

令和5(2023)年出入国管理及び難民認定法改正の 意義と問題点について

—収容及び難民認定におけるデュー・プロセスの保障の視点から—

The Significance and Problems of the 2023 Amendment to the Immigration
Control and Refugee Recognition Act

-From the Perspective of the Guarantee of Due Process and the Warrant
Principle in the Constitution of Japan-

河村 有教

Kawamura Arinori

令和5(2023)年出入国管理及び難民認定法改正の 意義と問題点について

—収容及び難民認定におけるデュー・プロセスの保障の視点から—

長崎大学 河村 有教*

The Significance and Problems of the 2023 Amendment to the Immigration
Control and Refugee Recognition Act
-From the Perspective of the Guarantee of Due Process and the Warrant
Principle in the Constitution of Japan-

Kawamura Arinori (Nagasaki University)

Abstract

About discussions on the issues surrounding the detention screening and the procedural problems of refugee recognition in Japan, there are significant gaps between perceptions of the Immigration Service Agency (Japanese Government) and those of lawyers and human rights NGO. The New Immigration Control and Refugee Recognition Act was passed by the House of Japan's National Diet on June 9, 2023. This article discusses the features and significance of the 2023 amendment to the Immigration Control and Refugee Recognition Act, and examines the issues of Due Process guarantees that remain in the detention and refugee recognition procedures.

The Key Words : 入管・入管庁・出入国在留管理庁 (Immigration Service Agency) /外国人の権利/収容・容疑者の身柄に関する措置/退去強制/仮放免/監理措置/難民の認定

目 次

はじめに

1. 令和5(2023)年出入国管理及び難民認定法改正の特徴

1) 収容に代わる監理措置制度の導入

* 長崎大学大学院多文化社会学研究科・多文化社会学部准教授
Associate Professor, Graduate School and School of Global Humanities and Social Sciences, Nagasaki University, Japan

- 2) 収容もしくは監理措置決定を受けた外国人の法務大臣に対する在留特別許可の申請
 - 3) 健康上の理由にもとづく仮放免判断要件の緩和
 - 4) 収容施設における被収容者に対する処遇の原則のルール化（適正化）
 - 5) 臨検、捜索又は差押え、鑑定等の嘱託について裁判所（司法）の関与の明確化
2. 令和5（2023）年出入国管理及び難民認定法改正の問題点
- 1) 収容措置におけるデュー・プロセスの問題
 - 2) 難民認定審査におけるデュー・プロセスの問題

おわりに

はじめに

国際社会における人権保障の道程は、第二次世界大戦をきっかけとして、国際連合憲章（1945年6月26日調印、1945年10月23日効力発生）から始まり、世界人権宣言（1948年12月10日採択）へ、そして、国際人権規約〔自由権規約・社会権規約〕（1966年12月16日採択、1976年3月23日効力発生）へと展開した。日本国内においても、第二次世界大戦による敗戦から、日本国憲法が1946年11月3日に公布され、1947年5月3日に施行され、新しい憲法のもとで国際法上の人権保障と変わらない個人の権利が保障されるようになった。

憲法13条の「(すべて国民は) 個人として尊重される権利の保障 (生命に対する権利の保障、自由に対する権利の保障、幸福追求に対する権利の保障)」、憲法14条の「(すべて国民は) 人種、信条、性別、社会的身分等によって差別されない権利の保障」、憲法31条の「(何人も) 法律の定める手続によらずして自由を奪われない権利の保障」(Due Process of Law) は、とりわけ重要な人権である。とりわけ、憲法31条のデュー・プロセスの保障は、対象が「何人も」となっていることから、外国人に対しても保障されるものでもあり、本稿で議論する難民申請者(難民)の権利としても重要な権利である。

庇護を求める権利とすべての人間は差別されずに人権が保障されることが世界人権宣言によってうたわれ、「難民の地位に関する条約」(1951年7月28日採択、1954年4月22日効力発生)と「難民の地位に関する議定書」(1967年1月31日採択、1967年10月4日効力発生)、いわゆる「難民条約」によって、難民の権利が保障された。とりわけ、「難民の地位に関する条約」33条は「ノン・ルフールマン原則 (Principle of Non-Refoulment)」として難民を彼らの生命や自由が脅威にさらされるおそれのある国へ強制的に追放したり、帰

還させたりしてはならないとする。しかしながら、紛争や迫害から逃れ保護を求める難民は年々増え続け、現在では1億1千万人の難民が存在するとも言われる。そのため、難民の受け入れをめぐる、賛成と反対の激しい対立が各国内で生じ、イギリスでは、難民を受け入れることによって自身の生活が困窮するという懸念から、不法移民（illegal immigrants）による侵略として難民申請者に対する憎悪の感情を有する者らと人権団体との間で争いが生じている。また、個人の尊厳にもとづく人道主義（humanism）に反して受け入れを制限する国も増え、イギリスでも難民申請者を強制的にルワンダに移送する立法がなされ、運用されている。自国のことだけを考慮して難民申請者（難民）の人間（個人）としての尊厳、人権を無視した法（政策）でよいのだろうか。

日本の法務省は、「基本法制の維持及び政治、法秩序の維持、国民の権利擁護、国の利害に関係のある争訟の統一かつ適正な処理並びに出入国及び外国人の在留の公正な管理を図ること」を任務とする（法務省設置法3条）。所掌事務には、外国人の入国及び出国の管理（法務省設置法4条32号）、外国人の在留（法務省設置法4条33号）、難民の認定（法務省設置法4条34号）が含まれる。人権侵害事件に係る調査並びに被害の救済及び予防（法務省設置法4条26号）、人権啓発及び民間における人権擁護運動の助長（法務省設置法4条27号）も所掌事務の一つであり、外国人の人権についても「外国人の人権を尊重しましょう」という人権啓発を行っている¹。

外国人の入国及び出国の管理及び在留、難民の認定にかかる所掌事務の遂行のため、法務省の外局として、出入国在留管理庁（Immigration Services Agency）がある（法務省設置法26条）。一般には、「入管」あるいは「入管庁」として呼ばれている。出入国在留管理庁の任務は、「出入国及び外国人の在留の公正な管理」である（法務省設置法28条）。公正な管理に必要な施設等機関として、入国者収容所が設けられ（法務省設置法30条1項）、入国者収容所には、日本からの退去を強制される者を収容している（法務省設置法30条2項）。出入国在留管理庁は、退去を強制される者を収容する事務や送還する事務をつかさどっている（法務省設置法30条2項）。入国者収容所としては、東日本入国管理センター（茨城県牛久市）と大村入国管理センター（長崎県大村市）がある。

出入国在留管理庁において出入国管理行政に携わる職員は、2023年度末定員で、6,314人ということである²。出入国審査、在留審査などの審査業務を行う「入国審査官³」が全

¹ 「外国人の人権を尊重しましょう」法務省ホームページ
https://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00101.html 参照（2023年9月26日確認）。

国で4,085人、不法入国者を摘発し、国外へ退去強制する「入国警備官⁴」が全国で1,659人、その他一般的事務を行う法務事務官や医師・看護師など入管にとって不可欠な法務技官が存在する。法務省の外局としての出入国在留管理庁のほか、地方出入国在留管理局（札幌、仙台、東京、名古屋、大阪、広島、高松、福岡など全国で8か所）、同支局（7か所）、出張所（61か所）が設けられている。

入国審査官になるためには、人事院が実施する国家公務員採用一般職試験（大卒程度）又は国家公務員採用一般職試験（高卒程度）を受験し、入国警備官になるためには、人事院及び出入国在留管理庁が共同で実施する入国警備官採用試験を受験することになる。後者の入国警備官採用試験には、「高卒程度の警備官区分」と「社会人対象の警備官（社会人）区分」の二つがある。法律家と同様の司法試験に必要な知識は不要であるが、入庁後に、約1～3ヶ月にわたり、憲法、行政法、出入国管理及び難民認定法など、業務に必要な最低限の法を学習することになっている。

こうした法に必ずしも精通していない行政職員が、退去を強制される外国人の収容に対して、どのような権限を有するのか、彼らの権限のあり方を法で定めることになるものの、場合によっては外国人の権利に対する彼らの権限のあり方しただいでは外国人の権利の侵害になり憲法違反とも解される余地が生じるおそれもある。日本国憲法は、31条で「何人も、法律の定める手続によらなければ、その自由を奪はれない」としたうえで、33条では「何人も、（省略）権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」とし、34条で「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。」として、外国人の人身の自由をも保障している。

日本国憲法33条の意義は、捜査機関から独立した第三者（捜査機関以外の第三者）が逮捕の正当性を審査することで、捜査機関による逮捕権の濫用を防止し、恣意的・裁量的な身柄の確保・拘束を禁じて人身の自由を保障することにある⁵。また、同時に逮捕の理由を明確化することで、逮捕される者の防御権の保障に資することになる⁶。憲法33条は、

² 『出入国在留管理庁入国審査官／入国警備官2023年入庁案内』法務省ホームページ <https://www.moj.go.jp/isa/content/001345982.pdf> 参照（2023年9月26日確認）。

³ 出入国管理及び難民認定法61条の3は、「入国者収容所及び地方出入国在留管理局に、入国審査官を置く。」として、同法61条の3第2項でその職務について規定する。

⁴ 出入国管理及び難民認定法61条の3の2は、「入国者収容所及び地方出入国在留管理局に、入国警備官を置く。」として、同法61条の3の2第2項でその職務について規定する。

⁵ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（3）』（有斐閣、2020年）315頁（川岸令和執筆箇所）。

犯罪、逮捕という文言上、刑事手続を統制するために規定されているようにも読めるが、一般に、身体の拘束は刑事手続に限定されているわけではなく、「逮捕」という文言は、直接的に身体の自由を奪うことを示す言葉であり、刑事訴訟法にいう逮捕だけを意味するわけではないと解されている⁷。そのため、刑事手続以外で身体の拘束が発生するもの、上で上げたような外国人の出入国管理及び難民認定法上の収容についても、日本国憲法33条や34条が適用ないし準用されるのかが問題となる。最高裁は、憲法35条および38条の行政手続への適用の可能性を指摘し（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁〈川崎民商事件〉）、また憲法31条の行政手続への適用の可能性をも認めている（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁〈成田新法事件〉）⁸。

収容審査を巡る問題点や難民認定の手続上の問題点の議論においては、出入国在留管理庁及び政府側の認識と弁護士をはじめとする各人権保護団体の認識との間に両者の事実認識の違いから大きなずれが生じている。そうしたずれの違いの中で、本年（2023年）6月9日、出入国管理及び難民認定法の改正法案が参議院（国会）で可決され、改正法が成立した。本稿では、令和5年出入国管理及び難民認定法改正（以下では、「令和5年改正法」という）の特徴及び意義についてふれたうえで、収容及び難民認定手続において改正されても依然残る難民申請者（難民）のデュー・プロセスの保障の問題について考察する。

1. 令和5（2023）年出入国管理及び難民認定法改正の特徴

令和5年改正法において重要な点は5つある。第一に、収容に代わる監理措置が設けられた点である（令和5年改正法44条の2～44条の9、52条の2～52条の7）。第二に、難民の認定又は補完的保護対象者の認定を受けている場合に、収容された外国人又は収容に代わる監理措置決定を受けた外国人が法務大臣に対して、在留特別許可の申請ができるようになった点である（令和5年改正法50条）。在留特別許可自体は以前から行われていたものの外国人の側から申請することのできる制度として位置づけ、在留特別許可の該当者として難民の認定又は補完的保護対象者の認定を受けている者を明文化した。第三に、収容されている外国人について、健康上、人道上その他これらに準ずる理由により収容を一

⁶ 長谷部・前掲注5）315頁（川岸令和執筆箇所）。

⁷ 安念潤司「憲法問題としての『手続上の権利』」ジュリスト884号（1987年）252-253頁。

⁸ 長谷部・前掲注5）325-326頁（川岸令和執筆箇所）。

時的に解除することを相当と認めるときは、仮放免されることができるようになった点である（令和5年改正法54条）。第四に、収容における被収容者の処遇についての規定が設けられた点である（令和5年改正法55条の3～55条の83）。被収容者の処遇の原則として、「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。」とされた（令和5年改正法55条の4）。第五に、臨検、捜索又は差押え、鑑定等の嘱託について、日本国憲法35条にしたがって、裁判所（司法）の関与を明確にしたうえで、不利益を被る対象者である外国人の権利を保障した点である（令和5年改正法31条～37条の5）。上記の5つの令和5年改正法の特徴のうち、第一の収容に代わる監理措置制度の創設については、制度の創設自体に反対の声もある⁹。以下では、それぞれについて具体的にみていきたい。

1) 収容に代わる監理措置制度の導入

出入国在留管理庁及び政府側は、収容をめぐる問題点として、法改正前までは、「退去すべきことが確定した外国人については退去までの間は収容施設に収容することになっていた」が、「外国人が退去を拒み続け、かつ、難民認定申請を誤用・濫用するなどによって、収容が長期化し、収容の長期化によって、外国人の健康上の問題が生じたり、拒食（ハンガーストライキ）や治療拒否などの収容上の問題が生じた」ことをあげる¹⁰。それにより、収容をめぐる問題点の解決として、収容に代わる「監理措置」制度を設けることを提案した。

監理措置制度とは、親族や知人など、当該本人（外国人）の監督等を承諾する監理人を出入国在留管理庁が選び、監理人の監理の下で、当該本人（外国人）の逃亡等を防止する制度である。令和5年法改正において、監理人は、改正法44条の3に規定する監理人の責務を理解した上で、被監理者の監理人になることを承諾している者で、監理措置を決定する出入国在留管理庁の職員である「主任審査官」が選定した者をいう。監理人の監理の下で、外国人の逃亡等の防止を目的として、収容しないで監理人の監理下のもとで退去強制

⁹ 小林元治（日本弁護士連合会長）「改正入管法の成立を受けての会長声明（2023年7月6日）」日本弁護士連合会ホームページ
https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/2023/230706_3.html 参照。（2023年9月26日確認）。

¹⁰ 出入国在留管理庁「入管法改正について」出入国在留管理庁ホームページ
https://www.moj.go.jp/isa/laws/bill/05_00007.html（2023年9月26日確認）。

手続を進めるものが「監理措置」制度である。

外国人容疑者の収容は、出入国在留管理庁の職員である「主任審査官」が発付する収容令書にもとづいて行われるが（出入国管理及び難民認定法39条2項）、「主任審査官」が、外国人を収容するか、それとも新しく導入した監理人による「監理措置」に付するのかを決定する（改正法44条の2）。すなわち、主任審査官（出入国在留管理庁職員）は、（外国人）容疑者が逃亡し、又は証拠を隠滅するおそれの程度、収容により容疑者が受ける不利益の程度その他の事情を考慮し、容疑者を収容しないで退去強制の手続を行うことが相当と認めるときは、容疑者を監理措置に付する旨の決定をする（改正法44条の2第1項）。そして、監理措置に付するにおいて、（外国人）容疑者に対し、住居及び行動範囲の制限、呼出しに対する出頭の義務その他逃亡及び証拠の隠滅を防止するために必要と認める条件を付するものとする（改正法44条の2第2項）。全事案において退去強制外国人等は収容がこれまでは原則とされていたにもかかわらず、収容に代わる「監理人」を選定しでの「監理措置」という制度が新たに設けられることになった。

外国人の収容をめぐるのは、弁護士をはじめとする法律家や各人権保護団体らが問題点として認識していることと出入国在留管理庁及び政府側が問題点として認識していることが大いに異なるという点があげられる。外国人の収容をめぐる弁護士をはじめとする法律家や各人権保護団体らが問題点としてあげていることは、「日本の入管収容制度全体が（外国人）人権保障の観点から重大な問題を続けている」ということである¹¹。具体的には、国際法の観点から、拷問禁止条約にもとづいて設けられた国連の拷問禁止委員会や市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）委員会、国連人権理事会の恣意的拘禁作業部会等、国際社会における国際機関から繰り返し指摘されてきた外国人を無期限に収容する問題やかつ裁判所による司法審査を受ける機会の保障がないことなどをあげる¹²。無期限に身柄が拘束される（収容される）こと、そして裁判所（司法）による司法審査を経ずして身柄が拘束される（収容される）ということが、外国人の権利を侵害し国際法に違反するという問題点の認識は、日本の出入国在留管理庁や政府にはない。令和5年改正

¹¹ 日本弁護士連合会「出入国在留・難民法分野における喫緊の問題解決のための制度改正提言－あるべき難民、非正規滞在者の正規化、送還・収容に係る法制度－（2022年9月15日）」日本弁護士連合会ホームページ
<https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2022/220915.pdf>（2023年9月26日確認）。

¹² 小林・前掲注9）27頁。

法によって新たに導入される監理措置制度についても、弁護士をはじめとする法律家や各人権保護団体らは、監理措置（身柄を国が拘束するか、監理人の監理に置くか）の判断は、出入国在留管理庁によりなされ、司法の関与がなく、監理措置に付するか否かが出入国在留管理庁の職権判断に委ねられる以上、個々の判断の中立性や公平性、透明性は確保されないことから、外国人の身柄を国（日本）が拘束する判断を行政機関（出入国在留管理庁）が行うことで国際法上保障されている外国人の権利を侵害するとする¹³。くわえて、出入国在留管理庁が監理人を指定し、監理人に対して報告義務を課すことは、監理人を出入国在留管理庁の監督下に置くことを意味するとする。また、弁護士が監理人となった場合には、守秘義務違反や利益相反の問題も生じるとして導入について問題視する。弁護士以外の支援者が監理人となる場合も、「これまでの自然的情愛に基づく支援者と被支援者の関係性が、入管庁（出入国在留管理庁）の監督権限を背景に、管理する側とされる側という、支配・被支配の関係性へと変容を迫られる。」として弁護士をはじめとする法律家や各人権保護団体らは監理措置制度の導入を強く批判している¹⁴。

2) 収容もしくは監理措置決定を受けた外国人の法務大臣に対する在留特別許可の申請

令和5年改正法においては、収容されているもしくは監理措置決定を受けた外国人も、法務大臣に対して、在留特別許可の申請が可能になった（改正法50条2項）。但し、当該外国人に対して退去強制令書が発付された後は、申請することはできない（改正法50条3項）。難民の認定を受けた、または「補完的保護対象者」の認定を受けた外国人、また、法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるときなど、法務大臣は当該外国人の在留を特別に許可することができる。後者について、在留特別許可をしようかどうかの判断にあたって、法務大臣は、在留を希望する理由、家族関係、素行、本邦に入国することとなった経緯、本邦に在留している期間、その間の法的地位、退去強制の理由となった事実及び人道上の配慮の必要性を考慮するほか、内外の諸情勢及び本邦における不法滞在者に与える影響その他の事情を考慮するものとする（改正法50条5項）。

出入国在留管理庁及び日本政府の認識としては、今回の法改正で、「保護すべき者を確実に保護する」という理念のもとに、紛争避難民など、難民条約上の難民ではないものの、

¹³ 富田秀実（東京弁護士会会長）「入管法に『管理措置制度』を導入することに反対する会長表明（2020年12月21日）」東京弁護士会ホームページ
<https://www.toben.or.jp/message/pdf/201221seimei.pdf>（2023年9月26日確認）。

¹⁴ 富田・前掲注（13）参照。

難民に準じて保護すべき外国人を「補完的保護対象者」として認定し、保護する手続を設け、「補完的保護対象者」と認定された者は、難民と同様に安定した在留資格（定住者）で在留できるようにする、また、在留特別許可の手続をより一層適切なものとするとしている¹⁵。しかしながら、弁護士をはじめとする法律家や各人権保護団体らの認識は出入国在留管理庁及び日本政府の問題認識とは大いに異なる。令和5年改正法において、法務大臣による在留特別許可の実体的要件について、「在留特別許可をするかどうかの判断に当たっては、当該外国人について、在留を希望する理由、家族関係、素行、本邦に入国することとなった経緯、本邦に在留している期間、その間の法的地位、退去強制の理由となった事実及び人道上の配慮の必要性を考慮するほか、内外の諸情勢及び本邦における不法滞在者に与える影響その他の事情を考慮するものとする。」（改正法50条5項）規定が設けられた。しかし、弁護士をはじめとする法律家や各人権保護団体らは、法務大臣が、その法的要件を各個別の事案にあてはめて許可の可否を同様に判断できるのかが疑問であると批判する。実体的要件の透明性、公平性において十分な検討を欠いた改正法の文言の内容であり、法務大臣による特別在留許可の判断の適正化に寄与し得ないのではないだろうか¹⁶。

また、令和5年改正法において「在留特別許可の申請は、当該外国人に対して退去強制令書が発付された後は、することができない。」（改正法50条3項）の規定が設けられたことにより、退去強制令書発付後にも事情の変更等を理由に在留特別許可が認められていた現在の慣行（再審情願）が認められなくなったことで、不服申し立ての機会の保障を外国人から奪うことにつながるのではないか、すなわち外国人の権利を制約するのではないかと、国際法上の外国人の権利保障の後退を疑問視する声もある¹⁷。

3) 健康上の理由にもとづく仮放免判断要件の緩和

収容令書もしくは退去強制令書の発付を受けて収容されている外国人、その者の代理人、保佐人、配偶者、直系の親族もしくは兄弟姉妹は、入国者収容所長または主任審査官に仮放免を請求することができる。令和5年改正法では、300万円を超えない範囲内での保証金の納付についての規定を削除し（保証金規定をなくし）、新たに、「収容令書又は退去強制令書の発付を受けて収容されている者について、健康上、人道上その他これらに準ずる

¹⁵ 出入国在留管理庁・前掲注10) 参照。

¹⁶ 日本弁護士連合会・前掲注11) 21頁参照。

¹⁷ 日本弁護士連合会・前掲注11) 20-21頁参照。

理由によりその収容を一時的に解除することを相当と認めるときは、法務省令で定めるところにより、期間を定めて」という文言を付け加えて、その者を仮放免することができるとした（改正法54条2項）。仮放免制度について、健康上又は人道上の理由等により収容を一時的に解除する措置として、本来の制度趣旨にしたがって、特に健康上の理由による仮放免請求については、医師の意見を聴くなどして、当該外国人の健康状態に配慮すべきであると法律上明記された。具体的には、入国者収容所長または主任審査官は、仮放免の請求の理由が健康上の理由である場合には、医師の意見を聴くなどして、収容されている者の治療の必要性その他その者の健康状態に十分配慮して仮放免に係る判断をするように努めなければならないとする（改正法54条8項）。人権の保障という点では評価に値する。出入国在留管理庁及び日本政府は、仮放免制度については健康上又は人道上の理由等により収容を一時的に解除する措置として、監理人による監理措置とは異なる制度であると説明している¹⁸。

4) 収容施設における被収容者に対する処遇の原則のルール化（適正化）

令和5年改正法に、新しく第五章の二（被収容者の処遇についての規定）が設けられた（改正法55条の3～55条の83）。被収容者の処遇に関する総則、手続について、収容の開始、金品の取扱い等、保健衛生及び医療、規律及び秩序の維持、外部交通、不服申立て、死亡についての規定である。収容施設における処遇における適正性の確保において、手続を法で定める意義は重要である。改正法55条の3で、「地方出入国在留管理局に、収容場を設ける。」として、収容令書の執行を受ける者、退去強制令書の発付を受けて収容される者を対象として収容し、収容されている者（被収容者）の収容の処遇については、「被収容者の人権を尊重しつつ適正に行われなければならない。」（改正法55条の4第1項）、「入国者収容所等の保安上支障がない範囲内においてできる限りの自由が与えられなければならない。」（改正法55条の4第2項）という処遇の原則についても明文化された。

基本的に、刑事収容施設（刑事施設、留置施設及び海上保安留置施設）の被収容者、被留置者及び海上保安被留置者の人権を保障するために刑事収容施設関係者の適正な運用を図るためにつくられた「刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律」の内容に準じてつくられている。先に述べた被収容者の人権の保障を中心とする処遇の原則をはじめ、保

¹⁸ 出入国在留管理庁・前掲注10) 参照。

健衛生及び医療の原則（改正法55条の37）、診療の保障（改正法55条の42）等がルールとして設けられたことについては、収容外国人の権利保障という点で評価に値する。とりわけ、収容施設内での被収容者の死亡事件の反省を踏まえて、収容所長等は、被収容者が「負傷し、若しくは疾病にかかっているとき、又はこれらの疑いがあるとき」、もしくは「飲食物を摂取しない場合において、その心身に著しい障害が生ずるおそれがあるとき」には、速やかに、医師等職員又は入国者収容所長等が委嘱する医師等による診療を行い、その他必要な医療上の措置をとるものとする規定を設けたことは、これまで法律でルールが規定されていなかったことに比べて大きな改善であるといえよう。

5) 臨検、捜索又は差押え、鑑定等の嘱託について裁判所（司法）の関与の明確化

さらに、改正法の特徴としてあげられることは、臨検、捜索、差押え、鑑定等の嘱託について、裁判所（司法）の関与を、憲法35条に従って、さらには刑事手続における捜査機関による捜索、差押え、鑑定等の嘱託を規律する刑事訴訟法に準じて明確にした点である。記録命令付き差押えの規定が新たに加えられ、「入国警備官は、違反調査をするために必要があるときは、その所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、臨検、捜索、差押え又は記録命令付差押えをすることができる。」としたが（改正法31条第1項）、許可状の提示、すなわち「臨検、捜索、差押え又は記録命令付差押えの許可状は、これらの処分を受ける者に提示しなければならない。」という規定が新しく設けられた（改正法32条の3）。

刑事手続において、捜索、差押え、記録命令付き差押え、検証等の手続については、それぞれ刑事訴訟法に明文の規定が置かれている。捜索、差押え、記録命令付き差押え、検証においては、処分を受ける者に令状を示さなければならない（刑事訴訟法222条第1項、110条）。令状呈示の趣旨については、下級審裁判例において「捜索差押手続の公正を保持し、執行を受ける者の利益を尊重することにある¹⁹⁾」、「手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の利益を保護することにある²⁰⁾」とする。最高裁においても、「刑訴法222条1項、110条による捜索差押許可状の提示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものである²¹⁾」と判示している。このたびの許可状

¹⁹⁾ 大阪高判平成6年4月20日判タ875号291頁。

²⁰⁾ 大阪高判平成7年1月25日高刑集48巻1号1頁。

²¹⁾ 最一小決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁。

の提示について、入国警備官に義務付けるルールを設けたことは評価に値する。

2. 令和5（2023）年出入国管理及び難民認定法改正の問題点

令和5年改正法において、一部、外国人の権利を保障する上で重要な意義を有する規定が新たに設けられたことも事実である。しかしながら、依然として日本国憲法31条の「何人も、法律の定める手続によらなければ、その自由は奪はれない」とする法定適正手続の保障、すなわち手続と人権の視点から、令和5年改正法は重大な問題点を有している。以下では、収容措置における法定適正手続保障の問題と難民認定審査における法定適正手続保障の問題について、それぞれ検討したい。

1) 収容措置におけるデュー・プロセスの問題

令和5年改正法によって、それまで「収容」（改正前の出入国管理及び難民認定法の第5章第2節（第39条～第44条））という文言がつかわれていた手続を、「容疑者の身柄に関する措置」（改正法第5章第2節（第39条～第44条の9））という手続に名称が替えられた。手続として、まず「入国警備官」が調査の結果、容疑者が退去強制にあたる事由に該当すると疑うに足りる相当の理由があると認めるときは、「主任審査官」に対し通知し（改正法39条1項）、通知を受けた「主任審査官」は、容疑者が退去強制事由のいずれかに該当すると疑うに足りる相当な理由があると認めるときは、当該外国人を「監理措置」に付すか、「収容」するかを審査する（改正法39条2項）。そして、「主任審査官」が当該外国人を「収容」と判断したときは、「収容令書」を発付して、「入国警備官」に交付し（改正法39条の2第1項）、交付された「入国警備官」は、「収容令書」によって当該外国人を収容する（改正法39条の2第2項）。従来の出入国在留管理庁（行政機関）の業務の中で、外国人を収容する判断をし、執行をするという枠組みについては一切の修正はなされなかった。

はじめに述べたとおり、そもそも収容は外国人の権利を制約するものであり、収容するかどうかの判断を出入国在留管理庁の職員が行うことが合憲かどうか大きな疑問がわく。「入国警備官」の請求によりその所属官署（出入国在留管理庁）の「主任審査官」が収容を審査し、「収容令書」を発付し、その「収容令書」にもとづいて同官署の職員が執行をすることにおいて、何らの問題も生じないのだろうか。

収容令書にもとづく収容は、退去強制事由に該当すると疑われる者への収容であるが、2019年は全国で10,474人に収容令書が発付されている²²。収容期間は上限30日、延長30日とされるが、その間に「退去強制令書」が発付がなされる。収容令書が発付された10,474人のうち、2019年には9,218人に「退去強制令書」が発付されている。「退去強制令書」にもとづく収容において、期間の上限はなく、退去強制を受ける者は期間の上限なしに身柄が拘束されていた。こうした状況の中で、国連人権理事会の恣意的拘禁作業部会（WGAD）により、日本の出入国在留管理庁による収容は「恣意的」であり国際法違反であるとする意見が2020年9月に出された。

2021（令和3）年3月30日、出入国在留管理庁が発表した「令和2年9月28日付け送付の国連の恣意的拘禁作業部会に対する日本政府の対応」によれば、国連の恣意的拘禁作業部会による意見書の内容は、「日本の出入国管理制度を正しく理解せず、明らかな事実誤認に基づくもの」であり、2021年3月27日（土）（現地時間3月26日（金））、同作業部会に対して、意見書の意見内容に対する異議を申立てるとともに、詳細な事実関係に関する情報提供を行ったとする²³。

恣意的拘禁にあたらぬとする日本政府の言い分としては、「主任審査官」の収容の判断や仮放免の判断は、「証拠ならびにその者の性格等」を考慮して、「逃亡、証拠隠滅及び不法就労活動のおそれ」から収容の必要性等を審査したもので恣意的・裁量的なものではないとする。また、収容又は仮放免の拒否について不服のある外国人には、収容の停止や仮放免の義務付けを含む、不服申立ての手段として、裁判所（司法）に行政訴訟を提起することができ、退去強制令書発付処分そのものを行政訴訟で争うこともできることから、司法（裁判所）による審査又は救済の機会が保障されているとする²⁴。

こうした日本政府の国連の恣意的拘禁作業部会による意見書の異議申し立てについて、弁護士らは、国連の恣意的拘禁作業部会は「日本の法律やその運用が国際法に適合していないと指摘している」のであり、これに対して法律に基づいているというだけでは当を得な

²² 難民研究フォーラム「日本の収容制度の整理と入管法改正案のポイント（2021年4月19日）」の資料参照。認定NPO法人難民支援協会（難民研究フォーラム）ホームページ
https://refugeestudies.jp/wp/wp-content/uploads/2021/05/RSFseminar_resume1_210419.pdf（2023年9月26日確認）。

²³ 出入国在留管理庁「令和2年9月28日付け送付の国連の恣意的拘禁作業部会による意見書に対する日本政府の対応（2021年3月30日）」出入国在留管理庁ホームページ
https://www.moj.go.jp/isa/publications/press/05_00008.html（2023年9月26日確認）。

²⁴ 出入国在留管理庁・前掲注23）参照。

い)、国連の恣意的拘禁作業部会は「収容措置等を事後的に裁判所で争う行政訴訟が存在することを指摘する日本政府の主張を摘示したうえで、入管収容には裁判所の承認か審査が必要であること、収容には合理性、必要性、比例性が必要であること、収容の適法性を継続的に確保するため定期的な司法審査がなされること、収容の最長期間が法定されること等が国際人権基準であることを指摘し(ている)」として国連の恣意的拘禁作業部会が求めた措置をとることを日本政府に強く求めている²⁵。

日本国憲法33条は、行政機関による人身の自由(身体の自由)の制約については、「権限を有する司法官憲²⁶(裁判官)」による令状によることを原則とするものである。令状主義の原則は、人身の自由(身体の自由)の制限を開始するにはその正当性についての公正中立な第三者の判断を前置すべきであるとの考え方の表現であるから、刑事手続以外でも人身の自由(身体の自由)の制限が開始される場合には、同様の第三者の判断の前置、とりわけ裁判官による判断の前置が求められると一般にいえるだろうと解されている²⁷。「入国警備官」による外国人の収容は、「入国警備官」の請求によりその所属官署の「主任審査官」が発付する「収容令書」にもとづくものであるが、身体拘束の正当性を中立的第三者である裁判官が判断していないことから、まるで、身柄確保の逮捕や身柄拘束の勾留について、それを行う警察官・検察官がその所属官署(警察・検察)の長が発付する「逮捕状」や「勾留状」にもとづいて行うのと同類のことであり、被収容者たる外国人の人身の自由(身体の自由)の侵害にもつながりかねず、所属官署の枠の中で「収容令書」を発付し執行することを規定する法律の条文はそもそも憲法に違反するのではないか(憲法で保障する人身の自由を侵害する法律として無効ではないか)とも解される。最高裁は、「出入国管理令39条、43条所定の収容手続が司法官憲の令状なく身体の拘束を定めているものとして憲法33条違反をいうが、原判決及びその維持する第一審判決の確定する事実によると、入国警備官の本件収容行為は、被収容者が同令24条2号所定の強制退去事由に該当する外国人として現認されている状況のもとで、しかも、収容令書の発付をまつていては逃亡の虞があると信ずるに足る相当の理由があるものとして、執行されたものであつ

²⁵ 海老原夕美(関東弁護士連合会理事長)「出入国在留管理庁の『令和2年9月28日付け送付の国連の恣意的拘禁作業部会による意見書に対する日本政府の対応』の撤回を求める理事長声明(2021年4月13日)」関東弁護士連合会ホームページ
www.kanto-ba.org/declaration/detail/r03a01.html (2023年9月26日確認)。

²⁶ 「権限を有する司法官憲」とは、裁判官だけを指す。長谷部・前掲注5)316頁。

²⁷ 長谷部・前掲注5)326頁。

て、同令所定の収容が憲法33条にいう逮捕に当たるか否かは別として、現行犯逮捕又はこれに類するものとして、司法官憲の令状を要しないことが明らかであるから、結局、所論は、被告人の本件行為の違法性の判断に影響がない事項に関する違憲の主張に帰し、上告適法の理由に当たらない。」とした²⁸。争われた事案については、令状なくして可能な現行犯逮捕に類する事案であるため裁判官の令状は必要ないとした事案であるが、出入国管理及び難民認定法上の外国人の「収容」が憲法33条にいう「逮捕」にあたるか否かの判断はしておらず、依然、出入国管理及び難民認定法上の外国人の「収容」（いわゆる「収容令書」あるいは「退去強制令書」にもとづく収容）についての手続が、日本国憲法33条の令状主義に違反するかどうかの裁判所による司法判断はない。国際法上、また日本国憲法31条及び33条から、出入国管理及び難民認定法39条及び39条の2の違憲性が改めて問われるべきであるとも解される。

2) 難民認定審査におけるデュー・プロセスの問題

令和5年改正法において、仮滞在の許可を受けた外国人の在留資格の取得が認められる等の規定が新たに設けられた（改正法61条の2の5）。また、報酬を受ける活動についても、外国人が生計を維持するために必要な範囲で行う活動については、法務大臣の許可を受けて行うことができるようになった（改正法61条の2の7）。

最も大きな改正は、これまで難民認定手続中は一律に送還が停止されていたが、送還停止効を改めて、①3回目以降の難民認定申請者、②3年以上の実刑に処された者、③テロリスト等については、難民認定手続中であっても退去させることを可能にしたことである。もっとも、3回目以降の難民認定申請者でも、難民や「補完的保護対象者」と認定すべき「相当の理由がある資料」を提出すれば、例外の例外として、送還は停止される。

送還停止を適用されない外国人には、①在留資格未取得外国人が日本にいる間に二度にわたり難民の認定をしない処分または補完的保護対象者の認定をしない処分について、審査請求が取り下げられ、又はこれを却下し若しくは棄却する旨の裁決があった者（難民の認定又は補完的保護対象者の認定を行うべき相当の理由がある資料を提出した者を除くとされる）、②無期若しくは3年以上の拘禁刑に処せられた者（刑の全部の執行猶予の言渡しを受けた者又は刑の一部の執行猶予の言渡しを受けた者を除く）又は③（1）公衆等脅

²⁸ 最三小決昭和49年4月30日最高裁判所裁判集刑事192号407頁。

迫目的の犯罪行為等のための資金等の提供等の処罰に関する法律第1条1項に規定する公衆等脅迫目的の犯罪行為若しくは同条2項に規定する特定犯罪行為、公衆等脅迫目的の犯罪行為等の予備行為又はその実行を容易にする行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者として法務大臣が認定する者、(2) 国際約束により日本への入国を防止すべきものとされている者、(3) 日本国憲法又はその下に成立した政府を暴力で破壊することを企て、若しくは主張し、又はこれを企て若しくは主張する政党その他の団体を結成し若しくはこれに加入している者、㉗公務員であるという理由により、公務員に暴行を加え、又は公務員を殺傷することを勧奨する政党その他の団体、㉘公共の施設を不法に損傷し、又は破壊することを勧奨する政党その他の団体、㉙工業事業場における安全保持の施設の正常な維持又は運行を停廃し、又は妨げるような争議行為を勧奨する政党その他の団体等を結成したり、加入したり、密接な関係を有する者や、㉗から㉙の目的を達するため、印刷物、映画その他の文書図画を作成し、頒布し、又は展示した者があげられる(改正法61条の2の9第4項)。改正法61条の2の9第4項については、送還停止を適用されない外国人についてある程度具体的に法で規定はしているとはいえ、国際法上のノン・ルフールマン原則(Principle of Non-Refoulement)に違反するおそれがあるとの懸念が指摘されている²⁹。

「難民の認定に関すること」は法務省の所掌事務とされ(法務省設置法4条1項34号)、難民の認定は、法務大臣が行っている(法61条の2)。事務を担当する難民認定室(法務省組織規則29条)は、出入国管理課におかれている(法務省組織令78条, 法務省組織規則29条)。出入国管理課は、出入国在留管理庁の出入国管理部に置かれている(法務省組織令76条1項、同令76条2項)。難民認定に関する事務手続は、「難民調査官」が行うが、「難民調査官」は出入国在留管理庁長官が指定する「入国審査官」からなる(法2条12号の2)。また、不服申立手続、すなわち「難民の認定をしない処分」についての審査請求は、難民審査参与員からの意見を聴いて、法務大臣が裁決する(改正法61条の2の12第1項3号)。難民審査参与員は、裁判員や検察審査員のように「衆議院議員の選挙権を有する者の中から選任する」のではなく、法務大臣が「法律又は国際情勢に関する学識経験を有する者のうちから任命する」者である(改正法61条の2の13第2項)。その事務は、退

²⁹ 拙稿「日本の『出入国管理及び難民認定法』は国際規範に違反するか—收容令書及び退去強制令書発付後の難民認定申請中の『避難国に不法にいる難民』の收容手続についての法改正にむけて—」多文化社会研究第8号(2022年3月)86-87頁でもすでにふれている。

去強制手続等を担当する出入国在留管理庁の審判課が行っている（法務省組織令79条9号）。

こうした手続について、デュー・プロセスの保障の視点から、難民の認定は入国管理業務とは本質的に緊張関係を有するものであり、出入国在留管理庁の方針に傾斜した業務がなされているのではないかという懸念や、適正な難民の認定がなされているのかという疑問の声があげられている³⁰。難民認定審査参与員についても、中立、公正な第三者なのか疑問があり、法務大臣の見解寄りの学識経験者が選ばれやすい（法務大臣の見解に反する学識経験者は選ばれにくい）とも解される。

おわりに

令和5年改正法において、収容施設における外国人収容者に対する処遇について、被収容者の権利保障の点から法律上に処遇の原則が明文化された意義は大きい。平成21（2009）年に改正された出入国管理及び難民認定法61条の7の2に基づき、翌年の平成22（2010）年に、入国者収容所及び収容場並びに出国待機施設の適正な運営に資する目的で、視察等を行い、その運営に関して入国者収容所長等に対して意見を述べる第三者機関として入国者収容所等視察委員会の設置が法律上義務付けられた。令和5年改正法が被収容者の処遇の適正化を図るためにルールを明文化したことから、明文化されたルールに則って処遇が適正に実施され、被収容者の権利が保障されているかどうか、今後は、入国者収容所等視察委員会が視察等を通して入国者収容所等の運営の状況を把握した上で、施設視察委員会の視点から検討すべき事項を取り上げ、施設の長による運営の方法が適切でない判断するときはその旨の意見を述べるのが想定されているものと思われる³¹。入国者収容所等の適正な運営を図るうえで今後重要な役割を担うものと期待される。

しかしながら、外国人の権利保障、とりわけ手続におけるデュー・プロセスの保障、具体的には、日本国憲法31条及び33条から、デュー・プロセスの保障を貫徹するため、令和5年法改正の内容は不十分な点が多く、法改正は時期尚早の印象を受ける点も否めない。日本国憲法33条は、犯罪、逮捕という文言上、刑事手続を統制するために規定されているようにも読めるが、一般に、身体の拘束は刑事手続に限定されているわけではなく、「逮

³⁰ 日本弁護士連合会・前掲注11）6-9頁。行政不服審査法9条2項目1号の審査請求がされた行政庁は、審査請求に係る処分による審理を前提とする原則にも違反しているとする。

³¹ 林眞琴・北村篤・名取俊也『逐条解説 刑事収容施設法』（有斐閣、2010年）45頁。

捕」という文言は、直接的に身体を自由を奪うことを示す言葉であり、刑事訴訟法にいう逮捕だけを意味するわけではない。出入国在留管理庁は行政機関であり、司法機関ではない。三権分立の重要性からも、外国人の人身の自由（身体的自由）に関する収容の手続において、収容の開始の判断は、行政機関である出入国在留管理庁（法務省）の中でなされるべきではなく、裁判官（司法機関）が収容の可否・要否・許否を判断し、出入国在留管理庁は執行にのみ従事することがデュー・プロセス保障の観点からはのぞましい。法のあり方について難民の権利（人権）の視点からの法改正を期待したい。