

# 入管法における適正手続の要請

児玉晃一

弁護士

本稿は、出入国管理及び難民認定法における適正手続保障について論じたものである。このような視点での論述は、筆者の知る限り初めてではないかと思われる。本稿では、まず行政手続一般において適用される行政手続法と入管手続との関係を論じ、続いて、入管法独自の視点による適正手続論を述べることとする。

## 第1 入管手続における適正手続保障の必要性

1 出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）上の諸手続においても、適正手続の保障の要請が必要なことは言うまでもないであろう。坂中英徳・齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第四版）』（2012年、日本加除出版）でも、法1条が目的として掲げている「出入国の公正な管理」<sup>1</sup>には、「行政処分が公平かつ適正に行われることに加え、適正手続が確保されていることが含まれる。」（同7頁）と説明されている。

とりわけ、退去強制手続においては、刑事訴訟手続と同等以上の厳格な適正手続が要求される。なぜなら、収容令書による収容は司法審査を経ずに最長60日間もの身体拘束を可能にし（法39条、41条）、さらに退去強制令書が発付されると、強制送還によってその外国人の生活基盤を根こそ

1 2018（平成30）年の法改正（2019（令和元）年施行）により、1条の目的は「出入国及び本邦に在留する全ての外国人の在留の公正な管理」とされた。

ぎ奪い去り、かつ無期限收容（法 52 条 5 項）を可能とする。これによって当該外国人が受ける不利益は、刑事手続によって訴追された者と同等か、場合によってはそれ以上のものとなりうるからである。

また、難民認定手続においても、その判断の誤りは、出身国に送還されることで申請者の生命・身体等に重大な人権侵害を引き起こしかねないことから、やはり厳格な適正手続が要請される。

2 そして、入管手続においても適正手続の保障が必要であることは、国も認めている。

(1) すなわち、2001（平成 13）年 11 月 1 日、参議院法務委員会で中尾巧法務省入国管理局長（当時）は、退去強制手続に関して、「かなり慎重な適正手続が保障されているものと私どもの方は理解しております。」と答弁している。また、2009（平成 21）年 7 月 7 日の参議院法務委員会において、森英介法務大臣（当時）は、「在留期間更新許可申請等の在留審査や在留資格の取消しについては行政手続法及び行政不服審査法の適用が除外されておりますが、それぞれ適正な手続に十分に配慮した取扱いをしております。」と答弁している。

(2) さらに、法務省入国管理局作成の「入国・在留審査要領」でも、「行政手続法の目的に掲げる行政運営における公正の確保と透明性の向上を入管行政が志向しなくてはならずはなく、行政手続法に定める各規定は可能な限り尊重すべきである。」とされている<sup>2</sup>。

## 第 2 行政手続法（以下「行手法」という。）との関係

では、現在の入管法の手続は、政府も必要性を認めている適正手続の要請に十分応えられているであろうか。

### 1 行手法の適用除外及びその根拠

ここで注目すべきなのは、行手法との関係である。行手法は、処分、行政指導及び届出に関する手続に関し、共通する事項を定めることによ

---

2 同第 1 編「基本的事項」第 2 節「入国・在留審査の留意点 第 5 手続の在り方」

て、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的として（同法1条1項）、1993（平成5）年に制定された法律である（この「国民」は外国人を排斥する趣旨ではないものとされている）。行政手続全般において要請される適正手続の1つのモデルを示すものである。

しかしながら、同法3条10号は、「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」を適用除外としている。

これらが適用除外とされた理由については、「これが国家主権の問題であり、そもそも外国人は、出入国、難民の認定又は帰化に関する実体上の権利を有しないと一般に解されているために、手続についてもそのことを踏まえて考察する必要があり、行政手続法をそのまま適用することは必ずしも妥当とはいえない」といった説明がされている<sup>3,4</sup>。

## 2 適用除外の根拠が説得力を欠くこと

しかし、上記説明は説得力を欠くと言うほかない。

### (1) 「実体上の権利を有していない」という論拠について

ア そもそも当該申請について、実体上の権利を有しているかどうかという事実と、手続の公正を求めるかどうかということは、全く別問題である。

イ さらに、「出入国」や「難民の認定」「帰化」に関する処分によって保護されたり、不当な処分によって侵害されるのは、家族生活に対する権利（自由権規約17条、同23条）、身体拘束をされない権利、生命、信教の自由、平等権などの「実体上の権利」にはかならない。これらを保護するために、手続の公正さが要請されるのは、他の行政手続と異なるところはない。

ウ したがって、「実体上の権利を有しない」という論拠は不適切である。

3 宇賀克也『行政手続三法の解説 第2次改訂版』（2016年、学陽書房）70頁

4 第128回国会衆議院内閣委員会の1993（平成5）年10月21日参考人質疑で、学習院大学法学部教授の高木光氏も適用除外の趣旨を説明しているが（議事録第3号p7～8）、特殊分野というだけで説得的ではない。

## (2) 適用除外の不当性

そもそも先に掲げた行手法の目的からすれば、行政運営の公正の確保・透明性の向上を目指して、利用者たる外国人の権利保護を図るという目的において、他の行政手続と、入管法上の諸手続とで区別する理由は何ら見出せない。

さらに、行手法3条10号は「外国人」の出入国等の処分を適用除外としているが、入管法の定める日本人の出入国手続に関する処分は除外していない。不合理な差別である。

したがって、行手法3条10号を正当化する理論も、また立法事実も存在しないというほかない。立法論に関して言えば、1993（平成5）年10月21日に行われた128回国会衆議院内閣委員会の参考人質疑で、角田礼次郎元最高裁判所判事は「できるだけそういう適用除外の範囲を狭めるということは、まさに方向として私どもは打ち出しているつもりなんです。（中略）行政手続法を適用しなくても、それにかわる措置を十分それぞれの各法においてとるべきであろうという意見を申し上げているところがあります。」と述べている。しかし、行手法が施行された1994（平成6）年10月1日以後、適用除外とされた入管法の各手続において、「それにかわる措置」はほとんど取られていない。わずかに、2003（平成15）年以後、難民不認定処分の理由付記が若干詳しくなったり、あるいは在留特別許可、永住、在留資格変更・期間更新に係るガイドラインが公表された程度である（なお、後述するように、国はこれらガイドラインは例示であって基準ではないとの見解を取っている）。よって、立法論としては、同号は削除されるべきである。

## (3) 行手法による適用除外の範囲は限定的に解すべきこと

また、解釈論としても、同号が例外を定めるものであること、上記のとおり合理性の認められない適用除外事由であることから、同号該当事由は極めて限定的に解釈されるべきである。

したがって、文言からして直接的に「出入国」に関する処分とは言えない、在留資格取得、在留期間更新、在留資格変更、在留資格取消や、仮放免などは、「出入国」に関する処分には該当しないと解すべきである。

その結果、上記各処分についても、行手法の要求する審査基準の作成・

公開（法5条）、標準処理期間の定め（法6条）、申請に対する遅滞なき審査・応答（法7条）、処分理由の提示（法8条）、審査の進行状況及び処分時期の見通し等の情報提供（法9条）の条文が適用されることとなる。これらの規定に反する場合は、それ自体で取消事由となる（競馬法13条1項の馬主登録申請に対する拒否処分に関する東京地裁平成10年2月27日判決・判例時報1660号44頁参照）。

### 第3 一般に要求される適正手続と入管手続

行手法は、行政手続一般にあるべき姿を示すものである。そこで、以下では行手法が要求する適正手続を示した上で、現在の入管手続が同法の規定に照らして不備が多々あることを指摘し、現行法の下でも可能な解釈論を示していくこととする。

#### 1 基準の策定及び公開

##### (1) 行手法5条（審査基準）の規定

同条は、申請により求められた許認可等をするかどうかを判断するために必要な審査基準をできる限り具体的に作成し、公開しなくてはならない旨定めている。

##### (2) 入管手続の現状と問題点

ア 入管手続では、様々な省令や告示で、上陸許可の基準を定めている。

また、在留特別許可、永住、在留資格変更・在留期間更新については、ガイドラインが設けられ、Web上でも公開されている。

イ しかし、ガイドライン（特に「在留特別許可に係るガイドライン」）については、国は訴訟において、基準ではなく例示であると主張し、ガイドラインに照らせば許可がされるべき事例についても、ガイドラインに記載のない要素を消極要素として主張したり、ガイドラインに積極要素として掲げられている事実を軽視したりしている<sup>5</sup>。

ウ この点、平成27年3月3日最高裁判決（判例時報2267号21頁・判

<sup>5</sup> 例えば大阪高裁平成25年12月20日判決（判例時報2238号3頁）の被控訴人国の主張参照。

例タイムズ 1416号 47頁)は、行手法「12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。」とした上で、「当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなる」と判断した。

在留特別許可ガイドライン等は、透明性確保と公平性担保のために策定されたものであるから、上記判決の趣旨は及び、在留特別許可ガイドラインが示した基準から大きく離れた判断は、特段の事情が存しない限り、平等原則ないし比例原則に反するものとして、裁量権の逸脱又は濫用を基礎づけることになる<sup>6</sup>。

エ また、ガイドラインが基準ではないというのであれば、行手法施行前の個人タクシー事件における最高裁判決（昭和46年10月28日・判例時報647号22頁）の論理で、基準を策定していないこと自体が処分の違法を基礎づけることになる。

すなわち、同判決は「(道路運送法)6条は抽象的な免許基準を定めているにすぎないのであるから、内部的にせよ、さらに、その趣旨を具体化した審査基準を設定し、これを公正かつ合理的に適用すべく、」とした(傍点、引用者)。

このような趣旨は、当然、入管法にも当てはまる。基準を開示しなかったり、あるいはそもそも基準を策定していないという入管手続には、手続上重大な問題があると言わざるを得ず、上記最高裁判例の趣旨からすると、それ自体が独自の違法事由となる。

---

6 前掲大阪高裁判決参照。このほか、平成25年5月30日名古屋高裁の2件の判決(公刊判未登載)も同様の見解を示している。

## 2 標準処理期間

### (1) 行手法6条（標準処理期間）の規定

同条は、申請に対する行政処分に通常要すべき標準的な期間を定めるように努め、これを定めた場合には公開しなければならない旨定めている。

### (2) 入管手続の現状と問題点

#### ア 現状

入管手続においては、法務省の Web ページで在留資格変更許可申請、在留期間更新許可申請、永住許可申請、難民認定申請などの手続について、標準処理期間が明示されている。

しかし、仮放免申請については標準処理期間は明示されていない（2021年9月28日現在）。実務上仮放免申請に対する許否の判断は、数週間で出される場合もあれば、3～4か月間結論の出ない場合もある。

#### イ 問題点

先にも述べたとおり、行手法の目的は、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって外国人を含む日本に暮らす者の権利利益の保護に資することである。

ここに「公正」とは、公平で誤りのないことであり、更に敷衍すれば、恣意・独断を疑われるようなものでないこと、偏頗な情報でなく的確な情報に基づいたものであるといえる。また、「透明性に関しては、我が国の行政運営の不透明さに対する内外の批判が、今次の行政手続法制定の原動力の一つとなったことから、1条の目的のなかに取り入れられ」たものである<sup>7</sup>。

標準処理期間の定めを置かず、処分を受ける者によってその処理期間が区々であるという現状は、「公正の確保と透明性の向上」という行手法1条の目的に真っ向から反する。

行手法の適用がないとしても、前記の国会における角田礼次郎の答弁にもあるとおり（122頁参照）、入管法独自にこれを定めるべきである。また、現行法の下で行手法2章以下の適用対象外の処分等についても、何ら標準処理期間の定めを置かないことは、行手法1条や適正手続の保

---

7 高木光ほか「条解行政手続法 第2版」3頁、2017年、弘文堂

障（憲法 31 条）に反するものとして、違法とされる余地はあろう。

そして、行手法の適用があり、内部的に標準処理期間が定められているものについては、その徒過があった場合でも、「行政庁が直ちに違法な不作為状態（行政事件訴訟法 3 条 5 項、行政不服審査法 3 条）に陥るわけではない。しかし、行政争訟における不作為の違法審査、あるいは、違法な不作為に基づく国家賠償事件の審査において、標準処理期間を徒過していること、徒過したことが、なお不作為の違法をもたらしていないことについて、行政側が立証を尽くす必要がある。」とされている<sup>8</sup>。

### 3 申請に対する遅滞なき審査・応答

#### (1) 行手法 7 条（申請に対する審査、応答）の規定

同条は、次のとおり定めている。

「第 7 条（申請に対する審査、応答）

行政庁は、申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならない。かつ、申請書の記載事項に不備がないこと、申請書に必要な書類が添付されていること、申請をすることができる期間内にされたものであることその他の法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者（以下「申請者」という。）に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない。」

#### (2) 入管手続の現状と問題点

ア 入管実務では、在留資格認定証明書の交付（入管法 7 条の 2）や、在留資格変更（法 20 条）、在留期間更新（法 21 条）の申請時に、在留資格該当性が認められないとして、申請を不受理とする場合がある。

また、仮放免申請手続（法 54 条）において、法律・規則に何ら根拠がないのに、郵便による申請を受け付けず、本人もしくは代理人の出頭を要請されることがある。

さらに、難民認定の申請においては、難民認定申請書の交付を拒否し

---

8 前掲高木光ほか 178 頁



たり、軽微な不備を理由に申請を受理しないという事例が多数報告されている<sup>9</sup>。

イ 行手法の適用がある手続について申請不受理、受理拒否、返戻などがされた場合には、申請人はこれに対して行手法7条に反し違法であるので、同条に従った処理をすべきことを主張できる<sup>10</sup>。仙台地裁平成10年1月27日判決（判例時報1676号43頁以下）は、この理に基づき、産業廃棄物処理施設の許可申請受取拒否があった事例につき、受取拒否処分の取消請求（主位的請求）を却下するとともに、不作為違法確認請求（予備的請求）を認容している。また、富山地裁平成19年8月29日判決（判例タイムズ1279号146頁）も病院開設許可申請書が数度に亘り返戻されたことが、本条に反するもので手続瑕疵があり、病院開設中止勧告処分という結果に影響を及ぼしたとして、処分を取り消した。

ウ また、行手法の適用がないものについても、同法施行以前の判例が参考になる。

①東京地裁昭和48年9月10日判決（判例時報734号34頁）は、条例の定める様式全てについて記載がない不適式な申請を放置していたことにつき、「原告の昭和32年12月20日付および昭和40年10月20日付の都市公園法5条2項にもとづく許可申請に対し、被告が何らの処分もしないことは違法である」とし、違法確認の判決を下した。

②東京地裁昭和46年1月29日判決（判例時報640号36頁）は、図面の添付がないという理由で実用新案登録の出願を不受理としたことについて、「相当の期間を指示して添付図面の追完を命ずべきであつた。」として、図面の添付がないという理由で不受理にしたことを違法と認めた。

③福岡高裁昭和52年9月13日判決（判例時報870号61頁）は、いわゆる同和地区の住環境の整備を図るため、当該地区に係る住宅の新築若しくは改修などについて必要な資金の貸付けを行うことを定めた福岡市住宅新築資金等貸付条例に基づき、同地区の住民のした住宅改修資金借

9 関東弁護士会連合会による調査（「難民認定手続の運用に関する調査報告書」）。<http://www.kanto-ba.org/declaration/pdf/h27a6.pdf>（2018年12月19日現在）

10 前掲高木光ほか187頁

入申請を長期間（申請から高裁判決時まで2年強）保留していた事例で、当該不作為を違法と認めた。

行手法の適用がない処分等についても、これら同法施行前の判例の趣旨に照らし、不受理処分や、様式不備を理由とする判断留保の場合にも、違法確認を求めることができよう。

#### 4 理由開示

(1) 行手法8条（理由の提示）、同14条（不利益処分の理由の提示）の規定8条は申請に対する許認可等の処分について、14条は申請によらない不利益処分について理由を示さなければならない旨定める。

##### (2) 入管手続の現状と問題点

ア 入管法上、処分理由を書面で告げるべきことを要求しているのは、難民不認定処分のみである（法61条の2第2項）。

その理由付けは、従来ほとんど無に等しく、法務大臣自身が「木で鼻をくくったと言われても仕方がない」と述べるほどであったが<sup>11</sup>、2003（平成15）年以後、若干の改善が見られるようになった。

イ それ以外の処分では、入管法47条1項、48条6項、49条4項の規定により放免する場合の放免証明書（出入国管理及び難民認定法施行規則38条、別記第55号様式）、法49条1項の異議の申出に理由がない旨の裁決及び法50条もしくは61条の2による在留特別許可に関する裁決・決定書（規則43条、別記第61号様式）などが、具体的な理由を記載できるような様式となっている。

これら理由付記を要求する規則等があるものについては、先に趣旨のところでも引用したような従前の判例理論によって、理由付記が不十分であることを争う余地があろう。

ウ しかし、その他行手法の適用もなく、かつ、理由付記を定める法令のない処分は、従前の判例理論からしても、理由不備を理由としてその違法性を争うことは困難と言わざるを得ない。やはり、「外国人の出入国、

---

11 2002（平成14）年12月20日の記者会見における森山真弓法務大臣（当時）の発言

難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」を適用除外とした行手法3条1項10号の削除が望まれる。

## 5 審査の進行状況及び処分時期の見通し等の情報提供

### (1) 行手法9条（情報の提供）の規定

同条1項は、申請者の求めに応じ、審査の進行状況や申請に対する処分時期の見通しを示すよう努力しなければならない旨定めている。

### (2) 入管手続の現状と問題点

上記規定に照らし、特に問題が多いのは、在留期間更新、在留資格変更、在留特別許可、仮放免、難民認定申請手続である。いずれも、担当者に問い合わせをしても、「審査中」というだけで、いつ頃処分がされるかすらわからない。

前記のとおり、仮放免については行手法の適用があると解すべきであるから、情報の提供に誤りがあったり、情報提供がなされなかったために申請者に損害が生じたりした時には、行手法9条の義務違反があったことを理由とした国家賠償請求が可能と解すべきである<sup>12</sup>。

## 6 聴聞・弁明の機会

### (1) 行手法の定め

ア 行手法第3章第2節（15条ないし28条）は聴聞の機会に関して、同章第3節（29条ないし31条）は弁明の機会の付与について、それぞれ規定を設けている。

しかし、これらが適用されるのは、「不利益処分」についてのみである。

そして、行手法2条4号は「不利益処分」を「行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する処分をいう。ただし、次のいずれかに該当するものを除く。」と定義づけ、同号「ロ」によって「申請により求められた許認可等を拒否する処分その他申請に基づき当該申請をした者を名あて人とし

---

12 前掲高木光ほか203頁参照。

てされる処分」が除外されている。

したがって、行手法3条10号の「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」を前記のように厳格に狭く解釈したとしても（122頁参照）、行手法2条4号ロによって「不利益処分」にはあたらないものとされてしまうので、聴聞や弁明の機会に関する規定を適用することはできない。

イ しかし、許認可等の処分について聴聞や弁明の手続を排除していることについては、批判がある<sup>13</sup>。

## (2) 入管手続の現状と問題点

ア 実務上、在留期間更新、在留資格変更や、退去強制手続において、処分を受ける外国人から事情聴取をした際に、一見他の証拠と矛盾するかのような供述をしたことをもって、「供述に変遷がある。」とか、「客観的証拠と矛盾する。」「関係者の供述と異なる。」などという主張が訴訟で行われることがよくある。

しかし、このような疑問点があったときにも、インタビューの時点で、かかる証拠を示した上で釈明や、不利益証拠への弾劾、反対証拠の提出等の機会を与えられることはまずない。インタビューを実施する者によっては、不明な点を明らかにするよう求めることもあるが、統一的な質問のルールは存在せず、当該インタビュー担当者の個別判断に委ねられている。その結果、不許可処分等を受け、訴訟になってはじめて不利益な証拠の存在を知ることがほとんどである。

イ 上記のとおり、現行法のもとでは行手法の聴聞や弁明の機会に関する条項を直接適用することはできないが、憲法31条が定める適正手続の保障の中でも、告知・聴聞を受ける権利というのはその中核をなす。イギリスでは、自然的正義（natural justice）の原則と呼ばれ、何らかの国家行為によって不利益を受けることとなる者は、必ず事前に聴聞（hearing）を受ける権利を有するという原理、並びにその聴聞は偏見のない公正なものでなければならないという原理からなると観念される。

---

13 例えば、南博方「行政手続法の評価と課題」判例タイムズ872号8頁は「公正行政を確保し、その透明性の向上を図るためには、許認可等の処分についてこそ聴聞ないし弁明の手続を導入すべきであるとの批判がある。」と述べている。

アメリカにおいても、同様の理念が「適正な法手続」(due process of law)と呼ばれ、その具体的な内容は、行政権の行使に当たって、相手方たる国民に告知、聴聞、適正な記録、上訴などの一連の手続的保障を与えることと観念されている(以上南博方・原田尚彦・田村悦一編『行政法(1)行政法総論(第3版)』126頁、1996年、有斐閣)。

そして、告知と聴聞を中核とする行政手続は、法治行政の理論的帰結であるから、この意味において、少なくとも関係人に法的不利益を与える処分については、原則として、告知と聴聞の機会が与えられなければならない(南博方『行政法(第六版補訂版)』149頁、2012年、有斐閣)。

ウ このような行政法の一般理論及び従前の判例理論によって、手続の不備を争うことは可能である。

例えば、浦和地裁昭和49年12月11日判決(判例時報774号48頁)は、運転免許の取消処分をするに当たり、公安委員会が被処分者に当該処分の結果に影響を与える可能性のある事項を具体的に摘示し、かつ関連する証拠を開示して、被処分者に十分な主張立証の機会を与えることなく実施した聴聞を違法とし、免許取消処分を取り消した。

この理は、特に上陸拒否をされた後の口頭審理手続(入管法10条)や、退去強制手続における口頭審理手続(法48条)に馴染みやすい。

エ この点、東京地裁平成15年4月9日判決(判例時報1819号24頁)は、次のとおり述べ、難民認定申請手続において難民調査官には弁解の機会を与えるべき義務があるとした。

「難民認定に当たる法務大臣としては、当該難民認定申請者が置かれた状況に正当な配慮を与えた上で、その供述や提出資料について公正かつ慎重な評価、吟味を加え、必要があれば、補充的な調査を遂げた上で難民該当性についての判断を行うべき義務があり、このような義務は、申請権を与えられた当該難民申請者に対する法的義務でもある。」

「むしろ、疑問点を問い質し、弁解の機会を与えた上で、公正かつ慎重な評価、吟味を加えれば、信用に値するとの判断に至ることが十分に可能であったものというべきである」。

## 7 文書等の閲覧

### (1) 行手法 18 条（文書等の閲覧）の規定

同条は、不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができる旨定める。

### (2) 入管手続の現状と問題点

ア 入管手続においては、在留資格の取消し（入管法 22 条の 4）において、「意見聴取通知書の送達又は通知があつた時から意見の聴取が終結するまでの間、法務大臣に対し、当該事案についてした調査の結果に係る調書その他の当該在留資格の取消しの原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができる。」とされている（出入国管理及び難民認定法施行規則 25 条の 12）。また、難民認定取消しがあった場合の在留資格取消しについても同規則が準用されている（規則 57 条の 2）。

また、難民認定申請手続の審査請求段階では、行政不服審査法 38 条 1 項によって、事件記録や写しの交付が請求できることとなっている。

しかし、これ以外の手続については、特段の定めはなく、行政機関の保有する個人情報保護に関する法律や行政機関の保有する情報の公開に関する法律の定める手続によって開示を求めるほかない<sup>14</sup>。

イ そもそも、文書閲覧は、告知・聴聞、理由付記、処分基準の設定・公表と並ぶ、いわば適正手続 4 原則ともいべきものの 1 つであり（塩野宏『行政法 I [第 6 版]』295 頁、2015 年、有斐閣）、極めて重要な制度である。

前記のとおり、現行法のもとでは、行手法 18 条が入管手続に適用される余地はないと言わざるを得ないが、告知・聴聞で述べた行政法一般の理論から、文書閲覧を認めない不利益処分について手続の違法を主張していくことは可能であろう。

---

14 これらの法律による開示手続にも限界がある。自由権規約 19 条 2 項は知る権利を含む表現の自由を保障し、同条 3 項でその制限は「(a)他の者の権利又は信用の尊重、(b)国の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護」という目的のために必要とされるものに限定している。

行政機関の保有する情報の公開に関する法律や行政機関の保有する個人情報保護に関する法律の非開示情報の定めは広範に過ぎ、自由権規約 19 条 3 項に違反していると考えられる。

## 第4 入管法特有の問題

以上で述べた行政手続一般に要求される適正手続のほかに、入管手続特有の下記問題点がある。

### 1 言語的デュープロセス（通訳問題）

入管手続は、外国人を対象とすることがほとんどであり、その多くは十分な日本語の会話や読み書きの能力に通じないことから、必然的に外国語を使用することが必要となる。

しかし、標準言語を何語とするか規定が存在しないため、ある場面では日本語が使用されたり、あるいは通訳人を通じてその外国人の母語が使われたりする。ときに、母語の通訳人が準備できないため、英語による事情聴取が行われる場合もある（ちなみに、裁判手続では、裁判所法74条で「裁判所では、日本語を用いる。」と定められているため、混乱は生じない。）。

日本語に通じない外国人が通訳人を通じて事情説明をするにあたり、通訳が正確かつ公正に行われていることを担保することが重要なことは多言を要しない。

そこで、通訳が不正確であったり、あるいは公正さに欠ける場合（例えば難民申請者に対するインタビューで迫害主体となっている民族出身者が通訳人をした場合）には、それ自体が手続上の瑕疵となり、処分取消事由となりうる。

ただし、通訳人が正確・公正に通訳をしたかどうかを、後日検証することは極めて困難である。手続の公正を担保するために、違反調査、違反審査、口頭審理、あるいは難民申請者に対するインタビュー、仮放免延長申請の際の事情聴取等の際には、その全過程をDVDにより録画することが必要である<sup>15</sup>。

### 2 不服申立手続の不備

入管法上の手続で、不服申立制度が整備されていないものが多数存在す

る。

例えば、通訳人が不適切なので、その交替を要求してもそれに応えなかったような場合、立会人の都合で口頭審理期日の変更を要請してもそれに応えず入管側の都合で口頭審理を強行しようとする場合、口頭審理で証人尋問請求をしても認められなかった場合などには、独自の不服申立手続が存在しない。

退去強制手続については「三審制により慎重に審理される。」「退去強制の手続がとられる外国人の権利が手厚く守られる手続構造となっている。」という評価をする論者もいるが（前掲坂中・齋藤『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第四版）』607頁）、このような手続上の不服申立制度が完備していない点において、手続的公正さの担保の度合いは訴訟手続と比するべくもない。

先に挙げたような事例の場合には、手続的な違法を根拠付ける事実として訴訟上主張することが可能である。

また、在留期間更新、在留資格変更の不許可処分がされた場合には、現行法上、訴訟以外にその適法性を争うほかない。しかし、当該不許可処分によってその外国人は在留資格がない状態に置かれてしまうことから、その不許可処分に対して不服があっても、上陸拒否事由に該当して再来日が困難になることや、収容されることをおそれて争うことを断念するかどうかの決断を迫られる場面も少なくない。

このような事態を避けるためには、前記のとおり事前の告知・聴聞の機会を保障するとともに、立法論として簡易な不服申立手続を設けるべきであり、その場で不許可理由とその証拠の開示を行うべきである。

### 3 代理人選任権および法律援助

#### (1) 被収容者の法律専門家の援助を受ける権利

ア 現在の実務では、入国管理局収容施設に収容されている外国人に対し

---

15 2016（平成28）年2月18日付関東弁護士会連合会理事長による「難民認定手続における事実聴取手続の可視化等を求める理事長声明」<http://www.kanto-ba.org/declaration/detail/h27a6.html>は、難民認定申請手続における事情聴取について全面的な録画の必要性を訴えている。



ては、代理人を選任する手続が整備されていない。さらに、総合法律支援法 30 条 1 項 2 号は、対象者を「国民若しくは我が国に住所を有し適法に滞在する者」、対象事件を「民事裁判等手続」に限定しているため、収容からの解放や退去強制手続への法律援助の適用はない。

しかし、国家権力によって身体拘束を受けた私人に対して、公費による法律の専門家による助言や援助の必要性・重要性は多言を要するまでもない。刑事手続においては、2018（平成 30）年 6 月 1 日から勾留されている全ての被疑者が国選弁護人の選任権を認められることになったことから、その必要性・重要性は明らかである。

イ そして、複数の国連文書でも、被収容者に代理人の援助が必要であることが述べられている。

（ア）1990 年 8 月 27 日から 9 月 7 日までキューバのハバナで開催された犯罪防止及び犯罪者の処遇に関する第 8 回国連会議で採択された「弁護士役割に関する基本原則」前文では、「拘留されている、あるいは投獄されている人間にとっての防御のためには、拘束された人間が弁護士とコミュニケーションし、相談する権利をもち、その権利のための援助が与えられなければならないことが主要な原則である」とされている。

（イ）また、2015 年 12 月 17 日、国連総会で採択された改正：国連被拘禁者処遇最低基準規則（マンデラ・ルール）の規則 61<sup>16</sup>は、以下のとおり定めている。

「1. 被拘禁者は、適用される国内法にしたがい、あらゆる法律問題について、遅滞や妨害又は検閲なしに、自ら選んだ法的助言者あるいは法律扶助提供者による訪問を受け、連絡を取り、相談するための十分な機会、時間及び便益を提供されるものとする。相談は、施設職員による目視の範囲内で行われてもよいが、聴取されてはならない。

（中略）

3. 被拘禁者は、効果的な法律扶助にアクセスできなければならない。」

（ウ）さらに、2018 年 12 月 10 日国連総会で採択された、「安全で秩序ある正規移住のためのグローバル・コンパクト（Global Compact for

---

16 [https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/12/Nelson-Mandela-Rules\\_Japanese\\_final.pdf](https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/12/Nelson-Mandela-Rules_Japanese_final.pdf)（2018 年 12 月 6 日現在）

Safe, Orderly and Regular Migration)」では、次のとおり述べられている。

OBJECTIVE13 d) 「収容されており又は収容されるかもしれない通過国または目的国の国におけるすべての移住者に対し、司法アクセスを提供すること。それには、収容命令の定期的見直しの権利と情報へのアクセスとともに、情報と権利への無理なく支払うことのできる費用での、資格ある独立した弁護士による法的助言や支援へのアクセスを容易にすることを含む。」

## (2) 難民認定申請者

難民認定申請者についても、弁護士等法律専門家による援助へのアクセスは法律上制度化されていない。さらに、被収容者同様、法律援助の対象となるのは、適法居住者かつ民事裁判に限定され、在留資格がない者には適用がなく、行政段階での利用もできない。

ア しかし、UNHCR (国連難民高等弁務官事務所) 2005年9月2日付「公正かつ効率的な庇護申請手続き：適用可能な国際基準の非包括的概観」<sup>17</sup>では、以下のとおり述べられている。

### 「5. 法的援助および代理人の補助を受ける権利

庇護申請者は難民として認定されるための正確な要件や外国の法的システムに精通していないので、多くの場合、有能な助言者の援助なしでは庇護の申請にあたって関連の深い事実を特定し明確に述べることができない。加えて質の高い法的援助と代理人の補助は国際的保護の必要性の適切な認定の確保を促進するため、国家の利益にかなう。第一次審査の能率はそれによって向上する。UNHCRの見解では、複雑な庇護申請手続きにおいては特に、法的援助および代理人の補助を受ける権利は申請者に対する重要な保障措置である。第一次審査及び否定的決定に対する異議申立ての双方において、無料の法的援助および代理人の補助が保障されることも重要である。」

イ また、韓国の難民保護法 12 条が「難民申請者は、弁護士の助力を受ける権利を有する。」と明記していることも参考になる<sup>18</sup>。

17 <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b9b96c4> (2018年12月6日現在)

### (3) 小括

以上から、被收容者および難民申請者には、弁護士をはじめとする法的助言者にアクセスする権利が保障されなければならない。現在公的な援助システムは存在せず、関東弁護士会連合会や東京の三弁護士会による派遣システムが運用されているが、資金的には弁護士会が会費収入の中から拠出しているもので、被收容者のニーズに十分応えられるものとはなっていない。

したがって、立法論としては、刑事手続における国選辩护人同様の公的援助のシステム構築が不可欠である。また、運用面においても、被收容者や難民申請者が代理人の援助を受ける権利を尊重した扱いがされなくてはならない。例えば、被收容者との面会時間制限をしないことや、現在被收容者・難民申請者が審査手続において作成された書類の開示に利用している、行政機関が保有する個人情報開示請求において代理人による申請が認められていないことを改めることなどが考えられる。

## 第5 判決例

入管法関連の行政事件で、手続の違法性が争われた事件は少なくないと思われるが、手続が違法として処分を取り消した判決は以下の2例くらいであろう。

- ①東京地裁平成16年5月14日判決（児玉晃一『難民判例集』80頁、2004年、現代人文社）

クルド難民の難民不認定処分取消請求事件で、本来60日要件を理由として難民不認定処分を通知すべきところを、実質的難民該当性がないという理由の通知を交付し、後日差し替えた事例で、手続の違法性を認め、難民不認定処分を取り消した。

- ②東京地裁平成17年1月21日判決（判例時報1915号3頁）

口頭審理請求権放棄があったとして法48条9項により退去強制令書が

---

18 藤原夏人「韓国における難民法の制定」国立国会図書館デジタルコレクション [http://ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_3531905\\_po\\_02530006.pdf?contentNo=1](http://ndl.go.jp/view/download/digidepo_3531905_po_02530006.pdf?contentNo=1)（2018年12月6日現在）

発付された事件で、同項による退去強制令書発付処分的前提となる違反審査手続に違法事由がある場合には退去強制令書発付処分も違法になるとした上で、①違反審査手続において正規の通訳人を介した手続が行われていない点、②口頭審理請求権の告知がされていない点において不十分かつ違法なものであり、その結果、③原告の真意を十分に確認しないまま口頭審理請求権放棄書に署名をさせた上、その放棄があったものとして、退去令書発付処分がなされたのであるから、その処分は違法で取り消されるべき、と判断した。

## 第6 終わりに

以上のように、入管手続においては、適正手続の要請が蔑ろにされ、無法地帯と言ってもよい状況にある。入管手続の適用除外をしている行手法3条10号は直ちに削除されるべきであるし、削除されるまでの間も同号の適用範囲を厳格に制限して解釈し、入管手続にも一般の行政手続と同様の手続保障を及ぼす努力が必要である。また、一般の行政手続とは異なる独自の手続保障を図る部分についても手当が必要である。入管手続を適正手続の射程外となる「聖域」にしてはならない。