

主

文

- 1 原判決中、控訴人敗訴の部分を取り消す。
- 2 被控訴人の請求は、いずれも棄却する。
- 3 訴訟費用は、第1、2審とも被控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 控訴の趣旨 主文と同旨

第2 事案の概要

1 ミャンマー国籍を有し、平成10年4月2日に難民認定申請をした被控訴人は、法務大臣による難民不認定処分及び退去強制手続における異議申出棄却裁決、並びに東京入国管理局成田空港支局主任審査官による退去強制令書発付処分を受けたため、平成10年7月27日に上記退去強制令書発付処分等取消訴訟を、次いで、平成11年1月8日に難民不認定処分の取消訴訟をそれぞれ提起し、それらの効力を争っていたところ、法務大臣は、平成14年2月20日、上記難民不認定処分を取り消し、同年3月14日、被控訴人を難民と認定した上、在留特別許可をした。

本件は、被控訴人が、「法務大臣による上記難民不認定処分等は、事実誤認に基づく違法な処分であり、これによって精神的損害を被った。仮に上記処分等が適法であるとしても、これによって身柄の拘束を受け損害を被ったものであるから、その損失を補償すべきである。」などとして、控訴人に対し、国家賠償法に基づく損害賠償（主位的請求）1177万円（慰謝料1000万円及び弁護士費用177万円）、憲法29条3項の類推適用に基づく損失補償（予備的請求1）1000万円、憲法40条の類推適用に基づく損失補償（予備的請求2）420万円、及び上記各金員に対する平成14年3月29日（訴状送達の日の日翌日）から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めている事案である。

原審は、難民不認定処分は違法であり、法務大臣には過失があったと判断して、被控訴人の主位的請求のうち、慰謝料800万円及び弁護士費用150万円の合計950万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余の主位的請求及び予備的請求1、2をいずれも棄却した。

これに対し、控訴人だけが控訴を申し立てた。

2 前提となる事実

原判決の「事実及び理由」欄の「第2 事案の概要」の「2 前提事実」（原判決3頁22行目から7頁18行目まで）のとおりであるから、これを引用する（ただし、原判決5頁末行の「法務大臣に対し、」の次に「上記判定に対する」を加える。）。

3 争点とこれに関する当事者双方の主張

次のとおり付加、訂正するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第3 争点と争点に関する当事者双方の主張」（原判決7頁19行目から37頁6行目まで）のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決14頁5行目の「身の危険を感じて」の前に「被控訴人は、」を加える。

(2) 同24頁3行目から4行目の「結果的に違法であったから」を「結果的に誤っていたから」に改める。

(3) 同25頁13行目の「行うのに当たり」を「行うに当たり」に、19行目の「結果的に違法と評価される」を「結果的に誤っている」に改める。

(4) 同29頁9行目の「ロヒンギャ族としての」を「ロヒンギャ族であることを理由に」に改める。

第3 当裁判所の判断

当裁判所は、被控訴人の控訴人に対する本件請求はいずれも理由がなく棄却すべきものと判断する。

その理由は、次のとおりである。

1 難民認定と法務大臣の調査義務

法（出入国管理及び難民認定法）61条の2第1項は、「法務大臣は、本邦にある外国人から法務省令で定める手続により申請があったときは、その提出した資料に基づき、その者が難民である旨の認定（難民の認定）を行うことができる。」と定め、同法施行規則55条1項は、申請者に対し申請資料として「難民に

該当することを証する資料」の提出を求めている。したがって、このような条項の文理に従えば、難民であることの資料の提出義務及び立証責任は申請をする者が原則として負担するものと解すべきである。

このことは、国籍国において迫害を受けた事実等については、難民認定の申請者自身が最も良く知る事実である上、多くの場合、申請者その他の限られた者しか知り得ない、他国での出来事であるから、難民に該当することを証する資料については、我が国の法務大臣が積極的にこれを調査し、収集することには自ずから限界があることや、難民であるかどうか真偽不明の場合には、申請者を難民と認定すべきであるとするのは不合理であることなどの実質的観点からも根拠づけられる。

しかし、一方では、法はその61条の2の3第1項で、「法務大臣は、法61条の2第1項の規定により提出された資料のみでは適正な難民の認定ができないおそれがある場合、その他難民の認定又はその取消しに関する処分を行うため必要がある場合には、難民調査官に事実の調査をさせることができる。」とも定めている。

被控訴人は、この規定をもって、難民認定権者である法務大臣の積極的かつ十分な補充調査義務を課した規定であると主張する。

しかしながら、この規定の趣旨は、難民認定を申請する者は、多くの場合、切迫した状況の下で国籍国を追われ、他国に入国を希望する者であるから、事柄の性質上、自身が難民であることを明らかにする客観的資料を持ち合わせていることは少なく、資料の中心をなすのが申請者自身の供述証拠であるため、法務大臣が難民かどうかについての判定を適正に行うためには、これら供述証拠の信ぴょう性を検討、判断することが不可欠となる。一般にはそのための資料が不足しているため、難民問題の専門家である難民調査官に、必要な資料の収集をさせることによつて、難民認定の判断がより適正に行われることを期するための規定と理解すべきである。したがって、これをもって、法務大臣に一般的に調査義務があることを定めた規定と解することはできない。また、規定の文言上も、「調査させることができる。」とし、「調査しなければならない。」と定めていないことからみても、被控訴人の主張するように解すべき理由はない。

もっとも、真実は難民ではないのに難民を装って不法な目的で入国を試みる者が安易に難民と認定されて国内に流入するということがあつてはならないのはもとよりであるが、他方において、真実、国籍国において迫害を受けている者が、難民認定処分を受けられずに国籍国に送還され、処刑されるなど過酷な状況に追い込まれるという事態が生じたのでは、我が国が批准している難民条約及び難民議定書に基づく難民を庇護すべき義務にもとる結果となるから、そのような事態が生じることのないように申請者に十分な主張、立証の機会を与えるなど、難民認定の手續が適正になされることが求められていることはいうまでもない。特に、申請者の供述内容の信ぴょう性についての判断は、その性質上、微妙かつ困難な事柄であるから、判定権者である法務大臣は、難民調査官に必要な資料の収集を適切に行わせた上で、これらの資料をもとに公正かつ慎重に吟味、評価し、その真偽を判断すべきものであつて、立証責任に従つて安易に難民不認定の処分をするようなことがあつてはならないことも当然のことである。

2 本件不認定処分の違法性及び法務大臣の過失

(1) 被控訴人は、ミャンマー国内においてイスラム教を信奉する少数民族であるロヒンギャ族の一員として、現軍事政権から迫害を受けてきたものであつて、かつ、平成元年ころからは軍事政権に反対する民主化運動に参加し、平成8年12月9日及び10日の両日、A大学付近で発生した学生デモにも指導的立場で参加し、そのため、現政権の治安当局から追及を受けており、民族及び政治的意見等を理由に迫害を受けていた難民であり、平成10年6月9日の本件不認定処分当時も難民該当性が明らかであつたのに、法務大臣をはじめとする難民認定担当者は当初から、被控訴人を不法入国者と決めつけて、被控訴人の供述内容の些細な矛盾や変遷をあげつらい、必要な補充調査もせず本件不認定処分を行ったものであつて、法務大臣の本件不認定処分には法の解釈適用を誤った違法があると主張する。

ところで、本件訴訟の審理において、控訴人は、被控訴人が、平成8年12月9日及び10日の両日、A大学付近で発生した学生デモの指導的立場にあり、そのため、ミャンマーの治安当局の追及を受けている可能性が多分にあり、本件不認定処分時において、政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあつたことを自認しているから、本件不認定処分当時、被控訴人に上記のような難民該当性のあつたことは、現時点では当事者間に争いのない事実というべきである。したがって、本件不認定処分は、結果的には事実の評価を誤った処分といわざるを得ない（なお、被控

訴人は、ロヒンギャ族の一員として現軍事政権から迫害を受けているとも主張するが、被控訴人の供述するところによっても、被控訴人自身は、高等教育進学率が5パーセント程度にすぎないミャンマーにおいて（乙35）、大学に進学するなどむしろ恵まれた境遇にいたことを窺わせる供述をする一方、被控訴人自身やその家族がロヒンギャ族であるという民族差別を理由に生命、身体、財産等に対する現実の迫害を受けたという具体的事実については供述しておらず（乙26の1、乙27、28の1、被控訴人本人）、他に民族的迫害を認めるに足りる的確な証拠はないから、この点に関する被控訴人の主張は採用できない。）。

しかしながら、このように、法務大臣の難民不認定処分が事実の評価を誤ってなされていても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法な行為があったとの評価を受けるものではなく、法務大臣が難民認定を行うに際して、職務上当然に尽くすべき注意義務を尽くさなかったために、誤った難民不認定処分をしたと認められる場合にはじめて、上記評価を受けるものと解するのが相当である（最高裁判所平成元年（オ）第930号、第1093号、同5年3月11日第一小法廷判決・民集47巻4号2863頁参照）。

より具体的にいえば、本件不認定処分をした当時、法務大臣において、収集していた資料に基づいて行った本件不認定処分が、当該資料に基づく判断としては著しく相当性を欠くものであったとか、あるいは、一般的に見れば当該資料だけでは適切な判断が不可能であったのに、さらなる資料は不要であると速断して、調査を尽くさないまま本件不認定処分をしたというように、認定権者として通常尽くすべき注意義務を著しく欠いたために本件不認定処分をしたと評価できる場合であってはじめて、国家賠償法1条1項にいう違法があると解すべきである。

(2) そこで、本件不認定処分当時、以上のような意味において、法務大臣に職務上の注意義務違背があったかどうかについて検討する。

一般に、難民認定申請がなされた場合に、難民であるかどうかの決め手となるような客観的資料は乏しく、多くの場合、難民であることを主張する申請人の供述の信ぴょう性を検討して、その当否を決定することにならざるを得ない。したがって、法務大臣に職務上の注意義務違背があったかどうかを判断するためには、当該処分時まで収集した資料に基づき、被控訴人が難民申請をするに至った経緯、被控訴人のこれまでの言動、その供述する内容の信ぴょう性等について検討することが必要である。

ア 被控訴人が本件不認定処分を受けるまでの経緯

前提となる事実（上記第2、2）及び証拠（甲1、2、乙1、5ないし19、20の1、2、乙23の1ないし8、乙24、25、26の1、2、乙27、28の1、乙28の2の1ないし8、乙28の3ないし5、乙29、90、被控訴人本人）によると、被控訴人の第1回上陸申請から本件不認定処分がなされるまでの経緯は、次のとおりであると認められる。

(ア) 第1回上陸申請

被控訴人は、平成8年9月2日、X名義の旅券を所持してタイ国経由で新東京国際空港に到着し、職業を「Merchant」、入国目的を「Visit」、予定滞在期間を2週間とし（乙28の2の2）、有限会社B代表取締役a名義の招聘日程、招聘理由書、身元保証書、及び株式会社Cのb名義の身元保証書（乙28の2の5ないし8）を提出して、第1回上陸申請をした。しかし、入国審査官による入国審査の際、被控訴人が供述する入国目的（観光）と、招聘理由書にある招聘目的（ミャンマーにおいて節約型の風呂を商品化、販売するための研修）とが食い違うなど、被控訴人の供述に不自然な点が少なくなかったことから、虚偽申請の疑いを持たれて特別審理官に引き渡された（乙28の2の1、2）。また、被控訴人は、その際、難民ではない旨を述べていた（乙28の2の1）。そして、特別審理官による口頭審理の結果、法7条1項各号所定の条件に適合しないと認定され、異議申出放棄書に署名した上で退去命令を受け、我が国を出国して（乙3、4）、タイのバンコク経由でミャンマーに帰国した。

(イ) 第2回上陸申請

被控訴人は、平成9年12月26日、ミャンマーにおいて新たに発給されたX名義の旅券に、平成10年2月23日付けで在ミャンマーの日本大使館の査証を受けた上、同年3月29日、バンコク経由で新東京国際空港に到着し、職業を「Company Director」、渡航目的を「Business」、滞在予定期間を10日とし（乙22）、平成9年12月1日付けのD株式会社役員c名義の招聘状（乙23の1）、同月8日付けの招聘理由書及び身元保証書（乙23の2、3）を提出して、

第2回上陸申請を行った。しかし、今回も、虚偽申請の疑いを持たれて特別審理官に引き渡された。そして、特別審理官において調査をした結果、① 商用目的での入国であると供述しているのに、取引の具体的内容についての説明ができなかったこと（乙5）、② 招聘状や身元保証書に署名をしていたcに連絡をしたところ、同人は、招聘状等の作成日付である平成9年12月当時は既にD株式会社を退職しており、被控訴人を招聘したことはないという趣旨の回答をしたこと（乙24）、③ 空港には、bという人物（同人は、第1回上陸申請の際の身元保証人の一人であった。）が、被控訴人を迎えに来ていたものの、同人の説明内容にも不審な点が見られたこと（乙25）などから、入国審査官から法7条1項各号所定の条件に適合しないと認定され、その旨の認定通知書（乙6）の交付を受けた。

被控訴人は、上記認定に対して異議申出をする旨の明確な意思表示はしなかったが、異議申出放棄書に署名することを拒否し、出国の意思を示さなかったため、新東京国際空港内の上陸防止施設に留め置かれることとなった。

（ウ）被控訴人による難民認定申請

特別審理官による上記認定がされた後3日間（異議申出期間）が経過した4月2日、被控訴人は、特別審理官から退去命令書（乙7）の交付を受けた。これに対し、被控訴人が、難民認定申請をする旨の意思を表明したので、入国審査官は弁護士に電話で連絡した。被控訴人は、連絡に応じてやって来たd弁護士と面談した結果、自分は、ロヒンギャ民族であり、かつ学生の地下組織の一員であって、これまでも逮捕されたことがあり、帰国した場合には、逮捕され、殺されるおそれがあるという趣旨を記載した難民認定申請書（乙8）を作成し、提出した（乙12）。

（エ）難民認定申請後、本件不認定処分までの経緯

被控訴人が難民認定申請をした後、本件不認定処分が行われるまでに控訴人側が収集した資料は、入管手続に際し作成、収集された各種の文書、被控訴人による難民認定申請書（乙8）及び併せて提出された写真2葉（乙76）、被控訴人の難民調査官に対する4月6日及び7日付け各供述調書（乙27、28の1）、被控訴人のd弁護士に対する同月3日及び17日付けの第1回供述録取書（乙26の1）、退去強制手続における口頭審理（5月12日実施）の際に提出されたもの）及び同月27日付け第2回供述録取書（乙26の2）、「経済社会理事会人権委員会1998年限定配布81改訂文書1」（乙78）、並びに「週刊Burma Today」（乙79）である。上記のうち、被控訴人の事情聴取をもとに作成された供述資料には、概略「ロヒンギャ民族として迫害を受けたこと、民主化を求める学生運動に参加し、逮捕されるなどしたことがあり、現在でも軍事政権からの追及を受けている身なので、帰国すれば迫害を受けるおそれがある。」との内容が含まれていた。

イ 被控訴人の行動及び供述内容の問題点

以上のような経過の中で収集された各資料には、被控訴人が難民であることを明らかにすることのできる客観的資料は存在せず、その多くは、被控訴人が第1回上陸申請及び第2回上陸申請の際の言動等について記載された各種手続関係の文書と被控訴人から事情聴取した供述調書類である。そこで、これらの資料から知ることのできる被控訴人の行動や被控訴人の供述内容について、難民であるか否かの認定をする上で重要と思われる事項を見てみると、次のような疑問点、矛盾点を指摘することができる。

（ア）第1回上陸時の行動

被控訴人は、第1回上陸申請時、職業を「Merchant」、入国目的を「Visit」等としていたが、その際の陳述内容が曖昧であったことなどから虚偽申請を疑われて、特別審理官に引き渡された上、自らも難民であることを否定したため、法7条1項各号所定の条件に適合しないと認定を受けて、異議申出放棄書に署名した上で退去命令を受けて出国しており、その行動は、身の危険を感じて、難民として来日した者の行動とは乖離しており、いかにも不自然である。

（イ）第1回上陸申請の動機

平成10年4月7日の難民調査官による調査の際に、被控訴人は、「平成7年11月又は12月にNLDが憲法起草グループから脱退した時に、学生グループの一員が逮捕されたため、自分も逮捕されると思い、第1回上陸申請に至った。」旨供述する一方、「平成8年6月にはSDFを結成し、組織を拡大させた。」旨も供述しており（乙28の1）、被控訴人が身の危険を感じたという時期とその後の被控訴人の行動や第1回上陸の時期との間に食い違いがあり、身の危険を感じて来日したという被控訴人の来日動機の信用性には疑念を否定できない。

(ウ) 在日ビルマ・ロヒンギャ協会について

平成10年4月3日及び17日付けd弁護士に対する供述録取書(甲1, 乙26の1)において、被控訴人は、「第1回上陸申請の際、日本にはロヒンギャ族のグループがあると聞いているので、それに参加したいと思っていた。」旨、同グループの存在を知った経緯につき、「叔父のeが日本にいたので、彼を通じてグループの存在を知った。」旨述べる一方、同月7日の難民調査官の調査に際しては、「第1回上陸申請が認められず、バンコクに戻された際、バンコクで知り合ったロヒンギャ族のfに教えられた。叔父とは連絡がつかず、連絡方法もない。」旨供述しており(乙27)、被控訴人が来日する動機として最も重要と思われるロヒンギャ族の組織に関する供述内容に矛盾点が認められる。

(エ) 第2回上陸時の行動

被控訴人は、第2回上陸申請においても、当初は、商用目的での入国を主張した上、入国審査官から入国を拒否された際にも直ちに難民認定申請をせず、かつ、日本に在るとする叔父との連絡も取ろうとしておらず、その行動は、身の危険を感じて、難民として来日した者の行動としては不自然である。

なお、被控訴人は叔父のeとは、上陸申請後6か月も経過した後に初めて話をしていく(被控訴人本人)。

(オ) 第2回上陸申請の動機

被控訴人は、平成10年4月7日の難民調査官による調査において、出国を決めた時期につき、「平成9年(1997年)12月頃、漠然と日本行きを考えていた。そこで、新旅券を取得することに決めた。」旨供述する一方で、「平成10年(1998年)2月初旬に、gが逮捕され、その母親から自分も逮捕者リストに載せられていると聞かされ、出国し、日本での難民認定申請を決意した。」旨述べており(乙28の1)、身の危険を感じている難民にとって極めて重要と思われる出国の動機について矛盾した供述をしている。

また、被控訴人は、平成9年(1997年)12月26日に旅券の発給を受け(乙1)、そのころまでに、我が国に上陸申請をするための書類(被控訴人に対する招聘状等)を入手していた(乙23の1ないし8)ことと、来日の動機について、上記の後者のように、平成10年(1998年)2月初旬に、gが逮捕された際に、自分も逮捕者リストに載せられていると知って、身の危険を感じたことであるとする被控訴人の供述内容は整合していない。

(カ) 本国における政治活動歴

被控訴人は、平成10年4月6日の難民調査官の調査においては、「アウンサンスーチーとは面会できなかった。」旨供述しているのに(乙27)、同月27日付けd弁護士に対する供述録取書においては、自分は、SDFのメンバーとして、NLDのメンバーも同席してアウンサンスーチーに面会したと主張するという矛盾した供述をし、かつ、自分がNLDのメンバーと一緒にアウンサンスーチーと面会した事実を明らかにするとNLDの組織に迷惑がかかると考えたので、そのように答えたという趣旨の必ずしも合理的でない弁解をしている(甲2, 乙26の2)。

また、被控訴人は、同月7日の難民調査官の調査に際しては、「自分は反政府活動家としてリストアップされており、帰国すれば逮捕されたり処罰されたりするおそれがある。」と供述しているが(乙28の1)、この事実からすると、被控訴人がミャンマー当局から、旅券の取得や出入国について制限を受けていると考えるのが自然であるのに、被控訴人は平成9年12月に何ら支障なく旅券の発給を受け、平成10年2月に出国しており、被控訴人の行動とその供述内容とが必ずしも一致していない。

ウ 以上に認定したように、被控訴人は、第1回上陸申請の際に、入国目的を商用と称して上陸を試み、虚偽申請を疑われて国外退去を命ぜられており、その際には難民であることについても否定していたこと、第2回上陸申請の際にも、商用目的での入国を試み、入国審査官から入国を拒否されても直ちに難民認定申請をせず、かつ、日本に在るとする叔父との連絡も直ちには取ろうとしなかったのであって、これらの2回の上陸申請の際の被控訴人の行動は、国籍国において迫害を受け、身の危険を感じている者の行動としては、切迫感のない、不可解、不合理な行動であると評価せざるを得ない。のみならず、上記の点は、不法目的で入国を試みている者であるとの疑いを抱かせるに十分な行動と評価されるべきものである。

この点、被控訴人は、平成10年3月29日の第2回上陸申請の時点で口頭で難民であることを訴えたが聞き入れられなかったと主張し、これに副う被控訴人の陳

述書（甲77）及び被控訴人本人の供述が存在する。しかし、被控訴人が、その時点で難民認定申請をしたのであれば、直ちにその手続がとられるのが通常であるのに、そのようなことをうかがわせる客観的証拠は何ら存在しない上、被控訴人自身「空港で難民認定申請をすると、長期間身柄を拘束されてしまうと聞いていたの」で、難民であるとの主張はせず、商用であると主張して入国を求め続けたのである。」という趣旨の供述をしていること（乙31）に照らすと、被控訴人の同年3月29日に難民申請をしたという上記各供述は信用できず、その主張を採用することはできない。

また、被控訴人が、空港で難民認定申請をすると、長期間身柄を拘束されるの、商用であると主張して入国を求めたと述べる点も、迫害を受け、身の危険を感じている者が難民認定申請をしない合理的理由とは認め難く、この点も、被控訴人の行動が切迫感のない、不自然なものであることを印象づけるものである。

その上、被控訴人の行動や供述内容には、上記イに認定、説示したような看過し難い矛盾点や不自然な点が多々存在することに照らしてみれば、難民であることを主張する被控訴人の供述については、これを軽々には信用することのできない疑問点が多々あり、むしろ、被控訴人が難民を装って不法に入国しようとしている者と推測させる特段の事情があったものと評価することができる。そうすると、本件不認定処分時までに控訴人が収集した資料によっては、被控訴人の難民該当性を認めるには足りないものであり、法務大臣がその職務上の通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漠然と本件不認定処分をしたものとは認められないから、到底、本件不認定処分に国家賠償法1条1項にいう違法があったということとはできない。

エ なお、被控訴人は、控訴人の指摘する被控訴人の供述の各疑問点は、被控訴人に釈明の機会を与え、弁解を求めれば直ちに氷解する程度のもにすぎなかったと主張する。しかし、被控訴人の弁解を詳しく聴取したからといって、その弁解の信用性が保証されるものではないし、上記に認定、説示したような被控訴人の不可解な行動、供述内容の矛盾点といった、被控訴人を難民と認定するについて乗り越えがたい疑念が必ずしも払拭できるものではないから、被控訴人の主張は的確なものとはいえない。

もっとも、被控訴人から詳しく事情聴取をして、その弁解を聴いていれば、例えば、被控訴人がミャンマー国内では反政府活動をする際にはx名を使用していたので、x名義であれば旅券の発給を受けることが可能であったとか、被控訴人とアウンサンスーチーとの関係、被控訴人の反政府活動における立場等についての詳しい供述を得ることができた可能性は否定できないところではある。しかし、これらの供述が得られ、これによって、被控訴人が現実に反政府活動をしていたことの信ぴょう性が確保されたとしても、このことによって、控訴人が第2回上陸申請当時においても引き続き継続的に反政府活動をしており、そのために国籍国において迫害を受け、身の危険を生じているという事実までが証明されるわけではないから、被控訴人に対する詳しい尋問を重ねることによって、真相が明らかになるものとは解し難い。したがって、補充調査の必要性を過大視することは当を得ないというべきである。

そうすると、法務大臣が十分な調査をしなかったことが職務上通常尽くすべき注意義務を欠いた違法なものであると評価することもできない。

また、被控訴人は、法務大臣は、本件不認定処分の後、特段の事情変更もなく、新たな事実が判明したこともなかったのに、平成14年3月14日になって本件認定処分を行ったものであり、この事実自体が、当初の不認定処分が杜撰な調査に基づく、不当な処分であったことを物語っているとも主張する。しかしながら、証拠（被控訴人本人）及び弁論の全趣旨によれば、法務大臣が、被控訴人に対し、本件不認定処分を取り消し、難民認定処分をしたのは、別件訴訟（本件を併合する前の退去強制令書発布処分等取消訴訟）で実施された本人尋問において、被控訴人が、1996年（平成8年）12月9日、10日に参加したデモの様子、アウンサンスーチーとの面会の様子等について、具体的かつ詳細な供述をし、その内容が新聞報道等とも合致していたこと、上記本人尋問の期日の約2週間前に叔父であるeの妻が来日し、同人から、被控訴人出国後、官憲がヤンゴンにある被控訴人の叔母の家や、ラカイン州の父親宅を捜査し、父親が2か月間ほど留置されたこと、及び被控訴人が平成11年3月7日に在日ビルマ・ロヒンギャ協会に加入し、平成12年には書記長、平成13年には委員長になったことを供述したこと等によるものであると認められるから、上記各処分は、本件処分後に判明した新事実によって被控訴人の難民該当性が明確になったためなされたものであるといえ、被控訴人の上記主張

は採用できない。

3 本件退去裁決の違法性と法務大臣の過失

被控訴人は、被控訴人が難民であることが明らかであるのに、法務大臣が本件不認定処分を行い、法61条の2の8に基づく在留特別許可を与えることなく本件退去裁決をしたことが、難民認定担当者としての職務に違反する違法な行為であり、その点について法務大臣に過失があったと主張する。

しかしながら、被控訴人は本件不認定処分を受けていた者であり、かつ、既に認定したとおり、難民であることが明らかであるとはいえなかったものであるから、法61条の2の8により在留特別許可を与えなかったことが、職務違反行為になるものということはできない。したがって、法務大臣が、在留特別許可を与えることなく本件退去裁決を行ったことが違法であるということとはできず、被控訴人の主張は採用できない。

4 本件退去令発付処分の違法性及び担当者の過失

被控訴人は、主任審査官は、退去強制令書を発付するかどうかについて、裁量が認められていると解すべきであるから、本件においては、被控訴人を難民に該当すると判断して、退去強制令書を発付すべきでなかったのに、これを発付したことは違法であり、主任審査官には判断を誤った過失があると主張する。

しかしながら、法49条5項は、主任審査官が、法務大臣から異議の申出が理由がないと裁決した旨の通知を受けたときは、すみやかに退去強制令書を発付しなければならないと定めており、主任審査官に退去強制令書発付についての裁量があると解することはできない。被控訴人の主張は、前提において失当であり採用できない。

また、被控訴人は、仮に主任審査官に上記裁量権がないとしても、被控訴人は難民であったのであるから、迫害を行っている国籍国ミャンマーに送還することは許されないというべきであるのに、送還先をミャンマーと指定して本件退去強制令書を発付したことは違法であると主張する。しかしながら、上記認定のとおり、被控訴人に対しては、その難民該当性を否定する本件不認定処分がなされたのであるから、主任審査官がこれに従って、被控訴人を難民ではないとの判断の下に、その送還先をミャンマーとした上記退去強制令書を発付したことが直ちに違法になると解することはできない。また、そのことについて主任審査官に過失があったと評価することもできない。

5 本件収容令書発付処分の違法性と成田空港支局主任審査官の過失

被控訴人は、本件収容令書発付処分は、平成10年4月21日に発令されたものであるが、難民条約31条2項は、難民認定申請をした者に対しては、原則として身柄の収容を行ってはならない旨を定めたものと解すべきであるから、当時難民認定の申請を行っていた被控訴人に対して身柄の収容を行うことは許されないし、また、同月6日、7日に実施された被控訴人に対する難民調査官の調査により、被控訴人が難民であることが明らかになったのであるから、難民である被控訴人に対しては、難民条約同条項に基づき、身柄の拘束が許されなかったと主張する。

しかしながら、被控訴人は、特別審理官から退去を命ぜられたにもかかわらず、退去に応じなかった者であるから、法24条5号の2に該当するところ、法39条1項は、「入国警備官は、容疑者が第24条各号の一に該当すると疑うに足る相当の理由があるときは、収容令書により、その者を収容することができる。」と定めているから、被控訴人については収容令書発付のための要件は満たされているというべきであり、本件収容令書発付処分が違法であると解する余地はない。

被控訴人は、難民や難民申請者を収容することは難民条約31条2項に違反するかのよう主張するが、収容令書に基づく収容は、同項にいう「必要な制限」に該当すると解すべきであり、難民条約上も許容されるものであって、被控訴人の主張は独自の見解であり採用できない。

また、主任審査官が、被控訴人が難民には当たらないと判断したことが、不相当な判断であるとはいえず、主任審査官による本件収容令書発付が違法であると解することはできない。

6 本件上陸防止措置の違法性と担当者の過失

被控訴人は、平成10年3月29日から同年4月21日まで、上陸防止施設に収容されたことが、違法な身柄拘束であると主張するが、上陸防止施設は、退去命令を受けて出国に応じない者を、実際に退去するまでの間仮に留め置く施設であって、身柄収容施設ではないから、ここに収容することが違法な身柄拘束にあたりと解することはできない。被控訴人は、上陸防止施設が、外部から施錠されている

とか、外部に移動するときには手錠を掛けられるというように供述する（甲77、被控訴人本人）が、被控訴人の供述内容には正確性を欠く点が多々認められ、他の裏付け証拠もないままに、その供述内容をたやすく採用することはできない。被控訴人のこの点に関する主張は採用できない。

また、被控訴人は、第2回上陸申請当初から、難民であることを申し立てていたのであるから、被控訴人の身柄を收容することはそもそも許されず、また、被控訴人の申立てを受けた入国審査官や特別審理官としては、被控訴人については一時庇護のための上陸許可をすべきであったと主張する。しかし、難民申請をしていたからといって、直ちに身柄の收容が許されなくなると解することはできないし、被控訴人が第2回上陸申請当初から難民申請をしていたとする被控訴人の主張が採用できないことは既に説示したとおりであるから、被控訴人の主張は前提において失当である。

なお、被控訴人が上陸防止施設に收容されたことについて、入国審査官、特別審理官、難民調査官等に何らかの職務上の義務違反があったと認めることもできない。

したがって、この点に関する被控訴人の主張はいずれも採用することはできない。

7 予備的請求1、2について

被控訴人の予備的請求のうち、本件收容令書発付処分及び本件上陸防止措置によって生じた損失に対する補償を求める部分については、原審において、既に判断が示されており、これについて被控訴人は控訴していないから、当審における不服の対象とはなっていないが、その余の補償を求める部分については、当審において主位的請求を棄却するので、改めて判断をする。

予備的請求1は、被控訴人が難民であるにもかかわらず、本件不認定処分及びその後になされた本件退去裁決、本件退令発付処分等により諸々の損害を被ったから、その損害は公権力の行使によって「特別な損害」を受けたものと評価されるべきであり、憲法29条3項を類推適用して損失補償を求めるというものである。しかしながら、財産的損害に対する損失補償を規定した同項の規定を、非財産的損害一般に及ぼして直ちに類推適用できるとは解し得ないから、被控訴人の主張は採用できない。

予備的請求2は、本件不認定処分等により、被控訴人が被った損害につき、憲法40条の類推適用に基づく損失補償を求めるものであるが、同条は刑事手続のみを対象とした規定であるから、これを他の行政手続に基づく身柄拘束に類推適用することはできないと解すべきである。

そうすると、被控訴人の予備的請求1、2は、いずれも理由がなく、採用できない。

8 以上の次第であるから、被控訴人の主位的請求の一部を認容した原判決は相当ではないので、これを取り消した上、被控訴人の本件請求をいずれも棄却することとする。

よって、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第15民事部

裁判長 裁判官
裁判官
裁判官

赤
小
長

塚
林
屋

信
文

雄
崇
裕