

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

— 収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」の収容手続についての法改正に向けて—

The Research of Future Reform about Japan's Present Immigration Control and
Refugee Recognition Act

河村 有教

Arinori Kawamura

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 —収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」の収容手続についての法改正に向けて—

長崎大学多文化社会学部 河村 有教*

The Research of Future Reform about Japan's Present Immigration Control and Refugee Recognition Act

Arinori Kawamura* (Nagasaki University)

Abstract

According to article 39 of Japan's present immigration control and refugee recognition act, it stipulates that immigration control officer may detain the suspect pursuant to a written detention order issued by a supervising immigration inspector of the office to which the immigration control officer belongs upon request by the immigration control officer. This article focuses on legal requirements of detention and detention procedure and the management of immigration detention center or detention house of those of refugees unlawfully in Japan.

The Key Words: 難民の地位に関する条約及び難民の地位に関する議定書、出入国管理及び難民認定法、「避難国に不法にいる難民」の収容手続、国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」、大村入国管理センター被収容者死亡事案、名古屋出入国在留管理局被収容者死亡事案

目次

はじめに

1. 国際法上の「避難国に不法にいる難民」の権利と日本の難民認定手続
 2. 法務大臣による難民不認定処分と裁判官の関与
 3. 大村入国管理センター被収容者死亡事案からみる難民認定申請中の被収容者の収容上の問題点
 4. 現行の「出入国管理及び難民認定法」は国際規範に違反するか
 5. 2021年改正法律案の検討及び問題点
 6. 「避難国に不法にいる難民」の収容手続についての法改正に向けて
- おわりに

* 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 of Global Humanities and Social Sciences, Nagasaki University, Japan

はじめに

「出入国管理及び難民認定法」は、日本に入国、日本から出国するすべての外国人¹の入国及び日本に在留するすべての外国人の在留の公正な管理を図ること、また難民の認定手続を整備することを目的に制定された法律である（昭和26年政令第319号）。日本の出入国及び日本に在留する外国人の管理については、法務省の外局である出入国在留管理庁が所管している²。

不法残留者や送還忌避者が増加している現実、現行法は十分に対応できておらず、送還忌避者への対応が困難であったり、収容の長期化の問題が発生していたりとする法務省内の問題認識のもとで、2021（令和3）年の第204回国会（常会）において、内閣から「出入国管理及び難民認定法及び日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する法律案」（以下では、2021年改正法律案という）が提出された。立憲民主党等野党三党は、法案（2021年改正法律案）の採決に抵抗する構えをみせたことから、2021年5月18日、与党の自由民主党は、第204回国会での審議を進めないとする2021年改正法律案の採決を見送る方針を決めた。そもそも、既存の現行法に対しては「国際規範及び日本国憲法に反するのではないか」と疑問視する声もある。

出入国管理及び難民認定法24条各号に該当する外国人容疑者、すなわち、不法上陸、不法入国、不法在留・残留等の容疑者は、出入国在留管理庁の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する収容令書によって、「出入国管理及び難民認定法24条各号に該当する」、「すなわち出入国管理及び難民認定法に違反すると疑うに足りる相当の理由がある」と認められれば、出入国在留管理庁が管理する収容施設に収容される（出入国管理及び難民認定法39条Ⅰ項およびⅡ項）。収容期間については、原則30日間で、やむを得ない事由があると認められるとき、30日間に限り延長することができる（出入国管理及び難民認定法41条Ⅰ項）。収容の一連の手続に関わるのが入国警備官およびその所属官署の主任審査官である。入国警備官は、入国収容所及び地方出入国在留管理局の職員であるが（出入国管理及び難民認定法61の3の2Ⅰ項）、「避難国に不法にいる難民」について入国、上陸及び在留に関する違反事件の調査に携わることはもとより、違反事件の事実の認

¹ 出入国管理及び難民認定法2条②号によって、「日本の国籍を有しない者」をいう。

² 2018（平成30）年に改正された出入国管理及び難民認定法（平成30年12月14日法律第102号）によって、入国管理局を改組し、法務省の外局として「出入国在留管理庁」が設置された。

定や収容の決定、さらには収容を執行するための護送や送還、また入国者収容所、収容場その他の施設の警備まで非常に広範な権限が認められている（出入国管理及び難民認定法61の3の2Ⅱ項）。

また、出入国管理及び難民認定法24条各号に該当すると疑われる不法入国、不法上陸、不法在留等の容疑者が、入国者収容所及び地方出入国在留管理局の職員である入国審査官（出入国管理及び難民認定法61条の3）による審査の結果、退去強制対象者にあたりとされた場合には（出入国管理及び難民認定法45条Ⅰ項）、主任審査官による記名押印のもとで退去強制令書が発付され（出入国管理及び難民認定法51条）、入国警備官により退去強制令書の執行がなされる³（出入国管理及び難民認定法52条Ⅰ項）。退去強制の執行とは、その者の国籍又は市民権の属する国等に送還することである（出入国管理及び難民認定法53条Ⅰ項）。しかしながら、退去強制令書が発付を受けた者を本邦外に送還することができないときは、送還可能のときまで、その者を入国者収容所、収容場その他出入国在留管理庁長官又はその委任を受けた主任審査官が指定する場所に収容する（出入国管理及び難民認定法52条Ⅴ項）。

収容令書が発付または退去強制令書が発付されたが送還することができない場合、収容施設で収容されている当該者またはその者の代理人、保佐人、配偶者、直系の親族もしくは兄弟姉妹は、収容中に、入国者収容所長または主任審査官に対して、仮放免を請求することができる（出入国管理及び難民認定法54条Ⅰ項）。仮放免の条件として、現行法では、①300万円を超えない範囲内において法務省令で定める額の保証金を納付させ、かつ、②住居および行動範囲の制限、呼出しに対する出頭の義務その他必要と認める条件を付すことができるとする（出入国管理及び難民認定法54条Ⅱ項）。

不法入国、不法上陸、不法在留・残留等の容疑者に対する出入国在留管理庁の上記の一連の事務上の問題としては、収容するかどうか、退去強制するかどうか、収容令書や退去強制令書が発付の事務において、裁判所（司法）が関与することなく、違反の調査を同時に行う出入国在留管理庁（行政府）の職員が判断権者である点である。収容という身体的自由を制約・侵害する行為について、違反の調査をも担う行政機関がその当否を判断することは、公正性、中立性を欠き、さらに適正性をも欠く。仮放免の判断の事務において問題とされている点についても同様の問題がある。

³ 入国警備官が足りないため主任審査官が必要と認めて依頼したときは、警察官又は海上保安官も、退去強制令書の執行をすることができる（出入国管理及び難民認定法52条Ⅱ項）。

収容令書によって収容されているあるいは退去強制の手続を経て収容されている外国人においても、その間に、難民認定の申請手続を求める権利は侵害されない。そのため、当該外国人が、出入国管理及び難民認定法61条の2によって難民認定の申請手続を行った場合には、法務大臣が、その者が難民であるか否かの認定を行う。そして、退去強制手続との関係では、難民認定の申請をした在留資格未取得外国人においては、退去強制の手続が停止されたり（出入国管理及び難民認定法61条の2の6Ⅱ項）、送還が停止されたりする（出入国管理及び難民認定法61条の2の6Ⅲ項）。

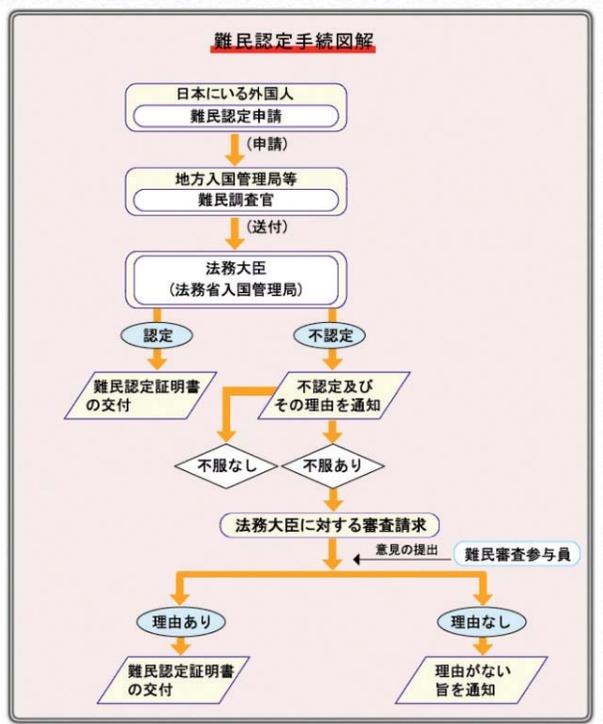
難民の認定をしない処分が法務大臣によってなされ、当該者がそれに不服であれば、法務大臣に対して審査請求書を提出する（出入国管理及び難民認定法61条の2の9Ⅰ項）。法務大臣は、法律または国際情勢に関する学識経験を有する者で法務大臣が任命した難民審査参与員（出入国管理及び難民認定法61条の2の10）の意見を聴き、審査請求に対する裁決を行う（出入国管理及び難民認定法61条の2の9Ⅲ項）。

法務大臣の不認定処分について、不認定処分を受けた者は、その取消しを求めたり、また、在留特別許可をしない旨の入国管理局長の在特不許可処分の無効確認をしたり、入国管理局の主任審査官の退去強制令書発付処分の無効確認をしたりする等、裁判所（司法）に訴えを提起することが認められている。しかしながら、法務大臣の不認定処分が下されてから司法（裁判所）での審査がなされ不認定処分が取り消されるまでにはあとで（2.で）述べるとおり、長い年月がかかり、その間の収容施設における外国人の被収容者の権利の制約、侵害が実質上大きな問題となっている。収容は身体（人身）の自由を侵害する行為であるにもかかわらず、迅速な裁判所（司法）の関与が現行の出入国管理及び難民認定法においては保障されていないのである。

今日、入国管理センター等で収容あるいは退去強制の手続を経て収容されている外国人被収容者が死亡するという事案が次々と起こり、出入国在留管理庁に対して国際社会からの批判も大きい。その出入国在留管理庁は、外国人被収容者の死亡事案を背景とする現行法上の問題点として、以下の点をあげる⁴。

第一に、現行法では難民認定申請の回数が問われないこと、また、難民認定の申請手続中の者については送還が一律停止されることにより、収容者の収容の長期化という問題が生じていること、第二に、収容された外国人の一部においては、自らの健康状態の悪化を

⁴ 法務省出入国在留管理庁ホームページ www.moj.go.jp/isa/laws/bill/05_00003.html（2021年6月1日確認）。



【図1】 難民認定手続のながれ (「難民認定手続図解」 出入国在留管理庁ホームページ www.moj.go.jp/isa/applications/guide/nanmin_flow.html (2021年6月1日確認))

理由とする仮放免の許可を得るため、食事をとることを拒むハンガーストライキ等を行うこと、さらには、仮放免中に逃亡するという外国人が2020年12月末時点で400人余り存在するということである。

難民認定申請が繰り返しなされ送還の停止によって収容が長期化する問題、また、収容の長期化によって仮放免を求めるためのハンガーストライキや仮放免中の逃亡事案が増加している問題等から、「不法残留者や送還忌避者の増加の実際において現行法では十分に対応しきれず、送還忌避者への対応が困難であり、収容の長期化が発生している」という出入国在留管理庁側の問題意識のもとでつくられた2021年改正法律案は、そもそも、現行の出入国管理及び難民認定法（国内法）が「国際規範及び日本国憲法に反するものであり問題である」とする従来からの批判への対応に欠ける。現行法について抜本的に見直し改正する視点が国会（立法府）においてははかられるべきであろう。

本稿は、不法上陸、不法入国、不法在留等の外国人に対して、現行の「出入国管理及び難民認定法」にもとづいて、収容令書による収容、また退去強制の手続を経て収容されて

いる被收容者の権利保障から、手続上の問題点について、主に国際規範から検討し、それらの問題点への対応をふまえて、現行法の全面的改正を提言することを目的とするものである。

難民 (refugees) の受け入れと移民 (immigrants) の受け入れとは異なる問題であり、難民の受け入れにおける日本における難民認定率の低さについて、「移民」の受け入れを積極的に進めよとする議論が重なって、現行の「出入国管理及び難民認定法」改正の議論が若干錯綜しているきらいもある。日本における難民認定の実体法的基準は、1951年7月28日難民及び無国籍者の地位に関する国連全権会議で採択された「難民の地位に関する条約」1条および難民の地位に関する議定書1条Ⅱ項に定義されているもので、国際法上の定義を受けた日本法（出入国管理及び難民認定法）2条3号の2により「難民」にあたるか否か、実体法的基準に基づいて判断される。また、2018年の衆議院本会議で当時の首相の安倍晋三氏が「いわゆる移民政策をとることは考えていない」と述べていること⁵から、日本政府がとっている（あるいは採ろうとしている）日本の移民政策は移民政策に寛容な諸外国と比較して決して開放的なものではない。難民認定をめぐる問題は、さしあたり、誰が難民認定をするのか、どのような手続によって難民認定をするのか、難民認定の手続を規定する現行法に問題はないか、手続上の問題から手続法的基準（手続に関するルール）の見直しを図ることがまずもって重要であると思われる⁶。

本稿では、難民認定の手続上の問題も視野に入れつつ、さしあたり、難民認定を申請している不法上陸、不法入国、不法在留等の外国人の收容をめぐる現行の出入国管理及び難民認定法における手続上の問題点について国際法上の「避難国に不法にいる難民」の権利の保障から検討し、日本法の抜本的見直し、改正に向けて提言したい。

⁵ 希望の党・無所属クラブの衆議院議員奥野総一郎氏が提出した外国人労働者と移民に関する質問「内閣衆質196第104号（2018（平成30）年3月9日）」に対する当時の内閣総理大臣安倍晋三氏の「答弁第104号」では、「政府としては、例えば、国民の人口に比して、一定程度の規模の外国人を家族ごと期限を設けることなく受け入れることによって国家を維持していこうとする政策については、専門的、技術的分野の外国人を積極的に受け入れることとする現在の外国人の受入れの在り方とは相容れないため、これを採ることは考えていない。」とする。「第196回国会質問の一覧」衆議院ホームページ https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/196104.htm (2021年6月1日確認)。

⁶ 寛容な移民政策のもとで開放的に移民を受け入れよと主張する見解においては、日本国民に対する大きな影響も避けられないことから、移民政策を転換する意義及び問題点を国民の意見を聴き理解してもらいながら検討される必要がある。ドイツにおいては、2015年のシリア難民を多く受け入れたことにより、実際にドイツ社会と政治に大きな地殻変動的ショックを与えたとされる。福澤啓臣「大量難民を受け入れた法治国家ドイツの苦悩」『季刊 現代の理論』第19号。 <http://gendainoriron.jp/vol.19/feature/f09.php> (2021年6月1日確認)。

1. 国際法上の「避難国に不法にいる難民」の権利と日本の難民認定手続

1951年7月28日、難民及び無国籍者の地位に関する国連全権会議により、「難民の地位に関する条約」が採択された。そして、1966年11月18日経済社会理事会で承認された「難民の地位に関する議定書」で、国際法上の「難民」の定義が確立した。すなわち、国際法上、難民とは、「①人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見を理由に②迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であって、③その国籍国の保護を受けることができない又はそのような恐怖を有するためにその国籍国の保障を受けることを望まないもの、及び、これらの事件の結果として常居所を有していた国の外にいる無国籍者であって、当該常居所を有していた国に帰ることができないもの又はそのような恐怖を有するために当該常居所を有していた国に帰ることを望まないもの」と定義される⁷（「難民の地位に関する条約」1条A(2)及び「難民の地位に関する議定書」1条II項）。

日本にやって来て難民認定手続の審査の過程にある外国人は、難民として認定されるまでは、「難民の地位に関する条約」上の「避難国に不法にいる難民」ということになる。「避難国に不法にいる難民」については、「難民の地位に関する条約」31条から33条の権利が保障される。すなわち、第一に、不法に入国し又は不法にいることを理由として刑罰を科してはならないこと（「難民の地位に関する条約」31条I項）、第二に、難民の当該締約国における滞在が合法的なものとなるまでの間又は当該難民が他の国への入国許可が得るまでの間に限っては、難民の移動に対して、「必要な制限以外の制限」を課してはならないこと（「難民の地位に関する条約」31条II項）、第三に、締約国は、「国の安全」または「公の秩序」を理由とする場合を除いて、合法的にその領域内にいる難民を追放してはならないこと（「難民の地位に関する条約」32条I項）、第四に「国の安全」または「公の秩序」を理由とする難民の追放は、法律の定める手続にしたがって行われた決定によるのみ行い、「国の安全」のためのやむを得ない理由がある場合を除いては、追放される理由がないことを明らかにする証拠の提出等不服申し立てが認められること（「難民の地位に関する条約」32条II項）、第五に、追放されることになった難民に対しては、他の国への入国

⁷ 「難民の地位に関する条約」1条A(2)における「1951年1月1日前に生じた事件の結果として」という文言について、「難民の地位に関する議定書」の前文で、「1951年1月1日前という制限を考慮に入れない場合に条約の定義に該当することとなるすべての難民に等しい地位を与えることが望ましい」として、難民の地位に関する議定書1条II項の規定がおかれている。

許可を求めるのに妥当と認められる期間の猶予を与えること⁸（「難民の地位に関する条約」32条Ⅲ項）、第六に、一部の場合を除いて、難民を、いかなる方法によっても、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見のために、その生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域への国境へ追放したり送還したりしてはならないこと（「難民の地位に関する条約」33条Ⅰ項）が保障されている。

日本の現行の「出入国管理及び難民認定法」における難民認定手続は、「難民の地位に関する条約」の「避難国に不法にいる難民」の権利の保障にしたがって、権利を保障するべく国内法上の制度化が図られている。たとえば、出入国管理及び難民認定法61条の2の2Ⅱ項は、法務大臣は、難民である旨の認定申請をした「在留資格未取得外国人」について、難民の認定をしない処分をするとき、または在留資格の取得を許可しないときは、当該「在留資格未取得外国人」の在留を特別に許可すべき事情があるか否かを審査するとして、当該事情があると認められる場合には、その在留を特別に許可することができる。

また、「在留資格未取得外国人」の日本における仮滞在の許可という制度もある（出入国管理及び難民認定法61条2の4）。加えて、退去強制を受けた「在留資格未取得外国人」においても、仮滞在の許可を受けた者については退去強制の手続が停止されるし（出入国管理及び難民認定法61条2の6Ⅱ項）、仮に仮滞在の許可を受けていない、あるいは仮滞在期間が経過した者も送還が停止される（出入国管理及び難民認定法61条の2の6Ⅲ項）。仮滞在の許可、退去強制の手続の停止または送還の停止については、国際法上の「避難国に不法にいる難民」の権利保障に由来するものであると解されよう。

2. 法務大臣による難民不認定処分と裁判官の関与

退去強制手続中に発付される収容令書によって収容施設に収容されている、あるいは退去強制令書発付後に収容施設に収容されている外国人であっても、いわゆる「避難国に不法にいる難民」に変わりはなく、収容されているからといって難民認定の申請手続を求める権利は侵害されない。そのため、収容令書又は退去強制令書発付後に収容施設に収容されている外国人が、出入国管理及び難民認定法61条の2によって難民認定の申請手続を行った場合にも、法務大臣は、その者が難民であるか否かの認定を行う。問題は、常に、

⁸ この期間中必要と認める国内措置は「難民の地位に関する条約」32条Ⅲ項で保障されている。

法務大臣の難民認定の判断（とりわけ、難民認定をしない処分）が適正であるかである。

法務大臣の難民認定をしない旨の不認定処分を裁判所（司法）が取り消した近時の裁判例に、東京高判令和2年1月29日判例タイムズ1479号28頁がある。Xは、2010（平成22）年5月14日、偽造スペイン旅券を使用して、英国からオーストリア航空の旅客便に搭乗し、ウィーンで同航空の別の旅客便に乗り継いで、成田空港に到着し、日本に入国した。日本入国の4日後、2010年5月18日、東京入管において、法務大臣に対し、出入国管理及び難民認定法61条の2 I項にもとづき、日本における難民の認定の申請をした。2010年7月16日、東京入管による立件により、Xに係る退去強制手続が開始され、Xが出入国管理及び難民認定法24条1号（不法入国者）に該当すると入国審査官の認定に誤りがない旨の特別審理官の判定がなされた⁹。法務大臣は、2011年4月11日、難民不認定処分とし、同年5月24日、Xに通知した。また、法務大臣から権限の委任を受けた東京入管局長は、5月11日、在特不許可処分を行い、同月24日にXに通知した。

Xは、2011年5月27日、法務大臣に対し、難民不認定処分について異議申立てを行った。法務大臣は、2014年9月19日、異議申立てを棄却する旨の決定を下し、同年12月19日にXに通知した。Xは、2015年2月20日、法務大臣に対して、出入国管理及び難民認定法61条の2 I項に基づき、2回目の難民の認定申請をした。そして、2015年5月15日、Xは、難民の認定をしない旨の法務大臣の不認定処分の取消し、在留特別許可しない旨の東京入国管理局長の在特不許可処分の無効確認及び東京入国管理局の主任審査官の退去強制令書発付処分の無効確認を求めて、裁判所に訴訟を提起した。

第一審の東京地方裁判所は、法務大臣の不認定処分の適法性、すなわち、法務大臣がXは「難民の地位に関する条約」1条又は「難民の地位に関する議定書」1条の規定（国際法）にもとづく出入国管理及び難民認定法2条3号の2の「難民¹⁰」にあたらなかつたことについて、「本件不認定処分時において、原告は、アルメニア人であることによりジョー

⁹ これについても、Xは不服として法務大臣に対し異議申立てがなされが、法務大臣の権限の委任を受けた東京入管局長は、2012年3月13日、異議の申出には理由がない旨の裁決をし、その通知を受けた主任審査官は、同年6月12日、Xに対し、同裁決を通知するとともに、送還先をジョージアとする退去処分をした。6月12日にXは退去強制令書の執行を受けて収容されたが、同日、仮放免を許可されていた。

¹⁰ 「難民」の定義に、「人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること（中略）を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、（中略）常居所を有していた国の外にいる無国籍者であつて、当該常居所を有していた国に帰ることができないもの又はそのような恐怖を有するために当該常居所を有していた国に帰ることを望まないもの」（「難民の地位に関する条約」1条A(2)、「難民の地位に関する議定書」1条II項）が含まれており、本事案においては、Xが上記の文言における難民に該当すると認められるか否かが争点となつた。

ジア政府から迫害を受けるおそれがあったとはいえ、かえって、原告の態度等に照らせば、原告自身も迫害を受けるおそれがあると考えていたとは認め難いから、迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するものとはいえ、入管法2条3号の2所定の『難民』には該当しないものというべきである。」として、不認定処分は適法であるとした¹¹。原告Xの控訴により、控訴審においても、Xに対する法務大臣の難民不認定処分について適法か違法かが争われた。東京高等裁判所は、迫害を受けるおそれがあるという十分な理由のある恐怖について、不認定処分時及び控訴審口頭弁論終結時において、迫害や十分な理由のある恐怖の原因が、Xがアルメニア民族に属する点にあることは明らかで、Xが「ジョージアの領域内で迫害を受けるおそれがあるという十分な理由のある恐怖を主観的に有しているということができるとともに、客観的にも十分な理由のある恐怖の存在が裏付けられているということが出来る。」として、難民に該当しないとす本件不認定処分は違法であり、これを取り消すのが相当であるとした¹²。

法務大臣による難民の不認定処分が違法であることに伴って、退去強制命令についても「第一審原告が難民であるという事実を見落として発令された」もので、在留特別許可がされるべきであったことから、本件退令処分は無効であるとされた¹³。また、在特不許可処分についても、「本件在特不許可処分は、第一審原告が難民であるという事実を見落として発令された」もので、「発令には、裁量権の逸脱、濫用があったものといわざるを得ない」として処分は違法であるとした。

上記の事案から一連の手続をみると、問題は、2010年にXから難民認定の申請がなされて5年という長期にわたる身体を自由を侵害する制約（収容）がなされたことにおいて、全く裁判所（司法）が関与していない点にある。難民として認定されるかどうかの手続は可及的かつ速やかに進められることがのぞましい。また、難民認定の申請中において身体

¹¹ 東京地判平成30年7月20日 LEX/DB25556449。

¹² 東京高判令和2年1月29日判例タイムズ1479号28頁。

¹³ 「ジョージアを送還先として希望しない理由にも相応の合理性があり、このことは退去強制手続の担当者にも一見明白であったということが出来る。そうすると、本件退令処分のうち送還先をジョージアと指定する部分は違法であり、その瑕疵は重大明白であったということが出来るから、仮に本件退令処分の全体が無効とはいえない場合であっても、本件退令処分のうち送還先をジョージアと指定する部分は無効である。」と判示している。上記の点について、控訴審は、「原告を日本国内において生活支援の受給資格や労働許可のない状況に置き、外国人収容所に収容されるリスクにさらすから、『市民的及び政治的権利に関する国際規約』7条、憲法13条に違反するものであって、重大明白な瑕疵があることが明らかである。」とする。また、迫害を受けるおそれのあるジョージアへの送還は、「難民の地位に関する条約33条I項、『拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約』3条、入管法53条Ⅲ項に違反する。」とする。

の自由を制約する収容施設における収容がなされる場合には、収容する当該機関（行政）による裁量的な判断に委ねるのではなく、あらかじめ法律で定められた要件について収容の要否や可否を裁判所（司法）が審査する仕組みが、出入国在留管理庁（行政）に対する権限濫用を防止し「避難国に不法にいる難民」の権利の保障の観点からものぞましいといえよう。

3. 大村入国管理センター被収容者死亡事案からみる難民認定申請中の被収容者の収容上の問題点

2019（令和元）年6月24日、長崎県大村市の入国者収容所大村入国管理センターにおいて、拒食（ハンガーストライキ）を継続し、点滴治療等も拒否していたナイジェリア人男性の被収容者が、居室内で意識のない状態となり、救急搬送先の病院で死亡が確認される事案が発生した。「大村入国管理センター被収容者死亡事案に対する調査報告書¹⁴」が2019年10月に出入国在留管理庁から出されていることから、大村入国管理センター被収容者死亡事案からみる収容上の問題点について検討したい。

とりわけ、死亡事案においてはその死因が重要になる。何が原因で死をもたらしたのか、原因と死亡結果、そしてそれらの因果関係が明らかにされる必要がある。死亡した翌日に医師による司法解剖がなされたと調査報告書に記載があるが、当該「医師」が法医学を専門とする者なのか否かについては明らかにされていない。調査報告書にあげられる司法解剖を行った医師による聴取内容としては、「どの所見が死亡に直結したか断定できない」としながら、直接の死因は「飢餓死」であり、解剖主要所見は「高度なるい瘦」とされている¹⁵。当該男性の身長は171センチメートル、2018年10月26日時点での体重は、71キログラムとある。2019年6月24日の死亡から一月前、5月30日の時点から拒食事実について調査報告書では記載があるが、拒食が把握された5月30日の体重が60.45キログラムであったことに対して、6月5日の所内診療の際の体重測定では61.55キログラム、6月17日の所内診察での体重測定では50.60キログラムと減少している。6月17日の所内診察で、「こ

¹⁴ 出入国在留管理庁「大村入国管理センター被収容者死亡事案に関する調査報告について」出入国在留管理庁ホームページ www.moj.go.jp/isa/publications/press/nyuukokukanri09_00050.html（2021年6月1日確認）。

¹⁵ 出入国在留管理庁「大村入国管理センター被収容者死亡事案に関する調査報告書」（令和元年10月）。出入国在留管理庁ホームページ www.moj.go.jp/isa/content/930004425.pdf（2021年6月1日確認）。

のまま治療拒否が続く場合には、本人が意識を消失するか、更に衰弱して治療を拒否できない状態になった段階で救急搬送をして入院治療を受けさせるほかない」と非常勤職員である診療室医師が述べているが、2001（平成13）年11月2日に法務省入国管理局長から入国者収容所長及び地方入国管理局長らに宛てて出された法務省管警第241号「拒食中の被収容者への対応について（通達）」（以下では、平成13年通達という）が大村入国管理センターに教示されていなかったこと、大村入国管理センター側が「本人が治療を拒否している以上、治療は実施的できない」との裁量的方針を採ったことが調査報告書にあげられている。調査報告書においては、「亡くなる数日前に入院させることができれば死亡という結果にはならなかったのであろうが、医療の素人である看守職員には、痩せているのを見ても死亡の危険がどれだけ切迫しているかは判断しにくいだらう」とまとめられている。

本来は中立性、公平性が担保された第三者機関による調査、事実認定、報告書の作成が当然のことながら必要であると解されるが、調査が公平性、中立性の視点を欠いた当事者機関（出入国在留管理庁）によるものであり、そのため調査報告書も中立性、公平性の視点を欠くものであるとはいえ、今回生じた事故については、調査報告書において大村入国管理センターの所々の対応は不相当であったと評価することはできないとしてまとめられている。具体的には、「本人が治療を拒んだことにより十分な治療の実施に至らなかったものであり、この時期における本人の健康状態の悪化を食い止められなかったことは、やむを得ないと考えられる。」とした上で、「診療室における強制的治療の実施は實際上困難」であり、「強制的治療の実施やその要否の検討に至らなかったことが不相当であったと評価することは困難と考えられる。」とする。

そうした事実の認定の上に、今後は、「収容の長期化という問題は、送還の促進によって解消すべき性質のもの」であり、「仮放免をすることなく送還を目指すべき」であって、「拒食や治療拒否により被収容者の生命に現に危険が生じている場合には、最後の手段として採り得る緊急的措置として、強制的治療を行うことが可能となるよう」、強制的治療の体制を整備すべきであるとする。実際に大村入国管理センターには常勤医師はおらず、平成13年通達における診療室における強制的治療の実施は体制的に難しかったこと、くわえて、近隣の医療機関の中に強制的治療の実施に応じる見込みがある機関がなかったとして、現状としての問題は「平成13年通達の要領に従った強制的治療の実施は實際上困難な状況にあった」という報告にとどまっている。

5月30日に拒食が認識されて以降、6月20日の段階で、平成13年通達の1.（6）に従う

ならば、本来であれば22日目から「強制的治療を実施する。」ことになっている。強制的治療について具体的な手続の流れ等も通達においては明示されていないが、近隣の医療機関の中に強制的治療の実施に応じる見込みがある機関がなかったことで済ませるのではなく、近隣の医療機関に入院させる等の対応をとる等の強制的治療を実施することを義務付ける具体的な法整備を検討すべきであろう。刑事収容施設被収容者処遇法では、留置施設において被留置者の心身の状況を把握することに努め、被留置者の健康を保持するため、社会一般の医療の水準に照らし適切な医療上の措置を講ずるとする（刑事収容施設被収容者処遇法199条）。刑事施設の被収容者においても同様である（刑事収容施設被収容者処遇法56条）。とりわけ、被留置者が「飲食物を摂取しない場合において、その生命に危険が及ぶおそれがあるとき」には、留置業務管理者は、速やかに、当該留置業務管理者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執るものとする（刑事収容施設被収容者処遇法201条I項②号）。留置施設被留置者については、留置業務管理者が適当と認める病院若しくは診療所において、自弁によりその診療を受けることを許す（刑事収容施設被収容者処遇法202条I項）とするが、入国管理センター等に収容されている被収容者の強制的治療においては、すべての適切な治療と投薬を無料で受けることを保障するような法整備をすることがのぞましい。

平成13年通達の内容が医師や専門家の所見も踏まえて作成されたものかどうか不明であるが、被収容者が拒食した場合の措置の問題は、それを入国管理局内部の通達としてルール化しておくだけで十分かという疑問が残る。今後の対応として、被収容者の権利と収容機関側の権限を法律で明文化しておく必要がある。

調査報告書から明らかになったことでもあるが、仮放免するか否かの判断基準についても、調査報告書のなかで平成28年9月28日付け法務省管警第202号「被退去強制令書発付者に対する仮放免措置に係る適切な運用と動静監視強化の徹底について」の中の規準はすべて「不開示」とされており、ルール化されていても明示化されておらず行政機関の裁量によっていかようにも解釈され得るものである。「身体（人身）の自由」という人権と大きくかかわることから、仮放免手続においても国際法上及び日本国憲法31条にもとづく法定適正手続の保障（Due Process of Law）にしたがって、抜本的に手続そのものが見直され、改正される必要がある。

4. 現行の「出入国管理及び難民認定法」は国際規範に反するか

上述した「避難国に不法にいる難民」の収容の様々な問題から、国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」においても、日本法（現行の出入国管理及び難民認定法）は国際規範における人権の保障に反しており、とりわけ「自由権規約の下で負う整合性を担保するために」に日本政府に対して見直す必要があると決定した事案がある¹⁶。2020年8月24日から28日の第88回国会期における国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」で採択された勧告意見（Opinion58/2020（Japan））である。国連人権理事会（Human Rights Council）は、2005年9月の国際連合首脳会合においてその設立が基本合意され、2006年3月15日に国連総会（General Assembly）においてその設立が採択された。国連として人権問題への対処能力強化を目的とする国連人権理事会のもとにある「恣意的拘禁に関する作業部会（Working Group on Arbitrary Detention）」において、Deniz Yengin氏およびHeydar Safari Diman氏に関する通報の事案について検討がなされた。2020年4月9日、国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」は、日本政府に対して、両氏に関する通報を通報手続により送付した。国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」は、日本政府に対して、両氏の継続的な収容を正当化する法的根拠を明らかにするとともに、国際人権法、とくに日本が批准した条約に関する政府の義務と両立するかどうかを明らかにするよう要請した。日本政府は、2020年7月8日に国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」に対して回答を提出した。

争点は、両氏に対する日本における収容について国際法上違反するかどうかである。以下では、国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」の決定（Disposition）【A/HRC/WGAD/2020/58】をもとに、国際法上から見た日本法（現行の出入国管理及び難民認定法）の問題点について整理し、検討したい。

まず、国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」においては、Deniz Yengin氏およびHeydar Safari Diman氏の事案について、「身体の自由の剥奪」が恣意的なものに

¹⁶ 国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」で採択された意見 Opinion58/2020（Japan）参照。United Nations Human Rights Office of the High Commissioner ホームページ <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Opinions88thSession.aspx>（2021年6月1日確認）。意見の全文の日本語訳として、移住者と連携する全国ネットワーク（移住連）ホームページに、先行編集版が掲載されている。https://migrants.jp/user/media/ijuuren/page/news/pdf/WGAD_Opinion_JPN_final.pdf（2021年6月1日確認）。

あたるか否かを法的に（国際法上）検討するため、「身体の自由の剥奪」が恣意的なものであると認められる「カテゴリ－Ⅰ」から「カテゴリ－Ⅴ」までをもとに、Deniz Yengin 氏および Heydar Safari Diman 氏の収容の事実がそれらのカテゴリ－にあたるか否かが検討された¹⁷。

「カテゴリ－Ⅰ」は、身体の自由の剥奪を正当化する法的根拠を見い出すことが明らかに不可能な場合である。「カテゴリ－Ⅱ」は、身体の自由の剥奪が、国際規範（世界人権宣言7条、13条、14条、18条、19条、20条及び21条、締約国が関係する限りにおいては、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）12条、18条、19条、21条、22条、25条、26条及び27条）によって保障されている権利又は自由を制約・侵害する場合である。

「カテゴリ－Ⅲ」は、公正な裁判を受ける権利等その他の国際規範の全部又は一部を制約・侵害し、身体の自由の剥奪に恣意的な性質を与えるほどの重大な制約・侵害がある場合である。「カテゴリ－Ⅳ」は、庇護申請者（asylum seekers）、移民（immigrants）又は難民（refugees）が、行政的あるいは司法的な審査、または救済の可能性がないまま、長期間の行政収容を受けている場合である。「カテゴリ－Ⅴ」は、身体の自由の剥奪が、出生、国籍、民族若しくは社会的身分、言語、宗教、経済状況、政治的若しくはその他の意見、性別、性的指向、障害、その他の地位に基づく差別を理由とする国際法違反を構成するものであって、その目的が、又はその結果として人間の平等（差別されない権利）を無視するような場合である。

「カテゴリ－Ⅰ」から「カテゴリ－Ⅴ」のいずれかにあたるか否かについて、その前提とされた収容の事実については以下のとおりであった。まず、Deniz Yengin 氏については、1979年の生まれで、トルコ国籍を有するクルド系民族で、2007年5月15日に大阪市に到着し、クルド系民族であること、アレヴィズム（イスラム教の少数派）を信仰していること、そして彼の政治的意見を理由とすることによってトルコでの脅迫、暴力、差別、嫌がらせから逃れてきたことを理由に、2007年12月27日に初めて日本で難民申請を行った。しかし、難民申請は認められず、その後行った2回にわたる難民申請も認められず、現在4回目の申請を行っている。その間、2011年に日本人女性と結婚した。通報から認められる事実は、Deniz Yengin 氏は、2008年6月16日に退去強制令書が発付され、①2008年6月16日から2009年1月19日まで、②2009年12月1日から2010年8月18日まで、③2016年5

¹⁷ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

月15日から2019年8月2日まで、④2019年8月16日から10月25日まで、⑤2019年11月7日から2020年3月23日まで、東日本入国管理センターに繰り返し収容されていたことである。最長の収容期間は③で3年2ヶ月以上に及んでいるとする。

もう一人の Heydar Safari Diman 氏は、1968年の生まれで、イラン国籍者である。1991年11月から30年近く日本で過ごしてきた。1992年2月に日本での在留資格がなくなり、その後に迫害を恐れて母国に帰ることができないという理由で何度か日本で難民申請を行っているが、申請は認められていない。2012年5月15日に東京でイラン当局が発行したパスポートを所持していたが、2017年5月16日に有効期限が切れた。通報から認められた事実では、退去強制令書が発付され、それによって①2010年1月14日から2010年12月6日まで収容され、②仮放免が認められず、2019年6月7日まで東日本入国管理センターに3年間収容されていたとする。2019年7月31日、3年1ヶ月の収容期間を経て2週間の仮放免が認められたが、③2019年8月14日に再び収容された。収容中にハンガーストライキを行っており、仮放免と繰り返しの収容が重ねられ、直近では④2020年1月21日から4月3日まで収容されていたとする。

国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」は、繰り返される収容施設における収容についての要件が法律上明文化され¹⁸、明文化された要件のもとに適正に行われているか（法的根拠及びその適正性について）、収容についての必要性及び相当性について（比例原則にしたがっているか否か）、それぞれ通報があった場合の「国際規範に違反しない」という立証責任は日本政府にあるとして、日本政府に釈明を求めた。

そして、日本政府からの回答をもとに、国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」での決定は、「Deniz Yengin 氏および Heydar Safari Diman 氏の身体的自由の剥奪は、世界人権宣言2条、3条、8条、9条、14条、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）2条、9条、26条に違反し、『恣意的なもの』であり、カテゴリー I、II、IV、V に該当する。」とした¹⁹。つまりは、収容のあり方、そしてその収容のあり方を規定する日本の国内法（現行の出入国管理及び難民認定法）自体が国際規範に違反することから、国際規範に合致するよう日本において必要な措置を講ずるよう要請がなされ、出入国管理及び難民認定法の全面的見直し、その改正が日本政府に対して説かれている²⁰。

¹⁸ 一般に、法律上において明文化される意義としては、被収容者において当該収容が適正なものかどうか、被収容者自ら認識することが可能になると同時に、収容する側にとっても、当該処分について恣意的・裁量的な判断を行っていないということを明らかにする上で十分なメリットがある。

¹⁹ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

どのような点が上記であげられている「恣意的な収容」のカテゴリーに該当するのか、また国際規範に違反するのか、以下では詳しくみていきたい。

国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」の決定において、10年以上にわたって6ヶ月から3年もの間に個人を収容したことについて、日本政府から事実について争うことがなかったことから、事実として認定された。その上で、収容が「恣意的なものである可能性がある」か否かについて、「恣意性」の概念については、「法に反して」と同義で扱われるべきものではなく、より広義に、不適當、不公正、予測可能性の欠如、法の適正手続の欠如のほか、合理性、必要性、比例性の要素を含むものとした上で、以下のように評価している²¹。

日本法では、司法（裁判所）の承認や審査なしに行政機関による退去強制令書に基づく収容が認められており、また繰り返しの収容という運用がなされている。収容からの解放についても、現行の出入国管理及び難民認定法54条Ⅱ項による仮放免制度があるものの、入管収容所長又は主任審査官という当該行政機関に無制限の裁量が与えられている。市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）9条Ⅳ項では、「逮捕又は抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定すること及びその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるように、裁判所において手続をとる権利を有する。」とする。国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」においては、「あらゆる形態の拘禁に対する司法による監視（チェック）は、個人の身体の自由の基本的な保障であり、拘禁に法的根拠があることを保証するために不可欠である」とする²²。

収容を実施する行政機関が収容の承認や審査、収容の解放という仮放免の承認や審査を行うのではなく、裁判所が法律上の要件をもとに、収容の承認や審査、収容の解放という仮放免の承認や審査を行うことは、行政機関の権限濫用を裁判所（司法）が防止する観点から、日本国憲法33条においても保障されていることであり、「出入国管理及び難民認定法」における収容、仮放免という手続における裁判所（司法）の関与を踏まえた現行法の抜本的改正は必要不可欠であるといえよう。

また、国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」においては、収容を正当化する

²⁰ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

²¹ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

²² 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

正当な目的である理由を網羅的に法律で規定する必要性を説いている。10年以上にわたって6ヶ月から3年もの間、個人を収容した事実について、それを正当化する正当な理由は認められないし、無期限の入管収容が実質的には許されていること、また、収容の理由が被収容者に告知されていない問題も含めて、「すべての者は、身体的自由及び安全についての権利を有する。何人も、恣意的に逮捕され又は抑留されない。何人も法律の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。」とする市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）9条I項に反するとする²³。

日本国憲法31条においても、「何人も法律の定める手続によらなければ、その自由は奪われない」と、法定適正手続が保障されており、どのような場合に収容が認められるのか、収容期間は最長でもどのくらいか、仮放免においてどのような要件が充足されれば収容の代替手段である仮放免が認められるのか、収容、拘禁という身柄の拘束においては人身（身体）の自由という人権の保障と大いに関わることから、現行の「出入国管理及び難民認定法」に収容令書又は退去強制令書発付後の収容される場合の要件を明文化する必要がある。

国連人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」において、収容は、個別の事案に応じて、合理性、必要性及び比例性にもとづいて、その適正性が判断されるべきであると指摘している点も重要である²⁴。日本国憲法33条及び35条にしたがって憲法上の人権を制約・侵害する強制捜査については、警察機関（行政機関）は裁判所（司法）の審査、承認を経て、裁判官からの令状を得て行う。もっとも、令状によらない警察機関（行政機関）の任意で行う捜査においても、合理性、必要性及び比例性にもとづいて、当該捜査が適正か否かが重要になる。同様に、出入国在留管理庁（行政機関）が行う収容においても、収容のはじまりから収容の間において、収容が適正であるか否か、個別の事案に応じて、合理性、必要性及び比例性にもとづいて、裁判所（司法）によってチェックされる法的な仕組みが「避難国に不法にいる難民」の権利の保障においては重要である。国連人権理事会「恣意的拘禁における作業部会」においても、Heydar Safari Diman氏が拘束された4年半近くの間、収容の適法性に異議を唱えるために司法当局に出頭する機会が与えられていたことは一度もない点を問題にしている²⁵。

上記の国際規範に対する違法に加えて、庇護を希望する者が庇護を求めることは世界人

²³ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

²⁴ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

²⁵ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

権宣言14条で保障されており、あわせて、自由権規約委員会が「身体の自由と人の安全に関する一般的意見第35号（2014年）」で論じているように、庇護希望者に対しては入国についての記録、彼らの主張の記録、身元等の特定のため、初期の短期間収容されるとしても、審理中さらに収容することは「逃亡の個別的蓋然性、他者に対する犯罪の危険又は国家安全保障に反する行為の危険」といった限定的な特別な理由が認められない限り、許されないとする²⁶。また、庇護申請をしている個人に対して差別的な対応がとられており、すべての者に対する差別を禁止する市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）26条にも反しているとも述べている²⁷。Deniz Yengin 氏および Heydar Safari Diman 氏は、恣意的な長期間の収容による身体の自由の剥奪によって、健康を害している事実が認められることから、彼らの健康に対する権利が正当に尊重され、保護され、すべての適切な治療と投薬を無料で受けることを保障することも日本政府に求めており²⁸、日本においては国内法上の立法的措置がとられることがのぞましい。

5. 2021年改正法律案の検討及び問題点

2020年6月19日、法務大臣の私的懇談会である「出入国管理政策懇談会²⁹」の下に設置された「収容・送還に関する専門部会」が公表した「送還忌避・長期収容問題の解決に向けた提言³⁰」を契機として、出入国管理及び難民認定法改正の準備が進められてきた。2021（令和3）年2月19日、「出入国管理及び難民認定法等の一部を改正する法律案（2021年改正法律案）」が閣議決定されて、第204回国会（2021年1月18日～6月16日）に2021年改正法律案が提出された。野党三党が法案の採決に抵抗する構えをみせていたが、2021年5月18日、与党の自由民主党は、第204回国会での審議を進めないとする2021年改正法律案を見送る方針を決めた。以下では、閣議決定され内閣から提出された2021年改正法律案³¹

²⁶ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

²⁷ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

²⁸ 前掲注16) Opinion58/2020 (Japan) 参照。

²⁹ 出入国管理政策懇談会は、出入国在留管理行政について広く各界の有識者から意見を聴くための法務大臣の私的懇談会で、1990年11月に第1次の懇談会が発足した。第7次出入国管理政策懇談会は、2016年9月27日に第1回会合が開催され、2020年12月2日の第24回会合まで、24回の会合がもたれている。「収容・送還に関する専門部会」は入国管理政策懇談会のもとに設置され、主に送還忌避者の増加や収容の長期化を防止する方策やその間の収容の在り方を議論・検討するものとして2019年10月21日に第1回会合が開催され、2020年6月15日の10回会合まで10回の会合がもたれている。

³⁰ 出入国管理政策懇談会「第7次出入国管理政策懇談会報告書」出入国在留管理庁ホームページ https://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/nyukan_nyukan41.html（2021年6月1日確認）

〔「出入国管理及び難民認定法及び日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する法律案」〕の具体的な内容を検討し、問題点について考察する。

出入国在留管理庁によると、許可された在留期間を超えて日本国内に滞在している外国人（不法残留者）の数が増加し、2020年7月1日時点でその数は8万人余りであり、また現行の出入国管理及び難民認定法にしたがって国外への退去が確定したにもかかわらず退去を拒む外国人（送還忌避者）が増加しており、2020年12月末時点（速報値）で3千人余りいるとする³²。そうした状況のなかで、不法残留者や送還忌避者の増加の実際において現行法では十分に対応しきれておらず、①送還忌避者への対応が困難であること、②収容の長期化の問題が発生していることから、現行法改正の必要性があるとする³³。そのため、2021年改正法律案の目的として、第一に日本への在留が認められる外国人か否かを適切かつ速やかに見極め、第二に日本への在留が認められない外国人を速やかに日本から退去させ、第三に出入国在留管理庁の収容施設への収容ができる限り長期化しないようにするとともに、収容施設での一層適切な処遇を実施することができるようにしている³⁴。

具体的には、在留が認められない外国人を速やかに退去させることを目的として、難民認定手続中であっても、一定の法律上の要件にあてはまる外国人については、送還停止効の例外を設けて、日本から退去させることを可能にしたり、退去を拒む外国人のうち、旅券の発給の申請等送還のために必要な行為をすることを主任審査官が命令し、その命令に違反した場合には刑事罰を科したりすることがあげられる。また、収容に代わる代替措置として「監理人」による監理措置を設けたり、収容施設における適切な処遇のため被収容者の権利等を法律で明文化したり、現在の仮放免について、法律上の要件を見直すことがあげられている³⁵。

2021年改正法律案を詳細にみても、①「難民に準じて保護すべき者」としての「補完的保護対象者」の認定、②入国警備官による任意で行う違反調査及び強制で行う（裁判

³¹ 「出入国管理及び難民認定法及び日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する法律案」参議院ホームページ <https://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/gian/204/pdf/t0802040362040.pdf>（2021年6月1日確認）

³² 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 www.moj.go.jp/isa/laws/bill/05_00007.html#midashi02（2021年6月1日確認）。

³³ 前掲注32) 参照。

³⁴ 前掲注32) 参照。

³⁵ 前掲注32) 参照。

所の許可状の交付を得て行う) 違反調査にかかる法改正、③主任審査官による收容令書により入国警備官が收容する権限を有しているが、收容令書の発付要件として「出入国管理及び難民認定法24条各号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」という要件を法律に加えたこと、④收容に代わる監理措置の創設、⑤監理措置制度における「管理人」の責務規定を加えたこと、⑥退去強制対象者に対する在留特別許可の申請手続の創設、⑦收容施設における被收容者の処遇について規定を設けること等の条文が加えられている³⁶。

「補完的保護対象者」とは、「難民以外の者であつて、難民条約の適用を受ける難民の要件のうち迫害を受けるおそれがある理由が難民条約第1条A(2)に規定する理由であること以外の要件を満たすもの」とする(2021年改正法律案2条3号の2)。「補完的保護対象者」の認定の申請手続については、難民認定の申請手続と同じである。

入国警備官による任意で行う違反調査および強制で行う(裁判所の許可状の交付を得て行う)違反調査については、刑事手続法の改正の内容もふまえて、領置や領置物件等の処置や還付等、通信事務を取り扱う者に対する差押え、電磁的記録の保全や電磁的記録に係る記録媒体の差押えに代わる処分、鑑定等の嘱託について規定が設けられた。

主任審査官による收容令書の発付について、どのような要件が認められれば発付されるのか現行法においては何らの規定もないことから、法的な根拠にもとづかず恣意的、裁量的に発付されているのではないかという批判もあって、「容疑者が第24条各号のいずれかに該当すると疑うに足りる相当の理由があると主任審査官が認めるとき」收容令書を発付する要件が2021年改正法律案では付け加えられた。

收容に代わる監理措置とは、主任審査官が收容令書を発付すると認めるとき、すなわち容疑者が第24条各号のいずれかに該当すると疑うに足りる相当の理由がある場合であっても、①容疑者が逃亡し、又は証拠を隠滅するおそれの程度その他の事情を考慮し、容疑者を收容しないでこの章に規定する退去強制の手続を行うことが相当と認めるときで、②法務省令で定める期限までに300万円を超えない範囲内で法務省令で定める額の保証金を納付することを条件として、容疑者を監理人による監理に付する措置、監理措置に付する旨の決定をするものとする(2021年改正法律案44条の2I項)。その他、監理措置に付す容疑者に対しては、③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

³⁶ 前掲注31) 参照。

証拠の隠滅を防止するために必要と認める「監理措置条件」を付するものとするとしている（2021年改正法律案44条の2 I項）。監理措置は、主任審査官の職権により、「被収容容疑者が逃亡し、又は証拠を隠滅するおそれの程度その他の事情を考慮し、当該被収容容疑者を放免してこの章に規定する退去強制の手続を行うことが相当と認めるときは、その者を放免して監理措置に付する」とする（2021年改正法律案44条の2 V項）。「監理人」は、監理人となることを承諾している者であって、その任務遂行の能力を考慮して適当と認められる者の中から、監理措置決定をする主任審査官が選定する（2021年改正法律案44条の3 I項）。監理人には様々な責務が課され、監理する被監理者の出頭の確保や監理措置条件の遵守の確保を行うとともに、それらのため、必要な範囲内において、被監理者の生活状況の把握並びに被監理者に対する指導及び監督を行うものとする（2021年改正法律案44条の3 II項）。また被監理者に対し、住居の維持に係る支援、必要な情報の提供、助言その他の援助を行うように努めるとする（2021年改正法律案44条の3 III項）。そのうえで、監理人は、主任審査官に対して、被監理者の生活状況、監理措置条件の遵守状況、許可を受けて行った活動の状況を届け出なければならない（2021年改正法律案44条の3 V項）。監理措置下の被監理者には、報酬を受ける活動が認められるとする。すなわち、監理措置下の被監理者は、主任審査官へ申請して、主任審査官が「被監理者の生計を維持するために必要であつて、相当と認めるとき」は、生計の維持に必要な範囲内で、監理人による監理の下に、主任審査官が指定する本邦の公私の機関との雇用に関する契約に基づいて行う報酬を受ける活動として相当であるものを行うことを許可することができるとする（2021年改正法律案44条の5 I項）。監理措置については、主任審査官の権限が大きく、監理措置条件に違反した場合や「その他当該被監理者に引き続き許可を与えておくことが適当でない」と認められる場合には、当該許可を取り消すことができるとされる（2021年改正法律案44条の5 IV項）。

退去強制対象者に対する在留特別許可の申請手続について、難民の認定もしくは「補完的保護対象者」の認定を受けているとき、退去強制者に該当する場合であっても、法務大臣が、法務省令の定めるところにより、当該外国人の在留を特別に許可することができるとした（2021年改正法律案50条 I項④号）。他方で、退去強制令書の発付を受けた者を送還するために必要がある場合には、主任審査官は、その者に対し、相当の期間を定めて、旅券の発給の申請その他送還するために必要な行為として法務省令で定める行為をすべきことを命ずることができるとする（2021年改正法律案50条）。また、送還可能のときまで、

その者を入国者収容所、収容場その他出入国在留管理庁長官又はその委任を受けた主任審査官が指定する場所に収容することができるとし（2021年改正法律案50条）、その間においても、監理措置が設けられた。

さいごに、被収容者の処遇として、「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。」（2021年改正法律案第55条の4 I項）として、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が設けられた。

2021年改正法律案に対して、日本弁護士連合会は、「出入国管理及び難民認定法改正案に関する意見書」とする批判的意見を公表している³⁷。2021年改正法律案について、6つの点を問題としている。第一に、監理措置制度の創設について、監理人に選定された場合、被監理人を監督したり等の義務が課されることから監理人の負担を問題としている。第二に、仮放免制度の条件を「健康上の理由がある場合」等に限定して、法律上の要件を狭めることについて、仮放免が認められる余地が法律上狭められることである。第三に、3回目以上の難民申請者等については原則的に送還停止効を解除して送還を可能にする難民申請に対する送還停止効の一部解除の制度について、難民を誤って本国に送還して、その生命・身体等を危険にさらすおそれがあること、また、「難民の追放及び送還の禁止の原則（ノン・ルフールマン原則）」に反するおそれがあることである。第四に、送還を拒否する者に対する退去命令制度や旅券発給申請命令制度の創設し、一定の要件に該当する場合に、命令を行うとともに、命令に違反した場合には刑事罰を科すことについて、刑罰をもって出国を強制することを問題にしている。第五に、被収容者の処遇について、国連被拘禁者処遇最低規準規則（いわゆるマンデラ・ルールズ）等に反するおそれがあることである。第六に、在留特別許可申請手続の創設について問題としている。

また、現行の出入国管理及び難民認定法に対する批判についてもあげられており、退去強制手続中に発付される収容令書にもとづく収容と退去強制令書発付後の同令書にもとづく収容が存在する中で、①どのような場合に収容されるのか、収容について法的要件を

³⁷ 日本弁護士連合会「出入国管理及び難民認定法改正案に関する意見書（2021年3月18日）」日本弁護士連合会ホームページ https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2021/210318_7.html（2021年6月1日確認）。その他、国際法・国際人権法・憲法研究者有志一同「入管法改正案の審議において国際人権機関の勧告を真摯に検討し、国際人権法との合致を確保することを日本政府に求める声明（2021年5月11日）」がある。全国難民弁護団連絡会議ホームページ www.jlnr.jp/statements/（2021年6月1日確認）。

明文化すること、②事前の司法審査にもとづき発付される令状主義に改めて、司法による簡易迅速な不服審査手続を導入すること、③収容期間の通算上限の法定化、④就労が認められない場合には、社会内での生活が可能となる衣食住の条件を保障すること、⑤「収容代替措置制度」を構築すること等、抜本的な現行法の改正を求めている。

6. 「避難国に不法にいる難民」の収容手続についての法改正に向けて

2021年3月6日の名古屋出入国在留管理局において、スリランカ人女性の被収容者(ウイシュマ・サンダマリ氏)が衰弱して死亡した事案について、2021年8月10日、「出入国在留管理庁調査チーム」の名で「令和3年3月6日の名古屋出入国在留管理局被収容者死亡事案に関する調査報告書³⁸」が出された。

調査報告書は、入国在留管理局全職員の意識改革、被収容者の健康状態に関する情報を的確に把握・共有し、医療的対応を行うための組織体制の改革、医療体制の強化、被収容者の健康状態を踏まえた仮放免判断の適正化等、今回の事案における問題点の解決策(改善策)についてまとめられている。

現行の制度の枠の中で、出入国在留管理局の職員の意識向上や、収容施設における医療的対応を行える体制の改革、そしてそもそもの医療体制の強化、被収容者の健康状態を踏まえた仮放免判断を求める等、現行の制度をいかに改善するかに焦点がおかれている。しかしながら、これまで述べてきたとおり、現行の制度にあつては、「避難国に不法にいる難民」の権利を侵害しており、とりわけ「避難国に不法にいる難民」の収容に関する一連の手続は国際規範に違反するものである。

市民的及び政治的権利に関する国際規約7条では、「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けない。」とし、拷問禁止条約3条においては、「1. 締約国は、いずれの者をも、その者に対する拷問が行われるおそれがあると信ずるに足りる実質的な根拠がある他の国へ追放し、送還し又は引き渡してはならない。2. 権限のある当局は、1. の根拠の有無を決定するにあたり、全ての関連する事情を考慮する。」とする。それにより、難民の地位に関する条約33条I項は、「締約国は、

³⁸ 出入国在留管理庁調査チーム「令和3年3月6日の名古屋出入国在留管理局被収容者死亡事案に関する調査報告書」(2021年8月10日) 出入国在留管理庁ホームページ <https://www.moj.go.jp/isa/content/001354107.pdf> (2021年10月22日確認)。

難民をいかなる方法によつても、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見のためにその生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国籍へ追放し又は送還してはならない。」とする。いわゆるノン・フルールマン原則 (Principle of non-refoulement) である。ノン・フルールマン原則は、EU 基本権憲章 (Charter of fundamental rights of the European Union) 18条及び19条においても定められているが、国際法上のルールとしてとりわけ重要なルールである。

さらに、こうした庇護権、強制退去・追放又は引き渡しの保護 (The right to asylum and the principle of non-refoulement) に加えて、当然のことながら、それらの権利を実効的に保障すべく庇護権に基づく法定適正手続や退去強制・追放又は引き渡し等の法定適正手続の保障 (Procedural safeguards and legal support in asylum and return cases) も重要になる。収容 (Detention and Deprivation of Liberty) における法定適正手続の保障も関わる。

難民の地位に関する条約31条において、「避難国に不法にいる難民」について、「1. 締約国は、その生命又は自由が第一条の意味において脅威にさらされていた領域から直接来た難民であつて許可なく当該締約国の領域に入学し又は許可なく当該締約国の領域内にいるものに対し、不法に入学し又は不法にいることを理由として刑罰を科してはならない。ただし、当該難民が遅滞なく当局に出頭し、かつ、不法に入学し又は不法にいることの相当な理由を示すことを条件とする。2. 締約国は、1の規定に該当する難民の移動に対し、必要な制限以外の制限を課してはならず、また、この制限は、当該難民の当該締約国における滞在が合法的なものとなるまでの間又は当該難民が他の国への入学許可を得るまでの間に限って課することができる。(後略)」とし、必要な制限以外の制限は課してはならないとする。現行の出入国管理及び難民認定法にもとづいての「避難国に不法にいる難民」の収容手続は、果たして「必要な制限以外の制限を課していない」と国際社会に認められるであろうか。

また、収容中の被収容者に対する経済的及び社会的権利 (Economic and Social Rights) が一般には保障されなければならないが、経済的権利、教育、ハウジング、ヘルスケア、ソーシャルセキュリティ等の保障が重要であると解されるが、収容実務の実際において果たしてそれらの権利が保障されているのであろうかについても疑問である。

日本においては、不法上陸、不法入学、不法滞在、不法残留者に対する収容をめぐる一連の手続や難民認定申請の判断にかかる一連の手続において、現行法に大きな問題がある

ことがわかった。収容するか否か、強制退去命令を下すか否か、難民認定をするか否か、極めて重要な法的判断にもかかわらず裁判所（司法）の関与によるものではなく、公正中立な法的判断がのぞめない、調査を行う機関（出入国管理局）の行政官（非法律家）による判断や法務大臣への判断に任されている。こうした制度そのものに大きな問題がある以上、現行法上の制度の運用の問題として法改正を検討すべきではなく、現行の出入国管理及び難民認定法の抜本的な全面改正が必要であろう。

法務大臣の私的懇談会である「第7次出入国管理政策懇談会」のもとに設けられた「収容・送還に関する専門部会」においても、収容のあり方をめぐって、①収容期間の上限の法定化、収容についての司法による審査制度の導入、②収容施設での被収容者の処遇について、③仮放免の見直しが議論、検討された³⁹。残念ながら、委員の多数は、それらの抜本的に改正に否定的であった。収容期間の上限を法律で定めることについては「被退去強制者の速やかな送還を旨とする日本の退去強制制度の下では問題が大きい」とし「日本でそのような施策を採ることについて国民的なコンセンサスが得られていない。」とする。また、司法審査を要することについては、「退去強制令書は、入国警備官の違反調査、入国審査官の違反審査、特別審理官の口頭審理及び法務大臣等の裁決という、行政手続の中でも特徴的である慎重な手続を経て発付されるものである上、取消訴訟や仮の救済など行政訴訟制度による司法審査の機会も確保されており」、司法審査は不要であるとする。また、退去強制するか否か、在留特別許可を付与するか否かの判断は、「高度の政策的判断に基づく裁量行為であるため、司法が行政に代わってこれを行うことは相当でない」とする。

委員会での多数の委員の上記の見解には、「避難国に不法にいる難民」の権利（人権）の保障についてまったくの認識がない。収容期間の上限を法律で定めることなく無制限な収容が継続するとなれば、被収容者は身体の自由は無制限に制約・侵害されることになる。市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）9条I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、恣意的に抑留されない。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する。収容期間について、被収容者が最長でもどのくらい収容されるのかを知ることは非常に重要であり、判断権者による抑留（収容）を継続させるか否かという恣意的な判断の濫用を防止する上でも、あ

³⁹ 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）<https://www.moj.go.jp/isa/content/930005829.pdf>（2021年10月22日確認）。

あらかじめ法律において収容期間が最大でどのくらいになるのかは、「避難国に不法にいる難民」の権利保障においてルール化（法制化）されることがのぞましい。

収容令書や退去強制令書の発付等を、既存の出入国在留管理庁による行政審査から裁判所による司法審査に代えることについては、収容（抑留）を前提とした被収容者の権利は遅滞なく裁判所において手続をとることが保障されなければならない。すなわち市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）9条IV項は、「抑留によつて自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定すること及びその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるよう、裁判所において手続をとる権利を有する。」とする。被収容者の収容が合法的であるかどうか遅滞なく決定されなければならないという国際規範に反し、日本の現行の出入国管理及び難民認定法の下では、2. であげた東京高判令和2年1月29日判例タイムズ1479号28頁の事案のように、2010年から退去強制手続による収容が開始され、2015年に至るまで、裁判所においてその収容が合法的であるか否かをめぐって争う機会の保障が奪われた。「遅滞なく」という国際規範は、抑留（ここでは収容）という身体の自由の侵害について、より早い段階での裁判所（司法）の救済を保障している。収容という身体の自由（人権）に関係する事項については、上記の国際規範のみならず、日本国憲法31条の法定適正手続の保障（Due Process of Law）条項にしたがって、出入国在留管理庁（行政機関）の収容の機関や要件や手続等、法律上明文化され、さらには日本国憲法33条により、三権分立において行政をコントロールする裁判所（司法）によって、収容令書を発付するかどうかの判断がなされるべきであろう。司法審査（judicial review）を経てはじめて、収容における必要性（necessity）及び相当性（proportionality）の法的判断も可能になるのではないかとも思われる。

出入国在留管理庁（行政府）が与えられ、一度掌握した出入国在留管理庁に与えられた絶大な権限を裁判所（司法）にとられるのは苦々しく思うのかもしれない。しかしながら、収容令書の発付や退去強制令書の発付等「避難国に不法にいる難民」の収容をめぐる判断は、被収容者の身体の自由というとりわけ重要な人権の保障に関する判断であり、かつ、法律上あらかじめ定められた要件によってその当否を審査する法的判断であることから、少なくとも、令書の発付をめぐる判断権者については、現行法の出入国在留管理庁職員（行政官）から裁判官（司法官憲）へと変えられるべきであり、そのための現行法の改正が必要である。難民認定申請にもとづく法務大臣の判断についても、グローバル化した今日、大臣がその判断を行うことには限界がある。依然として重大かつ深刻な人権侵害が存在する

国際情勢下において、これから日本においてもさらに多くの難民認定申請者が増加することも想定されるものであり、難民認定の判断についても法務大臣から裁判官へと判断権者が改められるべきであり、現行法の改正が必要であるといえよう。被收容者の收容施設はあくまでも「避難国に不法にいる難民」にとっては身体的自由を制約、あるいは侵害される場所である。そのため、收容以外の代替的措置として「避難国に不法にいる難民」の社会内措置のあり方についても、具体的に検討される必要がある。

おわりに

日本国内における外国人の権利の保障の問題において、「避難国における不法にいる難民」の権利保障をめぐる問題の解決は、これからの多文化共生社会の実現において極めて重要な検討課題である。とりわけ、国際社会において批判されている收容施設における長期間にわたる被收容者の身体的自由を侵害している現状や收容施設での被收容者の死亡事案から、現行の出入国管理及び難民認定法上の收容令書又は退去強制令書発付後の「避難国に不法にいる難民」の收容手続の問題は、即時に解決されなければならない問題といえよう。国連の人権理事会「恣意的拘禁に関する作業部会」における Deniz Yengin 及び Heydar Safari Diman 事案をめぐる勧告意見からも、現行の出入国管理及び難民認定法の微修正で済ますことはできず、出入国管理及び難民認定法上の39条から55条にかけての全面的な法改正が必要になろう。

現行の出入国管理及び難民認定法において法改正が求められる点は、「避難国における不法にいる難民」について、事実上の「全件收容主義」がとられており、身体的自由を制限する收容や收容から解放する仮放免についての絶大な権限を、出入国在留管理庁（行政機関）の審査及び判断に任せている点である。日本での実態は、市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）9条IV項において保障されている「抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定すること及びその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるように、裁判所において手続をとる権利」において、「避難国に不法にいる難民」にとって、自身の收容が合法的であるかどうか遅滞なく裁判所に手続をとる権利が侵害された状態にある。

「避難国に不法にいる難民」の收容についての裁判所（司法）の関与の法改正にくわえて、現行の出入国管理及び難民認定法39条I項において、收容の要件について「容疑者が

第24条各号の1に該当すると疑うに足りる相当の理由があるとき」は収容令書により、その者を収容することができるという点についても、全面的に見直されるべきであろう。「全件収容主義」から収容に代わる代替的措施についての検討も重要になる。

また、被収容者の処遇については、現行の出入国管理及び難民認定法61条の7に規定があるのみで、被収容者の人権保障において当該規定だけでは極めて不十分である。「避難国に不法にいる難民」を収容する施設は、オリンピックやパラリンピック競技大会の選手村のような場所ではない。われわれ国民のなかでビデオ監視されている現在の出入国在留管理庁の収容施設に収容されたい者がいるだろうか。国連人権理事会の「恣意的拘禁に関する作業部会」においても、今日の出入国在留管理庁の収容施設は、およそ刑事収容施設（刑事施設、留置施設及び海上保安留置施設）と同じ類の個人の身体を拘禁する施設と同様であると解されている。

現行の出入国管理及び難民認定法では、収容施設（出入国管理及び難民認定法では、「入国者収容所又は収容場」とされている）にいる被収容者については、収容施設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とし（出入国管理及び難民認定法61条の7 I項）、被収容者には一定の寝具を貸与し一定の糧食を給与し（出入国管理及び難民認定法61条の7 II項）、給養は適正でなければならない、施設の設備は衛生的でなければならない（出入国管理及び難民認定法61条の7 III項）と定めているだけである。あとは、収容所長の権限として、保安上又は衛生上必要があると認めるとき、被収容者の身体、所持品又は衣類を検査したり、それらを領置することができること、また、発授する通信を検査したり禁止したり、制限することができることを認める規定のみである（出入国管理及び難民認定法61条の7 IV項・V項）。

出入国管理及び難民認定法61条の7で定める規定以外、被収容者の処遇に関し必要な事項は、法務省令で定めるとしている（出入国管理及び難民認定法61条7 VI項）が、出入国在留管理庁の収容施設が事実上の身体の自由を制約する拘禁施設である以上は、被収容者の人権を尊重しつつ、これらの者の状況に応じた適切な処遇を行うべく、「収容施設（入国者収容所又は収容場）及び被収容者等の処遇に関する法律」が整備されるべきであろう。

本稿では、法務大臣による難民認定の手続について十分な検討を加えることができなかった。難民認定をめぐる手続についても迅速な判断が求められる中で、法務大臣に委ねる現行の出入国管理及び難民認定法が適切であるかどうか、諸外国の立法例をも参照しながら改めて論じたい。