

# オーストラリアにおける移民に対する収容 —Al-Kateb判決以後の展開を中心に

坂 東 雄 介

## 1. 問題意識・問題の構造

出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」と略記する）では、外国人に対する退去強制令書を執行する局面において、国は、外国人を収容する旨を定めている（入管法52条5項）。収容の目的は、退去強制対象者の送還のための身柄の確保、及び退去強制対象者が本邦における在留活動を行うことを禁止することにあると解されている<sup>1)</sup>。収容目的のうち後者、すなわち退去強制対象者の在留活動を禁止するという目的から、入管法上、退去強制対象者は、原則として全員収容される仕組みを採用していると解される。

入国警備官は、退去強制対象者を「速やかに」送還先に送還しなければならないが（入管法52条3項）、退去強制対象者の中には、難民に該当すると主張する場合や、母国が受け入れを拒む場合など、様々な事情により送還が実現されないこともある。状況によっては仮放免（入管法54条）される見込みが無く、その結果、収容が長期化する場合もある。退去強制対象者を長期間収容することは、身体を拘束する措置として正当化できるのだろうか。

これは、日本だけでなく、世界中においても生じている問題である。例えば、

---

1) 例えば、東京地判平成30年8月28日（判例タイムズ1472号154頁）では、「退去強制対象者を送還するためその身柄を確保するとともに、在留資格を入国及び在留管理の基礎とする同法所定の在留制度の下で、退去強制事由に該当するにもかかわらず本邦への在留を事実上許容する結果となることを防止するという行政目的の観点から」収容を行うものであると判示している。

UNHCRは、2012年に、庇護希望者を拘禁する場合は「公の秩序、公衆の健康または国の安全」を目的とした拘禁に限定することを示したガイドラインを策定している<sup>2)</sup>。

外国人の長期収容に関する問題について、オーストラリアでは、Al-Kateb v Godwin (2004) 219 CLR 562にて一応の結論が下された。筆者は、以前、Al-Kateb判決の分析を行ったことがある<sup>3)</sup>。Al-Kateb判決の詳細についてはここでは割愛するが、原告は、送還の現実的可能性が低く、収容が今後も継続されることが予想される者であって、無期限の収容が認められるかどうか争点となった。Al-Kateb判決では、McHugh裁判官は、送還を実現すること、オーストラリア共同体に入り込むことを防ぐという目的のために収容することは合憲であると判示した。

その後、オーストラリアでは、2012年、2013年、2014年に、それぞれ事案は異なりつつも、無期限収容に関する以下の判決が連続して下された。

- ・ Plaintiff M47/2012 v Director General of Security (2012) 251 CLR 1
- ・ Plaintiff M76/2013 v Minister for Immigration, Multicultural Affairs and Citizenship (2013) 251 CLR 322
- ・ Plaintiff S4 / 2014 v Minister for Immigration and Border Protection (2014) 253 CLR 219

特にS4判決は、収容はビザ申請を認めるかどうかを検討するという収容目的を達成する範囲に限定されると憲法上の観点からの統制を認めた判決としてオーストラリアでも価値ある判決として注目されている。オーストラリアでは、この3つの判決が提示したAl-Kateb判決の射程及び妥当性をめぐって様々な

---

2) UNHCR「庇護希望者の拘禁及び拘禁の代替措置に関して適用される判断基準及び実施基準についてのガイドライン」(2012) パラグラフ21。

3) 坂東雄介「オーストラリアにおける外国人の長期被収容者の法的地位—Al-Kateb v Godwin判決を素材として」商学討究65巻1号(2014) 89頁。

議論が展開されている<sup>4)</sup>。

本稿では、Al-Kateb判決以降に下された3判決を対象として、オーストラリア国内の議論状況を紹介・分析する。なぜAl-Kateb判決からS4判決に至ったのか、判例の思考が変化したのはどのような理由なのかを明らかにすることが本稿の目的である。

このようなテーマについて扱った文献は管見の限り、日本では見当たらない。本稿は、日本でも問題となっている収容制度について、日本と類似する仕組みを採用しているオーストラリアの判例が変化した背景を明らかにすることで、日本法を相対化し、日本法解釈を再考する契機を提供する点に新規性及び意義がある。

## 2. オーストラリア移民法における収容制度の仕組みとその変遷

まず、[2.1]では、収容に関する現行法制度の仕組みについて概説し、[2.2]では、そのような法制度に至った法改正の経緯について述べる。なお、オーストラリアでは政権交代などによって移民政策が変遷することに伴い、移民に関する事項を担当する省や大臣の名称が頻繁に変更されるため、法文では「大臣 (Minister)」や「職員 (office)」など一般的な表現を用いられることが多い。これは、移民に関する事項を所轄する大臣、職員という意味である。

### 2.1. 収容と送還に関する法制度の仕組み

Migration Act 1958 (Cth) s 189は次のように規定している。

---

4) これらの事例について扱った文献として、Peter Billings, 'Whither Indefinite Immigration Detention in Australia? Rethinking Legal Constraints on the Detention of Non-Citizens' (2015) 38(4) UNSW Law Journal 1386, David Burke, 'Preventing Indefinite Detention: Applying the Principle of Legality to the Migration Act' (2015) 37 Sydney Law Review 159, Joyce Chia, 'Back to the Constitution: The Implications of Plaintiff S4/2014 for Immigration Detention' (2015) UNSW Law Journal 38(2) 628など。

「s 189 (1)移住地域<sup>5)</sup>(オフショア地域にいる者を除く)にいる者が違法外国人 (unlawful non-citizen)<sup>6)</sup>であると職員<sup>7)</sup>が知った, または合理的に疑いを有した場合には, 職員は, その者を収容しなければならない。」

さらに, s 189(3)では, オフショア地域において違法外国人であると疑われる場合にも職員は当該人物を収容しなければならないと定めている。これらの規定がオーストラリアにおけるいわゆる「義務的収容 (mandatory detention)」の根拠となっており, オーストラリアでは, いくつかの例外を除いて<sup>8)</sup>, 原則として違法外国人と疑われる者・違法外国人と判断された者を全員収容する仕組みを採用している。収容の際, 刑事手続とは異なり, 司法的命令や令状などは不要である。そして, s 196が定める収容期間まで収容される。

「s 196(1) s 189によって収容された違法外国人は, 次のときまで収容されなければならない。彼または彼女が,

- (a) s 198またはs 199に基づいてオーストラリアから送還されるとき  
(略)
- (b) s 200によって退去強制されるとき
- (c) ビザが与えられるとき」

5) 移住地域 (migration zone) とは, 「州, 準州, オーストラリアの資源基地, 海洋基地であって, 疑いを避けるために次のものを含む。(a)平均干潮位時の州・準州の陸(b)州・準州及び港に属する海(c)埠頭またはそれと同様の施設, 陸または海の下とつながるあらゆるもの。ただし, 州・準州にある港以外の海は含まない」と定義されている (*Migration Act 1958* (Cth) s 5)。

6) 違法外国人について, *Migration Act 1958* (Cth) s 14(1)は「(1)合法外国人ではない, 移民ゾーンにいる外国人は違法外国人である。」と定義している。

7) この条項が規定する「職員 (office)」の範囲は広範であり, 移民を管轄する省の職員のほか, 関税職員, 政府施設専門警察 (protective service officer), 連邦警察, 州警察のほか, 移民を管轄する大臣から授権された者も含まれる (*Migration Act 1958* (Cth) s 5)。

8) *Migration Act 1958* (Cth) ss 189 (3A), 192(1) 252(3), 253(1)。

この規定からも明らかなように、現在のオーストラリア法では、収容が終わる明示的な期間の定め（例えば「〇〇日以内とする」など）はない。送還が実現されると収容は終了する。送還については類型ごとに規定されているが、どのタイプの外国人に対しても「合理的に実現可能な限り速やかに（as soon as reasonably practicable）」送還しなければならないと定めている点は共通している<sup>9)</sup>。しかし、送還が実現できない場合には収容が長期化することもある。この点は日本の仕組みと同様である。

収容先は、いわゆる「移民収容センター（IDCs）」と「収容代替施設（APoDs）」がある<sup>10)</sup>。前者はフェンスなどで仕切られ、外部との交通が制限された収容施設であって、オーストラリア各地に設置されている<sup>11)</sup>。後者は、例えば、ホテルや住宅、移動用施設などが含まれている<sup>12)</sup>。後者のうち、住宅に収容することを「社会的収容（community detention）」<sup>13)</sup>と呼ぶ。これは、大臣による「居住決定（residence determination）」<sup>14)</sup>を受けた者を、一定の監督の下、指定する住宅に収容する措置である。一定の範囲内では自由に移動できるため、例えば、子どもがいる家族を収容し、子どもは親と同居しながら学校に通うことができる。この仕組みは2005年に導入され<sup>15)</sup>、移民収容センターに収容するよりも人道的であるため活用されている。オーストラリア政府によれば、2017-2018会計年度

9) *Migration Act 1958* (Cth) s 198.

10) Billings above n 4, 1393.

11) 収容施設内の状況のレポートとして、Amy Nethery, 'Punitive Bureaucracy: Restricting Visits to Australia's Immigration Detention Centres' in Peter Billings (ed), *Crimmigration in Australia: Law, Politics, and Society* (Springer, 2019) 305.

12) *Migration Act 1958* (Cth) s 5. 「immigration detention」の定義のうち(b)を参照 (Billings above n 4, 1393)。

13) Billings above n 4, 1393. 社会的収容については、Catherine Marshall, Suma Pillai and Louise Stack, 'Community detention in Australia: a more humane way forward' (2013) 44 *Forced Migration Review* 55 (<https://www.fmreview.org/detention/marshall-et-al>), 塩原良和『分断するコミュニティ オーストラリアの移民・先住民政策』（法政大学出版局, 2017）84頁。

14) *Migration Act 1958* (Cth) s 197AB.

15) *Migration Amendment (Detention Arrangements) Act 2005* (Cth) sch 1 item 11.

は、s 189により収容された者のうち、75%以上がこの形態である<sup>16)</sup>。

収容から解放される手段の1つが、ビザを得ることである<sup>17)</sup>。しかし、オーストラリアでは一定の類型に属する外国人はそもそもビザ申請を行うことすらできない。本稿で取り上げる事例はこの類型に属する者である。Migration Act 1958 (Cth) s 46Aは次のように規定している。

「s 46A(1) ビザ申請は、もし許可を得ず海上経由で到着した者であって、以下の要件に該当する者からなされた場合は、有効な申請ではない。

(a) 現にオーストラリアに存在している者であって

(b) (i) 違法外国人または

(ii) ブリッジングビザ若しくは一時保護ビザ若しくは以下に記述する同種の一時ビザを有する

(略)

(2) 大臣が公益に合致すると判断したときは、許可を得ず海上経由で到着した者に対して、書面による通知により、一定範囲のビザ申請について、(1)を適用しないことを決定できる。」

s 46A(2)が定めるように、ビザ申請を認めるために大臣の許可が必要となる。しかし、これもあくまでビザを申請することを認めるだけであって、実際に許可されるかどうかは明らかではない。そして、s 46A(2)の権限は、大臣の個人的判断によって行使されるものであって<sup>18)</sup>、その権限を行使するかどうかを検討する義務はない<sup>19)</sup>。

---

16) Department of Home Affairs, Annual report 2017-18, 67. (<https://www.homeaffairs.gov.au/reports-and-pubs/Annualreports/2017-18/01-annual-report-2017-18.pdf>)

17) *Migration Act 1958* (Cth) ss 44-51.

18) *Migration Act 1958* (Cth) s 46A(3).

19) *Migration Act 1958* (Cth) s 46A(7).

## 2.2. 収容に関する法制度の変遷<sup>20)</sup>

オーストラリアの現行の収容制度は、1992年改正<sup>21)</sup>に始まる。この改正は、1980年代にカンボジアからのボート・ピープルが訪れたことに由来する<sup>22)</sup>。この1992年改正は、「指定人物 (designated person)」に対する義務的収容<sup>23)</sup>、「指定人物」に対する「実現可能な限り速やかな (as soon as practicable)」送還<sup>24)</sup>、「指定人物」に対しては裁判所が釈放命令を出すことができないこと<sup>25)</sup>を定めていた<sup>26)</sup>。現行法ではそれぞれMigration Act 1958 (Cth) ss 189, 198, 196(3)に相当する。

現行法と異なる点は以下の2点である。第一に、義務的収容の対象は、「指定人物」に限定される点である。「指定人物」とは、1989年11月19日から1992年12月1日までオーストラリア海域にボートで来た外国人であること、ビザを有していないこと、現在オーストラリアに滞在していること、入国許可を得ていないこと、移民規制を管轄する省が個別に指定していることを満たす者を指す<sup>27)</sup>。

第二に、収容期間にも上限があり、指定人物が在留許可申請をしたときは、収容期間の上限は273日とされていた<sup>28)</sup>。

この改正は、上記の内容からも明らかなように、特殊な状況に対処するための改正という側面が強い。なお、当該改正については、Chu Kheng Lim v Minister for Immigration Local Government & Ethnic Affairs (1992) 176 CLR 1において、送還の目的にとって必要と考えられる合理的な範囲において

---

20) この章は主にChia above n 4, 629-637を参考にした。

21) *Migration Amendment Act 1992* (Cth).

22) Chia above n 4, 629-630. 飯笹佐代子「国境管理をめぐる政治—オーストラリアのボートピープル問題からの考察—」国際政治149号80頁 (2007), 飯笹佐代子『シティズンシップと多文化国家』(日本経済評論社, 2007) 54頁。

23) (old) *Migration Act 1958* (Cth) s 54L.

24) (old) *Migration Act 1958* (Cth) s 54P(1).

25) (old) *Migration Act 1958* (Cth) s 54R.

26) *Migration Amendment Act 1992* (Cth) s 3.

27) (old) *Migration Act 1958* (Cth) s 54K.

28) (old) *Migration Act 1958* (Cth) s 54Q(1).

収容されるならば合憲と判示されている<sup>29)</sup>。

上記1992年改正の同年、再び再改正が実施された。この1992年再改正では、義務的収容の対象が指定人物から合理的な疑いを持たれる外国人一般に拡大された<sup>30)</sup>。改正理由としては、ボート・ピープルの急増が挙げられている<sup>31)</sup>。この改正では、オーストラリアから送還若しくは退去強制されるまで、またはビザが付与されるまで収容されると規定されるようになり<sup>32)</sup>、収容期間の上限に関する規定は存在しない<sup>33)</sup>。代わりに導入されたのがブリッジング・ビザである<sup>34)</sup>。これは、義務的収容の対象となった外国人のうち、一定の限定された類型に属する者に対して一時的に合法的滞在を認める制度である<sup>35)</sup>。1992年再改正が現行の基本的な枠組みとなっている。

2001年には除外条項が導入された<sup>36)</sup>。これは、指定された事項以外を司法審査の対象としないという規定である。ただし、憲法上の限界を超えた場合、管轄上の瑕疵がある場合、悪意がある場合などにはこの制限は適用されない<sup>37)</sup>。2003年には裁判所が収容を違法と判断しない限り収容が継続するという規定が導入された<sup>38)</sup>。これにより、裁判所が中間命令を出すことによって釈放することが否定され、被収容者が収容から解放される場合は、ビザを取得した場合、

29) 詳細については、坂東・前掲注(3) 115頁。

30) *Migration Act 1958* (Cth) s 54W, as inserted by *Migration Reform Act 1992* (Cth) s 13.

31) Explanatory Memorandum, Migration Reform Bill 1992 (Cth) & Migration (Delayed Visa Applications) Tax Bill 1992 (Cth) 9.

32) *Migration Act 1958* (Cth) s 54ZD(1), as inserted by *Migration Reform Act 1992* (Cth) s 13.

33) Chia above n 4, 631.

34) *Migration Act 1958* (Cth) s 26C, as inserted by *Migration Reform Act 1992* (Cth) s 10.

35) Explanatory Memorandum, Migration Reform Bill 1992 (Cth) & Migration (Delayed Visa Applications) Tax Bill 1992 (Cth) 9-10.

36) *Migration Legislation Amendment (Judicial Review) Act 2001* (Cth).

37) Explanatory Memorandum, Migration Legislation Amendment (Judicial Review) Act 2001 (Cth) 5. 坂東雄介「オーストラリア移民法における行政不服審判所—移民・難民部における審査を中心に」商学討究 69巻2 = 3号180頁 (2018)。

38) *Migration Amendment (Duration of Detention) Act 2003* (Cth).



収容が違法と判断された場合、送還された場合に限定されることが明確化した。

2005年には前述のように社会的収容制度が導入された。同時に、次の3点も改正された。第一に、申請の有無に関わらず大臣が被収容者に対してビザを付与できる権限が大臣に与えられるようになった<sup>39)</sup>。この権限は、大臣の個人的な権限であって、任意的・裁量的に行使される<sup>40)</sup>。従来の規定では、被収容者はビザの申請ができるものの、職員による通告を受けてから原則として2営業日以内と極めて短期間に限定されていたが<sup>41)</sup>、この改正により救済範囲が拡大した。第二に、オンブズマンに対する報告規定が導入された。2年以上収容されている者について、事務局長は連邦オンブズマンに報告しなければならないと定められ、オンブズマンは、その報告を受けて、収容状況に対する評価を大臣に提出することができることとされた<sup>42)</sup>。ただし、大臣は連邦オンブズマンが提出した勧告に拘束されない<sup>43)</sup>。第三に、子どもの収容は最終手段とすることを定めた原則が追加された<sup>44)</sup>。これは、2004年に、人権平等機会委員会（当時の名称。2008年よりオーストラリア人権委員会に名称変更されている）が子どもの収容状況を調査し、調査結果及びその改善策を提示したレポート<sup>45)</sup>を反映している<sup>46)</sup>。

---

39) *Migration Act 1958* (Cth) s 195A, as inserted by *Migration Amendment (Detention Arrangements) Act 2005* (Cth).

40) Explanatory Memorandum, *Migration Amendment (Detention Arrangements) Act 2005* (Cth) 8-9.

41) *Migration Act 1958* (Cth) s 195.

42) *Migration Act 1958* (Cth) ss 486L-486O.

43) *Migration Act 1958* (Cth) s 486O(4).

44) *Migration Act 1958* (Cth) s Part 4AA, as inserted by *Migration Amendment (Detention Arrangements) Act 2005* (Cth).

45) Human Rights and Equal Opportunity Commission, 'A last resort? National Inquiry into Children in Immigration Detention' (2004). <<https://www.humanrights.gov.au/our-work/asylum-seekers-and-refugees/publications/last-resort-national-inquiry-children-immigration>>

46) Peter Prince, *Migration Amendment (Detention Arrangements) Bill 2005, Bills Digest*, No.190 of 2004-05, 23 June 2005, 11

### 3. M47 & M76判決の内容確認と分析

上記の法制度の仕組みを前提に、本稿の目的であるM47判決、M76判決、S4判決を分析していく。まずはM47判決とM76判決の事案の概要及び判旨を整理し、オーストラリアにおいてどのように受け止められているのかを明らかにする。

#### 3.1. Plaintiff M47/2012 v Director General of Security 判決の事案と内容

##### 3.1.1. 事案の概要

原告は1976年に出生したスリランカ国籍を持つ者である。2009年12月にオーストラリア領クリスマス島に入国し、違法外国人として収容されていたが、保護ビザを申請した<sup>47)</sup>。

ところで、ビザに一定の条件を付することができる旨を定めたMigration Act 1958 (Cth) s 31(3)に基づいて、1994年移民法規則では、オーストラリア安全判断委員会(Australian Security Intelligence Organisation。以下「ASIO」)によって当該難民がオーストラリアの安全を間接的または直接的に脅かすと判断されていないこと、という条件が付されていた(以下「4002手続」)<sup>48)</sup>。したがって、申請者が安全性を脅かすと判断された場合には、大臣は保護ビザを拒否できる。そして、この評価の内容については争うことができないとされていた。ASIOは、2009年に、この手続に従って原告を評価し、最終的に原告は安全性要件を満たさないと判断した<sup>49)</sup>。

ただし、大臣は、原告は自身の人種・政治的意見を理由に迫害を受ける危険性があると認定し、もし原告が送還されれば現実的な危険があると認定した。難民審判所も同様の判断を下した。その後、ASIOは2012年にもう一度審理をやり直したところ、2009年と同様に原告はオーストラリアの安全性を脅かす危

---

47) M47, [76] [229].

48) 4002 in Sched 4 of the Migration Regulations 1994 (Cth).

49) M47, [2] [230] - [231].

険性があると認定した<sup>50)</sup>。

原告はオーストラリアからの送還目的のために収容されていることは承認しているが、移民・市民権省(当時の名称)はスリランカへの送還を考えていない。連邦行政府は安全な第三国への送還を実現するように努力しているが、未だ達成できていない。そのため収容が長期間にわたっている<sup>51)</sup>。原告は、4002手続の妥当性、評価プロセスの公正性、継続的な収容の合法性について争っている<sup>52)</sup>。

### 3.1.2. 判示内容・意見分布

ここでは各意見の結論と意見分布を簡単に書く程度に留め、詳しい判示内容は分析の箇所に触れる。

【French長官】 Hayne裁判官に同調。

【Gummow】 原告の収容は適法、4002手続も適法。

【Hayne】 4002手続はMigration Act 1958 (Cth) s 31(3)の授権された範囲を超え違法。原告は保護ビザ申請を認めるかどうかを判断するという目的のために適切に収容されている。

【Heydon】 4002手続はMigration Act 1958 (Cth) s 31(3)の授権された範囲を超えない。原告の収容は正当化できない。

【Crennan】 Kiefel裁判官に同調。

【Kiefel】 2012年の評価が完了した後でも、被告は手続的公正さに合致している。

【Bell】 本件ではAl-Kateb判決におけるGleeson長官の反対意見と同様に処理するべきである。

【結論】 4002手続はMigration Act 1958 (Cth) s 31(3)の授権された範囲を超え違法。保護ビザ申請を認めるかどうかを判断するために原告を収容することは適法である。

---

50) *M47*, [232] - [234].

51) *M47*, [235].

52) *M47*, [8].

### 3.2. Plaintiff M76/2013 v Minister for Immigration, Multicultural Affairs and Citizenship

#### 3.2.1. 事案の概要

原告はスリランカ国籍を有する者であって、2010年5月にクリスマス島に入国・滞在ビザを持たずに入国した違法外国人である。オフショア入国者となった<sup>53)</sup>。

原告がスリランカに帰国すると人種・政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあり、難民条約上の「難民」の定義に該当することについては明らかである。しかし、Migration Act 1958 (Cth) s 46A(1)の規定により、原告はオフショア入国者であるため、あらゆるビザ申請を行うことができず、2010年から収容が継続されていた<sup>54)</sup>。

2012年にASIOは移民・市民権省に対して、M76はオーストラリアの安全性に危険があると評価したことを通知した。その理由は、M76が「タミル・イーラム解放の虎 (Liberation Tigers of Tamil Eelam)」の強い信奉者であって武力闘争にも従事していたことなどに基づく<sup>55)</sup>。

原告にはオーストラリアに入国・滞在する権利はなく、また大臣は原告を自らの意思に反してスリランカに送還する予定はない。政府は原告を第三国に送還するように交渉しているが、まだ実現できておらず、現時点では合理的に見しうる将来に原告をオーストラリアから送還する現実的な可能性を見出すことはできない<sup>56)</sup>。

原告は収容が違法だと主張している。その中で大臣にはs 46A(2)の決定をするかどうかにつき検討する義務があるかどうか争われた<sup>57)</sup>。

---

53) M76, [39].

54) M76, [40].

55) M76, [41].

56) M76, [44].

57) M76, [45-46].

### 3.2.2. 判示内容・意見分布

ここでは各意見の結論と意見分布を簡単に書く程度に留め、詳しい判示内容は分析の箇所では触れる。

【French長官】Crennan & Bell & Gageler共同意見に同調する。

【Hayne】原告を収容することは正当化される。s 46A(2)上の権限行使を検討しなかったことは違法である。

【Crennan & Bell & Gageler】原告を収容することは正当化される。s 46A(2)上の権限行使を検討しなかったことは違法である。

【Kiefel & Keane】原告を収容することは正当化される。s 46A(2)上の権限行使を検討しなかったことは違法である。

【結論】原告を収容することは正当化される。s 46A(2)の権限行使を大臣が検討しなかったことは違法である。

### 3.3. 分析

以下ではM47判決とM76判決の各意見の相違について整理する<sup>58)</sup>。

#### 3.3.1. Al-Kateb判決の射程をめぐって

M47判決、M76判決とも先例であるAl-Kateb判決の位置づけが問題となっている。各意見では、Al-Kateb判決をどのように捉えたのか。

まず、M47判決において、多数意見はAl-Kateb判決自体の妥当性を再検討することをせず、4002手続の合理性について判断している。例えば、Kiefel裁判官は、「Al-Kateb判決にて示された主張を検討することが必要だとも適切だとも考えない」と判示している<sup>59)</sup>。

Heydon裁判官はAl-Kateb判決を覆すべきかどうかについて多角的視点から検討している。Heydon裁判官の意見は多岐にわたるが、以下の3点を紹介してお

---

58) 各意見の整理はBillings above n 4, 1400-1413, Burke above n 4, 174-177, Chia above n 4, 645-647を参考にした。

59) M47, [460].

く。第一に、「オーストラリアの安全にもたらすリスクを理由に、共同体の安全性・福祉を脅かす違法外国人を収容すること」<sup>60)</sup>という正当な目的を有することである。第二に、正当な目的とその達成手段の関係の均衡性を検討する均衡性テスト<sup>61)</sup>は本件では適用されないことである。外国人を収容する権限は、オーストラリア連邦憲法典51条19号に定められている「帰化及び外国人」の権限に基づいて連邦議会が行政府に付与した権限であり、その権限の中核に位置づけられる。外国人を収容する権限は、その性質上刑罰的ではなく、これは司法権が介入する事項ではない<sup>62)</sup>。第三に、連邦政府は、原告の送還の実現に向けて努力しているのであって、送還可能性が存在しないとは言えないことである<sup>63)</sup>。

しかし、そのような中、Gummow裁判官、Bell裁判官は、Al-Kateb判決の多数意見の合理性に対して疑問を提示している。Gummow裁判官は、「Al-Kateb判決においてGleeson長官が提示した少数意見の方が個人の基本的権利に調和する」<sup>64)</sup>と判示している。Bell裁判官も同様にAl-Kateb判決のGleeson長官意見を支持する<sup>65)</sup>。なお、Gleeson長官の意見については[3.3.3][3.3.4]にて触れる。

このような流れの中で下されたM76判決では、各裁判官はAl-Kateb判決の射程及びその妥当性を意識する判示を行っている。なお、Gummow裁判官は2012年10月に定年により高等法院を引退しているため、M76判決には参加していない。

Crennan & Bell & Gageler共同意見では、原告にオーストラリア滞在許可を付与するための行政手続が未だ完了していないこと<sup>66)</sup>、原告にはインドや再定住可能な他国に親戚がいること、政府が再定住可能な国を探しつつ審査する予定であることなどから状況が変化しうること、原告が大臣に対して第三国にも

---

60) M47, [346].

61) M47, [347].

62) M47, [349].

63) M47, [353].

64) M47, [120].

65) M47, [533].

66) M76, [146].

送還されることを文書で求めておらず、送還の選択肢がまだ尽くされていないこと<sup>67)</sup>から合理的に実現可能な期間内に送還される可能性があるため、Al-Kateb判決とは事案が異なり、Al-Kateb判決の射程は及ばないと判示している。

この点につきBurkeは、Crennan & Bell & Gageler共同意見は「送還の現実的可能性がないことを将来裁判所が導くときに高い証明水準を要求している」<sup>68)</sup>と評価する。

M76判決において重要な点は、Hayne裁判官がM47判決から方針転換したことである<sup>69)</sup>。Hayne裁判官によれば、移民法によって付与された違法外国人を収容する権限は無制約と解釈されてはならない。本件において適用される規定は、大臣がどのような期間でも収容できることを認めていると解釈されるべきではない<sup>70)</sup>と判示し、収容に関して制約がある立場に立った。ただし、「関連規定の解釈及びその妥当性についてAl-Kateb判決が到達した結論を再検討する適切な理由は無い。Al-Kateb判決から現在まで、移民法は何度も改正されているが、連邦議会は関連規定を改正していない」<sup>71)</sup>ことから立法府の意図は明白と判断し、結論においてAl-Kateb判決を維持している<sup>72)</sup>。

### 3.3.2. そもそも権利とは？

M47判決、M76判決では権利侵害が争点となっているのだろうか。争点となっているとして、どのような権利が侵害されていると考えられるのか。

まず、前提として、オーストラリア連邦憲法典にはいわゆる権利章典に関する規定はないが、基本的権利という考え方自体は存在し、憲法典の条文から推論することによって基本的権利を導出するという解釈方法を採用している点を

---

67) M76, [147].

68) Burke above n 4, 176.

69) Chia above n 4, 647.

70) M76, [98].

71) M76, [36].

72) M76, [128-130].

指摘しておく（詳細については以前筆者が書いた論文を参照<sup>73)</sup>。

M47判決、M76判決では、正当な権限に基づかないで恣意的に収容されることからの自由が問題となっていると捉えられている<sup>74)</sup>。例えば、M76判決のCrennan & Bell & Gageler共同意見は、「コモンローは恣意的な収容を認める行政執行令状を容認していない。もし収容が違法であれば、外国人は、その収容につき、憲法典75条3号・5号が定める裁判所の本来的管轄権に対して訴えを提起することができる<sup>75)</sup>」と判示している。

この点につき、M76判決では、Kiefel & Keane共同意見は、次のように述べ、外国人には基本的権利が保障されていないかのような判示をしている。

「オーストラリアにおける外国人の自由は、『基本的権利 (fundamental right)』というよりも、移民法の下にある制定法上の権原として実現されるべきものである。…オーストラリアにおいて違法な外国人が、オーストラリア共同体の中で、彼または彼女がオーストラリア市民または合法滞在者と同じような自由を有するというコモンロー上の原則を支持する根拠を導くことはできない。」<sup>76)</sup>

しかし、この判示は従来判例とは大きく異なるものであり許容されないと評価されている<sup>77)</sup>。例えば、Lim判決において、Brennan & Deane & Dawson共同意見は、戦時における敵性外国人の資格に関する事例を引用しながら、「オーストラリアのコモンローでは、この国にいる外国人は…その存在が違法かどうかに関わらず、法の外 (outlaw) に置かれるわけではない。公的機関及

---

73) 坂東・前掲注(3) 93-94頁。また、佐藤潤一「オーストラリアにおける人権保障—成文憲法典で人権保障を規定することの意義・研究序説」大阪産業大学論集 人文・社会科学編 12号19頁(2011)参照。

74) Burke above n 4, 179.

75) M76, [139].

76) M76, [184].

77) Burke above n 4, 179, Billings above n 4, 1400, 1406.



び私人は、法が定めた実定法上の権限がなければ、違法に外国人を収容することも、外国人の財産を処理することもできない<sup>78)</sup>と判示した。そして、モンローには「法律上正当な理由または同意なくして移動を制約されない自由」<sup>79)</sup>が含まれる。

このような先例を前提として、Billingsは、Kiefel & Keane共同意見は「オーストラリアのモンローの遺産に含まれる基本的かつ古来の原理に対する挑戦」<sup>80)</sup>と批判している。M47判決において、Bell裁判官もLim判決を意識しつつ基本的権利はオーストラリア市民に限定されないと判示している<sup>81)</sup>。

もちろん、オーストラリア市民と外国人の地位は異なる。Lim判決におけるBrennan & Deane & Dawson共同意見は次のように判示していた。

「オーストラリアにおいて活動している外国人は、法による保護を享受するが、彼または彼女の地位、権利及び免除は、オーストラリア市民が享受するものとは重要な点で異なる。…もっとも重要な差異は…外国人は入国拒否または退去強制に対して脆弱な立場に置かれる点である。」<sup>82)</sup>

Kiefel & Keane共同意見は、Lim判決のこの箇所を参照しながら当該判断を行っている。この箇所の引用から推察すると、Kiefel & Keane共同意見は「外国人の入国する権利と個人の自由という基本的権利の間に生じる混乱」<sup>83)</sup>を指摘しているものだったかもしれない<sup>84)</sup>。しかし、M47判決・M76判決において

78) Lim, 176 CLR 1, [8] per Brennan, Deane & Dawson JJ.

79) CPCF v Minister for Immigration and Border Protection (2015) 255 CLR 514, [173] per Crennan J. なお、Keane裁判官も同様の判示をしている(255 CLR 514, [400])。

80) Billings above n 4, 1406.

81) M47, [532]. Crennan裁判官もM47判決において「『違法外国人(unlawful non-citizen)』であるが、原告は『法の外にある(outlaw)』存在というわけではなく、オーストラリアの法体系にアクセスすることができる」と判示している(M47, [391].)。

82) Lim, 176 CLR 1, [26] per Brennan, Deane & Dawson JJ.

83) Burke above n 4, 180.

84) Burkeは、Kiefel & Keane共同意見は、Lim判決の引用箇所を権利がそもそも存

直接の問題となっているのは入国拒否・退去強制の問題ではなく、Kiefel & Keane共同意見のように捉えるのは「現在の移民法の下で行われている収容に関する重要な特徴を前提とすると、過剰である。居住決定の対象となる被収容者は、オーストラリア国内において制限された自由を享受している。彼らはオーストラリアに入国するブリッジング・ビザを与えられていない（将来付与される可能性はある）が、彼らは社会の中で生活する許可を与えられ、各種サービスにもアクセスできる」<sup>85)</sup>。

後にS4判決では、「オーストラリアにいる外国人は、その地位が合法であるかどうかに関わらず、『法の外にある (outlaw)』存在というわけではない。オーストラリアにいる外国人は、その地位が合法であるかどうかに関わらず、法に調和した形で行わなければならない」<sup>86)</sup>と判示し、Lim判決の立場を改めて確認した。S4判決は、全員一致の判断であり、Kiefel裁判官・Keane裁判官も参加している。

なお、Al-Kateb判決においてKirby裁判官は国際人権に沿って憲法を解釈しなければならないと主張していた<sup>87)</sup>が、M47判決・M76判決では、このような考えに基づく意見は存在せず、「移民に対する収容について憲法上の限界を承認していたとしても、それは例えば自由権規約9条のような国際的義務を参照しているわけではない」<sup>88)</sup>と指摘されている。

### 3.3.3. 正当性原則 (Principle of Legality) からの検討

正当性原則とはオーストラリア高等法院が採用する法解釈原則の1つであり、その端緒は、Potter v MinhamにおけるO'Connor裁判官の次の判示に由来する。

---

在しないと理解しているが、判示内容からすると権利が大幅に制約されると理解するほうが適切であると指摘している (Burke above n 4, 180)。

85) Billings above n 4, 1406.

86) S4, [24].

87) 坂東・前掲注(3) 110頁。

88) Billings above n 4, 1416.

「立法府が、極めて明確性を伴う意図を表明せずに、基本的原理を放棄する、権利を侵害する、法の一般の体系から離脱するということは、近時ではありえない。」<sup>89)</sup>

逆に言えば、立法府が明白な意図を有して基本的権利を侵害する法律を制定した場合、司法府はその内容の妥当性について判断することはできない。このような考え方をオーストラリアでは一般に「正当性原則 (Principle of Legality)」と呼び、1980年代の高等法院には既に定着していた<sup>90)</sup>。正当性原則は、立法府が第一次的な法制定者である憲法体制において、司法府が立法府の権限に過度に介入しないという関係で成立した法解釈原則である。人民を代表する立法府が明白な意思を表明して権利侵害を承認した場合には、裁判所は民主的観点からその判断を承認する<sup>91)</sup>。

正当性原則が適用される場合はどのような場合か。Burkeは次のように整理する。まず、「条文の自然な意味、文言上の意味が不明確である場合には正当性原則を適用する必要はない。正当性原則を適用するかどうかを判断する際の唯一の基準は、基本的権利の範囲または実施がその条文の通常の意味によって損なわれたかどうか、である。基本的と考えられる権利が侵害されたならば、裁判所はその侵害は反証されうるという前提からスタートする」<sup>92)</sup>。

正当性原則は、条文の文言を手がかりに立法府の意図を推論する<sup>93)</sup>。では、明らかにされる立法府の意図とは何か。この点につき、Burkeは次のように述べる。

「連邦議会の意図という概念は制定法解釈の中心である。あらゆる制定法解釈の目的は、制定法の規定の文言に対して、立法府が込めた意味を与える

---

89) (1908) 7 CLR 277, 304.

90) Burke above n 4, 162-163.

91) Ibid 165, 184-185.

92) Ibid 167.

93) Ibid 167-168.

ことである。立法府の意図を見つけ出し、効果を与えることは裁判所に課せられた基本的な責務である。立法府の意図の重要性については疑いがないが、用語の意味についてはきわめて論争的である。高等法院が現在採用しているアプローチは…条文において用いられた用語から導かれる意図に基づく客観的概念である。裁判所は、個別的または集合的な、立法府の主観的内心を検討するわけではない。客観的アプローチは、立法が意味するものについて、立法者間のコンセンサスがほとんど存在しないために必要とされる。裁判所は、たとえ立法者の主観的意図と異なっていたとしても、客観的意図を遵守しなければならない<sup>94)</sup>。

Al-Kateb判決においても正当性原則の適用の有無は争点となっていた。McHugh裁判官は、「3つの条文 (Migration Act 1958 (Cth) ss 189, 196, 198を指す—引用者注) の文言は極めて明確であり、これらの規定は、基本的権利に影響を与えないという目的的な制約または意図の下にあると解される<sup>95)</sup>と判示した。その一方で、Gleeson長官は、Al-Katebのような事情による無期限収容について立法府は想定していないと解釈し、収容は正当化されないと判示した<sup>96)</sup>。

それでは、M47判決、M76判決では、正当性原則はどのように扱われたのだろうか。

まず、M47判決では、多数意見はそもそもAl-Kateb判決を再検討していない。例えば、Heydon裁判官は次のように述べる。「立法府は憲法上の限界を超えて法律を制定しないという最初の推定が存在する。もし制定法の文言がこの推定と調和できないほど加工しにくいものでないならば、最初の推定が優位する<sup>97)</sup>。合憲判断、違憲判断と異なる憲法解釈が成立する場合、制定法解釈の安定の見地から、憲法違反となる可能性があるだけでは足りず、憲法違反となる

---

94) Ibid 161.

95) *Al-Kateb*, [33].

96) 坂東・前掲注(3) 121-122頁。

97) *M47*, [339].

現実性が無ければ裁判所は合憲判断を優先する<sup>98)</sup>。Heydon裁判官は、Al-Kateb判決のGleeson長官意見は、このような解釈原則が欠如していると批判する<sup>99)</sup>。

このような見解に対して、Gummow裁判官は「基本的権利に介入する立法府の意図は、誤りのない、明確な文言によって明言されていなければならない」<sup>100)</sup>という立場から、一般的な表現では正当化には不十分だと批判する。そして、Gummow裁判官は、Al-Kateb判決におけるMcHugh裁判官の意見は、送還の現実的可能性が無い場合に収容が無期限となるため<sup>101)</sup>、「Al-Kateb判決においてGleeson長官が提示した少数意見の方が個人の基本的権利に調和する」<sup>102)</sup>と考える。

Bell裁判官も同じくAl-Kateb判決におけるGleeson長官の意見を支持する。Bell裁判官は、「合理的に実現可能な限り速やかに (as soon as reasonably practicable)」送還することを定めたMigration Act (Cth) 1958 s 198の文言について、Gleeson長官の意見を次のように整理する。「実現可能 (practicable)」とは、「実施し、達成しうる」ことを意味し、「合理的 (reasonably) とは、立法目的にとって適切な期間の評価」を意味する。そして「その目的は、収容が無期限となるような遅延を伴うものではなく、オーストラリアからの送還を促進するものでなければならない」<sup>103)</sup>。そして、Al-Kateb判決の「多数意見の理由付けは、その法体系が基本的権利を侵害しているという結論の文脈において、正当性原則に関する議論の欠如しているため、弱い」<sup>104)</sup>ことからGleeson長官の意見を支持する。

Gummow裁判官、Bell裁判官とも、Al-Kateb判決の多数意見は基本的権利が侵害されているという意識が低い点を指摘している。

それでは、M76判決では正当性原則はどのように捉えられていたのか。

98) *M47*, [338], [341-342].

99) *M47*, [343].

100) *M47*, [119].

101) *M47*, [116].

102) *M47*, [120].

103) *M47*, [530].

104) *M47*, [532].

Hayne裁判官は、Al-Kateb判決の結論を再検討する適切な理由はないと考える。「判決が下されてからこれまでの間、移民法は何度も改正されていたが、連邦議会は争点となった規定を改正しようとしなかった。当該規定は連邦議会が合憲と判断した法律である」<sup>105)</sup>。このような理由により、裁判所が当該規定の執行を拒否する理由はない。「連邦議会がAl-Kateb判決の内容を変更する機会を何度も有していたが変更しなかった場合、裁判所は当該規定の解釈において示した判示から離れるべきではない」<sup>106)</sup>。なお、M47判決においてHeydon裁判も同趣旨の指摘をしていた<sup>107)</sup>。

Kiefel & Keane共同意見は次のように判示し、立法者は沈黙しておらず、当該規定の内容は明白であると考ええる。

「移民法の体系は、ビザを有する外国人だけがオーストラリア共同体に滞在する資格があることを前提としている。この点では、送還が合理的期間内に実現できない場合に収容が継続することについて明示的な制限が設けられていないことは、立法府がこの部分について沈黙したのではない。s 189, s 196, s 198の文言は、義務的に求められる収容が送還の合理的な実現可能性によって変わると条件を付していない。これは、違法外国人はオーストラリア共同体への滞在ができないという意図を雄弁に物語っている。」<sup>108)</sup>

この点につき、Burkeは、収容は基本的権利の侵害と構成されるので正当性原則が適用されることを前提に<sup>109)</sup>、Kiefel & Keane共同意見に対して、「正当性原則は立法者の意図を証明するために、明確な文言または必要な推論が『存

---

105) M76, [36].

106) M76, [125]. Billingsは、2005年改正の時点で無期限収容に対する異論は提示されていたが無視されていたと指摘している (Billings above n 4, 1420)。

107) M47, [334].

108) M76, [182].

109) Burke above n 4, 179-180.

在する』ことを求める」<sup>110)</sup>のものであって、Kiefel & Keane共同意見は収容期間を制限する明確な文言が欠如していることで満足していると批判している。

### 3.3.4. 収容目的の観点からの統制

オーストラリアでは、一般論として、収容は、収容目的を達成する範囲に限定される。そして、目的の範囲を超えた収容は、司法権による介入なくして刑罰を課していることに等しいものであって違憲となる<sup>111)</sup>。この前提は先例であるLim判決、Al-Kateb判決も含めて、どの裁判官も共有しているものであり、特に目新しい考え方ではない<sup>112)</sup>。

M47判決、M76判決もこの考え方を踏襲する。例えば、M76判決において、Crennan & Bell & Gageler共同意見は、外国人に入国許可を付与する、または送還する権限の一環として法的に認められた外国人を収容する権限は、「収容が行政目的の実施にとって必要とされる合理的な期間に限定される場合のみ、憲法典第3章に違反しない」<sup>113)</sup>と判示している。

問題は、収容目的は何か、である。

Al-Kateb判決においてMcHugh裁判官は、もし違法外国人を収容しなかった場合、その外国人は事実上のオーストラリア市民になってしまうことから、収容目的は、送還を実現すること、及びオーストラリア共同体に入れさせないことにあると判示していた<sup>114)</sup>。Gleeson長官も、オーストラリア共同体に入国させないことを収容目的と捉えているが、あくまで「二次的」なものであり、送還の実現が主

110) Ibid 177.

111) Billings above n 4, 1414.

112) Ibid 1414-1415.

113) M76, [140]. Hayne裁判官も「収容権限に対する時間的制限は、まず、合理的に実現可能な限り速やかに送還するという制定法上の義務に規定される。それ以上の収容は、収容が法律の目的を達成する場合にのみ正当化される」と同様の判示をしている(M76, [99])。

114) Al-Kateb, [45-46]. 坂東・前掲注(3) 101頁。Callinan裁判官も同様の判示をしていた(Al-Kateb, [289])。

要な目的であって、主要な目的は「明白」、「客観的」であると判示していた<sup>115)</sup>。

それでは、M47判決、M76判決の各意見は収容目的をどのように捉えていたのか。法制度の仕組みから読み解く必要がある。まず、収容は送還を実現するためにある点については明らかである<sup>116)</sup>。それでは、送還を実現する以外の目的は存在するのであろうか。

M47判決において、Heydon裁判官は「オーストラリアの安全にもたらすリスクを理由に、共同体の安全性・福祉を脅かす違法外国人を収容すること」<sup>117)</sup>という目的があると指摘する。

しかし、安全性を基準とすると、逆の論理も可能であって、危険が無ければ収容を正当化できない。M47判決では、Bell裁判官は「原告はオーストラリアの安全性に危険をもたらすと合理的な根拠があって判断されたわけではない。彼は、オーストラリア共同体に危険を与える特定の深刻な犯罪を行った者でもない」<sup>118)</sup>と指摘している<sup>119)</sup>。

M76判決ではどのような判断がされたのか。M76判決では、大臣がs 46A(2)の権限を行使し、原告につきビザ申請の禁止を解除するかどうか争点となっていた。

s 46A(2)の法制度の仕組みからすると、「原告の現在の収容は、オーストラリアに滞在する許可を与えるかどうかを決定するという法過程を実施するという目的のために…行われている」<sup>120)</sup>。「禁止を解除するかどうかを決定するという目的の下で原告を収容するという行政判断は、大臣がs 46A(2)の権限を行使する際の考慮要素を外側から特定化することにより、収容目的を限定する。この段階を経ることによって、大臣は、収容目的を実現する手段だけでなく、収容期間も制限する」<sup>121)</sup>。収容目的がs 46A(2)の権限を行使するかどうかを判断す

---

115) *Al-Kateb*, [17], Billings above n 4, 1411.

116) Billings above n 4, 1407.

117) *M47*, [346].

118) *M47*, [534].

119) Billings above n 4, 1411.

120) *M76*, [135] per Crennan & Bell & Gageler JJ.

121) *M76*, [102] per Hayne J.



るためであれば、原告にオーストラリア滞在許可を付与するための行政手続が未だ完了していないため、収容は正当化される<sup>122)</sup>。

これに対して、Kiefel & Keane共同意見は、ビザ申請の禁止を解除するかどうかを判断するために収容するという目的を肯定しつつ<sup>123)</sup>、「s 189は、無許可の者がオーストラリア共同体に入り込むことを防ぐという明白な目的を実施するための直接的な収容を規定している」<sup>124)</sup>と捉える（〔3.3.3〕も参照）。

Hayne裁判官も次のように判示する。「移民法の目的はオーストラリアにおける外国人の流入をコントロールすることである。この移民法の目的の下で行われる義務的収容は、連邦議会が外国人の流入をコントロールするために採用した手段である。ss 189, 196, 198は、許可を持たない者がオーストラリアに入り込み、居住することを防ぐために設けられた」<sup>125)</sup>。

無許可の外国人をオーストラリアに入国させないという目的は、上記のs 46A(2)の権限を行使するかどうか判断するためという目的よりも広く<sup>126)</sup>、無期限収容が正当化されやすくなる。

### 3.4. 小括

以上、M47判決とM76判決の内容を対比しつつ、分析を行った。収容を統制するアプローチとして、正当性原則と収容目的からの統制があることを明らかにした。ただし、両アプローチは相互排他的ではない。

収容目的アプローチのうち、許可が無い外国人をオーストラリアに入国・滞在させないことを収容目的と捉える見解は、日本において実務が採用している在留活動禁止説と類似する。そしてオーストラリアも日本と同様に、入国・滞在させないために収容するならば収容が長期化するという帰結を生み出してい

122) M76, [146] per Crennan & Bell & Gageler JJ.

123) M76, [227].

124) M76, [182].

125) M76, [127].

126) Billings above n 4, 1400.

る。しかし、次に取り上げるS4判決では、このような考え方に変化が見られる。

#### 4. Plaintiff S4 / 2014 v Minister for Immigration and Border Protectionとその分析

##### 4.1. S4判決の事案の概要

原告S4は無国籍の者である。2011年12月に、原告は最初、ボートでオーストラリア領のクリスマス島に入国したが、オーストラリアに入国または滞在するためのビザを有していなかった。したがって、S4は、クリスマス島に到着したと同時に「違法外国人 (Unlawful non-citizen)」となり、「オフショア入国者 (offshore entry person)」となった<sup>127)</sup>。

s 46A(1)の規定により、オーストラリア国内に物理的に存在していながらもS4は大臣がs 46A(2)に定める決定を下さない限り、あらゆるビザ申請ができない状態に置かれていた。なお、原告は、後の法改正により「許可を得ず海上経由で到着した者 (un authorized maritime arrival)<sup>128)</sup>」となったが、ビザ申請ができない地位に変更はない。したがって、S4はビザ申請ができないまま収容され続けていた<sup>129)</sup>。

大臣は、「保護義務決定プロセス (Protection Obligations Determination Process)」と呼ばれる手続を策定した。これは、オーストラリアが難民条約上の保護義務を負うというオフショア入国者の主張を判断するための手続である。保護義務決定プロセスは、2011年3月開始時点において、大臣がs 46A(2)上の権限を行使するかどうか判断するものであり、個人的な介入権限とされるs 46A(2)の権限行使可能性について情報提供することを目的としている<sup>130)</sup>。

そして、原告は2011年12月にオーストラリアに到着した者であって、保護義務決定プロセスの対象者である。その審査によれば、原告はオーストラリアが

---

127) S4, [14].

128) *Migration Act 1958* (Cth), s 5AA.

129) S4, [15].

130) S4, [16].

保護義務を負う者であって、保護ビザ要件のうち、健康・性格要件を満たすことについては明らかである<sup>131)</sup>。

保護義務決定プロセスが行う他の調査事項は、保護ビザのうち健康・性格要件だけである。そして、保護義務決定プロセスは、原告は「公益」要件 (s 46A(2)) を満たすかどうか以外の要件は認定した<sup>132)</sup>。前述 ([2.1] 参照) のs 46A(2)の規定から明らかのように、「公益」要件を判断するのは大臣である。

原告は2年以上収容されていたが、大臣は原告が有効なビザ申請を行うことができる者かどうかについて判断を下さなかった。代わりに、大臣は、s 195A(2)に基づき、原告に対して、「一時的安全ビザ (a temporary safe haven visa)」と「一時的人道保護ビザ (temporary humanitarian concern visa)」を付与した。前者は7日間の滞在を認めるビザであり、これを付与された者は、一時的安全ビザ以外の有効なビザ申請をすることができない (s 91k)。後者は3年間の滞在を認めるビザである<sup>133)</sup>。

そこで、原告がビザ申請ができる者であるかどうかを判断すること無く一時的安全ビザ・一時的人道保護ビザを付与した大臣の決定が適法かどうか争われた。

#### 4.2. 判示内容 (French長官, Hayne, Crennan, Kiefel, Keane共同意見)

##### 収容について (下線部及び①②③は引用者)

原告は一定の目的の下に収容されている<sup>134)</sup>。そして、大臣には収容に関する無制限の裁量があるわけではない<sup>135)</sup>。移民法の目的は、国家的利益の見地から外国人の流入・滞在をコントロールすることにある<sup>136)</sup>。

違法外国人に対する収容であっても法律に定められた手続に沿って行われ、その収容は目的の範囲内で行われる。収容は有罪判決の執行として行われてい

---

131) S4, [17]-[18].

132) S4, [20].

133) S4, [1]-[5].

134) S4, [21].

135) S4, [22].

136) S4, [23].

るわけではない。①収容はそれ自体が帰結ではなく、s 4(1)に定められた目的を援助するために行われる<sup>137)</sup>。

移民法が認めている収容は、司法的命令や令状無しに行政府によって行われる。Lim判決において、オーストラリア高等法院は次のように判示した。義務的収容を定める規定は適法であり、オーストラリア連邦憲法典第3章に違反しない。外国人を収容する行政府の権限は、退去強制・追放の一環として行われ、その権限に付随するものである。外国人を収容する権限は、外国人による入国・滞在申請を調査し、決定を下す目的のために規定され、それらの行政権限に付随するものである<sup>138)</sup>。

さらに、Lim判決では、義務的収容を定める規定は、その法律に定められた収容が退去強制目的のために必要な、合理的に可能なものに限定される場合、入国・滞在許可申請が行われ、検討されることが可能となる場合には適法となると判示した。そして、移民法上の収容を正当化するには、収容目的を特定する必要がある。法律上、収容目的は以下の3点である。②第一に、オーストラリアから送還するため、第二に、オーストラリアへの入国・滞在を求めるビザ申請の内容を調査し、決定するため、第三に、有効なビザ申請かどうかを判断する目的のため、である<sup>139)</sup>。

S4のように許可を得ず海上経由で到着した者は有効なビザ申請ができないため、収容目的はオーストラリアからの送還を実現することにある。しかし、大臣が原告に対してビザ申請を認めるかどうかにつき検討することが決定されると、収容はさらに複雑な目的を有する。有効なビザ申請を許可するかどうか、つまり、送還目的か、ビザ申請の許可手続目的なのかを決定する目的である<sup>140)</sup>。

移民法の下で行われる収容は特定された目的のために行われるものであるから、目的は合理的に実現可能な限り速やかに実行されなければならない。この結

---

137) S4, [24].

138) S4, [25].

139) S4, [26].

140) S4, [27].

論は法律が定める収容の目的の性質から導かれる。しかし、法文・法の構造の検討によって導き出される結論が、背後にある基本原理に反すると解される<sup>141)</sup>。

収容期間は、あらゆる形態であっても、合法的なものであったとしても、いつでも時宜に応じて決定することができる。その一方で、収容の合法性は、裁判所による審査対象ではない。移民収容措置は裁量的な権限ではなく、行政府が有する特定の権限の行使に付随するものであるから、収容は移民法の目的を実現するものでなければならず、収容期間は、権限行使及び目的達成のために必要かつ付随する範囲に限定される。収容が違法だと判断された類型は、収容開始時点のものである。これらの類型に適用される事実は、調査及びそれに沿って下される決定によって異なる。本件のように、調査が原告による保護ビザの申請を認めるかどうかについて行われる場合には、収容期間が固定化された類型の適用は、被収容者が難民条約1条の適用対象である難民かどうかによって異なる。しかし、合法性を判断する際に収容される場合に適用される類型はそれと異なるものではないだろう<sup>142)</sup>。

s 196(1)は収容期間を定めている。それは4つのタイプのうち1つが生じるまで収容が継続される<sup>143)</sup>。…(略)。原告の収容期間は、合理的に実現可能な、速やかな送還を実施するという要件に縛られる。送還すれば収容は必ず終わる<sup>144)</sup>。

本件では、行政府は収容されている原告に対して保護ビザを付与されるかどうかについて検討するものである。既に述べたように、原告を収容する権限は、送還する権限、入国・滞在を認める権限に付随するものであって、原告の収容は、その目的にとって必要な範囲に限定される。収容目的は、合理的に実現可能な限り速やかに達成しなければならない。すなわち本件では、保護ビザを原告に付与すべきかどうかを検討することを合理的に実現可能な限り速やかに実施しなければならない。この要求から離れることは、収容目的から離れることであり、行政

---

141) S4, [28].

142) S4, [29].

143) S4, [30].

144) S4, [33].

府の裁量の範囲内において行われていると移民法が解釈される場合にのみ正当化される。移民法は他に同様の収容を許容していると解釈されていない<sup>145)</sup>。

原告についてみると、③合理的に実現可能な限り速やかに違法外国人を送還するという要件は主目的と解され、現に収容されている者にビザ申請またはビザ付与を認めるかどうかを検討することは従属的な目的である。ビザ申請、ビザ付与を認める権限事態も合理的に実現可能な限り速やかに行使されなければならない。これらの権限がビザ付与という形で行使されない限り、S4の収容は合理的に実現可能な、速やかな送還によって終了する。すなわち、s 46Aの下で行使される決定、必要な調査、決定それ自体も、合理的に実現可能な限り速やかに行われなければならない。そうでなければ原告の収容は違法となる<sup>146)</sup>。

#### s 195Aについて

s 195A(2)によれば、大臣は被収容者に対して申請の有無に関係なくビザを与える権限を有する。この規定とs 46Aをどのように整合的に解釈すればよいのか。

#### ビザ付与について

本件のような事案において、大臣には、原告に対して、7日間ビザ（一時的安全ビザ）を付与する権限は無い。s 91Kの下で、原告は、一時的安全ビザ以外のビザ申請を行うことができない。原告をこのような状態に置かせるビザ付与は無効である<sup>147)</sup>。

#### 46A(2)の権限行使について

大臣は、s 46A上の権限行使について検討せずに、そして、原告の収容を延長させ、その目的を喪失させるような権限行使は認められていない。大臣が原告を、保護ビザ申請を認めるかどうかにつき合理的に可能な限り速やかに判断

---

145) S4, [34].

146) S4, [35].

147) S4, [53].

すること以外の目的で原告を収容しているのかは明らかではない。そして、保護ビザ申請を認めるかどうかを判断する大臣の決定がないまま、原告を送還する権限は行使できない<sup>148)</sup>。

### 4.3. S4判決に対する分析

以下ではS4判決を中心に、各論点に関する判示内容に触れつつ、M47判決・M76判決との相違点を指摘し、オーストラリアにおける議論状況を紹介する。

#### 4.3.1. 基本的権利について

まず、[3.3.2]で述べたように、M76判決においてKiefel & Keane共同意見では外国人には基本的権利が認められないかのような判示をしていたが、S4判決では、そのような判示は消滅している。

そして、M47判決、M76判決と同様に、S4判決でも国際人権アプローチは採用されていない<sup>149)</sup>。国際人権との調和可能性については後述([4.4.1]参照)する。

#### 4.3.2. 法解釈の方法論—正当性原則とは異なる解釈原則の採用

S4判決では次のように判示し、「アンソニー・ホーデン原則 (Anthony Horden principle)」と呼ばれる、正当性原則とは異なる解釈原則を採用した。これは、次のような解釈原則である。

「条文の意味は、全体として示される条文の構造に言及しながら決定されなければならない。法律は、その規定が調和的な目的に効果を与える意図があるという一応の推定に基づいて、全体として解釈されなければならない。法解釈は法律の一貫性を優先する」<sup>150)</sup>。「通常従うべき実定法上の文言を含む立法は、同一の事項が他の方向性に従って解釈されないという消極的な原則

---

148) S4, [58].

149) Billings above n 4, 1416.

150) S4, [42].

を用いていると理解される」<sup>151)</sup>。

s 46Aは、許可を得ず海上経由で到着した者にビザ申請を認めるかどうか、認めるとしていつビザ申請を認めるかどうかを規定している。その一方で、s 195A(2)は、ビザ申請の有無に関わらず、大臣がビザを一方的に付与する権限を認めている。そして、原告はs 195A(2)に基づいて付与された一時的な安全ビザにより、ビザ申請を行うことができない地位に置かれている。「しかし、大臣は、195A(2)を用いることにより、s 46Aの規定を回避することはできない。特に、本件では、このようなビザ付与は、原告の長期収容から、その目的を失わせている」<sup>152)</sup>。「このような解釈は、s 46Aとs 195Aの調和的運用を達成し、s 195Aが違法外国人の収容に関する一貫した法制度を実現することを認めるs 195A(2)の解釈及び運用を実現するために必要である」<sup>153)</sup>。

S4判決は、上記のような立場から、s 46A(2)上の権限行使を検討せずに、s 195A(2)に基づいて原告に対して一時的な安全ビザを付与したことを無効と判断した。

なぜS4判決は正当性原則とは異なる解釈原則を採用したのか。これはS4判決がM47判決、M76とは異なり「無期限収容について直接争っているものではない」<sup>154)</sup>点にあるかもしれない。S4判決では、s 46Aとs 195Aという「2つの権限の間にある矛盾・衝突が残っている」<sup>155)</sup>点を問題としている。

Burkeは、S4判決の論理は、正当性原則を採用するよりも強固な権利保障を導くと指摘する。S4判決では、各規定を調和的に解釈するという前提の下、後述（[4.3.3] 参照）のように、目的に沿った範囲での収容をしなければ違憲となるという論理を採用している。「無期限収容は憲法違反であるという判示は、正当性原則よりも強固な権利保護を導くだろう。なぜならば、連邦議会が行政権に

---

151) S4, [43].

152) S4, [46].

153) S4, [47].

154) Burke above n 4, 178.

155) S4, [51].



対して無期限収容を行う権限を再び授権することができなくなるからである」<sup>156)</sup>。

#### 4.3.3. 収容目的からの統制の明確化

目的アプローチに関するS4判決の特徴として、以下の2点を挙げるができる。

第一に、目的から収容範囲を限定するアプローチ自体は従来判例でも採用されていたが（[3.3.4]参照）、S4判決は、裁判官全員一致の意見で、明確な言明によって目的アプローチを採用し、収容に対する憲法上の限界を設定した点に特徴がある<sup>157)</sup>。

S4判決は、「目的は合理的に実現可能な限り速やかに達成されなければならない」<sup>158)</sup>と判示している。この考え自体も以前から承認されているが<sup>159)</sup>、S4判決では、改めて全員一致で判示し、収容の「外的制約」<sup>160)</sup>を示した。

そして、下線部①のように、S4判決では、移民法における収容はそれ自体が帰結ではなく、収容は、移民法にて示された目的を補助するものであるという立場を表明している。この判示はLim判決で示された法理を改めて採用している<sup>161)</sup>。

立法的な解決策として収容期間の上限や被収容者に対する独立した審査を設けることなどが考えられるが、それらが無い現在、制定法の目的が達成されること、そして、それが実現可能なことを確保することが最も効果的な方法だと考えられる<sup>162)</sup>。もし制定法が定める行政過程が合理的期間内に達成されない、またはその目的が合理的ではない場合、司法は、必要に応じて人身保護請求を認めることになるだろう<sup>163)</sup>。

---

156) Burke above n 4, 178.

157) Chia above n 4, 649-650.

158) S4, [28][34].

159) Chia above n 4, 651.

160) Ibid 652.

161) Ibid 650. S4, [58]も同様の判示をしている。

162) Billings above n 4, 1420.

163) Ibid.

目的アプローチは、収容を正当な目的に限定することにより、異なった権限行使、過剰収容を統制する帰結を導く。その際に、「手続の中断や遅延のような恣意的な収容、隠された収容目的に関する問題を裁判所が審査することになる」<sup>164)</sup>。例えば、移民のコントロールというよりもテロリズム関連によって収容しているのではないか、という事例を想定できる<sup>165)</sup>。このような審査により、収容の根拠、手続の迅速性につき、より一層の正当化を求めることになるだろう<sup>166)</sup>。

そして、「合理的に実現可能性」を判断するに際し、「被収容者の状況（例えば、真正な難民と認められているかどうかなど）が『合理的実現可能性』の判断に影響を及ぼすだろう」<sup>167)</sup>。「これは、オーストラリアの裁判所が移民の収容について実質的な観点から審査することになる可能性を意味する。なぜならば、被収容者が根拠に基づいて収容に対して異議申し立てを行うならば、連邦政府は、入国許可や退去強制を実現する段階や期間の合理性について説明する証拠を提示して収容期間を正当化する必要があるからである。隠されていた行政過程に穴を開けることは、収容を正当化する文化を強化し、怠慢で無能な、遅れてばかりいる行政を擁護しないという有益な効果をもたらすだろう。通常とは異なる長期収容を正当化するために、裁判所は、収容期間に関連する個別の要素を検討するようになる。例えば、事案の複雑性、個人の協力、個人に対して与える精神的害悪、逃亡の危険性などである。楽観的かもしれないが、このような異議申し立てを日常的に行うことによって、行政も、例えば保釈金のような収容審査について、より体系的、効率的な方法に基づいて決定するようになるかもしれない」<sup>168)</sup>。

第二に、S4判決は、目的に沿った範囲で収容しなければならないというアプローチを採用しつつ、収容目的には、下線部②で示したように、「オースト

---

164) Chia above n 4, 660.

165) Ibid 664.

166) Ibid 660.

167) Billings above n 4, 1410.

168) Chia above n 4, 656.

ラリアから送還するため」, 「オーストラリアへの入国・滞在を求めるビザ申請の内容を調査し, 決定するため」, 「有効なビザ申請かどうかを判断する目的のため」の3つがあると判示し<sup>169)</sup>, 収容目的を3つに限定した点に特徴がある。

その上で, 下線部③のように, S4判決では, 「合理的に実現可能な限り速やかに違法外国人を送還するという要件は主目的と解され, 現に収容されている者にビザ申請またはビザ付与を認めるかどうかを検討することは従属的な目的である」<sup>170)</sup>と判示した。前述 ([3.3.4] 参照) のように, 収容目的のうち, 送還も, ビザ申請を認めるかどうかを判断するための収容も, 従前の判例でも認められている。

しかし, S4判決では, 目的に関する従来からの対立には触れず, また, オーストラリア共同体の保護 (オーストラリア共同体に違法外国人を流入させないこと) という目的を除外している<sup>171)</sup>。前述 ([3.3.4] 参照) したように, オーストラリア共同体の保護という収容目的を採用することによって永続的な収容が正当化されていたが, S4判決が目的をこの3つの目的に限定したこと及びその目的を合理的期間内に実現しなければならないと判示したことにより, 少なくとも現行法体系の目的の下では永続的収容は正当化できないことになる。もちろん, 「立法府は収容を正当化するために様々な目的 (例えば, 違法な入国の抑止など) を設定できる。しかし, 現在はそのような明示的にはそのような法制定行為を行っていない」<sup>172)</sup>。

S4判決がオーストラリア共同体の保護という目的を除外したことについて, 立法府の権限の観点から次のように説明されている。S4判決は, オーストラリア共同体の保護という収容目的を除外したが, 共同体の保護という目的は, 外国人の入国・退去強制とはほとんど関係がない。現行の移民法は, 連邦議会が有する外国人権限 (オーストラリア連邦憲法典51条19号) の行使によって制

---

169) S4, [26].

170) S4, [35].

171) Chia above n 4, 651.

172) Billings above n 4, 1412.

定されているが、共同体の保護という目的は、外国人権限というよりも、防衛権限（51条6号）や犯罪者の流入を防ぐ権限（51条28号）の行使に近いのではないか。収容されている者全てが犯罪者というわけではないため、そもそも51条28号による正当化は難しい。そうであれば防衛権限による正当化も考えられるが、性質上目的に沿ったものであることに加えて均衡性が求められる。現行の収容体系は、均衡性の要請を満たす可能性は低い<sup>173)</sup>。

#### 4.4. S4判決に対する評価及びS4判決が与えた影響

##### 4.4.1. 国際人権アプローチの観点から

Chiaは、S4判決が示した収容の限界について、国際人権との調和という観点から、以下の3点を指摘する。

第一に、収容の目的について、S4判決が示した目的とUNHCRが示した目的は異なる。UNHCRは、2012年に、「庇護希望者の拘禁及び拘禁の代替措置に関して適用される判断基準及び実施基準についてのガイドライン」（以下「ガイドライン」）を策定している<sup>174)</sup>。そこでは、次のように規定している。

「拘禁は、正当な目的がある場合に、例外的に用いることができるのみである。そのような目的がなければ、たとえ入国が違法に行なわれたとしても、拘禁は恣意的なものと考えられることになろう。拘禁の目的は、法令で明確に定められていなければならない（ガイドライン3参照）。庇護希望者の拘禁については、個別ケースで拘禁が必要となることもありうる3つの目的が存在する。すなわち公の秩序、公衆の健康または国の安全であり、これは一般的には国際法に即したものである。」<sup>175)</sup>

173) Chia above n 4, 653.

174) このガイドラインは以下のサイトで入手できる。訳はUNHCR版を参考にした。  
([https://www.unhcr.org/jp/wp-content/uploads/sites/34/protect/Detention\\_Guidelines\\_2012\\_JPN.pdf](https://www.unhcr.org/jp/wp-content/uploads/sites/34/protect/Detention_Guidelines_2012_JPN.pdf))

175) UNHCR「庇護希望者の拘禁及び拘禁の代替措置に関して適用される判断基準及び実施基準についてのガイドライン」（2012）パラグラフ21。

同ガイドラインによれば、「公の秩序」によって正当化される収容とは、以下の3類型である。①「特定の庇護希望者が逃亡し、またはそれ以外の形で当局への協力を拒否する可能性があると考えられる有力な理由があるとき」<sup>176)</sup>、②「明らかに理由のない申請または濫用であることが明白な申請を対象とする早期手続に関連する拘禁」<sup>177)</sup>、③「身元が確定されていない場合もしくは身元について争いがある場合、または安全上のリスクの兆候がある場合には、第一次人定及び安全確認を行なうために最低限の期間の拘禁が認められることもある」<sup>178)</sup>。

同ガイドラインは、収容が正当化されない例として、以下の2つを挙げている。まず、「非正規な入国または滞在に対する懲罰的な——例えば刑事上の——措置または懲戒的制裁としての拘禁は、認められない」<sup>179)</sup>。次に、「一般原則として、庇護手続きが進められている最中の庇護希望者を、退去強制を目的として拘禁することは合法性を欠く。難民申請に関する最終決定が行なわれるまで、退去のために庇護希望者を拘束する理由はないためである。退去強制目的の拘禁は、最終的に庇護申請についての判断が下され、かつ申請が認容されなかった後でなければ行なうことができない」<sup>180)</sup>。

S4判決の収容目的は、特に難民申請中の者であってもその地位に関係なく収容させる点で、UNHCRが提示したガイドラインよりも広く設定されているのではないか<sup>181)</sup>。

第二に、S4判決は「収容は、その目的を実現するために必要な、合理的に可能な範囲に限定される」と判示しているが、これは、同ガイドラインが求めている基準、すなわち、「いかなる拘禁も、それが必要であり、個々の案件のあらゆる事情に照らして合理的であり、かつ正当な目的に比例していなければ

176) 同パラグラフ22。

177) 同パラグラフ23。

178) 同パラグラフ24。

179) 同パラグラフ32。

180) 同パラグラフ33。

181) Chia above n 4, 659.

ならない」<sup>182)</sup>という基準よりも狭いのではないか。S4判決とガイドラインを比較すると、S4判決には比例性が欠けているように見える。しかし、比例性の要素が無ければ目的を実現するために必要な収容かどうかを判断できないのではないか<sup>183)</sup>。

第三に、S4判決と自由権規約9条4項との調和である。自由権規約9条4項は、被収容者に対し、その合法性を遅滞なく裁判所で争う権利を認めている。そして、この自由権規約9条4項について、自由権規約委員会の一般的意見35パラグラフ18では、次のように述べている。

「入国管理の手続過程における抑留は、それ自体が恣意的とはいえないが、当該抑留は、諸事情に照らして合理性、必要性及び相当性があるとして正当性が認められなければならない。期間の延長の際には再評価されなければならない。違法に締約国の領域に入った庇護希望者は、彼らの入国について記録し、彼らの主張を記録し、疑いがある場合には身元を特定するために、初期の短期間、抑留され得る。彼らの主張の審理中もさらに抑留することは、逃亡の個別的蓋然性、他者に対する犯罪の危険又は国家安全保障に反する行為の危険といった個人特有の特別な理由がない場合、恣意的になるだろう。決定に際しては、事案ごとに関連要素を考慮しなければならない。また、決定に際しては、逃亡を防止するための報告義務、身元引受人又はその他の条件など、同じ目的を達成する上でより権利侵害の小さい手段を考慮に入れなければならない。さらに、決定は、定期的な再評価及び司法審査を受けなければならない。移住者の抑留に関する決定においては、身体的又は精神的健康に対する抑留の影響も考慮に入れなければならない。いかなる必要な抑留も、適切で、衛生的で、刑罰的でない施設で行われるべきであり、刑務所で行われるべきで

---

182) UNHCR「庇護希望者の拘禁及び拘禁の代替措置に関して適用される判断基準及び実施基準についてのガイドライン」(2012)パラグラフ18。

183) Chia above n 4, 660.

はない。無国籍又はその他の障壁のために締約国が個人を追放できないことは、無期限の抑留を正当化するものではない。子どもは、抑留の期間及び条件に関して子どもの最善の利益を第一に考慮し、また、付き添いのない未成年者の甚だしい脆弱性及び養護の必要性を考慮して、最後の解決手段として最も短い適当な期間でない限り、自由を奪われるべきではない。」<sup>184)</sup>

[4.3.3] で述べたように、S4判決は、収容の合理性を判断する際に、移民法上の地位ではなく、被収容者の状況を実質的な観点から審査する方向性を示唆している<sup>185)</sup>。この一般的意見パラグラフ18が示している内容は、まさに被収容者の個別具体的な状況を考慮する審査であって、司法審査の際にも自由権規約に合致することが求められる。

#### 4.4.2.S4判決の影響—被収容者の個別具体的な状況の考慮

S4判決は、キャラクターテストによる収容にも影響を与える可能性が指摘されている。キャラクターテストとは、犯罪歴があるかどうかを判断するテストである<sup>186)</sup>。Migration Act 1958 (Cth) ss 196(4)-(5)は、キャラクターテストに基づいてビザが取消されたことにより収容された者は、合理的に予見される期間内に送還されるかどうかにつき、現実的可能性の有無に関わらず、裁判所が収容を違法と判断するまで収容が継続されると規定している。つまり、犯罪歴のある者は、送還されるか、裁判所が収容を違法と判断するまで収容されることになる。

キャラクターテストによる収容について争われた事件がNBMZ v Minister for Immigration and Border Protection (2014) 220 FCR 1である。これは、次のような事案である。

---

184) 日本弁護士連合会による日本語訳を参考にした。(<[https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights\\_library/treaty/data/HRC\\_GC\\_35j.pdf](https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/HRC_GC_35j.pdf)>)

185) Chia above n 4, 660.

186) *Migration Act 1958* (Cth) s 501(6).

原告はイラン国籍の者であって、2011年6月24日にオーストラリアのクリスマス島に到着し、同年8月11日からダーウィンの収容施設に収容されていたが、2012年1月12日には社会的収容措置が取られることになった。そして、2012年4月に、難民審査官が原告は難民と認定されるべきと決定したことを受け、同年12月12日、大臣はs 46A(2)の権限を行使し、原告に難民申請することを認めることを決めた。ところが、原告は、収容施設及び社会的収容期間中に、精神的な原因から収容施設内の物品を数多く破壊し、有罪と宣告されていた。この行為を理由に、原告はキャラクターテストをパスしなかったため<sup>187)</sup>、2013年6月に大臣は保護ビザを付与しないことを決定した。原告は、大臣の決定が誤りだと主張し、訴訟を提起した<sup>188)</sup>。判決は、無期限に収容されることについて、大臣は考慮していないことから、大臣の決定は取消されると判断した<sup>189)</sup>。なお、類似事件であるNBNB v Minister for Immigration and Border Protection (2014) 220 FCR 44でも同様の判断が下されている<sup>190)</sup>。

大臣の決定が取消された理由について、NBMZ判決では次のように判示する。

「申請の中身について考慮せず、単に政策的選好を実現するためにビザを拒否したかどうかについては明らかではない。もし申請者の個別的状況について考慮されていたら（その考慮が彼の行為に対して向けられる場合）、その考慮は、彼は難民であるという帰結にまで及ぶだろう。申請者がルフルマンである、または収容されているという帰結を別として、オーストラリアが自発的に保護義務を受け入れている難民に彼が該当するという認定のために、何らかの考慮はされるべきだった。大臣によるこれらの考慮事項に関する主張には、この点が見当たらない。」<sup>191)</sup>

---

187) *Migration Act 1958* (Cth) s 501(6)(aa)(i)は、収容期間中に行った犯罪行為も対象とすると規定している。

188) NBMZ, [37]-[49].

189) NBMZ, [164]-[179].

190) NBMZ, [126]-[128].

191) NBMZ, [189].



原告は、精神的原因により収容施設を破壊したことは明らかであるが、実質的な観点から見ると、オーストラリア国内での犯罪歴は無く、出身国のイランにおいても無い<sup>192)</sup>。このように考えると、申請者にビザを付与したとしても申請者が将来オーストラリア共同体への危険をもたらす可能性は低いものの、大臣はこの点について考慮していない<sup>193)</sup>。

NBMZ判決は、大臣に対して原告の個別具体的な状況の考慮を求めることを通じて、無期限に収容されることがもたらす帰結を考慮事項と位置づけた判決と捉えられている<sup>194)</sup>。キャラクターテストの結果として外国人を無期限に収容することは、犯罪に対する刑罰に近接するものであって、このような収容は、司法の原則に違反すると指摘されている<sup>195)</sup>。

## 5. 終わりに

以上、外国人を無期限に収容することについて、オーストラリアの判例の展開及び議論状況を整理し、分析を行った。本稿は日本の問題状況を論ずることを目的とするものではないが、日本も基本的にオーストラリアと類似の仕組みを採用し、収容の長期化が問題となっている。このような長期収容に対する統制として、オーストラリアの経験から、目的アプローチや、個別具体的な状況の考慮、国際人権アプローチなどが有用と思われる。このような示唆を得た上で日本法の問題状況について取り組むことが次の課題である。

※本研究の遂行に際し、科研費・基盤研究(C)・研究課題名「入管収容における必要最小限性・適切処遇の検討—国内法と国際人権法の共同」・研究課題/領域番号19K01292（代表 坂東雄介）による助成を受けた。

---

192) NBMZ, [62].

193) NBMZ, [194].

194) Billings above n 4, 1419.

195) Chia 653-654.