

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)

肖 萍*

序言

I 「出入国管理及び難民認定法」による出入国管理制度及びその実態

- 1 出入国管理制度
- 2 入管法についての解釈及び実際上の運用
- 3 小括（以上本号）

II 勾留要件と退去強制手続

- 1 外国人被疑者・被告人と勾留の要件
- 2 外国人被告人の保釈
- 3 外国人被告人の再勾留
- 4 小括

結語

序 言

1 問題意識と本稿の目的

近年、日本に入国する外国人が飛躍的に増大していることに伴い、来日外国人¹⁾による犯罪も急増している。現行刑事訴訟法は、今日のような、日本語の通じない外国人が数多く刑事手続に登場するという状況を十分に予想して制定されたものではない（刑事訴訟規則も同様である）。そのため、外国人被疑者・被告人が日本の言語、法制、文化、習慣などを十分理解していないこと、身上関係の特定に困難を伴うこと、関係諸機関が多岐にわたり、これらとの調整の必要性が高いことなど、被疑者・被告人が外国人であることから生じる特有の問題点が考慮されていないように思われる。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第6巻第1号2007年3月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程修了（博士(法学)）、現在中国北京師範大学刑事法律科学研究院専任講師。

1) 警察庁の統計における定義により、日本にいる外国人から定着居住者（永住者等）、在日米軍関係者及び在留資格不明の者を除いた者をいう。

従来から、外国人が日本の刑事手続と関わり合いをもつ場合に生じる「外国人の刑事手続」に関しては、通訳・翻訳、領事通報などの問題が注目されてきた。それらの問題に関する論文は多数あるが、問題はさらに存在する。外国人は、特に入国管理局による管理も受けることになる。外国人の行政管理はどのようにして行われているのか、刑事手続と行政手続との関係はどのように調整され運用されているのか、さらにその中で問題は生じていないか等の問題である。近年においては、外国人犯罪の急増により、このような入国管理手続（主に退去強制手続）と刑事手続の双方と関わる外国人の問題が出てきた。退去強制事由のある外国人が関わる刑事事件において、刑事手続と退去強制手続の調整に関する「法の不備」があるのではないかという問題が指摘されている。このことに対しては、いわゆる東電OL殺人事件で問題となり、刑法学会でもワークショップ²⁾が行われるなど、関心は高い。しかし、この点に関する理論的研究は充分であるとはいえない。

本稿では、被疑者・被告人の刑事手続に焦点を当て、外国人の被告事件に特殊な問題について検討し、特に、退去強制手続と刑事手続の調整について、詳細に検討する。立法的な提案を行うことで、現在指摘されている「法の不備」の諸問題を解決していくのが本論文の目的である。

2 来日外国人の増加と入管政策

日本の出入国管理は、その基本法である「出入国管理及び難民認定法」にしたがって運用されている。サンフランシスコ講和条約の締結に先立つ1951年に出入国管理令がつくられてから80年代中ごろまでの間、日本の入国政策の主要な目的は、「在日外国人」に対する管理・取締りが中心で、且つ来日外国人の入国・在留を厳しく制限することであった。しかし、近年、「来日外国人」に対する管理・取締りに重点が移っている。すなわち、80年代中期以降、未熟練労働者の入国・在留禁止の方針を維持しつつ、熟練労働者と教育を受けようとする留学生などの入国、滞在を容易にする方向に転換していった。この方針に基づいて

2) 小山雅亀「外国人の刑事手続」〔(日本刑法学会第79回大会) ワークショップ〕刑法雑誌41巻3号428頁(2002年)。

1990年6月に施行されたのが現行の入管法である。バブル期の労働力不足を背景に、多くの職種に外国人未熟練労働者（不法就労者）が浸透した。しかし、バブル崩壊後、労働力不足という問題が背後に退いたために、それまで摘発に慎重であった当局は、1992年ごろから「治安の悪化を防止」という理由で不法就労者の摘発を強化している³⁾。

外国人の入国者数をみると、出入国管理に関する統計を取り始めた1950年はわずか1万8千人であったが、2000年には500万人を突破し⁴⁾、2005年には745万103人となり、過去最高を記録した⁵⁾。

2006年1月1日現在の不法残留者数は、厳格な入国審査の実施、関係機関との密接な連携による入管法違反外国人の集中摘発の実施等総合的な不法滞在者対策により、19万3,745人で、過去最高であった1993年5月1日現在の29万8,646人から一貫して減少している⁶⁾。

法務省の見解によれば、①不法残留者の数値は依然として高く、②密航などによる不法入国者が増加し、③不法就労の長期化、地方への分散化が進み、④蛇頭のように悪質なブローカーが暗躍し、⑤外国人犯罪者のグループ化、凶悪化が進んでいる、といった現象があり、日本社会の安全と秩序等に悪影響を及ぼしている⁷⁾。

円滑かつ適正な出入国管理行政を実現するため、より総合的・計画的な施策の立案と実施が必要になってきた。それに応えるため、平成元年の入管法（昭和26年政令第319号）の改正において、法務大臣は、「出入国管理基本計画」を定めることを規定し、日本に入国・在留する外国人の状況を明らかにした上で、出入国管理行政の指針その他必要な施策を定めることとした（入管法第61条の10）。

1992年に策定された出入国管理基本計画（以下「第1次出入国管理基本計画」

3) 鬼束忠則「入管行政と外国人刑事事犯および刑事手続」季刊刑事弁護4号50頁（1995年）。

4) 「平成17年版『出入国管理』」<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan45.html> 参照。

5) 「平成18年版『出入国管理』のポイント」<http://www.moj.go.jp/PRESS/060911-1/060911-1.pdf> 参照。

6) 同上。

7) 伊丹俊彦「不法滞在外国人の現状」法律のひろば53巻10号13頁（2000年）、尾川哲郎「来日外国人の犯罪状況」法律のひろば53巻10号20頁（2000年）。

という。)は「円滑な外国人の受入れ」と「好ましくない外国人の排除」の両施策を通じて、出入国管理行政は日本社会の健全な発展と国際協調の進展に貢献すべきものとの考え方に立って、「円滑な人的交流の促進」や「不法就労外国人問題への対応」を主たる課題とした。2000年3月告示された第2次出入国管理基本計画においても、その基本的方向性は第1次出入国管理基本計画と変わることはなかった。ただし、具体的施策やその中でも重点を置くべき課題等については、21世紀初頭に向けての社会の動きを展望し、時代の要請と内外の具体的なニーズをこれまで以上に的確に把握した上で行政を展開していくため、特に重点を置いて検討し適切に実現すべき課題として、(1)国内外の新たな社会の動きの中で、社会のニーズに応えるよう外国人の円滑な受入れを図っていくこと、(2)社会の安全の一層の確保を目指し、不法滞在者問題に対して、現実的かつ効果的な対応を行っていくこと、(3)手続の合理化をも含め一層の規制緩和を図るとともに、国際的な協調体制を整備していくことが挙げられた⁸⁾。

その一環として、不法滞在外国人半減のための施策として、2003年10月、法務省入国管理局、東京入国管理局、東京都及び警視庁で東京における不法滞在外国人对策の強化に関する共同宣言を出し、不法滞在者の摘発の強化や効率的な退去強制等を推進することとした。また、同年12月、犯罪対策閣僚会議において「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」が取りまとめられ、犯罪の温床となる不法滞在者を今後5年間で半減させ、国民が安心して暮らすことができるようにするとともに、平穏かつ適法に滞在している多くの外国人に対する無用の警戒感を払拭するため、入国管理局においても「水際における監視、取締りの推進」、「不法入国・不法滞在对策等の推進」、「外国関係機関との連携強化」等の施策を推進することとされた。不法滞在者を減少させるための制度としては、不法残留等の罪に係る罰金の大幅な引き上げ、悪質な不法滞在者の上陸拒否期間の伸長等を内容とする入管法の一部を改正する法律が2004年5月27日、可決・成立した⁹⁾。

8) 「出入国管理基本計画(第2次)」<http://www.moj.go.jp/PRESS/000300-2/000300-2-2.html>参照。

9) 同上。

入国管理局ホームページのはじめに書かれているように、日本の入国管理政策は、『『ルールを守って国際化』を合い言葉に出入国管理行政を通じて日本と世界を結び、人々の国際的な交流の円滑化を図るとともに、我が国にとって好ましくない外国人を強制的に国外に退去させることにより、健全な日本社会の発展に寄与』するように行われているようである。

はじめに述べたように、来日外国人の急増の結果として、日本の刑事手続に関わる外国人の数も増加する傾向を示している。また、入管法によって退去強制手続をとられる外国人も増加している。日本の刑事手続と関わり合うこれらの外国人に対しては、当該外国人が不法残留者等で退去強制事由がある限り、刑事手続と退去強制手続が同時に適用されることになり、このことによって後述するとおり、多くの問題が生じている。

3 外国人の刑事手続に関する日本の法制

日本の刑事手続に関する法令における外国人関連の規定は、おおむね以下の通りである。

(1) 刑事司法手続に関する規定

憲法は、第31条から第40条までに刑事手続に関する諸規定を置いているが、手続の対象が外国人であることを意識した規定は特に設けられていない。しかし、憲法の基本的人権の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、日本に在留する外国人に対しても保障されると解するのが判例¹⁰⁾及び通説的見解であり、これら刑事手続に関する憲法の規定は、外国人にも等しく適用される。

刑事手続に関する基本法の刑訴法には、ごく一部を除いて、被疑者・被告人が外国人であることを意識した規定は存しない。ただ、同法は、公判手続に関し、第175条において「国語に通じない者に陳述をさせる場合には、通訳人に通訳をさせなければならない」、また、第177条において「国語でない文字又は符号は、これを翻訳させることができる」との規定を置いている。また、捜査手続に関し

10) 最判昭53・10・4民集32巻7号1223頁。

ては、第223条において「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻訳を嘱託することができる」との規定を置いている。これ以外には、刑訴法上、外国人に関する特別の規定は存在しない。

刑訴法の具体的な運用手続は、刑事訴訟規則（最高裁判所規則）に定められているが、同規則にも、通訳、翻訳の規定以外には、外国人についての特別の規定は存在しない。

警察法、刑訴法等に基づき、警察官が犯罪の捜査を行うに当たって守るべき心構え、捜査の方法、手続その他捜査に関して必要な事項は犯罪捜査規範（国家公安委員会規則）に定められているが、その中には、「国際犯罪に関する特則」として第223条から第238条までの規定が置かれ、言語、風俗、習慣を異にする外国人の取調べや身柄拘束についての注意事項、日本語を解さない外国人の取調べ等に際しての通訳・翻訳等に関する事項などが規定されている。

(2) 入管法における刑事訴訟法の特例

刑訴法の規定によれば、司法警察員は、被疑者を逮捕した時は、留置の必要がないと思料して釈放する場合を除き、当該被疑者を、身柄を拘束した時から48時間以内に書類及び証拠物とともに検察官に送致する手続をしなければならないのが原則である（刑訴法第203条、211条、216条）が、入管法第65条には、その特例が定められている。同条によれば、司法警察員は、入管法第70条の罪に係る被疑者を逮捕し、若しくは受け取り、又はこれらの罪に係る現行犯人を受け取った場合には、収容令書が発付され、かつ、その者が他に罪を犯した嫌疑のないときに限り、刑訴法の規定にかかわらず、書類及び証拠物とともに、被疑者が身体を拘束された時から48時間以内に、当該被疑者を入国警備官に引き渡すことができる。入管法第70条の罪は、不法入国罪、不法上陸罪等のいずれも外国人を犯罪主体とするものである。

4 刑事手続と退去強制手続との競合

以上述べたとおり、法律の条文では、通訳の規定以外には、外国人被疑者・被告人に関する特別の規定はない。刑事手続において、外国人は日本人と同様な手

続を受け、同様な権利を保障されている。それでは、退去強制事由のある外国人が、いかなる場面で刑事手続と関わるか、刑事手続の各段階でいかなる問題が存在するか。これらの問題について、概観する。

退去強制事由のある外国人が刑事手続に関わる場合としては、主に、被疑者・被告人として関わる場合と、それ以外（例えば、証人）の場合とがある。後者の場合にも様々な問題が生じているが¹¹⁾、多くの問題は前者の場合に生じている。本論文では、被疑者・被告人として関わる場合に焦点を当てて論じる。

退去強制事由のある外国人が、被疑者・被告人として刑事手続にも関わる場合には、退去強制手続の先行する場合と刑事手続の先行する場合とがある。退去強制手続が先行する場合には、入国審査官の検察官への告発義務（入管法第63条3項）をめぐる問題などが生じる¹²⁾。もっとも、刑事手続が先行する場合の方が、問題は深刻である。

刑事手続においては、捜査段階、公判段階及び一審判決後の段階があり、それぞれにおいて異なる問題が現れている。従来から刑事手続の捜査段階及び公判段階において、被疑者・被告人が外国人であることによって生じてくる翻訳・通訳や、領事通報などの問題は注目を集め、検討されてきた。しかし、近年においては、刑事手続と退去強制との競合の問題が注目されるようになってきている。この問題が生じるのは、入管法により退去強制事由に該当する外国人被疑者・被告人の場合である。また、退去強制手続による収容及び刑事手続中でも国外送還されるおそれがあることは、勾留の要件及び権利保釈の除外事由についての裁判所の判断に影響を与えている。保釈された後には、入国管理局に収容されている外国人が公判へ出頭することを確保するための手段と法的根拠の問題が生じている。そして、第一審で実刑以外の判決を受けてから確定するまでの間に刑事手続と退去強制手続のいずれが優先するのか等の問題も生じている。

11) 例えば、退去強制された外国人の検面調査の証拠能力など。これが問題となったものとして、最判平7・6・20刑集49巻6号741頁。

12) 松尾浩也ほか「座談会・入管法制と刑事手続」ジュリスト1056号14頁〔加澤発言〕(1994年)、土本武司「不法入国者への対応」捜査研究596号8頁(2001年)。

I 「出入国管理及び難民認定法」による出入国管理制度及びその実態

1 出入国管理制度

(1) 概説

様々な目的をもって日本で活躍しようとする外国人が、日本に在留することができる在留資格及び在留期間と、その在留のための諸種の手続について規定している法律、即ち、日本における外国人の出入国管理の基本法が「出入国管理及び難民認定法」(以下「入管法」という。)である。

その前身は、昭和20年10月4日、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件」(昭和20年勅令542号)に基づき、「出入国管理令」(昭和26年10月4日政令319号)として制定公布され、同年11月1日から施行されたものである。この法令は、連合国軍総司令部の指令に基づいて発せられたいわゆるポツダム政令の中心的な法令の一つである。その後、講和条約発効に伴い、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件」に基く外務省関係諸命令の措置に関する法律」(昭和27年4月28日法律126号)4条の規定により、法律としての効力を有するものとされた。

その後、昭和56年6月12日法律86号により、難民認定手続等についての規定を合わせ、法律名も「出入国管理及び難民認定法」と改められた。ただし、法令番号は従来通り「昭和26年10月4日政令319号」のままである。なお、同法は、平成元年12月15日法律79号により抜本改正が行われ、その後も、数回改正が行われている。最近の改正は、平成18年5月24日法律第43号によるものである。

入管法第1条は、「出入国管理及び難民認定法は、本邦に入国し、又は本邦から出国するすべての人の出入国の公正な管理を図るとともに、難民の認定手続を整備することを目的とする。」とその目的を定めており、日本と外国間を移動する人について規定する法律である。つまり「すべての人」には外国人だけではなく日本人も含まれることになるのである。外国人については、入国から出国までの間の在留管理が同法に基づいて行われる。

入管法上の外国人は、入管法第2条2号の定義のとおり、「日本の国籍を有しない者をいう」から、日本国籍を含む重国籍者は日本人であり、いずれの国籍も有

しない無国籍者は外国人である¹³⁾。

入管法では、出入国管理に関する規定は、第二章「入国及び上陸」、第三章「上陸の手続」、第四章「在留及び出国」、第五章「退去強制の手続」、第五章の二「出国命令」、第六章「船舶等の長及び運送業者の責任」、第六章の二「事実の調査」、第七章「日本人の出国及び帰国」及び第七章の二「難民の認定等」に定められている。これらの規定には、法律に基づく処分の基準を定める実体規定と、事務処理に当たっての諸手続を定める手続規定がある。

以下、外国人の在留資格制度、退去強制制度、出国命令制度、在留特別許可及び出国確認留保制度について、それぞれ述べることとする。

(2) 在留資格制度

入管法第2条の2は、外国人の入国及び在留管理の基本となる在留資格制度について規定している。同条の1項では、「本邦に在留する外国人は、出入国管理及び難民認定法及び他の法律に特別の規定がある場合¹⁴⁾を除き、それぞれ、当該外国人に対する上陸許可若しくは当該外国人の取得に係る在留資格又はそれらの変更に係る在留資格をもって在留するものとする。」と規定されている。在留資格とは、「活動」と「在留」の二つの要素を結び付けて作られた概念・枠組みであって、外国人が日本に在留する間、一定の活動を行うことができる資格或は外国人が一定の身分又は地位に基づいて日本に在留して活動することができる入管法上の法的資格である¹⁵⁾。

在留資格制度は、在留資格を判断の基準にして外国人の入国及び在留の管理を

13) なお、日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約（昭和27年条約第6号。以下「日米安全保障条約」という。）により日本に駐留することとなった合衆国軍隊の軍人、軍属及びそれらの家族は、入管法には外国人であるが、日米安全保障条約に基づく日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定第9条の規定に従うことを条件として、日本国への入国及び在留が保障され、入管法の適用から除外されることとなった。

14) 入管法第13条（仮上陸の許可）、第13条の2（退去命令を受けた者がとどまることができる場所）、第14条から第18条の2（上陸の特例）及び第22条の2第1項（在留資格の取得に関する特例）並びに日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法（平成3年法律第71号。）第3条から第5条（特別永住者）の各規定に基づき日本に在留する外国人の場合がある。

15) 山田鐸一・黒木忠正『わかりやすい入管法〔第6版〕』30頁（有斐閣、2004年）。

行うものである。入管法は、外国人が日本で一定の活動を行って在留することができる法的地位としての「在留資格」を定め、外国人の日本において行う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一つに該当しない限り、その入国及び在留を認めないとする仕組みを定めている。

日本社会にとって好ましいと認める外国人の活動類型を法律で在留資格として明示している。日本に入国し在留することが認められた外国人には、いずれか一つの在留資格が決定され、付与される。外国人は、その取得した在留資格により認められている一定の活動を行うことができるとともに、在留資格に対応して定められる在留期間内の在留が保障される。

在留資格をもって日本に在留する外国人は、その有する在留資格に該当する活動を専ら行って在留する。そして、このとき、当該活動を変更しようとする場合には在留資格の変更許可を受けなければならない。また、当該活動を行いつつその傍ら一定の就労活動又は事業活動を行おうとする場合には資格外活動の許可を受けなければならない。これらの許可を受けないで在留資格外の活動として就労活動又は事業活動を行った外国人は、退去強制及び刑事罰の対象となる（入管法第24条4号イ）¹⁶⁾。

外国人が在留資格を取得できるのは、上陸許可、在留資格の取得の許可及び在留資格の変更の許可による場合のほか、退去強制の手続の結果法務大臣の在留特別許可を受けた場合である。外国人がこれらの許可を受ける際に、その在留資格が決定されて付与される¹⁷⁾。

(3) 退去強制制度¹⁸⁾

入管法の第五章は、外国人の退去強制の手続について規定している。この章には、第一節の入国警備官の違反調査、第二節の收容令書による容疑者の收容、第三節の入国審査官の審査、特別審理官の口頭審理及び法務大臣に対する異議の申

16) 坂中英徳・齋藤利男『全訂出入国管理及び難民認定法逐条解説』74頁（日本加除出版、2000年）。

17) 同上76頁。

18) 脚注を挙げた部分以外は、手塚和彰『外国人と法 [第3版]』92頁以下（有斐閣、2005年）参照。

出とこれに対する法務大臣の裁決等、第四節の退去強制令書の執行及び第五節の収容令書又は退去強制令書により収容されている者の仮放免に関する規定が置かれている。

外国人の入国に際し、上陸のための条件（入管法第7条1項規定の上陸のための条件）に適合しないと特別審理官により認定され、異議を申し出ないとき（入管法第10条9項）、または、前項の場合の異議を主任審査官を通じて法務大臣に対し異議を申し出て、法務大臣から異議の申出に理由がないと裁決した旨の通知を受けたとき（入管法第11条6項）発せられるのが「退去命令」である。また、入管法第24条規定の各事由に該当する者についてなされるのが「退去強制」である。

退去強制は、国家が好ましくないとする外国人をその領土主権に基づいて国外に排除する行政処分であり、国際法上は外国人の追放といわれるものである。退去命令は上陸前になされるのに対し、退去強制は、適法違法を問わず、外国人が入国した後に、その滞在が自国にとって好ましくないと判断するときに、その者を自国から追放するという国際法上認められた原則である。

しかし、外国人の追放が国家の全く恣意的な判断によりなされるときは、国際間の協調、交流が損なわれることにもなるし、その追放された外国人の人権も侵害することとなる。国際人権B規約第13条は、「合法的にこの規約の締約国の領域内にいる外国人は、法律に基づいて行われた決定によってのみ当該領域から追放することができる。国の安全のためのやむを得ない理由がある場合を除くほか、当該外国人は、自己の追放に反対する理由を提示すること及び権限のある機関又はその機関が特に指名する者によって自己の事案が審査されることが認められるものとし、このためにその機関又はその者に対する代理人の出頭が認められる」とし、外国人の恣意的追放を禁止している。それゆえ、正当な理由なくしての追放は、その理由がないことが明白で、恣意性が著しい場合、権限の濫用で不法であり、国は賠償責任を負うこと（国家賠償法第1条）となる¹⁹⁾。

以下、退去強制について、検討してみることにする。

19) 同上93頁。

A 退去強制の対象

退去強制の対象となるのは、一般私人としての在留外国人である。外交官、領事官、国際連合の職員、外国軍隊の構成員など外国又は国際組織の公の機関の地位にあるものについては退去強制の対象とはならない。具体的には、外交官、領事官の場合は、派遣国に対し「ペルソナ・ノン・グラータ (persona non grata)」(好ましくない人物) であるとの通知、国連の専門機関の職員については「専門機関の特権及び免除に関する条約」第7条25項の規定による退去の要求、日米安全保障条約により駐留するアメリカ合衆国軍隊の構成員については、「在日米軍の地位協定」第9条6項による送出要請といった方法により、それぞれ出国させることとなる。

B 退去強制事由

入管法第24条に定める退去強制事由は、次のような項目からなる。

① 不法入国者 有効な旅券、有効な乗員手帳を所持しないで入国した者 (1号)。

② 不法上陸者 何らかの上陸許可を受けることなく上陸した者 (2号)。

③ 資格外活動者 入管法第19条1項の規定に違反して収入を伴う事業を運営する活動または報酬を受ける活動を専ら行っていると明らかに認められる者 (4号イ)。

④ 不法残留者 在留期間の更新または変更を受けないで在留期間を経過して本邦に残留する者 (4号ロ)、寄港地上陸、通過上陸、乗員上陸、緊急上陸、遭難による上陸、または、一時庇護のための上陸の許可を受けた者で、旅券または許可書記載の期間を経過して、まだ、残留する者 (6号)、数次乗員上陸の許可を取り消され、指定された期間内に帰船または出国しなかった者及び日本で出生した等により上陸の手続を経ることなく在留するもので60日の期間を超えて残留する者 (7号) である。

⑤ 仮上陸条件違反者 上陸審査の第2次 (口頭審理 [入管法第10条])、第3次 (異議の申出 [入管法第11条]) 手続中、仮上陸の許可を受けた者で、条件 (入管法第13条3項) に違反し、逃亡し、または正当な理由がなく呼出しに応じない者 (5号)。

⑥ 退去命令違反者 退去を命じられた外国人で、遅滞なく本邦から退去しない者（5号の2）。

⑦ 不法入国、不法上陸幫助者 外国人で、他の外国人が不法に本邦に入り、または上陸することをあおり、唆し、または助けた者（4号ル）。

⑧ 反社会性が強いと認められる者（4号ホ・ヘ・チ・リ・ヌ・ト・4号の2・4号の3）。

⑨ 国家秩序を害する者（4号オ・ワ・カ）及び日本国の利益または公安を害する者（4号ヨ）。

⑩ 数次乗員の上陸許可の取消しのための指定期間内に帰船、出国しない者（6号の2）。

⑪ 在留資格を取り消された者（2号の2）。偽りその他不正の手段により、上陸許可を受けた者（入管法第22条の4の1項1号・2号）。

⑫ 出国猶予期間を経過して日本に残留した者（2号の3）。

⑬ 出国期限を経過して日本に残留した者（8号）。

⑭ 出国命令を取り消された者（9号）。

⑮ 偽変造文書等作成提供者（3号）。

C 退去強制手続

退去強制手続においては、まず、退去強制事由（入管法第24条）に該当する容疑がある外国人（以下「容疑者」という）に対して入国警備官により違反調査が行われる（入管法第27条）。次いで、退去強制事由に該当すると疑うに足る相当の理由があるときは、主任審査官が発付する収容令書により収容し、48時間以内に入国審査官に身柄の引き渡しがなされ（入管法第39条・第44条）、入国審査官により当該容疑者が退去強制事由に該当するかどうかの審査（違反審査）が行われる。入国審査官による認定に不服がある容疑者は、特別審理官による口頭審理の請求をすることができ（入管法第48条）、更に特別審理官の判定に不服がある容疑者は法務大臣に対して異議の申出をすることができる（入管法第49条1項）。これに対するものとしては、法務大臣の裁決（入管法第49条3項）、裁決の特例としての在留特別許可（入管法第50条）などがある。これら違反審査から法務大臣の裁決、裁決の特例としての在留特別許可へと続く一連の手続を違

反審判という。違反審判手続が行われた結果、次の場合、主任審査官により、退去強制令書が発付される。

① 入国審査官により違反審査が行われ、その結果、退去強制事由に該当すると認定され、当該外国人がこの認定に服した場合（入管法第45条1項・第47条5項）。

② 退去強制事由に該当すると認定された外国人が、認定を不服として特別審理官に口頭審理を請求し、口頭審理の結果、認定に誤りなしと判定され、これに服した場合（入管法第48条1項・9項）。

③ 口頭審理結果に不服がある外国人が、法務大臣に対して異議の申出を行い、その結果、異議の申出に「理由なし」と裁決された場合（入管法第49条1項・6項）。

なお、違反審判手続において、退去強制事由に該当しないとされた場合には、当該外国人は直ちに放免される。また、裁決において法務大臣は、異議の申出が「理由がない」と認める場合でも、当該外国人が永住許可を受けているとき、かつて日本人であったことがあるとき、難民の認定を受けている者であるとき、その他特別に在留を許可すべき事情があると認めるときは、当該外国人の在留を特別に許可することができる（入管法第50条1項・第61条の2の8。いわゆる在留特別許可）。

このように、退去強制手続においても、上陸審査手続と同様に、退去強制手続をとられている外国人が、十分にその在留を必要とする理由等を重ねて主張できるように、かつ、その主張を踏まえて慎重な判断がなされるように、三審制の仕組みとなっているのである。

なお、実務において、退去強制令書の執行は、ほとんどの場合、自費出国許可による送還（入管法第52条4項）の形をとっているとのことである²⁰⁾。

ところで、この退去強制手続は、刑事訴訟、刑の執行、少年院等の在院者の処遇に関する法令の規定による手続（すなわち「刑事手続」）とは別の行政手続で

20) 松尾ほか・前掲注(12)16頁参照。自費出国というのは、被退去強制者が自ら出国費用を負担することである。この場合、警備官が付いて飛行機に乗るまでを見届ける。

あるが、不法入国、不法残留等の入管法第70条所定の違反行為は、退去強制事由に該当するとともに、刑事罰則が適用されることから、これらの行為を行った者については、退去強制手続と刑事手続との関係が問題となる。

D 収容期間・場所

収容は、収容令書による収容と退去強制令書による収容とがある。

収容令書により収容することができる期間は、原則として30日以内である。ただし、30日の延長をすることができる（入管法第41条1項）。

収容できる場所は、入国者収容所、収容場などである（入管法第41条2項）。このうち収容場は地方入国管理局に設置されている（入管法第61条の6）。入国者収容所としては、2006年現在、入国者収容所東日本入国管理センター（茨城県牛久市所在）、入国者収容所西日本入国管理センター（大阪府茨木市所在）及び入国者収容所大村入国管理センター（長崎県大村市所在）が設置されている（法務省設置法第13条、入国者収容所組織規程第1条）。

また、警察官は、主任審査官が必要と認めて依頼したときは、容疑者を警察署に留置することができる（入管法第41条3項）。

退去強制令書が発付された場合、入国警備官は、速やかにこれを執行し、被退去強制者を送還先に送還しなければならない（入管法第52条3項）、直ちに送還できないときは、入国者収容所、収容場等に収容することができ（入管法第52条5項）、その収容期間については、特に定められていない。

以上のとおり、入管法上、収容令書による収容及び退去強制令書による収容のいずれの場合でも、入国者収容所または収容場に収容できるようになっているが、基本的には、入国者収容所は退去を強制される者を収容し、及び送還する事務をつかさどるための施設であり（法務省設置法第13条1項）、収容場は収容令書の執行を受ける者を収容するための施設である（入管法第61条の6）。実務上、入国者収容所には、退去強制令書発付後、何らかの事情で収容がある程度長期化しそうな者を収容しているようである²¹⁾。

21) 同上27頁参照。

E 仮放免²²⁾及び特別放免

入管法上は、被収容者の身体の拘束を解くものとして仮放免（入管法第54条）と特別放免（入管法第52条6項）がある。

入管法第五章第五節は、仮放免（入管法第54条）及び仮放免の取消（入管法第55条）について規定している。仮放免とは、収容令書又は退去強制令書により入国者収容所・収容場等に収容されている者について、本人、代理人及び配偶者等一定の関係人の請求により、または職権で、保証金を納付させ、かつ、必要な条件を付して、一時的に収容を停止して身柄の拘束を仮に解く措置である。

これは、収容令書又は退去強制令書の発付を受けて収容されている外国人について、病気その他やむを得ない事情や自費出国又は自費出国の準備等のため、いったん身柄の拘束を解く必要が生じた場合などに備えて設けられた制度である。

仮放免は、請求又は職権により、入国者収容所長又は主任審査官の判断でなされる。その際に、収容されている者の情状、仮放免の請求の理由となる証拠、その者の性格等を考慮して、300万円の範囲内（未成年者は150万円の範囲内）で、当該外国人の出頭を担保するに足る金額の保証金の納付をさせ、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する条件を付する（入管法第54条2項・入管規則第49条5項）。

入国者収容所長又は主任審査官は、仮放免された者が①逃亡したとき、②逃亡すると疑うに足る相当の理由があるとき、③正当な理由がなく呼出しに応じないとき、④その他仮放免に付した条件に違反したときのいずれかに該当する場合には、仮放免の取消しをすることができる（入管法第55条1項）。

仮放免の取消しをしたときは、入国者収容所長又は主任審査官が、仮放免取消書を作成し、収容令書又は退去強制令書と共に、入国警備官に交付する。入国警備官が、それらを示して収容する（入管法第55条2項・4項・5項）。また、上記①又は③の理由により、仮放免の取消しをしたときは、保証金の全部、その他の理由によるときは保証金の一部を没収する（入管法第55条3項）。

22) 最高裁判所事務総局刑事局監修『特殊刑事事件の基礎知識—外国人事件編—』39頁以下参照（法曹会、1996年）。

特別放免については、入管法第52条6項に規定されており、それは、「入国者収容所長又は主任審査官は、前項の場合において、退去強制を受ける者を送還することができないことが明らかになったときは、住居及び行動範囲の制限、呼出に対する出頭の義務その他必要と認める条件²³⁾を附して、その者を放免することができる。」と定めている。

しかし、特別放免については、ほとんど実例がないようである²⁴⁾。

(4) 出国命令制度²⁵⁾

平成16年5月27日、第159回通常国会において、可決成立した入管法の一部の改正する法律では、入管法第五章の二として、出国命令制度が新設され、これは平成16年12月2日より施行された。改正前の入管法では、退去強制事由に該当する者についてはすべて退去強制手続をとることとされていたが、出国命令制度の新設により、退去強制事由に該当する者であっても一定の要件に該当する場合には、退去強制手続をとらずに、出国命令制度によって出国させることになった。

出国命令制度の新設は、不法滞在者の数を大幅に削減し、自主的な出頭を促進するとともに、入国管理局の限られた人員を有効に活用し、不法滞在者をより迅速かつ効率的に出国させる体制を構築するということを目的としている。この制度は、入管法違反者のうち、一定の要件を満たす不法残留者について、身体を収容しないまま簡易な手続により出国させるものである。

A 出国命令対象者となる要件（入管法第24条の2）

出国命令対象者は、不法残留者（入管法第24条2号の3・4号のロ・6号から7号のいずれかに該当する外国人）であり、さらに、次の各号のいずれにも該当す

23) 「住居及び行動範囲の制限、呼出に対する出頭の義務その他の条件」というのは、次のことによるものである。①住居は、入国者収容所長又は主任審査官（以下「所長等」という。）が指定する。②行動の範囲は、所長等が特別の事由があると認めて別に定めた場合を除き、指定された住居の属する都道府県の区域内とする。③出頭の要求は、出頭すべき日時及び場所を指定して行う。④所長等が付するその他の条件は、職業又は報酬を受ける活動に従事することの禁止その他特に必要と認める事項とする（入管法施行規則第48条）。

24) 児玉晃一「画期的判断が相次ぐ入管裁判例の動向」自由と正義2004年11月号23頁。

25) 保坂直樹「『出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律』の概要について」現代刑事法66号69頁以下参照（2004年）。

る者である。

- ① 速やかに日本から出国する意思をもって自ら入国管理官署に出頭したこと
- ② 不法残留以外の退去強制事由（入管法第24条3号・4号ホからヨまで・8号・9号）に該当しないこと
- ③ 刑法その他の法律に定める罪（窃盗罪等。詳細は、入管法第24条の2の3号参照。）により懲役又は禁錮に処せられた者でないこと
- ④ 過去に退去強制されたこと又は出国命令により出国したことがないこと
- ⑤ 速やかに日本から出国することが確実と見込まれること

B 出国命令の手続

出国命令の手続は、次のとおりである。

- ① 入国警備官は、出頭申告した容疑者が、出国命令対象者に該当すると料料するときは、当該容疑者を入国審査官に引継ぐ（入管法第55条の2の1項）。
- ② 入国審査官は、審査の結果、当該容疑者が、出国命令対象者に該当すると認定したときは、主任審査官に通知する（入管法第55条の2の3項）。
- ③ 主任審査官は、上記②の通知を受けたときは、速やかに当該容疑者（出国命令対象者）に対し、15日を超えない範囲内で出国期限を付して出国命令書を交付する（入管法第55条の3の1項）。

主任審査官は、出国命令をする場合、住所及び行動範囲の制限その他必要と認める条件を付することができる（入管法第55条の3の3項）。条件違反者については、当該出国命令を取り消すことができる（入管法第55条の6）。

C 出国命令の効果等

入管法第55条の3の1項は、出国を命じた場合において、「主任審査官は、十五日を超えない範囲内で出国期限を定めるものとする。」と規定している。すなわち、出国命令を受けた者に対しては、出国命令後出国期限までの間に、自主的に出国に必要な準備をさせる期間を設けているのである。そのため、その期間内であれば、同人の日本での在留が適法化されるのである。したがって、出国命令を受けた者については、命令後の在留は不法残留とならない。なお、出国期限を経過して日本に在留することが新たな退去強制事由に該当することとなる（入管法第24条8号）。

(5) 在留特別許可²⁶⁾

入管法第24条所定の強制退去事由に該当するという、入国審査官の認定（入管法第47条3項）に誤りがないとの特別審査官の判定（入管法第48条8項）に対し、不服申立ての制度として、法務大臣に対する異議の申出が認められている（入管法第49条）。その際、法務大臣は、異議の申出に理由がないと認める場合、すなわち退去強制事由に該当すると認める場合であっても、当該容疑者が一定の事由に該当する時は、その者の在留を特別に許可することができる（入管法第50条1項）。これを「在留特別許可」という。

入管法第50条1項の各号は、①永住許可を受けているとき、②かつて日本国民として本邦に本籍を有したことがあるとき、③人身取引等により他人の支配下に置かれて本邦に在留するものであるとき、④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、をその要件としてあげている。

「在留の特別許可を与えるかどうかは法務大臣の自由裁量に属するものと解すべき」である²⁷⁾。なお、在留特別許可を与えなかったことが裁量権の濫用だとし、違法と評価されるのは、許可を与えなかった判断が、著しい誤認などによるものであって、法務大臣が付与された権限の趣旨に明らかに背いたと評価できる場合に限られる²⁸⁾。

在留特別許可を与えるかどうかは、単に容疑者の在日経歴、家族関係等の個人的事情のみならず、出入国管理を取り巻く状況、送還に関する事情、内政外交政策等を総合的に考慮した上、法務大臣の責任において決定されるものであって、その裁量範囲は極めて広範なものである。そして、これらの考慮すべき諸事情は相互に関連し、個人的事情、客観的事情は個々に異なり、国内事情、国際情勢は時代とともに変化するものであるから、在留特別許可の許否についての固定的、一義的な基準は存在しないというべきである²⁹⁾。

在留特別許可を与える場合、在留期間、活動の制限など必要と認める事項を条

26) 手塚・前掲注(18) 101頁以下参照。

27) 最三小判昭34・11・10民集13巻12号1493頁。

28) 東京地判平7・12・7判例集未登載、手塚・前掲注(18) 101頁。

29) 坂中ほか・前掲注(16) 657頁。

件として付することができる（入管法第50条2項・入管法施行規則第44条2項）。

なお、異議申出に対する法務大臣の裁決に対し、行政不服審査法による異議の申立てをすることはできない。しかし、行政事件訴訟法に基づき、裁判所に救済を求めることはできる³⁰⁾。

(6) 出国確認留保制度³¹⁾

入管法第25条の2は、入国審査官は出国の確認を受けるための手続がされた時から24時間に限り、出国の確認を留保することができると規定している。この出国確認留保制度は、入国審査官が関係機関から、重大な罪を犯した疑いにより逮捕状等が発せられている外国人、未だ禁錮以上の刑の執行が終了していない外国人、逃亡犯罪人引渡法による引渡しの対象となる外国人である旨の通知を受けているとき、当該外国人の国外に逃亡することを防止するため、これらの者の出国確認の手続を一定時間（24時間）留保し、その間に関係機関が所要の措置を取る機会を与えることにより日本の刑事司法が有効に機能できるようにするものである。

出国を一時的に留保するといっても、入国審査官が外国人の身体的自由を拘束する等の強制的手段をもって出国を阻止するわけではなく、出国の確認を受けないで出国した外国人に対し、入管法第71条による刑事罰による間接的あるいは心理的な強制をもって、出国の確認を留保し、その出国を抑制することができるにすぎない。

なお、ある出入国港において出国確認を留保された外国人が他の出入国港から出国しようとするときは、他の出入国港の入国審査官は、新たに24時間を限り、その外国人の出国確認を留保することができる。

以上が、外国人の在留及び退去強制制度に関する入管法制の概要である。

2 入管法についての解釈及び実際上の運用

入管法については、条文上明確でないところがある。そのため、条文の解釈に

30) 山田ほか・前掲注（15）133～134頁。

31) 坂中ほか・前掲注（16）548頁以下参照。

については、いくつかの争点がある。この節においては、入管法第39条1項の收容前置主義及び第63条2項の刑事手続との調整規定の解釈と実務の運用について、それぞれ論じることとする。

(1) 收容前置主義（入管法第39条1項）

入管法第39条1項は、「入国警備官は、容疑者が第24条各号の一に該当すると疑うに足る相当の理由があるときは、收容令書により、その者を收容することができる。」と規定している。これは、入国警備官が容疑者を收容する権限を有することを示すとともに、收容手続について定める規定である。法文上は、退去強制手続を進める上で、外国人を收容することが必要となるということまでは読み取れない。そして、違反調査について規定する同法第29条1項は、「入国警備官は、違反調査をするためがあるときは、容疑者の出頭を求め、当該容疑者を取り調べるができる。」と規定しているため、收容しないで違反調査を行う場合があることを当然の前提としている³²⁾。

しかし、入管政策として、実務上、「退去強制事由のある者すべてを收容してから入国審査官による違反審査を行う」という收容前置主義（また、オール收容主義、原則收容主義ともいう。）がとられている。すなわち、退去強制手続を進めるに当たって容疑者をすべて收容するものとしているのである。

この実務における收容前置主義を説明するものとして、次のような解釈が示されている³³⁾。

第一に、入管法第44条は、「入国警備官は、第三十九条第一項の規定により容疑者を收容したときは、容疑者の身体を拘束した時から四十八時間以内に、調書及び証拠物とともに、当該容疑者を入国審査官に引き渡さなければならない。」と規定している。さらに、同法第45条1項は、「入国審査官は、前条の規定により容疑者の引渡しを受けたときは、容疑者が退去強制対象者（第二十四条各号のいずれかに該当し、かつ、出国命令対象者に該当しない外国人をいう。以下同じ。）に該当するかどうかを速やかに審査しなければならない。」と規定している。

32) 鬼束・前掲注(3)54頁以下。庭山英雄・山口治夫編『刑事弁護の手続と技法』200頁〔村木一郎〕（青林書院、2003年）。

33) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲注(22)44頁。坂中ほか・前掲注(16)596頁。

すなわち、入国警備官の行う違反調査と入国審査官の行う違反審査との関係につき、入国警備官が容疑者の身柄を拘束した後に入国審査官に違反事件を引き渡す手続を定めているが、これは換言すれば、入国警備官が容疑者を収容しないで（在宅のままで）違反事件を入国審査官に引き渡す手続を定めていないということである。

第二に、入管法第47条1項は、「入国審査官は、審査の結果、容疑者が第二十四条各号のいずれにも該当しないと認定したときは、直ちにその者を放免しなければならない。」と規定している。そして、同法第48条6項は、「特別審理官は、口頭審理の結果、前条第三項の認定³⁴⁾が事実と相違すると判定したとき（容疑者が第二十四条各号のいずれにも該当しないことを理由とする場合に限る。）は、直ちにその者を放免しなければならない。」とも規定している。すなわち、入国審査官の審査や特別審理官の口頭審理の時点では容疑者がすべて収容されていることを前提としている規定であると解するのである。仮に、在宅引渡し又は身体の不拘束のまま口頭審理を行うことを認めている場合であれば、「容疑者を収容しているときは、直ちにその者を放免しなければならない。」という文言が置かれざるを得ないはずだからである。

第三に、入管法第48条3項は、「特別審理官は、第一項の口頭審理の請求があったときは、容疑者に対し、時及び場所を通知してすみやかに口頭審理を行わなければならない。」と規定している。口頭審理はその性質上必ず容疑者の出頭の下に特別審理官が容疑者と対面して審理を行うものであるところ、その出頭を求める規定が設けられていない。これに対し、入国警備官の違反調査においては、第29条が「……容疑者の出頭を求め、当該容疑者を取り調べることができる。」と規定している。それゆえ、口頭審理手続において、出頭の求めを規定していないのは、特別審理官の口頭審理の段階では容疑者はすべて収容されているという前提で定められていると解されている。

34) 入管法第47条3項は、「入国審査官は、審査の結果、容疑者が退去強制対象者に該当すると認定したときは、速やかに理由を付した書面をもつて、主任審査官及びその者にその旨を知らせなければならない。」と規定している。

第四に、入管法第63条1項は、「退去強制対象者に該当する外国人について刑事訴訟に関する法令、刑の執行に関する法令又は少年院若しくは婦人補導院の在院者の処遇に関する法令の規定による手続が行われる場合には、その者を収容しないときでも、その者について第五章（第二節並びに第五十二条及び第五十三条を除く。）の規定に準じ退去強制の手続を行うことができる。……」と規定している。この条文は、刑事訴訟に関する法令等の規定による手続が行われる場合には、「その者を収容しないときでも」すなわち「収容令書による収容を行わない場合であっても」、退去強制手続を行うことができる旨を定めているが、この規定は、それ以外の場合はすべて収容されているという前提で定められていると解されている。

これに対しては、以上の根拠は、いずれも消極的な文理解釈にすぎず、入管法はすべての容疑者が収容されていなければならないという「収容前置主義」を採っていると解すべきではなく、「収容前置主義」は放棄されるべきであるという見解³⁵⁾もある。その理由は、次の通りである。

第①、入管法第39条1項の入国警備官は、容疑者が退去強制事由に該当すると疑うに足る相当の理由があるときは、収容令書により、当該「容疑者を収容することができる」との規定の文言は、退去強制手続を進めるに当たって、容疑者を収容することを常に必要としているわけではない。

第②、入管法第39条1項は、収容令書の発付に当たって、収容の理由の存在に加えて「収容の必要性」の存在を要求していると解すべきである。退去強制手続の収容と刑事手続上の勾留は、目的を異にするが、いずれも身体的自由を継続的に剥奪する強制処分である点で共通しており、身体拘束の必要性が当然要求されるというべきである。

この収容前置主義に関する反対説は、傾聴に値するものの、入管法の文理解釈（第①）については、収容前置主義の根拠（第一ないし第四）に照らすと、決定的な理由とすることはできない³⁶⁾と思われる。そして、刑事手続上の勾留と行政

35) 鬼束・前掲注(32)53頁以下。

36) 法曹会編『例題解説刑事訴訟法(六)』95頁(法曹会、1997年)。

手続である収容とは性質を異にしているうえ、現行法のシステム全体からみて、その解釈には賛同できない³⁷⁾という反論もある。

もっとも、単に、入管法第39条1項の「収容することができる」という文言から見る限り、容疑者を全員収容することまでは要しないと解するのが自然である。

「収容前置主義」について、その文理上の根拠（第一ないし第四）に照らして検討するならば、ある程度の説得力があると考えられる。しかし、その理由づけの中には、多少無理なところも認められる。例えば、確かに、入管法には、容疑者を収容せず違反事件を入国審査官に引き渡す手続が定められていない。しかし、「第二」で述べたように、仮に、容疑者を収容しているときと収容していないときの双方が存在する場合において、「容疑者を収容しているとき」との文言が置かれるべきであるならば、入管法第44条に「容疑者を収容したとき」という文言がある以上、「容疑者を収容しないとき」の規定も存在しなければならないはずである。特に、第44条は、第39条1項の容疑者を「収容することができる」という、必ずしも収容が必要条件とはされない規定をうけて「容疑者を収容したときは」という文言になっているのであり、「容疑者を収容していないとき」で違反事件を引き渡す手続もあるはずだと考えられるであろう。言い換えれば、容疑者が全員収容されてから、入国審査官に引き渡すことを前提とすれば、第44条においては、「容疑者を収容したときは」という文言が必要なくなるであろう。何故ならば、容疑者が全員収容されるのであれば、第44条には、「容疑者を収容したとき」という前提条件を設けなくてもいいはずだからである。

それに、入管法第48条3項の口頭審理手続について、出頭の求めを規定していないのは、特別審理官の口頭審理の段階では容疑者はすべて収容されているという前提で定められているのではなく、口頭審理は必ず容疑者の出頭の下に特別審査官が容疑者と対面して審理が行われる性質から、わざわざ「出頭を求め」と規定する必要がなかったとも考えられる。そして、「出頭の求め」は、「時及び場所

37) 大島隆明「外国人被告人の保釈」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』167頁（青林書院、1998年）。

を通知」するという形で規定されているという解釈もできるだろう。

前述したように、平成16年の法改正により、出国命令制度が新設された。これについては、入管法第55条の2の1項は、「入国警備官は、容疑者が出国命令対象者に該当すると認めるに足る相当の理由があるときは、第三十九条の規定にかかわらず、当該容疑者に係る違反事件を入国審査官に引き継がなければならない。」と規定している。この中の「第三十九条の規定にかかわらず」については、出国命令対象者に対して、収容の必要がある場合でも、収容しないまま出国命令手続により出国できるとする趣旨だと考えられるであろう。

したがって、現入管法では、条文の構造、文言のみから収容前置主義の当否を解釈することは困難であると考えられる。

それでは、実務においては、何故収容前置主義が採用されるのであろうか。それを採用することに何か実質的なメリットがあるのだろうか。

収容前置主義を採用する文理以外の根拠としては、入管法違反者には在留資格がないこと、及び収容することにより、送還を確実化することがあげられている³⁸⁾。まず、入管法違反者には在留資格がないという根拠については、日本に在留する外国人には在留資格制度により必ず在留資格が付与されており、在留資格がないのは違法になるからであり、そのため在留資格をもたない外国人に対しては、収容せざるを得ないというのである。しかし、退去強制事由に該当する者には、すべて在留資格がないわけではない。例えば、外国人は、売春した場合には、在留資格があるとしても、入管法の退去強制事由にも該当することになるのである(入管法第24条4号ヌ)。しかも、在留資格があるかどうかは、パスポート又は外国人登録証明書を確認すれば、一目瞭然であり、単に在留資格の有無の確認のため、収容する必要はないはずである。

次に、収容することによって送還を確実化するという根拠については、収容令書による収容と退去強制令書による収容を区別して検討する。

入国警備官は、「退去強制令書を執行するときは、退去強制を受ける者に退去強制令書又はその写を示して、すみやかにその者を第五十三条に規定する送還先

38) 松尾ほか・前掲注(12)16頁〔加澤発言〕。

に送還しなければならない」(入管法第52条3項)。すなわち、送還は、退去強制令書の執行であり、退去強制令書によるものである。容疑者が退去強制対象者に該当するという認定に服したときは、主任審査官が退去強制令書を発付する(入管法第47条5項・第48条9項・第49条6項)。退去強制令書に基づく収容は送還を確実化するためであるといえるだろう。

他方、収容令書による収容の目的は、送還を確実化するためか、審査のためかという問題が生じる。「収容令書による収容は、退去強制事由に該当する容疑のある外国人につき、身体を拘束しなければ容疑の有無についての審査のためにする出頭を確保し難い状況がある場合であることを前提とし、審査の円滑な進行のために必要な限度で、当該外国人の身体を拘束しておく手続である³⁹⁾」。すなわち、収容令書による収容は、容疑者の全員に対して行うのではなく、審査への出頭を確保し難いという前提が必要とされ、審査への出頭確保のためである。

身体的自由は、人の最も基本的な法益であるから、人身の自由を制限しようとする収容には、当然のことながら厳しい要件が必要とされるべきである。収容の目的が、審査への出頭確保のためであるか、送還を確実化するためであるかにかかわらず、収容には厳しい要件が必要とされるべきであり、身体確保に関する要件に該当するときだけ、行うべきである。

また、刑訴法第199条1項(但書を除く。)は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由があるときは、裁判官のあらかじめ発する逮捕状により、これを逮捕することができる。」と規定している。そして、同条2項は、「裁判官は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由があると認めるときは、検察官又は司法警察員(警察官たる司法警察員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者に限る。以下本条において同じ。)の請求により、前項の逮捕状を発する。ただし、明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、この限りでない。」と規定している。すなわち、通常逮捕の要件は、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由がある」こと及び逮捕の「必要性」があることである。入管

39) 東京地判昭49・7・15判例時報776号61頁。

法第39条1項は、刑訴法第199条1項の前半と同様な形で規定している。広島地裁呉支部昭和34年8月17日判決⁴⁰⁾は、刑訴法第199条における「相当の理由とは、通常人の良識ある合理的な判断に従い被疑者が当該犯罪を犯したことを相当程度高度に肯認し得る場合に限られるものというべきである」と説明している。したがって、収容の場合も、合理的な判断に従い容疑者が入管法第24条各号の一に該当することを相当程度高度に肯認しうる場合に限られると考えるべきであろう。

そして、入管法第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。」と規定している。この条文を見る限りでも、退去強制令書により送還できない場合に、必ず退去強制を受ける者を収容することとなっているわけではない。

ところで、出国命令制度が設けられる前には、東京では、オーバーステイについては、入管に自分がオーバーステイであることを申告する場合には、まず一回出頭して、二回目にもう一度出頭する時には、航空券を持って行けばよく、その二回目の時に一旦収容して職権で仮放免を許可するという手続がとられていた。それと共に自費出国許可証を出すケースがある。このように、入管法第54条2項の職権仮放免許可証と同法第52条4項の自費出国許可証を得たケースについては、入管の入国警備官の関与なく、本人が空港へ行って所定の手続を取ればそのまま出国できた。この場合にも、当然退去強制令書は出ている⁴¹⁾。このようなケースにおける収容は、ただ手続上の形式にすぎないのではないであろうか。現在、出国命令制度が設けられたことによって、このようなケースは、出国命令の手続により、条件を付けて、身体を収容しないままでも出国することができる。前述したように、出国命令制度の目的は、不法滞在者を大幅に削減し、自主的な出頭を促進するとともに、入国管理局の限られた人員を有効に活用し、不法滞在者をよ

40) 下級裁判所民事裁判例集10巻8号1686頁。

41) 松尾ほか・前掲注(12)17頁〔柳川発言〕、〔加澤発言〕。

り迅速かつ効率的に出国させる体制を構築するということにある。

収容前置主義が採用されると、入国管理局にとって、退去強制手続中の外国人に対する管理が容易になるということはいうまでもない。しかし、収容前置主義をすべての退去強制事由のある外国人に適用することは、妥当ではない。何故ならば、必要でない収容を行う意味はないからである。

そうであるにもかかわらず、入管実務では、収容前置主義で運用されており、結果として、収容能力を超えた収容がなされるおそれがあるとともにさまざまな場面で刑事手続との競合も生じている。特に、保釈が認められにくくなる傾向があり、また、収容中の被告人の出廷確保にも困難が生じている。

以上の検討からまとめると、条文の解釈から、完全に「収容前置主義」をとるべきとはいえない。実務上でも、もちろん、退去強制令書の発付により送還する等の場合には、収容する必要があるのは否定できないが、全員収容には至らないと考えられる。以上から、収容前置主義は放棄されるべきである。

(2) 刑事手続との調整規定（入管法第63条2項）

入管法第63条1項は、「退去強制対象者に該当する外国人について刑事訴訟に関する法令、刑の執行に関する法令又は少年院若しくは婦人補導院の在院者の処遇に関する法令の規定による手続が行われる場合には、その者を収容しないときでも、その者について第五章（第二節並びに第五十二条及び第五十三条を除く。）の規定に準じ退去強制の手続を行うことができる。この場合において、第二十九条第一項中『容疑者の出頭を求め、』とあるのは『容疑者の出頭を求め、又は自ら出張して、』と、第四十五条第一項中『前条の規定により容疑者の引渡を受けたときは、』とあるのは『違反調査の結果、容疑者が第二十四条各号の一に該当すると疑うに足りる理由があるときは、』と読み替えるものとする。」と規定し、同条2項は、「前項の規定に基づき、退去強制令書が発付された場合には、刑事訴訟に関する法令、刑の執行に関する法令又は少年院若しくは婦人補導院の在院者の処遇に関する法令の規定による手続が終了した後、その執行をするものとする。但し、刑の執行中においても、検事総長又は検事長の許可があるときは、その執行をすることができる。」と規定している。

入管法第63条は、退去強制手続と刑事手続との競合する場合の調整に関する

条文である。しかし、同条2項の「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」の意味については、見解が対立している。簡単にいうと、身体拘束を伴う刑事手続を指す制限適用説、身体拘束の有無を問わず一切の刑事手続を指す全面適用説、及び退去強制送還に対して条件付きの修正制限適用説がある。

A 制限適用説

a 制限適用説の論理

制限適用説による「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」の「手続」の文言は、刑事訴訟手続における「身体拘束を伴う手続」の意に解釈される。すなわち、退去強制手続より刑事訴訟手続が優先するのは、被疑者や被告人を逮捕・勾留して、身体を拘束している場合に限るとする説である。

この説は、第63条2項について次のように説明する⁴²⁾。まず、同条1項の趣旨をみると、これは退去強制手続における収容前置の例外を定めている。なぜ収容前置の例外を定めたかという、刑事訴訟手続で被告人の身柄が拘束されているため、入管局による収容は現実にはできないので、容疑者を収容しなくても退去強制の手続を進められるようにしたのである。そうすると、2項も同様に、「前項の規定に基づき、退去強制令書が発付された場合には」というのは、刑事訴訟手続で身柄拘束中のため収容しないで退去強制令書が発付された場合であって、逮捕・勾留等の身体拘束を伴う手続が終了した後に、退去強制令書の執行を行うと解する。

それから、第63条1項・2項において「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」が「刑の執行に関する法令の規定による手続」、「少年院若しくは婦人補導院の在院者の処遇に関する法令の規定による手続」と並べて規定され、この二つの手続がいずれも「身体拘束」を前提とする手続であることに照らすと、「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」も「身体拘束に関する手続」のみを意味すると解される⁴³⁾。

入管法第65条1項は、「司法警察員は、第七十条の罪に係る被疑者を逮捕し、

42) 同上21頁〔山田発言〕。

43) 坂中ほか・前掲注(16)800頁。

若しくは受け取り、又はこれらの罪に係る現行犯人を受け取った場合には、収容令書が発付され、且つ、その者が他に罪を犯した嫌疑のないときに限り、刑事訴訟法（昭和二十三年法律第百三十一号）第二百三条（同法第二百十一条 及び第二百六条の規定により準用する場合を含む。）の規定にかかわらず、書類及び証拠物とともに、当該被疑者を入国警備官に引き渡すことができる。」と規定している。これは、司法警察官から入国警備官への身柄引渡しの規定であり、刑法第246条の「司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、この法律に特別の定めのある場合を除いては、速やかに書類及び証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならない。」という司法警察員から検察官への事件の送致の例外を認めている。それは、刑罰権実現よりも退去強制実現を優先させようとするものであることから、制限適用説の根拠として挙げられている⁴⁴⁾。

その他の根拠として、以下のことが挙げられる。

まず、日本では三権分立が採用されている。立法・行政・司法の三権は相互に独立しかつ平等であるから、行政機関が行う退去強制手続と司法機関が行う司法手続との間に優劣はなく、ただ複数の国家作用が同一人物に向けられて競合する場合、それが強制力をもつ場合に限って法令による調整を必要とし、入管法第63条はその限度における調整規定であると解すべきである⁴⁵⁾。

そして、退去強制事由に該当する外国人被疑者・被告人が刑事手続中に全面適用説による送還されることができないのは、国際慣例上認められた基本的権利である外国人の出国の自由を侵害するおそれがあるのみならず、日本の国益に反するとして日本からの退去を命ぜられた者を刑事手続未了という理由のみで日本に在留させることは、正規在留者との間に均衡を欠くことになる⁴⁶⁾。

入管法では、退去強制手続による身体拘束が先行し、刑事手続が後になった場合の両者の関係については明文の規定がない。退去強制手続を中断させて刑事手続を行うためには、刑事手続により被疑者・被告人の身柄拘束をし、入管法上の収容及び送還を阻止する必要がある。刑事手続と退去強制手続はそれぞれが独立

44) 土本武司「無罪判決後の拘留刑事手続と退去強制手続」捜査研究585号37頁（2000年）。

45) 同上。

46) 同上。

した手続であることに鑑みると、刑事手続によりその身柄が拘束されない限り、収容令書又は退去強制令書の執行を含む退去強制手続を進めることができるものと解される⁴⁷⁾。

そのため、身柄を拘束されている被疑者や被告人については、刑事訴訟手続が強制送還手続より優先する。ただし、被告人が刑事手続で身柄を拘束されていない場合⁴⁸⁾、入国管理局は、退去強制令書により、その被告人を刑事手続の終了前に退去強制できるということになる。

法務省及び入管当局における実務では、制限適用説が採用されている⁴⁹⁾。また、多くの判例においても、制限適用説が採用されている。制限適用説を採用した判例としては、以下にあげるようなものがある。

b 判例

① 横浜地裁昭和29年12月25日判決⁵⁰⁾

② 仙台地裁昭和49年10月9日決定⁵¹⁾

この二つの判例とも、保釈中入管局により収容された被告人が、その収容には根拠がなく、違法な拘束であるとして、人身保護請求をした事案である。入管法第63条1項・2項の「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」とは、刑事訴訟に関する法令の手続のうち、身柄拘束に関する手続のみを指すものであって、違法な拘束ではないとし、保釈により身柄の拘束を解かれた者に対して、退去強制令書を執行することは、入管法第63条2項に違反しない旨を判示している。

横浜地裁昭和29年12月25日判決の判旨においては、制限適用説を採る根拠として、条文の文言も挙げている。すなわち、「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」の文言が、刑の執行に関する法令、少年院在院者の処置に関する法令と

47) 坂中ほか・前掲注(16) 802頁。

48) 被告人が刑事訴訟手続で身柄を拘束されていないのは、以下の場合である。被告人が在宅で起訴されている場合、保釈を受けている場合、そして一審で無罪ないしは執行猶予判決を受け、身柄拘束がなくなったが控訴審が継続している場合等である。

49) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲注(22) 41頁。

50) 最判昭30・9・28民集9巻10号1453頁の原判決、法務省入国管理局編・行政訴訟事件事例集Ⅱ1巻22頁、また、訟務月報1巻7号84頁。

51) 訟務月報20巻12号37頁。

並べて規定されており、また第63条2項但書に刑の執行中においても検事総長等の許可を得る場合には、退去強制令書の執行ができる旨の規定から、同条項は外国人が身体を拘束されている場合を対象として規定されたものと解せられるとしたのである。

③ 福岡地裁平成7年9月14日判決⁵²⁾

この判決は、執行猶予判決に対する控訴中の収容に関するものである。入管法第63条の「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」とは、身体拘束に関する手続であると説示した。その理由の中には、条文の文言を挙げた以外、以下のことも言及した。

すなわち、入管法第63条2項の退去強制令書の「執行」は、「送還」のみの意味ではなく、「退去強制令書による収容」も含む。そうでなければ、刑事訴訟の第一審で執行猶予付有罪判決を受けた者に対しては、刑事手続でも、入管手続（退去強制手続）でも、身柄を確保する手段がなくなってしまうことになる。

B 全面適用説⁵³⁾

a 全面適用説の論理

制限適用説に対して、全面適用説は、「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」の「手続」の文言は、刑事手続による身柄拘束の有無にかかわらず、一切の刑事手続が優先すると解する立場であり、裁判が終了するまでは強制送還ができないという説である。この説に従えば、在宅事件の場合や保釈・勾留の執行停止等による身体拘束をされていない被告人だけではなく、そして一審で無罪ないしは執行猶予判決を受け、身柄拘束がなくなったが控訴審が継続している場合に対しても、退去強制令書の執行は許されないことになる。

全面適用説の論拠は、以下の通りである。

① 入管法第63条1項は、身体拘束を前提とするものではなく、身柄を収容しない場合でも、退去強制令書の発付ができるとの趣旨であって、同条2項の文言

52) 判例集未搭載、坂中ほか・前掲注(16) 807～809頁。

53) 全面適用説を主張するのは、以下の論者である。鬼束・前掲注(3) 56頁、松井仁「中国人密入国事件にみる控訴審の弁護活動」季刊刑事弁護4号 79頁(1995年)等である。

にも何らの限定も付されていないので、「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」は、一切の刑事手続と解すべきである。

「本法63条1項は、『その者を収容しないときでも』と規定しているが、この規定は、刑事手続が進行しているときには、『収容する場合も収容しない場合もあり得るであろうが、収容しないときでも』という意味を示しており、刑事手続進行中に収容手続が行われることをも想定していることに照らせば、刑事手続には身柄の拘束を伴わないものが含まれることが想定されているものというべきであって、このことは、刑事手続により身柄を拘束されている容疑者は自由に出頭できないことが明らかであるにもかかわらず、同条項において、本法29条1項の読み替えにつき、『容疑者の出頭を求め、』とあるを『容疑者の出頭を求め、又は自ら出張して、』と読み替える旨規定し、刑事手続中の容疑者の出頭を求める場合を想定していることから明らかである。』⁵⁴⁾

② 実質的に考えても、強制送還されてしまえば被告人の裁判を受ける権利が大きく損なわれることになるし、身体拘束の有無によって退去強制令書の執行につき異なった取扱いをするだけの合理的な理由は存在しない⁵⁵⁾。

③ 同じ法務大臣を長とする機関が一方で訴追し、他方で退去強制することには矛盾がある⁵⁶⁾。

なお、第63条2項にいう退去強制令書の「執行」とは、送還を意味するのであって、収容という付随的処分は含まず、したがって、刑事手続の進行中も退去強制令書による収容することは可能である。すなわち、「本法63条2項が、『刑事訴訟に関する法令の規定による手続が終了した後、退去強制令書の執行をするものとする』としている趣旨は、刑事手続により身柄が拘束されているときは退去強制の執行は物理的に行えないが、刑事手続において身柄拘束がないときでも、その者の刑事裁判を受ける権利を尊重して、刑事手続終了までは退去強制の執行は控えるものと解釈すべきであり、その『執行』とは、『送還』のことを指し、退去

54) 坂中ほか・前掲注(16) 806頁、福岡地裁平成7年9月14日判決において、原告は、入管法第63条1項・2項について、全面適用説を主張した根拠である。

55) 鬼東・前掲注(3) 56頁。

56) 同上。

強制令書の付随処分である『収容』は含まないので、刑事裁判終了まで、退去強制令書による収容は可能である。」⁵⁷⁾

この説に立つ判例としては、以下のものがある。

b 判例——東京地裁昭和51年12月2日決定⁵⁸⁾

この事例は、保釈請求却下の裁判に対する準抗告決定であり、原裁判を取り消し保釈を許可したわけであるが、その理由中で、保釈中の被告人であっても、刑事訴訟に関する法令の規定による手続が行われている場合には、本邦外への送還はなし得ないと述べている。

C 修正制限適用説⁵⁹⁾

修正制限適用説とは、刑事手続の進行中の被告人の送還は無条件ではなく、少なくとも一審判決時点まで、退去強制令書による送還ができないという説である。すなわち、制限適用説が基本的には正しいとしつつ、入管法第63条は刑事手続という国家の利益に基づく政策に支えられた規定である。起訴後判決前に強制送還するのであれば、公訴取消しをした上で行うべきである。そうでなければ、刑事訴訟手続終了までは送還しないとすべきである⁶⁰⁾とするものである。

D 検討

以上のように、入管法第63条2項をどのように解釈すべきかについては、学説が分かれている。修正制限適用説は制限適用説に基づいて、退去強制令書による強制送還の時期について条件を付すものであるので、ここで、制限適用説と全面適用説について、検討していきたい。

57) 坂中ほか・前掲注(16) 806頁、福岡地裁平成7年9月14日判決において、原告は、入管法第63条1項・2項について、全面適用説を主張した根拠である。

58) 判例時報837号112頁・判例タイムズ347号305頁(ただし、大島・前掲注(37) 169頁はこの決定は執行の着手が可能としているので、純粹の全面適用説として理解することに疑問を示す。また、三好幹夫「外国人の被告人について、保釈の許否を判断するに当たり考慮すべき事項 例えば、退去強制手続が予定されている不法残留の被告人に対する保釈の可否、可否」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題下』40頁(一粒社、1997年)もこの決定文上から必ずしも全面適用説に立つかどうか不明かと指摘する。)

59) 小山雅亀「退去強制と刑事手続に関する『法の不備』——東電OL殺人事件に関連して——」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集中巻』167頁(成文堂、2001年)。

60) 三好・前掲注(58) 40頁、大島・前掲注(37) 170頁参照。

a 文言上の検討

入管法第63条の「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」の文言は、その「手続」の具体的内容が明示されていないため、制限適用説と全面適用説との、どちらの説に立っても、説明することはできる。制限適用説も全面適用説も、退去強制手続と刑事訴訟手続が競合する場合に、どちらが優先するかという問題に関しては、いずれも刑事訴訟手続が優先することを認める。ただ、その優先する刑事訴訟手続の範囲について、見解が分かれるのである。制限適用説による刑事訴訟手続とは、身体の拘束を伴う手続である。全面適用説によれば刑事訴訟手続は、一切の刑事訴訟手続を指すと解することになる。以下では、文言のレベルにおいて、両説の具体的争点から検討することとする。

まず、入管法第63条1項の条文についての争点を検討してみる。同条項の「その者を収容しないときでも」は、収容前置主義の例外を定める旨を明らかにしたものという主張については、入管法が収容前置主義を採用しているか否かについても対立があるため、慎重に検討する余地があると考えられる。それに対して、「収容する場合も収容しない場合もあり得るであろうが、収容しないときでも」と解釈する方が、文言上説得力があるように見える。また、同条項が、入管法第29条1項に、「容疑者の出頭を求め、」とあるを「容疑者の出頭を求め、又は自ら出張して、」と読み替える旨規定していることは、刑事手続による身体拘束が行われている状態も、されてない状態をも想定して制定された条文と考えてもいいと思われる。

次に、入管法第63条2項の「刑事訴訟に関する法令の規定による手続が終了した後、退去強制令書の執行をするものとする」の「執行」の範囲について検討してみる。この「執行」とは、「送還」のみの意味であるか、或いは「収容」も含むのかということである。「収容」には、収容令書による収容(入管法第39条1項)と退去強制令書による収容(入管法第52条5項)がある。ここで、争点となる「収容」は、当然、退去強制令書による「収容」を指す。「退去強制令書の執行」との見出しを付している入管法第52条3項において、「……退去強制令書を執行するときは、退去強制を受ける者に退去強制令書又はその写を示して、すみやかにその者を第五十三条に規定する送還先に送還しなければならない。……」と規定

し、同条5項において、「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。」と規定している。これらの規定からみると、同条5項は退去強制令書を執行することを前提とした規定であるため、この5項による「収容」は、第63条2項の「その（退去強制令書の）執行をするものとする」の「執行」に含まれるべきである。

制限適用説の横浜地裁昭和29年12月25日判決も言及したように、第63条2項には但書がある。従ってまず、本文と但書との前後関係が適切に説明できなくてはならない。そこで、この点について両説を検討してみる。始めから身柄拘束されておらず、あるいは、保釈などの理由で一度身柄を釈放された者の場合は、全面適用説によれば、一切の刑事手続が終了しない限り、退去強制手続の執行はできない。ただ、例外として、「刑の執行中においても、検事総長又は検事長の許可があるときは、その執行をすることができる」（第63条2項但書）ことになる。制限適用説によれば、刑事訴訟手続中に身柄拘束手続が終了すれば（例えば、保釈された場合）、被告人に退去強制送還の処分を行うことができる。この場合は、刑の執行前に、既に退去強制送還が行われているので、但書とは矛盾することはない。また、刑事訴訟手続において、刑の執行まで、ずっと身柄拘束されている被告人は、刑の執行中においても、身柄を拘束されているため、制限適用説によっても退去強制ができないから、第63条2項但書は、例外として適用される。したがって、第63条2項本文と但書との前後関係については、制限適用説と全面適用説のどちらによっても説明することができる。

第63条1項の「その者を収容しないときでも」の文言と同条項の読替規定からみると、全面適用説による説明が有利に見える。しかし、入管法第63条2項の「刑事訴訟に関する法令の規定による手続が終了した後、退去強制令書の執行をするものとする」の「執行」とは、「収容」を含むと理解する限り、条文の文言上は、制限適用説のように解釈の方が合理的であろう。なぜなら、刑事訴訟に関する法令の規定による手続は、身体拘束を伴う手続だけを指しているため、その刑事手続の進行中に収容に代わる身体拘束がなされている場合、二重に収容という

身体拘束措置をとることができないからである。

b 運用上と理念上の観点からの検討

入管法第63条は入管法と刑事手続との調整を図る規定であり、この条文の該当者は、刑事訴訟手続と入管手続両方の対象となっている者である。このような人々は、また二つに分けられる。すなわち、一切の刑事手続を終わるまで、ずっと身柄拘束されている者と、始めから、身柄拘束されていないか、途中で身柄を釈放された者である。判決の確定まで終始身柄拘束されている者の場合は、身柄拘束期間と一切の刑事手続が終了するまでの期間は事実上同じである。したがって、制限適用説と全面適用説のどちらを取っても実際の結論は変わらない。実際に違いが生じるのは、はじめから、身柄拘束されていないか、途中で身柄を釈放された者の場合である。そこで、以下このような場合を念頭に置いて検討することとする。

まず、制限適用説を採用した場合から検討してみる。上述したように、制限適用説では、強制送還に刑事訴訟手続が優先するのは、被疑者や被告人が逮捕・勾留されて身柄を拘束されている場合に限られる。実務においては、身柄を釈放された被告人については、退去強制の執行ができるとされている。そのため、刑事訴訟手続との関係で、刑事手続の進行中、直ちに問題が生じる。例えば、被告人が保釈された場合には、退去強制令書による強制送還ができるから、被告人が保釈の請求をしても、それがなかなか認められず、保釈を認めても、公判への出頭確保の問題がある。また、被告人が第一審で実刑以外の判決を言渡され、刑訴法第345条に基づいて勾留状が失効した後、上訴があった場合も問題⁶¹⁾が生じている。

制限適用説には、具体的には、次の問題がある。

現在、入管当局は制限適用説を採用しているが、一方では、公訴を提起しつつ、他方、公訴の維持を不能とする強制送還をすることは、国家意思として矛盾するという批判がある。強制送還は、法務大臣の名において行われるのである。また、起訴する或は起訴を維持するのは、検察官だが、そのトップはやはり法務大臣に

61) 保釈に関する問題は、「Ⅱの2 外国人被告人の保釈」で論じる。そして、外国人無罪判決後の再勾留に関する問題は、「Ⅱの3 外国人被告人の再勾留」で論じる。

なる。同じ行政でしかも法務大臣を頂点とする行政が、一方、身柄を釈放された被告人を強制送還し、他方、同じ被告人に対する公判を維持することは矛盾ではないだろうか⁶²⁾。

さらに、刑事裁判の途中で、被告人に国外退去を強制し得るとしても、その場合に日本の刑事裁判権をどうするのかについては、明文規定がない。

前述した矛盾について、以下の解消方法のいずれか一つを採用することにより整合性を保つべきではないかという指摘がある⁶³⁾。公判を維持して強制送還をとどめるという方法又は公訴を取り消して強制送還をするという方法である。ただし、強制送還をとどめるという方法の場合には、現行法にそのための根拠があるかどうかという問題がある。

外国人被疑者・被告人が刑事手続上の身体拘束をしていないとき、法律の条文上は退去強制できると規定されているにもかかわらず、現在の実務の運用では、そのまま裁判を受けさせて、少なくとも第一審判決を下した後に、強制送還させることになっているようである。しかし、本人が自費出国を申し込んだ場合は、それをとどめる根拠がないので、在宅したまま又は保釈されたことなどの身体拘束をされていない場合には、やむを得ず送還することになる。

また、判決後においても、執行猶予判決の場合はその判決の確定を待たずに、被告人が強制送還されたという事例がある⁶⁴⁾。被告人が執行猶予判決に対して控訴を申し立てた後に、退去強制処分を受けて、いったん強制送還をされたら、控訴審への出頭ができなくなる。控訴審においては、刑訴法第390条によって、「同条但書の場合を除き、被告人は原則として公判期日に出頭を要しないとされ、公判期日に召喚されても出頭する義務を負わない。しかし、被告人は公判期日に出頭する権利を有する」という判決がある⁶⁵⁾。いったん退去強制をされてしまうと、

62) 松尾ほか・前掲注(12)22頁〔山田発言〕参照。鬼東・前掲注(3)56頁。

63) 松尾ほか・前掲注(12)22頁〔山田発言〕。

64) 東京高判平6・10・27判例時報1536号118頁。これは、被告人が執行猶予判決に対する控訴申立て後に退去強制処分を受けたため、召喚状の送還に支障を生じた事案である。

65) 最決昭44・10・1刑集23巻10号1161頁、裁判所時報531号2頁、判例タイムズ239号217頁、判例時報569号20頁、最高裁判所裁判集刑事173号3頁。

外国人である被告人は、非常に不利な立場に立たされる。それは、被告人の裁判を受ける権利を恣意的に剥奪しているというべきである。また、被告人が出頭しないまま、控訴審の審判を行っても、果たして結果は変わらないであろうか。外国人にとっては、不利になる可能性がある。

そして、無罪判決に対して検察官控訴があった場合、入国管理局による収容があるかどうかにかかわらず、その無罪になった外国人が、自分で帰国するとしたら、入国管理局はとどめられない。この場合には、検察官控訴と同時に再勾留の申立てを行うのは、自然のやり方と思われる。しかし、そうすると、東電OL殺人事件のような無罪判決後の再勾留の問題を生じることとなる。

犯罪者に対しては、一時的に身柄が拘束されていないときに、国外退去強制の処分を受けてしまえば、日本で罪を犯しても刑務所に行かなくて済むという印象を与えてしまう。これでは、予防効果が著しく低下するだろう。

以上のように、制限適用説を取った場合には、様々な問題が生じてくる。

他方、全面適用説は、刑事手続による身柄拘束の有無にかかわらず、一切の刑事手続が優先するとする立場であり、裁判が終了するまでは強制送還ができない。保釈などの刑事訴訟手続で身柄が拘束されていない被告人に対しては、退去強制令書の執行は許されない。

一切の刑事手続が終了してから、退去強制処分の執行を行うものとする、国家の刑罰権を尊重することができ、被告人に対しても裁判を受ける権利が保障できる。また、被告人が受けるべき刑罰を受けているところが見られることで、被害者に対するいたわりにもなる。

これらの理由により、刑事手続による身柄拘束の有無にかかわらず、刑事手続が終了するまで退去強制令書の執行はできないと解する全面適用説が合理的であると考えられる。

ただし、全面適用説によっても、身体拘束の有無を問わないとすれば、刑事訴訟手続の開始をいつと見るのか問題がある。軽微な事件は起訴猶予処分になるのが、普通であるが、起訴猶予の判断がいつなされたのか判然とせず、また、起訴猶予には一事不再理の法的効力はないから、刑事手続がいつ終了するかも不明確なことになる。そのため、入国管理局が、いつまで当該外国人を残しておくのか

という問題も発生する。すなわち、全面適用説を運用することには実務上困難があるともいえる。

そして、制限適用説と同様に、全面適用説も裁判の確定まで収容を継続することには疑問がある。「必要と認める条件を附して放免する」(入管法第52条5項)こと、又は退去強制事由に該当するかの審査が終了していない場合には、法務大臣の「在留の特別許可」を認めること(入管法第50条)が望ましいという提言がある⁶⁶⁾。しかし、いずれも裁量によるものであり、その運用に差異が生じうるだろう。特に、法務大臣による在留特別許可を、現行法上、被告人が生じうる要求できるのは「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」(入管法第50条1項3号)だけであり、今まで、裁判を受ける理由で在留特別許可を得た例もないようである。

したがって、運用上の観点からは、全面適用説を採用するとしても問題が残るのであり、現在の入管実務における問題を克服するためには、立法的解決によるしかないと考えられる。

c 刑事手続との調整のあり方

入管法第63条の刑事手続との関係の条文は、かなり曖昧といえる。条文の文言上は、制限適用説が妥当ではないかと思える。しかし、制限適用説による実際の運用には問題が生じる。入管法について、刑事手続との関係の条文として、どのような解釈をすることが妥当であるかを次に検討する。

日本国憲法は三権分立を採用しており、本来、刑事司法作用と行政作用はそれぞれが独立した作用であって、相互に干渉しないことを原則としている。しかし、現実問題として、入管法には罰則規定があり、入管法に違反する外国人に対し罰則が適用され、いわゆる刑事手続によって処罰されることがある。すなわち、入管法第24条に掲げる退去強制事由のうち、不法入国(同条1号)、不法上陸(同条2号)、不法残留(同条4号ロ・6号・7号等)等に該当する外国人に対しては、退去強制手続が進められ、他方、入管法第70条において、そのまま刑罰事由とされ、刑事手続が進められ、刑罰が科せられることとされている。また、入管法

66) 小山・前掲注(59) 169～170頁。

第24条に掲げられている刑罰法令に違反して一定の刑に処せられた外国人（「特別永住者」を除く）は、退去強制事由に該当するため行政処分としての退去強制手続が進められ退去強制されることがある。したがって、ある違反行為に対し、刑事手続と退去強制手続が同時に進められる。さらに、入管法の退去強制対象者でありながら、刑法に違反した者に対しては、退去強制手続と刑事手続が同時に進行することになる。これらように、双方が強制力によりそれぞれの目的を実現しようとする場合の競合については、合理的に調整される必要がある。そのため、入管法に、第63条における刑事手続との関係の条文が設けられたわけである。

仮に、入管法第63条のような「刑事訴訟手続は、退去強制手続より優先する」という規定がないとすれば、刑事訴訟手続が進行中の外国人被告人は、退去強制送還から免れるため、刑事訴追を受けながら、退去強制令書発付処分等の取消訴訟を起こすことになる。何故なら、退去強制手続は行政処分であるからである。行政事件訴訟法第25条1項は、「処分の取消の訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。」と規定しており、これは、取消訴訟に関する執行不停止原則⁶⁷⁾である。すなわち、取消訴訟の提起があっても当該行政処分の効力などが停止しないという原則である。執行不停止という場合、執行の観念の中には、処分の効力、処分の執行（特に強制執行）及び当該処分を前提とする手続の続行の三つのものが含まれることになる⁶⁸⁾。したがって、退去強制処分の取消抗告訴訟の提起により、自動的に退去強制令書発付処分の効力及び退去強制令書の執行が停止されることはなく、取消訴訟とは別に執行停止をかけないと、強制収容した上で、退去強制となってしまうおそれがある。2004年改正前の行政事件訴訟法に基づいても、退去強制令書発付処分の取消訴訟を提起し、執行停止を申し立てた場合には、執行停止の要件であった「回復の困難な損害」⁶⁹⁾を避けるための緊急の必要性を満たす場合があり、退去強制令書に基づく強制送還の

67) 現行行政事件訴訟法の執行不停止原則の合理性については、疑いがあるという見解がある。例えば、芝池義一『行政救済法講義〔第3版〕』108頁（有斐閣、2006年）など。

68) 同上106頁。

69) 執行停止の要件について、旧法では「処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」とされていたものを、「回復の困難な損害」が「重大な損害」に変更され、執行停止要件を緩和した。

執行停止が一般的に認められる余地があると認識されてきた⁷⁰⁾。しかし、刑事訴訟手続中に、また取消行政訴訟を提起すると同時に、執行停止の申立てもすることは、外国人被疑者・被告人にとって大変な負担であるといわざるを得ない。そのため、入管法は、執行不停止原則を念頭に置き、刑事訴訟手続中に、退去強制送還を防止するために、刑事手続との関係がある条文を立法したのではないだろうか。

したがって、入管法の刑事手続との関係の条文は、刑事訴訟手続が行われている場合に、退去強制手続における収容令書及び退去強制令書の執行を制限することにより両者の強制作用を衝突させないための規定でなければならない。刑事手続との調整の条文は、外国人の身体拘束の有無を問わず、刑事手続の完了までは日本国内にとどめておくことができる旨の条文であるべきであろう。

また、制限適用説と全面適用説との、どちらを採るべきかという問題は、実は、退去強制手続と刑事手続との、どちらをより重視すべきかという問題であろう。言い換えれば、国家行政権と国家刑罰権とのどちらをより重視すべきかという問題である。刑罰権は、社会の安全及び個人の法益を侵害した者に対して刑罰を科する権限であるため、社会安全・秩序にとって重要な要素である。したがって、国家行政権よりも重視すべきであろう。また、刑事手続を先行した場合には、国家刑罰権の尊重ができ、その後に、退去強制の執行により行政権の実現もできる。これに対して、退去強制手続を先行した場合には、国家刑罰権の執行可能性がなくなる。したがって、刑事手続は、退去強制手続より、先行すべきである。

3 小括

これまで、日本の入管法に基づく外国人の出入国管理制度について概説した上で、現在、入管局において、採用されている収容前置主義と制限適用説に関する条文については、検討してきた。

入管法第39条1項に基づき、入国警備官は収容する権限を有すると解すること

70) 日本弁護士連合会行政訴訟センター編『実務解説行政事件訴訟法』184頁（青林書院、2005年）、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』128頁（弘文堂、2004年）。

ができる。しかし、文言上、収容は必ずしも必要条件とはされていない。入管法のその他の条文の文理解釈によると、収容前置主義が採用されているようである。ただし、条文相互の繋がり、因果関係などより、本条文を重視すべきである。退去強制手続において、容疑者を収容してから、違反審査を行う場合があることは否定できない。しかし、容疑者を全員収容してから、違反審査を行う必要性は実務上もない。収容は、人身の自由の拘束という重大な犠牲を強いるものであるので、できるだけ避けるべきである。また、収容前置主義により、収容能力を超えた収容がなされること、保釈が認められにくくなること、また、収容中の被告人の出廷確保にも困難が生じていることなど多くの問題が生じている。以上により、収容は必要なときだけ行われるべきであり、収容前置主義の運用は廃止すべきである。

入管法第63条については、文理上の解釈としては、①「手続」は、身体の拘束を伴う手続と一切の刑事訴訟手続ともいえる。②同条1項の「その者を収容しないときでも」は、収容する場合も収容しない場合もあり得るであろうが、「収容しないときでも」の解釈の方が説得力があるといえる。③同条2項の退去強制令書の「執行」には、退去強制令書による「収容」が含まれる。④同条2項の但書については、どちらの説とも、本文との前後関係を上手く説明することができる。したがって、文言上、第63条2項の退去強制令書の「執行」に退去強制令書による「収容」を含む限りで、制限適用説の解釈に説得力がある。

制限適用説には、外国人の刑事裁判手続の最中に、強制送還されると、憲法第32条に定める裁判を受ける権利の侵害になる⁷¹⁾こと、そして、刑事裁判権をどうするかについて法律の規定がないこと、保釈が認められ難くなること、強制送還と刑事訴追とにおける国家意思が矛盾してくることなどの問題が指摘できる。さらに、強制送還の時期によっては、刑罰の執行ができなくなるが、犯罪の予防効果を実現できなくなるおそれもある。

他方で、全面適用説によれば、刑事訴訟手続の始期、終期は外部からは必ずしも明白ではないため、極めて運用しにくいことが予想できる。

71) 秀嶋ゆかり「入国行政の抜本的見直しを」法学セミナー 482号63頁(1995年)。

刑事手続上の逮捕・勾留などにより、外国人被疑者・被告人が身体を拘束されている場合には、制限適用説・全面適用説ともに、刑事手続を退去強制手続より優先させる。制限適用説と全面適用説との差異は、外国人被疑者・被告人が刑事手続において身体拘束をされていないときだけである。何故ならば、外国人被疑者・被告人が刑事手続において身体を拘束されているときは、収容、執行、送還が現実にはできないからである。現在の実務では、刑事手続における保釈などにより、外国人被疑者・被告人の身体が解放されると、入管局によって全員が収容される政策をとっている。前述したように、退去強制令書による収容はその「執行」に含まれている。すなわち、退去強制送還の執行段階に入っていることになる。そうすると、入管局の都合により、いつでも送還される状態になる。入管局は、暴行を受けたとして、法務大臣を提訴していたイラン人を第一回公判の数日前に、強制送還した例がある⁷²⁾。

国家刑罰権の尊重と外国人の裁判を受ける権利の保障の観点から、全面適用説が優れていると考えられる。しかし、全面適用説によれば運用上の問題が存在するため、現行法上の解釈のみでは、問題の根本的な解決ができない。この問題を根本的に解決するためには、立法論により解決するほかない。立法の提案については、退去強制手続と刑事手続との競合の問題を検討し、「結語」にて詳述することとする。

「Ⅱ 勾留要件と退去強制手続」では、入管制度を念頭に置きつつ、勾留要件と退去強制手続に関する諸問題を検討していきたいと思う。

(以下次号)

72) 菅原秀「外国人はどう扱われているのか」法学セミナー 482号60頁(1995年)。