規約の各締約国が約束すると定めている。

また、自由権規約14条1項2文は、「すべての者は、その刑事上の罪の決定又は民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、法律で設置された、

権限のある独立の，かつ，公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利を有する。」と定めている。

③ 結論

したがって、本国への送還を忌避する者について、退去強制令書発付後、外部との連絡や弁護士に依頼する手段や時間的余裕を与えないままに、直ちに送還を実施することは避けるべきであり、このことを運用のみならず法律上も明記するべきである。

3 身体の自由の制約に関する職員の人権研修

国連自由権規約委員会は、日本政府報告書に対する第4回審査の最終見解（1997年）で、「行政官に対し、規約上の人権についての教育が何ら用意されていないことに懸念を有する。委員会は、かかる教育が得られるようにすることを強く勧告する。」と勧告している。

国連拷問禁止委員会は、日本政府報告書に対する第1回審査の最終見解（2007年）で、「人権教育が、特に女性及び児童の権利に関し、入管警備業務職員の訓練カリキュラムには十分含まれていないことを懸念する。」「裁判官や入管職員のみならず全ての分野の法執行機関職員が、それぞれの分野における人権の意義について、特に拷問、児童及び女性の権利に焦点を当てて、定期的に研修を受けるべきである。」と勧告している。

国は、身体の自由の制約に関する法務省入国管理局職員に対し、国際人権法、国際人権基準に関する詳細な研修を実施すべきである。

以上