

難民不認定処分を受けた不法滞在者の強制送還が違憲とされた事例

【文 献 種 別】 判決／東京高等裁判所

【裁判年月日】 令和 3 年 9 月 22 日

【事 件 番 号】 令和 2 年（ネ）第 1423 号

【事 件 名】 国家賠償請求控訴事件

【裁 判 結 果】 原判決変更

【参 照 法 令】 難民の地位に関する条約 1 条、難民の地位に関する議定書 1 条、出入国管理及び難民認定法 2 条 3 号の 2・24 条 4 号ロ・52 条 1 号・61 条の 2 第 1 項・61 条の 2 の 4 第 1 項・同第 5 項・61 条の 2 の 6 第 3 項・61 条の 2 の 9

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25590739

関西学院大学教授 丸山敦裕

事実の概要

スリランカ国籍の X₁ および X₂（原告・控訴人。以下「X ら」という。）は、在留期間を超えて日本に残留し、いずれも難民不認定処分を受けた後に、出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）24 条 4 号ロの不法残留に該当することを理由とする退去強制令書（以下「退令」という。）の発付を受けた。その後、X らは、それぞれ難民不認定処分に対する異議申立て（平成 26 年改正前入管法に基づくもの）を行ったがいずれも棄却され、これらの棄却決定（以下「本件各異議申立棄却決定」という。）は、いずれも決定から 40 日以上経過した後に X らに告知された。にもかかわらず、X らは告知の翌日に退令の執行を受け、集団送還の方法によりスリランカに強制送還（以下「本件送還」という。）された。

これに対し、X らは、本件送還は、難民不認定処分に対する取消訴訟等の提起について検討する時間的猶予を X らに与えずに行っており、実質的な権利救済を受ける機会を X らから意図的に奪うものであり、憲法 32 条の裁判を受ける権利等を侵害する、などと主張して、Y（被告・被控訴人）に対し、国家賠償法 1 条 1 項に基づき、慰謝料等を請求した。

第一審（東京地判令 2・2・27LEX/DB 25584512）は、入管法 52 条 3 項は速やかに退令を執行して、その者を国籍国等へ送還することを求めていること、また、取消訴訟の出訴期間の経過を待って退令を執行しなければならないとする法令上の規定

はないこと等を理由に、本件送還は憲法 32 条等に違反せず国賠法上違法ではないとして、X らの請求を棄却した。これを不服として、X らは控訴した。

判決の要旨

1 「退去被強制者については、入管法 52 条 3 項により速やかに送還すべきことが規定されており」、「異議申立棄却決定後に取消訴訟の出訴期間が満了するまで送還を停止すべき法令上の根拠はなく、異議申立棄却決定がされた被退去強制者について、取消訴訟の出訴期間が満了する前に送還を実施することが直ちに違法になるとはいえない。」

2 「他方、行政事件訴訟法は、原則として、処分等について審査請求できる場合においても、直ちに取消訴訟を提起することを妨げないとする自由選択主義を採用しており」、「被退去強制者は、難民不認定処分に対する異議申立ての判断がされる以前においても、同取消訴訟を提起することが可能であり、また、取消訴訟の提起と併せた申立てに基づく裁判所の執行停止の決定（行政事件訴訟法 25 条 2 項）を得ることにより、退令の執行を停止させ、送還について司法上の救済措置を求めることが可能な仕組みとなっている。」

また、自由選択主義のもと、行政事件訴訟法 14 条 3 項は、「難民不認定処分に対する異議申立棄却決定後においても取消訴訟を提起することを可能にしている。」

そして、「行政事件訴訟法 46 条の教示制度は、行政庁が処分相手方に対して、被告となる者、出訴期間など取消訴訟の提起に関する適切な情報を提供し、司法審査を受ける機会を実効的に保障しようという趣旨から設けられた規定である。」

「これに加え、Y は、難民異議申立事務取扱要領において、異議申立棄却決定」等を速やかに通知するよう定めており、これは、「被退去強制者に訴訟提起又は帰国などの判断をする時間を確保するよう配慮する趣旨であると解される。」

「これらの法令等（上記取扱要領を含む。）の規定や趣旨からすれば、難民不認定処分に対する異議申立棄却決定後に送還を停止すべき旨を定めた規定がないことや、被退去強制者について速やかに国外に送還すべき旨の入管法 52 条 3 項の規定が存在することをもって、被処分者の難民該当性に関する司法審査を受ける機会を実質的に奪うような結果を許容することはできないといわざるを得ない。」

3 「本件においては、X らは、本件各異議申立棄却決定を告知されて直ちに東京入管に收容され、外部との連絡を取ることができないままに翌日には送還がされたものであり、X₁ においては、A 弁護士を特定して、同弁護士に連絡を取りたい、訴訟を提起したいと何度も訴えたにもかかわらず、約 30 分の間に 5 度架電する機会を与えられただけで、結局、同弁護士と連絡が取れないまま送還され、X₂ においても、上記告知の際に『提訴をしたい』と希望を述べたのに対して、入管職員に『6 か月間裁判できますという意味であって、入管がその間送還しません、裁判を待ちますという意味ではありません。』と告げられてそのまま送還されたのであり、いずれも本件各異議申立棄却決定告知後に取消訴訟を提起する意向があったにもかかわらず、これが事実上不可能であったものと認められる。」

そして、X₁ と X₂ のいずれに対しても、本件各異議申立棄却決定が下されてから 40 日以上も経過した平成 26 年 12 月 17 日になってはじめて、それらの告知がなされている。「X らはいずれも、本件各異議申立棄却決定後、これを告知されるまでの間に仮放免許可更新の手続のために東京入管に出頭しているにもかかわらず、その際に本件各異議申立棄却決定を告知されなかったこと、遅くとも同年 10 月 23 日の時点では、X らは平成 26

年度チャーター機送還（集団送還）の対象者とされており、同年 11 月 5 日には X らの送還時期は同年 12 月 18 日から同月 19 日と予定されていたことが認められるのであって、これらを前提にすると、Y は、X らを集団送還の対象として、これが予定どおり実施されるために、X らが訴訟提起をする前に送還を実施すべく、敢えて本件各異議申立棄却決定の告知を送還の直前まで遅らせたものと解さざるを得ない。」

4 「以上によれば、入管職員が、X らが集団送還の対象となっていることを前提に、難民不認定処分に対する本件各異議申立棄却決定の告知を送還の直前まで遅らせ、同告知後は事実上第三者と連絡することを認めずに強制送還したことは、X らから難民該当性に対する司法審査を受ける機会を実質的に奪ったものと評価すべきであり、憲法 32 条で保障する裁判を受ける権利を侵害し、同 31 条の適正手続の保障及びこれと結びついた同 13 条に反するもので、国賠法 1 条 1 項の適用上違法になるというべきである。」

判例の解説

一 退去強制手続と難民認定手続との調整

入管法上、難民申請を行いうるのは「本邦にある外国人」に限られており（61 条の 2 第 1 項）、国外退去となった者は、難民認定を受ける資格自体を喪失する。この場合、難民不認定処分に対する取消訴訟についても、その訴えの利益を失うことになるため¹⁾、退去強制が難民申請者にもたらす不利益は甚大である。そのため、難民申請者の人権保障を十全のものとするためには、退去強制手続（退令の執行）と難民認定手続（難民該当性判断に疑義があった場合を含めた手続保障）との調整が不可欠となる。

入管法は、在留資格未取得外国人であっても難民申請をした者には仮滞在を認めている（61 条の 2 の 4 第 1 項）。また、その難民申請が不認定となっても、不認定処分に対する異議申立て（現行法では審査請求）が却下・棄却等されるまでの送還停止効を定めている（61 条の 2 の 6 第 3 項）。このように、入管法は、難民該当性に疑義のある段階では強制送還がなされることのないよう、難民申請者に一定の手続保障を与えている²⁾。しかし、異議申立棄却決定等がなされた後については、退

去強制手続を中断させる仕組みは存在しない。これは取消訴訟の出訴期間内であっても同様である。

本事案は、このような手続保障の空白地帯で生じた退令執行において、裁判を受ける権利の実効的保障のあり方が問われたものである³⁾。本判決では、最終的に本件送還の憲法 32 条違反等が認められたが、これは事例判断にとどまり、この手続保障の空白を一般的に埋め合わせるものではなかった。その意味では、本判決の射程は思いのほか限定的といえるのかもしれない。

二 裁判を受ける権利と入管法の機械的適用

従来、憲法 32 条の裁判を受ける権利は、訴権（裁判請求権）の保障や裁判拒絶の禁止を内容とする解されてきた。これは、「国会が法律という形式で樹立した訴訟制度の下で、すでに存在している訴訟法に違反して裁判を拒絶されない権利」⁴⁾といった意味で、ごく形式的にのみ理解されるのが一般的であった。しかし、このような形式的理解では、権利の内容が立法政策により骨抜きにされ⁵⁾、裁判を受ける権利の意義が大きく損なわれかねない。そこで現在は、裁判を受ける権利を実質的に理解する立場が支配的となりつつあり、なかでも同権利を実効的救済を求める権利を保障するものとみる見解⁶⁾が有力である。そして、とりわけ行政訴訟に関しては、行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）の訴訟類型や出訴要件等の規定および運用が国民の権利利益の侵害に対する実効的救済を妨げている場合には、これを裁判を受ける権利の侵害と解すべきとの指摘もなされ⁷⁾、ここでは「出訴保障の実効性」⁸⁾が憲法 32 条から要請されるといわれている。

この点、第一審は、裁判を受ける権利の形式的理解に立脚しているように思われる。というのも、第一審は、一方では、退令執行により難民不認定処分を争う訴えの利益が失われうることを認めつつも、他方で、「取消訴訟の出訴期間の経過を待って退令を執行しなければならないとする法令上の規定はない」ことを理由に、憲法 32 条違反を否定しているからである。ここには、取消訴訟の機会が入管法の枠内でのみ保障されていればよく、現行法の解釈や運用において「出訴保障の実効性」を考慮しなくても憲法上の問題を生じさせない、との理解があるかのようである。しかし、実際に

は、取消訴訟を提起した場合であれば、退令の執行について執行停止を申し立てることが可能であるし（行訴法 25 条 2 項）、さらに実務上も、裁判を受ける権利に配慮して裁判終結までの間は送還を差し控える運用がなされている⁹⁾。だとすれば、ことさら訴訟提起前に限って「出訴保障の実効性」を考慮せずに退令執行をしてよいとする解釈ないし運用を行うことは、明らかに一貫性を欠いており、衡平を失するものだといえよう。

これに対し、本判決は、第一審同様、異議申立棄却決定後に取消訴訟の出訴期間満了まで送還を停止すべき法律上の根拠はないとしたものの、結論的には、第一審とは異なり憲法 32 条違反を認めている。ここでは、入管法がただ機械的に適用されたのではなく、裁判を受ける権利が実際に行使可能であったかという視点から、関係法令等（行訴法・難民異議申立事務取扱要領）の趣旨をも踏まえた検討がなされていた。本判決で重要な役割を果たしたこの視点は、裁判を受ける権利の実質的理解から導かれるものであり、また、本判決が第一審と結論を分けた一因は、この点にあるということが出来る。

三 実効的救済のあり方

裁判を受ける権利の実質的理解のもとでは、現行法を憲法 32 条適合的に解釈ないし運用することが求められる¹⁰⁾。ただ、退去強制手続との調整を要する局面において、難民認定手続ないしその手続保障をどこまで優先させるべきかについては、いくつかの見解が見られる。例えば、①難民該当性に関する司法判断が確定するまでの送還停止を求めるもの¹¹⁾や、②第一審判決までの送還停止を求めるもの¹²⁾、③退令執行が一般的に裁判を受ける権利を制約するとはいえないが、作為的に同権利の行使を著しく困難にする行為は違憲と解するもの¹³⁾、がその代表例である。

本判決の採った立場は、③に近いといえる。本判決は、「取消訴訟の出訴期間が満了する前に送還を実施することが直ちに違法になるとはいえない」と明言しつつ、本件各異義申立棄却決定の告知を送還の直前まで遅らせたことや、告知後に事実上第三者と連絡するのを認めなかったことを、違憲判断の決め手としていた。ここでは、〈憲法一法令〉の平面¹⁴⁾において一般論的に憲法問題があるとは解されておらず、個別の退令執行のあ

り方自体が問題視されている。これはいわゆる処分違憲（適用行為違憲¹⁵⁾）のアプローチを採用したものといえることができる。

もっとも、このようなアプローチが採られた結果、第一審では検討されていたノン・ルフールマン原則が、本判決の検討対象から完全に漏れ落ちることとなった。ノン・ルフールマン原則とは、送還されれば生命・自由が脅かされるといった迫害のあることが予想される国へは送還してはならないという国際法上の原則である。これは難民条約33条や拷問等禁止条約3条等にその定めがあり、入管法53条3項でも明文化されている。これに従えば、難民はもちろんのこと、難民認定されていない者であっても、迫害が待つ国への送還は許されないこととなる¹⁶⁾。そして、この趣旨を貫徹するならば、難民該当性に疑義がある場合はその司法判断が下されるまでは送還すべきではない、との一般論が論理的に導かれることになる¹⁷⁾。上記①や②の見解はこうした理解を前提とするものであった。しかし、本判決では出訴期間内の退令執行一般が違憲とはされなかったため、これらの見解からすると、本判決はやや物足りないものだったかもしれない。

四 おわりに

外国人の人権は「在留制度のわく内で与えられているにすぎない」とするマクレーン事件判決¹⁸⁾の立場からすれば、裁判を受ける権利も入管法上の退去強制手続に抵触しない限りでの保障にとどまる、との理解もありうるのかもしれない。第一審はこうした理解に接近するものであった。しかし、入国の自由や在留の権利等であれば格別、外国人の人権全般について、在留制度が憲法に優位するかのような理解には疑問の声も多い¹⁹⁾。行政機関は、退令執行に際しても、憲法、条約、法律等の諸法令・諸権利に拘束されるはずではなかろうか²⁰⁾。さらに、裁判を受ける権利は自由権規約14条1項や難民条約16条1項で規定された権利でもある。だとすれば、憲法上の「外国人の人権」論に依拠せずとも、国際法適合解釈義務²¹⁾を介してこの権利の保護を実現していくことが可能でさえあったといえよう²²⁾。いずれにせよ、退令を執行するにあたり、国が裁判を受ける権利にもはや無関心でいられないことが、本判決によって改めて確認されたといえる。

●——注

- 1) 最判平8・7・12判時1584号100頁。なお、本判決でも同最判が引用されている。
- 2) 小畑郁「難民認定処分と裁判を受ける権利」令和元年度重判解（ジュリ臨増1544号）（2020年）277頁は、送還禁止効の定めを「ノン・ルフールマン原則の要請を満たすための手続的保障」と位置づけている。
- 3) この手続保障の空白地帯について、「法の欠缺」を指摘する声もある。座談会「収容・送還に関する専門部会による提言の検討」法時92巻11号（2020年）66頁〔安藤由香里発言〕。
- 4) 井上典之「実効的な権利保障」小山剛ほか編『論点探究憲法〔第2版〕』（弘文堂、2013年）267頁以下、269頁。
- 5) 安西文雄ほか『憲法学読本〔第3版〕』（有斐閣、2018年）223頁以下〔穴戸常寿執筆〕。
- 6) 笹田栄司『実効の基本権保障論』（信山社、1993年）331頁以下。
- 7) 穴戸常寿「裁判を受ける権利の現在と未来」憲法研究7号（2020年）79頁。
- 8) 笹田・前掲注6）335頁。
- 9) 第7次出入国管理政策懇談会「収容・送還に関する専門部会」報告書「送還忌避・長期収容問題の解決に向けた提言」（2020年6月）12頁。
- 10) 只野雅人『憲法の基本原理から考える』（日本評論社、2006年）282頁。
- 11) 大野友也「難民申請者に対する退去強制と裁判を受ける権利：試論」鹿法52巻2号（2018年）15頁以下、20頁。
- 12) 佐藤哲夫「難民の出国と難民認定」平成8年度重判解（ジュリ臨増1113号）（1997年）261頁以下。
- 13) 毛利透「本件判批」法教496号（2022年）125頁。
- 14) 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社、2014年）299頁。
- 15) 山本龍彦「適用審査と適用違憲」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第2版〕』（日本評論社、2020年）44頁。
- 16) 山田録一ほか『よくわかる入管法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）260頁以下。
- 17) 佐藤・前掲注12）262頁。
- 18) 最大判昭53・10・4民集32巻7号1223頁。
- 19) 例えば、泉徳治「マクレーン判決の間違い箇所」判時2434号（2020年）133頁以下、近藤敦『移民の人権』（明石書店、2021年）143頁以下。
- 20) 泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、2013年）271頁。
- 21) 松田浩道『国際法と憲法秩序』（東京大学出版会、2020年）188頁。
- 22) 曾我部真裕「外国人の基本権保障のあり方」法教483号（2020年）76頁は、「国際人権条約が在留制度の枠内で考慮されるのではなく、在留制度にかかわる裁量が、国際人権条約によって制約される」と指摘している。なお、名古屋高判令3・1・13判タ1488号126頁は、違法のみ認定にとどまっている。