

主 文

被申請人が申請人に対し、昭和四四年九月一日付で発付した收容令書に基づく收容は当裁判所昭和四四年（行ウ）第一九四号收容令書発付処分取消請求事件の判決確定に至るまでこれを停止する。訴訟費用は被申請人の負担とする。

理 由

一 申請人の申請の趣旨ならびに申請の理由は、別紙一記載のとおりであり、これに対する被申請人の意見は、別紙二記載のとおりである。

二 当裁判所の判断

出入国管理令三九条が、入国警備官が退去強制事由該当容疑者を收容するには、その者に右の容疑があることを疑うに足りる相当の理由があると認められるほか、所属官署の主任審査官の発付する收容令書によらなければならない旨規定しているのは——もつとも、司法官憲の発する令状によらしめていない点において、違憲の問題が生ずるであろうが、この問題はしばらくおくこととし、少なくとも——收容すべきかどうかを主任審査官の判断に委ねることによつて、容疑者の人身の自由を保障せんとする趣旨に出たものというべきである。したがつて、主任審査官は、收容令書の発付にあたつては、単に容疑者が退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由があるかどうかを判断するばかりでなく、さらに收容の必要の有無についても判断をなすべきであり、收容を必要とする合理的理由の認められない場合又はその理由が消滅するに至つたと認められる場合においては、当該收容又は收容の継続は、それが收容令書によつてなされているとはいえ、違法たるを免かれないものと解するのが相当である。もつとも、收容の必要の有無の判断にあたつては、外国人という特殊性と違反調査の円滑な遂行を考慮しうることが、いうまでもない。被申請人は、同令四五条を引用して違反調査にあたつては容疑者を收容することが法の建前であるかのように主張する。しかし、入国審査官が同令四五条に基づいて行なう審査も、容疑者の身柄を拘束していなければ進められないものではないので、被申請人の主張をもつて右の解釈を左右するに足る資料とは到底なしえない。

疏明によれば、申請人は、米国籍を有し、ネブラスカ・ウエスリアン大学在学中、一たん州兵となつたが、その後兵役の登録にあたり兵役につくことを忌避し、その代替的義務として三年間キリスト教宣教師たる活動を選択し、昭和三六年一〇月一〇日日本に入国し、青山学院等においてキリスト教の宣教に従事していたが仏教特に禅に関心を抱くようになり、キリスト教宣教師としての義務を果たした後、昭和四〇年八月禅宗に改宗し、僧籍にはいつてAと名のり、昭和四一年四月から一年間永平寺において雲水の修業をなし、現在駒沢大学大学院仏教学科において身元引受人でもあるBに師事して昭和四五年一月までに「現代中国における仏教」なる修士論文を提出することとなつており、同年三月同大学院卒業後、さらに禅寺において修業をかさねたうえ、将来は米国において禅の布教に生涯を捧げようとしているものである。

ところで、申請人は、前叙のごとく昭和三六年一〇月一〇日宣教師として入国以來、約八回にわたり期間の更新を受けて適法に本邦に在留してきたが、昭和四四年六月一二日文化大革命以後における中国仏教の実情を視察するため、再入国の許可申請が容れられないまま、中国に向けて出国し、同年七月二日頃再び長崎港に帰来し、交渉の結果、同月七日付で、政治活動を行なつたという理由で在留期間を六〇日と限定されて上陸を認められ、同年八月六日付で在留期間更新許可の申請をなし、不許可となり、該不許可処分取消訴訟の係属中、東京入国管理事務所入国警備官から調査のための呼出を受け、同年九月一日指定の時刻に出頭したところ、本件收容令書により同事務所收容場に收容されるにいたつたことが、一応認められる。

しかして、前叙のごとき申請人の容疑の態様と同人の地位、経歴、性格、特に身元引受人がいて現に学業中の身であることを彼此勘案すれば、本件收容令書発付当時は格別、收容してから相当の日時を経過した今日においては、さらに收容を継続する必要があるものとは認め難く、この認定の妨げとなる疏明はない。

また、前叙のごとく本案につき理由がないものとは認められない以上、收容が人身の自由を拘束する処分であることに鑑み、処分の執行により回復の困難な損害が生じ、且つ、これを避けるため処分の執行を停止する緊急の必要があるものと認めるのが相当である。

よつて、本件申請を正当と認め、訴訟費用の負担につき行政事件訴訟法七条、民訴法八九条を適用して、主文のとおり決定する。

なお、申請人は、本件收容令書の発付自体が憲法三二条および三一条に違反する

と主張している。しかし、法令審査権は裁判所が国会や政府の定めた法律、命令等が憲法に適合しているかどうかを判断する極めて重大な権限であり、結果の如何によつては深刻な影響をもたらすのであるから、この権限の行使は、つとめて慎重でなければならないところ、本件が仮りの判断を示す執行停止申請事件であることからみて、すでに他の論点の判断により申請認容の結論が出されている以上、右違憲の主張については、敢えて、判断を加わえないこととした。

(裁判官 渡部吉隆 中平健吉 渡辺昭)

(別紙一)

申請人の申立

申請の趣旨

申請人に対する被申請人の昭和四四年九月一日付收容令書発付処分に基く執行は東京地方裁判所昭和四四年(行ウ)第一九四号收容令書発付処分取消請求事件の判決確定に至るまでこれを停止する。

申請費用は被申請人の負担とする。

との裁判を求める。

申請の理由

第一、(行政処分の存在)

一、(申請人の地位、経歴及びわが国における生活等)

申請人は一九三九年アメリカ合衆国ネブラスカ州に出生し、ネブラスカ・ウエスリアン大学在学中、良心的徴兵拒否者として兵役義務に就くことを拒否したが、そのみかえりの奉仕として、国外におけるキリスト教の宣教師たる活動を選択して、昭和三六年一〇月キリスト教伝導の目的で来日した。

その後申請人は、日本キリスト教団に所属し、青山学院大学で英語の教授をしながらキリスト教布教活動をつづけたが、次第に禅に興味を持つようになり、禅寺で坐禅の修業をつみ、昭和四〇年八月「得度」の儀式を行つて剃髪、僧衣の身となり、Aと名のり、昭和四一年四月から一年間福井県の大本山永平寺において雲水の修業をつとめた。

さらに昭和四二年四月には駒沢大学大学院仏教学科に入学し、C教授の指導の下で仏教を研究するとともに、断食托鉢するなど仏徒としての修業も続けて現在に至っている。

なお、昭和四五年一月までに現在とりまとめ中の修士論文「現代中国における仏教」を提出し、同年三月右大学院を卒業したその暁には四月から七月まで永平寺時代の師D師(現在は福井県霊泉寺住職)の指導、監督のもとに百日間の「首僧」としての修業を行い、「立身」を遂げ、始めて曹洞宗僧侶の資格を得るに至る予定である。

そのうえは明年八月頃までにわが国を出国し、米国において禅の布教に生涯を捧げる所存である。

二、(在留資格と従来のに在留期間更新)

申請人は昭和三六年入国時においては、宗教活動を行うために派遣された者として在留資格を有していたが、その後仏教研究、大学院就学に及び出入国管理令(以下単に令)第四条第一項第一六号、特定の在留資格及びその在留期間を定める省令第一項第三号により、いわゆる「四一一六一三」として特別の在留資格を有するに至った。

在留期間は従前一八〇日と定められており、例外なく更新許可をうけていたところ、昭和四四年三月二四日付更新申請に対し、同年五月一九日法務大臣は突如これを九〇日に短縮し、あわせて同年四月四日付でなした再入国申請に対して違法にも不許可処分をなした。

そのため申請人が予定どおり同年六月一二日出国し、中国領域から戻つて来た六月二七日頃、長崎入国管理事務所は、再入国の手続をしないので、やむなく申請人は在留目的については従前と同様仏教研究と大学院修学の必要を記載して入国(上陸)許可申請をなしたところ、法務大臣は同年七月七日付で在留資格は従前同様、「四一一六一三」在留期間は同日より九月五日までの六〇日間と定め、令第一二条第一項第三号にもとずき許可した。

三、(在留期間更新申請と不許可処分)

申請人は前記のとおり駒沢大学大学院における学問の研究を続け、さらに僧侶として修業を果す必要があり、その事情は全く中国渡航前と変わらないので、昭和四四年八月六日付で法務大臣に対し仏教研究と大学院での学習継続の必要を記載して在留期間の更新を許可するよう令第二条、同法施行規則第二〇条に則り申請した

ところ、法務大臣は何ら理由を付さないまま不許可処分とした旨同月二三日付で申請人に通知した。

そこで申請人は、同年九月三日法務大臣に対し、右不許可処分の取消を求めて東京地方裁判所に訴を提起し、右事件は現に民事第三部に係属中である。

四、（本件收容令書発付処分とその執行）

申請人は東京入国管理事務所入国警備官より調査のため同年九月一日午前一〇時に同事務所に出頭するよう通知があつたので、その日時に出頭したところ、被申請人は同日申請人に対し收容令書を発付し、入国警備官は右令書に基き直ちに申請人を收容した。

第二、（本件收容令書発付処分の違法性）

一、本件收容令書発付処分は、令三九条の定める要件を欠き違法である。

（一）すなわち申請人が令「第二四条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由」はない。即ち、申請人のなした前記在留期間更新許可申請は適法であるのに対し以下詳述するとおり法務大臣のなした前記在留期間更新不許可処分は違法であつて、申請人の在留期間の更新は許可さるべきであるから、申請人は令第二四条第四号ロに該当する者ではない。

（１）令第二条は「本邦に在留する外国人は、現に有する在留資格の変更をすることなく、在留期間の更新をうけることができ……（第一項）……、法務大臣は……更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる（第三項）」と規定している。

これにつき更新を許可するもしないも全く法務大臣の自由裁量に属するとの主張があるかも知れないがこの見解は誤りである。

すなわち、入国（上陸）許可によつて、当該外国人は本邦内において生活の本拠を置き、諸権利、諸自由を享受しうる権能を与えられるのに至るのであるからこの利益を失わしめるには客観的に合理的と判断される事由が存しなければならない。勿論入国許可申請の際短期間をもつて在留が終了する旨、在留目的が記載され、かつこのことが何人にも明らかである場合は原則として更新を不許可としても違法ではなかろう。例えば一時的観光客や特定の講演、演奏等のためにのみ入国した外国人などの場合である。

しかし、これに反し入国の目的、資格から或程度長期に及ぶ滞在が予定され、客観的にもそれが認められる場合には入国審査官が上陸の際決定した在留期間の到来によつてただちに本邦に在留する資格を失い、退去強制をうけるものとは解されない。

一般に免許、許可等の処分に期限が附されている場合において、その期限の到来によつて当然に右処分が失効すると解するのは妥当ではなく、免許、許可の目的、性質に照らしその附された期限が不相応に短期である場合には、その期限は処分権者に免許等を受けた者がその目的に沿い、条件どおり行為しているかどうかを確認し、あるいは条件等の変更をなす必要があるかどうかを考慮するための機会を与えた趣旨であると解すべきである。

したがつて期限の到来前に適法な更新申請がなされており、状況に著しい変化がある等客観的に明白な合理的事由がない限り、行政庁は更新を許可すべき義務がある。

（２）ところで申請人は、第一の一記載のとおり、少くとも昭和四四年三月末までは大学院学生として論文提出、修士号取得のため研究をつづけ、講義に出席する必要がある、かつ卒業後七月末までは首僧としての百日の勤行を果す必要がある。

（ちなみに得度後五年以内にこの勤行を了しなければ僧侶の資格を得ることはできない）

この事情はここ数年の更新時、さらには昭和四四年六月中国より帰日の際の入国（上陸）申請時といささかも変化して居らず、前記更新申請にあたつても、この事由は申請書に記載して明らかにしている。

かかる状況を先分に知悉しながら、あえて更新申請に対し不許可処分をなした法務大臣の行為は違法であるといわなければならない。

（二）本件の收容はその必要性を欠き違法である。

收容は出入国管理令第三九条によれば同令二四条の一に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、入国警備官の請求により主任審査官が発付することになつており法文上必要性の要件を明定していないけれども、そもそもこの收容は、人身に対する拘束であり、もつとも基本的な人間の自由を奪うものであるから違反容疑さえあれば行政官の自由裁量によりいつでも收容できるものではなくその必要性

がある場合に限定してなされるべきものである。

すなわち收容は、違反調査の円滑な進行を確保するためになされるものであつて、このことは仮放免の条件を定めた五四条が「住居及び行動範囲の制限呼出に対する出頭の義務その他必要な条件」を附することを收容所長又は主任審査官に認めていることから明らかである、従つて收容は、右の目的の範囲でなされねばならず、被收容者が住居を有し逃亡の虞がなく、又いつでも出頭に応ずる状況が認められる限り執行すべからざるものである。然らざる限り行政官吏は制度本来の目的を超えて恣意的に人間の基本的自由を高度の制限を加えうることになり、憲法一三条同三一条に反する。

ところで申請人は定まつた住居を有し、駒沢大学大学院の学生として勉学しておりかつ、日本の法律には完全に従うとの信念を有し、入国警備官による出頭要求にもその日時通り直ちに應じているのであつて、かりに申請人に違反容疑の相当の事由があるとしてもその調査をするために身柄を拘束し收容する必要は毫も存しない。

しかも申請人の在留資格の存否は、裁判所において現に審理が行われており、その事情は裁判官の目の前にすべて呈示されているのであつて行政官吏が別に身柄を拘束して調査する必要はない。

然らば本件收容令書発付処分は、その要件を欠くか少くも裁量権の乱用であつて違法である。

二、本件收容令書発付処分は、憲法三三条および三一条に違反する。

出入国管理令三九条は、外国人が令二四条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由があるときは、入国警備官は当該外国人を收容令書により收容することができるとし、右收容令書は当該入国警備官の所属する官署の主任審査官が発付するものとしている。

この收容は人身に対する拘束であり、最も基本的な人間の自由を奪うものであるのにかかわらず、そこには司法官憲の判断によるチェックは全くない。

そして本件收容令書もまた右規定に従い発布されたものである。ところで憲法三三条は、何人も司法官憲の発する令状によらなければ逮捕されないとして人身の拘束について令状主義を規定している。この規定はその趣旨からして、刑事手続上の逮捕のみならず、その他人身の自由の制限、剥奪についても適用または準用されるべきものであり、またこれは人間の基本的自由の保障規定であるところからして、日本国にあつてその主権に服する全ての外国人にも適用されるべきものである。

さらに憲法三一条は、いわゆる適正手続の原理を規定し、人身の自由等の制限、剥奪につき、手続的な保障を要求している。これは刑事手続のみならず行政手続にも適用または準用されるべきものであり（最高裁昭和四一年一二月二七日大法延判決（民集二〇巻一〇号二二七九頁）参照）、また憲法三三条同様、その性質上外国人にも適用されるべきである。

これらの憲法条項に照すと、現行の前記收容令書発付および執行手続ならびにそれに基く本件收容令書発付処分は令状主義に違反し、かつ適正手続に反するものとして、憲法三三条、三一条に違反するものである。

三、以上のように本件收容令書発付処分は違法違憲なものであるから、取消されるべきものである。

第三、（保全の必要）

申請人は現に身柄を拘束され東京入国管理事務所の收容所に收容されている。このような状態は人間にとつて最大の苦痛であり、後に確定判決によつて本件收容処分が取消されても、既に收容の執行を続行してしまえばその損害の回復は不可能である。（このような場合金銭による損害賠償は無意味に近い）

しかも申請人は前述のとおり駒沢大学大学院仏教学科で仏教の勉学に励んでいるのであり、自らの生活は托鉢によつてまかなつているのであるから收容の継続はその勉学及び生活に回復し難い損害を与えることとなる。

よつて申請人は本件收容令書発付処分の取消を求めて本訴を東京地方裁判所に提起するとともに本件收容令書に基く執行の停止を求めて本申立に及んだ。

（別紙二）

被申請人の意見

意見

本件申請はこれを却下する。

申請費用はこれを申請人の負担とする
との裁決をなすべきものと思料する。

理 由

第一 本件收容処分に至るまでの経緯

一、申請人は一九三九年一月一日アメリカ合衆国ネブラスカ州において出生し、昭和三六年一〇月一日キリスト教布教の目的で来日、日本キリスト教団に所属する宣教師として青山学院大学で英語の教師をしながら、キリスト教布教活動が続けた。その後昭和四一年四月から一年間福井県の大本山永平寺において雲水の修業をし、昭和四二年四月駒沢大学大学院修士課程（仏教専攻）に入学し、日本名をAと名乗っているものである。

二、申請人は昭和三六年一〇月一日在留資格四一一一一〇（宗教活動者）として入国し、同三九年三月一七日出国、同月二七日同様四一一一一〇を付与され入国し在留中仏教研究のため昭和四〇年一二月七日在留資格およびその在留期間を四一一六一三（一八〇日）に変更許可された。その後六回にわたり在留期間更新を許可された後、七回目の期間更新申請に対し昭和四四年五月一九日在留期間を九〇日として許可されたが、同年四月四日付でなした再入国許可申請に対し法務大臣は不許可とした。しかるに申請人は同年六月一二日長崎港から出国し同年六月二四日長崎港に入港し同月二五日同港において仏教研究継続のためとの入国目的で上陸申請をしたが、福岡入国管理事務所長崎港出張所入国審査官は申請人が有効な入国査証を所持しないところから出入国管理令（以下令という。）七条一項一号に規定する上陸のための条件に適合していないものと認め同日同所特別審理官に引き渡し、特別審理官が同日申請人につき口頭審理を行なった結果、申請人が同令七条一項一号に規定する上陸のための条件に適合していないと認定し、その旨申請人に通知したところ、同月二六日申請人は右認定に異議があるとして法務大臣に対し異議の申出を行ない、法務大臣は同年七月二日付出国準備のためとして令一二条一項三号に基き上陸特別許可（在留資格四一一一一六一三在留期間六〇日）し同月七日長崎港出張所審査官は申請人の所持する旅券に右上陸特別許可の証印をなした。なお、同審査官は右証印に際し申請人に対し本件許可は出国準備のためであるから許可期間内に必ず出国するよう口頭で告知している。

三、申請人は昭和四四年八月六日仏教研究と大学院での学習継続のためという理由で在留期間更新の申請をなしたが、法務大臣は前記上陸特別許可の経緯から同月二三日申請を不許可と決定し同日申請人にその旨の通知したところ、同年九月三日申請人は、法務大臣に対し右不許可処分取消請求の訴訟を東京地方裁判所に提起し、同所民事第三部に係属しているものである。

四、申請人は東京入国管理事務所入国警備官から同年九月一日午前一〇時までに出頭するよう通知を受けて右日時に出頭したので、被申請人は同日申請人に対し收容令書を発付し、同所入国警備官が右令書に基き同所に申請人を收容したものである。

第二 本件申請は執行停止の要件を欠くものである。

一、本件は本案について理由のないことが明らかである。

（一） 申請人は令二四条四号ロに該当する。

（１） 在留期間更新許可は、令二一条三項により明らかなように法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足る相当の理由があるときに限りなされるものであつて、申請があれば簡単に許されるというものではなくその許可の処分は法務大臣の自由裁量に委ねられ同令には許可されなかつたからといつて不服申立を認める旨の規定もなく、他に不服申立の途はない（行政不服審査法四条一項一〇号参照）のであるから、在留期間の満了する日までに在留期間の更新が許可されない以上その後の残留は当然不法となるものと解すべきである。そして外国人の入国及び在留の許可はもっぱら当該国家の自由裁量により決定し得るものであつて、特別の条約の存しない限り、国家は外国人の入国又は在留を許可する義務を負うものでないというのが国際慣習上認められた原則で、わが国の出入国管理令の各規定にもこの原則が反映されているのであつて、外国人には自己を在留させよと国家に対して要求する権利はないのである。

従つて、右に述べたことから明かなように令二一条が外国人に対し在留期間の更新の申請をすることができると規定しているからといつても、同令は外国人に対し、在留期間延長を権利として付与したものでなく、法務大臣の自由裁量によつて恩恵的に在留期間の延長が許されるものであるから、右申請をした外国人は単に更新があり得るという事実上の期待を持つにすぎない（昭和四三年四月九日大阪高等裁判所第二刑事部判決参照）のである。

ところで、前述のとおり申請人が昭和四四年八月六日東京入国管理事務所に出頭

してなした。在留期間更新許可申請は同月二三日法務大臣より不許可と決定され同日申請人に通知されたものであり、申請人はその所持する旅券に記載された在留期間である昭和四四年九月五日までは適法な在留といえるが申請人は同日を超えて残留しているものであり令二四四条四号口に該当することは明らかである。

(2) 法務大臣のなした。在留期間更新申請不許可処分には違法はない。

なお、かりに、外国人が在留期間更新許可の申請権を有するとしても在留期間更新の許可は法務大臣の自由裁量に属するものであるから、裁量を誤つたことにより、不許可処分が不当とされることはあつても違法となることはない。のみならず、法務大臣が申請人に対し本年七月七日になした上陸特別許可は申請人の出国準備のためであり、右処分に定める六〇日の期間は出国準備の為に相当の期間であつて、申請人が本件在留期間更新の理由とする仏教研究と大学院での学習継続の必要は本件在留期間更新の許可にあたつて考慮すべき事情には当らないのであるから、右不許可処分には裁量権の範囲をこえ又はその濫用はないというべきである。

(3) のみならず、令三九条に定められている收容令書発付の要件は、退去強制事由の一に「該当すると疑うに足りる相当の理由」の存在であるところ、外観上申請人が上陸許可で定められた在留期間を経過して残留する者であることは明白である以上、かりに本件在留期間更新申請不許可処分の違法事由として申請人の主張するところがにわかに排斥しがたいものであるとしても、その当否ひいては令二四四条四号口の退去強制事由の存否は違反調査及びその後の手続において検討されるべきものであつて、これをもつて、右の收容令書発付の要件の存在を否定されるものではない。

(二) 本件收容令書発付処分ならびに收容は適法である。

(1) 申請人は、住居を有し、逃亡の虞がなく、またいつでも出頭に応ずる状況が認められ、收容の目的は違反調査の円滑な進行を確保するためになされるものであるところから、本件收容は違法である旨主張する。

出入国管理令上、退去強制手続は令二四四条各号の一に該当すると疑いのある外国人につき退去強制手続を進めるにあたり、これを收容して行なうことが原則である。すなわち入国警備官は令二四四条各号の一に該当すると思料する外国人があるときは、当該外国人（以下容疑者という。）につき違反調査をすることができ（令二七条）、入国警備官は、必要があれば、容疑者の出頭を求めてこれを取り調べ（令二九条一項）、もしくは証人の出頭を求めて、取り調べ（三〇条一項）、裁判官の許可を得て臨検、搜索もしくは押収なども行ない（令三一条一項）、その結果容疑者につき、令二四四条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由があると認めるときは、主任審査官の発付する收容令書によりその者を收容できるのである（令三九条）。加えて、令二四四条各号の一に明らかに該当する者が收容令書の発付をまたぎては逃亡の虞があると信ずる相当の理由があるときは、收容令書の発付をまたぎずにその者を收容することもできるのである（令四三条）。このようにして收容された容疑者は、入国審査官に引渡され令第五章第三節に定める審査、口頭審理及び異議の申出などの手続を受けることができるのである。

しかも、令上、令二四四条各号の一に該当すると疑うに足りる相当の理由がある容疑者につき、退去強制手続を行なうにあたり、容疑者が刑事訴訟に関する法令、刑の執行に関する法令又は少年院もしくは婦人補導院の在院者の処遇に関する法令の規定による手続が行なわれている場合に限り、その者を收容しないときでも令第五章の規定に準じて退去強制手続を行なうことができるのであり（令六三条）、右以外の容疑者については、入国警備官は必ず容疑者を收容しなければ入国審査官に引渡すことはできず（令四四条）、引渡しを受けた入国審査官はすみやかに審査を行なうなど、退去強制手続は容疑者を原則的に收容したうえでこれを進めることとなつていのである。

さらにこのことは入国審査官が、審査の結果、容疑者が令二四四条各号のいずれにも該当しないと認定したとき、特別審理官が口頭審理の結果、入国審査官の令四五条二項による認定が事実と相違すると判定したとき、及び法務大臣が異議の申出が理由があると裁決したときは、入国審査官、特別審理官及び主任審査官は、当該容疑者を直ちに放免しなければならないと規定されていること（令四七条一項、四八条六項、四九条四項）からみても明白である。

(2) かりに、收容令書による收容にあたつては、收容の必要性を要すると解すべきものであるとしても、收容令書は退去強制事由の存否の調査のために身柄を確保する目的で発付されるものであり、かつ、收容後において、保証金を納付させ、かつ、住居及び行動範囲の制限、呼出に対する出頭の義務その他必要と認める条件

を附することによつて、違反調査のための出頭を確保する具体的方法を講じた上で釈放する仮放免の制度が認められていることに照らせば、收容令書による收容の必要性が否定されるのは、何等具体的な方法を講じないでも出頭が確保できることが明白である場合に限られるものと解すべきである。申請人は、逃亡の虞はなく、また、いつでも出頭に応ずるものであると主張するが、申請人の説明をもつてしては、いまだ十分とはいえないものとする。

(三) 收容令書発付処分は、憲法三三条および三一条に違反しない。

(1) 憲法三三条違反について

申請人の趣旨とするところは、令三九条は收容令書の発付者を当該入国警備官の所属する官署の主任審査官と規定しているが右主任審査官は憲法三三条に規定する司法官憲に該らないから右令三九条は違憲であり、従つて同条に従つてなされた本件收容令書発付処分は違憲であるというにある。

しかしながら憲法三三条は、その文言からして明らかに刑事手続における被疑者の身柄の拘束の開始すなわち逮捕について規定しているものであつて、本件の如き行政手続である強制退去手続の一連の手続としての身柄の拘束すなわち收容についてまで司法官憲による抑制まで要求しているものとは到底理解し難く、したがつて令三九条が收容令書の発付を主任審査官に委ねていることをもつて違憲のそしりを受けるいわれはない。

(2) 憲法三一条違反の主張について

憲法三一条は、その規定の位置および文言（「……………その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」）からみて、刑事手続に関する規定であると解すべきであるから本件收容処分のような行政手続には適用がないものである。

かりに、憲法三一条が行政手続に適用があるとしても、申請人の主張は失当である。けだし、本件收容処分は法律である出入国管理令に定める手続に従つてなされたものであるからである。

二、回復の困難な損害を避ける緊急の必要性を欠く。

令四一条によれば、收容令書による收容期間は三十日以内を原則とし、やむを得ない事由のあるときに限つて三十日以内の延長がなされうるのである。しかして、申請人の協力が得られれば、三十日に及ばないで退去強制事由の存否についての審査、口頭審理及び異議申立の手続を終えることは可能である。このような点を考慮すれば、申請人主張の事由によつては、いまだもつて收容令書発付処分の執行停止の要件である回復の困難な損害を避ける緊急の必要性を認めるには至らないものというべきである。