

日本における入管法上の不服申立制度の現状と課題

坂 東 雄 介

1. はじめに一本稿の問題意識

行政上の不服申立制度の存在理由及びメリットとして、一般的に、①簡易迅速な救済が実現できること、②裁判所とは異なり、処分の違法性のみならず、処分の当・不当の問題まで審査できること、③行政の側から見ると、自己の処分を見直す機会が与えられること、④多少なりとも不服申立の段階で紛争を解決することによって裁判所の負担軽減に資すること（スクリーニング機能）が挙げられる¹⁾。

そして、2014年には行政不服審査法が改正された。改正内容は多岐にわたるが改正の要点として、審理員による審理手続の導入、行政不服審査会等への諮問手続の導入、手続的権利の拡充、不服申立期間の延長、審査請求への一元化、審理の迅速化、不服申立前置の見直しを挙げることができる²⁾。これにより、旧法より公正な審理が期待できるようになった³⁾。

しかし、改正後も適用除外規定は残存している。その一つが、「外国人の出

1) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕』（有斐閣・2013年）9-10頁。同様の指摘として、宇賀克也『行政法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣・2015年）17-21頁、芝池義一『行政法読本〔第4版〕』（有斐閣・2016年）264-265頁など。

2) 橋本博之＝青木丈＝植山克郎『新しい行政不服審査制度』（弘文堂・2014年）6頁。同様の説明として、行政管理研究センター『逐条解説 行政不服審査法 新政省令対応版』（ぎょうせい・2016年）6-8頁など。

3) 新行政不服審査法の目的規定（1条）には、旧法の目的規定と比べて、「公正な」手続の実現が付け加えられている。

入国又は帰化に関する処分」である（行政不服審査法7条1項10号⁴⁾。この分野が適用除外とされているのは、一般的には、「外国人の出入国に関する処分については、基本的には、国家主権に基づき国家が決定することができるから、本法の定める不服申立てに係る規定を適用することは適切ではない⁵⁾」からと説明される。

そして、出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」と略記する）では、例えば退去強制の局面では、違反審査・口頭審理・異議の申出という独自の不服申立制度が設けられている（詳細については後述する）。この手続は、「特別な不服申立手続⁶⁾と位置づけられ、行政不服審査法との関係では、一般法と特別法との関係に当たる⁷⁾。また、行政不服審査法の適用は排除されており、補充適用はない⁸⁾。

しかし、適用除外だからと言って、趣旨・目的に沿わない不合理な制度の構築が許容されるわけではない。果たして、入管法上の不服申立制度は、冒頭に掲げた不服申立制度の趣旨・目的に照らして、合理的な制度と言えるのか。そして、入管法1条が定める「公正な管理」という理念に即した制度と言えるの

4) この規定が適用除外の対象とする出入国に関する処分の対象は、「外国人の入国（上陸）及び出国に関する処分のほか、外国人の退去強制を含む在留に関する処分が含まれる」（坂中英徳＝齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説〔改訂第4版〕』（日本加除出版・2012年）6頁）。なお、難民認定は適用除外の対象ではない。この点については、[2.1(4)]参照。

5) 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説〔第2版〕』（有斐閣・2017年）49頁。他の説明でも同様の理由を挙げている。例えば、行政管理研究センター・前掲注(2)62頁、小早川光郎＝高橋滋（編著）『条解行政不服審査法』（弘文堂・2016年）59頁〔磯部哲〕、橋本ほか・前掲注(2)58頁など。このような指摘に対して、「処分の性質上、外国人の人権という特殊な問題を扱っており、外国人のみを対象とする出入国管理及び難民認定法や国籍法が用意する救済手続によって処理するのが適当であるという判断に立ったものと解するべき」（室井力＝芝池義一＝浜川清『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法〔第2版〕』（日本評論社・2008年）356頁〔渡名喜庸安〕）という反論がある。

6) 最判平成18年10月5日（判例時報1952号71頁）。

7) 日本弁護士連合行政訴訟センター（編）『改正行政不服審査法と不服申立実務』（民事法研究会・2015年）267頁〔堀沢茂〕。

8) 同・271頁。

か。より根底的には、出入国管理の対象である外国人の基本的な人権に配慮した制度が構築されているのか⁹⁾。加えて、国際基準との合致も求められる¹⁰⁾。このような視座からの検討が必要である。

しかし、従来の議論では、この問題は、理論的・実務的にも重要であるにも関わらず、断片的にしか論じられていない¹¹⁾。本稿は、外国人に対して影響が大きい退去強制手続¹²⁾を中心に、入管法上の不服申立制度の現状について明らかにするとともに、その問題点を指摘し、その解決のための指針を提示することを目的とする。

-
- 9) 入管法1条の「公正な管理」には外国人の基本的な人権への配慮も含まれている。坂中＝齋藤・前掲注(4)7頁、多賀谷一照＝高宅茂『入管法大全—立法経緯・判例・実務運用—第1部 逐条解説』(日本加除出版・2015年)2頁。
- 10) 坂中＝齋藤・前掲注(4)7頁。
- 11) 入管法上の不服申立制度に着目した先行業績のうち、代表的なものとして、伊藤行紀「退去強制手続における異議の申出、法務大臣裁決と在留特別許可」駿河台法学29問1号1頁(2015年)、竹内昭太郎『出入国管理論』(信山社・1995年)がある。前者は、異議の申出を在留特別許可の申請手続であると解した裁判例を素材に、入管法上の不服申立制度の課題について論じている。後者は、筆者の実務経験を織り交ぜながら論じている。
- 12) 一般的には、退去強制は即時強制と解される(宇賀克也『行政法概説I〔第5版〕』(有斐閣・2013年)105頁、大浜啓吉『行政法総論〔第3版〕』(有斐閣・2012年)414・428頁、櫻井敬子＝橋本博之『行政法〔第5版〕』(弘文堂・2016年)185頁、塩野宏『行政法I〔第6版〕』(有斐閣・2015年)278頁、原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂第2版〕』(学陽書房・2012年)242頁)。
- その理由として、広岡は、「退去強制令書は、当該外国人について『本邦外に退去を強制する』(同施行規則別記第63号様式)と表示する文書であり、強制送還という即時強制を行うべき旨を表示するものであって、相手方によって自発的に履行されるべき退去強制義務を課するものではない」ことから、即時強制と解するのが適切であると述べている(広岡隆「即時執行」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫(編)『現代行政法体系第2巻』(有斐閣・1984年)304頁)。そして、一般的に、「即時強制は、行政主体の側にとってみれば極めて強力な手段であり、それだけに相手方たる私人にとっては重大な不利益をもたらす可能性を持つ」ため、「この手段を執り得るのは、極めて制限された、例外的な場合でなければならない」(藤田宙靖『行政法総論』(青林書院・2013年)319-320頁)。
- 他方、収容令書・退去強制令書の発付を義務の賦課と捉えて、直接強制と解する見解もある(芝池義一『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』(有斐閣・2006年)210頁、稲葉馨＝人見剛＝村上裕章＝前田雅子『Legal Quest行政法〔第3版〕』(有斐閣・2015年)190頁)。

2. 入管法における不服申立制度の仕組み

2.1. 入管法における各手続と不服申立制度の概要

入管法には、上陸手続、在留資格変更・在留資格取消し手続、退去強制手続、難民申請手続が存在している。そのうち、入管法独自の不服申立制度は、上陸手続、退去強制手続に存在し、難民申請手続は、一般法である行政不服審査法が適用される。以下では、各制度の概要について叙述する¹³⁾。

(1) 上陸手続の概要

上陸手続とは、外国人が上陸のための条件に適合しているかどうかを判断するための手続である¹⁴⁾。これは、次のような手続の下で行われる。

① 上陸審査

まず、本邦に上陸しようとする外国人は、入国審査官に対し、上陸の申請をして、上陸のための審査を受けなければならない(入管法6条)。そして、上陸申請を受けて、入国審査官は、上陸申請者が、上陸のための条件に適合しているかどうかを審査しなければならない(入管法7条、9条)。このとき、入国審査官は、感染症の感染者と疑われる者か、1年以上の懲役または禁錮刑に処されたことのある者であるか、麻薬・覚醒剤を所持している者であるかなど、いわゆる上陸拒否事由(入管法5条1項)に該当しているかどうかのみならず、旅券(必要な場

13) 以下の説明に際し、児玉晃一＝関聡介＝難波満(編)『コンメンタール出入国管理及び難民認定法2012』(現代人文社・2012年)、坂中＝齋藤・前掲注(4)、多賀谷＝高宅・前掲注(9)、山田鎌一＝黒木忠正＝高宅茂『よくわかる入管法〔第4版〕』(有斐閣・2017年)を参照した。

14) 入管法では、入国と上陸を区分している。その理由は、次のように説明されている。「我が国のように周囲を海に囲まれている国においては、外国人が領海に入ること(入国)と外国人が領土に上がること(上陸)を次元の異なるものとしてとらえてそれぞれについて規制すること、すなわち、外国人が日本の領域内に入る過程を、海域に入る『入国段階』と陸地に入る『上陸段階』とに分けて、外国人の入国と上陸を別個に管理することには意味がある」(坂中＝齋藤・前掲注(4)176頁)。

合は査証も)が有効であるか、本邦において行おうとする活動が虚偽のものであるか、申請に係る在留期間が法務省令に適合するかも審査する(入管法7条)。

② 口頭審理

入国審査官は、上陸審査の結果、当該外国人が上陸のための条件に適合していないと判断したときは、口頭審理のために当該外国人を特別審理官に引き渡さなければならない(入管法7条4項、9条6項)。そして、特別審理官は、引渡しを受けた外国人に対し、速やかに口頭審理を行わなければならない(入管法10条)。口頭審理の際、特別審理官は、当該外国人が上陸条件に適合しているかどうかを審査するほか、当該外国人が上陸に際して個人識別情報の提供が免除されていないのに個人識別情報を提供しない外国人の場合、個人識別情報提供の免除事由(入管法6条3項)に該当するかどうかをも審査する。

③ 異議の申出

口頭審理の結果、上陸のための条件に適合しないと認定を受けた外国人が、その認定に意義があるとき、その通知を受けた日から3日以内に、法務大臣に異議を申し出ることができる(入管法11条)。異議の申出を受けた法務大臣は、当該外国人が上陸条件に適合しているかどうかを審査し、その裁決の結果を主任審査官に通知しなければならない。ただし、異議の申出に理由がないと認める裁決の場合、すなわち、外国人が上陸条件に適合していないとの特別審理官の認定に誤りがないと認める場合であっても、その外国人について特別に上陸を許可すべき事情があると認めるとき、法務大臣は、その裁量により、上陸を特別に許可することができる(入管法12条)。

上陸特別許可は、前記裁決に当たって行うことができると定められている(入管法12条1項)。すなわち、上陸審査、口頭審理、異議の申出の手続を経ることなく上陸特別許可を受けることはできない¹⁵⁾。他方、上陸のための条件に適

15) 多賀谷=高宅・前掲注(9)132頁。

合していないことを認めつつ、上陸特別許可を求めて、特別審理官の認定に異議を申し出ることできる¹⁶⁾。

(2) 在留資格変更手続（入管法20条）・在留更新手続（21条）・在留資格の取消し手続（22条の4）の概要

これらの手続には、立法者が不服申立制度を設ける必要がないと判断したせいか、不服申立制度がそもそも存在しない¹⁷⁾。不服申立制度の実現は憲法的要請ではなく、立法政策の問題であるため、不服申立制度を設けなくても、法政策的に妥当かどうかの問題は別として、憲法違反の問題は生じない（詳細は〔3.1〕で扱う）。なお、在留資格の取消し前に入国審査官による意見聴取手続がある（入管法22条の4第2項）。

(3) 退去強制手続の概要

「退去強制手続は、入管法24条各号に掲げられている退去強制事由に該当する外国人を国外に強制的に退去させる行政手続であり、身体を拘束する厳しい処分を伴うことから、入管法は第5章に厳密かつ慎重な手続を定めてい¹⁸⁾る。そして、通常、退去強制手続は次のような段階を経て行われる。

① 違反調査

入国警備官は、退去強制事由（入管法24条）に該当すると思料する外国人（以下、「容疑者」という）に対して違反調査を行うことができる（入管法27条）。

16) 同・133頁。

17) 在留資格の取消し、更新拒否については、そのまま退去強制に移行するため、退去強制手続の中で当該処分の妥当性を審査することになるから不服申立制度を設ける必要はないと考えられている（平成28年5月13日第190回国会衆議院法務委員会議録第17号3頁岩城法務大臣、井上政府参考人発言）。他方、在留資格変更の場合は、既に在留資格を取得している状態にあるため、不服申立制度を設けるほどの重大な影響は与えないという理由かと推測される。

18) 山田＝黒木＝黒宅・前掲注⑬212頁。

入国警備官は、違反調査の結果、その容疑者が退去強制事由に該当すると疑うに足りる理由があると判断したときは、主任審査官が発付する収容令書に基づき容疑者を収容し（入管法39条）、48時間以内に入国審査官に身柄を引き渡さなければならない（入管法44条）。

② 違反審査

違反調査において容疑ありと判断され、入国審査官に引き渡された外国人に対して、入国審査官が違反審査を行わなければならない（入管法45条）。違反審査では、容疑者が退去強制事由（入管法24条）に該当するかどうかを審査する。違反審査にて退去強制事由に該当すると認定され、容疑者がこの認定に服すると、退去強制令書が発付される（入管法47条5項）。

③ 口頭審理

退去強制事由に該当するとの認定に不服があれば、容疑者は、通知を受けた日から3日以内に、特別審理官に対し口頭審理の請求をすることができる（入管法48条）。なお、上陸審査における口頭審理（入管法10条）は義務的である。

口頭審理では、特別審理官は、入国審査官の認定に誤りがないかどうかを判定する。入国審査官の認定に誤りがない（退去強制事由に該当する）と判定され、容疑者がこの認定に服すると退去強制令書が発付される（入管法48条9項）。

④ 異議の申出

容疑者は、口頭審理の判定に異議があるときは、3日以内に、法務大臣に異議を申し出ることができる（入管法49条1項）。法務大臣は、異議の申出に理由があるかどうかを裁決して、その結果を主任審査官に通知しなければならない（入管法49条3項）。

異議の申出では、法務大臣は、異議の申出に理由があるかどうか（退去強制事由に該当するかどうか）を裁決して、異議の申出に理由がないと裁決されたときは、退去強制令書が発付される（入管法49条6項）。

⑤ 在留特別許可

法務大臣は、裁決にあたって、異議の申出に理由がない場合（すなわち退去強制事由に該当すると判断された場合）でも、当該容疑者が、入管法50条1項各号のいずれかに該当するときは、その者の在留を特別に許可することができる（入管法50条1項）。

そして、この手続が一般的に在留特別許可と呼ばれ、中でも50条1項4号（「その他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」）に基づいて在留特別許可が与えられるかどうか为中心的な争点となることが多い。違反審査・口頭審査・異議の申出はいずれも「容疑者が退去強制対象者に該当するか否かについて法務大臣が証拠資料に基づいて事実認定を行うものであるのに対して、本条の裁決の特例は、容疑者が退去強制対象者に該当する場合においてなお特別に在留を許可すべき事情があると認めるときに、法務大臣がその自由裁量権に基づき恩恵の措置として在留を許可するものである」¹⁹⁾。

現在、在留特別許可は、日本国民の家族である不法滞在者、長期間にわたって滞在し、生活の基盤が日本国内にある不法滞在者などを正規化する手段として積極的に利用されている。法務省が公表している「在留特別許可に係るガイドライン」（平成18年制定、21年改訂）でも、在留特別許可が認められる事例として、このような者を挙げている²⁰⁾²¹⁾。そして、在留特別許可が認められ

19) 坂中＝齋藤・前掲注(4)696頁。

20) ガイドラインでは、在留特別許可が認められる方向性で考える積極要素と、それとは反対の方向性で考える消極要素を挙げ、両要素を総合的に考慮して在留特別許可を出す旨を規定している。そして、「在留特別許可方向」で検討する例として、以下の4点を挙げている。

- 「・当該外国人が、日本人又は特別永住者の子で、他の法令違反がないなど
在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻し、他の法令違反がないなど
在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・当該外国人が、本邦に長期間在住していて、退去強制事由に該当する旨を
地方入国管理官署に自ら申告し、かつ、他の法令違反がないなど
在留の状況に特段の問題がないと認められること
- ・当該外国人が、本邦で出生し10年以上にわたって本邦に在住している
小中学校に在学している実子を同居した上で監護及び養育していて、
不法残留である旨

る割合は比較的高く、法務省の統計によれば、平成27年度に異議の申出に理由がない旨の裁決は3110件、在留特別許可は2023件下されている²²⁾。

法務大臣は、在留特別許可をいつでも出すことができるわけではなく、口頭審理・異議の申出の手続を経た後でなければ出すことができない。そして、在留特別許可は、法務大臣の裁決の際に下される²³⁾。すなわち、「法務大臣が同条3項に基づき異議の申出が理由がない旨の裁決をするに当たっては、容疑者に特別に在留を許可すべき事情があるとはいえないとの判断を経ていることが予定されている」²⁴⁾。

在留特別許可に関連して、実務上「再審情願」と呼ばれる制度が存在している²⁵⁾。これは、既に退去強制令書が発付され退去強制が確定しているものの、送還が未執行の状態にある者に対し、改めて在留特別許可の付与を求める手続である。入管法の明文には存在しないものの、実務上長期に渡って定着している制度であり、実務慣行では、「再審情願申立書」などの適宜な表題・様式の書面に、必要な書類を添付して、管轄の地方入国管理局審判部門に対して提出するのが一般的である。再審情願が認められる典型例として、退去強制令書発付時点以降に新たな事情が判明した場合である（例えば、発付時点では婚姻が成立していなかったが、その後成立し、子どもが生まれたなど²⁶⁾）。

を地方入国管理官署に自ら申告し、かつ当該外国人親子が他の法令違反がないなどの在留の状況に特段の問題がないと認められること」

21) また、法務省は、平成16年から在留特別許可が認められた事例と認められなかった事例を公表しているが、ここでは、在留特別許可が認められた具体的要因（例えば、子どもを妊娠している、日本で出生し、日本国内で教育を受け、日本国内で就労しているなど）を示している。

22) 平成28年度版「出入国管理」（白書）50頁，53頁。

23) 中嶋直木「退去強制手続と抗告訴訟（上）」東北法学35号47頁（2010年）。東京地判昭和46年3月29日（行集22巻3号351頁）。

24) 最判平成18年10月5日（判例時報1952号71頁）。

25) 「再審査の申立」「再審査請求」という表現も用いられるが、ここでは、混乱を避けるため、入管当局が用いている「再審情願」という用語を用いる（東京弁護士会外国人の権利に関する委員会行政訴訟研究部会（編著）『入管訴訟マニュアル〔第2版〕』（現代人文社・2017年）93頁）。

26) 兄玉ほか・前掲注13352頁，東京弁護士会外国人の権利に関する委員会行政訴訟

これは、法的には、法務大臣は異議の申出に理由がない旨の裁決を、主任審査官は退去強制令書発付処分を職権により撤回し、異議の申出に対する判断がなされていない状態に復させた上で、異議の申出についての審理をやり直し、当該外国人の在留を特別に許可すべき事情があると認めることができるとして、改めて在留特別許可を付与するものである、と説明されている²⁷⁾。ただし、「再審情願は、単なる情願（請願）、即ち、法務大臣等に在留特別許可に関する職権発動を促す上申にすぎず、情願者は、法務大臣等に対して当該情願について審理や応答等を求める権利があるものではなく、情願をしたことにより法務大臣等との間に特別な公法上の法律関係が生じるものでもない。そうすると、再審情願の審理等の手続が行われなかったとしても、情願者の権利や法律上保護された利益が害され、あるいはその法的地位が不安定になることはない」²⁸⁾。

(4) 難民申請の概要

本邦にいる外国人であって、難民として日本国の庇護を受けることを希望する者は、難民認定申請をすることができる（入管法61条の2）。難民認定の申請をした外国人であって、在留資格を取得していない者は、難民認定をすることによって、難民認定手続が終了するまで仮滞在の許可が与えられ²⁹⁾、退去強制手続中であっても、仮滞在許可の期間中は退去強制手続は停止される（入管法61条2の6）。難民認定を受けると、在留資格を取得していない外国人は、「定住者」の在留資格を付与される（入管法61条2の2）。他の在留資格を有している外国人であって、難民認定を受けた者から「定住者」への資格変更申請があったときは、法務大臣は、これを許可するものとされる（入管法61条2の3）。

法務大臣は、難民認定申請をした在留資格未取得外国人について、難民認定

研究部会・前掲注(25)95-96頁。

27) 兄玉ほか・前掲注(13)352頁、多賀谷＝高宅・前掲注(9)479頁、中嶋・前掲注(23)56頁。

28) 名古屋地判平成26年1月30日（裁判所ウェブサイト）。同様の見解として、東京地判平成28年6月8日（D1-Law判例ID：29018762）。

29) 入管法61条の2の4。ただし、入管法61条の2の4第一項各号に該当する者を除く。

をしない処分をするとき、または入管法61条の2の2第1項各号に該当するため「定住者」の在留資格を付与されないとき、当該外国人の在留を特別に許可すべき事情があるかどうかを審査するものとされ、当該事情があると認めるときは、その在留を特別に許可することができる（入管法61条の2の2第2項）。

難民申請については行政不服審査法の適用除外ではないため、難民認定申請をした外国人は、入管法61条2の9第1項各号が定める事項（難民認定をしない処分、難民申請に係る不作為、難民認定の取消し）について、行政不服審査法に基づく審査請求を法務大臣に請求することができる（入管法61条の2の9、昭和56年法律第86号）³⁰⁾。ただし、審査請求期間を7日とする特則がある点³¹⁾、難民審査参与員が審理員とみなされる点³²⁾などが異なる（入管法61条の2の9第2項、5項）。審査庁である法務大臣は審査請求の裁決にあたっては難民審査参与員に意見を聴取しなければならない、また、裁決の際に難民参与員の意見の要旨を明らかにしなければならない（入管法61条の2の9第3項、4項）。

では、なぜ難民認定申請については行政不服審査法の適用があるのか³³⁾。

第一の理由として、難民認定行為と出入国管理とは性質が異なる点を挙げることができる。「難民の認定行為は、個々の外国人が難民条約等に定める難民の要件に該当する事実を具備するか否かの事実の当てはめ行為であって、そこには自由裁量の余地がほとんどない点で、法務大臣の広範な自由裁量に委ねられている出入国管理行政とは性格を異にし、更に、難民条約は難民の受け入れを締約国に義務づけておらず、難民と認定することとこれの受け入れは全く別の

30) 小早川＝高橋・前掲注(5)59頁〔磯部哲〕、多賀谷＝高宅・前掲注(9)616頁。

31) 審査請求期間を7日間とした理由として、第一に、難民であるかどうかは請求者本人が最も良く知っていることであるから、その通知を受けてから何日も考えなければならない事項ではないこと、第二に、難民であるかどうかは早期に結論を出す必要があることが挙げられる（多賀谷＝高宅・前掲注(9)618頁）。

32) 行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成26年法律第69号）75条。

33) ただし、行政手続法では難民に関する手続でも明文をもって適用除外としている点で異なる（行政手続法3条1項10号）。

問題であるので、難民の認定と出入国の管理は異質の行政である³⁴⁾。行政不服審査法は、外国人の出入国管理に関する事項を不服申立の対象から外しているが、難民認定と出入国管理は異質な行政であるから、前者は「出入国管理に関する処分」に含まれないと解されるため、難民認定には行政不服審査法が適用される³⁵⁾。

第二の理由として、「難民の認定をしない処分又は難民の認定の取消しは、その対象となった外国人の本邦在留を左右する重要な処分であることを考慮し、不服のある者に対して異議申立て（不服申立て）の権利を与えたもの³⁶⁾という点が挙げられる。

2.2. 小括—各制度に対する評価と問題点

以上、入管法における各手続と特別に設けられた不服申立制度の概要について説明した。このような入管法における特別な不服申立制度に対しては、特に退去強制手続について、「三審制による慎重な審査手続³⁷⁾」、「退去強制の効果の重大性にかんがみ、慎重な行政手続を確保していわれのない強制送還が行われないよう特段の配慮を加えている³⁸⁾」と評価されている³⁹⁾。

34) 山本達雄「難民条約と出入国管理」法律のひろば34巻9号23頁（1981年）。

35) 同・24頁。同様の説明として、児玉ほか・前掲注(13484頁。ここでは、出入国管理に関する事項が適用除外となる理由は「『外国人の出入国又は帰化に関する処分』が、国の自由裁量に委ねられていることによる」が、「難民の認定に関する処分は、本邦にある外国人について、難民条約に定める難民の要件を具備しているか否かを判断し、難民であることを有権的に確定する行為であって、行政庁の裁量の余地はない」からであると説明されている。

36) 坂中＝齋藤・前掲注(4830頁。ただし、この説明は、平成26年法律第68号による改正前の行政不服審査法に基づいている。

37) 最判平成18年10月5日（判例時報1952号72頁）の泉徳治反対意見。

38) 原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂・1973年）207頁。

39) なお、同趣旨のコメントとして、以下も参照。

・「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第5回政府報告」（2006年）（68頁，パラグラフ272-273）

「272. 同法に定める退去強制手続は、予め退去強制事由を明確に定めておき、これに該当する者につき、その該当事実を確認するための手続であると同時に、退去強制事由に該当すると認定された者の異議申出制度をも組み込んだ制度と

しかし、この評価は果たして適切なのだろうか。以下のように、2つの問題次元に区分して議論すべきである。

第一点として、各段階に設けられた不服申立制度及びその運用は、公平な審査を実施していると評価できるのかどうか、口頭審理や異議の申出の制度及び運用では、容疑者の権利・利益は正当に考慮されているのか、という観点から検討する必要がある。

第二点として、スムーズに在留特別許可の可否を判断する制度が構築されているかどうか、という観点から検討する必要がある。

第一点については、後述（〔3〕参照）するように問題はあるものの、現行法制度は十分な用意をしていると評価することは理解可能である。しかし、第二点が見過ごされて深刻な状況にある（詳細は〔4〕参照）。上記のような、入管法上の不服申立制度を慎重に構築された制度と評価する見解は、第一の視点のみを見ているのではないかと思われる。

なっている。詳述すれば、入国審査官によって退去強制事由に該当すると認定された者であっても、これに異議がある場合には、特別審理官に対して口頭審理を請求することができ、この口頭審理の結果やはり退去強制事由に該当すると判定された場合でも、これに異議があれば、さらに法務大臣に対して異議の申出を行い、法務大臣の最終判断を求めることができる仕組みとなっている。

273. これらの手続は、いわゆる事前手続として、退去強制の決定に先立って行われるものであり、この間に退去強制が執行されることはない。このような三段階の手厚い事前手続の保障があることに加え、我が国の司法制度上、行政の決定についての訴訟を提起し、その適否を争うことができるようになっており、上記のような退去強制手続を経て退去強制が決定されても、司法の救済を求めて争うこともできる仕組みになっている。」

〈http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_5.pdf〉

・第159回国会参議院法務委員会会議録（平成16年4月15日）11号8頁〔江田五月〕
「行政不服審査法が出入国管理について適用除外としていると。これは一定の理解ができないわけではない。それは、出入国管理行政については、いわゆる三段階で行政手続の中で不服審査をきっちりやっていくというものを用意していますから、行政不服審査法上の不服申立ての手続を設ける必要はないということ。」

3. 各段階の不服申立に対する審査の問題点

3.1. 総論—不服申立か、適正手続か

[2.1(3)]において説明したように、退去強制手続では、違反認定に対して口頭審理・異議の申出という手続が用意され、最終的に退去強制という処分に至る。この口頭審理・異議の申出という一連の流れは、違反認定との関係では、最判平成18年10月5日が判示するように、「特別な不服申立手続」⁴⁰⁾と言い得る。これは、条文の構造では違反認定がされると直ちに退去強制という結果が生じることを前提に、違反認定と退去強制を一体として捉え、両者をあわせた判断に対する不服申立制度である（退去強制という結果が生じたら不服申立が事実上不可能であるから、先行する違反認定に対して不服を申し立てる）と解する立場だと思われる。

しかし、最終的な結果として生じる退去強制との関係を捉えて、慎重な判断を確保するための告知・聴聞手続⁴¹⁾として把握する見解もある。例えば、当時法務省入国管理局長であった小林俊二は、入管法をテーマとしたジュリスト誌上の座談会において、次のように述べている。

「入国管理法というのは、昭和26年にできているのですが、その手続を極めて精細に規定しているという意味で、非常に先覚者的な立法だった、と言い得るのではないか」。「退去強制手続には、告知という手続も明文で規定されているわけな

40) 最判平成18年10月5日（判例時報1952号71頁）。また、泉反対意見は、入管法48条に法務大臣に対して異議を申し出ることができる旨を知らせなければならないという規定がある点に着目し、この規定は、入管法49条3項に基づく「法務大臣の裁決が退去強制手続における不服申立て手続の一環として位置付けられるものであることを明確にするもの」（判例時報1952号72頁）と判示している。

41) 告知・聴聞とは「行政処分をする前に、相手方に処分内容および理由を知らせ、その言い分を徴することによって、処分の適法性、妥当性を担保し、公権力の侵害から国民の権利利益を保護しようとするものである」（塩野・前掲注12295頁）と説明される。そして、「告知・聴聞が行政手続上の最も重要な原則として位置付けられる」（同）。

ので、一般的に行政手続法に記載されている聴聞、ヒヤリングを中心とした要件は、ほとんど完全に入国管理法においては充たされている⁴²⁾43)。

この退去強制手続の性質を不服申立と解するか、告知・聴聞を実施するための行政手続と解するのかによってどのような違いが生じるのか。

一般に、不服申立制度の実現は憲法上の要請ではなく、権利救済上不可欠の制度ではないため⁴⁴⁾、その制度設計は立法裁量に委ねられる⁴⁵⁾(それでもなお、法政策的観点も含めて制度の合理性を論ずることは許容され得よう)。

他方、行政手続についても適正な手続を実現することは一論者によっては異論はあるものの⁴⁶⁾少なくとも判例の考えでは一憲法31条から導かれる一般的

42) 小和田恒＝小林俊二＝沢木敬郎＝山本草二「〔座談会〕入国管理の現状と外国人の就労問題」ジュリスト877号18頁(1987年)〔小林俊二〕。なお、小林は、口頭審理を「聴聞、ヒヤリング」と位置づけている。

43) 多賀谷一照政府参考人も、国会において、次のように同趣旨の発言をしている。「入管法というのは、基本的に、戦後アメリカの影響を受けたことで、ある意味で行政手続の仕組みを元々組み込んだ法律なんです。要するに、退去強制等をする場合に事前にちゃんと言い分を聴くというそういう仕組みが入っておりまして、これに対して日本のほかの行政手続は一切そういう事前手続がなかったんですね。それが十数年前に行政手続法ができてそれが入ったわけですけども。入管法は事前にそういう仕組みがあるからその仕組みを尊重しようということが入っていなかったということで、行政不服審査法は事後手続ですけども、基本的に事前手続を整備すると。そして、ただ、事前手続において、行政手続法の場合にはやはり聴聞主宰官という形でやりますけれども、入管法の場合にも、その事前手続において専ら入管の行政官だけでやるというのは第三者性を欠くから、そこについて制度改正を数年前にやったと思います。その意味において、仕組みがないというのは、既に入管法の中にあるからということだと思います。」(第171回国会参議院法務委員会会議録第14回(平成21年7月2日)15頁)。

44) 宇賀・前掲注(1)22頁、芝池・前掲注(1)264頁。

45) 塩野は、「不服審査法の方でも、適用除外したものはすべて審査手続は要らないと断定しているわけではなくて、たとえば、税は税で、それぞれやっているところがありますから。ただ、不服審査の場合、あとどうするかは完全にはだかで、立法政策の問題になる。」(小早川光郎(編)『ジュリスト増刊 行政手続法逐条研究』(1996年)336頁〔塩野宏〕)と述べている。

46) 手続的法治国原理から導く見解(塩野・前掲注(1)2301-302頁)、13条から導く見解(樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注解憲法I』(有斐閣・1994年)

要請であるため⁴⁷⁾、入管法のように行政手続法からは適用除外とされている領域⁴⁸⁾であっても適正手続の実現は要請される⁴⁹⁾⁵⁰⁾。また、退去強制という生じる結果を考慮すると、その要請は強いと言える。例えば、福岡地判平成4年3月26日は、次のように判示している。

「退去強制の手続は、法二四条所定の退去強制事由の有無を明らかにして最終的には行政処分である退去強制処分を行うことを目的とする手続であるから、刑事責任追求を目的とする手続に適用される憲法三一条は当然には適用されない。しかし、退去強制の手続がその過程においては容疑者の身体の自由を拘束し最終的には退去強制処分という容疑者の身体の自由に重大な影響を与える不利益処分を実施するための手続であることからすれば、憲法三一条が刑罰という同じく身体の自由等に重大な影響を与える不利益処分を行うについて適正な手続によるべきであると規定した趣旨は、退去強制の手続においても十分に生かされるべきであ

300-301頁〔佐藤幸治〕、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣・2017年）155頁）がある。

47) 最大判平成4年7月1日（民集46巻5号446頁）、最判平成15年11月27日（民集57巻10号1676頁）。

48) 外国人の出入国に関する事項は、行政手続法からも適用除外とされている（行政手続法3条1項10号）。適用除外とされている理由について、「そもそも、外国人は、出入国、難民の認定または帰化に関する実体法上の権利を有しないと一般に解されているため、手続についても、そのことを踏まえて考察する必要がある、行政手続法の規定をそのまま適用することは必ずしも妥当とはいえない」（宇賀克也『行政手続三法の解説〔第1次改訂版〕』（学陽書房・2015年）70頁）と説明されている。このような除外理由に対して、「出入国管理などの分野での外国人に対する処分・行政指導を適用除外する理由として、外国人の出入国等が自由裁量事項であることを理由に挙げられることがあるが、これは理由にならない」（芝池義一「〔行政手続法〕の検討」公法研究56号162頁（1994年））という見解もある。ただし、芝池は、自由裁量行為であることが適用除外の理由として不適切な理由について説明していない。

49) 小早川・前掲注(45)336頁〔浜川清〕、亘理格「判批」法学教室435号62-63頁（2016年）。

50) もちろん、どの程度の手続保障を用意しなければならないのかは、その行政処分の性質による。

る。』⁵¹⁾(下線部は引用者)

この判決は、上記判示の上で、本件で争点となった口頭審理請求権の告知について、適正手続の保障の観点から審査している⁵²⁾。

では、退去強制手続の性質をどのように把握すべきなのか。この点につき、学説では、次のような見解が唱えられている。

退去強制手続は「外形的に見れば一種の不服申立手続の様相を呈しているのはあるけれども、実質的には、退去強制事由(法24条各号)の存否に関する認定判断を丁寧に行うことを目的とし、二当事者対立構造と聴聞(hearing=口頭審理)とを組み込んだ事前手続の一種であると考えられることができる」。「法務大臣の裁決が異議の申出に対する不服審査の側面と、退去強制令書発付の前段階に位置する事前手続としての側面とを併せ持つ」⁵³⁾。

確かに、前述した最判平成18年10月5日が指摘するように、口頭審理・異議の申出という手続は、法制度上、「特別な不服申立手続」⁵⁴⁾である。しかし、その実質的構造に着目して告知・聴聞—不服申立という争訟形態化したもの⁵⁵⁾—を実施するための事前手続という側面もある。事実、最判平成18年10

51) 判例時報1436号27頁。

52) 他にも、東京地判昭和49年7月15日は、「令所定の収容令書および退去強制令書に基づく身体の拘束は、外国人の退去強制という行政目的を達成するための手段としての行政手続というべきところ、行政手続であるとの一事のみをもつてしては直ちに…憲法の右規定(この文脈では憲法31条を指す—引用者注)の適用が排除されるとはいい難いものというべきである」(判例時報776号70-71頁)と判示している。

53) 興津征雄「判批」自治研究83巻10号132頁(2007年)。

54) 最判平成18年10月5日(判例時報1952号71頁)。

55) 亘理は、「特別審理官への口頭審理の請求や法務大臣への異議の申出というのは、正確にはむしろ、『始審的争訟』ないし事前争訟手続であり、最終的に処分として行われる退去強制令書の発付へ至るまでの事前手続が争訟形態化したものに過ぎない」(亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟—東京地判平成15年9月19日(判時1836号46頁)を契機に(上)」判例評論549号6頁(判例時報1867号168頁))と

月5日は、「退去強制令書発付の事前手続」⁵⁶⁾という表現も用いていることから、最高裁も、上記のように両方の性質を併せ持ったものと解していると推察される。

上記のように解すれば、入管法上の不服申立手続であったとしても、適正手続の保障の観点から批評することは可能となるだろう⁵⁷⁾。以下では、各段階の不服申立制度の具体的事例として、実際の裁判例において問題となった口頭審理放棄手続及び代理人依頼権・立会権に関する問題を取り上げる⁵⁸⁾。

3.2. 口頭審理の放棄—告知の範囲

入国審査官は、違反審査の結果、当該外国人が退去強制事由に該当することを認定した際に、当該外国人に対して口頭審理ができることを告知しなければならない（入管法47条4項）。

もちろん、この放棄手続の際には、外国人側の真意を確認しなければならない⁵⁹⁾。ここで生じる問題は、入国審査官は、外国人に対して、どの程度まで告

指摘する。

56) 最判平成18年10月5日（判例時報1952号71頁）。

57) このような観点から論評するものとして、例えば、初川満「判批」判例評論583号8頁（判例時報1971号170頁）など。

58) 他の問題として、入国審査官と特別審理官の関係に関する問題がある。入国審査官と特別審理官は同一の地方入国管理局内の職員であること、特別審理官は入国審査官の中から指名されること、入国審査官による審査と特別審理官による口頭審理はほとんど同じ内容の調査を繰り返すものであることから、相互のチェック機能が果たしているか疑わしく、公正な判断が実現できているか疑わしいと指摘されている（児玉ほか・前掲注13279頁、325頁、337頁）。ほかの問題として、違反審査の際の理由付記が簡素である点などがある（児玉ほか・前掲注13334-335頁）。

しかし、上記のような問題は、具体的な裁判例が乏しいため、ここでは扱わない。

59) 東京地判平成17年1月21日（判例時報1915号3頁）では、通訳を十分に介さずに口頭審理請求権を放棄させたことが、原告の真意を十分に確認していなかったため違法と判断された。ただし、口頭審理を放棄する旨の意思表示について、放棄に係る動機に錯誤、誤信があったとしても真意に基づいてその認定に服したものと認められ、通常は錯誤無効を認めたいが、動機の錯誤に属する場合であって、その他の事情を考慮した結果、口頭審理放棄の効果を維持することが著しく正義に反すると評価できる場合に限り、その効力は否定される（大阪高判平成23年10

知する必要があるのか、という点である。単に口頭審理という手続が存在することだけを告知すればいいのか、それとも、口頭審理後、異議の申出・在留特別許可という制度があることまでも告知する必要はあるのか。

口頭審理という手続の存在だけを告知すればいいとすると、在留特別許可の存在を知らないまま口頭審理を放棄する可能性も考えられる。なぜならば、口頭審理請求権を放棄すると退去強制手続が終了し、直ちに退去強制令書が発付されてしまうため、在留特別許可を得る機会がそもそも失われてしまうからである⁶⁰⁾。

この点について争われた事例として、福岡地判平成4年3月26日⁶¹⁾と大阪地判平成18年11月2日⁶²⁾がある。両判決とも、手続保障の観点から、必ずしも日本の法制度に詳しいとは言えない外国人に対して口頭審理後の異議の申出、在留特別許可の制度について説明し、手続の全体像に対する理解を早期に深めることは望ましいとする。しかし、原則として、口頭審理の段階では口頭審理後の制度の存在についてまでは告知する義務がないとする。その理由については、両判決とも若干の差異はあるものの、以下の3点に集約される。

第一に、条文中、異議の申出、在留特別許可に関する制度まで告知する旨の規定がないこと、第二に、異議の申出については口頭審理後に告知されるため（入管法48条8項）、口頭審理の段階では異議の申出・在留特別許可について告知されなくても手続保障が満たされていること、第三に、在留特別許可の制度は、異議の申出に理由がない場合であっても法務大臣の裁量によってその者の在留を特別に許可するという恩恵的な制度であって、これに対応する法令上の申請権は認められていないものと解されること、である。

もっとも、在留特別許可を受け得る利益は、容疑者の手続上の地位の1つに含まれ、容疑者の法手続に対する単なる知識不足ゆえに前記利益を喪失することが不合理な場合があるため、例外的な場合には口頭審理後の手続も告知しな

月28日（訟務月報58巻12号4073頁）。

60) 大江裕幸「判批」自治研究86巻9号143頁（2010年）。

61) 判例時報1436号22頁。

62) 判例タイムズ1234号68頁。

ければならない。その例外的な場合とは、「容疑者が特別在留許可を受けることも考えられるような特殊事情の存在が相当程度濃厚に窺われるような場合」⁶³⁾、あるいは「審査の過程において、容疑者が在留特別許可を受け得る特殊事情の存在が認められ、かつ容疑者の退去強制手続に対する知識不足のために在留特別許可を受け得る利益を喪失させることが正義に反するような場合」⁶⁴⁾である。

このように、原則を告知不要としていることから、在留特別許可についてまで告知する必要がある例外的な場合の範囲は極めて狭い。実際に、両判決とも例外的な場合に該当しないとしている。

また、告知の内容について、事例判断ではあるが、東京地判平成22年2月19日⁶⁵⁾では、口頭審理を放棄すると通常は国籍国へ送還されてしまうことを前提に、容疑者が国籍国とは異なる国へ送還されることを希望している場合、口頭審理を請求して他国へ送還されることを求める必要があるにも関わらず、送還先に関する口頭審理の内容及び放棄の効果について十分な告知を受けずに、自らが希望する国に送還されるものと誤信して口頭審理請求権を放棄した場合は、真の意思に基づいていないとして違法となると判示した。

3.3. 退去強制手続（不服申立段階を含む）における代理人依頼権と告知⁶⁶⁾

憲法34条・37条の趣旨から、退去強制手続においても代理人依頼権が保障されること、そして、代理人依頼権の存在についても退去強制手続開始前に告知されるべきことが主張される。その理由は、以下に基づく。

退去強制に至るまでの一連の手続は、刑事手続と類する。例えば、違反調査の際に臨検、捜索または押収をするときには裁判官による許可が必要である(入

63) 福岡地裁平成4年3月26日（判例時報1436号29-30頁）。

64) 大阪地判平成18年11月2日（判例タイムズ1234号71頁）。

65) 判例タイムズ1356号146頁。

66) 念のため付言しておくが、代理人依頼権の「告知」と口頭審理放棄の「告知」は別な意味である。

管法31条)。収容の際には収容令書を必要とする(入管法39条)。そして、退去強制は、「強度の侵害作用」⁶⁷⁾とも評価されている。また、大抵の場合、容疑者は法律に不慣れ、知識不足であり、容疑者の防御の観点から、専門家による助言が必要とする。退去強制事由に該当するかどうかについては容疑者自身が立証責任を負う(入管法46条)とされているところ、収容されている容疑者には証拠収集の機会が保障されていない。したがって、収容されて自由に行動できない容疑者のため、代理人が証拠収集活動を行う必要がある⁶⁸⁾。

この点につき、まずは代理人に関する現行法制度を確認しておこう。

退去強制手続において、代理人については、口頭審理(入管法10条3項、48条5項)、収容からの仮放免(入管法54条)に規定があるのみであり⁶⁹⁾、それ以外の手続には無い(違反審査には口頭審理の準用規定がない)⁷⁰⁾。代理人選任を定める明文の規定は存在しないが⁷¹⁾、少なくとも収容令書による収容(入管法39条)及び口頭審理の際には代理人を選任できると解するのが自然であろう。この点につき、裁判例では、「収容された外国人について口頭審理が行われる場合、当該外国人またはその者の出頭させる代理人は口頭審理に当つて、証拠を提出し、および証人を尋問することができる旨定め…、当該外国人が代理人を依頼し得ることを当然の前提としており、かつ口頭審理前に代理人を依頼することが禁止されていると解すべき理由はなく、当該外国人はいつでも代理人を選任する権利が与えられているものというべき」⁷²⁾(下線部は引用者)

67) 東京高判平成16年3月30日(訟務月報51巻2号534頁)。

68) 児玉ほか・前掲注⑬106-107頁、332頁、339頁。

69) 口頭審理について定めた入管法施行規則40条1項5号及び7号も代理人を選任できることを前提としている。

70) この点を指摘するものとして、児玉ほか・前掲注⑬325頁。行政不服審査法12条では、明示的に代理人選任及び代理人が行うことができる行為の範囲に関する規定を設けている。

71) 行政不服審査法12条では、明示的に代理人選任及び代理人が行うことができる行為の範囲に関する規定を設けている。ほかにも、一定の場合に強制入院を認める制度を定めている心神喪失者等医療観察法30条1項では、「対象者及び保護者は、弁護士を付添人に選任することができる」と定めている。

72) 東京地判昭和49年7月15日(訟務月報20巻10号54-55頁)。

と判示している。

代理人選任と関連して、口頭審理の際のみであるが、第三者の立ち会いも認められる。代理人と立会人は別人でも構わないが、代理人である弁護士が立会人となる場合、知人の一人として立ち会いをすることになる(入管法10条4項、48条5項)。ただし、立ち会いには次のような制限が課せられる。第一に、立ち会いが許可制であること(入管法10条4項、48条5項)、第二に、「立会人は、立ち会うことが許されるのみで、代理人のように証拠を提出し、証人を尋問することはできない」⁷³⁾こと、である。

では、このような活動をする代理人を依頼する権利及びその存在の告知について、裁判例ではどのように捉えられているのか。

まず、条文は、口頭審理の際に代理人を依頼できることを前提としている。そして、その「代理人には弁護士たる資格を有する者がこれにあたることを妨げる事由は何ら存しない」⁷⁴⁾。もちろん、代理人は、弁護士資格を持たない者(友人、知人、親族など)でも構わない。代理人は、前述のように、いつでも依頼できると解するべきだろう。これを否定するかのような裁判例⁷⁵⁾もあるが、これは、控訴人側が刑事手続と同じく弁護士依頼権の告知、弁護士としての立ち会いを要求した点について入国管理局側が拒否したことを正当化する文脈にて判示された内容であって、この判決自身も、代理人を選任できること、代理人である弁護士が刑事手続における弁護人としてではなく知人の一人として立ち会うこと自体は否定していない⁷⁶⁾。

73) 坂中=齋藤・前掲注(4)290頁。

74) 東京地判昭和49年7月15日(訟務月報20巻10号55頁)。

75) 東京高判昭和50年11月26日(訟務月報21巻12号2520頁)は、「憲法三四条所定の弁護人を依頼する権利は、直接的には刑事手続における身体の拘束の際の適用を予定した規定であつて、前記認定の如き外国人の出入国の適正な管理という行政目的のための手続である収容令書による収容およびその前後の審査手続には適用がないと解すべき」と判示している。また、同様の判断を下したものとして、東京高判昭和47年4月15日(判例時報675号102頁)。

76) 学説では、同条は直接には刑事手続に関する規定であるが、「すべての行政手続に刑事手続におけると同様の手続的保障が一律的・固定的に要求されると解することは必ずしも正当ではなく…、行政手続による身体の拘束にどのような手続的

他方、裁判例では、代理人依頼権の告知については消極的である。例えば、東京地判昭和49年7月15日では、「選任権の告知を定めること」は弁護人を選任する機会と方法を実質的に保障する憲法34条の「趣旨に沿う所以ではあっても、定めがないからといって直ちに右趣旨に背反するとは解されない⁷⁷⁾と判示している⁷⁸⁾。刑事手続においても、判例では、弁護人選任権の告知（刑事訴訟法272条）は憲法上の要請ではないと解されていること⁷⁹⁾から考えると、行政手続である退去強制手続においても明文がないにも関わらず同様の保障が認められると解することは難しいだろう。

保障が要求されるかは、その各種の拘束について個別的に判断すべき」（佐藤功『ポケット註釈全書 憲法（上）〔新版〕』（有斐閣・1983年）551頁）と主張されている。この観点からみても、違反調査・収容は容疑者の身体を拘束する作用であること、大抵の場合容疑者が法律に不慣れであることなどを考慮すると、容疑者が口頭審理前であっても代理人を依頼すること自体は否定されないと考えられる。ただし、刑事手続と同様の保障（例えば、接見交通と同じように容疑者と今後の手続について助言・相談ができるかなど）が認められるとは限らない。

なお、学説の整理については、芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎（編）『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社・2011年）271-272頁〔齋藤正彰〕、木下智史＝只野雅人（編）『新・コンメンタール 憲法』（日本評論社・2015年）374-375頁〔倉田原志〕参照。

77) 訟務月報20巻10号55頁。

78) ただし、本件では、容疑者が実際に弁護士を依頼しており、弁護士が入管所長と容疑者のために交渉していたという事実が認められ、告知が無い状態でも実質的には弁護士を依頼できたことがこのような判断に至った背景にあることが伺われる。

なお、東京高判昭和47年4月15日（判例時報675号100頁）では、出入国管理令において弁護人依頼権を定めていないことは憲法34条に違反しないと判示したが、これは、要急収容（入管法43条）しようとした入国警備官の行為を妨害したため公務執行妨害罪に問われた事案であって、口頭審理前後の弁護人依頼権が直接の争点となっていないため、弁護人依頼権を定めていないことを合憲とする理由付けについて抽象論に終止しており、個別具体的な検討を行っていない。

79) 「憲法三七条三項前段所定の弁護人を依頼する権利は被告人が自ら行使すべきもので、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければ足るものであること、同条項後段の規定は被告人が貧困その他の事由で弁護人を依頼できないときは国に対して弁護人の選任を請求できるのであり、国はこれに対して弁護人を附すれば足るものであること及び同条項は被告人に対し弁護人の選任を請求し得る旨を告知すべき義務を裁判所に負わせているものでない」（最大判昭和28年4月1日（刑集7巻4号716頁））。

3.4. 小 括

以上、退去強制手続における特別な不服申立制度上の問題について、現行法制度の状況、裁判例、学説を整理した。

[2.2]において示した2つの問題次元のうち、第一の問題、すなわち、各段階に設けられた不服申立制度及びその運用は、公平な審査を実施していると評価できるのかどうか、という観点から退去強制手続を評価すると一無論、手続的保障が十分ではないと主張する論者も少なくないが—全体的な構図を見ると、口頭審理の放棄は少なくとも在留特別許可の可能性が高い者には十分な告知がされていること、口頭審理の際には代理人を依頼できることを考慮すると、少なくとも不服申立制度については十分な保障がされているという評価は理解できなくはない。もちろん、法政策的な観点から改善策を提案する余地はあり、また、違反調査や収容の問題については今回の検討対象に入っていない。

4. 不服申立制度の機能不全—在留特別許可を得るための手続の整備

(1) 不服申立制度の機能不全

上記のように、入管法では、違反審査に対して、口頭審理、異議の申出という不服申立制度を設けており、退去強制手続にかけられた外国人は、それらを利用することができる。では、実際には、各段階の不服申立制度はどの程度認容されているのだろうか。

この点につき、例えば、平成27年では、違反審査13233件のうち非該当5件、口頭審理3871件のうち非該当1件、異議の申出3526件のうち理由あり0件となっている⁸⁰⁾。他の年も同様である⁸¹⁾。

80) 平成28年度版「出入国管理」(白書)50頁。

81) 例えば、平成26年は、違反審査11645件のうち非該当0件、口頭審理4282件のうち非該当0件、異議の申出3936件のうち理由あり1件、平成25年は、違反審査12523件のうち非該当5件、口頭審理4942件のうち非該当0件、異議の申出4776件のうち非該当1件、平成24年は、違反審査16103件のうち非該当4件、口頭審理7755件のうち非該当0件、異議の申出7485件のうち理由あり2件である。この点

このように、違反審査、口頭審理において、非該当と判断される割合は極めて低い。また、異議の申出に理由があると判断される割合も極めて低い。このような状況では、果たして入管法上の不服申立制度が機能しているのか、という疑問が生じるのも無理がない。

他方、在留特別許可は比較的認められている。法務省の統計によれば、平成27年では、異議の申出に理由がない旨の裁決3110件、在留特別許可2023件となっている⁸²⁾。

(2) 機能していない理由と問題点

では、なぜ口頭審理、異議の申出の認容率が極端に低いのか。その理由は、現行法制度の問題にある。

口頭審理・異議の申出のほとんどは、容疑者自身が退去強制事由に該当することは認めるが、個人的事情により在留を希望しており、最終的な目標である在留特別許可を得るために口頭審理・異議の申出を提起しているパターンである⁸³⁾。そして、口頭審理・異議の申出は、退去強制事由に該当するかどうかしか判断できない。軽微な違反でも退去強制事由に該当すると判断されたら退去強制手続に移行することになる⁸⁴⁾。すなわち、「法は、容疑者が法24条の退去強制事由に該当するとの客観的事実を退去強制の要件として規定しており、同

については、平成28年度版「出入国管理」(白書)50頁参照。

82) なお、平成26年は、異議の申出に理由がない旨の裁決3544件、在留特別許可2291件、平成25年は、異議の申出に理由がない旨の裁決4428件、在留特別許可2840件、平成24年は、異議の申出に理由がない旨の裁決6887件、在留特別許可5336件である(平成28年「出入国管理」(白書)50, 53頁)。

83) 坂中=齋藤・前掲注(4)676頁, 688頁。

84) 「入国審査官、特別審理官、法務大臣は、認定、判定、裁決をなすにつき、同令第二四条該当の容疑者が同条の各号の一に該当するか否かを審査し決定しうのみで、右該当者につき事案の軽重その他の事情を考慮する余地は全く存しないものであり、また主任審査官は認定、判定、裁決が確定するや直ちに退去強制令書の発付をなさねばならないことは、同令に規定する退去強制の手続の構造に照らし明らかであつて、裁量の適否が問題になる余地はない」(名古屋地判昭和45年7月28日(訟務月報16巻12号1461頁))。

要件に違反する軽微な行為に対する刑事責任の有無とは異なり、これを退去強制事由それ自体に該当しないと解する余地はない⁸⁵⁾。

[2.1(3)]においても述べたように、在留特別許可は異議の申出に理由がない旨の裁決の際に下されるものであるから、軽微な違反のような場合でも退去強制事由に該当する以上は口頭審理・異議の申出をしなければ在留特別許可を得ることができない。このため、自らが違反事由に該当することを認めているにも関わらず違反審査の認定に服さず、口頭審理に対しても異議の申出をする事態が生じてしまう。

結局、退去強制事由に該当すると容疑者側が自認し、「事実を争う案件は殆どないのに、三回の実事審理を重ねないと最終処分が確定しないことになって、逆に容疑者外国人側に無用の手間と心理負担をかけ、人権侵害になりかねない⁸⁶⁾。また、実際は在留特別許可を求めるだけにもかかわらず、口頭審理、異議の申出という手間をかけなければならないことから、その分だけ収容が長期化することになる。

(3) 現状への解決策として在留に関する総合的な不服審査機関の構想

ほとんどの場合、容疑者の最終的な目標は在留特別許可を得ることであって、自身が退去強制事由に該当することを認めている。しかし、現行法では、直ちに在留特別許可の可否を争うことはできず、口頭審理・異議の申出を経なければならぬ（在留特別許可の申請権を認める見解は、この点の不合理性を強調する⁸⁷⁾）。であるならば、機能していない口頭審理や異議の申出を経ずに、最初

85) 伊藤・前掲注(1)26頁。

86) 竹内・前掲注(1)266-267頁。

87) 東京地判平成20年2月29日（判例時報2013号61頁）では、在留特別許可の申請権を認める文脈で、次のように判示し、この不合理性を指摘している。

「法50条1項の在留特別許可は、法49条1項の異議の申出があったときに初めて付与され得るものであり、同項の異議の申出とは無関係に法50条1項の在留特別許可が付与されることはない。そこで、仮に、容疑者が、退去強制対象者に該当する旨の入国審査官の認定に誤りが無い旨の特別審理官の判定を争っている場合でない限り、法49条1項の異議の申出をすることができないものと解す

から違法かどうかの判断だけでなく、在留特別許可が認められるどうかの判断もした方が、容疑者にとっても、制度の効率性の観点からも良いのではないか。実際に、実務側からも次のような意見が出ている。

「当初の審査で退去強制事由該当が明白で本人も自認する場合は、口頭審理や異議申出ではなく、在留嘆願制とするのが合理的法制である…。警備官の取り調べに該当自認した外国人が、審査官の審査で、また特別審理官の口頭審理で、更に大臣への異議申立てにおいても、同様に該当を自認し続けなければならないのもむだなことであるのに加えて、現行法制では異議申立てにおいても外国人側から在留特別許可嘆願する場が与えられていないのは、奇異である。…日本法も事実争いと嘆願とを分けて、行政経済に叶う異議法制とすべきである。」⁸⁸⁾

例えば、本人が退去強制事由に該当することを争う場合には、入管から独立した第三者機関が、事実の調査も行い、不法滞在かどうかの判定をもう一度チェックし、退去強制事由に該当するとしても本人が在留を希望する場合には、調査によって明らかになった事実や提出された資料に基づいて在留特別許可を認めるべきか否かを判断する、などの案が考えられる⁸⁹⁾。

ると、自己が退去強制対象者であることを争う者にはいかにその主張が不合理なものであっても在留特別許可を受ける機会が与えられるのに対し、自己が退去強制対象者であることを正直に認めた者にはかえって在留特別許可を受ける機会が全く与えられないという不合理な結果を招くこととなる。したがって、法は、特別審理官の判定そのものは争わないが、自己が退去強制されることには不服があり、在留特別許可を希望するという者に対しても、異議の申出を認めていると解するのが相当であり、法49条1項にいう『判定に異議があるとき』とは、上記のような場合も含むものと解するのが相当である。」(棒線は引用者)

88) 竹内・前掲注(1)210頁。

89) なお、入国審査官による審査と特別審理官による口頭審理は、ほとんど同じ内容であり、両者とも入国管理局内部の者であって独立していない。この観点から、独立した公平な第三者機関の設立を提案するものとして、児玉ほか・前掲注(1)325頁、334頁。

ところで、「実務においては、違反調査における入国警備官を含み、入国審査官、特別審理官も、法務大臣による在留特別許可の裁決の特例における適正な判断に資するための資料収集を行っている。具体的には、これらの補助機関において、認定、判定と並行して容疑者の供述の録取及び証拠の収集等の一連の手續により、情状的な証拠資料に関する具体的記録を録取すべきことが求められている」⁹⁰⁾。そして、通常では、容疑者側も、入管法施行規則42条4号⁹¹⁾に基づいて、異議の申出の際に「退去強制が著しく不当」であることを示す資料を提出し⁹²⁾、法務大臣は、その資料に基づいて在留特別許可の可否を判断する⁹³⁾。

90) 伊藤・前掲注(1)21-22頁。

91) 現在の入管法施行規則42条は、次のように規定している。

「法第四十九条第一項の規定による異議の申出は、別記第六十号様式による異議申出書一通及び次の各号の一に該当する不服の理由を示す資料各一通を提出して行わなければならない。

- 一 審査手續に法令の違反があつてその違反が判定に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として申し出るときは、審査、口頭審理及び証拠に現われている事実で明らかに判定に影響を及ぼすべき法令の違反があることを信ずるに足りるもの
- 二 法令の適用に誤りがあつてその誤りが判定に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として申し出るときは、その誤り及び誤りが明らかに判定に影響を及ぼすと信ずるに足りるもの
- 三 事実の誤認があつてその誤認が判定に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として申し出るときは、審査、口頭審理及び証拠に現われている事実で明らかに判定に影響を及ぼすべき誤認があることを信ずるに足りるもの
- 四 退去強制が著しく不当であることを理由として申し出るときは、審査、口頭審理及び証拠に現われている事実で退去強制が著しく不当であることを信ずるに足りるもの」

92) 山田利行＝中川潤一＝木川和広＝中本次昭＝本針和幸『新しい入管法』（有斐閣・2010年）72頁。

93) 「出入国管理令施行規則第三五条（現行規則42条に相当一引用者注）によれば、異議の申出の手續として、退去強制が甚だしく不当であることを理由として申出る場合には、「退去強制が甚だしく不当であることを信ずるに足りる」資料を提出すべきものとされているが、このような資料は、その性質上、特別在留の許否に関する資料とみられるものであり、異議の申出においてかかる資料の提出が要求されていることは、右手続内において特別在留の許否をも判断するものであるとの建前を示すものと考えられることができる」（東京地判昭和46年3月29日（行集22巻3号351頁））。

異議の申出は、当初の法制度の趣旨（違反認定に対する不服申立の第二審）はともかく、現在では、事実上、在留特別許可の判断を求めるための手続と化している（なお、この認識を強調すると、在留特別許可の申請権を認める見解につながる⁹⁴⁾）。であるならば、口頭審理及び異議の申出を、手続の実情に合わせた形で組み立て直すことは、それほど困難ではないだろう。

5. 終わりに

本稿では、入管法上の不服申立制度、特に退去強制手続における不服申立制度が合理的と評価できるのかどうか、という問題について検討した。そして、不服申立の各段階の問題として、口頭審理の放棄及び代理人に関する問題を取り上げた。次に、現行の不服申立制度が事実上在留特別許可を得るための手続となっているため、不服申立としては十分に機能しているとは言いきれず、法改正による対応が必要であることを示した。

本稿の最後に示した、在留に関する総合不服審査機関は、その権限は、当該機関が事実を調査するだけでなく、外国人側も情報を提出できること、その審査内容は、退去強制事由に該当するかどうかだけでなく、在留特別許可を出すべきか、そして、難民に該当するかどうかも審査できるようにするべきである⁹⁵⁾。

このような、在留に関する不服全般を総合的に審査する機関について構想する際には、他国の法制度をモデルとして考察する必要がある。筆者は、現在、オーストラリアの移民に関する不服申立機関に注目しているが、この点については他日を期したい。

94) 例えば、「外国人が在留特別許可を求めて資料を提出したり、在留特別許可が認められるべき事情を述べたりするという在留特別許可に係る積極的な申請行為を立法担当者自らが想定しているに等しい」（山脇康嗣『入管法判例分析』（日本加除出版・2013年）353頁）。また、伊藤・前掲注(1)8、20-21頁。

95) なお、現行法では難民認定手続は、退去強制手続と別個に審査している。

※本研究は、科研費（若手(B)）研究課題「オーストラリア移民法における不服審査制度—法政策的観点からの比較研究」（研究課題／領域番号：16K16980）の成果の一部である。