

<論 説>

# 外国人の退去強制と仮の権利救済(1) — 平成 16 年行政事件訴訟法改正以降の動向を 中心として —

坂 東 雄 介

## 目 次

1. 序
  - 1.1. 問題の所在
  - 1.2. 退去強制手続の説明
  - 1.3. 訴訟形式の選択
2. 執行停止による救済方法 — その 1・在留更新不許可処分の執行停止
  - 2.1. 問題の構造 — なぜ問題となるのか?
  - 2.2. 裁判例の動向 — 2つの見解の対立
  - 2.3. どのように考えるべきなのか
  - 2.4. 小 括
3. 執行停止による救済方法 — その 2・入管収容と退去強制処分に対する執行停止 — 損害要件緩和の効果
  - 3.1. 問題の所在
  - 3.2. 改正以前の動向
  - 3.3. 改正後の動向

————— 以下次号に掲載 —————

4. 仮の義務付け
  - 4.1. 仮の義務付けの導入の趣旨
  - 4.2. 具体的事例の検討
  - 4.3. 小括
5. 仮の差止め
  - 5.1. 仮の差止めが導入された趣旨
  - 5.2. 大阪地決平成 18 年 12 月 12 日 (判例タイムズ 1236 号 140 頁) の事案と判旨
  - 5.3. 分析と検討

## 6. 終わりに — 結論と今後の課題

※なお、本稿は、2013年3月21日に札幌学院大学法政研究部会研究会において行った報告を加筆・修正したものである。当日に参加して質問・意見を提示していただいた方々に改めて感謝したい。

### 1. 序

#### 1.1. 問題の所在

##### (1) はじめに

「退去強制手続は、収容及び強制送還という行政強制を本質要素とする作用」<sup>1</sup>であり、それが実現されてしまうと、外国人は、国内で活動する基盤である在留を奪われてしまう。そして、退去強制を争う訴訟において、仮の権利救済は、本案判決が下される前の重要な権利救済手段と位置づけられる。

その理由は次の2点に求められる。

第一に、執行不停止の原則<sup>2</sup>により、本案訴訟継続中に退去強制が行われてしまう場合がある<sup>3</sup>。そして、いったん退去強制が実現してしまうと、退去強制以前の生活を再開するためには、再入国しなければならず、現実的、物理的困難さを伴う。また、後述のように、退去強制は、入管収容を経て実現されるが、入管収容が行われることによって外国人は従前の生活を継続できなくなる。

第二に、退去強制が実現してしまった場合、上陸拒否期間経過後<sup>4</sup>は、訴えの利益が消滅すると考えられるため<sup>5</sup>、そもそも取消訴訟を提起することができなくなる。

<sup>1</sup> 亙理 (2004・上)・164頁。

<sup>2</sup> 行政事件訴訟法 25条 1項。

<sup>3</sup> なお、入管法 52条 3項は、「速やかに」送還先に送還しなければならないと規定している。

<sup>4</sup> 入管法 5条 9号及び9の2。現行規定では、上陸拒否期間は1年の場合と5年の場合にわかれている。

<sup>5</sup> 最判平成8年7月12日 (訟務月報 43巻 9号 2339頁)。

であるならば、退去強制を争う訴訟において、仮の権利救済は、本人の生活の継続にとっても、また、訴訟の継続にとっても、重要な手段である<sup>6</sup>。

ところで、平成 16 年に行政事件訴訟法が改正された。この改正の一つの目玉が仮の救済手続の整備である。詳細については後述するが、執行停止の損害要件については「回復困難な損害」から「重大な損害」へと改正され、要件の緩和が図られたことのほかに、仮の義務付け、仮の差止めが新設された<sup>7</sup>。

このような仮の権利救済手段の整備は、退去強制における仮の権利救済に対しても大きな影響力を有する。

近年、仮の救済が実現するものを、適時性の観点から捉えようとする見解が提示されている。この見解は、次のように説く。

「行政訴訟における仮の救済は、本案判決までの行政訴訟手続の最中に、手続内あるいは手続外の現在の状況および将来の状況の展開（可能性）を考慮して、法的に保護される信頼・安定性を発生させずに、行政法律を含む行政法規を實現するための決定・措置である。つまりそれは、(a) 実体行政法規・実体行政法律に基づき、それらの規範を實現する性格と、(b) 適時性の要請から行政訴訟手続に時間を要することに柔軟に対応する性格を、組み合わせたものである<sup>8</sup>。そして、「仮の救済のために、適時性の要請を考慮して実体行政法律・実体行政法規を解釈適用する作業<sup>9</sup>」は、「仮の救済について決定する時点において、当該行政法規が保護する諸々の公益または私益が本案判決までに失われるリスク

<sup>6</sup> このような問題意識は、以前から共有されていた。例えば、原田(1973)・207-208頁。

<sup>7</sup> 司法制度改革推進本部 行政訴訟検討会「行政訴訟制度見直しのための考え方」(平成 16 年 1 月 6 日)における「4 本案判決前における仮の救済の制度の整備」参照。  
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisouyou/siryou/040106kangaekata.html>

<sup>8</sup> 山本(2009・上)・30-31頁。

<sup>9</sup> 山本(2009・上)・33頁。

を最小にするための衡量」<sup>10</sup> によって行う。

## (2) 先行研究の問題点・本稿の目的

であるならば、平成 16 年改正によって改正及び新設された仮の権利救済手段を退去強制手続に用いる際に、どのような衡量を行うべきなのか、が問題となる。しかし、この点については、関心の低さからか、具体的な衡量のあり方・指針を明らかにしようとする先行研究の不足が否めない。しかし、課題の重要性は否定できないだろう。本稿では、平成 16 年改正後からある程度年月が経過した現段階において見られる決定例を素材として、退去強制訴訟における「適時性」を念頭に置きつつ、決定例に現れる具体的な衡量の実態を明らかにするとともに、衡量のあり方について検討する。

### 1.2. 退去強制手続の説明

まず、退去強制手続について説明する。

出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」と略記する）は、第 5 章において、退去強制手続について規定している。退去強制手続は、(a) 入国警備官による違反調査（27-38 条）、(b) 主任審査官が発付する収容令書に基づく収容（39-44 条）<sup>11</sup>、(c) 入国審査官による審査（45-46 条）、(d) 特別審理官による口頭審理（48 条）、(e) 法務大臣への異議の申出（49-50 条）という手続から構成される。

そして、(f) 退去強制令書は、(c) (d) (e) の各段階の状況に応じて主任審査官が発付し（47 条 5 項、48 条 9 項、49 条 6 項）、記名押印する（51 条）。(g) 退去強制令書は、入国警備官が執行する（52 条 1 項）。(h) 退去強制令書発付後、入国警備官は速やかに送還先に送還しなければなら

<sup>10</sup> 山本（2009・上）・33 頁。

<sup>11</sup> ただし、(b) の手続の場合、収容令書は、入国警備官の請求に基づいて発付されるため（39 条 2 項）、(b) の収容は行われない場合もある。

ない(52条3項)。しかし、(i) 入国警備官は、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(52条5項)。

以下で主に扱う、いわゆる入管収容には、(b)と(i)の2種類の手続がある。両者とも同じ収容施設<sup>12</sup>に収容されるが<sup>13</sup>、若干の相違がある。第一に、(b)の手続の収容期間は最大60日以内(41条1項)に対し、(i)の収容には明示的な期間の定めがない。第二に、(b)(i)とも仮放免(54条)<sup>14</sup>を利用することが可能であるが、特別放免(52条6項)<sup>15</sup>は、(i)の場合にのみしか利用できない。

このように、いわゆる入管収容には2種類あるが、本稿が検討の対象とする退去強制訴訟の執行停止に関する事案では、主に(i)の手続の意味で用いられている。以下では、特に断らない限り、収容とは、(i)を指す。

<sup>12</sup> 法務省設置法13条。

<sup>13</sup> 坂中=齋藤(2012)・647頁。

<sup>14</sup> 仮放免とは、(b)については、「病気その他やむを得ない事情により一時的にその収容を解く必要が生じる場合」、(i)については、「自費出国、出国準備のため又は病気その他やむを得ない事情により一時的にその収容を解くのが相当であると認められる場合」に、「収用されている外国人自身若しくは一定範囲の関係人の請求により、又は入国収容所所長若しくは主任審査官…の職権により、一時的に収容を停止し、身体の拘束を解く」制度である(坂中=齋藤(2012)・721頁)。

<sup>15</sup> 特別放免とは、客観的事情により被退去強制者の「送還が不可能であることが明らかになった場合に、そのまま収容を続けることは人道問題がある」一方で、「我が国での在留を認めたい外国人として慎重な退去強制手続を経て強制送還することを決定した者を適法に材料する外国人と同様に処遇することも出入国管理法上問題がある」ことから、「このような場合の特別措置として、住居及び行動範囲の制限、呼出しに対する出頭の義務その他必要と認める条件を付してその行動を厳しく監視することとした上で、被退去強制者を特別放免できることを定めたものである」(坂中=齋藤(2012)・714頁)。

### 1.3. 訴訟形式の選択

では、退去強制訴訟について、どのような訴訟形式及び仮の救済の訴えの形式が考えられるのか。

まず、本案の訴訟形式としては、退去強制令書発付処分及びその前提となる法務大臣の裁決に対する取消訴訟が一般的である<sup>16,17</sup>。また、法務大臣に対して在留特別許可の付与を命ずる義務付け訴訟も考えられる<sup>18</sup>。さらに、退去強制処分の差止訴訟も考えられる<sup>19,20</sup>。「在留し続ける地位の確認」を求める当事者訴訟も理論的にはありうるが<sup>21</sup>、ここでは立ち入らない<sup>22</sup>。

本案に対応して、仮の救済としては、取消訴訟の場合は、執行停止(行政事件訴訟法 25 条)が考えられる。それ以外には、仮の義務付け及び仮の差止め(37 条の 5)が考えられる。以下では、仮の救済に関する 3 形式について検討する。

<sup>16</sup> ただし、入管法 49 条 3 項が規定する法務大臣の裁決は、退去強制手続を担当する行政機関内の内部的決裁行為と解するのが相当であって取消訴訟の対象となる裁決(行政事件訴訟法 3 条 3 項)には該当しない、という見解もある(東京地判平成 15 年 9 月 19 日(判例時報 1836 号 46 頁))。また、この見解を支持する学説として、亘理(2004・上)・168 頁。

<sup>17</sup> 無効確認訴訟も考えられるが(例えば、東京地判平成 22 年 10 月 1 日(判例タイムズ 1362 号 73 頁))、執行停止については取消訴訟と同じと考えて良い(行政事件訴訟法 38 条 3 項)。

<sup>18</sup> 義務付け訴訟については、申請型と解する見解もあるが(東京地判平成 20 年 2 月 29 日(判例時報 2013 号 61 頁、木下(2012)・100 頁)、非申請型と解するのが一般的である(北村和生「判批」新・判例解説 Watch 10 号 53 頁(2012 年))。よって、併合提起の問題は、とりあえずは考えなくて良い。

<sup>19</sup> 大浜 II(2011)・276 頁、大貫=土田(2010)・75 頁。

<sup>20</sup> ただし、差止の対象は「処分又は裁決」であって、「退去強制それ自体が事実行為であるから、差止め訴訟の対象になる行為と言えるかどうか、問題となる」(大貫=土田(2010)・75 頁)。

<sup>21</sup> 大貫=土田(2010)・75 頁。もっとも、この見解が成立するのは、「法務大臣の裁決及び主任審査官による退去強制令書の発付が処分性を有さず、行訴法上の裁決としての性格も持たない」と解される場合である(大貫=土田(2010)・75 頁)。

<sup>22</sup> 当事者訴訟を用いる場合、本案は別として、本稿との関係で言えば、特に仮の救

## 2. 執行停止による救済方法

### — その1・在留更新不許可処分の執行停止

以下では、退去強制訴訟において中心的な仮の救済である執行停止について、平成16年行訴法改正後の動向について検討する。

行政事件訴訟法25条2項では、執行停止の内容として、①処分の効力の停止、②処分の執行の停止、③手続の続行の停止の3種類を定めている<sup>23</sup>。退去強制訴訟に関する仮の救済では、処分の効力の停止(①)として、在留更新不許可処分の効力の停止を求める場合のほか、(狭義の)執行停止(②)を用いる場合として、收容部分(i)及び送還部分(h)の執行停止を求める事例が考えられる。

まず、在留更新不許可処分に対する効力の停止における申立ての利益について検討する。その後、節を改め、入管收容の執行停止における損害の有無について検討する。

### 2.1. 問題の構造 — なぜ問題となるのか？

執行停止が認められる前提として申し立ての利益があるかどうかの問題となる。ここでは、在留更新不許可処分の効力停止を取り上げる。收容部分と送還部分の執行停止については — 認容されるかどうかは別として — 申し立てそれ自体は成立するが、在留更新不許可処分の場合は、申し立ての利益の有無が問題となる。なぜならば、申請拒否処分に対しては、一般に、申し立ての利益がない。それは、「申請拒否処分の効力を停止しても申請が係属している状態に戻るのみであり(行政事件訴訟法33条

---

済を排除している44条との関係で問題となる。執行停止を超えない程度の仮の救済は解釈論上認められるとする見解(塩野(2013)226、228頁)や、民事仮処分を用いるべきという見解(小早川(2007)・341頁)などがある(学説の整理については、大浜II(2011)・296-300頁、芝池(2013)・372-373頁などを参照)。しかし、いずれも「決め手を欠いているため、立法的解決が望まれる」(櫻井=橋本(2013)・378頁、稲葉ほか(2010)・266-267頁)という指摘もある。

<sup>23</sup> 宇賀(2012)・348頁。

2項が準用されていない)、許可の効果を生ぜしめることはできない<sup>24</sup>と解されるからである<sup>25</sup>。退去強制訴訟では、特に、在留更新不許可処分の効力の停止を申し立てた場合に問題となる。

## 2.2. 裁判例の動向 — 2つの見解の対立

実際の裁判例においても、在留更新不許可処分の効力停止を申し立てた大阪地決平成24年4月2日(裁判所ウェブサイト)では、次のように述べ、申立ての利益がないと判示した。

平成21年改正後の法21条4項、20条5項では、「在留外国人により在留期間更新許可申請がされた場合において、在留期間の満了の日までにその申請に対する処分がされないときは、当該外国人は、その在留期間の満了後も、当該処分がされる日又は従前の在留期間の満了の日から2か月を経過する日のいずれか早い日までの間は、引き続き当該在留資格をもって本邦に在留することができる旨規定されている」<sup>26</sup>。

<sup>24</sup> 宇賀(2012)・350頁。

<sup>25</sup> 同様の見解として、阿部(2009)・210頁、大橋(2012)・258-259頁、大浜Ⅱ(2011)・235頁、塩野(2013)・210頁、芝池(2013)・369頁、神橋(2012)・170頁など。また、「申請拒否処分に関しては、執行停止(狭義)や手続の続行の停止はもちろん、効力の停止も — 申請拒否処分は公定力をもって法律関係を規律するものであり、その効力の停止という観念それ自体は成り立ちうるが —、当事者にとっての一定の利益を保全するということにはならない。言いかえれば、執行停止によって保全されるべき利益が存在しない。したがって、申請拒否処分についての執行停止の申立ては、一般には、執行停止の利益を欠き、認められない。」(小早川(2007)・284-285頁)と言われている。

<sup>26</sup> なお、立法趣旨について、決定は、次のように説明している。「これは、同改正前は、在留外国人が在留期間の満了の日までに在留期間更新許可等の申請をした場合において、当該申請に対する処分が在留期間の満了の日までにされないときは、在留期間の満了をもって当該外国人は不法残留となっていたところ」、「直ちに不法残留状態とするのが酷な場合があり、また、その後在留期間更新許可処分がされた場合にはその効力が遡って生じるとしていたことから、在留期間の満了の日から許可



「在留期間更新不許可処分の効力を停止してみたとしても、在留期間更新許可申請がされたのに対し法務大臣等が何ら応答をしていない状況に復するにとどまるから、在留期間満了の日から2か月を経過した場合には、従前の在留資格をもって適法に本邦に在留しているということではできず、法24条4号口の退去強制事由があるというほかなく、当該外国人に対する退去強制手続の進行を止めることはできない上、当該外国人は従前の在留資格において認められていた活動をすることもできないと解される。そうすると、在留期間満了の日から2か月を経過した場合には在留期間更新不許可処分の効力停止の申立ての利益は失われるというほかない。」

「本邦に在留する外国人に在留期間更新について申請権があり、法務大臣等にこれに応答する義務があったとしても、そのことから同申請に対する許否の決定がされるまでの在留を当然適法であるとみるべき法的根拠は、法の規定からは見出すことができず、かかる解釈は」、最決平成17年4月21日(判例時報1898号153頁)「に抵触するものというべく、このような解釈を前提として在留期間更新不許可処分の効力停止を認めることはできないというべきである。」

このような判示に対して、どのように考えるべきなのか。上記のような決定に対し、在留更新不許可処分の場合は、申請拒否処分であっても、効力停止の申立ての利益はあるとする解釈論的工夫を行った決定も存在している。

---

処分がされるときまでの間の外国人の法的地位が不安定になるなどの問題があったため、同改正により、この問題の立法的解決を図ったものである。そうであるところ、平成21年改正においても、在留資格を有する外国人が在留期間更新許可を申請し、従前の在留期間満了の日から2か月を経過した日の後については、何ら特別の規定は置かれていないから、従前の在留期間満了の日から2か月を経過した時点で在留期間更新の許否に関する判断がされていないときに、当該外国人が従前の在留資格をもって適法に本邦に在留していると解することはできない。」

その一例として、東京地決昭和 45 年 9 月 14 日(判例時報 605 号 24 頁)を挙げることができる。これは、英語教師として勤務しつつ日本古典音楽の伝承と海外紹介を目的として来日したマクリーン氏が、勤務する英語学校を、入国後わずか 17 日間で変更したことを理由に下された在留更新不許可処分の効力の停止を認めた。この決定では、次のように判示している。

「法は、在留外国人に対して在留期間更新許可の申請権を認め — これに対応して、適法な在留期間更新許可の申請に対しては許否いずれかの処分をなすべきことを法務大臣の義務とし — ているのであつて、在留期間更新許可の申請をした者は、その申請が権利の濫用にわたる等特段の事情のないかぎり、許否いずれかの処分がなされるまでは、たとえ旅券に記載された在留期間が徒過した後においても、不法残留者としての責任を問えないという意味において、本邦に残留することができるものと解するのが相当であり、在留期間更新不許可処分の効力の停止は、まさに、申請人に対して右のごとき法的状態を回復させるものであるから、これを認める利益があるものというべきである。」

同様の見解として、大阪地決昭和 55 年 9 月 19 日(訟務月報 27 卷 1 号 179 頁) や東京高決昭和 45 年 11 月 25 日(訟務月報 16 卷 12 号 1493 頁) などがある。また、学説においても、「出入国管理令上の外国人の上陸不許可処分とか在留更新不許可処分の効力停止は、当該外国人につき不法上陸または不法残留を否定する法的利益がある限り例外として認められよう」<sup>27</sup> という見解が提示されている。

<sup>27</sup> 南博方(編)『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣・1972 年) 228 頁 [中江利政]。このような工夫を支持する見解として、例えば、原田 (1973)・217 頁など。

### 2.3. どのように考えるべきなのか

筆者は、以下の理由から、在留更新不許可処分の執行停止は、たとえ拒否処分であっても例外的に執行停止を認める法的利益があると解すべきと考える。

第一に、不法残留者としての責任を問えないという意味において在留が認められると解されるからである。

仮に在留更新不許可処分の執行停止を認めた場合、不許可処分が無い状態、すなわち、当該外国人の在留資格(既に在留期限は終了している)については空白が生じることになる。そして、在留資格の空白は即ち在留資格が無い状態であって、退去強制事由に該当する(入管法24条参照)。執行停止を申し立てる利益がないとする決定は、上記の要素を重視していると思われる。

しかし、在留資格が無い状態であるから言って直ちに退去強制されるべきと解することは妥当ではない。前記大阪地決平成24年4月2日における最決平成17年4月21日に対する理解について疑問があるからである。

大阪地決平成24年4月2日は、最決平成17年4月21日を「在留期間更新不許可の通知を受け取っていない外国人に係る平成16年法律第73号による改正前の法70条1項5号の不法残留罪の成否について、在留期間の更新又は変更を受けないで在留期間を経過して本邦に残留した以上、不法残留罪の構成要件に該当し、違法性阻却事由の存否が問題になるにとどまる」と判示したと解している。

この判示は、次のような意味を持つ。

「在留更新許可申請を行なってその許否を待っているといった事情については、その動機、目的、態様は千差万別で、従前の経過からしてその許可を期待することに相当の理由があり、更新申請に対する入管当局の審査にも誠実に対応していると認められるものもある一方で、在留資格に関わる事情の変動があつて在留期間更新が許可される

と期待することに無理があるのにあえて更新の申請をしたり、申請書に虚偽の記載をしたり、所在をくらましたり、入管当局による審査に不誠実な対応をするという場合も想定される。」「そうすると、在留期間経過後でありながら、その更新申請中であるという一事から、これらを一律に不可罰とするのは妥当性を欠くといわざるを得ないのであり、動機、目的、態様等の具体的事情と併せて、事案ごとにその間の残留について実質的違法性の有無を判断するのが相当である」<sup>28</sup>。

最決平成 17 年 4 月 21 日は、在留更新申請中の状態であっても不法残留罪の構成要件に該当しうると述べているにとどまるのであって、実質的違法性が阻却される可能性は十分にあり、在留更新不許可処分が下されたら直ちに不法残留罪が成立すると述べているわけではない<sup>29</sup>。

不許可処分の執行停止が認められた場合、在留更新が未了の状態に戻り、確かに在留資格が無い空白状態になるが、在留資格がない状態であっても直ちに不法残留罪になるわけではないから、「在留期間更新手続未了の状態に置く利益」<sup>30</sup>「申請手続未了前の違法な退去強制処分から保護されている地位」<sup>31</sup>は認められると解すべきである<sup>32</sup>。

大阪地決平成 24 年 4 月 2 日は、在留資格がなければ直ちに退去強制をするべきだという前提に立ち、在留資格があるかないかというという二分論でしか見ていないと思われる。適法な在留が認められるかどうかは本案の問題であって、在留資格が無いことは、仮の救済では問題とすべきではない。結論的に言えば、《在留資格は無いが退去強制すべきでは

<sup>28</sup> 前田巖「判批」ジュリスト 1306 号 175 頁 (2006 年)。

<sup>29</sup> 最決平成 17 年 4 月 21 日と同様の構成を採用している最決昭和 45 年 10 月 2 日も、同様に違法性阻却を問題としている(鬼塚(1971)・255 頁)。また、鬼塚(1971)は、構成要件に該当しないという解釈も提示しているが、これは、最決平成 17 年 4 月 21 日(判例時報 1898 号 153 頁)とは対立するだろう。

<sup>30</sup> 緒方(1971)・3 頁。

<sup>31</sup> 緒方(1971)・3 頁。

<sup>32</sup> 同様の見解として、例えば山下(1970)・6-7 頁。

ない》という中間領域を仮の救済においては例外的に肯定できるのではないか<sup>33</sup>。「不法残留者としての責任を問われないという意味において、本邦に残留することができる」という判示は、上記のような意味で解される。

第二に、仮の義務付けを積極的に用いるべきであるとしても、執行停止が排除されているとは考えられないからである。

前述のように、平成16年行政事件訴訟法改正以前、申請拒否処分に対する執行停止は原則として申立ての利益がないと解されていた<sup>34</sup>。申立ての利益を認める決定も散見されるものの<sup>35</sup>、あくまで例外にとどまる。

<sup>33</sup> 中間領域を肯定することに対しては、「実質的には、申立人に対し在留期間の更新が認められたのと同様の地位を創設することになると思われる。しかも、この場合は、他の例と異なり、従前の権利（在留権限）が引き続いて存続するという状態になるのではなく、『不法残留者としての責任を問われない』という地位に基づくいわば新たな在留権限を実質的に認めることに等しい結果となるものである」（藤田ほか（1983）・13頁）という批判が考えられるが、どう応答するべきか。

在留更新不許可処分の効力停止が認められたとしても、33条2項は準用されないから、法務大臣がもう一度処分をすることにはならない（園部（1989）・432頁〔山下敬一執筆〕）。しかし、申立人は、もう一度処分がない場合であっても在留し続けることが可能となる。よって、上記の批判も、理解できなくはない。

しかし、あくまで本案確定まで期間の在留という仮の状態（しかも短期間である）が創りだされてしまうことを「新たな在留権限を実質的に認めることに等しい」とまで批判するのはやや過剰反応と思われる。

結局のところ、申立ての利益を認める見解には、「在留期限の到来の前に適法な更新の申請がなされ、在留目的に照らし——もっとも、当初の在留目的が途中でないし更新のさいに種々の事情から若干の変更をみることも当然に考えられうる——これを拒むべき特段の事情がない限り、在留期限の到来によって当然に在留許可が失効しないと解し、右不許可処分に対する執行停止により本案判決の確定に至るまで本邦に在留できる」（東條（1971）・112頁）という思考がある。これは、「仮処分が排除されているということから出るものであり、必ずしも自然な思考方法といえない」（東條（1971）・112頁）が、「執行停止に仮処分的な機能をもたせ権利救済の空洞化を防止しようとする努力の現れ」（原田（1973）・217頁。下線部は引用者）と評価するべきであろう。

<sup>34</sup> 藤田ほか（1983）・9-10頁、園部（1989）・432頁〔村上敬一執筆〕、村上（2002）・35頁。

<sup>35</sup> 上記の言及した在留更新不許可処分に対する執行停止のほか、東京地決昭和42

申請拒否処分に対して仮の救済が機能していないことは旧行政事件訴訟法の「機能的限界」<sup>36</sup>と指摘されていた点であって、立法による是正が主張されていた<sup>37</sup>。平成16年行政事件訴訟法改正では、上記の点を踏まえ、仮の義務付けが新設された<sup>38</sup>。

上記の立法経緯から考えると、申請拒否処分については執行停止ではなく仮の義務付けを活用すべきである、という見解<sup>39</sup>は、一般論としては、支持できる。そして、この立場を貫徹するならば、在留更新不許可処分の執行停止の申立は適切ではない、という批判も成立しうるだろう。

しかし、上記のような見解には、直ちには賛同できない。

まず、執行停止には、補充性要件がない。その他の手段(この場合は、仮の義務付け)で、適切な方法があるならば、補充性要件の観点から——つまり、明文を根拠として——仮の義務付けを使うべきであるという結論になるだろう。しかし、補充性が規定されていない以上、仮の義務付けの訴えの方が適切であったとしても、執行停止を否定する理由にはならないはずである。

次に、申請不許可処分については仮の義務付けを用いるべきだ、という主張は一般論としては肯定できるが、次の点に留意すべきである。すなわち、在留更新不許可処分に対する執行停止は、平成16年行政事件訴訟法改正以前も例外的に認められていた領域であって、平成16年改正は、仮の義務付けを積極的に活用すべきという主張を取り入れたが、従前から認められていた解釈論上の努力を明確に否定する見解に立脚して

---

年11月27日(判例時報501号52頁)、札幌地決昭和34年5月11日(行集10巻5号1016頁)、東京地決昭和43年8月9日(判例時報526号21頁)、東京高決昭和45年11月25日(判例時報612号11頁)など。

<sup>36</sup> 藤田ほか(1983)・10頁。

<sup>37</sup> 例えば、阿部泰隆『行政訴訟改革論』(有斐閣・1993年)258頁、下井(2004)・230頁。また、長谷川(2012)・1018頁注44参照。

<sup>38</sup> 北村(2004)・71頁、橋本(2006)・148頁。

<sup>39</sup> 例えば、阿部(2009)・210-211頁、301頁。ほかにも、大浜Ⅱ(2011)・235頁、神橋(2012)170-171頁、塩野(2013)・211頁、野呂(2006)・230頁など。

いるとは考えられない<sup>40</sup>。執行停止に関する改正は、損害要件の緩和<sup>41</sup>が中心であって<sup>42</sup>、申請拒否処分に対する執行停止は特に取り上げられていない。そうであるならば、改正以前も許容されていた領域について変更は無いと解するのが適当と考える。

なお、付言するに、仮の義務付けにおける損害要件は「償うことができない損害」であって厳格に過ぎ、執行停止を用いた方が原告の救済にとっても有利であるという解釈論上の長所もある<sup>43</sup>。

## 2.4. 小 括

以上、在留更新不許可処分に対する効力停止の申立ての利益の有無について検討した。これは、平成16年行政事件訴訟法改正以前からも議論されてきた領域であり、上記に述べたように、改正後も法解釈に変更はないと解するのが相当である。むしろ、平成16年改正によって法解釈が変更する可能性がある領域は、次に検討する損害要件の問題である。

## 3. 執行停止による救済方法 — その2・入管収容と退去強制処分に対する執行停止 — 損害要件緩和の効果

### 3.1. 問題の所在

#### (1) 収容部分と送還部分の執行停止

[1.2] において説明したように、不法滞在となった外国人は、退去強

<sup>40</sup> 例えば、「もちろん、これまで解釈論上の努力によって執行停止が認められていた分野で執行停止による救済が排除されるわけではないだろう」（北村(2004)・71頁）と指摘されている。

<sup>41</sup> 「回復困難な損害」（旧行政事件訴訟法25条2項）から、「重大な損害」（現行行政事件訴訟法25条2項及び3項）へ改正された。

<sup>42</sup> 司法制度改革推進本部 行政訴訟検討会「行政訴訟制度見直しのための考え方」（平成16年1月6日）の4(1)参照。  
<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisousyousiryou/040106kangaekata.html>

<sup>43</sup> 同様の見解として、室井=芝池=浜川（2006）・420-421頁 [深澤龍一郎執筆]。

制令書が発付され、その後、収容を経て国籍国へと送還される。この一連のプロセスにおいて、仮の権利救済としては、収容部分と送還部分に対する執行停止が考えられる。そして、退去強制訴訟における仮の権利救済の中心は、ここにあると言っても良い。

そして、上述のように、退去強制令書による収容（入管法 52 条 5 項）は、「送還のときまで」と定められ、最大 60 日と規定されている収容令書による収容（入管法 41 条）とは異なり、明確な期限の定めがない。

収容されると、たとえ違法と判断されたものであっても、本案確定までは活動や居住地に制限がかかる。また、その制限が長期に及ぶ場合も考えられる。そのため、収容以前の活動（例えば、労働、通学など）を継続するために、退去強制令書の収容部分の執行停止を求める場合が考えられる。

収容よりも影響力が大きいのは、送還部分である。これは、母国へ送還する行為であって、一度送還されてしまうと、そもそも原状回復自体が困難になる。よって、退去強制訴訟においては、送還部分の執行停止が重要な救済措置となる。

ただし、一般には、退去強制令書の送還部分の執行停止は認容される傾向にある。その理由として、次の二点が挙げられている。

第一に、「退去強制令書の執行が終了すると、仮に令書が違法なときでも、申立人が本邦に復帰することができなくなってしまう、この不利益は性質上金銭賠償で満足させることができない」<sup>44</sup> ことである。退去強制令書が執行されてしまうと、原状回復の余地がないと判断され、申立ての利益も消滅してしまう<sup>45</sup> だけでなく、本案においても、訴えの利益が消滅すると解されるからである<sup>46</sup>。

第二に、「仮に、令書の執行により令書取消しの訴えの利益が消滅せず、

<sup>44</sup> 藤田ほか（1983）・153 頁。

<sup>45</sup> 橋本（2006）・145 頁。なお、最決平成 14 年 2 月 28 日（判例時報 1781 号 96 頁）では、収容令書による収容について執行停止の申立ての利益を否定している。

<sup>46</sup> 藤田ほか（1983）・153-154 頁。また、[1.1] 参照。



しかも令書取消判決があったとき国は申立人を無条件で入国させる義務が生ずると解することができるとしても、現実に申立人がその状態に戻ることができるかどうかは明らかでない。日本国の主権は外国に及ばないから、日本国だけの判断によって外国に居る外国人を日本に連れて来ることにはできない。また、外国人が出国できるかはその国の法規に従わなければならないし、またそのほかどのような困難が存するかは明らかではないからである<sup>47</sup>。

裁判例は、上記のような不都合を回避するためにも送還部分の執行停止の必要性は高いと判断する一方で、収容部分の執行停止は認めない傾向にあった。

## (2) 問題の所在

ところで、平成 16 年改正では、執行停止については、「回復困難な損害」から「重大な損害」へと改正され、損害要件が緩和された<sup>48</sup> (改正の趣旨などについては後述する)。

では、改正以前から認められなかった収容部分の執行停止については、改正の効果は届いているのだろうか。収容部分の執行停止に関する判断は、平成 16 年改正の趣旨に沿って行われているのだろうか。

以下では、収容部分の執行停止について、改正前と改正以前の動向を比較し、検討する<sup>49</sup>。

### 3.2. 改正以前の動向

まずは、改正後との比較のために、改正以前の動向について、簡単に

<sup>47</sup> 藤田ほか (1983)・154 頁。

<sup>48</sup> 南=高橋 (2009)・491-492 頁 [金子正史執筆]。また、新たに勘案事項も法定されている (25 条 3 項)。

<sup>49</sup> なお、本案勝訴要件 (新 25 条 4 項 (旧 25 条 3 項)) については、改正されていない。本稿は、退去強制関係について平成 16 年改正後の動向を検討するものであるため、本案勝訴要件については省略する。本案勝訴要件に関する検討については、野口 (2004) が詳しい。

整理する。平成 16 年改正以前の行政事件訴訟法 25 条 2 項は、「処分  
の取消しの訴えの提起があった場合において、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  
があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、処分の効  
力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止…をすること  
ができる。」と規定していた。

退去強制訴訟において、主に、裁判例は、「回復の困難な損害を避  
けるため緊急の必要があるとき」の要件について争われている。

### 3.2.1. 損害要件の判断枠組み

「損害」要件については、まず、通常損害説とそれに対する批判を述  
べる必要がある。

通常損害説とは、緒方節郎裁判官が唱えた見解であり、損害要件につ  
いて、次のように解する。

「処分等によって生ずる損害のなかには、一般に財産的損害(積極損  
害と消極損害とを含む)のほか精神的損害が含まれることはいうま  
でもない。また処分等によって直接生ずる損害はもとより、その損  
害(結果)を原因としてさらに生ずる間接的損害もこれに含まれる  
であろう。しかしここで損害というのは、あくまでも処分等の結果  
として生ずることのある損害を指すのであって、処分、処分の執  
行等を受けること自体は損害に当たるとは言えない。」<sup>50</sup>

緒方は、上記のように解し、「処分の当然の結果たる不利益ないし損  
害」<sup>51</sup>は、回復困難な損害に該当しないと述べていた。緒方は、さら  
に続けて次のように述べる。

<sup>50</sup> 緒方 (1969)・691 頁。

<sup>51</sup> 緒方 (1969)・692 頁。

例えば、「国立や公立大学の学生の退学処分は、学生を在学関係から排除することによって行政目的（公共の福祉）を実現する処分であるから、退学処分を受けた学生が他の学生と同様受講や学校の施設の利用ができないとか、卒業が延期されるなどのことは、厳密に言えば、それ自体処分の内容そのものであって、損害に当るということはできない。退学処分における原状回復は、本案の取消判決によって再び復学することであるが、もし退学処分によって受講できず、また初志どおり卒業できないことが、『青年再びきたらず』という意味において原状回復不可能であるという理由で、回復困難な損害そのものに当たるとすれば、退学処分はもちろんのこと、ほとんどすべての行政処分はその内容ゆえに常に執行停止の積極要件を具備することとなり、執行不停止の原則を破壊する不合理な解釈といわざるをえない。しかし右の受講や施設利用の不可能、卒業延期等の結果として生ずることのある精神的、財産的な損害は、退学処分によって生ずる範囲の損害である。けれども、その損害が、退学処分の結果として誰れ彼れの例外なく当然に生ずる範囲の損害である場合、そのような損害が直ちに回復困難な損害に当るということになるとすれば、そのような解釈は『処分の内容それ自体が回復困難な損害に当る』という解釈と実質上変わらないこととなって不当である。」<sup>52</sup>

しかし、この見解に対しては、次のような批判が展開されている。

第一に、『行政事件訴訟法に基づく執行停止をめぐる実務上の諸問題』では、次のように批判している。

「まず処分自体が損害でないというのは『理論上』当然のことである。しかしこのことは、処分の効力によりほとんどの人が受ける不利益が回復困難な損害に当たらないとする根拠にはならないであろう。……

<sup>52</sup> 緒方 (1969)・692 頁。

次に、『誰彼なく生ずる』損害であっても、それが常に『回復困難な』損害に当たるものではなく、処分の性格や申立人の事情などによって異なるものであり、しかも、他に本案の理由と公共の福祉の二実体的要件が存するのであるから、誰彼なく生ずる損害を『損害』に含めたとしても常に執行停止が与えられるわけではなく、したがって執行不停止原則に反するものとの批難は当たらない。最後に、そのような解釈は、処分から生ずる最も大きい損害を除くことになり、実際上は執行停止の必要性が極めて高いと考えられている場合、例えばデモ不許可や退去強制令書の退去部分について執行停止を許さないことになってしまい、結論的にも妥当とは思われない。<sup>53</sup>

第二に、藤山裁判官による決定では、次のように批判を展開している。

「回復が困難か否かとその損害が処分の結果として当然発生するか否かは必ずしも一致するものではなく、処分の結果として当然発生する損害であっても、回復が困難な場合はあるし、他方、処分の結果として法が予定していないものであっても、事後的な回復が容易な損害もあるから、処分の性質やその結果である損害の性質、さらには申立人の事情等を考慮して、当該損害が回復困難な損害といえるか否かを検討すれば足りるものである。行政事件訴訟法の文言も、当該処分の結果として当然発生するものであることを予定している損害を排除しているものではない」。通常損害説は、「法の規定しない新たな要件を設定しているに等しく、到底採用できない。」<sup>54</sup>

学説においても、上記の理由から、通常損害説は支持されていない<sup>55</sup>。

<sup>53</sup> 藤田ほか (1983)・49-50 頁。

<sup>54</sup> 東京地決平成 13 年 12 月 27 日 (判例時報 1771 号 79 頁)。

<sup>55</sup> 出口 (2012)・446-447 頁。

また、裁判例においても、通常損害説はほとんど採用されていない、と言われている<sup>56</sup>。なお、提唱者である緒方裁判官自身も、「退去強制のような性質の処分についてまでこの判定基準を適用する合理性はないので、処分の性質により例外を認めざるをえない」<sup>57</sup>と述べ、通常損害説が妥当しない領域を容認する立場に改説している。

しかし、一般的には通常損害説は採用されていないものの、退去強制の收容部分の問題についてだけは、通常損害説が用いられる場合がある。例えば、東京高決平成14年3月11日(裁判所ウェブサイト)は、次のように判示している。

「法52条5項が定める收容は、退去強制令書の発布を受けた者について、送還可能のときまで收容して、その者の送還を確実に実施できるようにするため必要な限度でその身体を拘束しておく手続であり、法は、收容部分の執行により被收容者が入国者收容所等に收容されてその身体が制限される等の不利益を受けることを当然に予定しており、本件退令の收容部分の執行の停止を求める申立てについて、行訴法25条2項にいう「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に該当するというためには、上記のような身体拘束による自由の制限等の不利益を超え、被收容者の身体的状況、收容場等の環境その他諸般の事情により、收容を不相当とするような特別の損害を被るおそれがあることを要すると解するのが相当である。」(下線部は引用者)<sup>58</sup>

<sup>56</sup> 藤田ほか(1983)・50頁。なお、これは、藤田耕三、井関正裕、佐藤久夫の三判事が作成した司法研究報告書による指摘であることも付け加えておく。すなわち、ほかならぬ裁判官自身が通常損害説を採用していないと明言している。

<sup>57</sup> 緒方(1971)・119頁。また、緒方(1976)・1178-1179頁も同旨。

<sup>58</sup> 同様の判断として、例えば、東京高決平成14年6月10日(判例時報1803号15頁)では、「法の規定に基づき退去強制を受ける相手方が收容場等に收容されることにより、一定の限度でその自由が制限されることやその收容自体がもたらす精神的苦痛等の不利益を被ったとしても、そのような自由の制限や精神的苦痛等の不利益

しかし、通常損害説は「収容部分の執行停止の可否を論ずる際にのみ現れる議論ということになるが、なぜこの場合にのみ『通常生ずる損害説』を持ちださなければならないのかについては何ら理由は見出し得ない」<sup>59</sup>。「おそらく、退去強制令書の収容部分について執行停止が認められると、当該外国人が逃亡のおそれがあり、また、法の定める何らの規制を受けること無く在留資格を有しない外国人が我が国において活動するという法の予定しない状態が発生し、このことは容認できないとの考え方が根底にあるようであるが、これは結局のところ、解釈論ではなく、執行停止制度の不備を主張する立法論にすぎないというべきであろう」<sup>60</sup>。

この点について、最高裁は、最決平成 16 年 5 月 31 日<sup>61</sup>において、明確な言明は避けつつ、「退去強制令書の収容部分の執行により被収容者が受ける損害は、当然には行政事件訴訟法 25 条 2 項に規定する回復の困難な損害に当たるとはいえない」が、本件において収容部分の執行により相手方が受ける損害は、「社会通念上金銭賠償による回復をもって満足することもやむを得ないもの」<sup>62</sup>であって、回復困難な損害には該当しないと判示した。

上記判示は、「当該事案の具体的事情の下では回復の困難な損害が発生するとはいえないとしていると解すべき」<sup>63</sup>であり、一般論としては<sup>64</sup>、

---

が収容の結果通常発生する範囲にとどまる限りにおいては、行訴法 25 条 2 項にいう「回復の困難な損害」には該当せず、相手方が受ける損害は社会通念上事後的な金銭賠償による回復をもって満足することもやむを得ないものといわなければならない。」と判示している。名古屋地決平成 14 年 5 月 14 日 (Westlaw 文献番号: 2002 WLJPCA 05140001)、東京高決平成 14 年 4 月 3 日 (裁判所ウェブサイト) も同様である。

<sup>59</sup> 出口 (2012)・450 頁。

<sup>60</sup> 出口 (2012)・450 頁。

<sup>61</sup> 判例時報 1868 号 24 頁。

<sup>62</sup> 判例時報 1868 号 26 頁。

<sup>63</sup> 出口 (2012)・449-450 頁。

<sup>64</sup> 最決平成 14 年 4 月 26 日 (訟務月報 49 巻 12 号 3080 頁) では、退去強制令書の収

通常損害説を採用していないと思われる<sup>65</sup>。

前記最決平成16年5月31日を踏まえ、例えば、東京地決平成17年2月1日(裁判所ウェブサイト)では、以下のような判断枠組を用いている。

「退去強制令書の収容部分の執行停止を求める申立てにおいて、「回復の困難な損害を避けるため緊急の必要があるとき」に該当するといふためには、退去強制令書の執行による収容に伴って申立人が受ける自由の制限や精神的苦痛等の不利益、申立人の健康状態や家族の状況、その他収容に関連する諸般の事情に伴って申立人が具体的に被る損害が、退去強制令書の発付を受けた者を送還するために身柄を確保することなどの行政目的を達成する必要性を勘案しても、なお収容の継続を是認することができない程度のものであることを要すると解するのが相当である。」

では、具体的にどのような判断がされているのか。これは次に取り組む課題である。

### 3.2.2. 個別事例の類型化

以下では、個別事例ごとに、収容部分の執行停止に関する判断を概観する。

#### (1) 経済的利益・事業の継続

平成16年改正以前は、金銭賠償可能な損害は「回復困難な損害」に該当しないと判示する傾向にあった。財産的利益・事業の継続単独だけで

---

容部分の執行によって勉強上の不利益を受けるとしても、本件の事情の下では「回復の困難な損害」とは言えないと判示している。

<sup>65</sup> 同様の見解として、福田千恵子「判批」判例タイムズ1184号273頁。ただし、通常損害説に立脚していると解する見解もある(櫻井=橋本(2013)・333頁)。

は、通常は金銭賠償によって回復可能と判断されるため、損害要件を満たさないと判断されやすい<sup>66</sup>。

例えば、東京高決平成16年11月26日（訟務月報51巻9号2385頁）では、外国人が退去強制令書発付処分に基づき收容されることで、事業を継続できなくなり、その内縁の妻やその子らの収入が減少することがあるとしても、そのような損害は、原則として、事後的な金銭賠償による損害の回復によって満足することもやむを得ないものであるから、「回復の困難な損害」には当たらないと判断されている。

なお、原決定である東京地決平成16年9月22日（裁判所ウェブサイト）は、事業の継続に加えて、收容が継続した場合は2人の子ども（小学4年生と2歳児）の世話をしなければならないことを指摘し、家族生活が崩壊することを理由に、收容部分の執行停止を認めている。この判示からは、事業継続という単独の要素だけでは金銭賠償による回復可能と判断することは難しい、という考えの存在を推測できる<sup>67</sup>。

神戸地決昭和51年7月9日（訟務月報22巻8号1978頁）では、申立人である事業者が重度身体障害者に対する貴金属加工に関する技術指導を行なっている事例であって、收容された場合、現に技術指導を受けている状態にある者が、技術指導を受けられなくなることによる不利益を主張していた。

しかし、裁判所は、事業継続が困難になる結果、被收容者以外の第三者に対して不利益が発生する場合であっても、「行訴法25条2項にいう（回復困難な）損害とは、当該個人の個人的権利、利益の侵害に限られるのであって、第三者の損害や公共的損害は右条項にいう損害には当たらない」と判示し、第三者の不利益を損害とは認定しなかった。ただし、

<sup>66</sup> 南＝高橋（2009）・490頁 [金子正史執筆]。

<sup>67</sup> 東京地決昭和50年4月26日（判例時報787号58頁）も、事業の継続が困難になることだけではなく、申立人の子弟の教育に生涯をも生じることを挙げ、收容部分の執行停止を認めている。ここでも、事業の継続だけでは金銭賠償可能と判断されている。



一般的には、損害とは、申立人個人が被る損害を指すのであって、第三者の損害は一般的には「損害」には含まないと解されている<sup>68</sup>。「抗告訴訟が民事訴訟と同様に原告自身の権利救済を目的とする制度である以上、執行停止制度で救済されるべき利益も原告個人の利益でなければならぬのは当然のことであろう<sup>69</sup>と解されるからである。したがって、当該決定も理論的には不合理なものではない。

## (2) 勉学・教育を受ける機会を喪失すること

収容されることによって学業が継続できなくなる場合、裁判所は回復困難な損害に該当すると判断する傾向にある。

第一に、大学の事例として、東京高決昭和 44 年 12 月 1 日（判例時報 576 号 16 頁）がある。

「第一審申立人はネブラスカ州のウェスリアン大学で宗教哲学を専攻し、昭和 34 年 10 月 10 日キリスト教の宣教師として来日して青山学院大学に奉職、爾来布教に従事していたが途中、禅に関心を寄せ、昭和 38 年暮頃宣教師の資格のままで福井県下の曹洞宗大本山永平寺で参禅したこともあり、その後益々禅に傾倒し、遂に昭和 40 年 8 月改宗して僧侶となり、昭和 41 年から永平寺時代の導師霊泉寺住職 A 指導の下に永平寺において雲水の修業をし、さらに A の配慮によって駒沢大学仏教学科修士課程に入学、B（身元引受人）、C らの指導下に仏教学を専攻しているものである。かくて第一審申立人は C 指導の下に、前記大学における修士論文、「現代中国における仏教」の研究に没頭しているが、そのためには中国（中共）における仏教界の実情を实地に見聞する必要ありとし、これを主目的として中国に向い出航したが上陸を拒否されたもので、今後の予定としては右修士論文を提出して昭和

<sup>68</sup> 南＝高橋（2009）・491 頁 [金子正史執筆]。

<sup>69</sup> 藤田ほか（1983）・51 頁。

45年3月駒沢大学大学院を卒業し、その後、さらにA師指導の下に靈泉寺において約6ヶ月間勤行の上同師の指示があれば帰国し、その後米国において仏教の布教に従事する計画である。

第一審申立人の当面している以上の事情を勘案すれば、同人に対する強制の収容が同人に対し回復し難い損害を与えることは明らかである。収容を継続されるかぎり行動の自由を失い、駒沢大学院を卒業したうえ、6ヶ月間の勤行を経て僧籍を取得し、米国において禅宗の布教に従事しようとする第一審申立人の企図を実現することが困難となるからである。出入国管理令（以下単に「令」という）54条第1項によれば退去強制令書の発布を受けて収容されている者は入国者収容所長又は主任審査官に対し仮放免を請求することができることになっているけれども、仮放免には種々の制約が付せられるだけでなく、記録によれば第一審申立人が仮放免の請求をしたのにそのまま放置されている事実が窺われるから、これによって直ちに第一審申立人に回復し難い損害を生じないということはできない。」（下線部は引用者）

平成16年行政事件訴訟法改正後の事案にも大学に通っている者の事例が存するところであり、この問題は後述する。

第二に、小学生や中学生の事例<sup>70</sup>としては次のような判断がされている。福岡地決昭和43年11月29日（判例タイムズ233号135頁）では、申請人が15歳、9歳、5歳であって、「かかるに少年ないし幼児を収容状態に置くこと自体、しかもかかる時期における教育の場を奪うことは正に同申請人らにとって精神的、肉体的に回復困難な損害であるという

<sup>70</sup> なお、東京高決昭和51年10月5日（訟務月報22巻10号2432頁）では、申立人は、判決時には29歳であって、出生以来、母国においても教育を受けたことがなく、文盲であったが、その後、自発的に夜間中学に入学し、小学校4年程度の学力を身につけた者である。この事例では、収容されることによって教育が継続できなくなるとしても回復困難な損害に当たらない、と判示したが、教育を受ける機会の問題として還元すべきではない特殊な事案として位置づけるべきであろう。

べ」きと判示している<sup>71</sup>。

また、大阪高決昭和61年3月18日(訟務月報33巻4号990頁)においても、「X3は中学校、X4、X5、X6はいずれも小学校在学中であるから、X3らを本案判決まで相当期間教育施設が整備されていない大村入国収容所に収容し続けることは、X3らにとってはもとより、X3らを監護教育すべきX1、X2らにとっても教育上、保育上著しい不利益を被るおそれがあり、この不利益は申立人らにとって回復困難な損害というべきであ」る、と判示している<sup>72,73</sup>。

このような判断からは、裁判所は、外国籍の子どもであっても教育を受ける機会は基本的利益であって<sup>74</sup>、収容が継続すると教育を受ける機会を逸するという発想に立脚しているのではないかと推測できる。

### (3) 家族

収容により家族生活が維持できなくなる場合も、損害が認められる。

例えば、広島地決昭和46年11月8日(判例時報657号44頁)では、「申立人の家族は申立人の給与によってその生活を維持していること」からすれば、「本件処分により申立人が収容されるならば、申立人及びその

<sup>71</sup> 控訴審である福岡高決昭和44年6月3日(行集20巻10号1177頁)も原決定を維持している。

<sup>72</sup> ただし、控訴審である大阪高決昭和61年6月26日(訟務月報33巻4号978頁)では、通常損害説を採用した上で、回復困難な損害ではないと判示している。

<sup>73</sup> 大阪地決平成2年12月25日(判例時報1382号21頁、判例タイムズ753号91頁)では、子が、日本における生活が困難になること、実父との面会が困難になることの二点を認定し、送還部分については執行停止を認めた。しかし、本件決定は、収容された場合に子が小学校に通うことが困難になるという主張にも関わらず、収容部分の執行停止は認めていない。その理由は明確ではないが、仮放免しているという事情があったからと推測される。

<sup>74</sup> 外国籍の子どもを日本の学校に就学させる義務はないと解されているが、教育上の配慮の観点から就学を許容している(手塚(2005)・335頁)。外国人には教育を受ける権利が無いと解するとしても、外国籍の子どもが生活(日本、国籍国問わず)を営むにあたって、教育を受ける機会の重要性・必要性が否定されるわけではない。

家族の生活に相当程度の損害を与えるおそれがある」と判示している。控訴審である広島高決昭和 46 年 12 月 9 日(判例時報 657 号 44 頁)も、原決定を維持している。

ほかにも、札幌地決昭和 42 年 7 月 16 日(行集 18 卷 7 号 907 頁)では、「申立人が右令書にもとづく執行により収容された場合には、申立人の身体を拘束されるため、申立人の妻 A (日本人) 長女 (12 才) の家族との家庭生活は破壊され」ることが「回復し難い損害」認定の一要素となっている。

ただし、家族との面会は収容所でも可能であるため、家族との面会が困難になることだけでは回復困難な損害とは判断されにくい<sup>75</sup>。

前述のように、一般に、第三者の不利益は損害とは考えられない<sup>76</sup>。しかし、前記 2 決定は、家族の生活が困難になることを考慮要素として取り込んでいる。一見矛盾しているように思われるが、これは、家族生活は申立人と共同して形成・維持するものであって、家族生活が破壊される場合の損害は、結局のところ、申立人の損害として還元できる、という考えに立脚するものと思われる<sup>77</sup>。

#### (4) 健康状態

収容されると治療が継続できなくなり、健康状態が悪化する場合は、収容部分の執行停止は認められやすい。

例えば、東京地決平成 15 年 6 月 11 日(判例時報 1831 号 96 頁)では、申立人が収容により統合失調症の症状を発したという事案であり、「仮に申立人の収容をこのまま継続したとすれば、心身の異常が固定化される

<sup>75</sup> 参照、大阪地決平成 2 年 12 月 25 日(判例時報 1382 号 21 頁、判例タイムズ 753 号 91 頁)。

<sup>76</sup> 南=高橋 (2009)・491 頁 [金子正史執筆]、藤田ほか (1983)・51 頁。

<sup>77</sup> 例えば、「申立人以外の第三者の不利益であっても、その申立人との特殊な関係から、それを同時に申立人の不利益と評価できる場合も存する」(藤田ほか (1983)・51 頁) という見解も提示されている。

など回復し得ない結果となることも十分考えられるのであり、申立人の收容を解く必要性は極めて高い」と判示し、收容部分について執行停止を認めた。健康状態の悪化を理由とする收容部分の執行停止は、従来の決定の「考え方に立っても同様の結論に至ることが可能ではないかと思われ、そのことから相手方も即時抗告をしなかったのではないかと考えられる」<sup>78</sup>。

同様の事例として、例えば、広島地決昭和46年11月8日(判例時報657号44頁)では、「申立人は慢性癒着性虫垂炎の病症があり、現在も生活を規正し、長期加療のうえ、経過を観察する必要が有ること」が、損害認定の際の一考慮要素となっている。

もっとも、收容所にはある程度の医療施設も整っているため、收容所において治療が困難であるという事情が必要である。收容所においてある程度は治療可能な病気である場合は、收容部分の執行停止は認められない<sup>79</sup>。

#### (5) 收容それ自体が「重大な損害」と解する見解について

(1)から(4)までの事例とは全く異なる見解として、入管收容それ自体が損害となる、という見解が提示されている。

これは、「いわゆる令状主義に基づかない行政処分で身柄拘束ができるということ自体が異例なもの」<sup>80</sup>という発想に立脚する。「確かに行政処分によって人を抑留又は拘禁することができるのは退去強制令書のほかには感染症関係の諸法令がある程度であり(感染症の予防及び感染症の

<sup>78</sup> 匿名コメント(判例時報1831号96頁)。同様の指摘として、伊藤(2006)・150頁。

<sup>79</sup> 必要があれば外部病院に連行して、診察を受けさせる体制が整っていることを指摘した名古屋地決平成14年5月14日(裁判所ウェブサイト)、東京地決平成17年2月1日(裁判所ウェブサイト)や、うつ病で、收容施設内で自殺未遂を繰り返している者に対する收容部分の執行停止を求めた者に対し、施設内における治療設備が整っていることを指摘した東京高決平成14年6月10日(判例時報1803号15頁、裁判所ウェブサイト)などがある。

<sup>80</sup> 匿名コメント(判例時報1771号76頁)。

患者に対する医療に関する法律 19 条、20 条等)、憲法的な視点からすると、入管法 24 条所定の違反事由のうち、刑事事件で実刑判決を受けた者などはともかく、単なる不法在留などに該当するとされている者について、逃亡のおそれ等、将来の送還を困難にする事情等を考慮することなく、行政処分によって一律に身柄を拘束することが許されるか否かについては、検討に値する問題であろう」<sup>81</sup>。

この立場は、東京地決平成 14 年 3 月 1 日 (判例時報 1774 号 25 頁) において最も鮮明に現れている。これは、我が国に不法入国したアフガニスタン人について、難民としての保護が与えられるべきであるとし、退去強制令書に基づく執行が収容部分も含めて停止された事例である。その中では、次のように判示している。

「行政事件訴訟法 25 条 2 項の「回復の困難な損害」とは、処分を受けることによって被る損害が、原状回復又は金銭賠償が不能であるとき、若しくは金銭賠償が一応可能であっても、損害の性質・態様にかんがみ、損害がなかった原状を回復させることは社会通念上容易でないと認められる場合をいう。

本件退令に基づく収容により申立人が被る損害は、収容による身柄拘束を受けることであるが、身柄拘束自体が個人の生命を奪うことに次ぐ人権に対する重大な侵害であり、精神的・肉体的に重大な損害をもたらすものであって、その損害を金銭によって償うことは社会通念上容易でないというべきである。元来、我が国の法体系下において、このように人権に重大な制約を及ぼす行為を単なる行政処分によって行うこと自体が異例なのであるから、これに直接携わる行政機関はもとより、その適否を審査する裁判所においても、この処分の取扱いには慎重の上に慎重を期すべきであり、このことは執行停止の要件該当性の判断に当たっても妥当するものというべきである。

<sup>81</sup> 匿名コメント (判例時報 1771 号 76 頁)。

なお、相手方は、申立人が収容されている東日本センターの設備、衛生状況及び処遇状況を具体的に指摘し、それらに問題がないことを主張するが、上記の説示は、そのような施設内の状況がどのようなものであっても、その施設から外部に出ることを禁じていること自体を問題としているのであって、相手方が施設内部の状況についていかに意を用いようと結論を左右するものではない。

以上の点からすれば、申立人が収容されていることによって生ずる損害は、後の金銭賠償が不可能なものであるか、金銭賠償が一応可能であっても、社会通念上損害がなかった原状を回復させることが容易でない損害であると認められる。」

このような発想は、従来も同様の発想が存在しなかったわけではないが<sup>82,83</sup>、藤山雅行裁判官による一連の決定<sup>84</sup>として注目を浴びた。

しかし、一般的には支持されていない。上記の発想に対する批判の中には、通常損害説の立場からの批判もあるが<sup>85</sup>、通常損害説自体が妥当性を欠く見解であることは前述した。むしろ、重要なのは、「退去強制令書

<sup>82</sup> 例えば、「強制収容のみによっても、申立人が身体の拘束によって肉体的精神的に多大の苦痛を蒙る」と判示した札幌地決昭和42年7月16日（行集18巻7号907頁、判例時報491号35頁）や、「収容処分自体が直接相手方の自由を制限してこれにより精神上・肉体上の苦痛を及ぼすもの」と判示した札幌高決昭和42年9月25日（行集18巻8＝9号1211頁）がある。またこの点については、川上「判批」自治研究81巻5号147頁（2005年）参照。

<sup>83</sup> なお、再入国不許可処分の執行停止を認める事例であるが、「本件不許可処分によって、申立人が、昭和45年9月8日以降、出入国管理令24条4号ロ該当者となって退去強制手続を進められ、入国警備官の臨検、搜索、押収を受け、さらには収容されることもある等人権の侵害を余儀なくされる危険にさらされていることは、明らか」（東京地決昭和45年9月14日（判例時報605号24頁））と判示している事例も存在する。

<sup>84</sup> 東京地決平成13年11月6日（訟務月報48巻9号2298頁）、東京地決平成13年12月3日（裁判所ウェブサイト）、東京地決平成13年12月27日（判例時報1771号76頁）、東京地決平成15年6月11日（判例時報1831号96頁）。

<sup>85</sup> 伊藤大輔「判批」訟務月報48巻9号2297頁。

に基づく収容については、ほとんど常にこの要件を満たすこととなり、従来の決定例とは全く異なった取扱いとなる」<sup>86</sup> という批判である。この問題は、改正後の動向にも関連するため、後述する。

### 3.3. 改正後の動向

#### 3.3.1. 平成16年改正による損害要件の緩和

平成16年改正では、「回復困難な損害を避けるため緊急の必要がある」から「重大な損害」に文言が改正され、「処分の取消しの訴えの提起があった場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき」と、要件が緩和された。そして、3項では、「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。」と規定し、考慮事項の考慮・勘案を通じた総合的な利益考慮による柔軟な判断が可能となった<sup>87</sup>。

一般には、平成16年改正によって、以前は認められにくかった事案(例えば、財産的損害)に対しても執行停止も認める判断が下されている、と評価されている<sup>88</sup>。

一例として、弁護士の懲戒処分について執行停止を認めた最決平成19年12月18日<sup>89</sup>を挙げることができる。この決定では、田原補足意見において明示されているように、弁護士の懲戒処分の執行停止について、従来認めなかった決定<sup>90</sup>に基づく「原告人の主張は、同条の改正経緯等から

<sup>86</sup> 匿名コメント (判例時報1771号76頁)。

<sup>87</sup> 室井=芝池=浜川(2006)・297頁[市橋克哉執筆]、福井ほか(2004)・114-115頁、最高裁判所事務総局行政局(監修)『改正行政事件訴訟法執務資料』(法曹会・2005年)6頁。

<sup>88</sup> 塩野(2013)・206頁。

<sup>89</sup> 判例タイムズ1261号138頁。

<sup>90</sup> 東京高決昭和55年2月5日(行集31巻2号113頁)、東京高決昭和60年1月25日(行集36巻1号26頁)。例えば、後者の決定では、弁護士業務が停止されること



して到底採り得ない」と述べている。

では、このような改正の効果は、退去強制に関する領域に届いているのだろうか。前述のように、平成16年改正以前は、送還部分の執行停止は比較的認められていた。では、収容部分の執行停止について、平成16年改正後、どのような決定が下されているのか。以下では、上記の問題について、裁判例を類型化した上で、考察する。

### 3.3.2. 実際の判例の動向

#### (1) 健康状態

前述のように、病気療養を理由とする収容部分の執行停止については、平成16年行訴法改正以前も認められていた。

収容による精神的ストレスの治療を理由に収容部分の執行停止を申し立てた東京地決平成17年11月25日(裁判所ウェブサイト)では、「申立人は、少なくとも精神科の受診が必要な状況にあるにもかかわらず、その診察を受けられない状況にあり、相手方の対応ぶりからすると、このまま収容を継続させた場合には申立人の適切な診療を受ける機会を失い、精神的、肉体的打撃を受けるおそれがあるものというべきであり、これは、身柄の拘束に伴う通常の損害を超えた特別の損害、すなわち重大な損害に当たるものというべきである。」と判示している。

#### (2) 教育

東京地決平成17年9月29日(裁判所ウェブサイト)では、6月23日に収容令書の執行を受けて以降、申立人は、「本件大学において履修中の科目すべての授業に欠席することとなってしまう、同年8月に予定されていた試験も受験することができず、そのため、今後更に長期間にわた

---

によって「申立人は困窮した経済状態に陥ることが予想されるが、いまだ、これをもって、回復困難な損害を避けるため緊急の必要があるとまでいうことはできない」と判示している。

り収容が継続されるとなれば、退学処分を受ける事態となるおそれがある」と判示している。控訴審でも東京高決平成 17 年 12 月 13 日(裁判所ウェブサイト)でも、「極めて計画的かつ意欲的に学業に励んでいた若年の相手方にとって、収容が更に継続されることによって学業に支障を生ずることによる不利益は、回復が容易でなく重大なものということができ」る、と判示している。

このような、学業継続それ自体が損害となるという判断は、例えば、前述した東京高決昭和 44 年 12 月 1 日(判例時報 576 号 16 頁)のように、改正以前にも見られたものであり、特段珍しいものではない。

しかし、本稿が問題としたいことは、大阪地決平成 19 年 3 月 30 日(判例タイムズ 1256 号 58 頁)が採用した、結論を導くまでの論理過程である。

これは、愛媛女子短期大学を卒業後、同志社大学文学部に編入した者が、収容令書の送還部分及び収容部分の執行停止を申し立てた事案である。

本件では、申立人は、既に在学年限の 5 年を経過し、休学しない限り、次年度の平成 19 年度が学則上の在学可能年限の最終年度であった。そして、「申立人が西日本センターに収容されている場合、実際に授業を受けることができる見込みがないことから、履修登録は認められ」ず、「平成 19 年度の履修登録手続きをすることができない場合、及び履修登録手続きをしても…単位を修得することができない場合は、平成 19 年度に休学しない限り、本件学則 30 条の 2 第 2 号の規定によって、平成 19 年度秋学期末に同学部教授会の議を経て除籍されることとなる」見込みであった。

そこで、収容部分の執行停止が認められないと履修登録ができず、学業継続が困難になり、卒業できなくなる(申立人に必要な残りの単位は 17 単位であった)ことが、「重大な損害」に該当するかどうかが争点となった。

まず、本件では、判断枠組みについて、次のように述べる。

「被收容者の処遇に関する入管法の規定の趣旨、入管法及び被收容者処遇規則が予定する被收容者の自由に対する制限の内容、態様、程度にかんがみると、收容令書又は退去強制令書発付処分の中の收容部分の執行により被收容者が受ける損害は、その内容、性質、程度に照らして、特段の事情がない限り、行訴法 25 条 2 項にいう「重大な損害」には当たらないものというべきである。」<sup>91</sup>

そして、学業継続が損害になるかどうかについて、次のように判示した。

「退去強制令書による收容によって通学することができなくなるなどの学業継続に係る困難を生ずることは、入管法が当然に予定しているところであると解される上、その不利益の内容、性質、程度に照らしても、通常、そのことをもって、行訴法 25 条 2 項にいう「重大な損害」に該当するということはできない。」

しかしながら、「本件收容が平成 19 年 4 月以降も継続することとなれば、申立人は、同志社大学文学部英文学科を平成 19 年度秋学期末に除籍されることとなる蓋然性が高い」こと、「卒業までに修得することが必要な単位数はわずかに 17 単位にすぎないことからすれば、卒業するために学業を継続したいと望むのがむしろ自然というべきである」こと、「申立人において学業を継続する利益を積極的に放棄したものとは認められず、むしろ、申立人は、学業を継続し、同志社大学を卒業する意思を有していること」などから、「本件收容によって同学科での学業を継続することができなくなるにとどまらず、同学科を除籍されるという不利益は、申立人にとって、その性質上回復困難な著しい不利益であって、行訴法 25 条 2 項にいう「重大な損害」に該当するというべきである。」と判示し

<sup>91</sup> 判例タイムズ 1256 号 62 頁。

た。

本決定は、結論としては認容したが、筆者が問題としたいのは、その論理構造である。この決定の発想は、「重大な損害」に該当するために特段の事情の存在を求め、学業継続が困難になることだけでは直ちに「重大な損害」に該当するわけではない、という発想に立脚している。

[3.2.2(2)]において紹介した東京高決昭和44年12月1日では、「収容を継続されるかぎり行動の自由を失い、駒沢大学院を卒業したうえ、六ヶ月間の勤行を経て僧籍を取得し、米国において禅宗の布教に従事しようとする第一審申立人の企図を実現することが困難となる」と判示し、収容によって学業継続（そして、その後僧籍を取得すること）が困難になることそれ自体を損害と認定している。他方、本決定は、上記のように収容によって通学できなくなるという学業継続の困難性だけでは重大な損害に該当するとは判断しなかった<sup>92</sup>。本決定は、本件の事情では申立人が在学可能な最終年次に入り、単位を取得して卒業できなくなるという不利益が発生しうるため、損害となるという判断である。このような決定の論理構造では、例えば、申立人が最終年次ではなかった場合には、学業継続の困難さは損害とならない可能性もある（なお、東京高決昭和44年12月1日では最終年次であるという事情は指摘されていない）。大阪地決平成19年3月30日に対して、「旧法下における損害についての解釈手法が維持されており、『通常生ずる損害説』の影響が残っているように思われる」<sup>93</sup>と批判されているのは、このような理由に基づく。大阪地決平成19年3月30日の論理構造は、通常損害説に立脚しても導き得た判断であって、損害要件を緩和するという改正行政事件訴訟法の趣旨からすると、端的に、学業継続が困難になることだけで損害と認めるべきであったのではないか。むしろ、東京地決平成17年9月29日（裁判所ウェブサイト）や東京高決平成17年12月13日（裁判所ウェブサイト）

<sup>92</sup> 大橋（2012）・256頁。

<sup>93</sup> 出口（2012）・454頁。

の方が改正後の解釈手法としてはあるべき姿なのではないか。

大阪地決平成 19 年 3 月 30 日について見るに、現在のところ、事例が蓄積していないため暫定的な結論しか出せないが、学業継続が困難になること自体が直ちに「重大な損害」に該当するというわけではない点については旧法下の考え方と共通し、収容部分の執行停止を認めやすくなった、とは抽象的なレベルでは言えるかもしれないが、实例を見ている限りでは従来の論理構造を維持したままである、と評価せざるを得ない。

### 3.3.3. 考えるべき問題

さらに収容について考えるべき問題として、以下の 2 点を指摘しておく。

(1) 第三者の不利益は「損害」として考慮可能なのか。

前述のように、「抗告訴訟が民事訴訟と同様に原告自身の権利救済を目的とする制度である以上、執行停止制度で救済されるべき利益も原告個人の利益でなければならないのは当然のことであろう」<sup>94</sup> という理由から、一般的には、損害とは、申立人個人が被る損害を指すのであって、第三者の損害は一般的には「損害」には含まないと解されている<sup>95</sup>。ただし、「申立人以外の第三者の不利益であっても、その申立人との特殊な関係から、それを同時に申立人の不利益と評価できる場合も存する」<sup>96</sup>。

ところで、行政事件訴訟法改正によって新規に追加された 3 項では、「裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。」と規定している。

<sup>94</sup> 藤田ほか (1983)・51 頁。

<sup>95</sup> 南=高橋 (2009)・491 頁 [金子正史執筆]。

<sup>96</sup> 藤田ほか (1983)・51 頁。

この規定は、「当該処分がその内容及び性質において申立人に与える影響のみならず、当該処分が広く多数の者の権利義務に対してどのような影響を与えるものであるかどうかを含めて、当該処分の執行を停止することによる影響が適切に考慮されることが担保」<sup>97</sup> するために設けられた。これにより、2項の「重大な損害」の有無を判断するに際し、3項が規定する勘案事項によって第三者の利益を考慮することも可能となった<sup>98</sup>。つまり、「申立人以外の者に生ずる損害は、それだけでは同条2項の『損害』には当たらないとしても、同項の『重大な損害』を生ずるか否かを判断する際の考慮要素(『重大な損害』を肯定する方向に導く要素)にはなり得る」<sup>99</sup> と解されている。

上記の法改正の趣旨を踏まえると、例えば、[3.2.2(1)]にて紹介した神戸地決昭和51年7月9日のような事例(ほかには、収容によって事業継続が困難になり、その結果従業員が不利益を被る場合など)については、改正後は、第三者の損害は考慮しないと一刀両断せずに、考慮要素として取り込むことが可能ではないか。

もちろん、「第三者の利益が主張されているからこれを考慮することはできないと図式的に判断するのではなく、当該第三者の不利益を本人の不利益と同視して考慮することが、改正の要否はともかく、望ましい」<sup>100</sup> という点では一致しているところから考えると、[3.2.2(3)]にて紹介した広島地決昭和46年11月8日や札幌地決昭和42年7月16日のような解釈は、平成16年改正によって積極的に行うべきだと言えるだろう。

<sup>97</sup> 小林(2004)・280頁。

<sup>98</sup> 室井=芝池=浜川(2006)・298頁[市橋克哉執筆]。「処分がどの程度多数の関係者に対して利益をもたらすものであるかどうかを踏まえた処分の性質」(福井ほか(2004)・357頁)と解されている。なお、第三者の利益というのは、私益であっても考慮可能と言われている(鈴木ほか座談会(2004)・14頁[宇賀克也発言])。

<sup>99</sup> 森田(2009)・188頁。

<sup>100</sup> 報告書(2012)・53頁。

(2) 収容による人身それ自体の損害は「重大な損害」になるのか。

損害要件の緩和という平成 16 年行訴法改正の趣旨から考えて、収容それ自体を損害とする見解 ([3.2.2(5)] 参照) は採用できるのだろうか<sup>101</sup>。

明確に肯定した決定例は見当たらなかったが、否定した事例としては、東京地決平成 17 年 11 月 25 日 (裁判所ウェブサイト) がある。これは、次のように述べる。

「本件処分の収容部分が執行されると、申立人は、身柄を収容され、その行動に制約を受けることとなり、このような身体の自由に対する制約は、その性質上、不利益の程度が高いものであるということができる。しかし、申立人が本邦に在留する資格を有しないことは明らかであるところ、法は、このように在留資格を有しない外国人が本邦において活動することを認めてはいないのであるから、申立人が本邦において活動することができないことや、その活動を阻止するために身柄が拘束されることにはやむを得ない側面があることも否定し難いところなのであって、このような事情を考慮することなく、身柄拘束の不利益性のみに着目して、それを「重大な損害」に当たると解することは相当ではないものというべきである。したがって、「重大な損害」に当たるといえるためには、収容が継続されることによって当該外国人に健康上重大な支障が生じるなど、身柄の拘束に伴う通常の損害を超えた特別の損害が生じているとか、申立人に対しては在留特別許可を与えられるべきであることが明らかであること (その意味で、通常の在留資格のない外国人とは同列に論じることができないこと) などの事情が存する必要があるものというべきである。」(下線部は引用者)

<sup>101</sup> 人身に対する制約それ自体を損害としてカウントできるか、という問題は、例えば、仕事もしていない、家族もいない、学校に通っているわけでもない、外国人のニートが退去強制されたような事例を想定した場合に顕在化する。この場合は、人身に対する制約以外に主張できる要素がない。

下線部が示すように、この決定は、通常損害説に依拠したものと考えられる。しかし、通常損害説が妥当しないことについては、[3.1(2)]にて述べた。また、損害要件を緩和するという平成16年改正の趣旨から考えても、妥当ではない。新設された「3項によって、処分の結果通常ないし当然生ずる権利・利益の制限であっても、他の要素との総合考慮により、それが『重大な損害』をもたらすものと評価できる」<sup>102</sup>と考えられるからである。であるならば、損害を認定する際には、収容に伴う身体拘束という「処分の内容及び性質」(行政事件訴訟法3項)を勘案することが、改正後は求められると言うべきである。

このように解釈したとしても、「退去強制令書に基づく収容については、ほとんど常にこの要件を満たすこととなり、従来決定例とは全く異なった取扱いとなる」<sup>103</sup>という批判は回避可能である。なぜならば、3項によって、「執行停止により行政が被る不利益が比較衡量の対象とな」<sup>104</sup>るため、「これまで主に『公共の福祉』の要件において考慮されてきた『公正な出入国管理に対する影響の程度』や『申立人の逃亡のおそれ』なども、『重大な損害』の審査においてまず考慮されると思われる」<sup>105</sup>からである。よって、「収容部分については人身拘束の重大性を考慮したとしても同時に逃亡のおそれなどが新たに考慮対象とされることで安易に収容まで停止されてしまうという事態は自然と抑制されるのではないかと思われる」<sup>106,107</sup>。

<sup>102</sup> 齋藤(2004)・222-223頁。

<sup>103</sup> 匿名コメント(判例時報1771号76頁)。

<sup>104</sup> 伊藤(2006)・153頁。

<sup>105</sup> 伊藤(2006)・153頁。

<sup>106</sup> 伊藤(2006)・153頁。

<sup>107</sup> なお、東京地決平成17年9月29日(裁判所ウェブサイト)では、身体拘束について言及している。本件では、むしろ、身体拘束よりも、学業継続ができなくなることを理由に収容部分の執行停止を認めたが、その判断過程において、次のように述べている。

「行政事件訴訟法25条2項にいう「重大な損害を避けるため緊急の必要がある



とき」に当たるか否かについては、処分の執行等により維持される行政目的の達成の必要性を踏まえた処分の内容及び性質と、これを執行することによって申立人が被ることとなる損害の性質及び程度とを、損害の回復の困難の程度を考慮した上で比較衡量し、行政目的の達成を一時的に犠牲にしても申立人を救済しなければならぬ緊急の必要性があるか否かという観点から検討すべきであり、また、同項の規定に基づく執行停止の内容を決定するについても、執行停止によって行政目的の達成を停滞させることにより生ずる公共の福祉への影響を、申立人の救済に必要な範囲で最小限にとどめるようにその内容を定めることが求められているというべきである。」

「退去強制令書の執行による収容に伴って被収容者が受ける身体の自由の制限は、事後的な金銭賠償による損害の回復が困難であり、単なる財産権の侵害に比べれば、その性質上要保護性が高いとはいえるものの、他方において、退去強制令書の発付処分は、その名宛人を送還するために身柄を確保するとともに、この者を隔離し、本邦におけるこれ以上の違法な在留活動を禁止するなどの行政目的によるもので、国内秩序の維持という高度の公益性を有し、上記行政目的達成のために、身体の自由を制限する必要性、緊急性が高く、同様の処分を事後的に実施することによって同目的を達成することは困難である。」（下線部は引用者）

上記の判示は、収容部分の執行停止が認められるためには「特段の事情」を要する、という判断枠組みを定立するまでの中で下されたものである。この決定では、通常損害説を採用せず、比較衡量を用いることを明言している。その上で、下線部分のように、身体拘束を損害と認定した上で、他の要素（国内秩序の維持、身体拘束の必要性及び緊急性）を考慮することを述べている。

上記引用部分は、身体拘束がもたらす侵害の程度から、安易に収容という身体拘束を行う必要性が認めるべきではないという見解を導く部分である。そして、実際にあてはめの段階においても、「申立人の身体の自由を制限する必要性は低い」と述べている。もっとも、本件では、身体拘束は、収容部分の執行停止を認めるための主要な判断要素ではない点には注意が必要である。

※なお、本稿が引用した文献一覧については次号に掲載する。