

## 難民審査参与員制度に関する比較法的考察

—国内法および国際法における評価と課題—

福 王 守

Some Comparative Legal Observations on the Introduction of “the Refugee Adjudication” to Japan through International Law and Constitutional Law.

Mamoru FUKUOH

### 問題の所在

#### I 難民認定と「退去強制令書」発付処分をめぐる争点

##### 1 難民の比較法的地位と問題点

- (1) 難民の国際法上の地位をめぐる
- (2) 難民の国内法上の地位をめぐる

##### 2 「退去強制令書」発付処分をめぐる争点

- (1) 在留特別許可申請と退去強制令書発付処分
- (2) 「法務大臣による裁決」の処分性が否定された地裁例
- (3) まとめ

#### II 難民審査参与員制度導入の評価と課題

##### 1 難民審査参与員制度の導入経緯と内容

- (1) 難民問題に関する専門部会の答申
- (2) 改正法の要点と新制度の内容

##### 2 難民審査参与員制度の評価と課題

- (1) 国内法上の評価と課題
- (2) 国際法上の評価と課題

### 小 結

#### 問題の所在

法務省入国管理局の統計によれば、2005年における難民認定申請者の数は384人であり、前年より42人減少した<sup>1</sup>。その内、難民として認定されたものは46人であり、前年よりも31人増加し

ている。そして、人道配慮に基づく在留認定者97人を合計した、143人が実質的な庇護対象者となり、これは1982年における日本の難民認定制度発足以降、最大の人数となった。この内、認定者数および不認定者数を分母とする「難民認

定率」は約15.6%となり、前年比よりも10.7ポイント増加している。ここにおいて注目されるのは、難民申請者の「入国時の態様」における不法入国者、および「申請時の在留態様」における不法滞在者の割合が、いずれも昨年より増加している点である。特に、申請時において不法に滞在している者の割合は、70%を超えている。また、難民の認定をしない処分（不認定処分）に対する異議申立者は183人であるが、異議審を通じて当該申出に理由があるとされた認定者の割合も昨年より増加している<sup>2</sup>。

このような難民認定率の増加に少なからず影響を与えているのが、2005年5月16日から始まった「難民審査参与員制度」である。従来から日本は、国内法律を通じて外国人の入国および在留に対して厳しい基準を設置してきた。しかし、国内における「不法滞在者」は増加の傾向を辿り、その大部分は不法就労のまま低賃金の単純労働者として国内の基礎産業を支えつつある、といった状況すら指摘されてきた。他方、「難民」は本国からの切迫した迫害の危険に直面している。それゆえに、彼らの多くは不法入国者または不法滞在者とならざるを得ない状況に置かれてきた。これに対して、日本は人道的配慮に基づく彼らの受け入れに関してきわめて消極的であり、国内外からの強い批判を受けてきた。そして、ようやく2004年における「出入国管理及び難民認定法（入管法）」の抜本的な改正を通じて、新たに難民審査参与員制度の導入がなされるに至ったのである。

難民審査参与員制度は、在留不認定と判断された外国人が、法務大臣に対して異議申立てをした際に機能する制度である。従来は、在留許可に関する客観的な認定基準が不明確であった点に、最大の問題点があると指摘されてきた。これに対して、本制度は人権に詳しい複数の第三者（難民審査参与員）の意見を参考にして、

在留許可の認定に関してより客観的な判断を与えようとするものである。ただし、本制度発足以前において、すでに国内外から内在的な問題点が指摘されている。また、制度発足後まもなく、実務上の新たな問題も指摘されてきている。本稿ではまず、本制度発足に至るまでの経緯を、関連した国内裁判例および法務大臣の諮問機関の答申等を踏まえて確認する。その上で、同制度の評価と、制度発足後の新たな問題点を国際法および国内法の観点から比較的に考察することを目的とする。

## I 難民認定と「退去強制令書」発付処分取消訴訟をめぐる争点

### 1 難民の比較法的地位と問題点

#### (1) 難民の国際法上の地位をめぐる

一般に、国内において正規の滞在資格を有さない者は不法滞在者であり、国家はその主権的権利として当該不法滞在者の退去を命じることができる。ここで問題とされるのが、本国においていわゆる「迫害」を受けるおそれのある、難民の扱いである。

難民の国際問題化は、国内革命および第一次大戦を通じた大量のロシア難民流出に始まるとされる。これを契機として、難民の国際的保護は国際連盟期より行われてきた。その後、ナチス迫害からのユダヤ難民の流出等に代表されるように、第二次大戦時における多くの迫害被害の経験から、戦後の国際社会は積極的な難民保護に向けた法的枠組みを形成していくことになった。そして、大戦後も絶えることのない難民の保護は、1945年に設立された国際連合に引きつけられることとなる。当時における代表的な難民保護機関としては、1943年の「連合国救済復興機関（UNRRA）」、47年の「国際避難民機関（IRO）」、および49年の「国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）」等が挙げられる<sup>3</sup>。

その結果、1951年には「難民及び無国籍者の地位に関する国連全権会議」において「難民の地位に関する条約 (Convention Relating to the Status of Refugees)」が採択され、54年に発効した。これが今日の難民保護の基準となる「難民条約」である。難民の定義について、はじめに第1条A(1)項は、同条約以前の難民保護条約及び協定の対象者を同条約の適用対象として掲げる。続いて、それ以外の難民については、第1条A(2)項がより一般的に定義している。すなわち、同項はより広義の難民該当性の要件として、「人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であって、その国籍国の保護を受けることができない者又はそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護を受けることを望まない者」を掲げている。また、同項は無国籍者の難民についても類似の定義を置いている<sup>4</sup>。第1条A(2)項の定義は、本質的に3つの本質的要素からなると指摘される。第1は迫害のおそれに関する「客観的要素」、第2は当該恐怖に十分な根拠性を求める「主観的要素」、そして第3は「国籍国又は常居所国の保護」に関する要素である。これらの本質的要素に照らすならば、「難民 (refugee)」の対象は時代とともに複雑化、広範囲化しつつけるものといえる。よって、難民の概念に関して国際社会一般に通用する定義は、依然として十分に確立されてはいない<sup>5</sup>。

また、同条約第33条1項によれば、「締約国は、難民を、いかなる方法によっても、人種、宗教、国籍若しくは特定の社会的集団の構成員であること又は政治的意見のためにその生命又は自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放し又は送還してはならない」。国際法上、難民に対する追放・送還禁止原則を「ノン・

ルフールマン (non-refoulement) 原則」という。同原則は難民条約を通じて慣習国際法上の原則として高められたものと評される<sup>6</sup>。ここにおいて、同原則はいわば難民保護の基礎であることから、難民法は人道法と人権法の両分野にわたる国際法分野に根拠づけられていると把握されている<sup>7</sup>。日本も本条約を通じてノン・ルフールマン原則を受容しており、入管法第53条3項は、送還先が本人の国籍国であっても同原則違反の場合には例外的に当該国籍国への送還を認めていない。もっとも、同条約成立当時においては、主に第二次世界大戦前後当時のヨーロッパ難民の問題が背景にあったため、保護の対象は1951年1月1日より前に生じた事件に限定されていた。したがって、67年には「難民の地位に関する議定書 (Protocol Relating to the Status of Refugees)」を採択して時間的な要件を取り除くことになり、その結果として全ての難民が難民条約の適用を受けることになったのである。

なお、難民条約および同議定書の採択の時期は、いずれも世界人権宣言 (1948年) 及び国際人権規約 (1966年) の採択と同時期であり、規定上の文言にも両国際人権章典との強い関連性を見出すことができる<sup>8</sup>。ただし、難民条約および難民の地位に関する議定書自体は国家間の関係を規律するものであり、実定国際法の形式的法源に属する<sup>9</sup>。このため、本来認定された難民に対して庇護を与えることは国際法主体たる国家の権利であって、個人の権利ではない。よって、避難民個人は庇護を求めることを通じて当該国からの追放を免れるにすぎず、当該要件を充たさない外国人の追放も国家の権利として残されることになる。この点が、難民法のもつ人道的性格から問題とされてきたのである。

なお、日本は難民条約及び難民の地位に関する議定書のいずれについても締約国であり、81

年の加入書寄託を経て、翌82年に両者が国内で発効している。

## (2) 難民の国内法上の地位をめぐる

では、難民条約の締約国であるにもかかわらず、なぜ日本は難民に関する諸制度の不備について国内外から強く指摘されてきたのか。これは、日本における外国人の人権保障の位置づけ自体が、憲法上においても明確でないことに強く起因している。国民は国籍を通じて国家の不可欠な構成要素となることから、統治権の主体として完全な公法上および私法上の権能を有する<sup>10</sup>。これに対し、外国人とは日本国籍を有しない者をいう(入管法第2条2項)。日本国憲法上の権利保障が外国人にも及ぶかどうかについては議論がある。現在では、人権の普遍的性格、憲法の国際協調主義(憲法前文、第98条2項)、人権の国際化などを根拠に、外国人にも原則として人権規定の保障が及ぶことが広く承認されている。ただし、滞在国の国籍をもたない外国人に対しては、特に当該国の統治に関する国内公法分野で保障されない人権内容が存在してきた。にもかかわらず、外国人が享有し得ない権利について、憲法は明確に区別した規定をもたない。このために外国人の権利保障の区別判定に際して、今日までの通説・判例は各権利の性質を基準に判断する、「性質説」に依拠している<sup>11</sup>。また、対外的な国家主権の独立性に基づき、従来から人権の取扱いは原則として滞在国の国内管轄事項に属してきた<sup>12</sup>。ゆえに、国家の自己保全という観点からは、外国人が日本に入学及び在留する憲法上の権利は認められず、その入学・在留の認否は当該国家の自由裁量に委ねられている。日本における在留資格制度も、この範囲で従来から捉えられてきたといえる<sup>13</sup>。

しかし、戦後の国際人権保障意識の高まりを受けて、人道的な観点からの人権保障は国境を

超えた普遍性を有するものとして捉えられてきている。難民の人権保障の必要性はこのことから明らかといえよう。今日、日本における難民は、入管法第2条3の2により「難民の地位に関する条約第1条の規定又は難民の地位に関する議定書第1条の規定により難民条約の適用を受ける難民」として定義されている。日本における現在の「出入国管理及び難民認定法」は当初、1951年に「出入国管理令」として施行されたことに始まる。これが現在の出入国管理及び難民認定法として成立した背景には、1975年以降続いていたベトナム難民の受入れをめぐる難民偽装問題等があると指摘されている<sup>14</sup>。その後、国内では1979年に国際人権規約(A規約およびB規約)が発効し、日本は国際人権保障規準を法的にも遵守する国となった。81年6月5日には難民条約および同議定書への加入が国会で承認されている。同日には、同条約を実施するための「難民の地位に関する条約等への加入に伴う出入国管理令その他関連法律の整備に関する法律」が国会で成立した。そして、同法律、難民条約、および同議定書はいずれも翌82年1月1日に発効したことに伴い、出入国管理令は「出入国管理および難民認定法」へと改正されるに至ったのである。それ以降、2006年5月16日改正法案の成立に至るまで、入管法改正は年単位で27回(全42回)に及び、2003年からは4年連続の改正がなされている<sup>15</sup>。

なお、ノン・ルフールマン原則については、第53条3項においてすでに国内法としてこれを受容していることが明らかである。すなわち、同項によれば、「法務大臣が日本国の利益又は公安を著しく害すると認める場合を除き、前2項の国には難民条約第33条第1項に規定する領域の属する国を含まないものとする」。ゆえに、日本国内において、同原則に関する直接的な権利救済の根拠となるのは国際法としての難民条約

第33条1項ではなく、国内法としての入管法第53条3項となる。

## 2 「退去強制令書」発付処分をめぐる争点

### (1) 在留特別許可申請と退去強制令書発付処分

さて、これまでの日本における不法滞在者の退去強制は、およそ3つの段階を通じて判断がなされてきた。すなわち、入国及び在留の是非は第1段階として「入国主任審査官」が審査する。在留要件を充たさない場合、入国主任審査官による収容令書（収令）又は退去強制令書が発付される。本処分に対して異議のある場合、第2段階として当該外国人は「入国管理局特別審理官」に対して口頭審理を請求することができる。さらにその不認定処分に対して異議のある場合には、第3段階として「法務大臣」に対して異議の「申出」をすることができる。これに対して異議の申出に理由がないと認める場合でも、一定の要件を充たした場合には、法務大臣は「在留特別許可」をすることができる。他方、法務大臣がこの申出に対して理由がない旨を裁決した場合、「退去強制令書」発付処分が入国主任審査官によって行われる。そして、これを不服とした場合に、裁判を通じて当該退去強制令書発付処分の取消請求が行われてきた。

これに対して、難民申請については、従来まで原則として当該外国人が本邦に上陸した日から60日以内に行われなければならなかった。当該人が難民申請をする場合もこれを単独では行えず、上記の手續と並行しておこなわれていたのである。すなわち、難民該当性の第1次審査については「難民調査官」の調査等を通じて法務大臣がその可否を認定し、不認定の場合はその旨を書面で当該外国人に通知する。不認定処分に異議のある場合は、その通知を受領した日から7日以内に法務大臣に対して異議を申し出

ることができる。そして、当該異議に対する第2次審査の結果として、法務大臣が最終的な決裁を行うとされていたのである。なお、在留特別許可および退去強制の手續等はほぼ不法滞在者の場合に準じている。

ここにおいて、双方に関して問題とされてきたのが、在留特別許可をめぐる法務大臣の裁決の客観性である。当該裁決が法務大臣の裁量行為であるとしても、これがどこまで客観的な根拠に基づいてなされるのかが明確ではないという点が、従来から指摘されてきた。たしかに、日本国における出入国管理制度は、排他的性格の強い恩恵的な制度として批判されつつも、厳格な資格要件の下で自国民以外の者を受け入れるとする趣旨で営まれてきたといえる<sup>16</sup>。しかし、このような批判にもかかわらず、長年にわたりその実態が改善されなかった背景には、従来から退去強制と在留許可をめぐる最高裁判所の姿勢が、人権保障よりもむしろ制度維持に重点がおかれてきたからであるといえよう<sup>17</sup>。ゆえに、厳格な制度運用の下においても、法務大臣による裁決については現在に至るまで直接的な処分性を認める立場が通説である<sup>18</sup>。

### (2) 「法務大臣による裁決」の処分性が否定された地裁例

もっとも、地裁判決の段階ではあるが、近年において「法務大臣の裁決の非処分性」を前提として判決が下された例がある。いずれも、同一裁判長による判決ではあるが、「長期不法滞在者の在留許可問題」および「難民認定処分問題」をめぐる新たな判断が下された事例といえる。以下、その要点について若干の整理を行うこととする。

#### a. 長期不法滞在者在留許可問題をめぐる事例

近年における、長期不法滞在者在留許可問題をめぐる事例としては、「東京地裁平成15年9月

19日判決」が挙げられる<sup>19</sup>。本件は、長期不法滞在外国人への東京入国管理局主任審査官「退去強制令書」に対する取消請求、および法務大臣による異議申出棄却裁決に対する取消請求が認容された事例である。現在、日本には約20万人の外国人が不法に滞在しているとされる<sup>20</sup>。彼らの多くは、不法就労者として低賃金の単純労働に従事してきた。これに対して、今日の日本社会は、一向に減少しない不法滞在者を国外退去させようとする半面、事実上彼らの労働力によって産業の一端が支えられているという矛盾に直面してきている。本件は、こうした不法滞在外国人家族の問題につき、イラン人の原告家族4人が「善良な市民としての生活基盤」が日本にあることを理由として、全員の退去取消しを裁判で初めて認めたものである。裁判所は、本件に関して3つの主要な争点を挙げて検討している<sup>21</sup>。その内、第1の争点として挙げられたのが、「(入管)法49条1項の異議の申出に対する裁決の処分性および退去強制令書発付処分における主任審査官の裁量の存否」である。

判示によれば、法49条の諸規定に基づき、法務大臣の裁決結果は主任審査官に対してのみ通知することとなっている。また、理由ありと裁決した場合には、単に主任審査官が当該容疑者を放免すべきことを定めているに過ぎない。すなわち、いずれの場合においても法務大臣が当該容疑者に直接応答することは予定されていない。ゆえに、法49条3項の裁決は、退去強制手続を担当する行政機関の内部的決裁行為であり、行政事件訴訟法3条3項の「裁決」には当たらない。なお、本件において被告法務大臣は、同裁決について裁決書が作成されていないことを認めており、そのような事務取扱いが平成13年法務省令76号に基づく法施行規則43条2項の改正に至るまで、長年にわたって継続されていたことを認めている<sup>22</sup>。また、このことは法改正の

経緯、および被告法務大臣による裁決書不作成の事実に表示される、当該取扱事務に関する慣例等に照らしても明らかである。このように、本判決の前提論として、裁判所は法務大臣裁決の処分性につき、法の趣旨および実務上の根拠から当該裁決を内部的決裁行為に過ぎないと判断している<sup>23</sup>。したがって、退去強制令書発付処分において、退去強制の実体規定である法24条の認める裁量は、具体的には、退去強制に関する上記手続規定を介して主任審査官に与えられる、とする<sup>24</sup>。

#### b. 難民不認定処分問題をめぐる事例

つぎに、難民不認定処分問題をめぐる事例としては、「東京地裁平成16年2月26日判決」が挙げられる<sup>25</sup>。本件は、アフガニスタン国籍を有するイスラム教シーア派ハザラ人の原告に対する難民不認定処分について、同処分の無効確認がなされるとともに、同人に対する退去強制令書発付処分が、難民条約第33条に違反する違法なものであるとして取消された事例である。本判決は、アフガニスタン国籍を有するイスラム教シーア派ハザラ人の原告に対する難民不認定処分につき、難民条約に照らした重大な違法性を理由に初めて無効と判断した事例である。裁判所は、本件につき二つの主要な争点を挙げている。その第1が、法49条1項の異議の申出に対する裁決の処分性と違法性の問題である<sup>26</sup>。そして、上述の平成15年9月19日判決と同様の根拠に基づいて、法49条1項の異議の申出に対する法務大臣の裁決には直接的な処分性が存在しないと判示する<sup>27</sup>。ただし、当該処分の権限がどこに帰属し、それに対してどのように異議を申し立てることができるのかを、裁判所は明示していない。

また、本件判決は前掲判決と同様に、法49条1項が、行政庁に対する不服申立てについての一般的な法令用語である「異議の申立て」を用

いずに、「異議の申出」との用語を用いていることから裏付けられる、とする。判示によれば、現在においては、法令用語としての「異議の申出」と「異議の申立て」は通常区別して用いられ、「異議の申出」に対しては応答義務さえないか、又は応答義務があっても、申立人に保障されているのは形式的要件の不備を理由として不当に申出を排斥されることなく何らかの実体的判断を受けることだけである場合に用いられている<sup>28</sup>。

### (3) まとめ

以上、これらの判決の趣旨に照らすならば、入管法第49条3項に関する法務大臣の解釈行為を、一応は行政機関における内部的決裁行為と解釈することも可能である。「法務大臣の裁決の非処分性」を前提とするならば、法手続上、退去強制令書発付に係る法務大臣裁決の影響力は極めて制約されることになり、不法滞在者に対する在留許可の本質についても、より強く人権保障の観点から捉えることが可能となろう。しかし、すでに述べたとおり、現在まで法務大臣による裁決については直接的な処分性を認める立場が通説である。また、仮に同裁決が行政組織間の内部的行為であったとしても、これはいわば行政上の指揮監督権行使の一形態であり、時には法規解釈上、行政権による「有権的解釈を示し、実質的には法規的意義をもつことがある」といえる<sup>29</sup>。このことから、実質的には、行政実務において法務大臣の裁決行為が当該審査官の行政行為に決定的な影響を与えることは明らかであったといえよう。なお、同年には本件原告と同時期に摘発されたアフガニスタン人の難民認定をめぐる判決において、東京地裁は法務大臣の裁決と東京入管主任審査官の退令発付処分の取消しを命じている。ただし、同事件における退令発付処分の適法性については、法

務大臣の裁決に処分性を認めている<sup>30</sup>。また、裁決の非処分性を前提としたこれら原判決の趣旨は、いずれも上級審において退けられており、本件原告等はともに敗訴している<sup>31</sup>。

## II 難民審査参与員制度導入の評価と課題

### 1 難民審査参与員制度の導入経緯と内容

#### (1) 難民問題に関する専門部会の答申

しかし、2002年5月に中国瀋陽で発生した「日本総領事館における亡命者連行事件」は、難民の受け入れに対する日本の対応改善を強く促すこととなった<sup>32</sup>。国際法上における「在外公使館の不可侵原則」を侵害して、中国の武装警察が総領事館内の北朝鮮亡命者を連行した事件は、改めて日本における難民認定の問題を国際社会に露呈する結果となったのである<sup>33</sup>。こうして、同年には不法滞在者外国人問題および難民認定問題に 대응するために、「難民問題に関する専門部会」が法務大臣の私的諮問機関として設置された。同専門部会は、「法務大臣が各方面の有識者に対し、難民認定制度の今後のあり方について広く諮問し、その議論を今後の法務行政に生かす」ことを設置趣旨としている。これは、当時既に存在していた法務大臣の私的懇談会である「出入国管理政策懇談会」の中に、新たに設置された諮問機関である。同専門部会は複数の主要な議題について審議し、2003年12月に出入国管理政策懇談会を通じて最終報告書を法務大臣に提出している。これらは、①いわゆる「60日ルール」について、②難民認定申請中のものの法的地位について、および③不服申立ての仕組みについての報告である。同専門部会は8名の委員からなり、全18回の会合を実施している<sup>34</sup>。同答申のうち、特に、「不服申立ての仕組みについて」への提言は、上述した「法務大臣の裁決の処分性」問題の解決に大きな示唆を与えることとなった。同専門部会は、まず「主要国におけ

る不服申立制度」として、イギリス、フランス、ドイツにおける難民認定行政の特徴について分析を行っている<sup>35</sup>。

これらを踏まえた同専門部会の提言によれば、従来の難民認定に関する処分事務や不服申立手続の事務のいずれについても、法務省入国管理局職員のみによって手続が進められている点などにおいて、公平性・中立性が必ずしも十分ではないことが問題である。したがって、難民認定業務に対する信頼性を高めていくためにも、複数かつ奇数からなる第三者（難民調査官などの法務省入国管理局職員ではない専門家）を不服申立ての審査手続に関与させることを提言する。その際に配慮すべき点は、①公平性、客観性、②専門性、③迅速性、および④行政改革の趣旨である。さらに、第三者関与の在り方については、現行制度のように法務大臣が統一的観点から最終的な判断を行うことが好ましいことから、これが独自の裁決・決定権を有する第三者機関の設置よりも、むしろ法務大臣に対する諮問機関として関与することが望ましい。その理由として、第三者機関に独自の裁決・決定権を付与した場合、最終判断に至るまでの長期化、判断の統一性の損失、および独立機関創設に伴う行政組織拡大への懸念等が挙げられている。そして、当該第三者機関として、専門委員制度の導入が提言された。提言によれば、同制度は複数の第三者が一つの結論に達することを義務付けず、協議の上で共同意見または第三者による個別意見のいずれの答申も可能とする。各案件の審理の進め方や報告書の形式などに関しても、第三者である専門委員の判断に委ねてよい。その上で、専門委員制度を有効に機能させるためには、不服申立審査手続の改善も必要である<sup>36</sup>。

## (2) 改正法の要点と新制度の内容

こうした議論を経て、2004年に改正された入管法が「平成16年6月2日法律第73号」である。このうち、主に不法滞在者対策に関わる部分については2004年12月2日に、また難民認定に関する部分は2005年5月16日に、それぞれ施行された。法務省入国管理局によれば、今回の大幅な法改正は主に日本における「不法滞在者」と「難民」にそれぞれ対処するためであると説明されている<sup>37</sup>。すなわち、前者に関しては、当時において推計25万に及ぶ不法滞在者が、治安に対する国民の不安が増大させていることが、改正理由として挙げられている。よって、「厳格な出入国審査を実施し、不法滞在者の摘発を抜本的に強化するほか、不法滞在者自らが本邦での不法滞在状態を終了し帰国することを促す施策を実施するとともに、不正な手段により上陸許可を受けて合法滞在を装う実質的な不法滞在者を排除する必要がある<sup>38</sup>」。また、後者の改正理由としては、当時までの難民申請者に対する認定率が例年申請者の1%にも満たない状況が続いていた事実が挙げられよう。ゆえに、同改正法には、難民対策を通じた人権配慮の姿勢を国内外に示そうとした意図が窺える。とりわけ、「難民審査参与員制度」の設置は、これまでの「退去強制令書」をめぐる問題の解決に向けたひとつの回答として理解することができる。

難民審査参与員制度は、難民認定手続の公平性・中立性を高める観点から、第三者を不服申立ての審査手続に関与させる目的で導入された。改正法に新設された、第61条の2の9第1項によれば、難民の不認定処分を受けた当該人は法務大臣に対して異議の「申立て」をすることができる。旧法関連条文における「異議申出」という表現は改められることとなった<sup>39</sup>。また、同条第3項によれば「法務大臣は、第1項の異議申立てに対する決定にあたっては、法務

省令に定めるところにより、難民審査参与員の意見を聴かなければならない」ことになった。第61条の2の10によれば、若干名の難民審査参与員が法務省内に置かれ、当該異議の申立てについて、難民の認定に関する意見を提出する(第1項)。難民審査参与員は、法律または国際情勢に関する学識経験を有する者のうちから、法務大臣が任命する(第2項)。その理由として、難民認定手続の基礎となる証拠収集の困難性、審査・判断への正確な海外情勢の反映の必要性、および条約の適切な解釈の必要性などが挙げられている<sup>40</sup>。また、同参与員の任期は2年として再任を妨げず(第3項)、非常勤としての任務にあたることとなる(第4項)。これには、法曹関係者のみならず複数の職業分野から民間人を任命している。なお、その任期は2年である。実際には、3人の参与員が一組で審査に関与し、東京入管に5班が、また大阪入管に1班が配置された<sup>41</sup>。

したがって、難民審査参与員制度を導入することにより、難民認定手続と退去強制手続は一連の手続として進められることになった。というのも、2004年度改正以前においては、不法滞在者に関する退去強制手続と難民認定手続は別個独立の手続として、並行して行われていたからである。このために審理過程が複雑となり、審理期間の長期化に伴って当該人の法的地位が不安定になりかねないと指摘されていた。本制度は、不法滞在者である難民認定申請中の者の法的地位の安定化を図ることも目的としている。本制度発足に伴い、難民認定申請を行う上での申請期間の制限(原則として本邦から上陸等した日から60日以内)は撤廃された。また、「仮滞在許可制度」が設置され、仮滞在許可を受けた者については、退去強制手続を停止して難民認定手続を先行して実施することになった。さらに、難民認定された者で一定の要件を充たす場

合には、一律に在留が認められることになったのである。

なお、2005年に同参与員から意見書が提出された案件は48件ある。この内、難民該当性を認めるものが5件、認められないものの在留配慮の要ありとするものが10件となっている。入国管理局によれば、これまでのところ、法務大臣が参与員の意見と異なる処理をした例はなく、意見が分かれた場合は多数意見が尊重されている、と報告されている<sup>42</sup>。

## 2 難民審査参与員制度の評価と課題

### (1) 国内法上の評価と課題

この大幅な入管法改正によって、従来の難民認定制度の手続は整理され、以前よりも申請人の法的地位の安定性を早期に確保することが可能となった。また、在留許可をめぐる従来の法務大臣に対する不服申立手続については、民間人である参与員に意見を述べるのが可能となったために、在留許可審査に透明性が確保され、裁決上の公平性と客観性についての改善が期待されつつある。他方、大臣の裁決を処分として捉えないとした東京地裁の見解もまた、同法改正により「難民認定参与員制度」との関係ではもはや維持できなくなったといえる。なぜならば、改正法に新設された、第61条の2の9第1項によれば、難民の不認定処分を受けた当該人は法務大臣に対して異議の「申立て」をすることができることとされ、旧法関連条文における「異議申出」という表現は改められることとなったからである<sup>43</sup>。同改正を通じて、法務大臣の裁決はむしろ決定的な効力をもつこととなり、結果としてこれを受ける主任審査官には裁量が認められないことも明らかとなったといえる。

また、難民審査参与員制度については、すでに発足時から民間19人の選定に批判が寄せられている。法務省令では「異なる専門分野の参与

員で構成されるように配慮する」としながらも、今回の構成員には難民問題への正確な理解者が少ないと指摘されているのである<sup>44</sup>。さらに、問題とされているのは、参与員への意見陳述に先立ち、法務省が1次審査で不認定と判断した根拠の資料を開示しないとしている点である。不開示理由としては、異議申立ての手續は行政不服審査法に従って進められており、同法は証拠資料の閲覧を想定していないことが挙げられている。これに対して、弁護側の中には難民認定制度の中立性に対する疑問から意見陳述に本人を出席させず、不認定処分異議がある場合は直接裁判に訴える動きが出ているのである<sup>45</sup>。これに関連して、例えばドイツでは1次審査決定に対する異議申立てが激増した結果、異議申立手續制度自体が機能麻痺に陥った経験があると指摘される<sup>46</sup>。この点においても、本改正で残された第1次の審査および決定の体制の充実が強く望まれる。

## (2) 国際法上の評価と課題

なお、UNHCRは、同入管法改正に際して2004年5月16日付けの「見解」を示している。同見解によれば、難民審査参与員制度については、これによって庇護に関する「決定の質と迅速性の問題が改善される可能性があり、前向きな進歩といえる」と評価する(第20パラグラフ)。しかし、依然として本制度が法務省の管轄下にとどまっている点に関する問題性も指摘している(第21パラグラフ)。すなわち、「本質的に、庇護の訴えを調査および決定をするための設立機関は、独立して、純粹に人権およびその他の庇護に関する考慮に基づいた意思決定を確保するものであって、出入国管理または外交政策といったその他の考慮には影響されない。…しかし、全ての庇護に関する決定は法務大臣によって行われることになるため、当該異議申立

制度は依然として法務省の管轄内にとどまることになり、その意思決定が第一審の機関からは独立しないことになる。さらに、改正法草案の規定よれば、法務省に対する『難民参与員』の意見の拘束性については明確にされていない」と指摘されているのである<sup>47</sup>。ここには、法務大臣主体による裁決の客観性に対する、依然とした国際社会の疑問が示されている。

また、不法滞在者に関しては、同改正法においても不法就労者の生活実態を踏まえた一層の改善が望まれている。その際には、前掲「東京地裁平成15年9月19日判決」が示したように、「善良な市民としての生活基盤」への客観的な考慮も重要となろう。この点について、入管法改正後も不法滞在者による異議については、依然として「申出」という表現にとどまったままであり、在留許可に関する第三者の審査及び意見陳述の関与は予定されていない(第49条、第50条)。これらに関連して、2003年に発効した「移住労働者の権利条約」について、日本の取組みの問題が指摘されている。移住労働者権利条約は、1970年代の国際社会における西側ヨーロッパ諸国の経済成長や中東のアラブ石油産出諸国に、大量の労働者が移動してきたことを直接の契機とする。特に、同条約の発効は、非合法的に移住した就労者や、その家族の人権をめぐる深刻な状況に対処するために、国連経済社会理事会および人権委員会が一貫して取り組んできた成果といえる<sup>48</sup>。同条約は、前文および第1部から第9部までの全93ヵ条からなる。前文1段においては、同条約の背景に、世界人権宣言、国際人権規約、女子差別撤廃条約、および子どもの権利条約があることを掲げる。同条約は、非適法な移住と雇用の状態にある労働者の保護を最重要目的とし、適法状態にある労働者を優先させつつも、非適法な労働者の移住と雇用の合法化を目指している。また、第3部(第8条

-35条)は、証明書を所持しないか又は非合法状態にある労働者を含むすべての移住労働者が享有する人権について定めている<sup>49</sup>。

同条約について、日本は条約の制定過程および国連総会の採択に参加しているが、署名をしていない(2006年6月現在)。しかし、日本社会の基盤産業を支える単純労働者の不足は深刻であり、これを担ってきた不法就労の実態は長い間放置されてきたのである。依然として、日本と近隣アジア諸国との生活水準や賃金の格差は大きく、今後とも外国人労働者の超過滞在の傾向と不法就労者問題の増加は避けられないといえよう<sup>50</sup>。日本は、国際人権規約(A・B規約、1979年)、女子差別撤廃条約(85年)、および子どもの権利条約(94年)について、それぞれの締約国となっている。移住労働者権利条約の制定過程における日本の積極的な姿勢や、移住労働者をめぐる日本の実情に照らすならば、同条約を批准する意義は大きい。また、少なくとも同条約は不法滞在外国人労働者に対処する上での強い道義的指針としての拘束性を有する。

## 小結

戦後における外国人に対する日本の入国管理制度の歩みを踏まえるならば、同制度が対外的な国家主権の独立性を優先させて、恩恵的な観点から実施されてきたことは否めない。しかし、1981年に難民条約の締約国となって以降、日本は国内の難民認定制度をより人道的な観点から実施することを、国家として義務づけられてきたはずである<sup>51</sup>。2004年における出入国管理及び難民認定法の改正に関する趣旨からも、この義務は明らかである。難民認定制度とは、人権保障の観点から実施されるべきものであり、単なる不法滞在者対策の延長上に捉えられるべきではない。ここにおいて、今日の国内社会および国際社会は、改めて近代以降における市民社

会の形成過程の中で捉える必要があろう。一人ひとりを自律した人格の担い手として尊重する「人間の尊厳」は、例外を許さない普遍的な原理ではあるものの、未成熟な国際社会では抽象的な理念としてとどまらざるを得ない。しかし、国内憲法秩序において、人間の尊厳はより具体的な権利内容をもつ「個人の尊厳」原理として位置づけられるに至っている<sup>52</sup>。個人の尊厳原理に基づく日本国憲法にとって、新たに保障が求められてきている人権として、難民の権利を捉えていく必要が生じてきているといえる。ゆえに、いくつかの内在的矛盾を抱えながらも、難民審査参与員制度の新たな実施は、難民認定制度の公正な運営を人道的観点から可能にするものとして、国際社会からも期待されているのである。

なお、その後も2度にわたる2005年の法改正を経て、難民審査参与員制度導入から1年後にあたる2006年5月には、早くも新たな改正入管法が成立した(平成18年5月24日法律第43号)。今回の改正の目的は、2004年12月の政府による「テロの未然防止に関する行動計画」を踏まえたものであるとされる<sup>53</sup>。このために永住者も含め、日本に入国する16歳以上の外国人から、強制的に指紋や顔写真等の生体情報を採ることが可能となった。2001年の同時多発テロ事件を契機として、米国ではすでに2004年段階で同様の制度を初めて導入しており、日本もこれを倣ったものとされる。しかし、日本における指紋押捺制度は、長年の議論を経て2000年4月に全廃されてからまだ間もない。本改正法においては指紋押捺対象からの除外者が認められているものの、これらは外交、公用に基づく来訪者、及び在日韓国・朝鮮人等の「特別永住者」等ごくわずかに過ぎない<sup>54</sup>。また、指紋の保有期間は明記されていないことから、個人情報としての指紋が国内外を問わず一般犯罪の捜査に流用される

おそれがあると指摘されている<sup>55</sup>。さらに、法務大臣が「テロ行為の実行を容易にするおそれがあるとみなした場合」、当該外国人を強制退去できるとする規定も新設された<sup>56</sup>。テロ対策の重要性を踏まえつつも、今回の改正法に関する限り、これは難民審査参与員制度導入を通じて示された2004年の抜本的な入管法改正の趣旨からは、少なからず隔たった内容であるといえよう。

## 註

- <sup>1</sup> 2005年における難民認定申請者処理数は327人であり、認定者数は46人、不認定者数249人、および申請を取り下げた者は32人であった。よって、認定者数および不認定者数を分母とする「難民認定率」は約15.6%となり、前年比よりも10.7ポイント増加している。全認定者数の内43人がミャンマー国籍であり、全体の約93%を占める。また、申請者の「入国時の態様」は、合法入国者が303人で申請者全体の79%を占める一方、不法入国者が81人で約21%を占め、昨年と比較して約11ポイント増加している。「申請時の在留態様」の割合は、正規在留者が109人で申請者全体の約28%に留まる一方、不法滞在者（不法入国者、不法残留者）が275人で約72%を占め、昨年よりも約3ポイント増加している（法務省入国管理局ホームページ「平成17年における難民認定者数等について」、2006年、1頁以下、<http://www.moj.go.jp/PRESS/060224-1/060224-1.html>、2006年5月23日検索）。
- <sup>2</sup> 2005年5月施行の改正法以前は、異議の「申出」とされていたが、ここでは便宜的に「異議申立者」に含めた統計となっている。法務大臣に対する異議の申立の処理数は195人であり、認定者15人、不認定者162人、および異議申立の取り下げ者数18人であった。異議審査における難民認定者数は約8.5%であり、前年

比4.8ポイントの増加である。なお、難民とは認定されなかったが、人道的配慮に基づいて在留を認められたものは97人である（同法務省入国管理局ホームページ、2頁）。

- <sup>3</sup> 広部和也・杉原高嶺編集代表『解説条約集2006』三省堂、2006年、208頁。
- <sup>4</sup> F. Ermacora, M. Nowak, H. Tretter (eds.), *International Human Rights*, 1993, pp. 60ff.; 同条項では国籍者の難民に続いて、「及びこれらの事件の結果として常居所を有していた国の外にいる無国籍者であって、当該常居所を有していた国に帰ることができない者又はそのような恐怖を有するために当該常居所を有していた国に帰ることを望まない者」と定義している。
- <sup>5</sup> 国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』三省堂、2005年、675頁。
- <sup>6</sup> 小田滋・石本泰雄編『解説条約集 第10版』三省堂、2003年、150頁。
- <sup>7</sup> 畑博行・水上千之編『国際人権法概論』有信堂高文社、1997年、63頁。
- <sup>8</sup> 世界人権宣言第14条1項は、「すべて人は、迫害を免れるため、他国に避難することを求め、かつ、避難する権利を有する」と規定する。また、国際人権B規約第2条1項によれば、「この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する」として、人権の実現義務を定める。
- <sup>9</sup> ここでは国際法の法源を、従来の実定国際法学の立場から法の発現様式または法定立の方法および手続きという意味で、形式的法源として捉えることとする（經塚作太郎『現代国

際法要論（補訂版）』中央大学出版部、1992年、71頁。

<sup>10</sup> 同書、252頁。

<sup>11</sup> 「文言説」によれば、外国人は規定文言上の「何人」に限定されることになるが、この場合に第22条2項は外国人にも国籍離脱の自由を与えろという矛盾が生じることとなる。また、マクリーン事件最高裁判決（最大判昭和53年10月4日、民集32巻7号1223頁）において、性質上外国人に保障されない人権としては、参政権、社会権、および入国の自由などが挙げられてきた（古野豊秋編『新・スタンダード憲法（補訂版）』尚学社、2005年、53頁）。

<sup>12</sup> 例えば、1930年の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」第1条は、「何人が自国民であるかを自国の法令に基づいて決定することは、各国の権能に属する。この法令は、国際条約、国際慣習及び、国籍に関して一般的に認められた法の原則と一致する限りにおいて、他の国により承認されるものとす」と定める。今日においても、国籍に関する事項はいわゆる「国内管轄事項」とされている。日本は1930年に署名したものの、現在まで批准していない（畑博行・水上千之編『国際人権法概論（第4版）』有信堂高文社、2006年、120頁）

<sup>13</sup> 入国の自由が外国人に保障されないことは、今日の慣習国際法上当然であると解するのが通説・判例である（芦部信喜『憲法（第3版）』岩波書店、2002年、91頁；最大判昭和32年6月19日、刑集11巻6号1663頁）。

<sup>14</sup> ただし、94年には難民到着の機会が減少したことを主な理由として、いわゆるポートピアに対する優先的受入の扱いは廃止された。（島田征夫「難民」『日本と国際法の100年、第5巻』三省堂、2001年、68頁）。

<sup>15</sup> 戦後日本の出入国管理行政は、1950年に外務

省の外局として設立された「出入国管理庁」によって一元的に行われていたとされる。翌51年には、旧連合国との間にサンフランシスコ平和条約が結ばれ、日本は対外的な国家主権を回復した（52年発効）。これによって、日本における入国許可の権限も回復する。ただし、出入国管理令（昭和26年政令319号）は同時期に制定されたが、施行されたのは同平和条約発効以前であり、依然として連合国軍関係者に対する入国許可権限は認められていなかった（同令第2条）。このため、同平和条約発効に伴って同令は改正され、当該適用除外は廃止された。同改正令第2条2項によって、日本における外国人とは「日本の国籍を有しないもの」とされるに至ったのである。平和条約締結後、出入国管理行政は正式に国内行政として法務省に移管されることになり、法務省の内局として「入国管理局」が設置された。

その後、日本は1978年に国際人権規約（A規約およびB規約）に署名し、翌79年に同規約は発効する。さらに、81年6月5日には難民条約および同議定書への加入が国会で承認された。同日には、同条約を実施するために整備された「難民の地位に関する条約等への加入に伴う出入国管理令その他関連法律の整備に関する法律」が国会で成立した。同法律、難民条約、および同議定書の発効はいずれも翌82年1月1日である。これによって、出入国管理令は「出入国管理および難民認定法」へと改正されるに至った（畑野勇、倉島研二他『外国人の法的地位』信山社、2000年、104頁以下、144頁）。

<sup>16</sup> これに言及したものとしては、例えば「在留特別許可の許否は、…法務大臣の広範囲な自由裁量に属する恩恵的な措置である」と判示した下級審判決がある（東京高判昭和52年12

月12日、訴月23卷12号2204頁；巨理格「退去強制手続の構造と取消訴訟(上)」『判例時報1867号』、2004年、156頁)。

- <sup>17</sup> 退去強制と在留許可をめぐる外国人の人権保障に関して、最高裁判所の姿勢はおよそ「出入国システム優位説」及び「基本的人権優位説」に分類される、と指摘される。前者の立場からは、在留外国人の基本的人権は出入国システムの枠で保障されるに過ぎない。一方、後者は基本的人権が外国人を含めたすべての人権に及ぶことを前提とする。ゆえに基本的人権優位説によれば、権利の性質上は日本国民と異なる制約が外国人に課せられるものの、出入国システムも基本的人権の射程に含まれることとなる(武市周作、「公法判例研究(3)、東京地裁平成11年11月12日」『法学新報108巻11・12号』、2002年、230頁以下)。
- <sup>18</sup> なお、異議に対する直接的な裁決とは異なるものの、在留特別許可に関する法務大臣の裁量性を認める判決がある(最三小判昭和34年11月10日、民集13巻12号493頁)。判示によれば、法50条1項に基づく「不法滞在者に対する在留特別許可」の付与については、これが基本的に法務大臣の裁量権の範囲であること、および、その範囲が極めて広範なことは、我が国の判例においては既に確立しているとされる。ただし、これは「難民条約」の批准に基づく「出入国管理及び難民認定法」の改正(ともに1981年)以前のものである。ゆえに、「広汎な」法務大臣の裁量権であれ、これが憲法、条約、および法律により制約を受けることは、法治国家原則から考えても当然のことである(山下威士「判例評論509号、東京地裁平成11年11月12日」『判例時報1746号』、2001年、206頁)。また近年では、行政の裁量行為についても羈束裁量と自由裁量の相対化が説かれ、裁量の存否の判断については「多様な

判断視角を総合的に考慮」する必要があるとされる。ゆえに、政治的・政策的判断の必要性だけから裁量を根拠づけるのは問題である(武市周作、前掲公法判例研究、228頁以下)。

- <sup>19</sup> 平成12年(行ウ)第211号 退去強制令書発付処分取消「等取消」請求事件、判例時報1836号46頁；拙稿「公法判例研究」『法学新報111巻1・2号』、2004年、397頁以下。
- <sup>20</sup> 法務省入国管理局統計によれば、平成18年1月1日現在における不法残留者の数は193,745人であり、1年前の統計よりも13,554人減少している。その内、最も多いのは韓国籍の者(40,203人)であり、次いで中国籍の者(31,074人)である(法務省入国管理局ホームページ「本邦における不法残留者数(平成18年1月1日現在)」、<http://www.moj.go.jp/PRESS/060324-2/060324-2.pdf>、2006年9月21日検索)。
- <sup>21</sup> その他の争点として、②本件各裁決における裁量権行使の濫用・逸脱の存否、③本件各退去令発付処分の違法性の存否が挙げられている。
- <sup>22</sup> 改正後の法施行規則43条2項は、法49条5項に規定する主任審査官による容疑者への通知は、別記61号の2による裁決通知書によって行うものとするを定める(前掲判決、10頁、12頁)。
- <sup>23</sup> 内部行為とは、行政組織の内部で一般に上級者が下級者に対し、命令、示達する行為を指す。これは行政主体と国民の間との間の権利義務には直接関わらないものであり、例えば、通達や職務命令等が挙げられる(原田尚彦『行政法要論(全訂第4版)』学陽書房、1999年、124頁)。
- <sup>24</sup> その結果、退去強制令書発付の是非(効果裁量)、及び発付する場合におけるその時期(時の裁量)について、主任審査官には裁量が認められているというべきである。このような

解釈は、行政法の解釈において伝統的に認められる行政便宜主義や、警察比例の原則の考え方のみならず、憲法13条の趣旨等に基づき、権力的行政一般に比例原則を認める考え方によっても肯定されるべきものである（前掲判決、12頁以下）。

<sup>25</sup> 平成14年（行ウ）第2号、同第88号、同第90号、退去強制令書発付処分取消等請求事件、出典 最高裁判所下級裁主要判決情報；拙稿「公法判例研究」『法学新報112巻3・4号』、2005年、247頁以下、<http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanrei.nsf/webview/A52F13AAA1F2321649256E6E00029324/?OpenDocument>。

<sup>26</sup> これに続く第2の争点は、は原告の難民該当性の問題である。

<sup>27</sup> 同判決、14頁。

<sup>28</sup> 例えば、平成16年2月26日判決はおよそ以下のように判示する。昭和37年に訴願法を廃止するとともに行政不服審査法（昭和37年法第160号）が制定されたが、同法は、行政庁に対する不服申立てを「異議申立て」、「審査請求」及び「再審査請求」の3種類（同法3条1項）に統一し、これに伴い、行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律（昭和37年法律第161号）は、それまで各行政法規が定めていた不服申立てのうち、行政不服審査法によることとなった行政処分に対する不服申立ては廃止するとともに、行政処分以外の行政作用に対する不服申立ては前記3種類以外の名称に改め、そうした名称の一つとして「異議の申出」を用いることとした。…（中略）そして、現在においては、法令用語としての「異議の申出」と「異議の申立て」は通常区別して用いられ、「異議の申出」に対しては応答義務さえないか、又は応答義務があっても申立人に保障されているのは形式的要件

の不備を理由として不当に申出を排斥されることなく何らかの実体的判断を受けることだけである場合に用いられる用語であるのに対し、「異議の申立て」は、内容的にも適法な応答を受ける地位、すなわち手続上の権利ないし法的地位としての申請権ないし申立権を認める場合に用いられる用語として定着しているということができる。したがって、数次にわたる改正を経てもなお「異議の申出」の用語が用いられている法49条1項の異議の申出は、これにより、法務大臣が退去強制手続に関する監督権を発動することを促す途を開いているものではあるが、同異議の申出自体に対しては、被告の応答義務がないか、又は、応答義務があっても、形式的要件の不備を理由として不当に申出を排斥されることなく何らかの実体判断を受けることが保障されるだけであり、申出人に手続上の権利ないし司法的地位としての申請権ないし申立権が認められているものとは解されない（最高裁第一小法廷判決昭和61年2月13日民集40巻1号1頁は、土地改良法96条の2第5項及び9条1項に規定する異議の申出につき、同種の判示をしている。）。よって、法49条1項の異議の申出に対してされる法49条3項の「裁決」は、不服申立人にそうした手続的権利ないし地位があることを前提とする「審査請求、異議申立てその他の不服申立」に対する行政庁の裁決、決定その他の行為には該当せず、行政事件訴訟法3条3項の裁決の取消しの訴えの対象となるということとはできない（同判決、15頁以下；前掲東京地判平成15年9月19日、11頁以下）。

<sup>29</sup> 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典（第2版）』有斐閣、2003年、920頁。

<sup>30</sup> すなわち、退去強制手続において、法務大臣から「異議の申出は理由がない」との採決を

した旨の通知を受けた場合、主任審査官は、速やかに退去強制令書を発付しなければならないのであって、退去強制令書を発付するにつき裁量の余地はないから、本件採決が適法である以上、本件退去令発付処分も当然に適法であるというべきである（東京地裁判決平成16年12月2日、下級裁主要判決情報、19頁、<http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanreinsf/webview/5A97B1E2998CC59649256F65002AE7D4/?OpenDocument>, 2005年1月13日検索）。

<sup>31</sup> 東京高判平成16年3月30日（平成15年（行コ）第247号）・最判平成18年10月10日（平成16年（行ツ）第176号）、および東京高判平成16年8月31日（平成16年（行コ）第114号）参照。

<sup>32</sup> 朝日新聞、2002年5月9日。

<sup>33</sup> 1963年に国連で採択された「領事関係に関するウィーン条約」第31条1項は、領事機関の公館の不可侵を規定する。同条約は日本においても1983年に発効している。

<sup>34</sup> この点については、（入国管理局フロントページ「難民問題に関する政策部会について」、<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan13.html>）参照。

<sup>35</sup> イギリスの場合、難民認定行政は出入国管理行政の一環として行われており、不服申立てについても「入国管理不服審査機構」による審査を受けることとなる。同機構は、審判官による審査と入国管理不服審判所による審査の二階層制が採用されており、同制度は特別裁判所としての司法的性格が強められている。同機構の判断に不服のある者は、司法裁判所たる「控訴院」等に上诉することができる。フランスの場合、難民認定に関する1次処分を行うのは「フランス難民及び無国籍者保護局（OFPRA）」であり、同局の判断に対する行政上の不服申立手続は存在しない。同局の

判断に不服のある者は、難民独自の特別な行政裁判所たる「難民不服申立委員会（CRP）」に対して提訴して審査を求めることになる。CRPの判決に不服のある者は、最高行政裁判所たる「コンセイユ・デタ」に上诉することができる。同様に、ドイツの場合、庇護手続法第11条に基づいて難民認定に関する1次処分を行うのは「連邦外国人難民認定庁」であり、同庁の判断に対する行政上の不服申立手続は存在しない。同庁の判断に不服のある者は、行政訴訟を取り扱う州の「行政裁判所」に提訴して審査を求めることになる。また、当該裁判所判決に不服のある者は、「高等行政裁判所」に対して控訴することができる（入国管理局フロントページ「難民認定制度に関する検討結果（最終報告）」、<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan13-16.html> #5、6頁以下、2005年1月18日検索）。また、フランスおよびドイツの難民認定手続と UNHCR との関わりについては、（本間浩『国際難民法の理論とその国内的適用』現代人文社、2005年、109頁以下）参照。

<sup>36</sup> 前掲入国管理局フロントページ「難民認定制度に関する検討結果（最終報告）」、8頁以下。

<sup>37</sup> その他の改正要点としては、精神障害者に対する上陸拒否事由の見直し（拒否対象者の制限緩和）が挙げられている（入国管理局フロントページ「第159回国会において出入国管理および難民認定法の一部を改正する法律（平成16年6月2日法律第73号）」について、<http://www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan21.html>, 2005年1月18日検索）。

<sup>38</sup> 不法滞在者対策（平成16年12月2日施行部分）としては、不法入国罪等に関する罰金額の上限が引き上げられること、外国人に対する我が国への上陸拒否期間の見直し、不法残留（オーバーステイ）者に対する出国命令制度の新

設、および在留資格取消制度の新設などが挙げられている。

<sup>39</sup> 旧第61条の2の4によれば、「次に掲げる処分に不服がある外国人は、それぞれその通知を受けた日から7日以内に、法務省令で定める手続により、不服の理由を記載した書面を提出して、法務大臣に対し異議を申し出ることができる。この場合には、行政不服審査法による不服申立てをすることができない」と規定していた。

<sup>40</sup> 前掲入国管理局フロントページ、「第159回国会において出入国管理および難民認定法の一部を改正する法律（平成16年6月2日法律第73号）について」。

<sup>41</sup> 読売新聞、2005年5月3日、[http://news/yomiuri/seiji/20050503/20050503i104-yol.html](http://news.yomiuri/seiji/20050503/20050503i104-yol.html)；共同通信、2005年5月16日、<http://headlines.yahoo.co.jp/hl?a=20050516-00000008-kyodo-soci>。

<sup>42</sup> 前掲入国管理局ホームページ「平成17年における難民認定者数等について」、7頁。

<sup>43</sup> 旧第61条の2の4によれば、「次に掲げる処分に不服がある外国人は、それぞれその通知を受けた日から7日以内に、法務省令で定める手続により、不服の理由を記載した書面を提出して、法務大臣に対し異議を申出ることができる。この場合には、行政不服審査法による不服申立てをすることができない」と規定していた。

<sup>44</sup> 朝日新聞、2005年5月17日。

<sup>45</sup> 同制度発足に際して、全国の難民申請の約半数近くに関与する弁護士による「全国難民弁護士団連絡会議」はその手続への参加を拒否している（朝日新聞、2005年7月23日）。

<sup>46</sup> 本間浩、前掲書、133頁。

<sup>47</sup> “*UNHCR’s Comments on the Bill to Reform the Immigration Control and Refu-*

*gee Recognition Act of Japan* 19 May 2004, Tokyo Japan”, para.20, 21 at [http://www.unhcr.or.jp/protect/pdf/040520comm\\_e.pdf](http://www.unhcr.or.jp/protect/pdf/040520comm_e.pdf) (as of 23 May, 2005)。

<sup>48</sup> 一般的に不法就労者は、「非適法」状態で就労するために極めて悪い雇用条件の下におかれてきた。この問題については国際連盟とともに1919年に発足した、「国際労働機関 (International Labour Organization, ILO)」が条約策定と勧告の採択を通じて取り組んできている。その結果、1975年には「不正な条件による移住及び移住労働者の機会と処遇の平等促進に関する条約 (Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant)」と勧告がILO総会で採択されている。その後、ILO条約は発展的に西ヨーロッパに影響を及ぼしていくこととなる。旧ECを中心とした70年代の急速な経済成長と西ヨーロッパの統合傾向は、人々の自由な移動と人権の地域的保障を促すこととなった。そして、79年に「欧州審議会 (Council of Europe)」を通じて採択されたのが、「移住労働者の法的地位に関するヨーロッパ条約 (European Convention on the Legal Status of Migrant Workers)」である。こうした動きは、より普遍的な移住労働者の権利保護に向けて、国連に働きかけることになった（金東勲『国連・移住労働者権利条約と日本』部落解放研究所、1992年、2頁以下、19頁以下、国際法学会編 前掲書、28頁）。

<sup>49</sup> 同条約は、正式名称を「すべての移住労働者及びその家族構成員の権利の保護に関する国際条約 (International Convention on Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of Their Families)」といい、1990年に国連総会で採択された。同条約第30

条は、子どもが平等に教育を受ける権利を定める。特に公立学校においては、これが本人又は両親の非適法状態によって拒否又は制限されないとする（金東勲、前掲書、132頁以下、松井芳郎・薬師寺公夫他編『国際人権条約・宣言集（第3版）』東信堂、2005年、548頁以下；<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r158.htm>）。

<sup>50</sup> 金東勲、前掲書、30頁以下。

<sup>51</sup> 難民条約第35条1項によれば、「締約国は、国際連合難民高等弁務官事務所又はこれを承継する国際連合の他の機関の任務の遂行に際し、これらの機関と協力することを約束する」と定め、条約実施に際する締約国の協力を義務づけている。

<sup>52</sup> 日本国憲法第13条前段は、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であって、これは「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理を表している。第14条は「人格の平等」原理を規定しており、13条と14条と相まって、日本国憲法が「人格」原理を基礎とすることを明らかにするものである。人格の尊厳原理は二つのことを要請する。第1に、およそ公的判断が個人の人格を適正に配慮するものであることを要請する。第2に、そのような適正な公的判断を確保するための適正な手続を確立することを要求するものである。また、今日の憲法学において、「人間の尊厳」は具体的な生命権との関連から、生殖技術や生命操作等の生命倫理問題の法的規律に関するキーワードとして用いられてきている（佐藤幸治、『憲法（第三版）』青林書院、1995年、444頁；根森健編著『資料集・人権保障の理論と課題』尚学社、2002年、38頁以下；嶋崎健太郎「生命の権利と人間の尊厳」『日独憲法学の創造力（上巻）』信山社、2003年、311頁以下；拙稿「人

権保障の基本原則に関する比較法的考察」『法学新報109巻5・6号』、2003年、297頁以下）。

<sup>53</sup> 入国管理局ホームページ（「第164回国会において成立した「出入国管理及び難民認定法の一部を改正する法律（平成18年5月24日法律第43号）」について」、[http://www.immi-moj.go.jp/keiziban/happyou/20060524\\_law43.pdf](http://www.immi-moj.go.jp/keiziban/happyou/20060524_law43.pdf)）参照。

<sup>54</sup> 米国においては、移民等の永住資格者を指紋押捺対象から除外している（朝日新聞、2006年5月17日）。

<sup>55</sup> これは、2005年改正による新設第61条の9に基づくものである。すなわち、同条第1項により、法務大臣は、入管法の規定に「相当する職務を行う外国の当局に対し、その職務の遂行に資すると認める情報を提供することができる」ことになっている（朝日新聞、2006年5月11日、15日）。

<sup>56</sup> 新設第24条の3の2によれば、「公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金の提供等の処罰に関する法律第1条に規定する公衆等脅迫目的の犯罪行為、公衆等脅迫目的の犯罪行為の予備行為又は公衆等脅迫目的の犯罪行為の実行を容易にする行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由があるとして法務大臣が認定する者」は、本邦からの退去を強制することができることとなった（法務省ホームページ「第164回国会（常会）提出主要法律案」、<http://www.moj.go.jp/HOUAN/NYU-KANHO05/refer04.pdf>、2006年9月27日検索）。