

**公開死刑に処せられる蓋然性が高い国籍国への送還の違法性**

- 【文献種別】 判決／大阪高等裁判所  
【裁判年月日】 平成27年11月27日  
【事件番号】 平成26年（行コ）第106号  
【事件名】 退去強制令書発付処分取消請求控訴事件  
【裁判結果】 一部認容、一部棄却  
【参照法令】 出入国管理及び難民認定法53条、自由権規約6条1項・2項  
【掲載誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25541771

**事実の概要**

イラン国籍のX（本件控訴人）は、平成12年7月に偽造旅券を用いて日本に入国し、その後平成13年4月に日本国内において、イラン人男性の知人を殺意をもって準備の上殺害した。これによりXは逮捕され、殺人及び入管法違反（不法在留）の罪により、懲役刑を受け刑務所に入所した（平成14年3月）。その後平成21年8月に、大阪入国管理局（大阪入管）入国審査官はXに対して違反調査を行い、退去強制事由（不法入国）に該当する旨認定した。Xはその認定に服し、口頭審理の請求を放棄したところ、大阪入管主任審査官より、国籍国イランを送還先とする退去強制令書発付処分を受けた。

Xは、イランに送還されれば、イラン・イスラム刑法に基づき、日本で有罪判決を受けて既に服役した殺人罪により公開処刑されるおそれがあるから、送還先をイランと指定した退去強制令書発付処分は違法であると主張し、その取消しを求めて訴えを提起したが（平成23年12月）、大阪地裁はそれを退けた（平成26年5月）<sup>1)</sup>。Xはこれを不服とし、退去強制令書のうち、送還先をイランと指定した部分の取消しを求めて大阪高裁に控訴した。

大阪高裁は、本件退去強制令書発付処分のうち送還先をイランと指定した部分の取消しを求める限度において訴えを容認し、その余について棄却すると判示した。

**判決の要旨****1 退去強制処分に関する違法性判断**

退去強制令書には、退去強制の理由等のほか、送還先を記載しなければならない（入管法51条）が、送還先については、国籍国等を原則とした上で、これらの国に送還することができないときは、本人の希望により、①本邦に入国する直前に居住していた国、②本邦に入国する前に居住していたことのある国、などとする事が定められている。送還先の決定には、主任審査官には一定の合理的な裁量判断が求められている。

退去強制を受ける者は、入管法の定める送還先、あるいは自らの正統な権利利益が侵害されるおそれの限り少ない送還先に送還される法律上の利益を有している。送還先の指定についての主任審査官の判断に、入管法53条の規定あるいは退去強制を受ける者の正当な権利利益に照らして合理的な裁量権の範囲の逸脱又は濫用があると認められるときは、退去強制令書の発付そのものが違法な処分に当たるとはいえないものの、送還先を指定した部分が違法であるとして、当該部分の取消しを求めることができる。

**2 控訴人のイランにおける処刑の蓋然性について****(1) 認定事実**

イラン・イスラム刑法は、イラン人の国外犯がイラン国内で見つかった場合には、イランの刑法により処罰されると規定する。司法権司法部<sup>2)</sup>は、他国において既に当該犯罪について処罰され

た場合でも、当該犯罪がイスラム法（シャリーア）に基づき定義され処罰可能な犯罪に含まれるときは、犯罪者はなおイランにおいて起訴され処罰されるとしている。

故意による殺人は同害報復刑（キサース）の対象となり、被害者の相続人は、最高指導者の許可の下、報復することができる。イスラム教徒が殺された場合には殺人者は報復の対象となり、被害者の相続人の同意がある場合には、当該殺人者は処刑される。処刑の許可は、手続上の問題がない限り自動的に与えられるが、殺人者と被害者相続人との合意により、「血の代償金」（ディーヤ）の支払いによる代替は可能である。死刑の執行は、通常絞首刑で行われるが、裁判官が、世論の動向や一般的な犯罪予防の必要性等をも考慮して、その裁量により公開で行うこともある。

控訴人の親族からは、イランに帰国すべきではない旨警告する手紙が多数届いている。控訴人が本件被害者の相続人に慰謝料を支払ったことはなく、被害者の相続人との交渉を担当するイランの弁護士によれば、被害者の相続人からの宥恕を得るには至っていない。

### (2) 控訴人が死刑に処せられる蓋然性

控訴人がイランに帰国した場合、本件犯行によりイランにおいて再び起訴・裁判が行われ、刑に服する蓋然性は極めて高いものと認めざるを得ない。被害者相続人との交渉を担当するイランの弁護士は、被害者相続人との賠償に関する交渉に成功しておらず、その宥恕は得られていない。むしろ被害者の親族は強い被害感情と厳罰を求める意向を有しており、そのことを認識している控訴人の親族等は、控訴人がイランに送還され刑に服することを強く危惧していることが認められる。

控訴人がイランに送還された場合、死刑に処せられる蓋然性は極めて高いものと認めざるを得ない。これに加えて、控訴人に対する死刑の執行は、公開の場における絞首刑の方法で行われる可能性も相当程度あるものと認められる。

### 3 退去強制令書発付処分の適法性

入管法第53条2項にいう国籍国等に「送還することができないとき」とは、送還先の国の戦争状態などが該当するが、それに限らず、国籍国への送還によって被送還者の生命に対する差し迫った危険が確実に予想されるような場合も含まれる

と解するのが相当である。それは、生命に対する固有の権利を保障し、死刑存置国においては、死刑は最も重大な犯罪についてのみ科することができる旨を定めたB規約6条1項及び2項の趣旨にも合致するということができる。

控訴人は日本において既に懲役10年の判決を受け、刑の執行を終えており、また、イランでの死刑執行は公開の絞首刑で行われる可能性も相当程度考えられることなどから、控訴人の生命に差し迫った危険の発生することが相当程度の蓋然性をもって予測される。その結果は、日本の法制度や刑罰法規の定め及び刑事手続の運用に照らして到底容認し難いものである。たとえそれが送還先となる国での合法的な処罰であっても、入管法53条2項の「送還することができないとき」に当たるものというべきであり、主任審査官がそのことを看過して被送還者の国籍国イランを送還先に指定したことは、合理的な裁量権の範囲を逸脱したものとして違法と認めるのが相当である。

## 判例の解説

本判決は、退去強制処分送還先の決定に関し、被送還者の生命権を法律上の利益として位置づけ、主任審査官の裁量権は無制約ではなく、個別具体的な事実認定にそくした合理的判断を必要とすることを明示した点に意義がある。また、死刑存置国であることを理由に欧州諸国から犯罪人引渡しを拒否された経験<sup>3)</sup>に照らせば、日本の裁判所が、他国における死刑執行方法に関して、残虐で非人道的な刑罰であるかどうかを判断した点は特筆に値する。

### 一 送還先決定の違法性と退去強制令書の有効性

退去強制令書には、退去強制を受ける者の氏名、年齢及び国籍、退去強制の理由のほか、送還先を記載し、主任審査官がこれに記名押印することとなっており（入管法51条）、送還先は、退去強制を受ける者の国籍又は市民権の属する国（同53条1項）であるが、そうできないときは、本人の希望により、「本邦に入国する直前に居住していた国」、「本邦に入国する前に居住していたことのある国」、「本邦に向けて船舶等に乗った港の属する国」、「出生地の属する国」、「出生時にその出

生地」の属していた国」などのいずれかに送還されると規定する（同2項）。さらに同3項では、前2項の国には、難民条約第33条1項に規定する領域の属する国<sup>4)</sup>のほか、拷問禁止条約第3条1項や強制失踪条約第16条1項に規定する国も含まないものとしている<sup>5)</sup>。

送還先は主任審査官により、合理的な裁量をもって決定され、その決定の違法性について、退去強制令書の有効性から切り離して判断できるかどうかは、過去の事例では否定的な判断が下されてきた<sup>6)</sup>。しかし本判決において裁判所は、退去強制を受ける者は、自らの正統な権利利益が侵害されるおそれのできる限り少ない送還先に送還される法律上の利益を有しており、それに照らして本件は、入管法53条2項の「前項の国に送還することができない」事例であるとした。退去強制令書のうち送還先を指定した部分を違法として取消しを求めることができると判示したことは注目に値する。また、53条3項の趣旨を、「被送還者の利益に配慮し、特に生命等の重要な権利については最大限の考慮を払うことを要する」と解し、それを「法律上の利益」と位置づけたことは、拷問禁止条約3条や自由権規約6条及び7条における生命権の位置づけやその実行<sup>7)</sup>にもそくした解釈である。

## 二 関連する自由権規約上の権利

控訴人側は、原審、控訴審ともに、次の点について自由権規約の関連規定をあげて権利侵害を主張している。具体的には、①イランにおける死刑制度及び死刑存置国への退去強制（同6条1項及び2項）、②平等原則違反（同2条1項及び26条）、③公開での死刑という非人道的な取扱いにさらすこと（同7条）、④二重処罰の禁止違反（同14条7項）である。原審判決は原告側の主張をすべて退けた。控訴審判決では、②を除き検討を行っているが、解釈にあたり規約の規定を具体的に参照したのは①のみである。

### 1 死刑制度及び死刑執行の蓋然性がある国への送還

死刑制度を存続させる国への逃亡犯罪人の引渡しは、「非人道的なもしくは品位を傷つける取扱い」に当たるとしたゼーリング判決<sup>8)</sup>、キンドラー事件<sup>9)</sup>をはじめとして、人権諸条約におい

て、引渡しや送還の可否が死刑制度を結びつけて議論される事例が数多く見られる。キンドラー事件が、自由権規約6条2項とともに6条1項を合わせ読み、死刑廃止国のカナダに直接的に6条違反はないとしたのに対して、後のジャッジ事件においては、国際社会における死刑廃止・モラトリアムの潮流に触れた上で、死刑存置国に対して死刑執行停止の保証を得ることなく犯罪人等を引き渡すこと自体が、6条1項で保障される生命権の侵害であるとされた<sup>10)</sup>。本件控訴審判決では、国籍国への送還により被送還者の生命に差し迫った危険が確実に予想されるような場合を、入管法53条2項にいう国籍国等に「送還することができないとき」と解釈することは、自由権規約6条1項及び2項の趣旨にも合致すると明確に述べた点は、国際社会での実行に照らして評価できよう。

### 2 「回復できない危害が生じる真のリスク」の判断

本控訴事件判決では、被控訴人が公開処刑の回避可能性を主張していることに對し、認定事実を検討し、公開処刑の蓋然性の高さを認めるとともに、それがイランにおいて合法的な処罰であるとしても「我が国の法制度や刑罰法規の定め及び刑事手続の運用等に照らして到底容認し難い」とした。しかし控訴人側が主張した自由権規約7条にそくした解釈は行っていない。

7条は、拷問又は残虐で非人道的な刑罰を受けない権利を保障しており、その権利性は絶対的とされている<sup>11)</sup>。また、締約国は、拷問や非人道的な扱いを受けるおそれにさらすような引渡しや追放・送還を行うことを禁じている<sup>12)</sup>。また自由権規約2条は、ある国に移転させられる個人について、6条や7条に規定されている回復できない危害が生じる真のリスクについて実質的な根拠（substantive grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm）があるときは、その者を当該国に追放・送還してはならない義務を伴うと解され、あわせて、関連する司法及び行政当局の配慮を喚起している<sup>13)</sup>。回復できない危害が生じる真のリスクをどのように定義し判断するかについて、国籍国に送還されれば拷問を受けるおそれがあると主張するスリランカ国籍の家族が、カナダに対して提出した通報事例がある<sup>14)</sup>。当

該事例では「真のリスク」の捉え方について自由権規約委員会での意見は分かれ、多数意見は、狭義のリスク概念（実際に拷問を受けるリスク）ではなく、「送還の必然及び予見可能な結果」（a necessary and foreseeable consequence of deportation）として、拷問を受けるリスクがあるかを検討すべきとした。これに対し反対意見は、自由権規約委員会は真のリスク判断について一貫したテスト基準を有しておらず、それは認定事実をもとに締約国の権限ある機関が行うべきこととした<sup>15)</sup>。

### 3 二重処罰の禁止

原審判決で大阪地裁は、二重処罰の禁止（一事不再理原則）に関し、刑罰権の行使は国家の主権事項であり、各国の刑事法の在り方が多様であること等からすれば、一事不再理原則が国際法上確立しているとはいえないとして、その違反性を否定した。この点について控訴審判決は、控訴人が既に日本において殺人罪で有罪判決を受けて刑の執行を終えていることを、イランを送還先とする決定を違法と結論づける上で、入管法 53 条 2 項という国籍国等に「送還することができないとき」に該当する事情の一つとしてあげている。

異なる国での刑事手続に関して一事不再理原則が適用されるかどうかについては、大麻樹脂密輸・所持の罪でオーストラリアにおいて逮捕・処罰されたイラン人男性が、イランに送還されれば極刑を受けるおそれがあると訴えた事例において、自由権規約委員会は、一事不再理原則は一国内における刑事手続については適用されるが、異なる国の間での国内管轄権に関してはその保障は及ばないとしている<sup>16)</sup>。また日本の国内裁判において同様の事実に関する事例があり、裁判所は、憲法 39 条後段及び自由権規約 14 条 7 項はいずれも同一国内における二重処罰を禁ずる規定であって、そのような保障のない国に外国人を送還することを禁ずるものではないと判示している<sup>17)</sup>。ただし当該事件は、入管法改正（後掲注 5）前の事例であることには留意する必要がある。

#### ●—注

- 1) 原審：大阪地判平 26・5・23LEX/DB 文献番号 25542148。
- 2) 司法権長補佐がその長を務め、法の定める範囲内で、特定の質問事項について裁判所及び司法官を拘束することになる指針又は指令を発することができる組織。

- 3) 北村泰三「わが国における犯罪人引渡法の現状と課題」秋月弘子ほか編『人類の道しるべとしての国際法』（国際書院、2011 年）253～254 頁。
- 4) 入管法第 53 条 3 項（現行第 1 号）の追加：昭和 56 年法律第 86 号による改正。ノン・ルフールマン原則で、難民の認定を受けている者に限らず、外国人一般に適用があるとされている（昭和 61 年度版入管白書 24 頁）。多賀谷一照＝高谷茂『入管法大全 I 逐条解説』（日本加除出版株式会社、2015 年）507～513 頁。
- 5) 入管法第 53 条 3 項第 2 号及び第 3 号の追加：平成 21 年法律第 79 号による改正。「送還される個別の者について拷問の対象となる具体的な危険性がある場合に送還が禁止される」（西川法務省入国管理局長・平成 21 年 4 月 28 日・衆議院法務委員会 171 回衆法 8 号 4 頁）。多賀谷＝高谷・前掲注 4）507～513 頁。
- 6) 退去強制の実務は退去のみならず特定国への送還を本質として取り扱われていることからすると、送還先を誤った場合は同令書全体を違法として効力を否定しなければ当該送還先への送還を阻止する手段がないから、そのような場合は同令書全体を重大な瑕疵があり無効とせざるを得ない（東京地判平 16・5・27 判時 1875 号 24 頁）。
- 7) 一般的意見 20（B 規約 7 条）3 項。これらの規定が定める追放の絶対的禁止について、村上正直「退去強制をめぐる日本の裁判例と人権条約」研究紀要 14 号（2009 年）18～20 頁。
- 8) Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, Series A no.161. 古谷修一「人権侵害が予見される国家への引渡により生じる人権条約違反——ゼーリング判決」『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008 年）124～128 頁。
- 9) Kindler v. Canada, CCPR/C/48/D/470/1991, 11 November 1993.
- 10) Judge v. Canada, CCPR/C/78/D/829/1998, 5 August 2002. 坂元茂樹「死刑廃止国に対する新たな義務」研究紀要 11 号（2006 年）1～26 頁。
- 11) 一般的意見 20（B 規約 7 条）3 項。
- 12) 一般的意見 20（B 規約 7 条）9 項。
- 13) 一般的意見 31（B 規約 2 条）12 項。
- 14) Pillai v. Canada, CCPR/C/101/D/1763/2008, 25 March 2011.
- 15) Iwasawa, Thelin 両委員の反対個別意見。
- 16) 一般的意見 32（B 規約 14 条）57 項。A.R.J v. Australia, CCPR/C/60/D/692/1996, 28 July 1997. この事件では、大麻樹脂の不法所持により死刑に処せられることがないと、イランからの情報で確認されていることも勘案されている。
- 17) 広島地判平 17・6・30LEX/DB 文献番号 28101577. 判決は、原告がイランにおいて拷問や死刑に処せられるとは必ずしもいえないとして、退去強制処分を適法とした。