

帰国不可能者の不法残留「行為」

【文献種別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 令和7年7月31日
【事件番号】 令和7年（う）第498号
【事件名】 出入国管理及び難民認定法違反被告事件
【裁判結果】 控訴棄却（上告）
【参照法令】 出入国管理及び難民認定法70条1項5号
【掲載誌】 判例集未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25625682

立命館大学特任教授 松宮孝明

事実の概要

1 本件は、中国国籍の被告人が、2018（平成30）年8月19日までの在留期間を超えて、在留期間の更新も在留資格の変更も受けずに本邦に在留し続けた事実のうち、2023（令和5）年4月21日以降、本邦から出国せず、2024（令和6）年5月29日まで本邦にとどまり続けた事実について、不法残留罪で起訴されたものである。以下、「本件」と記す。

この間、被告人は、2022（令和4）年4月26日に、同年2月13日まで本邦に不法残留した罪（出入国管理及び難民認定法70条1項5号。以下、「本罪」と記すことがある。）により、懲役2年執行猶予3年の有罪判決を受けた。しかし、新型コロナ禍により中国が入国を規制したため（ただし、2023（令和5）年1月頃には中国国内でゼロコロナ政策が解除され、遅くとも令和5年4月頃には航空券価格の高騰も終わり、通常価格（最安値約50000円～）になっていた。）すぐには強制送還できないことから、直後に東京入管により仮放免の許可を受けていた。ところが、その後、被告人は貧困と体調不良のために東京入管に出頭できず、かつ、指定された住居も賃料滞納のために転居を余儀なくされるなどして入管との連絡を怠り（なお、被告人は日本語が話せない）、かつ指定された住居地を変えるなどし、その結果、東京入管は2023（令和5）年4月21日に仮放免条件違反を理由に仮放免を取り消した。その後、被告人は翌年5月30日に東京都葛飾区内において、本件被疑事実により現行犯逮捕された。

2 本件につき、弁護人は、不法残留罪は「不

法残留状態を解消しなかった」という不作為犯であり、被告人には法的に期待された作為をする可能性が認められないから、本罪の構成要件該当性がないと主張したほか、実質的違法性の欠如、量刑不当を主張した。しかし、その第一審判決¹⁾（以下、「原判決」と記す。）は、不法残留罪の処罰の対象となる行為は「許可された在留期間を超えた外国人が自らの意思で日本国内に在留するという作為」であるとした上で、本件については、「遅くとも仮放免が取り消された同日においては、被告人の出入国管理行政を蔑ろにする態度が顕在化していると評価できるから、同日を起点とし被告人が現行犯逮捕されるまでの間の滞在行為は客観的にも主観的にも不法残留状態を帰属させる問責対象行為として十分なものである。」と述べて被告人に本罪の成立を認め、懲役6月（ただし、未決勾留日数をその刑期に満つるまで算入）を言い渡した（下線筆者）。

これに対して事実誤認、法令解釈の誤り、量刑不当を理由に控訴がなされた。

判決の要旨

本判決は、以下のように述べて、事実誤認および法令適用の誤りという主張を退けた。

「確かに、被告人が前件不法残留罪により執行猶予付きの有罪判決を受け、当日、収容を経て仮放免された頃から、弁護人が主張するように、被告人にとって帰国費用を捻出することが容易でなかったことは、証拠からもうかがわれる。しかし、罪となるべき事実と同旨の本邦内に留まった行為を内容とする公訴事実により公訴を提起され、証

抛上、これに該当する行為が在留期間を経過した際から継続していると認められ、身柄拘束中の期間を別として、この行為により不法残留の状態も継続したことが認められるから、回避可能性に関する弁護人の主張を踏まえても、少なくとも仮放免取消後の期間につき、不法残留罪の構成要件に該当するとして一審判決に誤りはない。」

「仮放免取消に至る経緯のほか、起訴に係る期間中、被告人は、出入国（在留を含む。）管理行政に従うという、不法な滞在行為により生ずる同行政への侵害を減少させる行動を何らとってこなかった点を指摘して実質的違法性を欠くものでないとして一審判決に誤りはない。」

さらに、量刑不当の主張も斥けている²⁾。

判例の解説

一 本判決の意味

本件は、本判決が述べるように、「被告人にとって帰国費用を捻出することが容易でなかったこと」は証拠から明らかであると同時に、「容易でなかった」を超えて「不可能であった」可能性のある事案に関するものである。というのも、本件では、被告人がコロナ禍や帰国費用の高騰、体調不良等により不法滞在を余儀なくされたという事実が証拠上明らかだからである。

問題は、このような場合、被告人は自らの意思で「本邦内に留まった」といえるかにある。これは、犯罪体系上は、被告人に、自らの意思に基づくものとしての「行為」があったか否かという問題である。

しかし、この点につき、本判決は、原判決に誤りはないと述べるのみで、被告人に「本邦内に留まった行為」があったのかという問題を自覚的に検討していない。言い換えれば、本判決は、原判決と同様に、不可抗力により本邦内にとどまらざるを得なかった場合でも、不法残留の「行為」はあると、漫然と考えているのである。これでは、本罪の「罪となるべき事実」（刑訴法 335 条 1 項）の判示としては不十分である。

二 問責対象となる「行為」とは何か？

1 不法結果が回避不可能な場合

これは、当該犯罪の予定する「不法」（＝構成要件該当＋違法）結果が、被告人にとって物理的

ないし生理的に回避不可能な場合には、当該結果は被告人に帰責されないという一般的なルールがあることを想起すれば、理解可能であろう。

このことは、著名な過失犯の裁判例をいくつか想起すれば明らかである。たとえば、「京踏切事件」と呼ばれる事案では、列車の運転手がわき見運転をした疑いがあったが、仮に前方を注視していたとしても、カーブのために線路上の幼児を視認できた時点では急制動による停止が間に合わず、被害者の死亡が避けられなかった。これについて大審院は運転手を無罪としたが³⁾、仮に運転手がかもはや事故を回避できない時点で被害者の存在に気づき、事故の発生を「しかたがない」と思ったとしても、それだけでは彼に故意の責任は問えないであろう⁴⁾。さらに、他者の異常な危険行動から結果（自動車の衝突による乗客の死傷）が発生することを予見して回避措置を採るまでの時間を考えると結果が回避できなかったという場合も、過失責任は否定されるが⁵⁾、この場合でも、被告人が仮に衝突直前にこの事態を認識しかつ認容したとしても、故意責任は問われない。後者の事案では、最高裁で破棄された下級審の判決は被告人の行為を徐行しないで見通しの悪い交差点に進入した「作為」と捉えていたのであるから、これらの事案をあえて不作為犯と考えることもないであろう⁶⁾。これは、過失（＝予見可能性）や故意は、結果がまだ物理的・生理的に回避可能な時点で存在しなければならないということの意味する⁷⁾。

つまり、結果（＝既遂状態）の物理的ないし生理的回避可能性は、過失犯固有の要素ではなく、また不作為犯固有の要素でもなく、故意犯と過失犯、作為犯と不作為犯に共通する刑事責任の最低限の条件なのである。学説では、これをして、故意作為、過失作為、故意不作為、過失不作為に共通する「行為」の最低限の定義であるとして「ネガティブ（仮定的または消極的、さらには否定的）な行為概念」と呼ぶものもある⁸⁾。この行為概念で十分かどうかは別にして、結果の物理的・生理的回避可能性は、どのような行為概念にも最低限必要なものである。

事実、被告人が惹起したとされる不法結果が、もはや物理的にも生理的にも避けられない時点では、人はそれを被告人が「自らの意思で」惹起したとはいわないであろう。それは被告人の「行為」ではないのだから。その代わりに、意識的ないし

無意識的に、それより前の、物理的・生理的に結果が回避可能な時点で故意や過失がないかを検討するのである。要するに、物理的・生理的にそもそも回避不可能な場合は、故意・過失による問責対象にならない。つまり、問責の対象となる「行為」とはいえないのである。

なお、これに対して、物理的・生理的には結果は回避可能だけれども、心理的抑圧のために回避行動に出られないという場合は、適法行為の期待可能性がないことになる。その代表例は、拳銃を突き付けられて脅され、生命の危険を回避するために行った覚醒剤自己使用である。この場合には、刑法 37 条 1 項本文の緊急避難規定を適用して無罪を導いた裁判例があるが⁹⁾、それは覚醒剤使用行為が適法というのではなく、それをしないことを期待できないという責任阻却としての緊急避難と解される。結果の物理的・生理的回避可能性は、それとは異なるものである。

2 不法残留という「行為」

以上の事情は、不法残留罪にも妥当する。ここでも、被告人にとって不法残留状態という不法結果が、物理的にも生理的にも回避できない事態であるなら、それは被告人が「自らの意思で」惹起したものではない。その際、前訴判決後の本件不法残留が「職権仮放免」というまさに被告人の意思によらない形で開始されたものであり、かつ、仮放免制度が、①仮放免者自身が生計を立てることを予定していないため、その就労を禁止していること、②他方で、その期間の本邦滞在のための費用（食費、生活費はもちろん、賃貸物件等で暮らすための家賃）についても一切経済的担保・援助等の制度が存在せず、③仮放免者が国民健康保険の適用外であることから医療費についても一切経済的援助がないこと（全額自己負担であること）なども、考慮しておかなければならない。

この点につき、原審でも、そのような不法残留状態の解消を問うことは、本罪を不作為犯と考えるものではないかという点が争われた。しかし、問題はそうではなくて、本罪が作為犯であったとしても、本件の被告人に、その不法残留状態が回避できなければ、そこには不法残留「行為」はないという点にある¹⁰⁾。

3 回避すべき不法「結果」

ここで、不法残留罪において回避すべき不法「結果」が問題となる。最決平 15・12・3 刑集 57 巻 11 号 1075 頁（以下、「平成 15 年決定」と記す。）によれば、仮放免中の滞在も不法残留罪に当たる。つまり、回避すべき不法「結果」は、入管と連絡を取り適宜出頭して仮放免を継続してもらわないことではなく、本邦に滞在することだと解される。言い換えれば、仮放免状態への復帰では、不法「結果」の回避にならないのである。

これが、仮に、仮放免での本邦滞在は許されたものであるから「不法」でないという解釈が可能であれば、回避すべき不法「結果」は仮放免なしでの本邦滞在となり、したがって「不法」結果の回避可能性は仮放免の継続可能性に左右されることとなる。しかし、残念ながら、上記平成 15 年決定は、この期間の滞在も不法残留罪に該当すると述べており、その調査官解説や学説も、これを是認しているようである¹¹⁾。つまり、平成 15 年決定からみて、入管に出頭し続けて仮放免を得ることで、「不法」結果は解消されないのである。

この点につき、本判決には、「起訴に係る期間中、被告人は、出入国（在留を含む。）管理行政に従うという、不法な滞在行為により生ずる同行政への侵害を減少させる行動を何らとってこなかった点を指摘して実質的違法性を欠くものでないとした一審判決に誤りはない。」という判示がある。しかし、被告人に入管事務所への不出頭等があったとしても、出頭では不法残留という「結果」は解消されないのであるから、結果回避可能性にとって不出頭という「行政侵害」に意味はない。

しかも、生活の本拠が本国にある外国人の場合には、第三国への出国という事態は考えられないであろうから、「不法」結果の回避は本国への帰国を意味することになる。したがって、不法残留外国人の「不法」結果回避可能性は、本国に帰国する物理的・生理的可能性であり、それが可能であるかどうかを検討されなければならない。その際、不法残留者に帰国の費用がなければ、——海を自力で泳いで帰国せよという不可能を強いるのでない以上——本国への帰国は物理的にも生理的にも不可能であったと考えなければならないであろう。そして、そうではなかった、つまり帰国が可能であったとする立証責任は、訴追側にあると解さなければならない。

三 本件における問責対象

1 被告人が回避すべき不法「結果」

よって、本件では、被告人が訴追された「2023（令和5）年4月21日以降、本邦から出国せず、2024（令和6）年5月29日まで本邦にとどまり続けた」事態が、本罪に当たるためには、帰国費用が捻出できることにより、被告人にとってこの不法滞在が物理的・生理的に回避可能であった事実が証明されなければならないことになる。

2 被告人に本法から出国（し、帰国）することは可能であったか？

この点では、2023（令和5）年1月頃には中国国内でゼロコロナ政策が解除され、また、同年5月頃には航空券価格の高騰も終わったようである。しかし、当時、被告人は仮放免者として経済的困窮を極めていた中で、さらに体調を害したこともあり、この時点ではまだ、帰国費用を工面することはできていない。その被告人が帰国費用を親族から借りることにより工面できたのは、早くても本件起訴後のことのようにである¹²⁾。少なくとも、原判決をみる限り、このような帰国可能性は、訴追側によって立証されたとは読めない。

したがって、本件においては、被告人は原判決の「罪となるべき事実」に示された不法残留状態を回避する物理的・生理的可能性はなかったと考えるべきことになる。言い換えれば、被告人には、公訴事実について、許可された在留期間を超えて「自らの意思で日本国内に在留する」という「行為」はなかったことになるのである。

四 むすびにかえて

以上の検討から、本件では、不法残留罪が作為犯であることを前提としつつ、しかし被告人には「自らの意思で日本国内に在留する」という「行為」はなかったことが明らかとなった。したがって、その点の検討を怠り、不法残留「行為」があると漫然と述べて被告人を不法残留罪で有罪とした原判決を是認し、同様に「行為」があるとした本判決は破棄されるべきことになる。その上で、再度、被告人の帰国可能性の有無を検討し、起訴された「罪となるべき事実」の期間中にはそれがないという結論に達すれば、裁判所は無罪の判決を言い渡さなければならないであろう。それは、憲法31条に含まれると思われる「責任主義」の

要請でもある。

なお、このように被告人が帰国できない場合に本罪の成立を否定すると、同じように帰国不可能な状況に置かれている不法残留者もみな無罪となることになるが、それは不都合であるという反論が考えられる。しかし、犯罪が「行為」である以上、もはや物理的にどうしようもない状況については、人は非難の象徴としての刑罰を受けるべきでない。これは、「刑罰」および「刑事責任」を問う以上は避けては通れない要件なのである¹³⁾。

●—注

- 1) 東京地判令7・2・26LEX/DB25625681。
- 2) 本判決に対する評釈として、松原芳博「判批」刑弁126号（2026年）124頁、弁護人による本事案の紹介として、志塚永「不法残留罪で有罪判決を受けた外国人が仮放免取消後に再び同罪で起訴された事案」刑弁126号（2026年）120頁がある。筆者も、弁護人からの依頼により、控訴審に向けて意見書を書いたが、控訴審はそれを採用しなかったようである。
- 3) 大判昭4・4・11新聞3006号15頁。
- 4) この点につき、松宮孝明『刑法講義総論〔第6版〕』（成文堂、2024年）213頁を参照されたい。
- 5) 最判平15・1・24判時1806号157頁。
- 6) 松原・前掲注2）127頁は、不法残留罪を「不法残留」という結果の回避を怠る不作為犯と考えているようであるが、それは、行為者が自己の意思で本法に不法残留したことの裏返しであり、あえて不作為犯と構成すべき必要はないと思う。
- 7) 松宮・前掲注4）214頁。
- 8) 仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論』（成文堂、2013年）96頁以下が紹介するロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルクの見解である。Vgl. R. D. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972.
- 9) 東京高判平24・12・18判タ1408号284頁。
- 10) 神戸地明石支判昭62・8・18LEX/DB25402872は、外国人が申請期間内に新規登録申請をしないで、所定期間を超えて本邦に在留することを真正不作為犯と解しているが、これは、不法残留自体ではなくて、登録申請の懈怠を不作為犯としたものである。
- 11) 芦澤政治「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度』（法曹会、2006年）584頁、菱川孝之「判批」ジュリ1284号（2005年）148頁、橋爪隆「判批」判時1915号（2006年）222頁参照。
- 12) この点は、志塚・前掲注2）121頁以下に述べられている。
- 13) 強制送還等の行政処分には、このような「行為」は不要であるが。