

# 退去強制令書の執行に伴う収容と仮放免 —裁判例の分析を通じて

坂 東 雄 介

## 1. はじめに一問題の所在

日本の出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」）では、外国人の退去強制手続の一環として、外国人を収容する仕組みを採用している。言うまでもなく、外国人を収容することは身体を強度に拘束する行為であって、基本的人権、特に人身の自由の観点から慎重な処遇が求められる。

外国人を収容する仕組みには、①収容令書による収容と②退去強制令書の執行に伴う収容がある（詳細は〔2. 1〕参照）。①収容令書による収容は、入国警備官が容疑者を収容せずに在宅のまま入国審査官に引き渡す手続を定めていないことなどを根拠に、対象者を原則として全員収容する仕組み（以下「全件収容主義」と呼ぶ）を採用していると解されている<sup>1)</sup>。このような全件収容主義に対して、例えば、肖萍は、条文の文言、趣旨、刑事手続との比較などを丁寧に検討した上で全件収容主義は不要と述べている<sup>2)</sup>。児玉晃一は、事案ごとに必要性、相当性を検討して収容を判断するべきと述べる自由権規約委員会の一般

---

1) 全件収容主義の解説として、坂中英徳=斎藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説』（日本加除出版、改定第4版、2012）638頁、出入国管理法令研究委員会（編）『注解判例 出入国管理 実務六法』（日本加除出版、2020）117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）442頁、畠山学『出入国管理制度ガイドブック』（日本加除出版、2017）225頁。

2) 肖萍「日本における刑事手続上の身体拘束と出入国管理法制の関係(1)」一橋法学6巻1号325頁（2007）。

的意見を紹介し、日本の現状は合致していないと批判している<sup>3)</sup>。また、児玉は、立法者意思は全件収容主義を採用していなかったと指摘している<sup>4)</sup>。ただし、我が国の裁判例は当該規定を合憲と判示している<sup>5)</sup>。

後述するように、②退去強制令書の執行に伴う収容も、退去強制対象者の在留活動を禁止するという目的から、原則として退去強制対象者全員を収容する仕組みを採用している。そして、②退去強制令書の執行に伴う収容には①収容令書による収容とは異なり、明確な期限の定めがない。そのため、退去強制対象者を送還できない事情が存在する場合（例えば、難民申請中である、国籍国が受け入れを拒否しているなど）、収容が継続することになる。終わりが見えない収容の長期化は、被収容者に過度な精神的ストレスを与える<sup>6)</sup>。そこで、被収容者を収容から解放する重要な手段として、仮放免（入管法54条）が考えられる。

本稿では、②退去強制令書の執行に伴う収容が提起する法的問題、特に身体

- 
- 3) 児玉晃一「退去強制手続の課題」自由と正義68巻6号29頁（2017）。ほかにも、大橋毅=児玉晃一「『全件収容主義』は誤りである」移民政策研究1号85頁（2009）。
  - 4) 全件収容主義に対する批判については、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）308頁も参照。上村香織「退去強制手続上における外国人の収容と人身の自由」Law & Practice 11号183頁（2017）、大橋毅「出入国管理施設と国際人権法」法律時報83巻3号28頁（2011）は、入管法における身体拘束の問題を俯瞰的に見の中で全件収容主義を取り上げている。近藤敦『人権法』（日本評論社、第2版、2020）244-245頁では、国際人権法の観点から収容問題について概説している。
  - 5) 東京高判昭和47年4月15日（判例時報675号102頁）。
  - 6) 長期収容者が受ける精神的ストレスや収容所内で問題についてのレポートとして、指宿昭一『使い捨て外国人—人権なき移民国家、日本—』（朝陽会、2020）120頁、オブエザ・エリザベス・アルオリウオほか「『難民「仮放免」者座談会』わたしたちに人権を!」世界2019年12月号193頁（2019）、樫田秀樹「死に追いやられる難民申請者」世界2019年12月号180頁（2019）、駒井知会「人間を壊す入管収容政策」法学セミナー781号40頁（2020）、坂東雄介=小坂田裕子=安藤由香里「袖之原寛史牧師に聞く：被収容者支援の実態に関するインタビュー調査」商学討究71巻2=3号221頁、坂東雄介=小坂田裕子=安藤由香里「大村入国管理センターに聞く：被収容者の実態に関するインタビュー調査」商学討究71巻2=3号249頁（2020）、平野雄吾『ルポ入管—絶望の外国人収容施設』（筑摩書房、2020）53-149頁、平野雄吾「分断と暴力の外国人政策 入管収容施設の実態」現代思想vol.47(5)8頁（2019）、三浦萌華「非正規滞在外国人の処遇からみる人権保障—収容施設における医療処遇を中心に—」社会学研究科年報26号53頁（2019）など。

拘束の必要性・合理性を意識しつつ、仮放免に関する近年の裁判例を分析対象として、どのような場合に仮放免が認められるのか、その考慮要素を明らかにするとともに、仮放免に関して入国者収容所所長または主任審査官（以下「所長等」と略記する）が有する広範な裁量に対する統制のあり方について検討することを目的とする。被収容者が抱える肉体的・精神的苦痛が大きいことを考えると、本稿で取り上げる価値は高いと考えられる。ただし難民認定申請者については別途考慮する事情があるため、分析対象には含めない<sup>7)</sup>。そして、最後に、2021年に提出され、廃案になった入管法改正案について、本稿で扱った内容に関連する範囲で若干のコメントを行う。

我が国の議論状況を振り返ってみると、従来の研究は、入管収容に対して国際人権法が求める規範内容や外国の事例を紹介することが中心であった<sup>8)</sup>。確かに、収容制度は、国際人権法が指導する理念に即して構築・運用する必要がある。また、他国の議論状況は、我が国にとって有益な示唆を提供すると考えられる。本稿は、上記の研究とは異なり、我が国の収容と仮放免制度の仕組みについて、裁判例の分析を通じて現状の問題点を明らかにすることを目的としている。収容・仮放免制度の合理性について、実定法の仕組みに即して検討する研究は少なかったが<sup>9)</sup>、まずは本研究のように日本法の現状及び問題点を明

7) 難民認定申請者の収容問題については、村上正直「難民認定申請者の収容」浅田正彦（編）『21世紀国際法の課題』（有信堂、2006）125頁。

8) 国際人権の観点から収容問題について扱った文献として、阿部浩己「恣意的拘禁作業部会—身体を守る国連の砦」法学セミナー781号16頁（2020）、安藤由香里「国際人権条約における入管収容とノン・ルフルマン原則」法律時報92巻2号74頁（2019）、北村泰三「入管収容における法の支配と国際人権法—ヨーロッパ諸国間における実践を中心に」法律時報92巻2号63頁（2019）、近藤敦「無国籍者に対する収容・退去強制・仮放免の恣意性」『多文化共生と人権—諸外国の「移民」と日本の「外国人」』（明石書店、2019）269頁、村上正直「入管収容と自由権規約」法律時報92巻2号69頁（2019）。

9) 近年は収容問題への関心の高まりを受けて、実定法上の観点から分析した論攷が発表されている。例えば、秋山瑞季「退去強制手続における外国人の収容」調査と情報—ISSUE BRIEF—1140号1頁（2021）、小坂田裕子「入管収容の現在」法律時報92巻2号58頁（2019）など。収容問題に関して訴訟活動を通して積極的に問題提起を行っている児玉晃一による論攷として、児玉晃一「まず、人間として迎

らかにすることによって、国際人権法や他国の実践から得られる示唆を受容するための素地を作り出すことができるだろう。

## 2. 退去強制令書の執行に伴う収容の仕組みと法的性質

### 2. 1. 入管法上の収容制度の仕組み

本論に入る前に、収容制度の仕組みについて概観する。現行法では、外国人を収容する制度は、収容令書による収容、退去強制令書の執行に伴う収容、仮上陸許可中の収容(法13条6項)の3つが存在する。本稿のテーマとの関係で、以下では前2者について法制度の仕組みを概観する。

第一に、収容令書による収容は、次のような仕組みである。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があるときは、当該外国人(以下「容疑者」と呼ぶ)につき違反調査をすることができる(入管法27条)。そして、入国警備官は、違反調査の結果として容疑者が退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由があると判断した場合には、主任審査官に対して収容令書の発付を請求し(入管法39条2項)、その発付を受けて当該容疑者を収容することができる(入管法39条1項)。収容令書には容疑者の氏名、容疑事実の要旨などが記載され(入管法40条)、収容の際には収容令書を示さなければならない(入管法42条)<sup>10)</sup>。収容令書による収容は、退去強制事由に該当する外国人は全員収容することが原則である。そして、収容期間は、30日以内とされ、やむを得ない事由があると認めるときは、30日に限り延長することができる(入管法41条1項)。したがって、収容令書によって収容できる期間は、最大60日である。収容ができる場所は、入国者収容所、収容場その他法

---

えよ」世界2019年12月号204頁(2019)、児玉晃一「恣意的拘禁と入管収容」法学セミナー781号42頁(2019)。

10) ただし、収容令書の発付を待っているのは容疑者に逃亡のおそれがあると信ずるに足りる相当の理由があるときは、収容令書の発付を待たずに容疑者を収容することができる(要急収容と呼ばれる。入管法43条)。

務大臣又はその委任を受けた主任審査官が指定する場所である（入管法41条2項）。ただし、退去強制事由に該当する者であっても、出国命令対象者に該当する場合（入管法24条の3）は、収容は行われぬ（入管法55条の2）。収容令書による収容の目的について、最決平成14年2月28日（判例時報1781号97頁）は、「退去強制手続において容疑事実である退去強制事由に係る審査を円滑に行い、かつ、最終的に退去強制令書が発付された場合にその執行を円滑にすること」と判示している。

第二に、退去強制令書の執行に伴う収容は次のような仕組みである<sup>11)</sup>。退去強制が確定し、退去強制令書が発付されると（入管法51条）、入国警備官は、退去強制令書を執行する（入管法52条1項）。入国警備官は、退去強制を受ける者を直ちに送還することができない場合、送還可能なときまで収容することができる（入管法52条5項）。上記のように、収容令書による収容は最大60日であるが、退去強制令書の執行に伴う収容は、期間の制限は定められていない。ただし、入国警備官には被退去強制者を「速やかに」送還先まで送還する義務があり（入管法52条3項）、客観的に送還が可能であるのにも関わらず送還の時期を遅延させ、収容を継続することはできない<sup>12)</sup>。収容ができる場所は、収容令書による収容と同じく、入国者収容所、収容場その他法務大臣又はその委任を受けた主任審査官が指定する場所である（入管法52条5項）。

そして、[1]で述べたように、①収容令書による収容は原則として全員収容する全件収容主義に立つ。①収容令書による収容と理由付けは異なるが、②退去強制令書の執行に伴う収容も原則として全員収容すると解されている（その理由は在留活動禁止説に基づく。詳細は後述する）。なお、①②収容も含めて

---

11) ただし、退去強制事由に該当していたとしても収容されない場合がある。第一に、刑事手続により身体拘束されている容疑者に対しては、収容することなく退去強制手続を行うことができる（入管法63条）。第二に、容疑者が出国命令対象者（入管法24条の3）に該当すると認めるに足る相当の理由があるときは、入国警備官は容疑者を収容することなく入国審査官に引き継がなければならない（入管法55条の2）。

12) 出入国管理法令研究会・前掲注(1)131頁。

全件収容主義と言われることもあるが、それぞれ理由が異なるため、本稿では、全件収容主義を①収容を指す狭義の意味で用いる。

収容からの解放手段として仮放免制度がある（入管法54条）。これは、入国者収容所所長または主任審査官が、収容されている者本人もしくは代理人などの請求に基づき、または職権で、300万円を超えない範囲内で保証金を納付させ、居住地などの条件を附し、一時的に収容を停止し、身柄の拘束を仮に解く措置である。ただし、「仮放免は、在留期間を更新したり、新たな滞在の権利を付与したりするような法的効果を伴うものではない<sup>13)</sup>」。仮放免された者が逃亡のおそれがある場合や仮放免の際に付された条件に違反した場合は、仮放免が取り消されることがある（入管法55条）。

仮放免制度は、①②の収容いずれも用いることができる。特別放免制度（入管法52条6項）は、退去強制令書の執行に伴う被収容者を送還することができないことが明らかになった場合に、入国者収容所所長または主任審査官が、居住地などの条件を附して当該外国人を放免する制度である。これは、②の場合にしか用いることができず、また、仮放免とは異なり、請求することができない。

被収容者の処遇については、入管法61条の7が定めている。被収容者は「できる限りの自由が与えられなければならない」とし、寝具・糧食・給養・衛生環境の保障を定めている（1-3項）。そのほか、保安・衛生上の見地から、被収容者に対する身体・所持品・衣類検査権限、通信の検査、通信の発受の禁止・制限を定めている（4、5項）。上記規定に基づいて被収容者処遇規則が詳細を定めている。そして、第三者的な立場から収容施設を視察し、被収容者の処遇に対して意見を述べる入国者収容所等視察委員会が設けられている（入管法61条の7の2）。

## 2. 2. 退去強制令書の執行に伴う収容の法的性質

条文の構造は上述した通りである。本稿が分析の中心とするのは、冒頭で述

---

13) 最決平成15年12月3日（刑集57巻11号1076頁）。

べたように、②退去強制令書の執行に伴う収容である（以下では単に「収容」と呼ぶ）。この「収容」とは、「主任審査官が発付した退去強制令書に基づき、送還可能のときまで被退去強制者を収容施設に留置する行政処分」<sup>14)</sup>と定義される。以下では、収容の法的性質について述べる。

## 2. 2. 1. 収容目的をめぐる対立—送還実現のための身柄確保にとどまるのか、在留活動の禁止も含むのか

退去強制令書の執行に伴う収容の目的については解釈の対立がある。まず、収容目的には「被退去強制者の送還を確実に実施するため、その身柄を確保すること」<sup>15)</sup>があるという点については異論はない。

しかし、収容の目的を、送還実現のための身柄確保に加えて、外国人の在留活動を禁止することをも含むと解釈する見解もある（以下「在留活動禁止説」と呼ぶ）。例えば、東京地判昭和51年9月27日は、次のように判示している。

「不法入国者につき退去強制令書が発付されると、入国警備官は右令書の執行によりすみやかに当該外国人を送還先に送還しなければならないのであるが（令（出入国管理令を指す—引用者注）第52条第3項）、退去強制を受ける者を直ちに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、入国者収容所等に収容することができるとされている（同条第5項）。けだし、送還のため身柄の確保の必要があるほか、元来不法入国者は本邦において在留活動をすることは許されないのにかかわらず、身柄を収容し、在留活動を禁止しなければ事実上在留活動を容認することとなり、在留資格制度の建前をびん乱することとなるからである。そうすると、令の規定する退去強制手続は身柄を収容して行うのを原則とすることは明らかであり、また退去強制令書の執行がその送還部分について執行停止されている場合も令第

14) 坂中=斎藤・前掲注(1)712頁。

15) 同・712-713頁。

52条第5項の規定に該当し、右令書により収容を続けることが原則であるといわなければならない」<sup>16)</sup>(下線部は引用者)。

このような見解に対し、収容目的を送還実現のための身柄確保に限定する見解がある(以下「執行保全説」と呼ぶ<sup>17)</sup>)。それは次のように主張する。

第一に、退去強制令書の発付を受ける者には、在留資格がない場合だけでなく、在留資格がありながら資格外活動を行った者など、一定範囲の在留活動は認められている者も含まれる。在留活動の禁止も含むと解すると、退去強制令書の執行に伴う収容によって、本来許可されている在留活動まで禁止されることになってしまう<sup>18)</sup>。

第二に、仮放免が認められたときには一定の在留活動が認められることになるが、仮放免の取消事由は条文上「仮放免された者が逃亡し、逃亡すると疑うに足る相当の理由があり、正当な理由なくして呼出に応ぜず、その他仮放免に附された条件に違反したとき」(入管法55条)と規定されている。このことから、条文上も、収容は被収容者の逃走防止のための手段と考えるのが自然である<sup>19)</sup>。

収容目的を送還のための身柄の確保に限定するならば、例えば、逃亡のおそれがない外国人は収容する必要性がないと解されるが、上記のように対象となる外国人の在留活動一般を禁止するためにも収容すると解すれば、対象者全員を収容することになる。収容の必要性を考える際に、この解釈の相違が結論に影響を及ぼすことがある。例えば、留学の在留資格で来日した者が、何らかの違法な活動を行ったことを理由に退去強制事由に該当すると認定され、母国に

---

16) 訟務月報23巻2号359頁。同様の判示として、東京高決昭和52年12月13日(訟務月報23巻13号2274頁)など。

17) このような立場に立つ者として、例えば、児玉晃一「入管収容の目的は何か―「在留活動禁止説」を批判する―」移民政策学会設立10周年記念論集刊行委員会(編)『移民政策のフロンティア―日本の歩みと課題を問い直す』(明石書店、2018)51頁。

18) 児玉ほか・前掲注(4)363頁。

19) 同。



送還されることについて十分に納得し、逃亡可能性が低いと仮定しよう。収容の目的に在留活動の禁止も含むと解釈すると、仮放免が認められるかどうかの際に、当該外国人は、退去強制事由の理由となった違法な活動を再び行う可能性及び逃亡可能性が低いとしても、留学という本来は認められていたはずの在留活動にも従事できなくなってしまうことになる。行政実務は在留活動禁止説に基づいている。この問題については、[3. 2.]及び[3. 4. 2.]で再び触れる。

## 2. 2. 2. 侵害の強度—他の行政収容措置との比較

収容は、特定の場所に被収容者の身体を移して閉じ込める以上、人身の自由との関係では強度の緊張関係をもたらす。行政権による身体拘束（刑事手続を除く<sup>20)</sup>）にはいくつかの種類があるが、他と比較すると以下の点に特徴がある。

第一に、退去強制令書の執行に伴う収容には明確な期限の定めが存在しないことである。例えば、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（以下「感染症予防法」）19-21条が定める入院措置には、10日間という明確な期限の定めがある<sup>21)</sup>。

第二に、退去強制令書の執行に伴う収容目的の一つは、前述のように「被退去強制者の送還を確実に実施するため、その身柄を確保すること」である。これは、どちらかと言えば、行政目的の効率的実現を目的としている。他方、例えば、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（以下「精神保健福祉法」）29条<sup>22)</sup>や前述の感染症予防法<sup>23)</sup>が定める入院措置は、社会公共に対して重大

20) 逮捕・勾留との比較については、関聡介「非正規滞在者の権利」近藤敦（編）『外国人の人権へのアプローチ』（明石書店、2015）162-163頁参照。

21) 麻薬及び向精神薬取締法（以下「麻薬取締法」）58条の8が定める入院措置も3ヶ月という明確な期間の定めがある。

22) 精神保健福祉法29条1項では、「他人に害を及ぼすおそれがあると認めるとき」に入院させることができると定めている。ただし、精神保健福祉法の措置入院は、被収容者が社会公共に与える害悪を防ぐことだけでなく、本人の保護も目的としている。麻薬取締法の入院措置も、同様に本人の保護を目的としている。

23) 感染症予防法19-21条は「感染症のまん延を防止するため」に設けられた規定である。

な害悪をもたらす危険性を防ぐことを直接の目的としている<sup>24)25)</sup>。もう一つの目的である在留活動の禁止も、違法な在留資格では本邦における活動を認めることはできないという法制度に基づくものであるから、これ自体には、害悪を防ぐという目的は含まれない。

第三に、行政権による身体拘束は、人身の自由に対する重大な侵害であるため、事前または事後の手続的保障が設けられていることがある。例えば、感染症予防法が定める入院措置に対しては、事前勧告（19条1項、20条1項）、第三者機関の意見聴取（20条5項）が定められている<sup>26)</sup>。また、最決平成29年12月18日（刑集71巻10号570頁）では、心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律（「医療観察法」）42条による入院決定は、対象者に対し十分な手続的保障が規定されていることから合憲と判示している<sup>27)</sup>。

容疑者が退去強制事由に該当するかどうかについては、違反審査・口頭審理・異議の申出という手続的保障が規定されている（入管法45-49条）。これらは、退去強制との関係では事前手続と評価できるものの<sup>28)</sup>、退去強制が確定した後、当該外国人を収容するかどうか、収容の必要性があるかどうかについて審査を行うものではない。収容の必要性は事後的に仮放免の際に審査されるが、保証金の納付、住居の指定などを伴うものであって、収容との関係では事後的

---

24) 他にも、熊本ハンセン病事件（熊本地判平成13年5月11日）にて争われたらい予防法も社会公共に対する害悪予防を目的とした身体拘束である。

25) 樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注解 憲法 I』（青林書院、1994）371頁〔浦部法穂〕。

26) 精神保健福祉法が定める入院措置に対しても、2人以上の指定医の診察による診断結果の一致（29条2項）、書面による告知の義務付け（29条3項）、退院請求に対する審査制度（38条の4、38条の5）が定められている。麻薬取締法では、入院措置の継続について審査会による審査が義務付けられている（58条の8第3項）。

27) 多田一路は、本判決が示す「憲法31条の法意」に身体拘束の必要最小限性が含まれると解する（多田一路「判批」ジュリスト1531号29頁（2019））。

28) なお、この規定は、退去強制事由に該当するという違反認定に対する不服申立という性質、最終的な退去強制処分に対する事前手続保障という性質を併有している特殊な規定である（坂東雄介「日本における入管法上の不服申立制度の現状と課題」商学討究68巻2・3号200頁（2017）、興津征雄「判批」自治研究83巻10号132頁（2007））。

な手続的保障とは評価できない。

### 3. 退去強制令書の執行に伴う収容に関する司法審査—仮放免に関する近年の裁判例を中心に

#### 3. 1. 収容からの解放手段と着目する視点

それでは、収容からの解放を実現するにはどのような手段があるのか。考えられる手段としては、収容部分の執行停止の申立、仮放免（入管法54条）不許可処分の取消訴訟、特別放免（入管法52条6項）、人身保護手続（人身保護法2条）を挙げることができる<sup>29)</sup>。

第一に、収容部分の執行停止の申立は、収容令書による収容の収容部分、退去強制令書の執行に伴う収容部分どちらも可能である<sup>30)</sup>。筆者が以前行った分析によれば、送還に関する部分の執行停止は広く認める傾向にあるが、収容部分の執行停止は認めない傾向にある<sup>31)</sup>。また、実際に収容がされた場合には執行停止を申し立てることができない（最決平成14年2月28日）。第二に、特別放免は、職権によって認められるだけで被収容者に申請権も無く、実務上ほとんど例がないため<sup>32)</sup>、ここでは取り上げない。第三に、人身保護手続は、事例が無いわけではないが<sup>33)</sup>、人身保護規則4条のハードルが厳しく、実務上現実

---

29) 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）『入管訴訟マニュアル』（現代人文社、第2版、2017）46頁。

30) ただし、収容令書による収容部分の執行停止の申立につき、収容令書による収容は最大60日であることから、退去強制令書が発付・執行されたあとは収容令書発付処分取り消しを求める訴えの利益も消滅するとともに収容令書執行停止の申立の利益も消滅するため（最決平成14年2月28日（判例時報1781号96頁））、実務上利用する意義がない（山脇康嗣『詳説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』（新日本法規、新版、2017）730頁）。

31) 坂東雄介「外国人の退去強制と仮の権利救済(1)」札幌学院法学30巻1号107頁（2013）。

32) 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・前掲注29) 47頁。

33) 例えば、最判昭和31年7月20日（民集10巻8号1096頁）。

的な選択肢とは言い難い<sup>34)</sup>。

以上から、収容からの解放を求める場合、仮放免不許可処分の取消訴訟が有力な手段である。以下では、仮放免不許可処分の取消訴訟に関する裁判例を取り上げて分析を行う。分析の対象は、公刊されているもののうち、近年に下された次の裁判例である。

- ・ 東京地判平成21年3月25日（裁判所ウェブサイト）
- ・ 東京地判平成21年5月22日（裁判所ウェブサイト）
- ・ 東京高判平成21年10月29日（裁判所ウェブサイト）…東京地判平成21年5月22日の控訴審判決
- ・ 東京地判平成26年1月30日（D1-Law判例ID29026683）
- ・ 東京地判平成26年5月22日（D1-Law判例ID29026996）
- ・ 東京地判平成26年6月26日（D1-Law判例ID29027060）
- ・ 東京地判平成29年2月22日（D1-Law判例ID29045439）
- ・ 東京地判平成29年9月20日（D1-Law判例ID29031496）
- ・ 東京地判平成29年12月12日（D1-Law判例ID29047455）
- ・ 東京地判平成30年2月20日（D1-Law判例ID29047953）
- ・ 東京地判平成30年3月20日（D1-Law判例ID28264490）
- ・ 東京地判平成30年8月28日（判例タイムズ1472号149頁）
- ・ 東京地判平成30年6月14日（D1-Law判例ID29050348）
- ・ 東京高判平成30年9月6日（D1-Law判例ID28264491）…東京地判平成30年3月20日の控訴審判決
- ・ 東京地判令和1年7月11日（D1-Law判例ID29057715）
- ・ 東京地判令和1年10月24日（D1-Law判例ID29056646）
- ・ 東京地判令和2年3月5日（D1-Law判例ID29059579）
- ・ 東京地判令和2年10月6日（D1-Law判例ID29061581）

---

34) 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・前掲注29)47頁。

### 3. 2. 収容目的—在留活動禁止説の採用

[2. 2]に述べたように、収容の目的を被退去強制者の送還を確実に実施するため、その身柄を確保することにあると限定する立場、送還確保に加えて在留活動を禁止することも含むと解する立場に分かれている。

今回の分析対象として取り上げた近年の裁判例では、収容目的を、退去強制の円滑な実現に加えて在留活動の禁止も含むと説明するものがほとんどである(収容の目的について触れていない裁判例もある)。例えば、東京地判平成30年8月28日では次のように判示している。

「退去強制対象者を送還するためその身柄を確保するとともに、在留資格を入国及び在留管理の基礎とする同法所定の在留制度の下で、退去強制事由に該当するにもかかわらず本邦への在留を事実上許容する結果となることを防止するという行政目的の観点から」収容を行うものである<sup>35)</sup>。

実際に在留活動禁止説を採用した東京地判平成30年3月20日では、原告の配偶者に十分な収入があるので原告は稼働する必要がなく、仮放免中に就労その他の報酬を受ける活動に従事するおそれがないこと、配偶者がいることから逃亡のおそれがないことを原告は主張していたが、在留活動禁止説の立場から上記主張を認めなかった。詳細については[3. 4. 1(3)]で扱う。

---

35) 他にも、東京地判平成30年3月20日では、「入管法は、外国人が本邦において行おうとする活動が、在留資格に対応して定められている活動のいずれかに該当しない限りは入国及び在留を認めないこととしており(2条の2、19条1項)、このような在留資格制度を採用している以上、退去強制令書の発付を受けた者について、送還が可能となるまでの間、その者が本邦において在留活動をすることをおよそ予定していないものというべきであり、収容の目的としてこれを担保することが含まれているものと解するのが相当である」と判示している。

他に在留活動禁止説に立つ判決として、東京地判平成21年3月25日、東京高判平成21年10月29日、東京地判平成29年1月30日、東京地判平成26年6月26日、東京地判平成29年12月12日など。

### 3. 3. 仮放免をめぐる裁量の位置づけと統制のあり方

#### 3. 3. 1. 広範な裁量の承認とその根拠

[2. 1]で述べたように、仮放免を認めるかどうかは入国者収容所所長または主任審査官（以下「所長等」と略記する）が判断権限を有する。そして、ほとんどの裁判例では、その判断につき広範な裁量を認めている。裁量が広いと考えられる根拠として、裁判例では以下の2点が挙げられる<sup>36)</sup>。第一に、入管法上、送還可能となるまでの間、その身柄を収容することが原則であって、仮放免は例外的な措置と位置付けられることである。第二に、入管法上、仮放免を認めるかどうかの要件を具体的に限定する文言にはなっておらず、所長等の判断を羈束する規定がないことである。

そして、裁量に対する司法審査の基準としては、次のように判示されることが多い。

所長等の判断が違法となるのは、「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるなど、その裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したと認められる場合に限られる」<sup>37)</sup>。

このような判断枠組みに対しては、行政庁が「全く」事実の基礎を欠いて処分することは通常想定し難いので、裁判所による審査密度が低すぎるという批判がありうる<sup>38)</sup>。

これに対して、東京地判平成29年2月22日では、「その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により判断が全く事実の基礎を欠く場合や、事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により判断が社会通念に照らし著

36) 東京地判平成21年3月25日、東京地判平成26年1月30日、東京地判平成26年6月26日、東京地判平成30年2月20日、東京地判平成30年3月20日、東京地判令和1年10月24日、東京地判令和2年10月6日など。

37) 東京地判平成26年5月22日。東京地判平成30年3月20日、東京地判平成30年2月20日など多数の裁判例が同様の判断を示している。

38) 櫻井敬子=橋本博之『行政法』（弘文堂、第6版、2019）113頁。

しく妥当性を欠くことが明らかである場合」に違法となると判示している（東京地判平成29年9月20日も同様）。「重要な」事実誤認を例示として掲げ、従来よりは所長等の裁量に対する審査のあり方を明確にしようとしているが、「全く」事実の基礎を欠く場合に違法とする点については変化がない。

### 3. 3. 2. 所長等が有する裁量に対する統制—比例原則

上記のように、所長等の裁量に対する司法審査の密度が低いと言わざるを得ないが、行政裁量の統制に関する一般的な原則が否定されるわけではない。以下では、東京地判平成30年8月28日を取り上げて分析を行う<sup>39)</sup>。この判決は、所長等の裁量を前述のように広範なものと解しているが、「行政目的を達成すべき必要性和被収容者の個別的事情とを総合的に勘案」することを求めており、一般原則の1つである比例原則を用いて裁量の枠づけを行ったと捉えることができる。

比例原則は、現代の行政法学においては主に次の2つの原則から構成される（なお、比例原則をめぐる様々な議論が展開されているが、本稿は比例原則について論ずるものではないため最低限度の内容確認に留める）。第一に、手段が目的のために必要不可欠なものでなければならないとする必要性の原則である。第二に、目的と手段は均衡していなければならないとする狭義の比例原則である<sup>40)</sup>。そして、比例原則は、警察作用のみならず、行政の権力作用一般に通ずるものと理解されている<sup>41)</sup>。収容は人身の自由に対する強い制約を行う権力作用であるため、審査の際には比例原則を用いるべきである<sup>42)</sup>。

まず、本判決が「行政目的を達成すべき必要性」と判示している点について

39) 東京地判平成21年3月25日も同様の判示をしている。

40) 須藤陽子「行政法における比例原則」高木光=宇賀克也（編）『行政法の争点』（有斐閣、2014）24頁。

41) 塩野宏『行政法I』（有斐閣、第6版、2015）93頁。

42) なお、国際人権法上の観点から比例原則の適用については、近藤敦「比例原則の根拠と審査内容の比較研究—収容・退去強制の司法審査にみる（国際人権）法の支配—」岡田信弘=笹田栄司=長谷部恭男（編）『憲法の基底と憲法論—思想・制度・運用—』（信山社、2015）815頁。

検討する。[3. 2]に示したように、収容の行政目的は、多くの裁判例が退去強制の円滑な実現に加えて在留活動の禁止も含まれると解している。本判決でも同様の理解に立った上で、原則として退去強制対象者は全員収容される仕組みであると判示する。本判決では、行政目的を在留活動の禁止と捉えられたため、目的達成の手段である収容の必要性が存在することが所与の前提とされている。

しかし、本判決は、必要性と被収容者の個別事情を総合的に勘案する態度を示す。狭義の比例原則が求める要請の1つとして、「達成しようとした目的（得ようとした利益）と失われる相手方の利益を秤にかけ、失われる利益が大きすぎてはならないこと」<sup>43)</sup>がある。「達成しようとした目的と失われる相手方の利益を秤にかけるとき、秤にかけられる中身、その『質』的側面を考慮に入れなければならない」<sup>44)</sup>。

原告は、収容により失われる利益として、家族と生活する利益や健康などを主張している。これが「秤にかけられる中身」となる。判決では原告が長期収容により拘禁性うつ病に罹患し自殺未遂行為を行っていた点を重視し、原告のうつ病の原因が収容にあることから、その治療のために原告を収容から解放することが必要かつ相当であると判示し、所長等による仮放免不許可処分を違法と判断している（[3. 4. 1(6)参照]）。

上記の思考過程を展開した本判決は、達成目的である在留活動禁止説から導かれる収容の必要性と失われる原告の利益（本件では健康状態）を秤にかけ発想に立脚している。上記判示は、収容目的から導かれる収容の必要性を所与の前提としつつも、原告の病状から原告を収容することによる不利益が大きいという実質的判断に基づくものであって、狭義の比例原則を採用したものと位置づけることができる<sup>45)</sup>。

---

43) 須藤・前掲注(40)25頁。須藤は、狭義の比例原則が適用される局面を以下の2つに整理している。第一に、目的と手段間に比例性（相当性）を求める場合、第二に、措置が講じられた結果に着目し、その結果が相手方にとってあまりにも厳しいものである場合である。本件は、後者の問題である。

44) 須藤・前掲注(40)25頁。

45) なお、今回は比例原則を取り上げたが、他の憲法原則（平等原則など）による



### 3. 4. 仮放免の是非を判断する際の個別具体的考慮要素

以下では、仮放免が争われた裁判例において具体的に考慮される要素を類型化し、それぞれがどのように考慮されているのかを分析する。

#### 3. 4. 1. 各考慮要素に関する判断について

##### (1) 家族との共同生活

被収容者が、収容されることによって日本国内で生活している家族との共同生活を維持できなくなることを主張することがある。しかし、裁判例ではこのような主張は認められない。

例えば、東京地判平成30年3月20日では、「原告が、…退去強制を受けるべき地位にあることに鑑みれば、原告の東京入管収容所への収容が継続することによって、原告とR（配偶者—引用者注）との婚姻生活が一定の制約を受けることは、特段の事情がない限り、退去強制令書の執行に伴うやむを得ないもの」と判示している。そして、「原告が東京入管収容所に収容されていても、Rが東京入管収容所を訪問して原告と面会したり、電話や手紙をやり取りしたりすることも可能」と判示する。他の裁判例も同様の傾向を示す<sup>46)</sup>。

被収容者が収容されていることによって、本人ではなく、その家族が被る不利益を主張することがある。例えば、東京地判平成29年2月22日では、被収容者である原告の配偶者が高齢であること、持病があることなどから、配偶者を援助する必要性があることを仮放免を認める根拠として主張していた。しかし、判決では配偶者が「原告の介助を不可欠とするまでの客観的状況にあるとは認めがたい」と判示し、原告の主張を認めなかった。また、東京地判平成26年6月26日では、被収容者の配偶者が「急性心筋梗塞に罹患し、現在、食事の管理や服薬等の治療を受けている」としても、配偶者が「原告の助力がなければ上

---

統制も考えられる。

46) 同様の判示として、東京地判平成21年3月25日、東京地判平成26年1月30日、東京地判平成26年5月22日、東京地判平成26年6月26日、東京地判平成29年12月12日。

記の治療等を行うことができない状況」にあるわけではないと判断している。他にも、東京地判平成30年6月14日では、原告が収容されていても内縁の夫によって子の「監護養育が行われることが期待できる」状況にあることを理由に、原告の仮放免を認めなかった。

これらの判示から、家族の病気・子の監護養育などを理由として仮放免を認めるためには、被収容者の援助・助力が家族生活にとって必須であることを求めていることが伺える。しかし、上記の判示からすると、例えば、家族が寝たきりであって介助できる者が被収容者本人しかないなど、極めて限定された場合にしか認められないように思われる。

他にも、子どもがいた場合、児童の権利条約に基づき、親と子どもが引き離されることによって、子どもの成長にとって不利益となると主張されることがある。しかし、このような主張に対して、東京地判平成26年5月22日では、「児童権利条約9条4項は、法に基づく退去強制の結果として、児童が父母から分離されることがあり得ることを予定しており、児童権利条約の規定する『児童の最善の利益』は、在留制度の枠内において図られることが前提とされている」と判示している。

退去強制と収容は異なるものであって、仮に退去強制を実現するとしても子どもの利益のためには被収容者を退去強制まで可能な限り家族と生活させるという選択肢も考えられるが、判決では退去強制と収容を一体的に把握し、主張を認めない。このような判示からも、前述の家族の病気の事例と同様、子どもが生活していく上で被収容者の存在が必要不可欠であることを求めているのではないかと推測される。

## (2) 訴訟代理人との打ち合わせ・訴訟の継続

被収容者が、収容されることによって訴訟代理人と十分な打ち合わせができず、訴訟が困難になると主張することがある。このような主張に対して、東京地判平成29年12月12日では、「別件訴訟に関する打ち合わせに一定の制約が課

されることとなるとしても、やむを得ない」と判示している<sup>47)</sup>。しかし、もう少し実質的な理由付けが必要ではないか。例えば、東京地判平成30年2月20日では、「代理人や関係者が東京入管や東日本センターに赴くことにより、一定程度の打ち合わせをすることができる」と述べる。また、東京地判平成26年6月26日では、別件訴訟においても本人尋問が実施されていることから収容されていても特段不利益が生じているわけではないと判示している。

### (3) 在留状況の考慮・逃亡のおそれ

被収容者が、在留状況から逃亡のおそれがないため収容する必要性が低いと主張することがある。これに対して、裁判所は、在留状況を検討して、逃亡のおそれがないとは言えないと述べ、このような主張を認めない。仮に逃亡のおそれがないとしても、在留活動禁止説の立場（[3. 2]参照）から主張を認めないという二重に予防線を張った判示をする。

例えば、東京地判平成29年12月12日では、過去に違法性を認識しながらも生活費を稼ぐために大麻を栽培していたのであって、再犯のおそれも否定できず、逃亡のおそれがないということもできないと判示する。東京地判平成26年1月30日では、原告は、仮放免中に「居住地条件を遵守することなく、無断で…指定居住地から転居した上、その事実を東京入管に対してあえて申告していなかったものであり、このような原告の態度に鑑みれば、原告について逃亡のおそれが全くないなどということとはできない」と述べる<sup>48)</sup>。しかし、原告が本邦において行った行為が悪質性であるから直ちに逃亡のおそれがある、ということにはならないのではないか。原告が行った行為の悪質性は逃亡のおそれを判断する要素の一つかもしれないが、それだけで決まるわけではない<sup>49)</sup>。

47) 東京地判平成30年3月20日も同様。

48) 東京地判平成30年2月20日は、原告が仮放免中に無断で転居したことがあり、「出入国管理行政に与えた影響は軽微なものであったとは断言できない」と判示する。

49) 東京地判平成30年6月14日では、原告が以前仮放免条件に違反して本邦で稼働したこと、他人名義の旅券を行使して不法入国を繰り返していたことから原告の

これらの裁判例は、在留活動禁止説に立つことを表明しているが、上記のように原告が置かれている具体的事情を一応は検討している。しかし、東京地判平成26年6月26日は、在留活動禁止説を表明するだけで終わり、原告の事情を具体的に検討することなく否定する。

在留活動禁止説の問題点は、被収容者に逃亡のおそれがなく、収容の必要性が必ずしも高いわけではない場合に顕在化する。例えば、東京地判平成29年9月20日は、「原告は…これまで13回にわたって仮放免の期間の延長を受けてきたところ…仮放免中は、指定された全ての日に出頭して出頭確認を受けたこと…を考慮すれば、原告が仮放免された場合に逃亡するおそれが高いとはいえない」と述べる。しかし、裁判所は、ここでも在留活動禁止説を表明して原告の主張を認めない<sup>50)</sup>。このように、在留活動禁止説は、収容の実質的な必要性が必ずしも高いとは言えない事案において原告の主張を切り捨てる帰結を導いている。

#### (4) 再犯のおそれ・法秩序の維持

仮放免をすると被収容者が再び犯罪を行う可能性が高く、再犯を防ぐ観点から収容を認めると述べる場合がある。例えば、東京地判平成29年12月12日は、原告は違法性を認識しながらも生活費を稼ぐために大麻の栽培を継続したのであって、「その動機に照らせば、同種再犯のおそれも否定でき」ないことを理

---

「入国及び在留状況は、公正な出入国管理制度の秩序を乱す悪質なもの」と指摘し、そこから直ちに逃亡のおそれがあると導く点に問題がある。ただし、この判決では、原告には逃亡のおそれが無いとしても、在留活動禁止説の立場から仮放免を認めないことは合理的な理由があると判示している。

50) 同様の判示として東京地判平成29年2月22日、東京地判令和2年10月6日など。東京地判平成26年5月22日は、以下のように述べる。「逃亡のおそれがないことは、仮放免の許否の判断に当たって考慮される事情の1つに過ぎ」ず、「原告について逃亡のおそれがないとしても、当然に仮放免を許可すべきことにはならない」。そして、原告が退去強制事由に該当することになった事情は、密輸行為という極めて悪質な行為をしたものであるから、「逃亡のおそれの有無は、仮放免の許否に当たって、殊更重視すべき事情であるということもできない」。

由の1つとして挙げている<sup>51)</sup>。

## (5) 行為の悪質性

上記(3)(4)と類似するが、被収容者の行為の悪質性が考慮される場合もある。例えば、東京地判平成30年8月28日では、原告が覚せい剤・大麻などの違法薬物を所持していたことがあり、「原告には遵法精神が欠如しており、その在留状況は悪質なものであった」から、このような事情は、所長が仮放免の判断を行う際に不利な情状として考慮されることはやむを得ないと判示している。また、東京地判平成26年6月26日では、偽装婚姻をしていたことを理由に在留資格取消処分を受けた原告について、「原告の行為は、我が国の出入国管理行政の根幹を揺るがす極めて悪質なもの」であることを仮放免を認めない事情の1つと位置づけている。東京地判令和2年3月5日も、「仮放免期間中に自己中心的な動機から再犯に及び、実刑判決の宣告を受けて服役したことからすると、その行状は極めて悪質」であって「原告の遵法意識は鈍麻している」と判示している。

これらの判示は、上記(3)(4)とは異なり、被収容者の行為の悪質性そのものを問題としている。上記(3)(4)では、過去に悪質な行為を行ったという事情を、最終的には逃亡や再犯のおそれの判断の際の考慮要素として位置づけている点で論理構造が異なる。

## (6) 健康・病気

被収容者が、病気などを治療する必要があるため仮放免を求める場合がある。裁判所は、「仮放免の許可は…収容に耐えられない病気その他のやむを得

---

51) 東京地判平成30年3月20日では、配偶者であるRには原告と2人で生活できる十分な収入があり、仮放免中に原告が就労その他の報酬を受ける活動に従事する可能性は低いと主張していた。しかし、これに対して、「現時点でRに相応の収入があるとしても、将来にわたってそのような収入が見込めるかどうかは不明である」と判示し、原告が就労するおそれがないわけではないと捉えている。

ない事情が存する場合に、出頭の確保及び逃亡の防止の担保として一定の条件を付した上で、一時的に身柄の解放を認める制度である」と判示するのが一般的であること<sup>52)</sup>から、健康・病気という事情は、他の消極要素よりは主張が認められやすい。

しかし、裁判例では、収容所内部に設置された医療機関によっては治療できず、「外部の医療機関による診察が必要である」場合や、「症状が収容に耐え難い状況にあるといった事情」を求めるのが一般的である<sup>53)</sup>。収容施設には医師及び看護師が常駐し、必要に応じて被収容者の診療に当たっているため（被収容者処遇規則30条）、被収容者の待遇が改善されるほど収容が正当化されることになる。ただし、東京地判平成29年12月12日では「東日本センターに常勤の医師が配置されていないなどの事情」は仮放免を認める理由にならないと判示している。

今までの裁判例では、例えば、頭痛や痔<sup>54)</sup>、収容のストレスによる胃潰瘍<sup>55)</sup>、慢性湿疹<sup>56)</sup>、白内障<sup>57)</sup>、中耳炎<sup>58)</sup>などがあつたとしても、収容所内の診療施設や投薬によって治療できるため、外部の医療機関による診療が必要な状況ではなく、また、原告は収容に耐え難い状況にあるわけではないと判示している。

このような状況において、東京地判平成30年8月28日は、うつ病を理由に仮放免不許可処分を違法と判断した極めて珍しい事例である（[3. 3. 2]も参照）。この判決では、原告が約1年8ヶ月という長期にわたる収容によりうつ病にかかっていた点を重視し、原告は「病気のため収容に耐え難い状態」であつて「人道的配慮の観点から身柄の解放を相当とする」と判示し、所長による仮放免不許可処分を違法と判断した。この判決では、単にうつ病になった点を捉

---

52) 例えば、東京地判平成26年1月30日。

53) 東京地判平成26年6月26日。他には、東京地判令和1年10月24日など。

54) 東京地判平成30年2月20日。東京地判平成26年6月26日も同様の事案である。

55) 東京地判平成26年5月22日。他には、東京地判令和1年10月24日など。

56) 東京地判平成26年1月30日。

57) 東京地判令和1年7月11日。

58) 東京地判令和2年10月6日。

えて仮放免不許可処分を違法としたのではなく、収容によってうつ病が発症した点を重視している。病気の原因が収容である以上は収容からの解放を認めるしかない、という論理である。もしうつ病の原因が収容ではなかったら異なった判断が下されていた可能性もある。

裁判所が治療の必要性を認定する際に、どちらが提出する証拠を重視するのか、という問題がある。東京地判令和1年7月11日では、原告は「東日本センターで診察をする医師の指示の下、…外部病院を受診し、それぞれ専門の医師による診察を受けている」ことから、国側の主張を認めた。また、東京地判令和1年10月24日では、原告が治療の必要性を主張する際に提出した、医師による意見書は「医師が東日本センターで原告と面会し、原告を問診した結果によるものであり、原告について各種の検査等を実施した結果に基づくものではない」と判示している。

このような判示から、治療の必要性を主張する際であっても、収容施設の医師あるいは外部病院の診察の結果が重視されていると言えよう<sup>59)</sup>。なお、上記の東京地判平成30年8月28日も、東日本センターで定期的に診察にあたった医師が仮放免相当であると判断し、その旨を処遇担当職員に述べていたにもかかわらず所長が収容の継続を決定した事案である。

## (7) 収容の長期化・長期の身体拘束

(6)で触れた東京地判平成30年8月28日では、長期間収容された結果うつ病になったことを違法判断の理由としたが、裁判例では、長期間の身体拘束そのものは仮放免を認める根拠として用いられていない。

例えば、東京地判平成29年12月12日は、原告が1年3ヶ月以上収容されているが、「収容が、長期間に及んだとしても、その者が出国しない以上やむを得ない」と判示している。また、東京地判平成30年3月20日では、収容が長期（1

---

59) 収容施設内の診療記録を重視するものとして、東京地判平成26年1月30日、東京地判平成26年6月26日。

年5ヶ月)に及んでいるが、「その者が出国しない以上、そのことのみで違法となるものではない」と述べ、原告が60歳という高齢である事情も考慮しない。

東京地判平成21年3月25日では、仮放免不許可処分が違法ではない理由として、収容期間がまだ1ヶ月という短期であることを指摘している。しかし、上記の裁判例から考えると、そもそも収容期間の長短は仮放免処分を違法と判断するかどうかの考慮要素として位置づけられていないのではないか。この点につき東京地判令和2年10月6日では、在留活動禁止説の立場から、「単に、長期間、その身柄を収容しているということのみをもって直ちに、当該収容が違法となるわけでも、仮放免しないことが違法となるわけでもない」と判示している<sup>60)</sup>。

### 3. 4. 2. 裁判例の分析を通して見えること—在留活動禁止説による考慮要素の切り捨て

以上、近年の仮放免に関する裁判例を取り上げて、各考慮要素について分析した。在留活動を禁止するという目的の下、収容の必要性が当然のごとく指定され、被収容者が抱える個別具体的な考慮要素を取り上げる意識は低い。その結果、必ずしも収容の必要性が高くない場合であっても収容を認める帰結を生み出している。実際の運用の際に仮放免が認められる事例は前述のような場合に限られないが、現状では、裁判所が仮放免を認める際の有効な考慮要素は、健康・病気のみということになる<sup>61)</sup>。

その中で、比例原則を用いて所長等の裁量統制を認めた東京地判平成30年8月28日は注目に値する。比例原則は前述のように権力作用一般に用いられる原理であることからすると、他の事例でも同様の判断が行われることが期待される<sup>62)</sup>。

入管法54条2項は、所長等が「収容令書又は退去強制令書の発付を受けて収

60) 東京地判平成30年8月28日を解説した判例タイムズ1472号151頁匿名コメントも同様の理解を示している。

61) しかし、2014年、2017年は、症状を訴えた被収容者を入管職員が診察に連れて行かなかったために病状が悪化し、最終的に死亡した事故が起きている（指宿・前掲注(6)61頁、平野・前掲注(6)13頁）。

62) 同様の判断を行った事例として、東京地判令和1年7月11日。



容されている者の情状及び仮放免の請求の理由となる証拠並びにその者の性格、資産等を考慮して」仮放免を判断すると規定している。そして、仮放免は、在留活動の禁止という目的に基づいて退去強制対象者は全員収容されるという原則に対する「例外的措置として、自費出国又はその準備のため、身柄を解放することが円滑な送還に資する場合や、収容に耐えられない病気その他のやむを得ない事情のため、人道的配慮の観点から身柄の解放を相当とする場合に、出頭の確保及び逃亡の防止を担保として一定の条件を付した上で、一時的に身柄の解放を認める制度」<sup>63)</sup>と説明されることが一般的である。

上記の[3. 4. 1(1)-(7)]までの考慮要素は、所長等が考慮すべき「情状」等であるが、これらには、積極要素(〇〇という事情があるから収容を認めるべきである)と消極要素(〇〇という事情があるから収容を認めるべきではない)がある。積極要素として位置づけられる要素は(3)(4)(5)、消極要素として位置づけられる考慮要素は(1)(2)(6)(7)である。

一般論として、広範な行政裁量であっても、その規制権限の趣旨・目的に拘束される<sup>64)</sup>。したがって、「情状」等の考慮の際に法の趣旨・目的との関係を把握する必要がある。現行の裁判例において有効に機能している消極要素(6)健康・病気は、上記仮放免の趣旨の中で明示的に説明された、病気による人道的配慮に由来するものである。そして、消極要素(1)(2)(7)は、最終的に「人道的配慮」が必要であることを示すために所長等による考慮の際に取り上げられる情状である。これらは仮放免の趣旨の中に明言はされておらず、考慮要素としての位置付けは(6)健康・病気よりは弱いため、消極要素を主張する際に国際人権規範を添えることによって重みづけをすることも考えられる。例えば、(1)家族との共同生活は、児童の権利に関する条約に基づいて特に親子の生活が分離することによって生じ

63) 東京地判平成30年8月28日。他の裁判例でも同様の説明をしている。

64) 芝池義一『行政法読本』(有斐閣, 第4版, 2016)76-77頁, 高橋滋『行政法』(弘文堂, 第2版, 2018)93頁, 藤田宙靖『行政法総論(上)』(青林書院, 新版, 2020)111頁。

る不利益が主張されていた。しかし裁判例では重視されなかった<sup>65)66)</sup>。

積極要素について言えば、(3)在留状況の考慮・逃亡のおそれは、円滑な送還実現という目的に由来する考慮要素であり、この点を重視することについては異論はない。

そして、(4)再犯のおそれ・法秩序の維持、(5)行為の悪質性は、裁判所は、所長等の権限行使の際に取り上げられる情状の1つとして捉えている。もちろん、上記に指摘したように、(4)再犯のおそれや(5)行為の悪質性が(3)逃亡のおそれを導く論拠となることはありうる<sup>67)</sup>。しかし、(4)(5)を直ちに積極要素として考慮することは、収容目的との関係で問題があるように思われる。

(4)再犯のおそれ・法秩序の維持を積極要素と位置づけることは、収容には再犯防止・法秩序の維持という目的があることを裏から肯定するのではないか。確かに、(4)で取り上げた事例は、一般的には仮放免の対象として好ましくない。しかし、再犯の防止・法秩序の維持はそもそも収容目的には含まれていない

---

65) 東京地判平成29年12月12日も、B規約23条違反という原告の主張に対して「そもそも、外国人を自国内に受け入れるかどうか、これを受け入れる場合にいかなる条件を付すかは、国際慣習法上、当該国家が自由にこれを決することができる。B規約も、13条において外国人について法律に基づく退去強制手続を容認していることからすれば、上記国際慣習法上の原則を当然の前提とするものということができる。そうすると、B規約23条1項が、外国人の在留の権利を特に定めたものということとはできず、同項が…入国者収容所長等の裁量権を制約する根拠とはなり得ないというべきである」と判示し、国際人権規約に基づく主張を排斥している。収容以外の事例でも我が国の裁判所は、一般的に国際人権規約に基づく主張を認めない傾向にある（浅田正彦「人権分野における国内法制の国際化—法的形式主義とミニマリズムの克服に向けて」ジュリスト1232号82頁（2002））。

66) なお、本稿は難民認定申請の問題は取り扱わないため詳細は省略するが、東京地判平成30年2月20日では、難民認定申請者の仮放免について争われた事案であり、自由権規約委員会の一般的意見やUNHCRが策定した「庇護希望者の拘禁及び拘禁の代替措置に関して適用される判断基準及び実施基準についてのガイドライン」は、「我が国に対して直ちに法的拘束力を持つものではないが、庇護を求める難民認定申請者であるとの事情は、仮放免の許否に当たり考慮されるべき事情である」と判示している。

67) 例えば、東京地判平成30年6月14日など。

([2. 2. 2]参照)。また、これらを積極要素として考慮することは、刑事政策上の保安処分、特に、身体的なものである予防拘禁を認めることにならないか<sup>68)</sup>(ただし、保安処分・予防拘禁の定義が論者によって異なるため、このような批判には慎重な検討が必要である<sup>69)</sup>)、再犯防止・法秩序の維持という社会的合意を得やすい公益、安心という主観的・感覚的な法益の保護を目的として過剰な予防措置が取られてしまうのではないか<sup>70)</sup>。

(5)悪質な行為を行った者に対して仮放免をすることも、(4)と同様、一般的には好ましいとは受け止められない。しかし、前述のように(5)は過去に行った行為の悪質性そのものを収容の正当化根拠として用いている。この論理には、悪質な行為を行ったことに対する非難として収容するという刑事罰類似の発想が混入しているように伺える。これは果たして収容目的のうち、どこに位置づけられるのであろうか。刑事法に基づく身体拘束ならばともかく、入管法における収容の際に取り上げるべき要素なのだろうか。

(4)も(5)も収容目的との関係で捉えるならば、マクリーン判決が提示した「外

68) オーストラリア移民法上の収容に関する同様の指摘について紹介した論文として、藤本哲也「オーストラリアにおける予防拘禁制度」法学新報120巻3・4号101頁(2013)。

69) 保安処分の定義は学説上、明確に定まっているわけではない。例えば、岩井宣子は、保安処分を「特別予防の目的をもって設けられた刑罰以外の刑法上の法効果であり、刑事裁判所が言渡すもの」と厳密に定義する(岩井宣子『刑事政策』(尚学社、第7版、2018)258頁)。この定義に従えば、刑事裁判所が言い渡しているわけではないので保安処分に該当しない。

他方、恒光徹は、「犯罪行為から社会を保護するために行われる一切の国家的強制処分」と広義に捉える(守山正=安倍哲夫(編)『ビギナーズ刑事政策』(成文堂、第3版、2017)190頁〔恒光徹〕)。この定義に従えば、再犯の防止という観点からの収容は、保安処分に該当すると言えよう。ただし、犯罪以外の法秩序違反の予防を理由とした収容は、この定義には含まない。

70) 国家による予防措置によって制約される個人の基本的な人権という、広い視点から見たときの問題状況の指摘として、大石眞「安全」をめぐる憲法理論上の諸問題」公法研究69号26頁(2007)、西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト1356号75頁(2008)、松本和彦「公法解釈における諸原理・原則の対抗—憲法学から見た比例原則・予防原則・平等原則」公法研究81号71-73頁(2019)。松本は比例原則によって過剰な予防措置を統制することを主張している。

国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定などの国益の保持の見地<sup>71)</sup>という入管法の根本的な目的となるかもしれない。しかし、これは、収容の背後にある大きな目的であって、収容目的や仮放免制度の趣旨に直接結びつくものではない。また、上記判示は、法務大臣の権限に関するものあって、仮放免を判断する権限は所長等が有する点でも異なる。所長等は法務大臣とは異なり内閣の構成員ではなく、被収容者が置かれている状況には通暁しているが、「国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼譲など諸般の事情をしんじやくし、時宜に応じた的確な判断」をする能力及び政治責任もない<sup>72)</sup>。もしこの根本的な目的から(4)(5)の考慮を正当化するならば、所長等の権限や収容及び仮放免の仕組みについてもう一步踏み込んだ分析及び説明が必要である。

ただ単に原告の主張を認めないという結論を導くのであれば、収容する必要性は既に在留活動禁止説の下で所与のものとしてされているのだから、収容目的とは無関係な積極要素を取り上げる必要はなく、消極要素に関する判断だけで収容・仮放免の是非を判断することが可能である。(4)(5)に触れることは本来の収容目的とは異質な目的が混入する可能性を招来する不要な判示であると捉えられる。なお、繰り返しになるが、(4)(5)が(3)を導く要素になることは論理的にありうる。本稿が問題としているのは、(4)(5)そのものを仮放免を認めない積極的な理由とする論理構成である。

#### 4. 終わりに

以上、本稿では、退去強制令書の執行に伴う収容の法的性質及び仮放免に関する近年の裁判例を分析し、その問題点を明らかにした。以下では、3点指摘しておく。

---

71) 最大判昭和53年10月3日民集32巻7号1231頁。

72) 児玉ほか・前掲注(4)552頁。

第一に、収容及び仮放免に際し、裁判例の中には、マククリーン判決を引用し、「外国人の入国及び在留の許否については国家に自由な決定権がある旨の国際慣習法」の存在から「収容を含めた退去強制的制度をどのように決定するのかを各国家の判断に委ねている」と判示するものがある<sup>73)</sup>。

しかし、「収容の継続は、『在留』の許否や条件とは別の問題である。収容の継続は、身体の自由の制限という強制力の行使である。外国人を受け入れる場合にいかなる条件を付すかは当該国家が自由に決することができるからといって、身体の自由の制限という強制力の行使を当該国家において自由に行うことができることにはならない」というべきであろう<sup>74)</sup>。

第二に、2021年に提出され、廃案になった入管法改正案についても本稿の関心の範囲で簡単に触れておく。今回提出された法案は、法務大臣の私的懇談会である「出入国管理政策懇談会」の下に2019年9月に設置された「収容・送還に関する専門部会」が、2020年6月に提出した報告書「送還忌避・長期収容問題の解決に向けた提言」の内容を反映している。そして、提出された改正法案では、在留特別許可の申請手続の創設、収容に代わる監理措置の創設、難民認定手続中の送還規定に関する規定の見直し、本邦からの退去命令制度の創設などが取り扱われている。

改正案は、監理措置によって直接収容することがない例外は設定されたものの、前提にある在留活動禁止説それ自体は維持したままである。したがって、改正案は本稿が取り上げたような事例を減少させる効果は期待できるかもしれないが、本稿が指摘した問題構造の本質は変わらないと思われる。

第三に、本稿が示したように、裁判例が仮放免を認めるための「人道的配慮」の中核的考慮要素は、健康・病気となっている。その結果、現状において被収

---

73) 東京地判令和2年10月6日。同様の立場として、東京地判平成29年12月12日。この判決について、曾我部真裕は、「出入国管理システム優位説の観点から正当化するもの」と指摘している（曾我部真裕「外国人の基本権保障のあり方」法学教室483号79頁（2020））。

74) 泉徳治「マククリーン判決の間違い箇所」判例時報2434号143頁（2020）。

容者が仮放免を求めるために医療闘争（例えば、病気と偽る、自ら積極的に健康状態を悪化させるなど）を行う事態も報告されている<sup>75)</sup>。これに対して被收容者の行動を責める意見もありうるが、被收容者の行動を誘発している根本的な原因が現状の收容制度にあることから、柔軟な仮放免制度の構築・運用、收容施設外における監理措置制度などの活用が求められる。

この点について、改正案では、仮放免は「健康上、人道上その他これらに準ずる理由」がある場合に認められると規定し（改正案54条1項）、現状を明文化する方向性を打ち出している。あわせて改正案では医療制度の充実も規定されているが（改正案55条の37-46）、これは、医療制度を充実させることによって仮放免を認めにくくする効果も企図していると推測される。

本稿が指摘したように仮放免を認めない根拠として本人の悪質性や再犯の防止を考慮することは合理性が疑わしい。そうすると、例えば病気治療の必要性を訴えて仮放免を求めた者が犯罪を犯す可能性が高い場合であっても仮放免を認めざるを得ないが、このような者に対して野放図に仮放免を認めることは一般的には支持されないだろう。この点を考慮すると、現状の仕組みを前提とする場合には改正案のような発想に至ることについては理解ができないわけではない。そして、監理措置の運用状況次第であるが、現状の仕組みを維持する以上、改正案においても医療闘争が生じる事態は避けられないのではないかと予想される。

問題の本質は在留活動禁止説を前提とする收容及び仮放免制度にある。提出された法案は[3. 4. 2]に指摘した問題に対する対症療法的な改正であって、問題の本質もあわせた立法論的再検討も必要であろう。

※本稿は、科研費（研究課題／領域番号19K01292代表：坂東雄介）による成果の1つである。

---

75) 坂東雄介=小坂田裕子=安藤由香里「元東京出入国在留管理局長・福山宏氏に聞く 一入管行政の現場に関するインタビュー調査」商学討究72巻4号133-134頁(2022)。