

令和4年(ワ)第891号 国家賠償請求事件

原告 ラトナヤケ・リヤナゲ・ワヨミ・ニサンサラ・ラトナヤケ ほか2名

被告 国

5

## 原告ら第5準備書面 収容の違法

2023年2月8日

名古屋地方裁判所民事第10部合議口B係 御中

10

原告ら訴訟代理人弁護士 川口直也



原告らは、被告第2準備書面に対し、下記のとおり主張、反論を行う。

なお、被告第3準備書面（ウイシユマさんの病理鑑定書の信用性に関するもの）

15 については、被告は医療面に関して、さらに全体的な準備書面を提出するというこ  
となので、原告らは、同準備書面の提出後にまとめて反論することとする。

記

## 目次

第1	「第2 原告ら第1ないし第3準備書面において、原告らが主張する国賠法1条1項の「違法」の意義及び違法性判断基準の誤り」（被告第2準備書面8頁以下）について.....	3
5	1 違法性の判断基準.....	3
	2 小括.....	6
第2	「第3 1 原告ら第2準備書面第2における必要性、合理性、比例性なく行われた収容は『恣意的な収容』であり違法である旨の原告らの主張には理由がないこと」（被告第2準備書面13頁以下）について.....	6
10	1 被告の主張が反論たり得ていないこと.....	6
	2 身体の自由が原則であり、収容は必ず例外でなければならないこと.....	7
	3 自由権規約9条1項第2文が禁じる「恣意的」な収容について.....	8
	4 日本に対する第7回報告書審査の総括所見について.....	13
	5 仮放免制度等の存在に関する被告の主張に対して.....	14
15	6 結論.....	14
第3	「第3 2 令和2年8月20日以後、ウィシュマ氏を仮放免せず収容継続したことに違法性はないこと」（被告第2準備書面19頁以下）について.....	15
	1 被告の主張.....	15
	2 原告らの反論.....	15
20	第4 「第3 3 1回目の仮放免許可申請を不許可にしたことに違法性はないこと」（被告第2準備書面26頁以下について）.....	25
	1 被告の主張.....	25
	2 原告らの反論.....	26
第5	「第3 4 令和3年2月15日前後に仮放免せず収容を継続したことに違法性はないこと」（被告第2準備書面28頁以下）について.....	29
25		

第1 「第2 原告ら第1ないし第3準備書面において、原告らが主張する国賠法1条1項の「違法」の意義及び違法性判断基準の誤り」（被告第2準備書面8頁以下）について

1 違法性の判断基準

5 (1) 職務行為基準説は確立した判例法理とはいえないこと

ア 被告の主張

被告は「国賠法1条1項の違法性の判断枠組みとして職務行為基準説に立脚するという考え方は、もはや確立した判例法理といえる」などと主張する（同10頁。なお同13頁も同旨）。

10 イ 原告らの反論

しかしながら、国家作用（公権力的作用）の全ての場面・事案において職務行為基準説が採用されているわけではないことこそ「確立した判例法理」であるといえる。

15 被告の引用する文献においても、「違法性と過失の一元化は、少なくとも表面的には、判例上徹底されているわけではない」（藤田宙靖・新版行政法総論（下）224頁・注6）とされている。

職務行為基準説が確立した判例法理であるとの被告の主張は誤りである。

(2) 被告の引用する判例は立法作用・司法作用など加害行為の態様が本件とは全く異なり、先例性を有しないこと

20 ア 被告の主張

さらに、被告は、職務行為基準説を採用する判例として、最高裁昭和53年10月20日判決・民集32巻7号1367頁（逮捕勾留・起訴の違法性が問われた事案）、最高裁昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁（在宅投票制度を廃止しこれを復活させなかった立法行為によって選挙権が侵害されたとする事案）、最高裁平成元年6月29日判決・民集43巻6号664頁（起訴の違法性が問われた事案）、最高裁平

25

成17年9月14日判決・民集59巻7号2087頁（在外投票制度の不存在（立法不作為）により選挙権が侵害されたとする事案）、最高裁平成27年12月16日判決・民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間の存置（立法不作為）が両性の平等に反する等とする事案）、最高裁令和4年5月25日・民集76巻4号711頁（在外国民審査制度の不存在（立法不作為）により国民審査に参加する権利が侵害されたとする事案）などをあげる（同10頁以下）。

#### イ 原告らの反論

しかしながら、原告ら第2準備書面で主張したとおり（原告ら第2準備書面8頁）、これらはいずれも立法不作為など立法によって選挙権等が侵害されたとする事案、公訴提起など準司法作用に関連するものの違法性が問われた事案であって、本件と行為態様はもちろん（立法作用については行為規範が明確ではないなどが理由であり、刑事司法に関連するものは職務行為基準説であるかも疑問が呈されているものの）、被侵害利益も全く異なり、本件において参照されるべきものではない。

被告の引用する最高裁調査官解説（加藤和夫・最高裁判例解説民事篇昭和61年度）においても、「職務行為基準説は、主に裁判官による裁判、検察官・警察官による公訴提起、捜査等につき採られている見解である」（同書103頁の注4）とされている。

以上のとおり、被告の引用する判例から、職務行為基準説が確立した判例法理であるとはいえない。被告の主張は誤りである。

(3) 行政作用においても人の生命・身体の安全を侵害する事案では職務行為基準説が採用されていないこと

#### ア 被告の主張

被告は、「行政処分の法的要件以外の諸種の要素も対象として総合判断すべきものであって、（中略）究極的には他人に損害を加えることが法の

許容するところであるかどうかという見地からする行為規範違反性を問題とする」ことを前提としつつ、「行政活動の種々の分野で（中略）職務行為基準説を一般化する傾向にあ」るとも主張する（同12頁）。

5           その際、最高裁平成5年3月11日判決・民集47巻4号2863頁、  
最高裁平成11年1月21日判決・判時1675号48頁、最高裁平成2  
5年12月10日判決・民集67巻9号1761頁を引用する。

#### イ 原告らの反論

10           しかしながら、①最高裁判例においても、行政処分（行政作用）の処分要件により法律上保護されている利益（保護法益）を侵害されたことが争われた事案では、職務行為基準説に立脚していない（最高裁平成3年7月9日判決・民集45巻6号1049頁、最高裁平成16年1月15日判決・民集58巻1号226頁、最高裁平成17年4月19日判決・民集59巻3号563頁）。被告の引用する最高裁判例は、いずれも処分要件により保護されている権利その他法律上保護すべき利益の侵害が争われた事  
15 案ではない（特に最高裁平成5年3月11日判例も「更正処分」で保護されている利益でなく、得意先を喪失したこと等を損害として主張している）。

20           また、②最高裁判例においても、仮に行為規範が処分要件のみから導けない場合（すなわち、被侵害利益が処分要件との関係で法律上保護された利益ではない場合）であっても、生命・身体の安全（健康も含む）が侵害された事案においては、職務行為基準説は採用されていない（最高裁昭和47年5月25日判決・民集26巻4号780頁など。原告ら第2準備書面6頁参照）。それは、被告の主張するように「行政処分の法的要件以外の諸種の要素も対象として総合判断」しても、一部の刑罰法令を除き、  
25 生命・身体の安全に対する侵害を「究極的には他人に損害を加えることが法の許容することである」ということなどありえないからである。

## 2 小括

以上のとおり、本件では収容という権力的事実行為が加害行為である上、侵害されたのは、仮放免許可の処分要件により法律上保護された利益であるところの生命・身体の安全であるため、職務行為基準説が妥当する事案ではない。

本件に職務行為基準説が妥当するとの被告の主張は誤りである。

第2 「第3 1 原告ら第2準備書面第2における必要性、合理性、比例性なく行われた収容は『恣意的な収容』であり違法である旨の原告らの主張には理由がないこと」(被告第2準備書面13頁以下)について

### 1 被告の主張が反論たり得ていないこと

原告らの主張は、自由権規約9条1項は、「恣意的な収容」、すなわち、必要性、合理性、比例性を欠く収容を禁じており、ウィシユマさんに対する収容は、必要性、合理性、比例性を欠いたため、自由権規約9条1項に反し、違法であった、というものである。

ところが、これに対する被告の反論(第2準備書面14頁以下)は、冒頭において「当該規定は、少なくとも、法律に定める理由及び手続によらない自由の剥奪を禁じていると解されると主張するのみで、必要性、合理性、比例性を欠く収容が恣意的な拘禁に当たることについては反論しておらず、これについては認めているようにも読める。その上で、「収容の目的には、送還のための身柄の確保という点があることはもとより、在留活動の禁止が含まれている」として、「在留活動の禁止は、退去強制令書の執行による収容が継続されることによって達成される性質のものである」(同15頁9行目)として、全件収容主義を肯定した上で、「身柄を収容するとかえって円滑な送還の執行が期待できない場合、その他人道的配慮を要する場合等特段の事情がある場合に(中略)仮放免の制度等を規定するなど、収容の例外的措置を設けている」

(同15頁14行目)と、全件収容主義を一転否定し、さらに続けて、「実務上の運用上も、個別の事情に基づき、逃亡、証拠隠滅及び不法就労活動のおそれ等を考慮し、収容の必要性が認められない者については、退去強制手続の当初から仮放免を許可し、実際に収容することなく手続を進めている」(同15

5 頁19行目)と、特段の事情がなくとも「収容の必要性」がなければ実際の運用としては収容しない、と主張している。このように、被告の主張は、在留活動禁止を目的とする全件収容主義→全件収容主義の一部否定→「必要性」がなければ収容しない、と変遷しており、破綻していることが明らかである。

上記のとおり、被告は第2準備書面において、「当該規定は、少なくとも、

10 法律に定める理由及び手続によらない自由の剥奪を禁じていると解される」と主張するが、これは、自由権規約9条1項第3文(何人も、法律で定める理由及び手続によらない限り、その自由を奪われない)について言及しているものと思われる。自由権規約9条1項第2文は、第3文とは別に「何人も、恣意的に逮捕され又は抑留されない」として、恣意的な収容を禁止している。そして、

15 第2文が禁止する「恣意的」な拘禁の解釈として、原告らは、必要性、合理性、比例性を欠く場合は「恣意的」な拘禁に該当すると主張しているのである。

原告と被告間においては、自由権規約9条1項が日本において直接適用され、収容が同規約に反する場合は違法となることについては、争いがないものと思われる(原告ら第2準備書面10頁11行目以下)。争点は、自由権規約

20 9条1項第2文の、「何人も、恣意的に逮捕され又は抑留されない」に、ウィシュマさんに対して行われた収容が反するかどうかである。

必要性、合理性、比例性を欠く収容が恣意的なものとして禁じられていることについては、原告ら第2準備書面9頁以下で論じたが、以下、補充して述べる。

## 25 2 身体が原則であり、収容は必ず例外でなければならないこと

自由権規約9条1項第2文の前提として、同規約9条1項第1文は、「す

すべての者は、身体の自由及び安全についての権利を有する」と、すべての者が身体の自由の権利を有し、身体が原則であることを明らかにしている。この意味するところについて、自由権規約委員会の一般的意見35は、「身体  
5 の自由及び安全は、それ自体としても、また、身体が自由及び安全の剥奪が歴史的に他の権利の享有を害するための主要な手段となってきたことから、非  
常に重要である」（パラグラフ2）と、その重要性を強調しているが（甲2  
7・1頁）、この理は、誰でも容易に理解できるものであろう。「身体が自由  
が原則」であることについて、被告は何ら反論しておらず、認める趣旨と思わ  
れるが、被告が標榜する、退去強制令書が発付されたことのみをもって収容の  
10 理由とする「全件収容主義」は、自由権規約9条1項第1文の「身体が自由の  
原則」にも反するものである。

自由権規約9条1項第2文は、第1文の「身体が自由の原則」を前提として、収容が例外的に許容される場合であっても、恣意的であってはならない、  
15 ということを含め、身体が自由の原則を実質化したものということになる。

### 15 3 自由権規約9条1項第2文が禁じる「恣意的」な収容について

自由権規約9条1項第2文が禁じる「恣意的」な収容の内容について、原告らは、原告ら第2準備書面12頁以下において、必要性がない場合、合理性  
20 がない場合、比例性がない場合がこれにあたると主張した。上記のとおり、身体が自由が万人にとって非常に重要な権利で、原則であることからすれば、そ  
れを例外的に制限するには、必要性、合理性、比例性がなければならないとい  
うのは、当然の帰結となる。

さらに、自由権規約委員会の一般的意見や、国連恣意的拘禁作業部会の意見、国連「移住グローバル・コンパクト」においても、同様の見解が述べられて  
25 しており、これらを踏まえても、同じ結論となる。

これに対し、被告は第2準備書面17頁以下において、「いずれも法的な拘束力がないことを、念のため付言して反論する」と述べている。しかしなが



ら、原告は、これらの文書に「法的拘束力がある」と主張しているのではなく、  
条約の解釈において参照すべき重要な文書である、と主張しているのである  
(原告ら第2準備書面11頁15行目以下)。被告は、「法的な拘束力がない」  
と述べるだけで、これらの文書の重要性については何ら反論するものではなく、  
5 条約解釈にあたり参照することについて異論はないものと思われる。

以下、これらの文書の重要性と、条約解釈において十分に参照すべき文書  
であることについて補足して述べる。

(1) 自由権規約委員会一般的意見35について

自由権規約委員会が策定した一般的意見は、次のようなプロセスを経て  
10 策定されたものであり、条約解釈において参照すべき重要な文書である。

ア 一般的意見の策定者

一般的意見は、自由権規約委員会という人権の専門家によって策定さ  
れる(自由権規約40条4項)。

すなわち、自由権規約委員会は、自由権規約によって設置された同規  
15 約の履行監視機関であり、高潔な人格を有し、かつ、人権の分野におい  
て能力を認められ、個人の資格で職務を遂行する締約国の国民で構成さ  
れる(同28条2項、3項)。委員会の委員は、締結国により指名され  
た名簿の中から選出され(同29条1項)、選挙は、国際連合事務総長  
により国際連合本部に招集される締約国の会合において行われる(同3  
20 0条4項)。委員会は、一の国の国民を2人以上含むことができないと  
され(同31条1項)、選挙に当たっては、委員の配分が地理的に衡平  
に行われること並びに異なる文明形態及び主要な法体系が代表されるこ  
とを考慮に入れるとされる(同条2項)。

このように、一般的意見を策定する自由権規約委員会の委員は、それ  
25 ぞれが優れた人権の専門家であり、委員会は、日本を含む締約国によっ  
て指名された者の中から選挙によって、衡平を考慮して選出された委員

によって構成される。したがって、その専門性、選出方法からすれば、委員会が策定した文書には、相当の権威が認められるというべきである。

#### イ 一般的意見の策定方法

5  
そして、一般的意見は、特定の問題につき、委員会が締約国の報告書審査に対する「総括所見」や、個人通報に対する「見解」で示した解釈をまとめ、委員の意見を集約して示した重要な文書であり、規約の条文を更に詳しく解説するものが多い（甲65・岩沢雄司「国際法」379～380頁）。

10 「総括所見」（concluding observations）とは、国家報告制度（定期的  
に締約国が委員会に対して条約の履行情報を報告し、委員会が審査する制度。自由権規約40条）において、委員会が締約国に対して出す文書である。日本については、後述のとおり、2022年10月13日から14日にかけて第7回報告書審査が行われ、同年11月3日に総括所見が発表された（甲68）。審査においては、委員と政府代表の「建設的  
15 対話」というプロセスを経ており、相当深く綿密に行われた結果ということになる（甲65・373～375頁）。

「見解」（views）とは、個人通報制度（個人が自ら受けた人権侵害につき自由権規約委員会に通報を提出し、委員会が条約違反の有無を認定する制度）において、委員会が結論を記した文書である。個人通報制度  
20 においては、個人による主張と、締約国の反論という対審構造による準司法的なプロセスを経ており、しかるべき主張、反論の機会を得て、出されたものである（同375～378頁）。

「一般的意見」は、このような「総括所見」や「見解」において示された条約解釈が、多数積み重なった結果を委員会が取りまとめたものである。したがって、それぞれが高い権威を有する「総括所見」や「見解」  
25 の集約ともいうべき文書であるから、さらに高い権威を有する、尊重す

べき文書ということになる。

ウ 裁判例における一般的意見の参照

日本でも、高裁を含む下級審の裁判例では、自由権規約の規定の解釈にあたり、一般的意見につき、ウィーン条約法条約32条にいう「解釈の補足的手段」として明示的に言及しているものが複数存在し、一般的意見が自由権規約の解釈指針となることを肯定していることは、原告ら第2準備書面11頁で述べたとおりである（大阪高判平成6年10月28日、広島高判平成11年4月28日、東京地判平成18年6月29日）。

エ 小括

このように、自由権規約委員会の一般的意見は、自由権規約の条文を解釈するにあたって、参照されるべき重要な文書にあたる。

(2) 恣意的拘禁作業部会の意見について

恣意的拘禁作業部会は、2020年9月25日、通報者2名に対して日本が行った入管収容が、恣意的な拘禁に当たり、自由権規約9条1項等に違反するという意見を出した（甲25、66）。同意見においては、「国内法で収容が認められていても、それが恣意的なものである可能性があることを想起する。『恣意性』の概念は、『法に反して』と同義に扱われるべきものではなく、より広範に解釈され、不適當、不公正、予測可能性の欠如、法の適正手続の欠如のほか、合理性、必要性、比例性の要素を含むものとされている」として、恣意性について、自由権規約委員会の一般的意見35と同趣旨の見解をとることを明らかにしている（甲66・パラグラフ76）。

そして、恣意的拘禁作業部会の意見も、以下のとおり、条約解釈にあたって尊重すべき重要な文書である。

ア 国連人権理事会が設置した特別手続であること

恣意的拘禁作業部会は、旧人権委員会の決議1991/42によって設置され、国連人権理事会に引き継がれた特別手続である。

5 日本は、2006年以降4期にわたって理事国を務め、現在も2020年1月から3年間の任期で理事国を務めている（5期目）。そして、国連人権理事会の立候補にあたっては、自発的誓約として、「国連人権  
10 高等弁務官事務所（OHCHR）や特別手続の役割を重視。特別報告者との有意義かつ建設的な対話の実現のため、今後もしっかりと協力していく。」との立場を表明している（甲67の1）。

恣意的拘禁作業部会についても、日本は、その設置決議に賛成している。  
10 2016年、国連人権理事会が恣意的拘禁に関して採択した決議33/30において、恣意的拘禁作業部会の重要性（作業部会の意見を尊重すべき等）を強調する決議がなされたが、日本はこの決議の共同提案国になっている（甲67の2、3）。

イ 政府が反論する機会を経た上で出された意見であること

15 日本政府に対して2020年9月25日付けで出された恣意的拘禁作業部会の意見は、一方的に出されたものではなく、日本政府が反論する機会を経た上で出されており、通報者と国の双方向からの意見を踏まえて発表されたものであった（甲66・パラグラフ33以下）。政府は、日本の法  
20 制度等について、反論する回答を作業部会に提出しており、意見はそれを踏まえたものとなっている。

ウ 小括

このように、日本の入管収容が自由権規約9条1項に違反するとした恣意的拘禁作業部会の意見は、日本も理事国を務める国連人権理事会における、適式な手続を経て出されたものであり、日本が自ら誓約したと  
25 おり、十分に尊重すべきものである。

(3) 国連「移住グローバル・コンパクト」について

日本が国連総会において賛成した国連「移住グローバル・コンパクト」には、原告ら第2準備書面で引用した箇所のほか、以下のような記述が含まれている。

「我々は、国際移住の文脈で生じるいかなる収容も適正手続に従い、収容が入国時、通過時、帰還手続のいずれで生じているかを問わず、また、  
5 収容が生じる場所の種類にかかわらず、恣意的でなく、法律、必要性、比例性と個別の評価に基づき、権限ある当局により、可能な限り最も短期間に行われることを確保することを約束する。我々は、さらに、国際法に沿って非拘束的な収容代替措置を優先し、移住者のいかなる収容に  
10 対しても人権に基礎を置いたアプローチをとり、収容を最終手段としてのみ用いることを約束する」(甲39・パラグラフ29)

このように、移住グローバル・コンパクトにおいても、必要性、比例性を欠く収容をしないこと、最終手段としてのみ用いることを約束するとしており、これに賛成した日本は、当然、この約束を守るべきである。

#### 15 (4) 小括

以上のとおり、自由権規約委員会の一般的意見、恣意的拘禁作業部会の意見、移住グローバル・コンパクトは、いずれも重要な尊重すべき文書であり、自由権規約9条1項の解釈をするにあたり、十分に参照し、手段として用いるべき文書である。

#### 20 4 日本に対する第7回報告書審査の総括所見について

さらに、上記自由権規約委員会の第7回政府報告書審査においては、ウィシュマさんの死亡事件に関して、総括所見にも反映された(甲68)。

総括所見には、「委員会は、2017年から2021年の間の3人の被収容者の死亡に帰結した、入国収容施設における劣悪な健康状況による苦痛  
25 や、・・・に関する憂慮すべき諸報告について、引き続き懸念する」とあるが、この「3人の被収容者」には、ウィシュマさんが含まれている。

そして、日本への勧告部分においては、「行政機関による収容措置に対する代替措置を提供し、入管収容における上限期間を導入するための措置を講じ、収容が、必要最小限度の期間のみ、かつ行政機関による収容措置に対して存在する代替措置が十分に検討された場合にのみ、最後の手段として用いられるよう確保し、移民が、収容の合法性について判断する裁判所の手続に実効的に訴え出ることができるよう確保する措置を実施すること」として、入管収容が必要最小限度の期間のみ、最後の手段として用いられるよう、必要性と比例性を考慮すべきとの勧告がなされている。

#### 5 仮放免制度等の存在に関する被告の主張に対して

なお、被告は、「また、収容又は仮放免の許否に対して不服のある者について、行政上及び司法上の救済手続が保障されている」として、仮放免制度や、行政訴訟、人身保護請求を挙げる（被告第2準備書面15頁以下）。しかしながら、そもそも本件において、ウィシュマ氏は、許可されるべき仮放免が許可されなかったのであり、仮放免制度は違法な収容を止めるために機能しなかった。また、被告が言及する裁判手続についても、救済手段として実効性があるとはいえないことに加え、手続として存在したとしても、必要性、合理性、比例性が存在しなかったウィシュマさんに対する当時の収容の違法性を、何ら払拭するものではなく、被告の主張は失当である。

被告が引用する東京高裁平成29年7月12日判決は、簡易な記述に留まることに加え、自由権規約9条1項の身体の自由の原則の解釈を誤ったものであり、先例として参照に値しない。

#### 6 結論

以上のとおり、自由権規約9条1項は、身体の自由の原則を保障するとともに、恣意的な収容、すなわち必要性、合理性、比例性を欠く収容を禁じている。そして、ウィシュマさんに対する収容は、必要性、合理性、比例性を欠く恣意的な収容に当たるのであるから、違法となる。

第3 「第3 2 令和2年8月20日以後、ウィシュマ氏を仮放免せず収容  
継続したことに違法性はないこと」（被告第2準備書面19頁以下）につい  
て

5 1 被告の主張

被告は「国賠法上の違法が認められるのは（中略）入管の職員が職務上通常  
尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該外国人の収容を継続している  
と認められる場合に限られる」（同19頁）、「DV措置要領も（中略）DV  
被害者であることのみを理由として仮放免しなければならないとしているもの  
10 ではない」（同19頁）、「ウィシュマ氏には逃亡のおそれか払拭できず、ウ  
ィシュマ氏が不法残留となった経緯を見ても、DV被害が不法残留に影響した  
ものとは認めがたい」（同20頁）、「ウィシュマ氏を仮放免せずに収容し続  
けたことが適法であることは（中略）ウィシュマ氏がDV被害者であることに  
よって左右されるものではない」（同20頁）、「収容自体が、直ちに、収容  
15 による身体的自由に係る制約を超えた人権侵害を与えるものではない」（同2  
1頁）と主張する。

しかし、当該主張こそが、これまで外国人のDV被害者に対する保護を怠り  
続けた国の態度そのものであり、DV措置要領が求める被害者保護にも真つ向  
から矛盾するものである。

20 2 原告らの反論

(1) 判断枠組み

原告ら第2準備書面13頁以下で示したとおり、入管収容が恣意的な収容  
にあたり違法となるのは、必要性、合理性又は比例性がない場合である。ま  
た、上記のとおり、本件において職務行為基準説は妥当しない。

25 したがって「国賠法上の違法が認められるのは（中略）入管の職員が職務  
上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該外国人の収容を継続

していると認められる場合に限られる」との主張は失当である。

(2) DV被害の影響により在留期間を経過してしまったこと

ア 被告は「ウィシュマ氏が不法残留となった経緯を見ても、DV被害が不法残留に影響したものとは認めがたい」、すなわち、ウィシュマさんはDV被害とは無関係に非正規滞在（不法残留）となったと主張する。  
5 しかし、被告の主張は誤りである。

イ ウィシュマさんは、2017（平成29）年12月から元交際相手と同棲を始めたが、交際期間中は頭部から出血するまで暴力を加えられ（甲4の3・別紙22）、また、妊娠した際には中絶薬を飲まされ（甲30、甲4の3・別紙21）、さらに、家から出ること携帯電話で友人とつながることも制限されており、精神的にも肉体的にも支配されていた（甲69）。  
10

ウィシュマさんは、中絶薬を飲まされた2ヶ月後の2018（平成30）年4月には、通っていた日本語学校と連絡が取れなくなった一方で就労を始めるようになった。  
15

元交際相手は暴力を以てウィシュマさんを支配しており、そのうえでウィシュマさんは携帯電話を用いて連絡を取ることも制限されていたのであるから、日本語学校と連絡が取れなくなり同校から脱落したことについて元交際相手の影響がなかったとは言い難い。

20 就労開始から約半年後の同年9月21日には難民認定申請をしているが（甲4の1・21頁）、元交際相手は「A氏（※ウィシュマさんを指す）と話し合い、日本に残るために難民認定申請をすることになり、お互いの申請理由をそろえることにした」と述べており、その理由は「スリランカ本国において、恋人のB氏がスリランカの地下組織の関係者とトラブルになった」（甲4の1・22頁）ことであり、専ら元交際相手の事情であることに鑑みれば、同申請は元交際相手が主導的に行ったも  
25



のと考えられる。

5 ウィシュマさんは、精神的にも肉体的にも支配されていたことに加え、自身の在留活動についても元交際相手に従属せざるを得ない状況に置かれていたからこそ「私にいっぱい殴った。いっぱい血出た (blood (= 血)) 頭 傷トウミーやった。でも私もビザないから我慢だけ」(甲4の3・別紙22)と述べたものと考えられる。

その後、2019(平成31)年1月22日に非正規滞在となり、同年8月19日に「沼津警察署清水町交番」に出頭した(甲70)。

10 被告はこれまで、ウィシュマさんが出頭した交番を、単に「静岡県内の警察署管内の交番」(甲4の1・23頁)としか記載していないが、ウィシュマさんが出頭したのは沼津警察署清水町交番(所在:静岡県駿東郡清水町堂庭212-1)で、自宅と同交番との距離は1.7km、徒歩にして約20分程度である(甲71)。

15 ウィシュマさんが暴力を加えられたのは、清水町交番に出頭したその日が最初ではなく、交際期間中(2017(平成29)年12月から2020(令和2年)年8月19日)からである。

20 交際期間中暴力を加えられていたものの「私もビザないから我慢だけ」と助けを求められないと思いこまされており、さらには「元恋人と住んでいたころは、家から出ることも制限され、携帯で友人とつながることも止められた」のであるからこそ、所持金が1350円に至るまで、自宅から徒歩でわずか20分のところにある交番にさえ、助けを求めることができなかつたと考えることが自然である。

25 ウ 以上より、ウィシュマさんが日本語学校から脱落したこと、難民認定申請がなされたこと及びその2つの連続性について、元交際相手の影響があつたと考えるのが合理的である。

被告の主張は、精神的にも肉体的にも加害者に支配されており、声を

上げたくても上げられない状況の中、交番に駆け込んだことが加害者に分かれば命の危険があることをかえりみず、一縷の望みをかけて、勇気を出して交番に助けを求めたウィシュマさんの、尊厳を踏みにじるものである。

- 5 エ 上記のとおり、自由権規約委員会は、2022年11月3日、自由権規約の実施状況に関する第7回日本政府報告書審査において、総括所見を公表した（甲68）。そこでは次のとおり、DV被害者の保護についても勧告されている。

性的暴力及びドメスティック・バイオレンスを含む女性に対する暴力

- 10 18. (中略) 委員会は、女性の、特に性暴力とドメスティック・バイオレンスを受けていた移民の犠牲者の虐待と二次被害を引き起こしている法執行機関の問題認識の欠如及び十分なジェンダーに配慮した研修の欠如にかかる諸報告、また、女性に対する暴力事件の捜査と女性の失踪事件の捜査に対する当局が最小限の努力しか行っていないとの諸報告に懸念を有する（後略）。
- 15 19. 前回の勧告を想起し、締約国は、女性と女兒に対するあらゆる形態の暴力を防止し、闘い、根絶するための努力を強化すること。特に、以下のために必要な措置を講じるべきである。
- 20 (a) 法執行機関、検察を含む司法、入国管理局、その他国の関連部局および一般市民に対するドメスティック・バイオレンス対策に関する研修、教育および意識啓発プログラムをさらに強化すること。
- 25 (b) 被害者による告訴を促進し奨励すること、および女性と女兒に対するすべての暴力行為（その失踪の場合を含む）が迅速かつ徹底的に公平に捜査されること、調査中に被害者の二次被害を避けるための措置がとられること、加害者が起訴され罰せられること、被害者が完全な補償を受けることを確保すること。

(c) すべての被害者が、在留資格にかかわらず、迅速かつ十分な援助、支援サービスおよび保護を受けられるようにすること。

(d) (以下、略)

5           なお、ウィシュマさんが交番に駆け込んでから2か月も経たずに作成された、元交際相手がウィシュマさんに宛てた手紙に記載された内容をあらためて引用する（甲4の3・別紙19）。

10                   「なんで私にこれやったの？ こね（の）やろう。  
あなた来るまで 私のかそこ（家族）待ってる。  
私 スリランカがいる（帰る）時間 遅かったけど  
あなた探す（し）て罰やる。やきそく（約束）。  
あなた悪い女。」

15           (3) 逃亡のおそれがなかったこと

原告ら第2準備書面23頁で述べたとおり、2019（平成31）年2月15日に送付された呼出状は、同年3月4日に「保管期間経過」で返送されている（乙27）のであって、宛先の住所に受取人が居住していないのではなく、単にウィシュマさんによって受け取られなかっただけである。

20           2018年11月分のガス料金及び電気料金は支払われていること（甲72及び73）、ウィシュマさんは2020（令和2）年5月頃まで静岡県内の弁当工場での就労を続けていたこと、同年8月19日、呼出状の送付先である自宅から徒歩で約20分の沼津警察署清水町交番に出頭したことからすれば、同呼出状が届いた時点で、呼出状記載の住所に居住していたものと考えられる。

25

また、被告は「ウィシュマ氏の携帯電話番号に電話を掛けたが、現在は

使用されないとのアナウンスが流れ、呼出音が鳴るのみ」（被告第2準備書面24頁）と、あたかもウィシュマさんの携帯電話が解約されたかのように主張するが、携帯電話番号は①と②があり、①は現在使用されていないとのアナウンスが流れ、②は呼出音が鳴っていた（乙1・2頁）。そう  
5  
であれば、呼出音が鳴っていた携帯電話②は解約されていたとはいえ、単にウィシュマさんが応答しなかつただけである。

むしろ、同棲していた元交際相手がウィシュマさんの外出を制限し、ウィシュマさんが携帯電話で友人とつながることも止めていたのであるから、呼出状を受け取らないように指示をされていた又は電話に応答しないよう  
10  
指示されていた可能性が高い。

そもそも、自身が非正規滞在であることを認識して、自ら助けを求めて交番に出頭したウィシュマさんが、その後逃亡するおそれがあると考えること自体無理がある。

以上より、ウィシュマさんには逃亡のおそれがあったとはいえない。

これに対し、被告は、「ウィシュマ氏には逃亡のおそれが払拭できず」と主張するが、逃亡のおそれを自ら説得的に立証できないことを認めるに等しい主張である。被告は、要するに、「DVの存在の可能性をうかがわせる情報に接した職員が、当時、そもそも措置要領の存在や内容を認識していなかったこと、そのため措置要領に定められた手続を履践せず、当該  
15  
20  
被収容者がDV被害者であるか否かの検討を行わなかった」（甲74）のであって、元交際相手のウィシュマさんに対する暴力を含む背景事情の聴き取りを十分に行わず、ウィシュマさんに対する逃亡のおそれの基礎となる事実関係の把握及びこれに対する評価を正しくできなかつただけである。

#### (4) 送還の見込みがなかったこと

##### ア 141名の送還の内訳について

被告は「名古屋入管において」「令和2年8月21日以降、同年12

月末までの間に2名のスリランカ人の送還を実施していた」（乙32）から「ウィシュマ氏に関しても送還の見込みがなかったとはいえない」と述べ（被告第2準備書面25頁）、また「入管当局全体では、令和2年において、141名のスリランカ人を送還している」（同25頁、乙33号証）と述べる。

5

他方、最終報告書では「そこで、名古屋局では、国費による送還も検討したが、前記費用のうち、航空機への搭乗手続時の前払いが条件とされている隔離施設の利用料金等については、国費負担の場合は請求書による後払いが一般的であったため、これを事前に現金で支出するには会計手続上の調整等を要する状況であった。そのため、名古屋局は、在京スリランカ大使館担当者に、ガバメントローン（相手国政府等による帰国費用の貸借制度）の利用や無料の隔離施設利用の要請等を行ったが、同担当者から、ガバメントローンは存在せず、無料の隔離施設はスリランカ国内の感染者等に既に利用されており、帰国者に利用させることは困難であるとの回答がなされた」（甲4の1・24～25頁）と報告されている。

10

15

要するに、国の会計手続上は後払いが一般的であったが、隔離施設の利用代金は前払いであったため、会計手続上、スリランカへの国費送還が困難であったとの趣旨であると解される。

20

つまり、被告は、「ウィシュマ氏に関しても送還の見込みがなかったとはいえない」「141名のスリランカ人を送還した」と主張しながら、一方で「ウィシュマさんについては、会計手続上、スリランカへの国費送還が困難であったため送還することができなかった」と報告しており、齟齬が生じている。

25

この点を明らかにすると、以下のとおり、実際は、2021年3月ないし4月以降において、スリランカへの国費送還は、全くないしほとん

ど行われていなかったのであり、ウィシュマさんの送還見込みはなかったというべきである。

イ 国費送還は事実上できない状況にあったと思われること

5 「出入国在留管理（2021年版）」（乙33）の続きである59頁には、スリランカの自費出国による被送還者数が95名とある（甲75）から、上記141名のうち46名は国費送還だと考えられる。

10 令和2（2020）年3月17日に行われた記者会見で、法務大臣は「3月10日、出入国在留管理庁が、退去強制処分を受けたスリランカ人44人について、チャーター機によるスリランカへの集団送還を実施したことは承知しております。」と述べた（甲76）。チャーター機による送還は国費送還に分類されている（甲77）。

15 したがって、被告が主張する、令和2年に実施された141名のスリランカ人の送還のうち、95名は自費送還者、46名は国費送還者で、46名の国費送還者のうち44名は、同年3月10日にチャーター機で送還された者である。

そして、スリランカ航空局は、新型コロナウイルス感染症の拡大防止のため、同月19日から、同国内の商業旅客機の受入れ業務を停止した（甲78）。

20 つまり、令和2年に実施された46名の国費送還のうち44名については、スリランカ航空局における商業旅客機の受入れ業務停止前の国費送還である。また、残りの2名については、それ以前か以後かは定かではない。

25 そうすると、被告の主張を整合的に解すれば、入管当局全体では、新型コロナウイルス感染症が世界的に拡大し、その防止措置が取られた令和2年3月ないし4月以降において、スリランカへの国費送還は、全くないしほとんど行われていなかったが、かかる状況を前提にしても「ウ

ィシュマ氏に関しても送還の見込みがなかったとはいえない」（同25頁）と被告は主張するものである。

さらに、名古屋入管のみについて言えば、名古屋入管で退去強制令書が発付され、令和2年8月21日から同年12月31日までに退去強制されたスリランカ人の人数は2名で、その送還方法は自費送還である（乙32）から、同期間におけるスリランカ人の国費送還者数は0名である。

そうすると、名古屋入管は、ウィシュマさんを国費送還することができないことを知りながらウィシュマさんの収容を開始し、その後もウィシュマさんを解放することなく収容し続けたことになるが、それはウィシュマさんを収容する必要性が全くないにもかかわらず収容を続けたことに他ならず、明らかに違法である。

#### ウ 無資力だったため自費送還もできなかったこと

入管法上、強制送還は国費送還が原則であり、あくまでも対象者が自らの負担により退去することを申請した場合、許可を得て自費送還が可能となる（52条3項4項、甲77）。

国費送還については「帰国費用が不足する帰国希望者について」は「その費用の全部又は一部を国費で負担し、入国警備官が護送官として送還先まで同行することなく送還」する「護送官なし」の国費送還がある（甲77・3頁）。

上記のとおり、ウィシュマさんの出頭時の所持金は1350円であった。その翌々日である2020（令和2）年8月21日、ウィシュマさんはスリランカへの帰国を希望していた。

したがって、ウィシュマさんは、そもそも無資力だったため自費送還はできず、「帰国費用が不足する帰国希望者」であったから、護送官なしの国費送還をすべきであった。

しかしながら、同日、入管職員は、帰国費用支弁の努力を続けるようにと、また「搭乗を待機している人がかなりの人数であると聞いている。帰国まで時間がかかるのは理解しておくように。」と述べ、無資力のウィシュマさんに対して自費送還に向けての手続きを進めている（甲79）。

その後、時期は不明であるが、上述のとおりガバメントローンとの関係で国費送還はできなかったのであるから、名古屋入管はウィシュマさんを即時仮放免するべきであった。

2020（令和2）年12月中旬頃、ウィシュマさんは日本に残りたいと述べ、自費出国をする意思のないことが表明されたのであるから、名古屋入管は、ウィシュマさんを、いっそう国費で送還すべきであった。

しかしながら、2020（令和2）年12月18日、入管職員は、ウィシュマさんに対し、自費送還での帰国に翻意するよう説得を試み（甲69）、同月21日、入管職員は、ウィシュマさんと面接をしたものの、その際、国費送還の話をしておらず（甲80）、令和3年1月4日、入管職員は、ウィシュマさんに対し、国費での送還が可能であることは告げずに帰国に翻意するよう説得を試みた（甲81）。

2021（令和3）年1月15日、入管職員は「あなたの意思に関わらず、強制的に帰国させられることもあります」と述べ、国費送還の可能性のあることを告げるも具体的な話はしていない（甲82）。

2021（令和3）年2月15日付けの仮放免決裁文書には「金策尽きたら国費も検討してください。」（乙34）と記載されている。

そうすると、名古屋入管は、少なくとも2021（令和3）年2月15日より前に、ウィシュマさんに対する国費送還を検討しておらず、無資力のウィシュマさんには不可能な自費送還（それも、法律上は本人が自費送還を希望した場合のみ）を強い続けていたことになる。



## エ 小括

5 以上のとおり、結局、名古屋入管は、国費送還ができなかったにもかかわらずウィシュマさんの収容を開始し、その後は無資力のウィシュマさんに対して自費送還のための支弁を強い続け、国費送還も自費送還もできない状態で漫然と収容を続けていたのであるから、当該収容は必要性を欠き、違法である。

### 第4 「第3 3 1回目の仮放免許可申請を不許可にしたことに違法性はな いこと」(被告第2準備書面26頁以下について)

#### 10 1 被告の主張

被告は、原告らが、「一度、仮放免を不許可にして立場を理解させ、強く帰国指導する必要あり」としたことは、収容継続を帰国への圧力に利用するものであり、不当、違法な目的による収容にあたり、合理性を欠く恣意的な収容であると主張したことに対し(原告ら第2準備書面28頁以下)、①「仮放免許可申請を不許可とした場合、その後に行われる同項に基づく退去強制令書の執行に向けた対応として『主任審査官がこのような点も考慮することは何ら違法なことはない』(略)と主張したに過ぎず、『仮放免を不許可にして立場を理解させ』るためだけにウィシュマ氏の1回目仮放免許可申請を不許可としたものではないし、そのような主張もしていない」(被告第2準備書面26頁)

15 20 とした上で、仮放免許可申請の決裁書(乙34)に記載された他の意見(②難民認定申請をしたものの在留制限を受け、かつ、期間更新不許可通知を受けたにもかかわらず行方をくらまして不法残留したものであり、仮放免運用方針1(2)⑥(難民認定制度の悪質な濫用事案)に該当する点や人道的配慮を要する理由がないとの担当官の意見、③仮放免許可とする相当性はないと思われるとの審判部門統括審査官の意見、④2月5日付け診察結果報告から仮放免を認めるべき疾病があるとは窺われないとの審判部門首席審査官の意見)をも総合考

25

慮し、仮放免不許可を決定したものであると主張し（同27頁）、加えて、⑤ S3氏が保証人であったことは、不許可に当たって考慮した事情として述べているに過ぎず、S3氏が保証人であったことのみが不許可の理由であったとは主張していない（同27から28頁）、S氏の監督能力に疑義を持つのは当然である（同28頁）、などと主張する。

## 2 原告らの反論

### (1) ①について

「一度、仮放免を不許可にして立場を理解させ、強く帰国指導する必要あり」としたことについて、原告らは、これは収容を帰国への圧力に利用するものであり、移住グローバル・コンパクト（甲39）が禁じている「抑止力としての入管収容」に当たり、拷問にも等しい不当、違法な目的であると主張した点について、被告は正面から答えていない。帰国への圧力に利用したものではないと主張するのか、帰国への圧力に利用したものであるが圧力として利用することは許されると主張するのか、明確に認否をされたい。

### (2) ②～④について

②～④については、被告は「①だけを考慮したものではない」という文脈で述べているにすぎず、②～④を本訴訟で主張するのか定かではないが、念のためこれらについて反論する。

#### ア ②について

被告がウィシュマさんが行方をくらましたという点については、そうではないことについて上記のとおりである。

被告が、当時、ウィシュマさんを難民認定制度の悪質な濫用事案（甲4の1・17頁脚注38）として取り扱っていた点は、明らかに不当であり、誤りである。

そもそも、被告が言及する2018年2月28日付け通達による「仮放免運用方針」は、2020年4月27日付けの通達（入管収容施設における新

型コロナウイルス感染拡大を防止するために仮放免を積極的に活用すべきという内容) によって変更されており、2018年2月28日通達が仮放免対象から除外していた「難民認定制度の悪質な濫用者」も、積極的に仮放免すべき対象者になっていた(甲4の1・16～17頁)。名古屋入管がウィシユマさんを仮放免しなかったことは、自らの通達に反する。

また、2018年2月28日付けの上記通達は、入管収容において個別に収容の必要性、合理性、比例性を審査することを放棄し、一定類型の人々を原則仮放免せず収容を継続するというもので、自由権規約9条1項に反する運用を定型的になすものであり、通達の内容自体が違法であった。同通達は、入管の長期収容問題の根源になっているものである。

さらに、この通達の「難民認定制度の悪質な濫用者」にウィシユマさんは当たらない。ウィシユマさんは上記のとおり同棲していたスリランカ男性からDV被害を受けており、男性に従属して難民申請に応じた可能性が高い。しかも、ウィシユマさんは2019年1月22日難民認定申請を取り下げている。そして、2020年8月19日ウィシユマさんは男性の元から逃げ出し、スリランカへの帰国とDVからの保護を求めて警察に出頭した。このような状況では、ウィシユマさんを難民認定制度の悪質な濫用者として仮放免を許可しない類型の中を含める前提が欠けているのであり、不合理としかいようがない。この通達自体が不当である上に、ウィシユマさんにこの通達を適用したことは二重に不当である。

また、ウィシユマさんはDV被害者であり、人道的配慮を要すべきは明らかであった。上記のとおり、昨年10月の国連自由権規約委員会の第7回日本政府報告書審査でもこの点が問題とされたのである。

#### イ ③について

「仮放免を許可する相当性はないと思われる」という審判部門統括官の意見は具体的な根拠がなく、特段の意味をなさない。

ウ ④について

④については、調査報告書においても、仮放免不許可決定の合理的な理由として言及されていない（甲4の1・84～85頁）。むしろ、「容態観察を要するなどの体調不良者について、その者の身体の状況の的確な把握を踏まえて、柔軟に仮放免を可能とすることが相当」（同87頁）などとして、  
5 体調不良の事実を認めているのである。

エ 小括

以上より、被告は②～④について、当時の不許可決定において「①だけを考慮したものではない」という文脈で述べているだけにすぎず、内容として  
10 も不当であり、本訴訟で主張するものではないと思われる。

(3) ⑤について

仮放免の保証人であったS3氏についても、被告は、S3氏が保証人であったことのみが不許可の理由であったとは主張していないなどとして、正面から答えない（被告第2準備書面27頁以下）。

しかし、被告第1準備書面で被告がS3氏に言及する理由は、明らかに仮放免不許可の理由の一部である（同43～44頁）。被告が上記のとおり、「S3氏の監督能力に疑義を持つのは当然である」と主張するところから見て、S3氏の件を仮放免不許可の理由にすることが正しいと考えているようであるが、それは誤りである。仮放免の保証人に適格性がなければ入管が仮  
15 放免を許可することはなく、S3氏が身元保証人となった他の仮放免申請者については仮放免を許可しているところから見て、名古屋入管がS3氏の保証人としての適格性を問題にしていなかったことは明らかと考えられる。  
20

結局、⑤についても、調査報告書においては、「A氏が仮放免されてこれらの支援者の下で生活するようになれば、在留希望の意思がより強固になり、  
25 帰国の説得や送還の実現が一層困難になるおそれがあると考えていた」と説明されていることからすれば（甲4の1・86頁）、①と同様、帰国の圧力

に用いるために、S3氏ら支援者との外での生活を許さず、収容を利用した、  
というのが本質ということになる。

#### (4) 小括

5 以上のとおり、被告は第2準備書面において、仮放免不許可の理由は「①  
のみではない」「⑤のみではない」と主張するが、当時の仮放免不許可の実  
質的な理由が①と⑤であったことは、調査報告書で説明されているとおりで  
ある（甲4の1・85～86頁）。

10 被告は、在留を希望し始めたウイシュマさんに対し、帰国の圧力に用いる  
ために、S3氏らとの外での生活を許さず、収容を利用したのであって、こ  
れは拷問にも当たる違法不当な目的であるため、ウイシュマさんの収容は必  
要性のない恣意的なものであった。

第5 「第3 4 令和3年2月15日前後に仮放免せず収容を継続したこと  
に違法性はないこと」（被告第2準備書面28頁以下）について

15 被告は第1準備書面での主張を繰り返すほか、ウイシュマさんが自費購入  
したゆで卵やバナナを摂食している日があること、及び看守勤務者が交付した  
OS-1や自費購入した清涼飲料水を飲むこともあったことを述べる（同29  
頁）。この主張が何を意味するかは不明であるが、ウイシュマさんが嘔吐を繰  
り返していたこと、摂食がほとんどできなかったこと、体重が著しく減少して  
20 いること、2021年2月15日の尿検査でウイシュマさんが飢餓状態にあっ  
たこと等は疑いがなく、それ以前の事情に加え、このような重篤な健康状態  
あるにもかかわらず、請求、または職権による仮放免をせずに収容を継続した  
ことは、比例性を欠くことが明らかであり、違法である。

25 結局、名古屋入管における収容の運用は、自由権規約9条1項に反する上  
記通達の影響もあり、収容継続が当然との組織全体の誤った認識の元になされ  
ており、被収容者の権利保障や健康状態への配慮が著しく欠けていたとしか言

いようがない。職員全体の感覚が麻痺していたのではないか。ウイシュマさんはこのような入管収容の制度と運用の犠牲者である。

なお、この点について被告は追って反論することなので、反論を待って対応する。