

難民申請者に対する退去強制と 裁判を受ける権利—試論

大野友也

1. はじめに

近年、難民申請者が申請却下処分に対する異議申立を行い、その異議申立が棄却された直後に強制送還される事例が相次いでいるという¹。その難民申請者の退去強制の実態について、弁護士から提供していただいた訴状²をもとに、簡単に触れたい。

私が提供していただいた訴状に掲載されていた事例の1つは、スリランカ国籍のAのものである。Aはスリランカにおいて政治活動をしたことが原因で迫害を受け来日し、2011年6月6日に難民申請をした。同年7月8日、Aは難民申請につき不認定処分を受け、これに対する異議申立をしていた。そして退去強制を執行されるまでは、仮放免許可を得て日本に滞在していた。

2014年12月17日、Aが仮放免期間延長申請のため、東京入国管理局に出頭したところ、仮放免期間延長申請の不許可が告げられ、その直後に難民不認定処分に対する異議申立の棄却決定が通知された。その際Aは、入管職員から6ヶ月以内であれば取消訴訟を提起できる旨伝えられていた。Aは強制送還されることへの恐怖から弁護士への連絡を望んだものの、携帯電話を取り上げられ、結果として弁護士への連絡を取ることができなくなってしまった。そして翌18日、Aはスリランカへ送還された。

さて、入管職員がAに伝えたように、行政事件訴訟法によれば、その後6ヶ月の間は、裁判でその処分を争うことができる（行政事件訴訟法14条1項）。

¹ この点は、駒井知会弁護士（東京弁護士会）より伺った話である。なお、入管によるこうした対応は近年になって始まったものようである。朝日新聞2009年11月5日付朝刊24頁。

² この訴状は2017年10月19日付で東京地裁に提出されたものである。事件としては、難民申請者が、不認定処分の取消訴訟を提起する前に退去強制を執行されたことに対し、裁判を受ける権利の侵害などを主張して国賠を求めて提訴したものである。

だが強制送還されてしまっただけでは、そのような裁判を行うことは困難である。さらに最高裁は、難民申請者が強制送還された場合、訴えの利益が失われるとしている³。そうであれば、退去強制令書を執行せず、日本国内に滞在させた上で難民不認定処分を裁判で争う道を残しておくことは、時に命の危険さえある難民申請者にとって極めて重要である。

それにもかかわらず難民申請者に退去強制を執行し、実際に裁判を受けられなくしてしまうことは、憲法32条が保障する「裁判を受ける権利」を、難民申請者について侵害することになるのではないか。本稿が扱うのはこの問題である。

2. 裁判を受ける権利

(1) 問題の所在

さて、難民申請者の「裁判を受ける権利」についてであるが、そもそも難民申請者を含む外国人は日本国憲法が保障する権利を全て保障されるわけではなく、権利の性質に応じて、その保障の有無や程度が異なってくる⁴。

では、「裁判を受ける権利」についてはどうか。これについては詳細に論ずるまでもなく肯定されるであろう。というのも、裁判を受ける権利を外国人が保障されないとすれば、裁判なしで外国人に対して刑罰を科すことが可能となってしまうからである⁵。しかし現実にもそのようなことはありえず、外国人もまた裁判を受けた上で刑罰が科されている。このことから明らかなように、外国人が裁判を受ける権利を保障されることは当然と言える⁶。したがって、難民申請者もまた裁判を受ける権利を保障される⁷。

³ 最高裁1996年7月12日判決（判時1584号100頁）。

⁴ 最高裁1978年10月4日判決（民集32巻7号1223頁）、芦部信喜『憲法 [第6版]』92頁（岩波書店、2015年）。

⁵ 「裁判を受ける権利」の性質については後述するが、通説は、憲法32条は刑事裁判を受ける権利も保障していると解している。たとえば芦部・前掲注（4）258頁。

⁶ 樋口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法II』283頁（青林書院、1997年）（浦部法穂執筆）。

⁷ 退去強制の執行と裁判を受ける権利が争われた事件において最高裁は、外国人が裁判を受ける権利を保障されることを前提とした判断をしている。最高裁1977年3月10日決定（判時852号53頁）。

憲法32条が保障する「裁判を受ける権利」について、学説は民事・行政事件においては、自己の権利・利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して損害の救済を求める権利、すなわち裁判請求権または訴権が保障されること、したがって裁判所の「裁判の拒絶」が許されないことを意味する、とする⁸。また刑事事件については裁判所以外の機関によって裁判が行われ、刑罰を科せられることがないことを意味する、とする⁹。その上で、事件性の要件や、貧困者に対する法律扶助、出訴期間、インカメラ審査、非訟事件などの問題、あるいは「裁判所」の定義などを論じている¹⁰。

裁判所においても、主としてこうした問題が争われ、いくつかの判決・決定も出されている¹¹。その中でも本稿との関係でもっとも重要なものが最高裁1977年3月10日決定¹²である。本件は、インド国籍を有する外国人であるエー＝エス＝ジェーン氏が、在留期間更新の許可を受けられず、在留期間を超過したために強制退去令書を発布されたことに対し、同令書の発付の取消を求める訴訟を提起し、さらに執行停止の申立をしたところ、この執行停止申立に対し、神戸地裁は、送還部分に限り、令書の執行を本案判決の言渡しに至るまで停止する旨の決定をし大阪高裁もこれを認めたため、一審で原告人が本案につき敗訴すれば退去強制令書が執行されることになるとして、裁判を受ける権利の侵害を主張して最高裁に抗告したものである。

最高裁は「仮に原告人が本案について一審で敗訴した結果本件令書が執行され、その本国に強制送還されたとしても、原告人は、それによって直ちにわが国において本案について上訴して裁判を受ける権利を失うわけではない。〔強

⁸ 芦部・前掲注(4) 258頁、宮沢俊義『憲法II [新版]』447頁(有斐閣、1971年)。

⁹ 芦部・前掲注(4) 258頁。

¹⁰ たとえば芦沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』260-64頁(日本評論社、2011年)(柏崎敏義執筆)、樋口他・前掲注(6) 283-89頁(浦部法徳執筆)。これらはもちろん32条の解釈に際して重要な論点であるが、本稿の関心から外れるため、ここでは詳述しない。

¹¹ たとえば「事件性」について最高裁1953年12月23日判決(民集7巻13号1561頁)、「裁判所」の問題について、最高裁1949年3月23日判決(刑集3巻3号352頁)、出訴期間について、最高裁1949年5月18日判決(民集3巻6号199頁)、非訟事件について、最高裁1965年6月30日決定(民集19巻4号1089頁)など。またインカメラ審査の導入が憲法32条の権利をより充実させると述べたものとして、最高裁2009年1月15日決定(民集63巻1号46頁)の泉徳治裁判官補足意見がある(同55頁)。

¹² 判時852号53頁。

制送還により] みずから訴訟を遂行することは困難となるを免れないが訴訟代理人によって訴訟を遂行することは可能であり、また、訴訟の進行上当事者尋問などのため抗告人が直接法廷に出廷することが必要となった場合には、その時点において、所定の手続により、改めてわが国への上陸が認められないわけではない」として、抗告を却下した。

さて、ここで問題となるのは、退去強制を執行された者が「裁判を受ける権利」を侵害されたのではないか、という点である。この決定において最高裁は、みずから訴訟を遂行することが困難となることを認めつつも、訴訟代理人によって訴訟を遂行することが可能であること、また必要となれば所定の手続を経て日本への上陸が認められる可能性があることを根拠に、32条の権利侵害の主張を斥けた。

以下では、憲法32条が本人の出廷を権利として認めているかどうか、退去強制による出廷の妨害が32条違反になるかという点を検討する。この点を考える手がかりとして、まず異なる2つの問題との比較からアプローチを試みる。その後、裁判を受ける権利の実体的な内容からのアプローチを試みたい。

(2) 受刑者の出廷権との比較

まず1つ目の問題が受刑者の出廷の問題である。受刑者は刑務所（死刑囚の場合は拘置所）に収容されており、裁判を提起したとしても自身が裁判所に出廷することは基本的にできない。これは、本稿が問題とする退去強制を執行された者が出廷できないことと問題として類似しているように見える。そこで、受刑者の出廷に関する問題を検討してみたい。

この問題についての最高裁判決はないようである¹³。そこで日弁連が「リー

¹³ 菊田幸一『受刑者の法的権利』（三省堂、2001年）15頁によると、受刑者の出廷を認めないことを32条違反としない旨の最高裁1970年12月18日決定（判例集未掲載）があるとされている。この最高裁決定につき筆者はLEX/DB及びWestlaw Japanで検索したが、同決定のみならずこの問題に関する最高裁判決・決定を探し出すことができなかった。また、2007年のものであるが、日本弁護士会「刑事被拘禁者が民事訴訟に出廷できない運用の改善を求める意見書」7頁<https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/071024_2.pdf>においてもこの問題に関する最高裁判決がない旨述べられている。

ディングケース」と呼ぶ¹⁴東京地裁1970年12月14日判決¹⁵を見てみよう。本件は、受刑者であった原告が、刑務所収容中に訴訟を提起し、服役していた府中刑務所の所長に対して出廷の許可を求めたもののこれが不許可とされたため、裁判を受ける権利の侵害であるとして、不許可処分の取消を求めたものである。東京地裁は、憲法32条について適式な訴えに対して裁判を拒絶することができない、つまり司法拒絶の禁止を定めたものに過ぎず、裁判所に出廷して自ら訴訟を遂行する自由を包含するものではないとして、この訴えを認めなかった。また徳島地裁1965年11月25日判決¹⁶や東京地裁2016年5月23日判決¹⁷でも同様の判断が示されている¹⁸。

このように、基本的に下級審の判断は、受刑者の出廷権を認めていない。しかし、その中でも注目すべき判示をしているものもある。たとえば札幌高裁1977年9月26日決定¹⁹では、憲法32条の裁判を受ける権利は、訴訟提起した者が「憲法の許容する例外の場合を除き、右事件における対審のため裁判所に出頭することができることを前提としたもの」とし、裁判所への出頭の制限には憲法上の根拠を要求している。また、東京地裁1987年5月27日判決²⁰も、憲法32条・82条2項・13条の趣旨からして「裁判所に訴訟を提起した者につき裁判所に出頭する自由を保障している」とし、その制限は「これに優越する公共の利益のための必要」がある場合だとしている。憲法で保障された「裁判所に出頭する自由」に対する制限である以上、東京地裁のいう「これに優越する公共の利益」は憲法上の根拠を有すべきものであると解して差し支えあるまい。

このことからすれば、訴訟当事者が裁判所に出廷することが憲法上認められるのであって、これを否定する場合、憲法上に何らかの根拠を見いだせなければ

¹⁴ 日弁連「意見書」前掲注(13)7頁。

¹⁵ 訟務月報17巻4号620頁。

¹⁶ 訟務月報11巻12号1805頁。

¹⁷ LEX/DB25533620。

¹⁸ 東京高裁1988年2月19日決定(判タ680号235頁)も同様の判断を示しているようである(抗告棄却理由が原決定と同一でありこれを引用するだけあり、原決定が判例集未掲載であり入手できなかったため詳細は分からない。なお、菊田・前掲注(13)17-18頁によれば、同様の判断と言って差し支えないと思われる)。

¹⁹ 判タ364号205頁。

²⁰ 行政事件裁判例集38巻4・5号457頁。

ばならないということになる。受刑者の場合は、憲法31条で自由刑について規定し人身の自由についての制限を許容している。この自由刑の執行に伴うその他の権利の制限もまた一定程度許容されるのであって²¹、裁判を受ける権利についても一定の制限はあり得ることから、この「憲法の許容する例外」に該当すると言いうるだろう。したがって受刑者の場合は、出廷が認められなくとも、直ちにそれが憲法32条の「裁判を受ける権利」を侵害しているとは言いがたい²²。

では難民申請者に対する退去強制による出廷の否定についてはどうか。確かに、外国人の出入国は国家の主権に関するものであって、憲法上の明示の規定がなくとも国家には外国人の入国に関する大きな権限があることは国際慣習法で認められている²³。そのため、退去強制についても国の大きな裁量の下にある²⁴。しかし、難民については、難民条約33条1項でいわゆる「ノン・ルフルマン原則」が規定されているように、国籍国への送還は禁止されている。難民申請者は難民ではないが、難民と認定される可能性を持っており、難民条約の趣旨に照らせば、難民ではないと確定するまでは、退去強制をすることは認められないはずである²⁵。そして憲法98条2項を踏まえれば、難民条約の尊重は憲法上、国家の義務といえるため、難民申請者に対する退去強制によって、本人による裁判所への出廷を不可能とすることは必ずしも「憲法の許容する例外」とは言えないように見える。

この点につき、退去強制の対象者は、要は不法入国者・不法滞在者であって、主権の侵害であり、退去強制によって出廷が不可能になることは「憲法の許容する例外」であるという反論が想定できる。確かに不法滞在者の存在は主権との関係で問題となり得る。しかし、これもまた難民申請者の出廷を否定する論拠としては弱いと思われる。なぜなら、上記のように、そもそも難民および難民申請者は迫害のおそれ、ひいては生命の危険があるからこそ、ノン・ルフル

²¹ たとえば最高裁1983年6月22日判決（民集37巻5号793頁）。

²² もちろん、受刑者であることを以て裁判所に出廷することが一律に否定されても合憲である、という趣旨ではない。

²³ 芦部信喜『憲法学II 人権総論』139頁（有斐閣、1994年）。

²⁴ 現状がそうだとはいえ、筆者は必ずしもそれに賛同するものではない。

²⁵ UNHCR「難民の国際的保護に関する結論」第53号。

マン原則で保護される。いくら主権が重要であるとしても、それが個人の生命より優越すると言えるには思われない²⁶。

さらにゴビンダ事件と比較すれば、退去強制を執行する理由がないことがわかる。ゴビンダ事件とは、殺人につき被告人として起訴され、一番で無罪判決を受け、他方でオーバーステイによる有罪判決があったため、それに基づき退去強制手続が始まったにもかかわらず、検察が勾留を求め、高裁・最高裁がそれを認めた事例である²⁷。この事件においては、ゴビンダ氏の不法滞在の継続という主権侵害があったにもかかわらず、裁判を受けさせることを優先したものである。もっとも、この事件は刑事裁判であり、32条の「裁判を受ける権利」を優先させたわけではなく、刑罰を科す可能性を優先したものである²⁸。しかし、ゴビンダ氏の事例において、本人にとって不利益となる刑罰の可能性（しかも一番では無罪となっているにもかかわらず！）および国家にとって不利益となる主権侵害の継続となるにも関わらず、裁判を受けさせることを優先するために退去強制をしない一方で、本稿冒頭で引用したような事例において、本人にとって利益となる「裁判を受ける権利」よりも、不法滞在の解消を優先するために退去強制を執行するというのは、著しくバランスを欠くものである。このような著しいアンバランスは、憲法が人権の保障を究極の目的としていることからすれば、到底正当化できるものではあるまい。

また受刑者の出廷を否定する理由として挙げられるのは、受刑者には懲役刑を執行せねばならないところ、出廷させるとこれを中断させることになること、職員による護送・戒護が必要になること、訴訟代理人を通じて訴訟追行が可能

²⁶ たとえば、退去強制令の執行差止が求められた事件において、東京高裁1968年4月16日決定（判タ224号252頁）は、「右送還の部分の執行を停止しても、公共の福祉に重大な影響を及ぼす懼があると認めるべき資料は全く存しない」としている。もちろん、個別事例ごとの違いはあるだろうが、不法滞在の外国人の退去強制を執行しないことによる「公共の福祉」への侵害がどの程度のものなのか、筆者にはよく分からない。少なくとも、退去強制の対象者の生命に優越する利益は思い当たらない。

²⁷ 東京高裁2000年5月19日決定（刑集54巻5号506頁）、最高裁2000年6月27日決定（刑集54巻5号461頁）。この問題については、境分万純「弁護士神山啓史氏に聞く 無罪判決を受けたネパール人男性の再勾留—憲法・国際人権法・刑事訴訟法が保障する適正手続を空文化させる、東京高検と東京高裁」法学セミナー 548号1頁以下（2000年）。

²⁸ 東京高裁決定・刑集54巻5号509-10頁。

であることなどが指摘されている²⁹。これらを難民申請者と比較して検討してみよう。

まず懲役刑を中断することについて、難民申請者はそもそも犯罪者ではなく、懲役刑を科されているわけではないため、この問題は生じない。また職員による護送・戒護についても、退去強制された難民申請者に関しては、これも問題とはならない。彼らは身柄を収容されていないからである。それ故、受刑者と同じレベルで出廷の否定を憲法上正当化することはできまい。

代理人による訴訟追行についてであるが、これは極めて乱暴な議論と言わねばならない。そもそも、日本の民事訴訟法は弁護士強制制度を採っておらず、本人訴訟が可能である。本稿冒頭に引用した事件の代理人を務める駒井知会弁護士に確認したところ、難民申請者が代理人なしで難民不認定処分の取消訴訟を追行した事例はこれまでないようであるが、だからといって、理論上の可能性が否定されるものではない。さらに、日本において弁護士強制制度が採られなかったのは、弁護士費用は贅沢費であるとみなされてきたからであるという³⁰。そうである以上、命からがら逃げてきた難民申請者に「贅沢費」を強制することは正当化しえないと言ふべきである。加えて、そもそも「代理人」による「権利行使」が可能であるからと言って、本人の権利制限が正当化されると言えるのか、大いに疑問である。たとえば、ある記者を拘束しつつ、代理人に取材行為をさせておいて「本人の取材の自由は、代理人を通じて行使できるから、取材の自由の制限は問題ない」とは言えないだろう。やはり権利は本人が行使し得て初めて権利と言えると考えるべきである³¹。

²⁹ たとえば東京地裁2016年5月23日判決（LEX/DB25533620）。

³⁰ 山城崇夫「裁判へのアクセス」法学セミナー 535号23頁（1999年）。

³¹ 裁判を受ける権利についても、たとえば上田健介「正義の実現と裁判」法学セミナー 729号47頁（2015年）は、裁判とは「みずから主体となって裁判官に訴えを起こす（傍点原文）ものとしており、本人が権利行使することを前提としているように見える。また、新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか（17）完」法学教室17号62頁（1982年）も「裁判が裁判と言える基本要素」について「裁判官の面前で両当事者が自分の言い分を相互に存分に主張し合う機会を平等に与えられるということ」と述べており、同様の前提をしているように見える。さらに受刑者の出廷に関するものではあるが、徳田陽一「刑事被拘禁者の出廷は許可されない？」法学セミナー 714号141頁（2014年）も「本人訴訟が可能で、弁護士強制制度がないわが国においては、訴訟代理制度は本人の訴訟遂行を十全ならしめるためのものではあるが、これに代わるものではない」と指摘する。

以上のことから、受刑者の出廷権の拒否に比べても、退去強制によって裁判所への出廷を不可能にすることは、正当化することが難しく、裁判を受ける権利の侵害と言えるのではないだろうか³²。

(3) 司法過疎の問題との比較

続いてのアプローチは司法過疎の問題である。2000年代に入って活発化した司法改革論議の中で取り上げられた1つの重大な問題として、司法過疎の問題がある³³。司法過疎の問題は、弁護士などの法律家の都市偏在によって地方在住の国民が法律相談を受けられないという問題と、裁判所の都市偏在によって地方在住の国民は裁判所へのアクセスが困難になっているという問題の2つがある³⁴。本稿との関係で問題となるのは後者の問題、とりわけ「距離のバリア」³⁵の問題である。

さて、裁判所の都市偏在により、地方住民は裁判を受けることが困難になっているという問題は以前から指摘されている³⁶。最高裁の立場からすれば、裁判制度の利用が形式的に可能であれば、裁判を受ける権利の侵害はないということになるため³⁷、司法過疎がそのまま裁判を受ける権利の侵害になるというわけではないだろう。従来の学説も同様の理解をしてきたように思われる³⁸。

しかし、このような32条の形式的な理解では、様々な問題が生ずることが明

³² 先に触れた東京高裁1968年4月16日決定・前掲注(26)は、裁判を受ける権利の侵害とまでは言わないものの、送還されると訴訟の続行に支障をきたすとしている。

³³ 司法過疎問題一般については、たとえば法学セミナー636号の特集「リーガル・サービスと法律家像の未来」(2007年)がある。

³⁴ 飯考行「司法過疎対策の漸進的変容—依頼者のQOL向上のための法サービスに向けて—」専修法学論集126号263-64頁(2016年)。

³⁵ 山本和彦「総合法律支援の理念—民事司法の視点から」ジュリスト1305号9頁(2006年)。

³⁶ 飯・前掲注(34)265-72頁。

³⁷ 最高裁1950年2月1日判決(刑集4巻2号88頁)において最高裁は「何人も裁判所において裁判を受ける権利あることを規定したに過ぎないもので、如何なる裁判所において、裁判を受くべきかの裁判所の組織、権限等については、すべて法律において諸般の事情を勘案して決定すべき立法政策の問題であつて、憲法には第81条を除くの外特にこれを制限する何等の規定も存しない」と述べている。

³⁸ 芦部・前掲注(4)258頁、宮沢・前掲注(5)447頁。

らかとなってきたことから、裁判所へのアクセスの困難さ³⁹と裁判を受ける権利の問題が少しずつ意識されるようになってきた⁴⁰。つまり、学説において積極的・実質的な理解をしようという動きが出てきた⁴¹。また、「裁判所へのアクセス」につき、憲法32条の英文が「No person shall be denied the right of access to the courts.」とされていること⁴²から、憲法を受ける権利は「裁判所へのアクセス」も含む、という理解が可能であることも影響していると思われる⁴³。このような、32条の実質的な理解をしようという動きが進む中で、2000年代に入り、司法制度改革が議論され始めたこともあってか、司法過疎の状態が裁判を受ける権利との関係で問題となるのではないか、ということが意識されるようになってきた⁴⁴。

とは言え、管見の限りでは、司法過疎地域における裁判所へのアクセスの困難さをもって裁判を受ける権利の侵害だとする論考は見当たらなかった⁴⁵。しかし、たとえば市川正人教授は、「現在の下級裁判所の配置が地方住民の裁判を受ける権利を侵害するに至っていると即断することはできない」と述べており、下級裁判所の配置のあり方次第では、裁判を受ける権利を侵害する可能性

³⁹ ここでいう「裁判所へのアクセス」には、山本和彦教授の言う「費用のバリア」（山本・前掲注（35）10頁）なども含む。

⁴⁰ たとえば小山昇「弁護士費用と生活保護」法学セミナー 299号148頁（1980年）。

⁴¹ 東条武治「権利保護の有効性論—裁判を受ける権利を中心として」公法研究41号201頁（1979年）、小山・前掲注（40）148頁、戸波江二「裁判を受ける権利」ジュリスト1089号282頁（1996年）。

⁴² 英文は官邸サイトの英語版<http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government/frame_01.html>より。

⁴³ 笹田采司『裁判制度』90頁（信山社、1997年）、只野雅人『憲法の基本原理から考える』280頁（日本評論社、2006年）。この他、デュー=プロセスの権利として、裁判所へのアクセスの権利を主張するものとして、松井茂記『裁判を受ける権利』154頁（日本評論社、1993年）。

⁴⁴ G「司法書士の生活と意見 本当にあった巡回裁判所!？」法学セミナー 560号81頁（2001年）。

⁴⁵ なお、日本弁護士連合会「より身近で頼りがいのある司法サービスの提供に関する決議—真の司法改革に向けて—」（2012年5月25日）の提案理由<https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/assembly_resolution/year/2012/2012_4.html>は、「国に対し裁判を受ける権利を保障するに相応しい裁判制度の構築を要求する趣旨も含まれており、その意味で、裁判を受ける権利の保障は、国に対しそのような内実を持った裁判制度を整備し、それを通じて国民に司法的救済を与える義務を負わせるものと考えべき」と述べており、司法過疎の状態を違憲と評価しているようである。

があることを示唆している⁴⁶。また横大道聡准教授も、司法過疎対策が『裁判を受ける権利』の実質化』となるとしている⁴⁷。つまり横大道准教授は、司法過疎の地域では「裁判を受ける権利」は形式的なものに過ぎないと考えているようであり、司法過疎の状態次第では、裁判を受ける権利の侵害が成立する余地を認めているように思われる。すなわち、司法過疎のため、とりわけ裁判所がその地域になく、裁判を受けるためには長距離を移動せねばならないという状況⁴⁸が、裁判を受ける権利の侵害となり得るという考えそれ自体は、学説においても否定されていないように見える。

退去強制を執行された難民申請者との関係でこの点を考えてみよう。詳細に論ずるまでもなく、退去強制された難民申請者は、日本国内における司法過疎地域に住む者よりも、裁判所へのアクセスという点において不利益を受けている。国内の移動に比べ、外国からの日本へのアクセスの方が、予算・時間の負担に加え、肉体的・精神的な負担が大きいからである。

加えてここに1つの壁がある。難民申請者は国籍国で迫害されているケースが多いのであって、合法的な出国が困難であるという壁である。したがって、本人がいくら裁判のために出国しようとしても、それが叶わない可能性が極めて高い⁴⁹。出国できなければ裁判所へのアクセスが不可能であることは言うまでもない。

出国の問題は日本の主権が及ばない問題であるため、仕方がないと言いうるかもしれない。だがしかし、もう1つの壁がある。日本への「入国」という壁である。先にあげた最高裁1977年3月10日決定は「訴訟の進行上当事者尋問な

⁴⁶ 市川正人「裁判へのアクセスと裁判を受ける権利」公法研究63号212頁（2001年）。

⁴⁷ 横大道聡『『離島』の憲法事情』新井誠ほか編『地域に学ぶ憲法演習』105頁（日本評論社、2011年）。

⁴⁸ この状況は、私の住む鹿児島島において顕著である。というのも、有人離島の場合、そこに裁判所がないことも実際にあるため、裁判を受けるには島から移動せねばならないという問題がある。この点については、横大道・前掲注（47）103頁。

⁴⁹ 難民条約31条1項は、「締約国は、その生命または自由が第1条の意味において脅威にさらされていた領域から直接来た難民であって許可なく当該締約国の領域に入国しまたは許可なく当該締約国の領域内にいるものに対し、不法に入国しまたは不法にいることを理由として刑罰を科してはならない」と規定している。この条項はもっぱら不法入国・不法滞在を対象としていると思われるが、不法滞在の中にはパスポートの所持も含まれているのであって（入管法24条1号）、条約自体、難民が合法的に出国できない可能性があることを認めていると思われる。

どのため抗告人が直接法廷に出廷することが必要となった場合には、その時点において、所定の手続により、改めてわが国への上陸が認められないわけではない」と言う⁵⁰。確かに、そのような可能性は否定されない。だが、外国人の入国は国にきわめて広い裁量が認められており⁵¹、退去強制を受けた者の再入国がすんなりと認められる保証はどこにもない。実際、森川キャサリーン事件⁵²では、日本に定住していた者が指紋押捺を拒否したというだけで再入国許可が認められなかった。定住者の再入国でさえ容易ではない日本において、退去強制を執行された者の再入国は「認められないわけではない」ものの、実現可能性はないに等しい。そもそも「認められないわけではない」という言い回し自体が、その可能性がきわめて低いことを示唆している。

そのように考えると、退去強制を執行された難民申請者については、司法過疎地の住民のように「裁判所へのアクセスが困難」というレベルではなく、事実上不可能であると言える。「距離のバリア」と言われる司法過疎地域の住民との比較からしても、退去強制を執行された難民申請者は、「距離のバリア」に加えて「入国のバリア」に阻まれており、まさに裁判を受ける権利を剥奪されていると言えるだろう⁵³。

(4) 実効的救済を受ける権利

さて、続いて、「裁判を受ける権利」の実体的な内容から検討しよう。ここである「実体的な内容」とは、裁判を受ける権利は「実効的な権利救済を受ける権利」を含む、という議論についてである⁵⁴。ここでいう「実効的な権利救

⁵⁰ この点、先に述べたゴビンダ事件を引き合いに出すならば、ゴビンダ氏を強制送還した後で、「控訴審で逆転有罪となり、刑の執行が必要となった場合には、その時点において、所定の手続により、改めてわが国への引渡しは認められないわけではない」と言えるようにも思われる。もちろん、犯罪人の引渡しに関する条約を日本とネパールの間で結んでいる訳ではないので、これはあくまで可能性（「認められないわけではない」というレベル）の話である。

⁵¹ この問題は古くから指摘されている。たとえば小高剛「出入国管理における法務大臣の裁量権の問題点」ジュリスト483号28頁（1971年）。

⁵² 最高裁1992年11月16日判決（集民166号575頁）。

⁵³ 和田英夫「強制送還と入管行政」ジュリスト401号44頁（1968年）、杉原文史「退去強制令書の執行と裁判を受ける権利」行政判例百選II〔第5版〕412頁、萩野芳夫「退去強制令書の執行と裁判を受ける権利」行政判例百選II〔第4版〕461頁。

⁵⁴ 笹田栄司『実効的基本権保障論』337-38頁（信山社、1993年）、片山智彦『裁判

済を受ける権利」に関しては種々の問題が考えられる。具体的には、出訴期間の限定、訴訟手数料、あるいは先に上げた司法過疎などである⁵⁵。

さて、実効的な権利救済がなされるには、そもそも権利侵害が回復できないような状況に追い込まれないことが前提となるはずである。行政事件訴訟法25条2項の執行停止の申立や37条の4が規定する差止訴訟などは、まさにそのような趣旨に基づくものと解される⁵⁶。

では難民申請者の退去強制について見てみよう。本稿冒頭に引用した事例のように、難民申請者が難民不認定処分取消訴訟を起こす前に退去強制を執行された場合、難民不認定処分が取り消されたとしても、本人は日本にいないのであるから、救済がなされ得ない。この点につき、最高裁は1996年7月12日判決⁵⁷において「上告人は、退去強制令書の執行により既に本邦を出国したというのであるから、もはや難民の認定を受ける余地はなく、本件難民不認定処分の取消しを求める訴えの利益は失われた」とする。つまり、最高裁は、取消訴訟が提起されていたとしても、退去強制されていた場合には訴えの利益を否定してしまうため、実効的な権利救済ができないという問題に極めて冷淡な態度を取っている。

これは非常に問題のある判決である⁵⁸。難民不認定処分に瑕疵があり、取り消されうるものであったとしても、本人が退去強制されてしまえばそもそも救済されないし、それにつき何ら問題ないということになると、司法が行政の違法をみすみす見逃すというだけではなく、追認するに等しいからである⁵⁹。これは、同じく「訴えの利益」が否定された皇居前広場事件最高裁判決⁶⁰のよう

を受ける権利と司法制度』26頁（大阪大学出版会、2007年）、只野・前掲注（43）277頁以下。

⁵⁵ 只野・前掲注（43）281頁。

⁵⁶ 本多滝夫「仮の救済制度論」法律時報77巻3号55頁（2005年）。また松井・前掲注（43）156頁。

⁵⁷ 判時1584号100頁。

⁵⁸ 本判決の評釈である佐藤哲夫「難民の出国と難民認定」平8重判262頁は「理論上不合理」と指摘する。個人的には「不合理」という生ぬるいものではないと考える。

⁵⁹ 事情判決（行政事件訴訟法31条1項）による違法宣言が可能であればまだしも、「訴えの利益」の消滅による上告棄却となれば、そのような判断もできない。

⁶⁰ 最高裁1953年12月23日判決（民集7巻13号1561頁）。

な事例とは問題の質が異なる。皇居前広場事件では、裁判に時間がかかったこともあり、判決時において、原告らの求めていた広場使用の期日が経過したことで「訴えの利益」が否定された事例であり、裁判に時間がかかりすぎるといふ問題点はあるものの、裁判の進行につき行政が何か妨害行為をなしたわけではない⁶¹。これに対し、退去強制というのは、行政が一方的に執行しうるものであって、上記したように国に広い裁量が認められる以上、裁判中は執行をしないという判断さえなしうるはずである⁶²。それにもかかわらず、あえて退去強制を執行し、訴えの利益を消滅せしめるといふのは、場合によっては違法性のもみ消しという可能性さえあるのであって、まさに裁判進行の妨害であり、戦後の日本が目指したはずの法治国家を否定するものと言いうる⁶³。

もちろん、行政処分には公定力があり、取消訴訟が提起されたとしても処分の差止が当然に認められるわけではない。ダムの建設や原発の建設など、執行差止によって当事者に大きな経済的不利益が生ずるようなケースもあるだろう。私自身、取消訴訟によって処分の差止が当然に認められるべきとは考えていない⁶⁴。だが、難民申請者の退去強制については、それをしばらく執行しなかったとしても、公共の利益に対する侵害は極めて小さいと考えられる⁶⁵。そうであるにも関わらず、あえて退去強制を執行し、訴えの利益を消滅せしめることにつき、いかなる正当性があるのだろうか。むしろ、実効的な救済を念頭に置くならば、難民不認定処分の取消訴訟が確定するまでは退去強制を執行すべきではない⁶⁶。

以上のことから、裁判を受ける権利が「実効的な権利救済の権利」を含むと解した場合、退去強制によって難民申請者が裁判を受けられなくなる（訴えの

⁶¹ もちろん、このような結論を狙っての裁判の引き伸ばしという戦術はあり得よう。この問題については、阿部泰隆『行政救済の実効性』第4章・第5章（弘文堂、1985年）。このような引き伸ばし戦術を阿部教授は「時間切れ必勝」と名付け問題視している。

⁶² 本稿の注（27）・（28）およびその本文を参照せよ。

⁶³ 笹田・前掲注（54）332-33頁、片山・前掲注（54）24頁、奥平康弘『憲法Ⅲ』385頁（有斐閣、1993年）、大貫裕之「行政上の義務の履行確保 その2、および、行政救済総説」法学セミナー 709号56頁（2013年）。

⁶⁴ なお、この問題につき、阿部・前掲注（61）169頁以下。

⁶⁵ 本稿の注（26）およびその本文を参照せよ。

⁶⁶ 原田尚彦「退去強制に対する仮救済の問題点」ジュリスト483号35-37頁（1971年）。

利益を否定される)ことは、裁判を受ける権利の侵害と言えると思われる⁶⁷。

4 おわりに

本稿で検討したように、難民申請者につき、不認定処分が確定する前に退去強制し、裁判を受けられなくしてしまうことは、憲法32条が保障する「裁判を受ける権利」の侵害であると言えよう。

また仮に最高裁が言うように裁判を受ける権利を侵害しないものとしても、難民の実効的な救済という観点から、難民申請者の退去強制は、不認定処分の取消訴訟が確定するまでは執行を控えるべきである。

なお本稿は、時間の制約などもあり、十分な検討ができていないことを深く自覚するものである⁶⁸。だが現在、本稿冒頭で引用した訴状に見られるように、事態は深刻である。それゆえ、検討が不十分であることを自覚しつつも、問題の所在を一刻も早く世に問う必要があるのではないかと考え、ここに公表する次第である。

[付記] 本稿執筆にあたり、駒井知会弁護士から訴状ほか訴訟資料を提供していただきました。記して感謝致します。

⁶⁷ 阿部・前掲注(61)178頁、笹田・前掲注(43)208頁。

⁶⁸ 本稿の法学論集掲載に際し、査読者より有益なコメントを頂いたが、それも十分に反映させられなかった。大変申し訳なく思う。