

出入国管理法憲法不合致決定

(憲法裁判所 2023年3月23日決定)

[→HOME](#)

憲法裁判所

決 定

2020 年헌가 1、2021 年헌가 10 事件

2023 年 3 月 23 日宣告

主 文

出入国管理法(2014 年 3 月 18 日法律第 12421 号で改正されたもの)第 63 条第 1 項は憲法に合致しない。上記法律条項は 2025 年 5 月 31 日を期限として、立法者が改正するまで引き続き適用される。

理 由

1. 事件の概要

ア. 2020 年헌가 1

提請申請人ファ○○(外国人)はエジプトアラブ共和国国籍の外国人で、2018 年 7 月 21 日に観光・通過(B-2)の在留資格で大韓民国に入国し、付与された在留期間を徒過して大韓民国に在留していた。

^{スウォン}水原出入国・外国人庁長は 2018 年 10 月 17 日、出入国管理法第 51 条第 3 項により上記申請人を緊急保護し、2018 年 10 月 18 日に同法第 46 条第 1 項第 3 号、第 8 号、第 11 条第 1 項第 8 号、第 17 条第 1 項により上記申請人に強制退去命令を発すると同時に同法第 63 条第 1 項により保護命令を発した。

これに対し上記申請人は上記強制退去命令及び保護命令の取消を求める訴えを提起し(水原地方法院 2019 年구단 6240 号)、上記裁判の進行中、出入国管理法第 63 条第 1 項等に対する違憲法律審判提請を申請し(水原地方法院 2019 年아 4057 号)、提請裁判所は出入国管理法第 63 条第 1 項に対する申請部分を受け容れ、2020 年 1 月 23 日に本件違憲法律審判を提請し

た。

イ. 2021 年헌가 10

申請人チャ〇〇（外国人）はバングラデシュ人民共和国国籍の外国人で、2017 年 5 月 13 日短期商用（C-3-4）の在留資格で大韓民国に入国し、2017 年 8 月 7 日に難民認定申請を行い、その他（G-1-5）の在留資格を追加して付与された。

ソウル出入国・外国人庁長は 2017 年 11 月 22 日、上記提請申請人が虚偽招請行為で入国したという理由で出入国管理法第 46 条第 1 項第 2 号、第 3 号、第 7 条の 2 第 2 号、第 11 条第 1 項第 3 号、第 4 号により上記提請申請人に強制退去命令を発すると同時に同法第 63 条第 1 項により保護命令を発した。

これに対し上記申請人は上記強制退去命令及び保護命令の取消を求める訴えを提起し（ソウル行政法院 2018 年구단 54708 号）、上記裁判の進行中、出入国管理法第 63 条第 1 項等に対する違憲法律審査提請を申請し（ソウル行政法院 2018 年아 12518 号）、提請裁判所は出入国管理法第 63 条第 1 項に対する申請部分を受け容れ、2021 年 2 月 29 日に本件違憲法律審判を提請した。

2. 審判対象

本件の審判対象は出入国管理法（2014 年 3 月 18 日法律第 12421 号で改正されたもの）第 63 条第 1 項（以下「審判対象条項」という）が憲法に違反するか否かである。審判対象条項及び関連条項は以下の通りである。

[審判対象条項]

出入国管理法（2014 年 3 月 18 日法律第 12421 号で改正されたもの）

第 63 条（強制退去命令を受けた者の保護及び保護解除）①地方出入国・外国人官署の長は、強制退去命令を受けた者を旅券未所持又は交通便の未確保等の事由で直ちに大韓民国外に送還することができない場合、送還できる時までその者を保護施設に保護することができる。

[関連条項]

出入国管理法(2010年5月14日法律第10282号で改正されたもの)

第2条(定義)この法律で使用する用語の意味は次のとおりである。

11. 「保護」とは、出入国管理公務員が第46条第1項各号による強制退去の対象に該当すると疑うべき相当な理由がある者を出国させるために、外国人保護室、外国人保護所又はその他法務部長官が指定する場所に引致して収容する執行活動をいう。

出入国管理法(2014年3月18日法律第12421号で改正されたもの)

第46条(強制退去の対象者)①地方出入国・外国人官署の長はこの章で定める手続により、次の各号のいずれかに該当する外国人を大韓民国外に強制退去させることができる。

2. 第7条の2に違反した外国人又は同条に規定された虚偽招請等の行為により入国した外国人。
3. 第11条第1項各号のいずれかに該当する入国禁止事由が入国後に発見され、又は発生した者。
8. 第17条第1項・第2項、第18条、第20条、第23条、第24条又は第25条に違反した者

第63条(強制退去命令を受けた者の保護及び保護解除)②地方出入国・外国人官署の長は第1項の規定により保護する場合、その期間が3ヶ月を超える場合には3ヶ月ごとに事前に法務部長官の承認を受けなければならない。

- ③地方出入国・外国人官署の長は第2項の承認を受けられないときは遅滞なく保護を解除しなければならない。
- ④地方出入国・外国人官署の長は強制退去命令を受けた者が他の国から入国が拒否される等の事由により送還できないことが明らかになった場合には、その保護を解除することができる。
- ⑤地方出入国・外国人官署の長は第3項又は第4項により保護を解除する場合に住居の制限又はその他必要な条件を付すことができる。

第66条(保護の一時解除の取り消し)①地方出入国・外国人官署の長は、保護から一時解除された者が次の各号のいずれかに該当する場合、保護の一時解除を取り消し、再び保護の措置をすることができる。

1. 逃走または逃走のおそれがあると認められる場合

2. 正当な理由なく出席命令に従わない場合。
3. 第 1 号及び第 2 号に定める事項のほか一時解除に付した条件に違反した場合。

②地方出入国・外国人官署の長は第1項により保護の一時解除を取り消す場合、保護一時解除取消書を発給し、保証金の全部又は一部を国庫に帰属させることができる。

出入国管理法(2018年3月20日法律第15492号で改正されたもの)

第 65 条(保護の一時解除)①地方出入国・外国人官署の長は職権又は被保護者(その保証人又は法定代理人等を含む)の請求により、被保護者の情状、解除要請事由、資産、その他の事項を考慮して、2千万ウォン以下の保証金を預託させ、住居の制限やその他必要な条件を付けて保護を一時的に解除することができる。

3. 提請裁判所の違憲提請の理由

- ア. 審判対象条項は保護期間の上限の設定がなく、被保護者には自分がいつ解放されるのか全く予測できないという点において、それ自体が深刻な精神的圧迫感をもたらす。単に強制退去命令の執行を容易にするという行政目的のために期間の制限のない保護を可能にすることは行政の便宜性と画一性のみを強調したものであり、過剰禁止原則に反し被保護者の身体的自由を侵害する。
- イ. 出入国管理法上の保護は刑事手続上の「逮捕または拘束」に準ずるものであって身体的自由を制限する。したがって厳格な令状主義の適用を受けるべきであるにもかかわらず、審判対象条項は裁判所の令状なしに強制退去命令を受けた外国人の人身を拘束できるようにしており令状主義に違反する。
- ウ. 保護の開始または延長段階で第三の独立した中立的機関や司法機関が全く関与していない点、被保護者は法務部長官に保護命令に対する異議申立をすることが可能であり、法務部長官の承認がなければ保護を延長されることがないが、法務部長官は保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎず外部の中立的・客観的機関による事後的な救済手段ないし統制手続が保障されているとは言えない点、出入国管理法に審判対象条項によ

る保護命令を発令する前に当事者に意見提出の機会を与えるような規定がない点などに照らすと、審判対象条項は適正手続原則に反する。

4. 判断

ア. 出入国管理法上の外国人保護制度

(1) 出入国管理法上の保護とは「出入国管理公務員が第 46 条第 1 項各号による強制退去の対象に該当すると疑うべき相当な理由がある者を出国させるために、外国人保護室、外国人保護所又はその他法務部長官が指定する場所に引致して収容する執行活動」をいう（出入国管理法第 2 条第 11 号）。出入国管理法上の保護には第 51 条で定める「強制退去対象審査決定のための保護」と審判対象条項で定める「強制退去命令の執行のための保護」がある。

(2) 審判対象条項によると、地方出入国・外国人官署の長は強制退去命令を受けた外国人(以下、「強制退去対象者」という)を旅券未所持又は交通便の未確保等の事由で直ちに大韓民国外に送還することができない場合、送還することができる時まで外国人保護室、外国人保護所、その他法務部長官が指定する場所(以下「保護施設」という)に保護することができる。審判対象条項による保護は外国人が強制退去対象に該当すると判断して強制退去命令を行ったが直ちに執行できない場合に強制退去命令の執行を確保するためのものであり、強制退去強制に該当するか否かを審査するために外国人の身柄を確保する出入国管理法第 51 条の保護とは区別される。

審判対象条項は「送還することができる時まで」保護することができるとしており、法文上保護期間の制限を設けておらず、代わりに保護期間が3ヶ月を超える場合には3ヶ月ごとに事前に法務部長官の承認を受けねばならず、承認を受けられなければ保護を解除しなければならない(出入国管理法第 63 条第 2 項、第 3 項)。また、審判対象条項により保護施設に保護された者は法務部長官に異議申立をすることができ(出入国管理法第 63 条第 6 項、第 55 条)、地方出入国・外国人官署の長は職権または被保護者の請求により被保護者の情状、解除要請事由、資産、その他の事項を考慮して2,000万ウォン以下の保証金を預託させて住居の制限やその

他必要な条件を付して保護を一時解除することができる(出入国管理法第65条第1項)。

イ. 争点及び審査基準

- (1) 審判対象条項による保護は強制退去命令を直ちに執行することができない場合に強制退去命令の執行を確保するために強制退去対象者を保護施設に引致・収容する強制措置であり、被保護者の身体の自由を制限する(憲法裁判所 2018年2月22日 2017年헌가 29 参照)。したがって審判対象条項が基本権制限の限界原理である過剰禁止原則と憲法第12条の適正手続原則に違反して身体の自由を侵害するか否かが本件の争点である。
- (2) 出入国管理行政は内・外国人の出入国と外国人の在留を適切に統制・調整し、国家の利益と安全を図る国家行政である。出入国管理に関する事項のうち外国人の入国と国内在留に関する事項は主権国家としての機能を遂行するために必要なものであり、広範な政策裁量の領域にあり(憲法裁判所 2005年3月31日 2003 헌마 87; 憲法裁判所 2014年4月24日 2011年헌마 474 等参照)、強制退去命令の執行を確保するために行われる審判対象条項による保護は出入国管理行政の一環とすることができる。

しかし、憲法第12条第1項の身体の自由は人間の尊厳と価値を具現するための最も基本的な最低限の自由であり、すべての基本権保障の前提となるものであり(憲法裁判所 2020年9月24日 2017年헌마 157 等参照)、その性質上人間の権利に該当し、国内在留資格の有無にかかわらず認められるものである。したがって、審判対象条項が身体の自由を侵害するか否かについては厳格な審査基準が適用されるべきである。

ウ. 裁判官^{ユナムソク}劉南碩、裁判官^{イソクテ}李錫兌、裁判官^{キムキヨン}金基潁、裁判官^{ムンヒョンベ}文炯培、裁判官^イ李

^{ミンソン}美善の憲法不合致意見

(1) 過剰禁止原則違反の有無

(ア) 目的の正当性及び手段の適合性

審判対象条項の立法目的は強制退去対象者を大韓民国外に送還することができる時まで保護施設に引致・収容し、強制退去命令を容易かつ効率的に執行できるようにすることであり、外国人の出入国と在留

を適切に統制・調整し、国家の安全と秩序を維持しようとするところにある。このような立法目的は正当であり、強制退去対象者を大韓民国外に送還することができる時まで保護施設に引致・収容して身柄を確保することは強制退去命令の執行を確保する効果的な方法であるから手段の妥当性も認められる。

(イ) 侵害の最小性及び法益均衡性

しかし、審判対象条項は次の点で侵害の最小性と法益均衡性を満たしていない。

- 1) 審判対象条項による保護は強制退去命令を発令後直ちに執行できない場合にその執行を確保するために一時的・暫定的に行う強制措置である(憲法裁判所 2018 年 2 月 22 日 2017 年헌가 29 参照)。ところが審判対象条項は強制退去対象者を大韓民国外に送還することができる時まで保護することができる」と規定しているだけで、保護期間の上限を設定しておらず、無期限保護を可能にしている。

強制退去命令の執行を目的として一時的・暫定的に強制退去対象者を特定の場所に収容する保護は、その本質上強制退去命令を執行するのに必要な合理的期間内に収容する場合にのみその正当性が認められると言える。しかし審判対象条項によれば、例えば被保護者が難民法に基づき難民認定申請をしたり、難民不認定決定等に異議申立を行い、関連手続が終了するまで強制退去命令を執行できない場合(出入国管理法第 62 条第 4 項参照)、被保護者が強制退去命令に対して取消訴訟等を提起したり、民・刑事紛争が係属中のため事実上強制退去命令の執行が困難な場合等には、当該手続の進行状況に応じて保護期間が無限定に延びる可能性がある。また審判対象条項は他の国から入国が拒否されて送還が不可能な場合にも、送還が可能になる時まで期間の制限なく継続して保護できるようになっている。このように相当期間内に強制退去命令を執行できない場合でも強制退去対象者を長期間または無期限に保護することは一時的・暫定的強制措置としての限界を超え、被保護者の身体的自由を著しく制限するものである。さらに、期間の上限が定められていない保護は被保護者にとって自身がいつ解放されるのか全く予測できなくなるという点で、実際の保護期間

の長短とは関係なく、それ自体が深刻な精神的圧迫感をもたらす(憲法裁判所 2018 年 2 月 22 日 2017 年헌가 29 条中、裁判官^{イジンソン}李鎮盛、裁判官^{キムイス}金二洙裁判官^{カンイルウォン}姜日源、裁判官^{イソネ}李宣厓、裁判官^{ユナムソク}劉南碩の違憲意見参照)。

審判対象条項による保護は強制退去命令の執行の確保以外の他の目的のために発することができないという目的上の限界と、送還が可能になる時まで必要な最低限の期間中、暫定的にのみ保護することができ、他の目的のために保護期間を延長することができないという時間的限界があり(大法院 2001 年 10 月 26 日宣告 1999 年다 68829 判決参照)、実際に強制退去対象者が送還されるまでの保護期間の平均は 10 日余りに過ぎず、1 年以上の長期保護が問題となるケースは少数に過ぎないものではある。しかしこのような限界は一時的・暫定的措置という保護の性格から当然導き出されるものであり、ここで「送還が可能となる時まで必要な最小限の期間」が相当期間内に限定されるべき規範的概念であるか否かは考慮されていない。したがって上記のような解釈上の限界にもかかわらず、保護期間の上限を設定しない審判対象条項により長期間又は無期限保護が可能であり、被保護者に責任を問うことができない理由で強制退去命令を執行できない場合であっても、「直ちに送還できない場合は」実際に送還される時まで長期間保護することができるなど、保護期間の上限を設定しないことによる問題は依然として残る。

一方、送還を不可能にする客観的事由がないにもかかわらず、被保護者が送還に協力しないため強制退去命令を迅速に執行できない場合がありうるが、送還に協力しないという事情だけで無期限保護が正当化されるわけではない。被保護者の協力拒否により強制退去命令の執行が遅れる場合に協力拒否を保護期間の延長事由とすることはできるが、送還業務を担当する出入国管理当局としては送還を遅らせる障害を取り除くなど送還業務を誠実に遂行しなければならないので、被保護者が送還に協力しないからといっていつまでも送還が実現されるまで保護を続けることはできない。

2) したがって、適正な保護期間の上限がどの程度なのかは別として、少なくともその上限を法で明示することにより保護期間の不合理な長期化や不確実性から生じる被害を防ぐことができるはずである。ただ強制退去命令の効率的な執行という行政目的のために期間の制限のない保護を可能にすることは行政の便宜性と画一性だけを強調したものであり、被保護者の身体的自由を過度に制限するものである。様々な事情で自主出国を選択しなかつたり自主出国することが不可能であったため検挙されて保護された外国人には事実上「出国する自由」があるとは言いがたいから、強制退去対象者がいつでも出国する自由があり、それによって保護対象者から脱却できることを理由に保護期間の上限を設けないことによる基本権侵害が緩和されると言うことはできない(憲法裁判所 2018 年 2 月 22 日 2017 年

헌가 29 中、裁判官^{イ ジンソン}李鎮盛、裁判官^{キム イス}金二洙裁判官^{カン イルウォン}姜日源、裁判官

^{イ ソンネ}李宣厓、裁判官^{ユナムソク}劉南碩の違憲意見参照)。

国際的な基準や外国の立法例をみても、相当数の国家が強制退去命令を受けた者を拘禁する際にその期間の上限を設けている。「第三国不法在留者の送還についての加盟国内の共同基準と手続に関する指針」(いわゆる「欧州連合不法在留者送還指針」)

(Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals)は不必要な長期拘禁を抑制し強制退去対象外国人の基本的な人権を尊重するため、加盟国に国内法で拘禁期間の絶対的上限を規定するよう求めており、最初の拘禁期間は6ヶ月を超えてはならず、例外的に拘禁を延長することができるが延長期間は最大12ヶ月とするなど、長期拘禁に対する統制を強化している。これに従ってEU加盟国は上記指針で定めた基準と同等、あるいはより厳格な拘禁要件と手続を国内法で立法して拘禁期間の上限を定めている。すなわち、フランスは送還が合理的に可能な外国人を対象に効果的な身柄確保が困難で効果的な執行を保障するための他の措置が十分でない場合に限り、

最大 90 日までの拘禁を命じることができるように法で規定しており、ドイツは強制追放のための拘禁を 6 ヶ月まで命じることができるが、延長する場合にも最大 12 ヶ月を超えないように法で規定している。台湾と南アフリカ共和国も法律で強制退去対象者の拘禁期間を最大 100 日または 120 日に制限している。このように国際的な基準や他の立法例で拘禁期間の上限を定めているのは、期間が定められていない拘禁状態が重大な人権侵害をもたらす可能性があるためである。

実際に強制退去命令を執行する過程で、送還にいたるまでにかかる期間は強制退去対象者の協力の有無や我が国または送還国の事情によって異なる可能性がある。このような点を挙げて審判対象条項が保護期間の上限を設けないことの不可避性を主張するかもしれないが、審判対象条項による保護が強制退去命令の執行を目的として一時的・暫定的に取られる措置である点と、上記のように強制退去対象者に対する拘禁期間の上限を定めている国家が相当数あることを考慮すると、強制退去命令を執行するために必要な合理的な保護期間の上限を定めることが不可能とは言えない。

- 3) 保護期間に上限を設定する場合、送還が遅延して保護期間の上限を徒過すると強制退去対象者の保護を解除しなければならないが、この場合に保護解除された強制退去対象者が潜伏したり犯罪にさらされる可能性があるという主張があり得る。しかし、これはまだ現実化されていない漠然とした潜在的な可能性ないし一部の状況を誇張した懸念に過ぎないから、上記のような漠然とした推定だけを根拠に「期間の上限がない保護」のように身体を自由を著しく制限する措置は正当化されがたい。大韓民国で犯罪を犯した外国人だからといって、彼が保護解除されれば逃走したり再び犯罪を犯すと断定することはできない。その上、強制退去対象者の中には犯罪を犯して刑を宣告された外国人だけでなく、入国や在留に関する行政法規を単に違反した外国人もいる可能性があり、これらすべてを潜在的逃走者ないしは潜在的犯罪者と見なして期間の制限なく保護することは過度な措置である(憲法裁判所 2018 年 2 月 22 日 2017 年헌가 29

中、裁判官^{イジンソン}李鎮盛、裁判官^{キムイス}金二洙裁判官^{カンイルウォン}姜日源、裁判官^{イソネ}李宣厓、裁

判官^{ユナムソク}劉南碩の違憲意見参照)。

保護期間に上限を設ける場合、被保護者が強制退去命令に対する取消訴訟や難民認定申請などを通じて保護期間の上限を徒過させることを懸念する可能性があるが、裁判所で当該事件を優先・集中的に審理して難民認定審査及び決定を迅速に進めたり、難民認定申請の乱用を防止するなどの制度的改善を通じて保護期間の上限を徒過するケースを最小化することができる。

その上、強制退去命令の執行の確保は審判対象条項による保護以外の様々な手段でも可能である。例えば出国要件が具備されるまで強制退去対象者の住居地を制限したり、住居地を定期的に報告する方法、身元保証人を指定したり適正な保証金を払わせる方法、監督官などを通じて強制退去対象者を継続的に観察したり監督する方法など、保護に代わる手段を通じて強制退去命令の執行を確保することができる。したがって、強制退去命令の執行を確保するために期間の上限のない保護のような被保護者の身体の自由を過度に制限する方法を必ず選ばねばならないものではない。

- 4) 一方、現行の出入国管理法上の手続や制度の運用だけでは保護期間を適切に管理し身体の自由に対する過度な制限を緩和するには不十分である。

まず、被保護者は出入国管理法により地方出入国・外国人官署の長に保護の一時解除を請求することができ、地方出入国・外国人官署の長は職権で保護を一時解除することができる(出入国管理法第 65 条)。しかし、強制退去命令等に対する取消訴訟で勝訴判決を受けた事情がない限り、保護一時解除の可否は地方出入国・外国人官署の長の全的な裁量事項であり(出入国管理法第 65 条、「保護一時解除業務処理規定」第 6 条参照)、保護の必要性に対する実質的な検討よりも行政の便宜のために行われる可能性が高い。2020 年헌가 1 事件の法務部長官に対する 2021 年 7 月 1 付の事実照会結果及び法務部長官が 2022 年 9 月 5 日に提出した参考資料によると、2013 年から 2017 年までの 5 年間に行われた保護一時解除件数が年平均 120 件、2018 年から 2020 年までの 3 年間に行われた保護一時解除件数が年平均 131 件

であったのに対し、2021年に行われた保護一時解除は461件と急増したが、2021年に保護一時解除請求とこれに対する認容が急増したのは新型コロナウイルス感染症の拡散で保護所内の防疫管理に困難を来したことによるものであり、行政上の便宜が主な理由であったと思われる。出入国管理法第63条第4項は地方出入国・外国人官署の長は強制退去対象者が他の国から入国が拒否されるなどの事由で送還できないことが明白になった場合には保護を解除することができる旨を定めているが、これも地方出入国・外国人官署の長の全的な裁量事項である。こうした点に照らせば保護一時解除制度が保護期間の上限を設けないという問題を補完できる装置として機能するとは言いがたい。

また、出入国管理法は保護命令に対する異議申立、保護期間延長に対する法務部長官の承認制度を設けているが、後述のようにこれは保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁である法務部長官により行われる手続に過ぎず、保護期間の上限を設けないという問題を補完するほどの実効性があるとは言えない。特に法務部長官が2021年7月21日及び2022年9月5日に提出した参考資料によると、延長不承認率は2017年4.9%、2018年6.7%、2019年6.4%、2020年4.0%、2021年9.4%で、最近5年間の不承認率が平均6.28%に過ぎないことに照らせば、延長承認制度の実効性に疑問を提起せざるを得ない。

5) 以上の事情を総合すると、保護施設での無期限保護以外に強制退去命令の執行を確保する手段があるにもかかわらず審判対象条文が期間の上限なく被保護者を保護できるようにしたのは、立法目的を達成するための必要最小限の程度を超えて被保護者の身体的自由を過度に制限するものであり、審判対象条項が達成しようとする公益が重要であるとしても、期間の上限がない保護によって被保護者の身体的自由が制限される程度が過度に大きいため、審判対象条項は侵害の最小性及び法益の均衡性要件を満たさない。

(ウ) 小結

審判対象条項は過剰禁止原則に違反して被保護者の身体的自由を侵害する。

(2) 適正手続原則違反の有無

(ア) 憲法第 12 条第 1 項は「法律と適法な手続によらない限り処罰・保安処分又は強制労働を受けない」と規定し、適正手続原則を宣明している。適正手続原則は刑事訴訟手続に極限されずすべての国家作用全般に対して適用されるため(憲法裁判所 1992 年 12 月 24 日 92 헌가 8; 憲法裁判所 2018 年 2 月 22 日 2017 年헌가 29 等参照)、審判対象条項による保護においても憲法上の適正手続原則は遵守されなければならない。ところが審判対象条項は憲法上の適正手続原則の観点から次のような点が問題となる。

(イ) 行政手続上の強制処分によって身体の自由が制限される場合、強制処分の執行機関から独立した中立的な機関がこれを統制するようにすることは適正手続原則の重要な内容に該当するところ、具体的な統制の形式や水準は強制処分の目的とそれによって達成しようとする公益、強制処分によって身体の自由が制限される程度など全ての要素を考慮して決定されるべきである。審判対象条項による保護は強制退去命令の執行確保を目的としながらも、身体 の自由を制限する程度が剥奪に至り、刑事手続上の「逮捕又は拘束」に準ずるものと見られることを考慮すると、適正手続原則上、保護の開始又は延長段階で、その執行機関である出入国管理公務員から独立して中立的な地位にある機関が保護の妥当性を審査しこれを統制することができなければならない。

出入国管理法によると地方出入国・外国人官署の長が強制退去の可否を審査・決定して強制退去命令書と強制退去命令の執行のための保護命令書を発給し、出入国管理公務員が保護命令と強制退去命令を執行することになっており(出入国管理法第 58 条、第 59 条第 2 項、第 3 項、第 62 条第 1 項、第 63 条第 1 項、第 6 項、第 53 条)、形式的には保護命令書を発給する者とこれを執行する者が分離されてはいる。しかし保護決定をする地方出入国・外国人官署の長は独立した第三の機関ではなく出入国管理公務員が属する同じ執行機関の内部の上級者に過ぎず、実質的に保護決定機関とその執行機関が分離されていると言うことはできない。また出入国管理法第 63 条第 2 項は、保護期間が 3 ヶ月を超える場合、地方出入国・外国人官署の長に 3 ヶ月ごとに事前

に法務部長官の承認を受けるようにさせて保護延長承認機関を分離しているが、法務部長官は保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎず、これをもって外部の中立的・客観的機関による審査が行われると言いがたい。

このように現在の出入国管理法上、保護の開始または延長段階では執行機関から独立した中立的な機関が全く関与していないが、このような状況下では保護の必要性等についての審査が適切に行われることを保証することはできない。強制退去命令があればほぼ自動的に保護命令が発令され、地方出入国・外国人官署の長の申請があればほぼ例外なく法務部長官の延長承認が行われる現実はこの点を傍証しているといえる。

一方、被保護者は法務部長官に保護命令に対して異議申立をすることができるが、法務部長官は前述のように保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎず、これによって外部の中立的・客観的な機関による審査制度が保障されているとは言えない。2013年から2020年までの8年間、保護命令に対する異議申立が認められた事例が一件もなかったことを見ても、法務部長官の審査が保護の適法性を担保するための実質的な統制手段としての意味を持つとは言いがたい。また、被保護者は強制退去命令や保護命令、保護命令に対する異議申立を棄却した決定等に対して行政訴訟を提起することができ、その過程で保護命令の執行停止を申立てることができるが、保護の開始または延長段階で公正で中立的な機関による事前統制が全く行われな以上、このような一般的・事後的な司法統制手段だけでは被保護者を十分に保護するとは言えない。

(ウ)当事者に意見及び資料提出の機会を与えることは適正手続性原則から導かれる重要な手続的要請であるから(憲法裁判所 2003年7月24日 2001年헌가 25;憲法裁判所 2015年9月24日 2012年헌바 302参照)、審判対象条項による保護を行う場合にも被保護者に上記のような機会が保障されなければならない。

ところが出入国管理法は審判対象条項による保護命令を発令する前に当事者に意見を提出する機会を与えるようにする規定を設けていな

い。行政手続法は行政庁が当事者に義務を課したり権益を制限する処分をする際、当事者等に意見提出の機会を与えなければならないと規定しながら(行政手続法第22条第3項)、「外国人の出入国に関する処分」を行政手続法の適用対象から除外している(行政手続法第3条第2項第9号、行政手続法施行令第2条第2号)。したがって、現行法上被保護者は保護命令手続において自分に有利な陳述をしたり意見を提出できる機会を与えられていない。

保護命令は強制退去命令を前提とし、強制退去命令は強制退去対象者に該当すると疑われる外国人、いわゆる容疑者に対する調査を根拠に行われ、容疑者に対する調査は彼の陳述を調書に記載してその内容に対する追加・変更等の請求があればこれを調書に記載しなければならないなど(出入国管理法第47条、第48条第3項、第4項)、容疑者は強制退去命令手続で自分の意見を陳述する機会が与えられているといえる。しかし被保護者は保護命令手続において保護の必要性や逃亡の懸念などについて意見を陳述することができなければならず、強制退去命令手続で意見を陳述する機会が保障されたからといって、これとは独立した別の手続である保護命令手続で意見を陳述する機会を排除することはできない。一方、保護命令に対する異議申立の段階では法務部長官が必要であれば関係者の陳述を聞くことができるように裁量として規定しているに過ぎず(出入国管理法第63条第6項、第55条第3項)、保護延長に対する法務部長官の事前承認もやはり地方出入国・外国人官署の長が保護期間延長の必要性を疎明しなければならないと規定しているだけで(出入国管理法施行令第78条第2項)、被保護者が法務部長官に意見及び資料を提出することができる手続的機会が法令上設けられているとはいえない。

(エ) これらの点を総合すると、審判対象条項は保護の開始または延長段階で公正で中立的な機関による統制手続がなく、当事者に意見を提出する機会を保障していないから憲法上の適正手続原則に違反する。

(3) 憲法不合致決定と暫定適用の必要性

以上のように、審判対象条項は過剰禁止原則と適正手続原則に違反して被保護者の身体的自由を侵害しているから審判対象条項について単純

違憲決定をすることが原則である。

しかし、審判対象条項の違憲性は保護期間の上限を設定せず長期又は無期限保護が可能である点と、保護の開始又は延長の段階で公平で中立的な機関による統制が行われず当事者に意見提出の機会が与えられていない点にある。このような状況において審判対象条項に対して単純違憲決定をする場合、強制退去命令の執行のための保護の根拠規定が無くなることになり、強制退去命令を受けた者の身柄を確保することができなくなることにより容認しがたい法的空白が発生する。その上、立法者は保護期間の上限をどのように設定するか、保護の開始や延長段階で人身拘束の妥当性を審査する機関をどのように構成するのか、意見提出の機会をどのような形で保障するのかなど、手続の形成について立法裁量を有する。

したがって、審判対象条項に対して憲法不合致決定を宣告するが、立法者の改善立法が行われるまで継続適用を命じることにする。立法者は可能な限り早期に改善立法をする義務があるので、遅くとも2025年5月31日までに改善立法をしなければならず、それまでに改善立法が行われない場合、審判対象条項は2025年6月1日から効力を失う。

エ. 裁判官^{イソクテ}李宣匡の憲法不合致意見

私は審判対象条項が憲法に違反し憲法不合致決定をしなければならないという点で、裁判官^{ユナムソク}劉南碩、裁判官^{イソクテ}李錫兌、裁判官^{キムキヨン}金基潁、裁判官^{ムンヒョンベ}文炯培、裁判官^{イミソン}李美善の違憲意見と結論を同じくする。ただしその理由についてはすでに憲法裁判所2018年2月22日2017年헌가29決定の違憲意見に参加して論証したことがあるので、これを下記のように引用して本件の違憲意見を述べる。憲法不合致決定に至る論証は裁判官^{ユナムソク}劉南碩、裁判官^{イソクテ}李錫兌、裁判官^{キムキヨン}金基潁、裁判官^{ムンヒョンベ}文炯培、裁判官^{イミソン}李美善の憲法不合致意見と同じである。

(1) 過剰禁止原則違反の有無

(ア) 目的の正当性と手段の適正性

審判対象条項は強制退去命令を受けた者に対する執行を容易にすることにより外国人の出入国と在留を適切に統制・調整し国家の安全を図るためのものであり、その立法目的は正当である。また、強制退去命令を受けた者を出国要件が整うまで保護施設に保護して身柄を確保することは強制退去命令の迅速かつ効率的な執行のための効果的な方法であるから、手段の適正性も認められる。

(イ) 侵害の最小性及び法益の均衡性

1) 審判対象条項による保護対象は出入国管理法により強制退去命令を受けた者である。彼らは既に国内在留期間中に不法在留、不法就労、犯罪行為等の犯法行為をした外国人として(法第 46 条第 1 項参照)、逃走の可能性や潜在的危険性がないとはいえないので、本国に送還されるまでその身柄を確保するための保護と管理が必要であることは認められる。

しかし、審判対象条項は保護期間の上限を設定しておらず、強制退去命令を受けた者を大韓民国外に送還することができる時まで無期限保護を可能にする。期間の上限が定められていない保護は被保護者が自分がいつ解放されるのか全く予測できないという点で実際の保護期間の長短にかかわらずそれ自体が深刻な精神的圧迫感をもたらす。したがって適正な保護期間の上限がどの程度であるかは別として、少なくともその上限を法で明示することにより被保護者が自分が保護される最大期間を予測できるようにする必要がある、単に強制退去命令の執行を容易にするという行政目的のために期間の制限のない保護を可能にすることは行政の便宜性と画一性だけを強調したものであり、それ自体が被保護者の身体の自由に対する過度な制限である(憲法裁判所 2016 年 4 月 28 日 2013 年헌마 196 中、裁判官^{イジョンミ}李貞美、裁判官

^{キムイス}金二洙、裁判官^{イジンソン}李鎮盛、裁判官^{カンイルウォン}姜日源の反対意見参照)。

国際的な基準と外国の立法例を見ると、国際連合の「恣意的拘禁に関するワーキンググループ」(Working Group on Arbitrary Detention) は拘禁の上限が必ず法律に規定されていなければなら

ず、拘禁が無期限であってはならないとする。ドイツは強制送還のための拘禁は6ヶ月まで命じることができ、より長い期間がかかることが予想される場合最大12ヶ月延長することができる」と定めており、欧州連合の不法在留者送還指針(Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals) も同様に規定している。このように国際基準や他の立法例で最大拘禁期間を定めるようにしている理由も、期間が定められていない拘禁状態が重大な人権侵害をもたらす可能性があるからである。

大法院は「出入国管理法第63条第1項の保護命令は強制退去命令の執行確保以外の他の目的のためにこれを発することができないという目的上の限界及び一旦適法に保護命令が発せられた場合であっても送還が可能になるまでに必要な最小限の期間だけ暫定的に保護することができ、他の目的のために保護期間を延長することができないという時間的限界を有する一時的強制」とした(大法院2001年10月26日宣告1999年다68829判決参照)。しかし上記判決の通りであっても長期ないし無期限保護の可能性が消えるわけではなく、上記判決は保護の性質上の限界を説示したものであって保護期間の上限を設定したものではないから、保護期間を制限することができる適切で実質的な統制機能を有するとは言いがたい。例えば被保護者が強制退去命令に対する取消訴訟を提起したり難民認定申請をするなどの場合には手続の進行状況によって保護期間が無限定に伸びる可能性があるが、保護期間の長短はもっぱら行政庁と司法部が関連手続をいかに迅速に進めるか否かによって決定される(被保護者が裁判所に強制退去命令及び保護命令に対する執行停止を申立てることができるが、これを受け入れるか否かは裁判所の裁量に委ねられている)。この場合、被保護者に責任のない理由で保護が長期化する結果を招く可能性がある。

- 2) 各国の事情や手続の進捗状況により送還にかかる期間が異なり、被保護者の送還がいつ可能になるかを予め知ることができないため、保護期間を限定せず「送還できる時まで」保護できるようにしたの

は審判対象条項の立法目的達成のために不可避であると考えられる立場もあり得る。しかし強制退去対象者に対する拘禁期間の上限を定めている国家が相当数あることを考慮すると合理的な保護期間の上限を定めることが不可能であるとは考えられない。

審判対象条項に保護期間の上限を規定すると送還可能時期が遅れて保護期間の上限を徒過するようになったときに強制退去対象者を釈放しなければならないが、この場合、釈放された強制退去対象者が潜伏したり犯罪を犯す可能性があると考えられる立場があり得る。しかし、これはまだ現実化されていない漠然とした潜在的な可能性に過ぎず、これを裏付けるだけの実証的根拠も十分であるとはいえないので、上記のような漠然とした推定だけを根拠に「期限の上限がない保護」のように身体的自由を重大に制限する措置は正当化されがたい。大韓民国で犯罪を犯した外国人だからといって、彼が保護解除されれば逃走したり再び犯罪を犯すと断定することはできない。その上、強制退去対象者の中には犯罪を犯して刑を宣告された外国人だけでなく入国や在留に関する行政法規を単純に違反した外国人もいる可能性があるが、これらすべてを潜在的な逃走者ないしは潜在的な犯罪者と見て期間の制限なく保護するのは過度の措置である。

被保護者が強制退去命令に対する取消訴訟を提起したり難民認定申請をするなどの場合については、裁判所で当該事件を優先的・集中的に審理し、難民認定審査及び決定を迅速に進めるなど、制度的改善を通じて保護期間の上限を超える場合を最小化することができる。保護期間の上限を超過して保護を解除したとしても、出国要件が整うまで彼らの住居地を制限したり、住居地について定期的に報告させる方法、身元保証人を指定したり適正な保証金を納付させる方法、監督官等を通じて彼らを継続的に観察及び監督する方法などを通じて逃走や更なる犯罪行為を相当部分防止することができると思われる。したがって審判対象条項の立法目的を達成するために期間の上限がない拘禁のように被保護者の身体的自由を過度に制限する方式を必ず選択しなければならないのか疑問である。

3) 様々な事情で自主出国することを選択しなかったり自主出国するこ

とが不可能であったため検挙されて保護された外国人には事実上「出国できる自由」があるとは言いがたいので、強制退去対象者にはいつでも出国する自由がありこれにより保護対象者から脱却できることを理由に保護期間の上限を設けないことによる基本権侵害が緩和されると言うことはできない(憲法裁判所 2016年4月28日

2013年헌마 196中、裁判官^{イジョンミ}李貞美、裁判官^{キムイス}金二洙、裁判官^{イジンソン}李鎮盛、裁判官^{カンイルウォン}姜日源の反対意見参照)。

被保護者は地方出入国・外国人官署の長(以下、「所長等」という)に保護一時解除を請求することができるが、強制退去命令等に対する取消訴訟で勝訴判決を受けた事情がない限り保護一時解除するか否かは所長等の全的な裁量事項であるから、保護一時解除制度は長期拘禁の問題を補完することができる装置として実質的に機能するとは言いがたい。その他、強制退去命令及び保護命令に対する異議申立等の事後的救済手段も後述するようにやはり実効性があるとは言えない。

- 4) このように、審判対象条項が達成しようとする公益が重大で、強制退去対象者に対する保護がそのような公益の達成のために必要であるとはいえ、それを勘案しても期間の上限がない保護によって被保護者の身体の自由が制限される程度が過大であるため、審判対象条項は侵害の最小性及び法益の均衡性の要件を満たさない。

(ウ)小結

審判対象条項は過剰禁止原則に違反し、被保護者の身体の自由を侵害する。

(2)適正手続原則違反の有無

憲法第12条第1項は「法律と適法な手続によらない限り処罰・保安処分又は強制労働を受けない」と、適正手続原則を規定している。適正手続原則は刑事訴訟手続に限定されず全ての国家行為に対して適用されるから(憲法裁判所 1992年12月24日 1992年헌가 8; 憲法裁判所 2014年8月28日 2012年헌마 433等参照)、出入国管理行政の一環として行われる強制退去命令及び保護命令の執行についても適正手続の原則が遵守されなければならない。

(ア) 出入国管理法上の外国人保護は刑事手続上の「逮捕又は拘束」に準ずるものであり、外国人の身体的自由を剥奪するものであるから、検察官の申請、裁判官の発付という厳格な令状主義ではなくとも、少なくとも出入国管理公務員ではない客観的・中立的な地位にある者がその人身拘束の妥当性を審査することができる装置が必要である（憲法裁判所 2016 年 4 月 28 日 2013 年헌마 196 中、裁判官^{イジョンミ}李貞美、裁判官^{キムイス}金二洙、裁判官^{イジンソン}李鎮盛、裁判官^{カンイルウォン}姜日源の反対意見参照）。ところが現在の出入国管理法上の保護制度は保護の開始、延長段階で第三の独立した中立的機関や司法機関が全く関与していないという点で、捜査段階でも刑執行段階でも拘禁の開始、延長を裁判所が決定し、その終期も明確に規定されている刑事手続上の拘禁と対照的である。

(イ) まず保護命令の発令と執行について見ると、出入国管理法上外国人に対する強制退去手続は、①出入国管理職員が容疑者を検挙し調査を行った後(法第 47 条)、②所長等が保護命令書を発給し出入国管理職員が執行する(法第 51 条第 1 項、第 53 条、強制退去審査のための保護)、③所長等が強制退去の可否を審査して決定し、強制退去命令書及び保護命令書を発給した後(法第 58 条、第 59 条 第 2 項、第 3 項、審判対象条項、出入国管理法施行令第 78 条第 1 項)、④出入国管理職員が執行する(法第 62 条第 1 項、第 63 条第 6 項、第 53 条、強制退去執行のための保護)という構造になっている。したがって形式的には調査手続と審査手続が分離され、保護命令書の発給主体と執行機関が分離されているが、実際には出入国管理事務所内の下級者と上級者が容疑者調査、強制退去命令と保護命令の発令及び執行をすべて共に行っているのである。即ち保護決定を行う所長等は独立した第三の機関ではなく出入国管理公務員が属する同一の執行機関内部の上級者に過ぎず、実質的に機関が分離されていると言うことはできず、その他に司法部など外部機関が関与する余地が全くないから、このように同一の執行機関の上級者から決定を受ける程度では、客観的・中立的機関による手続的統制が行われているとは言いがたい（憲法裁判所 2016 年 4

月 28 日 2013 年헌마 196 中、裁判官李貞美^{イジョンミ}、裁判官金二洙^{キムイス}、裁判官李鎮盛^{ジンソン}、裁判官姜日源^{カンイルウォン}の反対意見参照)。

確かに審判対象条項は「保護することができる」という任意規定になっているが、実務上強制退去命令が発令されると保護の必要性や逃走の懸念など保護命令自体に対する特別な審査なしに強制退去命令と同時に又は続けて保護命令を発令する場合がほとんどであり、強制退去命令を受けたが直ちに送還できない者に対して保護命令が発令されなかった事例はない。しかし、強制退去命令を受けた者であっても常に逃走の可能性があるとみなすことはできないから保護の必要性に対する別個の判断が必要であり、公正性と客観性を担保できる中立的な機関が介入しない限り、強制退去命令があれば保護命令がほぼ自動的に発令される現在の構造は変更される可能性は低い。

ちなみにドイツの場合、退去審査のための準備拘禁(韓国の強制退去審査のための保護と類似)と退去執行のための確保拘禁(審判対象条項による保護と類似)の両方について裁判官による令状の発布を受けることを要件としており、拘禁の開始段階から裁判官による統制が行われる。

(ウ)事後救済手段ないし統制手続についてみると、被保護者は法務部長官に保護または強制退去命令に対する異議申立をすることができ(法第 55 条第 1 項、第 60 条第 1 項)、所長等は保護期間が 3 ヶ月を超える場合、法務部長官から事前承認を受けて保護を延長することができる(法第 63 条第 2 項)。

しかし、法務部長官は事実上保護命令を発令・執行する行政庁の管理監督庁に過ぎず、外部の中立的・客観的機関による審査制度が保障されているとは言えない。実際に最近 5 年間(2013 年から 2017 年まで)、保護又は強制退去命令に対する異議申立が認容された事例が一件もなく、保護期間延長に対する法務部長官の事前承認も、強制退去執行が遅延した状態で所長等が承認申請書類を提出すればほとんど例外なく承認されるのが現実であることに照らしても、法務部長官の審査及び判断は保護の適法性を担保するための実質的な統制手続と

しての意味を持つとは言いがたい。(憲法裁判所 2016 年 4 月 28 日 2013 年헌마 196 中、裁判官李貞美^{イジョンミ}、裁判官金二洙^{キムイス}、裁判官李鎮盛^{イジンソン}、裁判官姜日源^{カンイルウォン}の反対意見参照)。

また、被保護者は強制退去命令や保護命令、異議申立に対する却下決定などに対して行政訴訟を提起することができるが、行政訴訟のような一般的・事後的な司法統制手段だけでは、韓国の司法制度に慣れておらず韓国語に堪能でない外国人の身体的自由を十分に保障するには不十分である。

(エ)適正手続原則から導くことができる重要な手続的要請の一つとして当事者に意見及び資料提出の機会を与えることを挙げることができるから(憲法裁判所 2003 年 7 月 24 日 2001 年헌가 25; 憲法裁判所 2015 年 9 月 24 日 2012 年헌마 302 参照)、審判対象条項による保護を行うにあたり被保護者に上記のような機会が保障されなければならない。

ところが出入国管理法には審判対象条項による保護命令を発令する前に当事者に意見提出の機会を与えるようにする規定がない。行政手続法第 22 条第 3 項は行政庁が当事者に義務を課したり権益を制限する処分をする場合、当事者等に意見提出の機会を与えなければならないと規定しているが、「外国人の出入国に関する処分」は行政手続法の適用対象から除外されており(行政手続法第 3 条第 2 項第 9 号、同法施行令第 2 条第 2 号)、刑事訴訟法上の拘束前被疑者尋問(令状実質審査)のような制度も設けられていない。したがって保護命令を受ける者は自分に有利な陳述をしたり意見を提出する機会が全くない。保護に対する異議申立段階でも、法務部長官が必要であれば関係者の陳述を聞くことができるように裁量で規定しているだけであり(法第 63 条第 6 項、第 55 条第 3 項)、保護延長に対する法務部長官の事前承認も被保護者に陳述や意見提出の機会を与えないまま、所長等が提出した書類の審査を通じてのみ行われている。

(オ)これらの点を総合すると、審判対象条項は保護の開始や延長段階で公正で中立的な機関による統制手続がなく、行政上の人身拘束を行うにあたり意見提出の機会も全く保障されていないから、憲法上の適法

手続原則に違反する。

(3) 小結

審判対象条項は過剰禁止原則及び適正手続原則に反し被保護者の身体
の自由を侵害するので憲法に違反する。

5. 結論

審判対象条項は憲法に合致しないから、憲法不合致決定を行うと同時に
2025年5月31日を期限として立法者の改善立法が行われるまで暫定的にこ
れを適用することにする。また、従前に憲法裁判所がこの決定と見解を異に
し、審判対象条項が憲法に違反していないと判示した憲法裁判所2018年2月
22日2017年헌가29決定はこの決定と抵触する範囲内で変更することにし
る。この決定に対しては下記6のような裁判官^{イウネ}李垠厓、裁判官^{イジョンソク}李悰錫、裁判
官^{イヨンジン}李榮眞の反対意見がある他は関与裁判官の意見が一致し、裁判官^{ユナムソク}劉南碩、
裁判官^{イソクテ}李錫兌、裁判官^{キムキヨン}金基潁、裁判官^{ムンヒョンベ}文炯培、裁判官^{イミソン}李美善の憲法不合致意
見については裁判官^{イミソン}李美善の下記7のような補足意見がある。

6. 裁判官^{イウネ}李垠厓、裁判官^{イジョンソク}李悰錫、裁判官^{イヨンジン}李榮眞の反対意見

我々は審判対象条項が憲法に違反しないと判断するので、次のように見解
を述べる。

イ. 憲法裁判所の判例

憲法裁判所は2018年2月22日2017年헌가29決定で次のような理由で
審判対象条項が過剰禁止原則及び適正手続原則に違反せず、身体
の自由を侵害しないと判断した。

「(1) 過剰禁止原則の違反の有無

審判対象条項が強制退去対象者の身体
の自由を侵害するか否かを判断
するに当たっては、出入国管理法上の保護が国家行政である出入国管
理行政の一環であり、主権国家としての機能を遂行するために必要な
ものであるため、一定の部分は立法政策的に決定される可能性がある

ことを考慮しなければならない。

(ア) 立法目的の正当性と手段の適合性

審判対象条項は外国人の出入国と在留を適切に統制・調整し、国家の安全保障・秩序維持及び公共の福祉を図るためのものであって立法目的は正当であり、強制退去対象者を出国要件が具備されるまで保護施設に保護することは強制退去命令の迅速かつ効率的な執行と外国人の出入国・在留管理のための効果的な方法であるから手段の適合性も認められる。

(イ) 侵害の最小性

1) 強制退去対象者は入国自体が違法であったり、在留期間を徒過するなど、在留条件を違反したり、在留期間中に犯法行為をするなど、秩序維持を害する恐れがある外国人などである。彼らに対しては国家の安全保障、秩序維持及び公共の福祉のために本国に送還されるまでその送還のための保護及び管理が必要である。したがって地方出入国・外国人官署の長が送還が可能な時点まで強制退去対象者を保護することは審判対象条項の立法目的を達成するために必要な措置である。

2) 審判対象条項による強制退去対象者は旅券未所持又は交通便の未確保等の事由により直ちに大韓民国外に送還することができない場合に保護されるが、各国の事情や手続の進行状況等によってこれに要する期間が異なることは避けられず、いつ送還が可能になるかを予め知ることができない。したがって審判対象条項が保護期間の上限を設けず、「送還できる時まで」保護できるようにしたのは立法目的の達成のためにやむを得ない側面がある。

また、審判対象条項による保護は強制退去命令の執行確保の目的のみ、目的達成のために必要な最小限の期間のみ可能である。大法院も審判対象条項による保護は目的上の限界と時間的限界があると判示した(大法院 2001 年 10 月 26 日宣告 1999 年 ㉔ 68829 判決参照)。実際に強制退去執行は大部分迅速に行われており、保護期間の平均は 11 日程度である。

3) 強制退去対象者は大韓民国に在留できないだけで、本国または第三国に任意に自主出国することによっていつでも保護状態から脱却することができるから、強制退去対象者は自分がいつ解放されるかを予測できず深刻な精神的圧迫感を受けると断定することはできない。仮に審判対象条項に保護期間の上限が規定される場合、その上限を超えると保護を解除しなければならないが、強制退去対象者が保護解除された後に潜伏する場合、強制退去命令の執行が不可能または著しく困難になる可能性がある。また、強制退去対象者が犯罪に関与したり犯罪の対象になる可能性があり、彼らが不法在留する場合、賃金など労働条件において劣悪な処遇を受ける可能性も大きい。

したがって審判対象条項に保護期間の上限を規定することは国家安保・秩序維持及び公共の福祉に害を及ぼす可能性があるだけでなく、強制退去対象者の人権にも決して望ましくない結果をもたらす可能性もある。

4) 他の国の立法例をみても、強制退去の執行のための保護または拘禁期間の上限を設定していない国が少なくない。米国は強制退去命令が確定した外国人を90日の退去期間内に退去させなければならないと規定しており、その期間中は当該外国人を拘禁しなければならないと規定しており、その期間内に当該外国人を退去させることができず退去期間が延長された場合には延長された期間中拘禁することができるが、法律で退去期間後の拘禁期間の上限については規定していない。カナダとオーストラリアも外国人に対して強制退去の執行のために拘禁することができるかと定めているが、拘禁期間の上限を規定しておらず、日本は強制退去対象者を直ちに出国させることができない場合には「送還可能な時まで」その者を収容することができるかと規定しているだけで、収容期間の上限を設けていない。中国も強制出国が決定されたが直ちに執行できない場合、当該外国人を勾留所又は外国人送還場所に拘禁しなければならないと規定しているだけで、拘禁期間の上限を設けていない。このような点を考慮すると、

韓国が保護期間の上限を設ける場合、これを悪用して韓国に不法在留する外国人が急増する可能性も排除できない。

- 5) 出入国管理法は保護の一時解除（第65条第1項、第2項）、延長承認（第63条第2項、第3項）、強制退去命令及び保護命令に対する異議申立（第60条第1項、第4項、第63条第6項、第55条第1項、第2項）など、強制退去対象者が保護状態から脱却できる様々な手段を設けており、さらに強制退去対象者は強制退去命令やそれによる保護の取り消しを求める行政訴訟を提起したり執行停止を申立てることができ、審判対象条項による保護から解除される様々な制度が設けられ、保護期間の上限がない点を補完している。
- 6) 審判対象条項による保護の代わりに住居地制限、身元保証人の指定、保証金制度等の立法代案を考えることができるが、強制退去対象者の身柄を確保しない以上強制退去命令の迅速な執行と効果的な在留管理を審判対象条項と同等の程度に達成することは困難であり、その他に審判対象条項と同等の立法目的を達成しつつ強制退去対象者の基本権制限をより少なくする立法代案を想定することは困難である。

(ウ) 法益の均衡性

審判対象条項が保護しようとする国家の安全保障・秩序維持及び公共の福祉は非常に重大であり、その実現のために審判対象条項による保護制度は必ず必要である一方、強制退去対象者は強制退去命令を執行することができるまで一時的・暫定的に身体的自由を制限されるものであり、保護から解除される様々な制度が設けられているから、審判対象条項は法益の均衡性要件も満たしている。

(エ) 小結

審判対象条項は過剰禁止原則に違反して強制退去対象者の身体的自由を侵害していない。

(2) 適正手続原則違反の有無

- (ア) 審判対象条項が適正手続の原則に違反したかを判断するに当たっては、強制退去対象者は大韓民国に在留できないだけで本国又は第3

国に自主出国することによっていつでも保護状態から脱却できる点、強制退去対象者は規範的に大韓民国に留まることができない人々である点、出入国管理法上の保護は国家行政である出入国管理行政の一環であり主権国家としての機能を遂行するために必要なものであるから一定の部分は立法政策的に決定することができるという点を考慮しなければならない。

(イ)強制退去対象者に対する保護の特殊性に照らして、強制退去命令及び保護に関する検挙、調査、審査、執行業務を同一の行政機関で行うことにするか、異なる行政機関で行うことにするか、又は司法機関を介入させるかは立法政策の問題であるから、保護の開始や延長段階で司法部の判断を受けるようにする手続が規定されていないからといって直ちに適正手続原則に違反するとは言えない。むしろ出入国管理のような専門的な行政分野は同一行政機関に関連業務を同時に遂行させることが効率的でもあり、米国や日本など主要国家でも強制退去命令及び拘禁に対する決定とその執行に司法府は介入しない。

一方、強制退去対象者は強制退去命令や保護を争う行政訴訟を提起したり、その執行の停止を求める執行停止申立を行うことにより司法部から保護の適法性の判断を受けることができるので、客観的・中立的な機関による統制手続がないと言うこともできない。

(ウ)強制退去対象者は強制退去審査前の調査過程で意見陳述の機会が与えられ(出入国管理法第48条第3項、第4項)、保護に対する異議申立や行政訴訟の過程で意見を陳述したり資料を提出することができる(出入国管理法施行令第69条第1項)。また、出入国管理法は保護命令書執行時の提示義務(出入国管理法第63条第6項、第53条、出入国管理法施行令第78条第1項)、3日以内の書面通知義務(出入国管理法第63条第6項、第54条)を設けており、適正手続原則から導かれる手続的要請を遵守している。

(エ)したがって審判対象条項は憲法上の適正手続原則に違反するとはいえない。」

イ. 先例変更の必要性の有無

(1) 憲法憲法裁判所法第 23 条第 2 項第 2 号は裁判官 6 名以上の賛成があれば、以前に憲法裁判所が判示した憲法又は法律の解釈適用に関する意見を変更できるとしている。しかし先例を変更するためには上記のような加重定足数という形式的要件のほか、先例の判断に法理上の誤りがあるとか事情変更があるなど、先例の立場を変更しなければならない必要性が認められなければならない。また、予測可能性、法的安定性及び信頼保護の理念から見た場合、先例の立場を変更するしかない必要性、すなわち社会制度や文化の変化、国民の法感情又は意識の変化、他の法律の内容やそれに関する法理の変更等のような規範状態又は事実状態の変化があり、これにより先例の立場が変更されなければならないという点が論証されなければならない(憲法裁判所 2018 年 12 月 27 日 2015 年

헌마 77 等中、裁判官^{イウネ}李垠厓、裁判官^{イジョンソク}李惊錫の反対意見参照)。

(2) 審判対象条項に対する裁判官^{ユナムソク}劉南碩、裁判官^{イソクテ}李錫兌、裁判官^{キムキヨン}金基潁、

裁判官^{ムンヒョンベ}文炯培、裁判官^{イミソン}李美善の憲法不合致意見及び裁判官^{イソネ}李宣厓の憲法不合致意見(以下「憲法不合致意見」という)は期間の上限のない保護は一時的・暫定的強制措置である保護の限界を超えるものであるという点、拘禁期間の上限を定めている外国の相当数の事例に照らせば保護期間に上限を設けないことが不可避だとは言いがたい点、保護命令に対する異議申立、保護期間延長に対する法務部長官の承認制度及び保護一時解除制度だけでは保護期間を適切に統制して身体に対する過度な制限を緩和させるには不十分である点、住居地制限や報告、身元保証人の指定、保証金制度、監督官を通じた観察や監督など様々な代替手段などを通じて強制退去命令の執行確保が可能である点などを根拠に、審判対象条項が過剰禁止原則に違反し、保護の開始または延長段階で第三の独立した中立的機関や司法機関が全く関与していない点、保護命令を発令する前から異議申立の段階に至るまで被保護者が意見を陳述して資料を提出することができる手続的機会が保障されていない点、通常の行政訴訟手続だけでは裁判所による迅速かつ効率的な救済手続が保障されるとは言いがたい点を理由に、審判対象条項が適正手続原則に違反して身体の

自由を侵害するとした。しかし、憲法不合致意見が挙げているこのような事由が先例を変更する必要性が認められる規範又は事実状態の変化に該当するのか疑問である。

- (3) まず、審判対象条項による保護は強制退去命令の執行確保の目的でのみ発せられなければならない、適法に保護が行われた場合でもその保護は送還が可能になる時まで目的達成のために必要最小限の期間のみ可能であることはすでに先例で明らかにされたところである。実際に本件の記録によると強制退去命令を受けた者が送還準備を終えて送還されるまでの平均保護期間は2018年10.1日、2019年9.6日、2020年16.9日程度である。2020年の場合新型コロナウイルス感染症の拡散により出国航空便が中断、減少し、期間が延びた事情を勘案すれば、保護期間は先例決定当時に比べ減少する傾向にあると言えるが、このような点に照らせば審判対象条項による保護は実務においても大部分が目的上の限界及び時間的限界の範囲内で執行されていると思われる。

確かに出入国管理法は保護期間に上限を設けていないが、強制退去対象者は保護命令に異議がある場合法務部長官に異議申立をすることができるようになっており(出入国管理法第63条第6項、第55条)、保護の期間が3ヶ月を超える場合には地方出入国・外国人官署の長に3ヶ月ごとに法務部長官の承認を受けさせるようにしており(第63条第2項)、地方出入国・外国人官署の長が職権又は被保護者等の請求により保護を一時的に解除することができるようにするなど(第65条)、保護が必要最小限の期間のみ行われるように制度を補完している。また、地方出入国・外国人官署の長は強制退去対象者が他の国から入国が拒否される等の事由で送還できないことが明らかになった場合にはその保護を解除することができる(第63条第4項)、「保護一時解除業務処理規定」第6条第2項は保護一時解除を請求された者が強制退去命令又は難民不認定処分に対する取消訴訟の1審又は2審で勝訴した場合には原則的に当該手続を経て一般解除又は特別解除を許可するように定めており、憲法不合致意見が指摘するように他の国から入国が拒否されて送還が不可能な場合であるとか、難民不認定決定や強制退去命令を争っているなどの事情だけで保護期間が無限定に長期化する可能性は大きくない。

(4)その上、先例はすでに憲法不合致意見が指摘しているほとんどの事実を前提に規範的判断をした後、審判対象条項を合憲と決定し、制度を整備する必要があることを指摘し、これに従って制度と実務が継続的に改善されてきた。

(ア)出国命令率の拡大

地方出入国・外国人官署の長は前科のない外国人と未成年者に対して最初から保護命令を伴う退去命令ではなく、「非保護を原則とする出国命令」を行う方式を通じて出国措置対象者の保護所入所率を縮小している。2017年には出国措置のうち出国命令の割合が57.5%に過ぎなかったが、2020年には78.3%、2021年には73.2%に達するなど、強制退去命令の割合が減り出国命令の割合が増加している事実が認められることから、地方出入国・外国人官署の長は保護の必要性が大きくない場合、可及的に非保護を原則とする出国命令方式で実務を運営していることが確認できる。

(イ)異議申立制度の実質化

保護命令は強制退去命令を前提とするもので、法務部長官が強制退去命令に対する異議申立に理由があると決定すると容疑者の保護は直ちに解除され（出入国管理法第60条第4項）、元の在留資格が回復し、在留資格の種類に応じて就労なども可能となる一方、保護命令に対する異議申立が認容されたとしてもそれ自体が強制退去命令に影響を与えることはない。したがって、当事者の立場からは保護命令を争うよりも強制退去命令に対する異議申立をすることがより根本的な救済手段となり得る。実際に保護命令に対する異議申立件数は2018年9件、2019年5件、2020年7件で、強制退去命令異議申立件数(2018年72件、2019年54件、2020年67件)に比べて著しく少ない。

現在までに保護命令に対する異議申立が認容された事実がなく、保護命令自体に対する異議申立が活性化されたとは言い難い点がある。しかし、強制退去命令の場合には2016年と2017年に0%であった異議申立認容率が2018年12.5%、2019年2%、2020年6%に増加した事実が認められ、このように保護の原因となる強制退去命令に対する異議申立が実質化されている趨勢にあることを考慮すると、保護命令に対す

る異議申立が認容された事例がないという事実だけで異議申立が実質的な統制手続としての意味を持たないとは断言できない。

(ウ) 保護の延長承認及び保護一時解除制度の実効性の拡大

地方出入国・外国人官署の長は保護の期間が3ヶ月を超える場合、3ヶ月ごとに保護期間延長の必要性を疎明して事前に法務部長官の承認を受けなければならない(出入国管理法第63条第2項、出入国管理法施行令第78条第2項)。ところで、このような保護期間延長のための承認制度も徐々に実質化され、制度施行から2015年8月まで合計12件に過ぎなかった不承認事例が2015年9月1日から2021年5月11日まで合計181件と顕著に増加している。

また、2020年8月14日法務部訓令第1303号で改正された「保護一時解除業務処理規定」第4条第2項は保護一時解除審査を行うにあたり、①出入国管理法第56条の3第3項各号による患者、妊婦、老弱者、未成年者等に該当するか、②被保護者の健康状態等を考慮すると被保護者を保護することが適切か、③被保護者が18歳未満の児童を扶養している場合、被保護者以外にその児童を扶養する者がいるか、④直ちに送還できない事由の有無など、大韓民国外への送還可能性などを優先的に考慮するように規定した。そして2013年から2017年までの5年間に合計601件(年平均120件)行われていた保護一時解除が2021年一年間だけで主に前科のない外国人を対象に461件が行われ、申請件数に対する認容率は2019年44%、2020年54%、2021年56%に達し、特に2018年と2019年に未成年者が行った保護一時解除申請は全て認容された事実が認められる。このように関連規定が改正され、実務では地方出入国・外国人官署の長が前科のない外国人や未成年者の保護一時解除申請を積極的に認容するなど、保護一時解除制度の実効性も拡大している。

(エ) 以上に見たように、先例の決定がなされた後、保護期間の上限を設けていない点を補完していく肯定的な制度と実務の改善が行われていることを考慮すれば、先例を変更するだけの規範や事実状態の変更があったと言うことはできない。

(5) 憲法不合致意見は拘禁期間の上限を定めている外国の相当数の事例に

照らして合理的な保護期間の上限を設定することは可能であると言う。しかし米国の場合、外国人が90日の退去期間内に退去しない場合には退去期間以降も外国人の拘禁を継続することができる」と規定しているだけで、法律でその上限を明示しておらず、連邦最高裁判所がジェドゥバイダス対デイビス(Zadvydas v. Davis)事件において90日の退去期間経過後の拘禁可能な合理的な期間は6ヶ月と推定されると判断した後に制定された退去期間後の拘禁条項に関する連邦規則も安保やテロに関する理由で拘禁された場合など一定の場合には強制退去執行が不可能であっても継続的に拘禁することができる」と規定しているだけで、他に拘禁期間に特別な制限を設けていないことは先例で既に説明したとおりである。韓国の周辺国である日本や中国なども依然として強制退去対象者に対する収容期間の上限を規定していないため、韓国が保護期間に上限を設定れば韓国に不法在留する外国人が急増する可能性を排除できないという点も、先例決定当時と事情は同じである。

(6)強制退去対象者の保護期間に上限を設定することは、強制退去の執行を確保する方法があるか、保護解除された強制退去対象者を管理できる体制や彼らの生計、就労、住居、医療に対する支援策が用意されているかという問題と連動しているため、これについて検討する。

(ア) 出国拒否者に対する強制退去執行の困難

審判対象条項による保護は強制退去の執行を確保するためのものであるから、保護期間の上限を定めるためにはまず定められた期間内に強制退去対象者の本国送還や退去が可能でなければならない。しかし強制退去命令及び保護命令取消訴訟、難民不認定処分取消訴訟等が全て棄却され、その判決が確定し、もはや国内での在留資格を争ったり主張する方法がなくなった後も特に理由なく出国を拒否している強制退去対象者の場合、面談による出国誘導、家族・知人等を通じた説得、強制退去対象者の自国領事に対する退去支援・協力要請、国費による退去執行の努力以外に強制的に退去させることができる方法が確保されておらず、出入国管理職員が保護外国人と共に出国する国外護送方法によっても保安上の理由から航空会社が搭乗を拒否することもあるなど、その執行に困難があるため、強制退去対象者が出国を拒否

する場合には一定の期間内に強制退去を執行することは現実的に不可能である。実際に本件の記録によれば1年以上長期保護中の強制退去対象者の相当数は故意に旅券を毀損したり、国費で退去を執行しようという提案さえ拒否するなど、出国を拒否している人たちであることが認められるが、このような状況で保護期間の上限を設定して一定の期間が経過すると保護を解除するようにする場合、強制退去対象者の自発的な出国の意志を阻害する可能性が大きくなる恐れがある。

(イ) 保護解除された強制退去対象者に対する在留管理の困難

保護期間の上限を定めるためには保護解除された強制退去対象者を体系的に管理できる制度の確立が前提となるべきである。保護期間徒過により保護を解除して、住居を制限したり、報告させたり、身元保証人を指定したり、保証金を納付させる方策が実効性を持つためにはこれを管理するために必要な費用と物的・人的資源がすべて確保されなければならない。ところが2018年から2020年まで合計394件の保護一時解除が行われ、このうち60件で所在不明や逃走により一時解除が取り消されたことが確認できることから、現在も保護一時解除された外国人に対する管理が徹底されているとは言いがたい。このような点を考慮すると、保護期間の上限を設定し、保護が解除された強制退去対象者の数が今より増加する場合、彼らの国内在留を効率的に管理できるのか疑問である。

さらに、保護期間の上限を徒過した強制退去対象者の保護解除と国内在留の許容の可否は雇用・賃金などの労働問題、住居・医療・生計支援などの国家政策と密接な関係がある。例えば保護期間に上限を設けているドイツの場合、出国の義務はあるが事実上または法的理由により強制退去が困難な外国人に強制退去執行に対する一時的な中断である容認(Duldung)を付与するが、容認が付与された外国人は該当不可事由について本人の帰責事由があるなどの例外的な場合を除き3ヶ月の待機期間後に就労許可を受けることができるようにするなど、保護解除された外国人の国内在留条件を緩和できる制度を設けている。一方韓国の場合、国内在留資格を得られなかったり、国内在留資格が取消された人々に対する住居・医療・生計支援策が具体的に用意されて

おらず、むしろ保護一時解除の場合解除期間中に就労などの営利活動を禁止する条件が付加されることもあるなど（保護一時解除業務処理規定第13条第3項第4号）、保護解除された強制退去対象者の国内在留条件を緩和できる制度が用意されていない。このような状況で保護期間に上限を設けて保護期間を徒過した強制退去対象者の国内在留を許容することになれば、強制退去対象者の生計、健康などが脅かされたり、犯罪にさらされる可能性が高まるだけでなく、治安や秩序維持にも支障が生じる可能性がある。

(ウ) このように強制退去対象者の保護期間に上限を設ける問題は保護解除された強制退去対象者の管理によって増加する行政費用をどの程度負担するのか、強制退去対象者である外国人にどのような就労機会を与えどの程度の人道的支援を行うのかという社会的合意に基づいた政策的土台の上で議論されるべきである。先例で韓国の実情に合った合理的な保護期間の上限を設定できるか否かを慎重に検討する必要があると指摘しつつ保護期間の上限を設けないことはやむを得ない側面があるとしたのは、保護期間の上限を設けることが単に出入国管理行政だけの問題ではなく国家の全般的な政策と密接に関係していることを考慮したものであり、このような判断を変更するような政策的な変化などの事情変更があるとも言いがたい。

(7) 保護の開始又は延長の段階で第三の独立した中立的な機関や司法機関が介入するようにするか否かは各国の立法政策の問題である。立法者が行政の専門性拡大、迅速な対処、外交関係及び国際情勢等を考慮した適切かつ効率的な出入国管理を図るために強制退去対象者の保護の開始又は延長段階に裁判所の関与を排除したという理由だけで審判対象条項が適正手続主義に違反したと判断することはできない。強制退去命令の執行は遅滞なく行われることが原則であり（出入国管理法第62条第3項）、審判対象条項による保護は強制退去命令を受けた者を直ちに大韓民国国外に送還することができない場合に彼を保護することにより強制退去命令の迅速な執行という目的を達成するために行われる一時的・暫定的な措置であるところ、保護の開始段階で独立かつ中立的な第三の機関が保護の妥当性を審査して統制することが「強制退去命令の迅速かつ効率的な

執行」という審判対象条項による保護の目的・趣旨に照らして現実的な方策となり得るか疑問である。また、法務部長官は法務部内に弁護士、教授、宗教人、国際機関関連団体や市民団体の構成員などの民間委員が含まれる「外国人長期保護審議委員会」を設置し、1年以上保護された外国人の保護解除又は保護一時解除に関する事項を審議することとしているが[外国人長期保護審議委員会運営指針(2020年4月14日法務省例規第1250号で改正されたもの)第2条第1項及び第4項、第3条第1項]、長期保護の解除などにおいて中立的な第三者の意見を反映するための手続も設けられつつある。

さらに、強制退去命令は保護命令の前提となり、保護は強制退去命令の執行のために行われるから、強制退去対象者が意見及び資料を提出することができる手続的機会を与えられたか否かを判断するにあたっては強制退去命令から保護に至るまでの一連の手続を有機的・総合的に検討する必要がある。米国も法務部所属の移民裁判官によって行われる強制退去命令裁判で聴聞と証拠調査、証人尋問の機会などを保障しているが、[移民及び国籍法(Immigration and Nationality Act)第239条及び第240条]、保護の開始、保護解除の検討要請や人身保護令状(Habeas Corpus)を根拠とした保護解除申請段階では必須的な意見陳述の機会を与えていないなど、強制退去命令から保護の開始、延長、解除に至るまでのどの段階でどのような手続的権利を保障するかは各国が立法政策の範囲内で定めることができるものである。したがって審判対象条項が適正手続原則を遵守したか否かは、保護の開始、延長、解除の各段階ごとに別個の意見陳述や資料提出の機会を与えているかではなく、全体的な手続の中で強制退去命令や保護命令、保護解除に対する意見及び資料提出の機会が保障されているかを基準に判断すべきである。

まず、保護命令の前提となる強制退去命令が行われる段階で強制退去対象に該当すると疑われる外国人、すなわち容疑者に対する調査(出入国管理法第47条)、出席要求及び審問(第48条)などにおいて意見陳述及び資料提出の手続的機会が保障されている以上、保護命令がなされる前に別途に意見及び資料提出の機会を与えなかったという理由だけで適正手続的原則に反するとはいえない。また、保護命令書により保護された者

は直ちに保護に対する異議申立を通じて保護命令について争う機会を保障されている。特に異議申立書に異議の事由を疎明する資料を添付して提出しなければならず(出入国管理法施行令第 69 条)、法務部長官は異議申立に対する決定に先立ち必要に応じて当事者の陳述を聞くことができる点(出入国管理法第 55 条第 3 項)などに照らせば、異議申立段階で当事者に意見及び資料提出の機会が完全に排除されたと断定することもできない。そして被保護者は保護中にいつでも請求の事由及び保証金納付能力を疎明する資料を添付した保護一時解除請求書を提出することにより保護の一時解除を申請することもでき(出入国管理法第 65 条第 1 項、出入国管理法施行令第 79 条第 2 項)、書面を通じて保護一時解除に関する意見及び疎明資料を提出することができる。

その他にも出入国管理法及びその施行令は保護命令書の執行の際にこれを提示するようにし(出入国管理法第 53 条)、保護した日から 3 日以内に保護の事由・日時及び場所と異議申立をすることができる旨を記載した保護通知書を法定代理人に通知するようにし(第 54 条第 1 項)、保護された者が希望する場合には、緊急の事情やその他のやむを得ない事由がなければ国内に在留する彼の国籍や市民権が属する領事に保護の日時・場所及び理由を通知するようにし(第 54 条第 2 項)、異議申立に対する決定は必ず主文、理由、適用法条文などを記載した異議申立に対する決定書を作成して申請人に送付しなければならず(出入国管理法施行令第 70 条第 1 項)、出入国管理法第 63 条第 2 項により保護期間延長の承認を受けようとする場合には、保護期間延長の必要性を地方出入国・外国人官署の長が直接疎明するようにするなど(出入国管理法施行令第 78 条第 2 項)、出入国管理行政の効率性を損なわない範囲内で当事者の手続上の権利を保障するための手続を十分に設けている。したがって保護の開始や延長の段階で被保護者に意見及び資料を提出することができる明示的な手続的機会を与えていないという理由だけで審判対象条項が適法手続に違反していると言うことはできない。

- (8) 一方、審判対象条項による保護は強制退去命令の執行を確保するために行われる出入国管理行政の一環として強制退去命令を受けた者を一時的に引致して収容する行政処分であり、憲法第 12 条第 3 項による厳格な

令状主義が適用されない。また憲法第 12 条第 6 項が刑事手続による逮捕・拘束だけでなく、行政上の逮捕・拘束についても逮捕・拘束自体に対する適法性を裁判所に審査請求することができる手続を設けることを要求しているが、その手続の具体的な内容を形成するに当たっては立法者の立法形成裁量が認められる(憲法裁判所 2004 年 3 月 25 日 2002 年헌마 104 参照)。特に審判対象条項による保護は強制退去命令の執行確保という行政目的を担保しこれを効率的に執行するために行われるものであり、身体の自由に対する制限自体を目的とする刑事手続上の人身拘束又はその他の行政上の人身拘束とはその目的や性質が異なるというべきであり、その具体的な手続に関する事項は政策裁量の領域にある(憲法裁判所 2005 年 3 月 31 日 2003 年헌마 87; 憲法裁判所 2014 年 4 月 24 日 2011 年헌마 474 等参照)。したがって憲法裁判所が 2014 年 8 月 28 日 2012 年헌마 686 決定で既に明らかにしたように、強制退去対象者が保護の原因となる強制退去命令に対して取消訴訟を提起することによってその原因関係を争うことができるだけでなく、保護命令自体の取消しを求める行政訴訟やその執行の停止を求める執行停止申請をすることができ、先に見たように保護命令の執行の際、保護命令書の提示、保護の日時・場所及び理由の書面通知などの厳格な事前的手続と強制退去命令に対する異議申立だけでなく保護命令に対する異議申立などの事後的な保護手段が設けられて行政訴訟手続を通じた救済手段の限界を実質的に補完しており、このような立法者の判断が立法形成の裁量の範囲を逸脱したものと言えない以上、審判対象条項は憲法第 12 条第 6 項に違反しない。また裁判官 5 人の憲法不合致意見に加え、審判対象条項が憲法第 12 条第 6 項に違反するという補足意見形式の裁判官李美善^{イミソン}の憲法不合致意見に対して、このような理由で反対意見を述べる。

(9) 以上のような点を総合すると、憲法不合致意見が提示している点は先例決定を変更するほどの事情変更^{イミソン}に該当するとは言えず、他に憲法裁判所の先例を変更するだけの必要性は認められない。

ウ. 小結

憲法裁判所が 2018 年 2 月 22 日 2017 年헌가 29 決定で審判対象条項は憲法に違反しないと明らかにした後、審判対象条項の違憲の有無を以前より

厳格に判断しなければならないほど審判対象条項をめぐる規範状態又は事実状態が急変したとは言えず、他に新たに解釈する必要性も見出せない。むしろ管轄主務部署である法務部は前記の2017年憲法第29号決定が宣告された後、関連制度及び実務を継続的に改善してきた。出入国管理行政が一定部分立法政策的に決定される領域であることを考慮すると、わずか5年余りの間に先例を変更し、憲法裁判所の決定を通じて立法部及び行政部の自発的かつ段階的な制度改善の余地を排除することが望ましいのかという疑問が残る。

主権国家として出入国管理行政を遂行するために設けられた審判対象条項が過剰禁止原則、適正手続原則に違反するものではないという先例の立場は今の時点でもそのまま妥当であり、その判断に誤りはなく、他に先例を変更するだけの必要かつ十分な事情変更があるとは認められない。

そうであれば、審判対象条項は憲法に違反しない。

7. 裁判官^{イミソン}李美善の、裁判官^{ユナムソク}劉南碩、裁判官^{イソクテ}李錫兌、裁判官^{キムキョン}金基穎、裁判官

裁判官^{マンヒョンベ}文炯培、裁判官^{イミソン}李美善の憲法不合致意見に対する補足意見

私は審判対象条項が過剰禁止原則及び適正手続原則に違反するという裁判官5人の憲法不合致意見に加え、逮捕・拘束適否審査請求権を規定している憲法第12条第6項にも違反していることを次の通り明らかにしたい。

憲法第12条第6項は「何人も逮捕又は拘束されたときは適否の審査を裁判所に請求する権利を有する」と定め、逮捕・拘束適否審査制度を規定している。これは権力による逮捕・拘束で身体の自由を制限される場合、裁判所に逮捕・拘束の適法性に対する審査を請求できるようにして、人身拘束が違法に開始された場合だけでなく人身拘束を継続することが違法な場合に直ちに釈放することにより迅速かつ効果的な救済を図る事後救済手続である。

憲法第12条が保障する身体の自由は捜査機関だけでなく一般行政機関をはじめとする他の国家機関等によっても直接制限される可能性があるから、憲法第12条第6項の「逮捕又は拘束」も包括的な概念として解釈しなければならない。したがって、憲法第12条第6項はあらゆる形態の公権力行使機関が逮捕又は拘束の方法で身体の自由を制限する事案に対して適用され

る。また、憲法第 12 条第 6 項は当事者が逮捕・拘束された原因関係などに対する最終的な司法的判断手続とは別途に逮捕・拘束自体について適法性の有無を裁判所に審査請求することができる手続を憲法的レベルで保障する規定であり、このような逮捕・拘束適否審査請求権は憲法的レベルで独自の地位を有しているから、立法者は全体的な法体系を通じて関連者にその具体的な手続的権利を適切に行使できる機会を少なくとも 1 回以上提供しなければならない義務を負う(憲法裁判所 2004 年 3 月 25 日 2002 年헌마 104; 憲法裁判所 2014 年 8 月 28 日 2012 年헌마 686 参照)。さらに憲法第 12 条第 6 項は「何人も」裁判所に逮捕・拘束の適否審査を請求する権利を有するとして、外国人に対しても逮捕・拘束適否審査請求権を認めている。

したがって、審判対象条項に基づいて保護された外国人に対しては保護自体の適法性を裁判所に審査請求することができる機会が少なくとも 1 回以上提供されなければならない(憲法裁判所 2014 年 8 月 28 日 2012 年헌마 686 参照)。

ところが審判対象条項をはじめとする出入国管理法は審判対象条項によって保護された場合に保護開始又は継続の適法性審査を裁判所に請求できる手続を設けていない。また人身保護に関する裁判所の救済手続を定めている人身保護法は、「出入国管理法に基づいて保護された者」を人身保護法の適用対象から除外しており(人身保護法第 2 条、第 3 条参照)、審判対象条項によって保護された外国人は他の行政上の人身拘束の場合と異なり人身保護法上の救済請求もできない。

立法者は逮捕・拘束適否審査請求権を実現するための手続を具体化する上で比較的広範な立法形成権を持ち、その立法過程で法律の具体的内容、名称等に関して様々な選択をすることができ、(憲法裁判所 2004 年 3 月 25 日 2002 年헌마 104 参照)、被保護者も保護命令の取消を求める行政訴訟やその執行の停止を求める執行停止申立をすることはできる。しかし憲法が第 27 条第 1 項で裁判請求権を保障することとは別に第 12 条第 6 項で逮捕・拘束適否審査請求権を保障する趣旨は、公権力によって人身拘束された場合、裁判所に人身拘束の開始または継続の適法性審査を請求できるようにして迅速かつ効率的な救済手続を設けようとするところにある。しかし現行の出入国管理法上、保護の開始や延長段階で裁判所の関与が全く行われていない状況

で、このような通常の行政訴訟手続だけでは裁判所による迅速かつ効率的な救済手続が保障されるとは言いがたい。また、保護の開始は適法に行われたが保護必要性の消滅等により保護の継続が違法となった場合、保護命令に対する取消訴訟や執行停止申請事件において適切かつ効率的な救済が行われ得るかも断定できない。出入国管理法は法務部長官に保護に対する異議申立をすることができるようにして事後救済手続を設けているが、このような異議申立制度が裁判所の審査を核心要素とする憲法第 12 条第 6 項の逮捕・拘束適否審査制度の内容になり得ないことは明らかである。さら、中立的・客観的機関ではなく、管理監督庁に過ぎない法務部長官による事後統制やその他の出入国管理法が定める手続、例えば保護延長に対する法務部長官の承認、保護命令書の当事者提示、保護通知などの手続が逮捕・拘束適否審査制度を補充する機能を果たすことができるとも言いがたい。

前述の通り立法者は逮捕・拘束適否審査請求権を実現するための手続を具体化する上で比較的広範な立法形成権を有するが、憲法第 12 条第 6 項が逮捕・拘束適否審査請求権を保障している趣旨を考慮すると、審判対象条項により保護されている状態そのものに対する適法性審査を裁判所に請求することができる手続は保障されるべきであり、これは審判対象条項による保護が出入国管理行政の一環として行われるものであっても、保護により身体の内自由に対する重大な制限が生じる以上同様である。

以上を総合すると、審判対象条項によって保護された場合に裁判所に保護の開始又は保護の継続の適法性審査を請求することができる手続を設けていない審判対象条項は憲法第 12 条第 6 項に違反する。

裁判官 ユナムソク 劉南碩 イソネ 李宣厓 イソクテ 李錫兌 イジョンソク 李悰錫 イヨンジン 李榮眞 キムキヨン 金基潁 ムンヒョンベ 文炯培 イミソン 李美善