

〔論 説〕

退去強制手続上における外国人の収容と人身の自由

上 村 香 織

序

- I 退去強制手続上の収容と刑事手続上の身体拘束との別異の取り扱いの是非
 - 1 退去強制手続の概要
 - 2 刑事手続との別異の取り扱いの正当化根拠
 - 3 刑事手続と対比した問題
 - (1) 被収容者の人身の自由が保障される根拠
 - (2) 退去強制手続への憲法 31 条の適用
- II 現行法上の問題点及び改善策の提言
 - 1 問題点 1：入管・難民法 39 条 1 項が収容の要件として身柄拘束の必要性を定めていない点
 - (1) 入管・難民法 39 条 1 項の明文上の規定
 - (2) 身柄拘束の必要性を解釈により導けるかー収容謙抑主義と全件収容主義ー
 - (3) 不必要な身柄拘束が行われている実態
 - (4) 改善策の提言
 - 2 問題点 2：事後的救済の不十分さ
 - (1) はじめに
 - (2) 事後的救済手段に乏しい日本の現状
 - (3) 改善策の提言①：不服申し立て制度の明文化
 - (4) 改善策の提言②：仮放免制度の充実化
 - (i) 裁量統制の必要性
 - (ii) イギリスの保釈制度の紹介
 - (iii) 行政手続法との関係
 - 3 問題点 3：法 52 条 5 項は退去強制令書執行のための収容を期間無制限としている点
 - (1) はじめに
 - (2) 入管・難民法 52 条 5 項の明文上の規定
 - (3) 収容の長期化の原因
 - (4) 改善策の提言①：期間の明文化
 - (5) 改善策②：司法審査の義務付け
 - 4 問題点 4：ケア体制の不十分性
 - (1) 収容中の心身のケア体制の不十分性の検討の必要性
 - (2) 日本における収容中のケア体制の現状
 - (3) 改善策の提言①規則 30 条 1 項の実効性確保
 - (4) 改善策の提言②仮放免の義務化

結び

序

本稿の問題意識*は、退去強制手続における収容が、実質的には刑事訴訟法上の身柄拘束と同様であるにも拘わらず、極めて緩やかな要件の下で行われていることにある。そこで、第1章においては、退去強制手続における収容を刑事訴訟法上の身柄拘束と別異に取り扱うことの正当化根拠及び、それに対する疑問を論じる。そして、第2章において、現行の出入国管理及び難民認定法（以下、「入管・難民法」とする。）の規定や構造について、問題点を明らかにし、その改善策の提言を行う。具体的には、①入管・難民法39条1項が収容要件として身柄拘束の必要性を定めていない点、②事後的な救済手段に乏しい点、③入管・難民法52条5項が退去強制令書に基づく収容を期間無制限としている点、及び④収容中の被収容者の心身へのケア体制が不十分である点について論じる。

I 退去強制手続上の収容と刑事手続上の身体拘束との別異の取り扱いの是非

1 退去強制手続の概要

議論の前提として、退去強制手続の構造について簡単に確認する。

退去強制手続は、退去強制事由（入管・難民法24条各号）に該当する容疑のある外国人への、入国警備官による違反調査（入管・難民法27条）から始まる。そして、違反調査の結果、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場合には、収容令書に基づいて、収容することができる（入管・難民法39条1項）。その後、入国警備官は、身柄拘束時から48時間以内に入国審査官に身柄を引渡し、入国審査官による違反審査（入管・難民法45条）が行われる。入国審査官が退去強制対象者に該当する認定を行い、容疑者が争う場合には、特別審理官による口頭審理（入管・難民法48条）、法務大臣による裁決（入管・難民法49条）という手続を踏むことになる。そして、退去強制することが決まった場合には、退去強制令書に基づく収容が可能となる（入管・難民法52条5項）。

すなわち、退去強制手続の中には、収容令書に基づく収容（入管・難民法39条1項）と、退去強制令書に基づく収容（入管・難民法52条5項）という、手続の段階

に応じた2種類の収容があることになる。そして、本稿では、この両収容の問題点について扱い、両者を合わせて退去強制手続における収容と呼ぶこととする。

2 刑事手続との別異の取り扱いの正当化根拠

退去強制手続における収容は、身柄拘束であり、刑事手続上の逮捕や勾留と同様に人身の自由に対する重大な制約を伴うものである。それにもかかわらず、刑事訴訟法上の逮捕や勾留が、厳格な手続のもとに行われることとは対照的に、退去強制手続上の収容は、極めて緩やかな要件のもと行われている。具体的には、明文上身柄拘束の必要性が求められていないこと（入管・難民法39条1項）、退去強制令書に基づく収容については、その期間が制限されていないこと（入管・難民法52条5項）などが挙げられる。

一般的に、この刑事手続との別異の取り扱いの正当化根拠として、刑事手続は、刑罰権の行使という強大な国家権力を規制する必要があるのに対して、退去強制手続上の収容は、その権力行使によって実現されるのは、退去強制事由に該当する者を送還するだけであることが挙げられる。すなわち、退去強制手続上の収容は、刑事手続ではなく、あくまで行政処分の一環であることが、正当化根拠とされているのである。このような立場は、入管・難民法が、身柄拘束を実行するために裁判官の発する令状を要しないとしている点、身柄拘束の必要性を規定していない点、弁護人依頼権を規定していない点で、憲法31条、33条、34条違反であると争われた事件において、東京高裁が、収容は「あくまでも一つの行政処分に過ぎないのであるから、刑事手続におけるほど厳格な憲法上の制約に服せしめることを必要とするものではないことに鑑みると、収容令書の発付者が要急収容を行った者と同一官署に属したとしても、それぞれ別個の職務権限を担当するものである限り、憲法33条はもちろん、同法31条にも違反するものとはいえない。¹⁾」と判断していることから窺うことができる。

*本稿は、早稲田大学大学院法務研究科での「臨床法学教育(外国人)」(2014年秋学期)、及び「外国人と法」(2015年春学期)の科目履修を契機とした研究関心を、リサーチ・ペーパーとして執筆したものである。指導いただいた宮川成雄教授及び渡邊彰悟客員教授・弁護士へ感謝申し上げます。

¹⁾ 東京高判昭和47年4月15日判時675号100頁。

3 刑事手続と対比した問題

上述の通り、退去強制手続上の収容は、単なる行政処分の一環であることのみを理由に、極めて緩やかな要件の下で外国人の身柄拘束を認めている。しかし、人身の自由の権利としての重要性及び収容によって人身の自由が制約される程度に照らせば、上記理由は、正当化根拠としてあまりにも不十分である。そして、以下の通り、非正規滞在者であれ、人身の自由は保障され、かつ、退去強制手続上の収容が人身の自由に対する制約である以上は、たとえ行政処分であれ、退去強制手続上の収容も、刑事手続と同様に厳格な要件の下、行われるべきである。

(1) 被収容者の人身の自由が保障される根拠

まず、前提として、退去強制手続上の被収容者、すなわち、非正規滞在者であっても人身の自由は、国際人権法上、及び日本国憲法上保障されることを確認する。国際人権法上は、市民的及び政治的権利に関する国際規約（国際人権（自由権）規約）7条（拷問、非人道的取扱等の禁止）、9条（人身の自由、恣意的拘禁の禁止）、及び10条1項（人道的処遇）が、その法的根拠となる²⁾。国際自由権規約第2条1項は、これらの権利保障は、締結国の管轄内にある「すべての個人」に及ぶと規定している。また、日本国憲法上は、31条（適正手続の保障）、34条（抑留・拘禁に対する保障）、37条3項（弁護人依頼権）等が、法的根拠となるとされる³⁾。たしかに、日本国憲法上の法的根拠については、外国人の人権享有主体性につき議論がある。しかし、最高裁は、1950年の退去強制令書記載不備事件の判決において、「人たることにより当然享有する人権は、不法入国者と雖もこれを有する。」⁴⁾と述べている。すなわち、最高裁は、外国人の人権保障に関する学説上の文言説、権利性質説、さらに在留形態説等の発展を待つまでもなく、日本国憲法の施行の早い段階から、人権の自然権たる普遍的性質から外国人に人権を保障する立場を明確に示している⁵⁾。つまり、「不法入国者」であってもその保障の対象となることを明示している。したがって、非正規滞在者であっても、人権享有主体性は認められ、上記憲法31条、34条、及び37条3項の保障の対象となる。

²⁾ 関聡介「入管手続における人身の自由と収容」宮川成雄編『外国人法とローヤリング』（学陽書房、2005年）112頁。

³⁾ 同上。

⁴⁾ 最判昭和25年12月28日民集4巻12号683頁。

⁵⁾ 宮川成雄「子どもの権利条約と非正規在留の外国人の子ども」ジュリスコンサルタス21号（2012年）189頁。

以上から、非正規滞在者であれ、国際人権法上、日本憲法上の人身の自由は認められるといえる。

(2) 退去強制手続への憲法 31 条の適用

もともと、日本において、憲法 31 条の適正手続の保障が、行政手続にも適用されるかは議論のあるところである。しかし、成田新法事件において、最高裁は、「憲法 31 条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。」⁶⁾とし、行政手続にどのような内容の手続的保障を与えるかは、「行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきもの」⁷⁾としており、憲法 31 条の適正手続の保障を退去強制手続に適用することは最高裁判例に沿うものといえる⁸⁾。この最高裁の提示した考慮要素に、退去強制手続上の収容をあてはめると、まず、収容により制限を受けるのは人身の自由であり、当該権利は、その保障がなければ自由権そのものが存在しえない点⁹⁾で、極めて重要な権利である。また、収容令書に基づく場合は、最長で 60 日間、退去強制令書に基づく場合であれば、無期限での収容が認められており、その制限の程度は甚だしく、刑事訴訟法上の身柄拘束と変わらないどころか、それ以上である。一方、非正規滞在者を収容することにより達成される公益は、退去強制手続の実効性の確保であり、重要な公益ではある。しかし、犯罪の嫌疑のある被疑者について身柄拘束がなされなかった場合に生じる新たな犯罪が発生するリスクと比較すれば、非正規滞在者を収容しなかったことによって生じうる害は、その深刻さの程度としては低く、収容の緊急性も高いとまではいえない。

したがって、上記成田新法事件の最高裁の示した基準に照らしてみても、当然憲法 31 条の保障は、退去強制手続上の収容の手続きにも及ぶと考えることができる。

よって、「退去強制手続は、行政処分に過ぎない。」という理由によって、退去

⁶⁾ 最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。

⁷⁾ 同上。

⁸⁾ 宮川・前掲注5) 194頁。

⁹⁾ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店、第6版、2015年）245頁。

強制手続における収容を刑事手続と別異に取り扱うことを正当化することはできず、むしろ、退去強制手続における収容にも憲法 31 条の保障が及ぶのであるから、刑事手続と同程度の厳格な要件のもと、退去強制手続における収容も行われなければならない。

次章において、現行法上の問題を具体的に検討し、各問題点につき改善策の提言をしたい。

Ⅱ 現行法上の問題点及び改善策の提言

1 問題点 1：入管・難民法 39 条 1 項が収容の要件として身柄拘束の必要性を定めていない点

(1) 入管・難民法 39 条 1 項の明文上の規定

入管・難民法 39 条 1 項は、「入国警備官は、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。」と規定しており、明文上、収容の要件として身柄拘束の必要性を定めていない。これは、刑事訴訟法上、逮捕の場合には消極的要件として（刑事訴訟法 199 条 2 項但書、刑事訴訟法規則 143 条の 3）、勾留の場合には積極的要件として（刑事訴訟法 207 条 1 項、87 条 1 項）逮捕及び勾留の必要性を明文上要件として定めていることとは対照的である。

また、ヨーロッパ諸国の各法律と比較しても、外国人の収容について身柄拘束の必要性を明文で規定している例は多く、これとも対照的である。例えば、鬼束忠則弁護士が紹介するスウェーデンの制度では、外国人法 6 章以下が 18 歳以上の外国人につき次の 3 つの場合に収容を認めているが、いずれも収容の必要性の有無の検討を要求していることは明らかである。

①身元が不明であるもの。ただし、48 時間を超えて収容することはできないとされており、48 時間以内での身元特定の必要性に限って収容が認められているといえる。

②在留する権利があるかどうかについて調査をする「必要」がある者。ただし、この場合も 48 時間を超える収容はできない。しかし、必要があるときは、さらに 2 週間を限度に収容を更新することができる。

③入国拒否あるいは国外退去が見込まれる者、または、有効な入国拒否命令あるいは退去強制命令の執行のために収容が「必要な」者。ただし、その者が逃走しまたは犯罪行為に関与すると認められる理由があるときにかぎる¹⁰⁾。

また、大橋毅弁護士が紹介するオーストリアの制度でも、外国人法 61 条 1 前段において、退去強制を待つ間の身柄拘束は、オーストリアからの退去または追放の手続確保のための措置として「必要な」場合に限り許されるとされている¹¹⁾。

(2) 身柄拘束の必要性を解釈により導けるか

—収容謙抑主義と全件収容主義—

明文での身柄拘束の必要性が定められていない場合であっても、条文の解釈によって、要件として導くことができれば、特に問題はない。そこで、入管・難民法 39 条 1 項の解釈による、身柄拘束の必要性を導くことの可否につき、ここでは検討する。

入管・難民法 39 条 1 項から、明文化されていない「身柄拘束の必要性」の要件を、解釈によって導き出す収容謙抑主義を主張する立場がある。収容謙抑主義の根拠は、①入管・難民法の前身である不法入国者等退去強制手続令が、5 条 1 項、7 条 1 項において、収容には「収容の必要性」が必要であるとしていたこと¹²⁾、②その後、出入国管理令が制定され、同令の 39 条は、現行法の 39 条と同様に必要性の要件を明文化していないが、当時の法制意見長官佐藤達夫氏が政府委員として「十分な審査をするために必要な期間というものは当然予想されるわけであり、而してその疑われた人によっては、その間どうしても放任して置けない人もある。従ってそういう人たちにつきましては、収容することができると書いてあるのでありまして、すべてを収容するわけでないことは明瞭であります。」と発言し、起草者の意思としては収容謙抑主義を採っていることを明言していることが根拠となる¹³⁾。さらに、③必要性のない身柄拘束は、自由権規約 9 条 1 項に反することを挙げることができる¹⁴⁾。

¹⁰⁾ 鬼束忠則「スウェーデンの入管制度」入管問題調査会編『入管収容施設—スウェーデン、オーストラリア、連合王国、そして日本』（現代人文社、2001年）42頁。

¹¹⁾ 大橋毅「オーストリア外国人法と日本の入管法—身柄拘束制度を中心とする比較」入管問題調査会編『入管収容施設—スウェーデン、オーストラリア、連合王国、そして日本』（現代人文社、2001年）74頁。

¹²⁾ 大橋毅=児玉晃一「全件収容主義は誤りである」移民政策研究創刊号（2009年）87頁。

¹³⁾ 大橋=児玉・前掲注12）92頁。

¹⁴⁾ 同上、101頁。

また、収容謙抑主義を採ったとされる下級審裁判例も見られる。たとえば、東京地決昭和44年9月20日は、「出入国管理令39条が、入国警備官が退去強制事由該当容疑者を収容するには、…所属官署の主任審査官の発付する収容令書によらなければならない旨規定しているのは、…収容すべきがどうかを主任審査官の判断に委ねることによつて、容疑者の人身の自由を保障せんとする趣旨に出たものというべきである。したがつて、主任審査官は、収容令書の発付にあつては、単に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かどうかを判断するばかりでなく、さらに収容の必要の有無についても判断をなすべきであり、収容を必要とする合理的理由の認められない場合又はその理由が消滅するに至つたと認められる場合においては、当該収容又は収容の継続は、それが収容令書によつてなされているとはいえ、違法たるを免かれないものと解するのが相当である。」¹⁵⁾と判示している。

これらに照らせば、現行法は身柄拘束の必要性を明文上規定していないが、現行法の立法史、過去の行政慣行、裁判例などから、正当な法律解釈として当該要件を導き出すことができる。このような解釈が可能であるから、現行法の改正は必要ないと考えることができるかもしれないが、入国管理局自体は、収容謙抑主義と対峙する概念である全件収容主義、すなわち入国管理局や警察による摘発により入国管理局に身柄が移された外国人は、仮放免許可を得ない限り収容するという立場を現在は取っているとされている。これは、以下で述べるとおおり、不必要な身柄拘束が慣行的に行われていることから明らかである。下級審裁判例の中に収容謙抑主義を採っているものがあるとしても、それが行政実務に影響を与えて実務を改善しているものとはいえない。退去強制手続における不必要な身柄拘束を防止するためには収容謙抑主義の立場から、上記のような根拠を以て身柄拘束の必要性を解釈として主張するだけでなく、これを法文上明確に立法化することが必要である。

(3) 不必要な身柄拘束が行われている実態

上述の通り、入国管理局は、全件収容主義に立っているとされている。そこで、全件収容主義に立った結果、実際に不必要な身柄拘束が当然のように行われている実態があることについて、ここで明らかにしたい。

¹⁵⁾ 東京地決昭和44年9月20日行政事件裁判例集20巻8-9合併号1002頁。

不必要な身柄拘束とは、逃亡のおそれのない者、すぐに帰国させる見通しの立たない者、収容に適さない者の収容である。例えば、高橋徹弁護士の調査によると、2000年当時、20歳未満の未成年者が上半期だけでも164人収容されている（そのうち、1日以上10日未満が110人、10日以上50日未満が44人、50日以上100日未満が8人、100日以上150日未満が2人となっている）¹⁶⁾。また、2008年に、入国管理局は日弁連人権擁護委員会の調査に対して、「現在では、幼児・児童及びその子らを監護養育するものについては、基本的に収容を行わない取り扱いとし、更なる人権への配慮をしている」との回答をしていたにもかかわらず、関東弁護士会連合会管内の会員に対する直近3年の範囲でのアンケートでは、未成年の子がいる者の収容が16件、妊娠中の女性が2件、重傷病者が4件報告されている¹⁷⁾。このように、身柄拘束の必要性が要件として課されていないことゆえに、本来であれば身柄拘束する必要のない者、さらに言えば、子どもや妊娠中の女性等、収容すべきでない者の収容を可能にしている。

(4) 改善策の提言

上述の通り、入管・難民法39条1項は、明文として身柄拘束の必要性を要件としていない。そして、その結果として、不必要な収容が当然のように行われているのが現実である。

そこで、これらの不必要な収容を防ぐため、入管・難民法39条1項を改正し、身柄拘束の必要性を明文で定めることを改善策として提言したい。提言としては、極めてシンプルであるが、上述の通り、収容謙抑主義という立場があり、下級審裁判例の中には、同主義に立った判決が出されているにもかかわらず、不必要な収容を防ぐことができていない現状があることに照らせば、入管・難民法39条1項における収容につき身柄拘束の必要性を要件として明文化する以外に改善策はないと考える。

¹⁶⁾ 高橋徹「密室の人権侵害—日本の収容施設」入管問題調査会編『入管収容施設—スウェーデン、オーストリア、連合王国、そして日本』（現代人文社、2001年）、前掲注10）15頁。

¹⁷⁾ 関東弁護士会連合会編『外国人の人権—外国人の直面する困難の解決をめざして』（明石書店、2012年）14-15頁。

2 問題点2：事後的救済の不十分さ

(1)はじめに

退去強制手続上の収容は、後述の通り、行政不服審査法の適用が法律上除外されており、また行政訴訟による救済は実効性に乏しく、仮放免許可申請制度も入国管理局の裁量判断に委ねられているなど、事後的な救済が困難な状況にある。これは、刑事訴訟法上、少なくとも勾留に対しては準抗告、抗告が認められている（429条1項2号、420条2項）ことと比較すれば、同様の身柄拘束がなされているにも拘らず均衡を失っていることは明らかである。そこで、オーストリアやイギリスの例に倣い、入管・難民法上における収容に対する不服申立制度の明文化や、仮放免制度の拡充につき提言したい。

なお、事後的救済手段の不十分性は、収容令書に基づく収容及び退去強制令書に基づく収容と共に問題となる。しかし、退去強制令書に基づく収容は次節で議論する通り、身体拘束に期間制限がなく、身体的自由に対する制約が強くなりうる。そこで、本節では、退去強制令書に基づく収容における事後的救済手段に重きを置いて議論することとする。

(2) 事後的救済手段に乏しい日本の現状

まず、入管・難民法上、入国審査官による退去強制事由についての認定に対して、特別審理官による口頭審理や、法務大臣への異議申し立ての制度がある。それゆえに、行政不服審査法に基づく不服申し立てについては、同法7条1項10号において外国人の出入国に関する処分を適用除外としている。また、この適用除外の趣旨は、外国人の出入国又は帰化に関する処分は、国家の主権に強く関わる事項であり、元来国家が自由に決することができるものであることから、国民の権利利益の救済を目的とする行政不服審査法の対象外であると考えられることにある¹⁸⁾。行政不服審査法の適用除外の是非は議論の余地があると思われるが、少なくとも、今日において、行政不服審査法に基づく不服申し立てはできない。

そこで、次の手段として考えられるのが、行政訴訟による救済であり、退去強制令書発付処分に対する取消訴訟の提起、及びこれに伴う行政処分の執行停止の申し立てである。しかし、これも実効性が確保されているとはいえないのが現状である。退去強制令書の発付処分に対する取消訴訟、及びこれに伴う執行停止

¹⁸⁾ IAM=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) 62頁。

の申し立ての場合、送還部分についての執行停止は認容されることが多いものの、収容部分の執行停止が認められることは数少ない¹⁹⁾。その原因は、執行停止の要件の解釈が厳格であることにある。すなわち、行政事件訴訟法 25 条 2 項は、「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」という要件の充足を求めており、この「重大な損害」を通常生ずる損害説（「重大な損害」の有無を判断する際に当該行政処分によって通常生ずる損害は考慮すべきではないとする考え）によって解釈するゆえに²⁰⁾、身体拘束を受けていることだけをもって、当該要件を充足することはできないとされているからである。したがって、取消訴訟に伴う執行停止の申し立ても、被収容者を収容から解放するという点では、「重大な損害」要件の厳格な解釈のゆえ実効性に乏しい。

この他に、実務上使われているのが、仮放免許可申請である（入管・難民法 54 条）。しかし、入管・難民法 54 条 2 項は、「収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、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させ、かつ、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必要と認める条件を付して、その者を仮放免することができる。」と規定するにとどめ、具体的な許可要件は明確化されていない。また、東京地裁平成 21 年 3 月 25 日判決、東京地裁平成 21 年 5 月 22 日判決は仮放免の許否における主任審査官等の裁量は広範であると判示している²¹⁾。したがって、仮放免の許可は入国管理局の裁量の範囲内で与えられるものにすぎず、被収容者を違法な身柄拘束から守る有効な防御の手段とはいえない。

(3) 改善策の提言①：不服申し立て制度の明文化

上述の通り、入管・難民法 39 条 1 項が「収容の必要性」を要件として挙げていないために、不必要な収容がなされている。それに加えて、本節で述べた通り、今日の日本の場合、一度収容されるとその判断について争う機会が被収容者に閉ざされている。収容開始の審査が不十分である以上、収容そのものについて事後的な救済の道を設けることが何よりも急務である。

¹⁹⁾ 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—』（新日本法規出版、2010年）527頁。

²⁰⁾ 同上。

²¹⁾ 同上、510頁。

そこでまず、解決策として挙げられるのが、入管・難民法を改正することにより收容そのものについて不服申立制度を明文化することである。例えば、大橋毅弁護士が紹介するオーストリアの制度の場合、外国人法 61 条 4 項は「強制送還前の拘留（ママ）命令の賦課（ママ）については、72 条に基づく苦情申し立てにより不服を申し立てることができる。」と規定しており、退去強制に先立つ身柄拘束令状の発付、逮捕、及び身体拘束について、独立行政審査委員会に対して異議を申し立てることができることされている²²⁾。そして、独立行政審査委員会は、異議に理由がある場合、当該外国人を釈放させる権限を有する（外国人法 70 条）ため、事後的な救済の実効性が確保されているとされる²³⁾。

このオーストリアの例からは、特に、独立行政審査委員会という第三者が、收容の合理性について客観的に判断することができる点、また、釈放する権限も有する点を参考とすべきである。すなわち、不服申立制度を明文化する際には、まず、その不服申立ての審査機関は入国管理局から独立した第三者機関であることが必要である。また、当該第三者機関自体に、收容の合理性を判断する権限のみならず、合理性がないと判断した場合に釈放する権限までも付与することが必要である。

(4) 改善策の提言②：仮放免制度の充実化

(i) 裁量統制の必要性

仮放免の申請も、被收容者の救済手段の一つではある。もっとも、上述の通り現状においては、仮放免の判断は主任審査官等の広範な裁量に委ねられており、救済手段としての実効性に乏しい。

そこで、まず、主任審査官の裁量を制限することにより、仮放免制度を被收容者の救済手段としての実効性あるものとする必要がある。すなわち、收容を継続しなければ、逃亡を防止することができず、退去強制手続を円滑に遂行することができないかどうかという点を、仮放免の許否判断において考慮すべきである。收容継続の必要がないのに、仮放免不許可処分をすることは、目的と手段の一致に欠ける裁量の逸脱濫用であり、違法となると考えるべきである²⁴⁾。これは、1952 年の第 13 回国会参議院外務・常務委員会連合審査会における、仮放

²²⁾ 大橋・前掲注11) 76-77頁。

²³⁾ 同上。

²⁴⁾ 大橋=児玉・前掲注12) 379頁。

免手続の対応を念頭に置いたとされる、佐藤達夫法制意見長官の政府委員としての国会答弁、具体的には「もとより自由に、その疑われた個人を置いておくことは…むしろそれが原則でございますが、どうしてもやはり或る種の拘束を加えて置かないと危険であるという場合に限ってこの収容の条文が働くわけでございますから、そのようなことを彼此勘案して考えますという、人権を保障しつつ、而も我が国としてはやむを得ざるこの退去の措置というものをやつて行こう、そういうあらゆる観点から総合して適当な妥当なところを個々で規定しておるというふうに言い得る。」との発言にも現れている²⁵⁾。

したがって、仮放免申請に対して不許可処分がなされ、後に訴訟で争われた際には、当該不許可処分となった事案において、収容継続の必要性が真に認められるかについて、司法審査を及ぼすべきである。

(ii) イギリスの保釈制度の紹介

仮放免許可処分について裁量統制を及ぼす以外にも、現行の仮放免制度そのものを改善して、被収容者にとって実効性ある救済手段とする必要がある。そこで、日本の仮放免制度に類似する、イギリスの難民移民審判所による保釈制度（bail from the Asylum and Immigration Chambers）について、日本の弁護士を中心とする研究会の報告書²⁶⁾に依拠しながら紹介し、日本との対比を示した上で、日本の仮放免制度の改善の可能性につき、議論することとする。

難民移民審判所による保釈制度は、難民移民審判所の審判所審判官によって認められる保釈であり、英国入国後7日以上を経過した者が申請できる（1971年移民法付則2第22条）。これは、イギリスにおいて、入国管理局に収容されている者の解放手段として、最も有用なものとされている²⁷⁾。収容からの一時的な解放という点で、日本の仮放免制度と類似するが、日本の制度とは以下の点で決定的に異なる。

まず、その主体は、入国管理局からは独立した難民移民審判所である。審判所における審判所審判官は、第一層審判所については内閣構成員である大法官（Lord Chancellor）が、第二層審判所については大法官の推薦により女王が、それ

²⁵⁾ 同上。

²⁶⁾ 「英国視察報告書」「イングランドの入管収容管理施設及び制度の現状と課題」研究会 <https://www.jlf.or.jp/work/pdf/201312_eikokushisatsu_houkoku.pdf>（2016年12月29日最終アクセス）。

²⁷⁾ 日弁連法務研究財団ウェブサイト・前掲注26）14頁。

ぞれ任命するものとしており（附則2第1(1)、同3第1(1)）、内閣構成員から任命を受けた者が審判者である点では独立性が必ずしも確保されているとは言い切れない。しかし、難民移民審判所そのものは司法行政を担当する司法省（Department of Justice）に属するため、入国管理局とは異なる機関という意味において独立性が担保されていると見ることができる²⁸⁾。

そして、「移民・難民のヒアリングに従事する審判官のためのヒアリング・ガイドランス」には、手続が規定されているのみならず、保釈決定の判断基準までが定められている。具体的には、「収容する十分な理由がなく、他に取り得る適切な管理の方法があるのであれば、保釈は許可されるべきである。」として、保釈決定の基準を、①当該人物が収容された理由、②その日までの収容期間及び将来継続が予想される期間、③当該人物について関連するあらゆる状況を含む他に取り得る手段でその人にとって適当か不適当か、④当該人物やその家族に対して収容が与える影響、⑤保釈条件に違反する蓋然性として、要件を明確に挙げており²⁹⁾、これは、インターネット上でも公開されている。そして、申請を受け付けてから、審判所は原則として3執務日以内にヒアリングの期日を定め³⁰⁾、ヒアリング自体は、難民移民審判所の公開の審判廷で実施し、必要な資料さえ揃っていれば、決定は即日行われる³¹⁾。

イギリスにおける保釈制度は、日本における仮放免許可制度に類似しているが、その判断者が日本は入国管理局の入国者収容所長又は主任審査官である一方、イギリスの場合は行政審判所ではあるが法執行機関からの一定の独立性が保たれている。身柄解放までの期間も日本では申請から早くても1ヶ月かかるところ、イギリスでは3日から6日で結論が出される点で、対応が迅速であるといえる。また、上述のように、保釈の基準が明確に公開されている点も、基準を非公開とする日本に比べ、被収容者の不服申し立ての便宜を図っているといえる³²⁾。

²⁸⁾ 友岡史仁「イギリスにおける行政救済法等に関する調査研究」総務省ウェブサイト
<http://www.soumu.go.jp/main_content/000284901.pdf>（2016年12月29日最終アクセス）4頁。

²⁹⁾ 同上、15頁。

³⁰⁾ 同上、14頁。

³¹⁾ 同上、17頁。

³²⁾ 同上。

(iii) 行政手続法との関係

以上の通り、イギリスの保釈制度は、日本の仮放免制度と類似してはいるが、より被収容者の手続保障を尊重した制度となっている。したがって、日本の仮放免制度もこれに倣った制度改正を行うこと、具体的には①仮放免許可の判断機関を法執行機関から独立性を持った審判機関とすること、②申請から仮放免決定までの期間を明確にし、かつ短縮すること、③仮放免許可の判断基準を明確にし、かつ公開することを提言したい。もっとも、上記イギリスの保釈制度における、保釈基準が明確で公開されている点や、申請から決定に至る時間が明確にされている点は、我が国の行政手続法5条1項（審査基準の定立義務）、6条（標準処理期間の定立努力義務）に定めのある事項である。そして、同法の適用除外を定める3条1項10号は外国人出入国に関する処分をその対象としている。

そこで、仮放免制度について法改正をする上で、行政手続法3条1項10号が障害とならないかを含め、行政手続法との関係につき、最後に言及しておきたい。

まず、行政手続法3条1項10号の存在により、入管・難民法において、審査基準の定立や標準処理期間の定立を義務付ける規定を設けることが禁止されるものではない。なぜなら、行政手続法3条等の適用除外を定める規定は、当該処分について、行政手続法を適用しないことを定めるだけであり、除外された者に手続的保護を与える必要はないとの趣旨ではないからである³³⁾。仮放免について審査基準を定立し、標準処理期間を設定することは、既述の日本国憲法31条の適正手続条項を行政手続にも適用することを判示した最高裁の成田新法判決の趣旨にも合致する、したがって、行政手続法3条1項10号の適用除外条項により、イギリスの保釈制度に範をとる法改正を行うことが妨げられることはない。

むしろ、行政手続法3条1項は、同法が一般法であることを前提として（同法2条2項）、行政処分、行政指導の内容、性質及び態様は、各行政分野において多種多様であることに照らし、一般法たる同法を一律に適用することが適切でないとの考えに基づいて制定されている³⁴⁾。そうであれば、行政手続法は、各行政分野の特殊性に合わせて、各行政分野について制定される特別法の中で、被処分者

³³⁾ 南博方=高橋滋編 『注釈行政手続法』（第一法規出版、2000年）96頁。

³⁴⁾ 同上。

に対する手続保障を実現すべきことを想定していると考えられる。そして、それは、外国人にも手続保障は及ぶことから、被処分者が外国人である入管・難民法の分野においても、なんら変わるところではない。したがって、イギリスの保釈制度における、保釈基準の明確性、処理期間の明確性等が、入管・難民法において規定されていないことは、むしろ、行政手続法の趣旨に反するものであり、現行の入管・難民法は、その点でも不備があるものといえる。

よって、行政手続法との関係においても、イギリスの保釈制度を好例として、入管・難民法の改正は必要であると考えられる。

3 問題点3：法52条5項は退去強制令書執行のための収容を期間無制限としている点

(1)はじめに

これまで述べてきたとおり、入管・難民法上の収容手続は、退去強制事由に該当する容疑が強まった段階で発付される収容令書に基づく収容（入管・難民法39条1項）と、退去強制が決定された時点で発付される退去強制令書に基づく収容（入管・難民法52条5項）に分けられる。このうち、退去強制令書に基づく収容については、収容の期限は設けられていない。その結果として、長期にわたる身柄拘束を可能としている現状があり、これは被収容者の人身の自由に対する強度な制約となる。そこで、諸外国の例を参照しながら、法改正及び長期収容となる場合の司法審査の必要性について議論したい。

(2)入管・難民法52条5項の明文上の規定

入管・難民法52条5項は、「入国警備官は、第三項本文の場合において、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、その者を入国者収容所、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に収容することができる。」と規定する。すなわち、退去強制令書に基づいて収容された場合、その収容期間は定められておらず、期間無制限の収容が可能となっている。

(3)収容の長期化の原因

収容が長期化する原因の一つとして、実務上、自費出国の原則に基づいて、強制退去の執行がなされていることが挙げられる。

入管・難民法52条4項前段は、「前項の場合において、退去強制令書の発付

を受けた者が、自らの負担により、自ら本邦を退去しようとするときは、入国者収容所長又は主任審査官は、その者の申請に基づき、これを許可することができる。」と規定しており、原則として、日本政府が費用を負担し、例外的に、自費での出国も認められるというように読める。しかし、国費での送還が国民の税金によってまかなわれていること等を理由として³⁵⁾、自費出国を原則としていることが、今日の実務であるといわれている。入国管理局が、文字通り、「強制」的に、「送還」ということは多くはなく、退去強制令書の発付を受けた者が旅費相当額を持っていない場合には、知人から借金させたり、本国の家族から送金をさせる等して、自費出国させるよう努力しているのが現状である³⁶⁾。

自費出国（入管・難民法52条4項）は、被収容者の申請を踏まえた送還先の指定ができる（法52条4項後段）など、被収容者にとってメリットのある側面もある。しかし、これを原則とすることは、旅費の経済的負担から収容の長期化を招く一因となりうるといえる。

(4) 改善策の提言①：期間の明文化

上述のような収容の長期化は、被収容者の人身の自由に対する制約が極めて大きい。そして、2014年に出された規約人権委員会の日本政府に対する最終報告書の中でも、収容の長期化については懸念が示されており、対策を講じることが勧告されている³⁷⁾。

そこでまず、解決策の一つとして、退去強制令書に基づく収容についても、法律上、最長収容期間を明示すべきことを提言する。たしかに、今日においても、帰国用航空券や帰国費用の工面ができず送還が困難となっている者や、人道的配慮から早期送還が必要不可欠と思料される者、わが国での収容が政治問題化する可能性がある判断された者については、国費で直ちに送還されており、長期収容が必ずしもなされるわけではない³⁸⁾。しかし、これらの判断は、あくまで入国管理局独自の判断に委ねられることから、結局のところ、被収容者は不安定な地位に立たされ、いつまで収容が続くのかわからない不安な生活を強いられることとなる。したがって、最長期間を明示することにより、入国管理局の裁量

³⁵⁾ 山脇・前掲注19) 466頁。

³⁶⁾ 大橋=児玉・前掲注12) 362頁。

³⁷⁾ 「日本の第6回定期報告に関する最終見解」外務省ウェブサイト

<<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000054774.pdf>>（2016年12月29日最終アクセス）9頁。

³⁸⁾ 山脇・前掲注19) 466頁。

判断に制約を課すべきであると考える。

実際に、関東弁護士連合会の紹介するヨーロッパ諸国の制度において、多数の国が退去強制のための収容について、最長期間を設けている。フランスの場合、2011年の法改正により、最長収容期間が延長されているが、それでも45日に制限されている。そして、被収容者は原則として45日以内に送還されるが、送還ができなかった場合には収容施設からは釈放され、指定された住居で生活することとされている³⁹⁾。ベルギーの場合は、原則収容期間は2ヶ月、送還できない場合は2ヶ月、更に1ヶ月の延長が可能であることから、最長で5ヶ月に制限されている⁴⁰⁾。スウェーデンは、特別の事情による延長は可能であるが、退去強制令がでていない場合には原則収容期間は2ヶ月である⁴¹⁾。オーストリアでは、オーストリア法に強制送還前の収容期間をできるだけ短くする努力義務が課されており、基礎となる事実関係が同一である場合には、6ヶ月以上の身体拘束はできないとされている⁴²⁾。

これらの例に倣えば、収容期間は最長でも6ヶ月を期限とするのが妥当であると考えられる。なぜなら、6ヶ月という期間があれば、自費出国の原則をとっていても、当該外国人の帰国費用の工面の可否判断は十分可能であると考えられるからである。そして、自費出国が困難であるために、収容が6ヶ月を超える場合には、国費送還を義務付けるべきである。また、費用ではなく、送還先の指定が困難である場合等には、フランスの例のように、釈放の義務付け、指定された住居での生活を可能にすることも必要であると考えられる。

(5) 改善策②：司法審査の義務付け

上記改善策①に従って、明文によって、退去強制令書に基づく収容の期間に制限を加えることは、入国管理局の裁量判断による長期収容に対して歯止めをかけることができる点で有用である。もっとも、明文による期間の限定がなされたとしても、送還先の決定が困難なケースや送還がそもそも不可能であるケースなど、期間内に送還することが物理的に不可能な場合も決して少なくない。一方、一律に期限の到来によって放免とすることは、原則として全件収容主義を採

³⁹⁾ 関東弁護士連合会編・前掲注17) 30頁。

⁴⁰⁾ 同上, 31頁。

⁴¹⁾ 同上, 32頁。

⁴²⁾ 同上。

用する現在の行政実務においては、現実味がない。

そこで、退去強制令書発付後の収容については、定期的に収容の必要性の有無につき、司法審査に服するシステムの構築を、もう一つの改善策として提言したい。

退去強制令書発付後の収容に対する司法審査については、アメリカ連邦最高裁の *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001) 判決における裁判所の判断及び、その判決の実務への影響が参考となる。同判決は、送還先とされたドイツ及びリトアニアから受け入れを拒否されたために、収容が継続されていた原告 *Zadvydas* が、人身保護令状の請求をした事案である。主な争点は、①移民国籍法は無制限の収容を認めているという解釈が憲法上許容されるか、②議会は同法において無期限収容を許容する意図であったか、③本件における収容は合理的期間内のものか、の3点であった⁴³⁾。このうち、争点の③について、法廷意見は、以下のような判断を下している。

「退去強制期限が切れた後の収容を定める法律は、合衆国憲法に照らして解釈すれば、外国人の収容は合衆国から当該外国人を退去強制するのに必要で合理的な期間に制限することを含意するものである。不定期の収容を許容する法律は、重大な憲法問題を提起する。拘禁・投獄からの自由は、デュー・プロセス条項によって保護される自由の核心である。連邦の人身保護法は、連邦裁判所に退去強制期限後の収容が法律の授権の範疇であるかどうかを決定する権限を与えており、合理的な期間については6ヶ月が適当な期間であると考えられる。6ヶ月後、外国人が将来において退去強制されるようなことはないと思ふにたる根拠を提示したならば、連邦政府はそれに反論するために十分な証拠を提出しなければならない。」⁴⁴⁾

すなわち、同判決は、合理的な期間である6ヶ月を経過後、被収容者側が送還可能な国がないことについて立証した場合には、被収容者は放免されるべきことを判示したものと理解することができる。たしかに、同判決は、送還不可能性の挙証責任という重い負担を被収容者側に課しており、問題があることは否め

⁴³⁾ 大野友也「送還受入れ国のない外国人の無期限収容とデュー・プロセス—*Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001)—」比較法学39巻1号(2005年)285頁。

⁴⁴⁾ 新井信之「アメリカにおける現行退去強制制度の概説(二・完)」長崎外大論叢8号(2004年)9頁。

ない。しかし、少なくとも収容から6ヶ月経過後に、当該収容につき司法審査に服す道を開いたという点で大きな意義を有する。そして、Zadvydas 判決の3ヶ月後に起こった9.11同時多発テロ事件を受けて制定されたUSA PATRIOT法(米国愛国者法)第412条において、拘束した外国人について、6ヶ月を限度として拘束期間を延長することを可能とするが、司法長官に外国人の身柄拘束をその6ヶ月ごとに再検討することが義務付けてられており⁴⁵⁾、同規定は、Zadvydas 判決の影響を受けたものと見られている⁴⁶⁾。

このアメリカのZadvydas判決及びその後制定されたUSA PATRIOT法412条に照らせば、その期間を6ヶ月とするかは議論の余地はあるものの、日本においても、一定期間経過後に継続されている収容の是非につき司法審査に服するシステムの構築は可能であると思われる。それは、収容期間に制限を設けるだけでは解決できない、送還手続が困難又は不可能なケースに備えて、収容期間に制限を設けることとともに、積極的に導入すべきものといえる。

4 問題点4：ケア体制の不十分性

(1) 収容中の心身のケア体制の不十分性の検討の必要性

本稿の目的は、退去強制手続上の収容について、同じ身体拘束として、人身の自由を制限する手続であるにもかかわらず、刑事訴訟法上にあるような厳格な制限が課されないことに対する問題提起、現行法上の収容に関する個々の問題への指摘、及び改善策の提言にある。これらの目的に照らせば、収容中の心身のケア体制というのは、収容されていることを前提として生じる問題点であるゆえに、収容の手続そのものの問題ではなく派生的な問題ともいえる。しかしながら、本節を通じて、上記のような不必要な収容や長期で無期限である収容による、被収容者の身体的精神的負担という現実的な弊害を明らかにすることは、これまで述べてきた解決策を採る緊急の必要性があることを訴えるためにも意義をもつと考える。また、人身の自由の権利の重要性及びその制約は最小限度であるべきことに照らせば、収容手続のみならず、収容中の処遇の整備も含めて、最善策を模索していく必要がある。そこで、本稿の最後の節において、収容中の被収容者の心身のケア体制の現状の問題点を明らかにし、解決策の提言をしたい。

⁴⁵⁾ 平野美恵子ほか「米国愛国者法(上)」外国の立法214号(2002年)31頁。

⁴⁶⁾ 大野・前掲注43) 289頁。

(2) 日本における収容中のケア体制の現状

まず、長期収容は、被収容者に重い精神的負担を課すものであり、それは収容先での自傷行為や自殺未遂が後を立たないことが明らかにしている。古いデータではあるが、2001年には31件、2002年には64件の被収容者の自傷行為が報告されている⁴⁷⁾。また、2001年11月には、西日本入国管理センターに収容されていたベトナム人男性が、同年6月から収容され、送還先が決まらず悩んでいた矢先、施設内で自殺するという事件も起きている⁴⁸⁾。2015年には、自殺未遂、自傷行為が14件発生している⁴⁹⁾。さらに、朝日新聞によれば、2016年3月26日にも、大阪入国管理局に収容され、収容改善を求めたハンガーストライキにも参加していたイラン人が自殺を図っている⁵⁰⁾。

15年前と比較すれば、自傷行為の数は減少傾向にある。しかし、数は減ったとはいえ、それでも毎年10件近くの自傷行為や自殺未遂が起きていること、ハンガーストライキが起こっていることからすれば、収容が被収容者に著しい精神的負担を課していることは否定できない。

また、日本における収容は、被収容者に精神的負担を課すのみならず、医療体制が不十分であることにより、被収容者の生命及び健康に深刻な負担を課すこととなっている。これは、2010年3月に東日本入国管理センター等を視察した移住者の人権に関する国連特別報告者ホルヘ・ブスタマンテ博士による、国際連合人権理事会に対する以下のような報告からも明らかである。

「特別報告者の出会った被収容者の多くは、さまざまな疾患に苦しんでいた。そのうち幾つかのケースでは、被収容者の疾患は極めて深刻なものであり、大半の被収容者は、十分な医療が受けられないと訴えた。彼らは、収容される前に受けていた投薬治療を続けることを許されず、代わりに軽い薬を与えられたため、彼らの健康は損なわれ、回復の可能性が蝕まれた。例えば、糖尿病を患っていた

⁴⁷⁾ 高橋徹「日本の入管収容施設」入管施設問題を考えるウェブサイト
<<http://hwm5.gyao.ne.jp/tabunka/nyukan/2004repot/cat2003.pdf>> (2016年12月29日最終アクセス) 2頁。

⁴⁸⁾ 高橋・前掲注16) 14頁。

⁴⁹⁾ 東洋経済「『東京入国管理局収容所』の厳しすぎる現実 スリランカ人のニクラスはなぜ死んだのか」 <<http://toyokeizai.net/articles/-/108650?page=2>> (2016年12月29日最終アクセス)。

⁵⁰⁾ 朝日新聞「ハンストの男性、自殺図る【大阪】」(2016年3月29日、朝刊)

ある被収容者は、痛み止めしか与えられず、体調が顕著に悪化したと報告した・
 ・（従って）収容施設内の移民たちに提供される医療の水準を改善するための緊急措置が採られるべきである。」⁵¹⁾

この報告から、ケア体制が不十分である状態は、少なくとも2011年の段階で深刻であったことがわかる。また、国際機関からの報告であることもあり、世界的な基準に照らしても注目するに値するだけ、深刻な問題を抱えているといってもよい。

そして、2015年2月26日の産経ニュースによれば、月2回の精神科医の定期訪問がなされているとされるものの、全国3箇所（東日本、西日本、大村）の入国管理センターの常勤医師の定員は各1名とされているにもかかわらず、2012年3月に東日本、2013年4月に大村でそれぞれ常勤医師が退職し、2014年末に西日本でも常勤医師が退職し、どこも後任の医師が未だ見つかっていなかった。その間、近隣の民間医療機関の医師が輪番で対応していたが、土日や夜間、救急時に医師がいないことの問題が指摘されている⁵²⁾。2014年4月の茨城県弁護士会会長声明によれば、2014年3月に東日本入国管理センターで2名相次いで外国人が死亡し、どちらも医師がいない時間帯であった⁵³⁾。常勤医師がいないことの影響は単なる懸念ではなく、現実のものとなっている。

(3) 改善策の提言①規則30条1項の実効性確保

被収容者処遇規則（以下、「規則」とする。）30条1項は、「所長等は、被収容者がり病し、又は負傷したときは、医師の診療を受けさせ、病状により適当な措置を講じなければならない。」と規定しており、不調を訴える被収容者へ適当な措置を施すことを義務付ける規定自体は存在している。もっとも、上述のとおり、自傷行為や自殺未遂が後を絶たないことや、十分な医療が施されていない現状からは、同規則がその実効性を失っていることは明らかである。そこで、解決策の1つとして、同規則の実効性を確保することを提言する。

⁵¹⁾ 関東弁護士連合会編・前掲注17) 36頁。

⁵²⁾ 産経ニュース「常勤医『ゼロ』困った… 不法滞在者収容の入国管理センター 救急に不安、医療費も高額化」<<http://www.sankei.com/affairs/news/150226/afr1502260009-n1.html>> (2016年12月29日最終アクセス)。

⁵³⁾ 「入管施設収容中の外国人の相次ぐ死亡に関する会長声明」茨城県弁護士会ウェブサイト<<http://www.ibaben.or.jp/wp-content/uploads/2014/09/20140425.pdf>> (2016年12月29日最終アクセス)。

規則 30 条 1 項の実効性を確保するために、まず、被収容者に対して提供されるべき医療サービスの質について具体的な基準を設ける必要がある。特に、日本の収容施設は、施設外の医療機関の利用について、消極的であることが問題とされており⁵⁴⁾、それは、2014 年の日本弁護士連合会による法務大臣に対する勧告書の中でも指摘されている⁵⁵⁾。したがって、収容施設外の医療機関で受診する基準について明確にする必要がある。そして、基準を設ける際には、収容施設の医師の診療方針は応急処置に限定すると一般的に理解されていることに照らし、症状が重篤であることが明白である場合に限らず、症状が重篤であるとはいえない場合であっても、当該医師の専門外の疾患が疑われる場合には、収容施設外の医療機関での受診を義務付けるべきである⁵⁶⁾。

また、収容施設内外を問わず、被収容者の受診の際には、外国人である被収容者と医師との間の意思疎通が十分になされるよう配慮する規定も設けるべきである。上記勧告書の中において、インフォームドコンセントが不十分であることが指摘されており⁵⁷⁾、被収容者自身が医師による処置や処方された薬に対して十分に理解していないケースも多々あるのが現状である⁵⁸⁾。そして、被収容者と医師の間で十分なコミュニケーションがとられなければ、医師は被収容者の病状を適切に判断することができず、収容施設側が規則 30 条 1 項の定める「適当な措置」をとることはできない。したがって、受診の際には、通訳を付することを義務付ける等の規定を設けるべきである。

以上の、医療サービスの質に関する具体的基準や被収容者と医師の間の意思疎通を図るための規定を設けることにより、規則 30 条 1 項の実効性を確保すべきである。

(4) 改善策の提言②仮放免の義務化

上記問題点 2 の改善策②について、仮放免許可における入局管理局の裁量統制の必要性、及び収容継続の必要がないのに、仮放免不許可処分をすることは、

⁵⁴⁾ 関東弁護士連合会編・前掲注17) 39頁。

⁵⁵⁾ 「入管収容施設における医療問題に関する人権救済申立事件（勧告・要望）」日本弁護士連合会<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/hr_case/data/2014/complaint_141107.pdf> (2016年12月29日最終アクセス)。

⁵⁶⁾ 関東弁護士連合会編・前掲注17) 39頁。

⁵⁷⁾ 日本弁護士連合会ウェブサイト・前掲注55)。

⁵⁸⁾ 関東弁護士連合会編・前掲注17) 41頁。

裁量の逸脱濫用であると述べた。その延長として、重篤な病気を患っている者や重度の精神障害を起こしている者については、仮放免許可事由にあたるとして、仮放免を義務付けるべきと考える。

上述の通り、収容継続の必要性とは、具体的には、退去強制手続の円滑な遂行のため、退去強制の対象者の出頭を確保し逃亡を防止することの必要性をいう。もっとも、収容継続の可否の判断においては、収容継続の必要性のみならず、収容されることによって侵害される権利の程度も考慮されるべきである。病者や精神疾患の場合、病状によっては、収容施設外において適切な治療を受ける必要性が高いことも少なくない。このような者に対して、収容を継続することは、適切な治療を受ける機会を奪うことになり、その意味において、収容による心身の健康への侵害の程度は極めて高い。したがって、これらの者については、収容施設外での治療を優先させるために、仮放免許可を出すべきである。

よって、改善策として、収容による権利の侵害の重さに鑑みて、収容施設外での治療を要する病者や精神疾患者については、その病状に応じて仮放免許可を出すことを義務付けるべきことを提言する。

結び

これまで述べてきた通り、現行の退去強制手続における収容は、あくまで行政手続に過ぎないことを理由に、極めて緩やかな要件の下、外国人の人身の自由を侵害している。しかし、その実質は、刑事訴訟法上の身柄拘束と何ら変わらないものである以上、刑事訴訟法上の身柄拘束と同様に、厳格な要件のもとで初めて行われるものでなければならない。そして、本稿では、具体的に、①入管・難民法 39 条 1 項が身柄拘束の必要性を要件としていないこと、②事後的救済手段が不十分であること、③入管・難民法 52 条 5 項は退去強制令書に基づく収容を期間無制限としていること、④収容中のケア体制が不十分であることを問題点として挙げ、それぞれ法改正の必要性、仮放免制度の充実化、司法審査の義務付け等を改善策として提言する。

退去強制手続は、入国管理局の広い裁量のもと行われているがゆえに、退去強制手続における収容が外国人の人身の自由を大きく制約している。入管・難民法

は収容の問題に限らず、広く、かつ、深く議論されているとはいえない。現行法、及び今日の制度の運用は、外国人には入国及び在留の権利がないゆえに、外国人であれば収容も含め、どのような扱いをしても良い、という前提があるかのよう印象である。

このような日本の入管実務行政の現状において、上記の改善策がどれほど実現可能であるかはわからない。しかし、これらの改善策を提言することは、少なくとも現在行われている外国人の収容が深刻な人権侵害にあたることを明確にするためにも、意義があると考ええる。