

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

坂 東 雄 介

1. はじめに—本稿の視座

1.1. 問題意識と検討対象

(1) マクリーン判決に対する筆者の基底的発想

外国人の出入国管理を規制する権限について、日本国内では、最大判昭和53年10月4日（以下「マクリーン判決」と略記する）が指導的先例として位置づけられている。この判決について、一般的には、以下のように捉えられている。

第一に、憲法学的視点からは、出入国管理規制権限の性質は、憲法の統制から解放されている絶対的な権限であって、立法機関は、どのような外国人・在留を認めるのか、完全に自由に判断できる、と捉えられている¹⁾。第二に、行政法学的視点からは、外国人の在留判断は法務大臣の広範な裁量に委ねられている、と捉えられている²⁾。

しかし、筆者は、次のように考えている。

憲法の基本原則（国家権力に対する統制としての憲法）から考えて見ても、およそ無制約な権限というのは想定しがたい。出入国管理規制権限であっても、何らかの規範的統制に服するべきではないか。また、法務大臣の広範な裁量といえども、限界があるはずであって、法務大臣の裁量を統制する理論をどのように構築するのか。

1) 安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口陽一＝高橋和之（編集代表）『現代立憲主義の展開上』（有斐閣・1993年）175頁。

2) 民集32巻7号1231頁。

筆者は、上記の問題意識を背景に、次の研究を行ってきた。第一に、外国の判例・法理論の分析を通じて、出入国管理規制権限の性質を解明することである³⁾。第二に、出入国管理規制権限に対して統制を認めた外国の事例紹介、及びそこから国内法解釈に対する示唆を獲得することである⁴⁾。第三に、国内法判決の読み直しである⁵⁾。

本稿では、第二の方向性から、新たに取り組もうとしている研究の端緒として、*Al-Kateb v Godwin*⁶⁾を取り上げる。

(2) *Al-Kateb* 判決を取り上げる理由

まず、オーストラリアに着目する理由として、次の点を挙げる。オーストラリアは、移民国家であり、多くの移民を受け入れていると同時に、移民がもたらす軋轢も抱えている。これは、社会問題のみならず、法的問題としても議論が蓄積されている。出入国管理規制権限の性質を探る上での法理論を取り上げる価値が高い。これに取り組むことにより、従来筆者が取り組んできたアメリカ合衆国の法理論だけではない、多元的な視点から外国人に関する法理論を構築できるのではないかと考えられる。

では、*Al-Kateb* 判決を取り上げる意味はどこにあるのか。*Al-Kateb* 判決にはどのような新規性があるのか。

Al-Kateb 判決は、直接的には、事実上退去強制できなくなったため長期間収容されることになった者の法的地位をどのように考えるのか、そして、このよ

3) 例えば、「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて(1)—(5・以下続刊)」北大法学論集62巻2号174頁(2011年)、同62巻4号268頁(2011年)、同63巻2号256頁(2012年)、同63巻6号334頁(2013年)、同64巻5号306頁(2014年)。

4) 前注参照。ほかにも、例えば、坂東雄介「アメリカ合衆国移民法における「家族関係の維持」規定と「絶対的権限の法理」の射程範囲」札幌学院法学29巻2号101頁(2013年)。

5) 例えば、坂東雄介「外国人に対する在留特別許可における親子関係を維持・形成する利益—近年の3判決を素材として」札幌学院法学29巻1号93頁(2012年)。

6) [2004] HCA 37; 219 CLR 562. 以下では、'*Al-Kateb*' と略記する。

うな状況を引き起こす原因となった義務的收容制度及び收容期間の定めに関する規定についてどのように考えるべきなのか、という問題が提起されている。

しかし、Al-Kateb 判決は、それ以外にも、以下の点について理論的な観点から問題が提起されている。

第一に、外国人権限に基づいて制定された法律を司法部が解釈するときのような態度で臨むべきなのか、という司法権と連邦議会の関係に関する問題である。第二に、特に移民法分野において、国際法を用いて憲法解釈を行えることが、理論上可能かどうか、という国際法と国内法解釈（特に憲法解釈）に関する問題である。第三に、権利章典が欠如しているオーストラリア連邦憲法において、外国人に対する権利保障をどのように考えるべきなのか、という問題である。これは、オーストラリア国内において近年盛り上がっている権利章典導入論争及び外国人の法的地位をめぐる問題に関連する。

そして、いずれの論点についても McHugh 裁判官と Kirby 裁判官が激しく対立し、議論の応酬をしている。このような理由から、Al-Kateb 判決は、オーストラリア移民法を考える際に重要な判決の一つと言っても良い。

本稿では、Al-Kateb 判決において提示された見解を対比するとともに、なぜこのような対立が生じたのか、を明らかにする。

1.2. 関連規定の邦訳

本文に入る前に、本稿に関連する範囲において、関連規定の邦訳を示す。なお、連邦憲法を翻訳するに際し、天野淑子「オーストラリア連邦」萩野芳夫＝畑博行＝畑中和雄『アジア憲法集〔第2版〕』（明石書店・2007年）19頁を参考にした。ただし、原文の意味を改変しないように注意しつつ訳語を変更した箇所もある（本文中にて本節以外に示した規定以外について邦訳を示している場合も同様である）。

(1) Migration Act 1958 (Cth) 関連規定の邦訳

・ [不法滞在外国人の收容] s189(1)

「もし、職員⁷⁾が、移民地域（オフショア地域を除く）にいる者が、不法滞在外国人であると知っていた場合またはその疑いが合理的な場合には、当該職員は、その者を収容しなければならない」

・ [収容の継続] s196(1)

「s189によって収容された不法滞在外国人は、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) s198またはs199に基づいてオーストラリアから退去強制されるとき
- (b) s200による退去強制されるとき
- (c) ビザが与えられるとき」

・ [不法滞在外国人のオーストラリアからの退去強制] s198(1)

「職員は、不法滞在外国人が、文書によって、大臣に対して退去強制されることを求めた場合には、可能な限り速やかに（as soon as reasonably practicable）、退去強制しなければならない。」

(2) オーストラリア連邦憲法

・ [議会の立法権] 51条

「議会は、この憲法に従って連邦の平和、秩序及び適正な統治のために、次に掲げる事項に関する法律を制定する権限を有する。

- (19) 帰化及び外国人（naturalization and aliens）
- (27) 移民（immigration and emigration）」

・ [司法権、裁判所] 71条

「連邦の司法権は、オーストラリア高等法院と称される連邦最高裁判所、議会在設置するその他の連邦裁判所及び連邦の裁判権を付与されたその他の裁判所に属する。高等法院は、長官及び議会在定める2人以上の員数のその他の裁判官で構成される。」

7) この条項が規定する「職員」の範囲は広範である。移民部門職員のほか、関税職員、政府施設専門警察（protective service officer）、連邦警察、州警察、移民を管轄する省から授権された者も含まれる（s5）。

2. オーストラリアにおける外国人の法的地位・概説

Al-Kateb 判決の検討に入る前に、オーストラリア連邦憲法における外国人の法的地位・外国人を規制する権限について、概説する。

2.1. オーストラリアにおける権利保障・一般論

まず、一般論として、オーストラリア連邦憲法には権利章典は規定されていない⁸⁾。しかし、基本的人権の観念が存在しないわけではない。憲法の条文から導くことができる明示的権利と、直接には導くことができない黙示的権利があると解されている。明示的権利の範囲について若干の争いはあるが、最大公約数的な見解としては、代表を直接選挙する権利⁹⁾、収用に対する損失補償¹⁰⁾、陪審審理を受ける権利¹¹⁾、宗教の自由¹²⁾、居住地による差別の禁止¹³⁾などが観念されている¹⁴⁾。そして、黙示的権利としては、憲法が規定する代表制と責任政府の原理を実効的に保障するという観点から、政治的コミュニケーションの自由が

8) 連邦レベルでは権利章典は導入されていないが、2006年にはヴィクトリア州が、2004年にはACT（首都特別地域）では、権利章典を導入した。ただし、他州では導入されていない。

9) 7条1項 上院議員は…州の人民が直接に選挙する。

24条1項 下院は、連邦の人民によって直接選挙された議院で組織される。

10) 51条 議会は、この憲法に従って連邦の平和、秩序及び適正な統治のために、次に掲げる事項に関する法律を制定する権限を有する。

③)州または個人からの正当な条件に基づく財産の取得であって、議会がこれに関する法律を制定する権限を有するもの

11) 80条1項 連邦の法律に違反する犯罪の起訴に対する正式事実審理は、陪審によるものとする。

12) 116条 憲法は、宗教を開基し、宗教的儀式を強制し、または自由な宗教活動を禁止する法律を制定してはならない。また、いかなる宗教上の誓約も、連邦における職務または公務に対する資格として要求してはならない。

13) 117条 女王の臣民であるいかなる州の住民も、他の州において女王の臣民としての住民であるならば、等しく、受けることのないような権利制限または差別的取扱いを受けることはない。

14) Sarah Joseph and Melissa Castan, *Federal Constitutional Law : A Contemporary View* (Lawbook Co., 3rd. ed., 2010) 383-384, Peter Hanks et al, *Constitutional Law in Australia* (LexisNexis Butterworth, 3rd. ed., 2012) 564.

あると解されている¹⁵⁾¹⁶⁾。ただし、自由権が中心であり、日本で言うところの社会権規定は存在しない。

そして、外国人に対しては、権利の性質を考慮して、保障の有無を判断している¹⁷⁾。例えば、選挙権を規定した7条・24条では「人民 (the people)」としているが、この「人民」という文言は、オーストラリア市民と解されている¹⁸⁾。また、黙示的権利として認められている政治的コミュニケーションの自由については、特に入国・難民としての地位・政府に対する保護を求める場合に認められるという立場¹⁹⁾と代表民主制の原理はオーストラリア市民が対象であることを理由に、外国人が政治的コミュニケーションを行うことを禁止していないが憲法上の自由として保障したものではないという立場²⁰⁾に分かれている。

2.2. 外国人権限の性質

(1) 規制根拠としての外国人権限

連邦憲法51条では、連邦議会の権限を規定し、その中の一つとして、s51(19)では、帰化及び外国人に関する事項を連邦議会の権限としている。権限の内容は、文言通り、帰化及び外国人である²¹⁾。そして、現在のオーストラリアでは、外国人の出入国管理を規制する根拠は、第一次的には、後者の「外国人 (alien)」権限に基礎づけられている²²⁾。

なお、オーストラリア連邦憲法51条(27)にも移民規制に関する権限があるため、

15) Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth (1992) 177 CLR 106.

16) この点に関する整理として、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・社会学編12号19頁（2011年）。

17) Re Bolton; Ex Parte Douglas Beane (1987) 162 CLR 514, [1] per Mayson CJ.

18) Hanks et al, above n14, 638 [10. 280].

19) Cunliffe v Commonwealth (1994) 182 CLR 272, [34] per Mayson CJ.

20) 182 CLR 272, [30] per Brennan J.

21) Lumb, Gabriel Moens & John Trone, *The Constitution of the Commonwealth of Australia Annotated* (LexisNexis Butterworths Australia, 8th ed., 2012) 148.

22) Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v Nystrom [2006] HCA 50, [101].

連邦憲法制定当初は混乱が見られた。オーストラリア高等法院は、51条(27)について、浸透理論 (absorption doctrine) という考えを展開させていた。これは、「移民として到着した外国人は常に移民で居続けるわけではない。移民がオーストラリア共同体に『浸透』すると移民としての地位が消滅する。これが生じると、当該人物は、連邦憲法上の移民規制権限に根拠を置く法律の規制対象から外れる」²³⁾ という考え方である。しかし、いったん「浸透」してしまった外国人に対して規制を設けることができないという弊害が生じたため、1983年以降は、オーストラリア移民法は外国人権限 (19号) に基礎づけられている²⁴⁾。

外国人権限には、「行政権の判断によって外国人を退去強制することを認める法律を制定する権限だけでなく、退去強制を実効化するために、その必要な範囲において、行政権が、当該外国人を收容することを認める法律を制定する権限も含まれる」²⁵⁾²⁶⁾。なぜならば、退去強制や入国拒否を判断する際に、申請を受け取り、調査し、決定するため、そのような権限に「付随する権限として構成される」²⁷⁾。

23) Explanatory Memorandum, Migration Legislation Amendment Bill 1994 (Cth) 9 [23].

24) Ibid 9 [24].

25) *Chu Kheng Lim v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs and Another* (1992) 176 CLR 1, [29] per Brennan, Deane & Dawson.

26) 連邦初期の判決である *Robtelmes v Brennan* (1906) 4 CLR 395では、次のように判示している。

「連邦議会が外国人に関して自らが適当だと判断した法律を制定することができる権限は、外国人が国内に入国することが許可されるための条件、外国人が退去強制される条件を決定する権限を含む。連邦議会が授権された権限の下、権限の目的に合致した法律を制定することができる権限を有することは疑いようがない。そして、連邦司法部は、連邦議会の立法を審査すること、すなわち、連邦議会が採用した政策が適切かどうかを判断することができない。」(Ibid404.)

そして、Hayne 裁判官は、この判示から、外国人権限には外国人を收容する権限も含まれると理解している (*Al-Kateb*, [203].)。

27) 176 CLR 1, [30] per Brennan, Deane & Dawson.

(2) 外国人権限の性質—絶対的権限と描かれる2つの理由

そして、外国人権限は、アメリカ合衆国における移民規制権限と同様に、「絶対的権限 (Plenary Power)」²⁸⁾と位置づけられている。

例えば、Toohey 裁判官は、Lim 判決において、「この権限の下、議会が適当だと判断した理由がどのようなものであっても、議会は、外国人の退去強制に関する法律を、正当に制定できる」²⁹⁾と判示している³⁰⁾。

「絶対的権限」と描かれる理由は2点ある。

第一に、条文上の根拠として、連邦憲法51条に列挙してある点である。一般論として、連邦憲法51条に列挙してある「連邦の平和、秩序及び適正な統治のために法律を制定する権限は、連邦議会が従属的な法制定機関であるという意味において絶対的である」³¹⁾。51条に列挙してある権限は「絶対的」と位置付けられている。

ただし、51条に列挙された権限であったとしても、文字通り一切の制約を受けないわけではない。条文上も、「議会は、この憲法に従って、…次に掲げる事項に関する法律を制定する権限を有する」(下線部は引用者)と規定し、51条に列挙された権限であっても憲法による統制に服することを明記している³²⁾。これは、「明示的及び黙示的な憲法規定による制約」³³⁾を含むと解されている。

第二に、実質的な根拠として、外国人権限は、国家主権に基づくものという

28) George Winterton, H P Lee, Arthur Glass, James A Thomson, *Australian Federal Constitutional Law Commentary and Materials* (Thomason Legal & Regulatory Australia, 2nd ed., 2007) 69, Moens & Trone, above n21, 150 [284].

29) *Lim*, 176 CLR 1, [20] per Toohey (citing, *Pochi v Macpee* (1988) 151 CLR 101, 106).

30) 同様に、Lim 判決において、Brennan 裁判官、Deane 裁判官、Dawson 裁判官による共同意見においても、*Koon Wing Lau v Calwell* (1949) 80 CLR 533, 551を引用しつつ、「完全な権限 (full power)」と描かれている (176 CLR 1, [29] per Brennan, Deane & Dawson)。

31) Moens & Trone, above n21, 107.

32) *Ibid* 110 [204].

33) *Ibid*.

見解である。Robtelmes v Brennan³⁴⁾において、Griffith 長官の意見では、アメリカ合衆国の判例法理³⁵⁾を「大英帝国においても定着した法」³⁶⁾と位置付けつつ、「誰が領域内に入り、特権を共有し、統治に参加し、土地の産物を享受することを認めるのかを判断することは、主権国家が有する本質的な大権である」³⁷⁾と判示した。この判示では、移民規制権限が主権に基づくことから、「最高の権限 (supreme power)」³⁸⁾と描いている³⁹⁾。

このようにオーストラリアでは、外国人権限について、憲法による統制可能性を認めながらも、基本的には広い立法裁量が委ねられている。以上を前提に、以下では Al-Kateb 判決について検討する。

3. 判決の内容

3.1. 事案 (Callinan 裁判官意見 [272-282] による)

上訴人 Al-Kateb 本人の主張によれば、上訴人は、1976年7月29日にクウェート国パレスチナにて出生した無国籍者である。彼の両親は、パレスチナ人であり、短期間ヨルダンに居住していた経験がある以外は、ほとんどパレスチナで生活していた。彼は、2000年12月中旬にオーストラリアに到着した。彼はパスポートもビザを所持しておらず、Migration Act 1958 (Cth) の189条の規定により、移民收容所に收容された。

上訴人は、2001年1月6日に、移民多文化先住民省⁴⁰⁾に対して保護ビザを申請

34) (1906) 4 CLR 395.

35) アメリカ合衆国の判例法理の概要については、坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて(1)」北大法学論集62巻2号 56-59頁 (2011年) 参照。

36) 4 CLR 395, 403.

37) 4 CLR 395, 401.

38) 4 CLR 395, 405.

39) 同様の思考は、Al-Kateb 判決においても受け継がれている (Al-Kateb, [203])。

40) 当時の名称。オーストラリアでは、移民政策の変更に伴い、移民管轄担当省の名称が頻繁に変更される。2014年現在は、「移民・境界保護省 (The Department of Immigration and Border Protection)」となっている。

したが、2001年2月22日に、当該省代表者は、申請を拒否した。上訴人は、難民審判所（Refugee Review Tribunal、連邦機関の一つ）に対して、同代表者の判断の審査を求めた。

審判所は、代表者の決定を承認した。2001年6月6日、上訴人は、連邦裁判所に対して、同審判所の判断の司法審査を求めて出訴した。しかし、連邦裁判所は、2001年10月23日に、請求を棄却した。その後、上訴人は、連邦裁判所の全員法廷による審理を求めたが、2002年5月21日に、控訴棄却の結論を下した。

2002年6月19日、上訴人は、移民多文化先住民省に対して、クウェート国に帰還したい、不可能ならばガザ地区に戻りたいと意思を伝えた。2002年8月30日、Al-Katebは、省から求められた、合理的に可能な限り早くオーストラリアを離れる趣旨の文書にサインをした。

その後、Al-Katebは、2003年1月8日、自らの継続的収容に対する司法審査を求めて連邦裁判所に対して訴訟を提起した。連邦裁判所では、請求が棄却され⁴¹⁾、全員法廷に対して控訴したものの、審理されなかった。

その後、Al-Katebは、2003年2月12日に、別な訴訟を提起した。請求内容は、自らの収容が違法なものであり、その結果として人身保護請求による救済が必要であるというものである。その内容は、第一に、職務執行令状として、省代表者に対して、Al-Katebをオーストラリアから退去強制させる、第二に、職務執行令状として、省代表者は一定の調査をしなければならない、第三に、大臣に対して上訴人の収容継続の禁止命令、第四に、費用の弁済である。

連邦裁判所は、2003年4月3日に、請求を棄却した。判決では、省は上訴人を確実に退去強制させるために合理的な手順を踏まえているか疑問がないわけではないとしながらも、上訴人の退去強制は、現時点では、実行可能性がないと述べている。2003年4月17日に上訴人は条件付きで移民収容施設からの釈放を求める中間命令が下され、釈放された。

2003年4月23日、Al-Katebは、連邦地裁判決につき、高等法院に対して上訴

41) SHDB v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs [2003] FCA 30.

した。なお、同時に同一の争点について争われた他の2つの事例も取り上げられている。

3.2. 判決

高等法院では、上訴棄却が4人、上訴認容が3人であり、結論から言えば、Al-Katebの上訴は棄却された。意見分布は図の通りである。

裁判官	誰に同調したのか？	結論
Gleeson CJ	Gummow	Allow
McHugh	Hayne	Dismiss
Gummow		Allow
Kirby	Gummow	Allow
Hayne		Dismiss
Callinan		Dismiss
Heydon	Hayne	Dismiss

多数意見と少数意見について、実質的な対立点は、McHughとKirbyにある。以下では、本判決における両者の見解を対比させながら、本判決の内容を紹介する。なお、Heydon裁判官を除いて、他の裁判官も自らの個別意見を執筆しているため、必要に応じて、他の裁判官の見解も紹介する。

3.2.1. McHugh 裁判官の見解

本件における第一の問題は、「Migration Act 1958 (Cth) が無期限の収容を許容しているように解釈することができるのか」、第二の問題は、「仮にそのように解釈できたとして、無期限に収容する権限を認めることは、立法権限の限界として違憲にならないのか」である⁴²⁾。

(1) 第一の問題について

Migration Act 1958 (Cth) の ss189, 196, 198の規定の文言は、「非常に明確で

42) Al-Kateb, [31].

あって、これらの規定を、合目的な制約に服するように解釈したり、基本的権利に影響を与えないように解釈したりすることはできない⁴³⁾。s198(1)は、「可能な限り速やかに (as soon as reasonably practicable)」退去強制することを規定しているが、収容期間を短期化することは、退去強制を実現することによって行われる⁴⁴⁾。

(2) 第二の問題について

(a) 外国人権限の性質

Chu Kheng Lim v Minister for Immigration (1991) 176 CLR 1において、「当裁判所は、連邦憲法51条(19)によって連邦議会に授権された権限は、外国人の入国拒否または退去強制のために、当該外国人を収容する権限を行政府に対して授権することも含まれると判示した⁴⁵⁾。司法府による判断がなくとも外国人を収容できることは司法府の権限を侵害するという主張に対して、Lim 判決は「収容する権限は、性質上、刑罰的でも、連邦の司法府の権限でもない⁴⁶⁾と判示している⁴⁷⁾。

この判示は、「退去強制が中断している者を収容する権限は、付随的憲法権限 (incidental constitutional power)、すなわち、外国人権限に単に付随する権限ではないことを意味する⁴⁸⁾。

付随的権限とは、「連邦議会に対して明示的に授権された権限と明示的に授権されていない権限の間⁴⁹⁾に位置し、本来的権限 (Head power) に関連して、合理的に必要な範囲において行使される。例えば、武器の輸出入を行った被疑者を収容する規定を設けたとしても、当該被疑者を収容することは、通商条項⁵⁰⁾

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

44) *Al-Kateb*, [34].

45) *Al-Kateb*, [36].

46) (1992) 176 CLR 1, [32] per Brennan, Deane & Dawson.

47) *Al-Kateb*, [36].

48) *Al-Kateb*, [37].

49) *Al-Kateb*, [38].

50) 連邦憲法51条(1)では、「諸外国との通商及び州際通商」が連邦権限であると規定している。

の付随的権限によってのみ正当化される⁵¹⁾。外国人登録制度を制定することは、まさに、本来の権限の行使である。

Lim 判決においても、当該規制は、外国人権限の範囲に属すると推定されると判示している。そして、「当該人物が外国人という意味の範囲に属する以上、当該人物に対して規制を及ぼすことができる連邦議会の権限は、他の憲法条項が禁止していない限り、無制限である」⁵²⁾。本件において問題となった外国人を收容する権限は、憲法51条(19)に付随する権限ではなく、本来の権限である⁵³⁾。

(b) 收容の法的性質と司法府の権限について

「退去強制できない者を收容し続けることが、直ちに連邦憲法第三章に違反するとは限らない。司法府の権限は、法廷命令 (curial order) 以外の手段による收容が行われた場合には侵害される。法廷命令は、どのような目的であっても、連邦法によって授權され、刑罰を科す場合に用いられる。しかしながら、もし目的が純粹に保護的ならば、收容を認めた法律は、刑罰を科すものとみなされない」⁵⁴⁾。ただし、法廷命令がない收容が必ず第三章違反となるわけではない。

「收容の目的が、退去強制を利用するため、または、外国人がオーストラリア入国することまたはオーストラリア共同体に入ることを防ぐためである限りは、收容は、非刑罰的である。連邦議会は、51条(19)によって授權された権限の一環として、憲法第三章に違反することなく、上記の手段を取ることができる」⁵⁵⁾。

O'Keefe v Calwell⁵⁶⁾において、Latham 長官は、「望まれない外国人を排除することでは、退去強制も入国拒否も同一の性質を有している。それは、望まれない侵入から共同体を保護するための手段であり、刑罰としての性質を有さない」(下線部は、McHugh 裁判官による強調—引用者注)と判示している⁵⁷⁾。この

51) *Al-Kateb*, [39].

52) *Al-Kateb*, [41].

53) *Al-Kateb*, [42].

54) *Al-Kateb*, [44].

55) *Al-Kateb*, [45].

56) (1949) 77 CLR 261, 278.

57) *Al-Kateb*, [45].

ように、入国拒否・退去強制のための収容は、保護的性質を有する。不法滞在外国人をオーストラリア共同体に入れない、または退去強制するための法律を制定することは、連邦議会の判断である。したがって、もし、連邦議会がそのような権限がないならば、「不法に入国し、他国へ退去強制できない者は、Migration Act の目的を妨害することになる。不法入国によって、当該外国人は、事実上のオーストラリア市民となってしまうだろう」⁵⁸⁾。ただし、その達成方法については、刑事罰を科すことだけが唯一の達成方法とは限らない。現行法制度においては、裁判所が判断できることは、当該外国人が不法滞在か否かだけである。

憲法71条の文言は、議会在、非合法外国人が、退去強制されるまで収容できるように立法することを禁じている、という解釈には賛成しない。退去強制のための収容を規定する法律を制定することは、連邦司法権の範囲に関する連邦議会の権限の行使ではない。同様に、戦時における敵性収容者を、オーストラリアから退去強制されるまで収容しておく法律でもない⁵⁹⁾。

「収容は、目的達成のために最も確実な方法である」⁶⁰⁾。連邦議会の判断を拘束するような規定は、憲法上、存在しない。上記の規定について、議事機関は、選挙人及び国際機関に対して応答しなければならない。

(c) Kirby の先例解釈に対する批判

Lim 判決も、Al-Kateb にとって有利な結論を導き出すことにはならない。本件の収容は、退去強制が合理的に予見可能な将来に実行不可能であるが、不法滞在外国人を入国させないものであり、Lim 判決とは事案が異なる。

Communist Party Case は、Al-Kateb 判決の土台とはならない。Communist Party Case において争点となった法律は、憲法51条(39) (付随的権限) 及び61条 (行政権)・51条(6) (防衛権限) の観点から、支持されないと判示した。この事

58) Al-Kateb, [46].

59) Al-Kateb, [47].

60) Al-Kateb, [48].

件は外国人の事件とは無関係であり、反対意見を執筆した Latham 長官は、当該法律を憲法違反ではないと判示している。

(d) 外国の判決参照について

Kirby の外国法の言及⁶¹⁾も支持できない。これらの事案は、本件とは無関係である⁶²⁾。

Zadvydas v. Davis では、司法権には触れていない⁶³⁾。Zadvydas 判決において、合衆国最高裁判所は、無期限收容を認める法律はデュー・プロセス条項上、重要な憲法問題を提起するものであると判示している。外国人の無期限收容それ自体が一切認められないと判示しているわけではない。さらに、Zadvydas 判決は、退去強制手続は、目的及び効果の面から見て、非刑罰的なものであると判示している。

(e) 第一次世界大戦・第二次世界大戦時の收容

行政権の判断によって無期限の收容を認めることは、オーストラリアにとって異質なもの、という Kirby の指摘も、支持できない。第一次世界大戦、第二次世界大戦のときには、ドイツ、イタリア生まれの敵性外国人を收容していた⁶⁴⁾。その際、收容には条件は設けられていなかった。このような收容の目的は、刑罰ではなく、保護的である。当該收容が連邦憲法第三章を侵害するとは考えられない。

61) *Al-Kateb*, [149].

62) *Al-Kateb*, [51-53].

63) *Al-Kateb*, [52].

64) 第一次世界大戦時には、War Precautions Regulations 1915 (Cth)、第二次世界大戦時には、National Security (General) Regulations 1939 (Cth) が制定されている。前者については、Lloyd v Wallach (1915) 20 CLR 299、後者については、Ex parte Walsh [1942] ALR 359において、合憲と判断されている。以上は、McHugh 裁判官の整理による (see, *Al-Kateb*, [56-59])。

(f) 憲法解釈の際に国際法を参照することについて

裁判所は、憲法を、憲法が制定された1900年以降に確立した国際法に従って解釈することは、ありえない。もちろん、いくつかの事例（例えば、血統主義又は出生地主義について参照しながら「外国人」の範囲を解釈すること）では、憲法制定時点における国際法が、憲法規定の意味を明らかにすることはありうる。しかし、1900年以降存在している国際法とは、異なる⁶⁵⁾。

憲法解釈は国際法と合致するべきである、という主張は、過去の先例に照らして見ても、何度も拒絶されている。かつて、当法廷は、*Polites v The Commonwealth* (1945) 70 CLR 60において、制定法の文言が許す限り、確立した国際法に合致した解釈が必要と判示した。しかし、これは、「立法府は、立法時点における確立した国際法に反して立法することはできない」と述べているに過ぎない。国際法がまだ十分には確立されていない場合、ある程度の妥当性 (some validity) しか有さない⁶⁶⁾⁶⁷⁾。

現在の多様な状況では、立法府が、全ての国際法規範を考慮して立法をしていると想定することは不可能である。立法府は文言の通常の意味に従って法律を制定する。立法府は、制定した法律が、国際法の専門家による助力なしには知ることが出来なかった国際法規範を理由として、当初立法府自身が想定していた意味と矛盾する意味を有するように解釈することは、驚くことであろう⁶⁸⁾。

さらに言えば、憲法を国際法に合致して解釈することはありえない。上記の原則は、制定法に関するものであり、憲法には適用されない。*Polites* 判決において、Dixon 裁判官は、憲法第1章第5節において規定されている立法府の権限は、当該領域に関する絶対的権限であると判示した⁶⁹⁾。

ほとんどの国際法規範は、近年成立したものである。「もしオーストラリア裁

65) *Al-Kateb*, [62].

66) *Al-Kateb*, [63].

67) ある国際慣習法が確立しているかどうかは、国際司法裁判所規定38条に照らして判断される。*see, Al-Kateb*, [64].

68) *Al-Kateb*, [65].

69) *Al-Kateb*, [66].

判所が、現在有効な国際法を参照しながら憲法を解釈したならば、裁判官が、憲法128条に規定する改正手続を無視して、憲法改正をすることになるだろう」⁷⁰⁾。

「国際法規範は、憲法解釈の際の考慮要素の一つにすぎないという主張は、規範が紛争の結果そのものを変更するときには、憲法の意味が変わってしまうという事実を隠している」⁷¹⁾。

1900年以降、オーストラリア国内外にて生じた事象により、かつては提示されなかった、憲法の意味をめぐる視点が生ずることもありうる。「このような視点を理由として、憲法が、初期の頃に認識されていたものとは異なる意味を有するときがありうる」⁷²⁾。そして、「国内外の、政治的・社会的・経済的發展により、後の世代は、前の世代が知覚しなかった解釈を、憲法の文言から導き出すこともあるだろう」⁷³⁾。しかし、要因を考慮要素として解釈することと、国際法規範を考慮要素として解釈することは異なる。前述のように、憲法の意味を、国際法に従って解釈することは、憲法128条の手続を経ないで行う憲法改正である。一般的な政治的・社会的・経済的發展は、憲法の意味を解明する一助となるだろう。しかし、解釈の際に規範を考慮することは、元の法規範の改正することである。文脈や要素を考慮することと、規範を考慮することは異なる⁷⁴⁾。

Kirby 裁判官は、ヨーロッパ人権裁判所の判決に依拠した *Lawrence v Texas* を援用している。これは、国際法規範を適用したものではなく、「私的ホモセクシャル行為は、西洋文明社会 (Western civilization) の歴史において批判されてきたため、合衆国憲法が規定するデュー・プロセス条項は、同行為を保護していない」と判示した *Bowers* 判決を否定する文脈で「西洋文明社会」という語を用いている。文脈が異なる上、*Lawrence* 判決においてヨーロッパ人権裁判所の判決に依拠した部分は、判決においては瑣末な箇所である⁷⁵⁾。

70) *Al-Kateb*, [68].

71) *Al-Kateb*, [68].

72) *Al-Kateb*, [69].

73) *Al-Kateb*, [68].

74) *Al-Kateb*, [71].

75) *Al-Kateb*, [72].

オーストラリアにおいて、国際人権規約において見出される規範を採用した権利章典を導入せよ、という主張が強く展開されることがある。この批判は、近代西欧社会の国々の中で、権利章典が導入されていない数少ない国家の一つであるオーストラリアにとって、正当な批判かもしれない。しかし、仮に権利章典を導入することが望ましいとしても、司法部が、この国の機関の一つでもない国際的装置を用いて実質的な権利章典を憲法に導入することはできない。国際法に合致した憲法解釈を行うべきであるという主張は、行政部門が締結した条約に含まれる規範が憲法解釈にとって肝心なものになるという主張と同じである。さらに言えば、憲法の意味が、他国との合意や慣行によって創設された規範に影響を受ける、というのは考えにくい⁷⁶⁾。

(3) 結論及び救済

外国人権限により、議会は、国家を保護することができる。収容が退去強制またはオーストラリア共同体に入り込むことを防ぐことが目的である限り、議会が制定したことについて、司法部門は審査できない。司法が行うべきことは、当該議会が制定した法律が、憲法に規定された権限の範囲内に納まるか、という点だけである。救済手段については、Hayne 裁判官の見解を支持する⁷⁷⁾。

3.2.2. Kirby 裁判官の見解

(1) 基本権に合致した法解釈

外国人に関する法律を制定する権限は、連邦憲法の下、連邦議会が有する。そして、「行政権の判断による無期限の収容は、オーストラリア憲法秩序にとって、異質なものである」⁷⁸⁾。「当裁判所は、このような憲法秩序の維持に対して、特に警戒している」⁷⁹⁾。確かに、オーストラリア連邦憲法は、アメリカ合衆国の

76) *Al-Kateb*, [73].

77) *Al-Kateb*, [74-75].

78) *Al-Kateb*, [146].

79) *Al-Kateb*, [147].

ような第5修正に相当する規定は有さず、司法権については異なる発展を遂げているが、憲法秩序の維持は、同様である。收容を合理的に可能な範囲に限定するのではなく、大臣の判断によるという解釈には賛成しない。他国と同様に、「当裁判所は、個人の自由を保護する」⁸⁰⁾。

Gummow 裁判官の見解は、私見では、「個人の自由を擁護する国際法及びコモロンローを考慮することによって、さらに支持される。私は、憲法及び法律は、このような普遍的価値の観点から解釈されるべきである」⁸¹⁾。Gummow 裁判官の結論は、オーストラリアが従うべき国際法上の義務（市民的及び政治的権利に関する国際規約7条・9条・10条、世界人権宣言9条）と合致する。また、「コモロンローは、無期限の收容からの自由を守ることに、強い合意がある」⁸²⁾。

このような合意は、Migration Act (Cth) s196, 198及び憲法規定を解釈する際の指導となる。

(2) 国際法に合致したオーストラリア法の解釈

(a) 憲法の下での收容

「オーストラリア憲法において、司法府が立法府に服する場合を規定しているが、これは、単なる形式論ではない。司法権の存在及び優越は、司法府による判断なくして無期限の收容を認めることについて、第1章に規定している立法権（または第2章に規定している行政権）の本来の権限に対する憲法的統制を意味する。なぜならば、收容権限は、相対的に短期の收容であったとしても、刑罰としての性質を帯びようになりうるからである。刑罰を科すことは、憲法の下では、司法府—他の政府部門ではない—の責任である」⁸³⁾。

80) *Al-Kateb*, [149].

81) *Al-Kateb*, [150].

82) *Al-Kateb*, [150].

83) *Al-Kateb*, [153].

(b) The Communist Party Case について

Communist Party Case⁸⁴⁾における Dixon 裁判官の見解は、憲法上の原理として、法律の妥当性又は行政権による活動の妥当性は、議会の見解や行政職員の見解が決定打となるわけではない、ということを示唆している⁸⁵⁾。

(c) 外国の判決と類推

本件と同様の争点が争われた、アメリカ合衆国の判決 (Zadvydas v Davis, 533 U.S. 678 (2001)), イギリスの判決 (Haradisa Singh [1984] 1 All ER 983), 香港の枢密院の判決 (Tan Te Lam [1997] AC 97) は、「行政権が個人の自由を自由に剥奪することができることについて、コモンロー裁判官が、抵抗していたことを示している」⁸⁶⁾。Rumsfeld v. Padilla, 72 USLW 4584 (2004) において、Souter 裁判官は、行政権は、「法の支配 (the rule of law)」によって制約されると判示している⁸⁷⁾⁸⁸⁾。

(d) 制定法解釈アプローチ

「Zadvydas 判決では、当該制定法は、外国人の無期限收容の正当化を避けるように解釈されるべきと判示した。これは、行政権による自由な收容権限に対する司法的抵抗という発想に由来する。当該手続は非刑罰的であるという前提は、もしそのように解釈しなければ、『深刻な憲法上の問題』が生じるためである」。

84) (1951) 83 CLR 1.

85) *Al-Kateb*, [155].

86) *Al-Kateb*, [157].

87) *Al-Kateb*, [157].

88) オーストラリアでは、他国のコモンローは、オーストラリア・コモンローを明らかにするために参照する価値があると考えられ、制定法解釈やコモンロー解釈の際に他国の判決を参照することは頻繁に行われている (Cook v Cook (1986) 162 CLR 376, [19], Michael Kirby, 'Permanent Appellate Courts — the New South Wales Court of Appeal 20 Years On' (1987) 61 ALJ 391, 392.)。参照対象としては、植民地以来の伝統の関係から、イギリスがもっとも多いが、アメリカ、カナダ、ニュージーランドなどの判決も頻繁に参照される (Russell Smyth, 'What Do Intermediate Appellate Courts Cite? A Quantitative Study of the Citation Practice of Australian State Supreme Court' (1999) 21 Adel LR 51, 72.)。

このようなアプローチは支持されるべきであり、Zadvydas 判決は、本件とは大いに関連性がある。Singh 判決、Tan Te Lam 判決も同様である。これらの判決は、「我々の伝統を共有する裁判官は、行政権による自由な收容を、現代的な法の支配の観念とは合致しないと位置づける傾向にある」⁸⁹⁾ことを示している。

(e) 戦時の事例と立法

McHugh 裁判官は、戦時の2つの判決 (Lloyd v Wallach (1915) 20 CLR 299, Ex parte Walsh [1942] ALR 359.) を引用し、立法に根拠を持つ行政権による無制約な收容も可能であると判示している。確かに、この判決に従うならば、本件のような收容も正当化されうる。しかし、これらの判決は、アメリカ合衆国における Korematsu v United States に相当するものである。これは、日系アメリカ合衆国市民による收容を認めた判決であるが、既にアメリカ合衆国では、「恥すべきもの (embarrassment)」⁹⁰⁾と扱われ、誤りであったと評価されている。戦時には防衛に必要な権限が必要とされる。しかし、「その必要性があるからといって、憲法上の要請 (第3章に規定されているものを含む) が削除されていないわけではない」⁹¹⁾。憲法51条にも防衛権限が規定されているが、他の憲法規定 (第3章含む) による統制に服する。「もし現代のオーストラリアが戦争に直面したならば、Communist Party Case における戦後の一連の判決によって支援された当裁判所は、McHugh 裁判官が引用したような判決とは異なるアプローチを採用するだろう」⁹²⁾。

(f) 主観的解釈対目的的解釈

McHugh 裁判官は、立法府の主観的意図を重視するアプローチを採用している。しかし、この解釈には賛成しがたい。今日では、法律は、文言が許容する

89) *Al-Kateb*, [160].

90) *Al-Kateb*, [163].

91) *Al-Kateb*, [163].

92) *Al-Kateb*, [165].

範囲において、裁判所によって、目的に沿って解釈されている。これは、客観的解釈であり、法解釈の基本原則である。

「目的的アプローチは、国際法、特に国際人権法と合致するように解釈すべきであるという解釈と親和的である」。なぜならば、「国際法が関連する事案を判断する際に、国内裁判所は、国際的司法権を行使しているからである。国内管轄権を行使する際に、国内裁判所は、国内法によって承認された基本権を保護するような解釈原則を用いる。国内裁判所が国際管轄権を行使する際には、同様に、国内法を、国際法によって承認された基本権を保護するように行使される」⁹³⁾。

(g) 憲法の発展

過去の先例においては受け入れられなかった判断を、後の裁判所が支持することは、実際上起こりうる。「当法廷における憲法理解は、継続的に発展している」⁹⁴⁾⁹⁵⁾。

93) *Al-Kateb*, [168].

94) *Al-Kateb*, [170].

95) ここで、Kirby は、*Grain Pool of Western Australia v The Commonwealth* (2000) 202 CLR 479, 522-525 [111-118] を引用している。ここでは、1900年時点の憲法解釈を現代において採用できない理由として、以下の点を挙げている。

第一に、制憲者たちは既に亡くなっているため、自らの意見を憲法に反映させることができない。憲法は法解釈を指導するという特別な法形式である。「憲法の目的は、限界を定めることなく、時代に応じて、連邦議会に対して、それぞれの時代と必要性の変化に応じて法律を制定する権限を付与することであるから、立法機関は、豊かな解釈を受け取ることができる」(Ibid [111].)。

第二に、オーストラリア憲法は、歴史的には、帝国議会によって制定されたものであるが、現在では、究極の正当化根拠としては機能しない。「1900年の時点における帝国選挙人や当時憲法を提唱したオーストラリア植民地人の精神なるものを、全部または一部について参照しながら、憲法の意味決定するのは、不正確である」(Ibid [113].)。

第三に、高等法院は、*Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920) 28 CLR 129において、オーストラリア連邦議会の権限は、他の連邦制国家(特にアメリカ合衆国)とは異なる特徴を有するという考えを示した(Ibid [114].)。Engineer 判決は、連邦結成時に考えられていた憲法理解が誤っているという意味ではなく、「他の発展と同様に、法の外で生じた発展の結果」(Ibid [115].)である。

第四に、言葉の意味は変化しうる。そして、裁判所は、過去の意味よりも、現代の意味を探求する(Ibid [116-117].)。

Polites v Commonwealth⁹⁶⁾において、Dixon 裁判官は、制定法解釈において国際法に合致した解釈がありうるとしても、憲法解釈においては (Polites 判決では、憲法51条(6)が規定する連邦議会の防衛権限の範囲について争点となっている)、憲法が連邦議会に対して絶対的権限を付与したものである以上は、国際法に合致した解釈は採用できないと判示している⁹⁷⁾。

1945年の時点において、オーストラリア憲法は、単にイギリス議会が制定した法律の一つに過ぎず、当院の判決も、枢密院に対して上訴できた。1945年の時点とは、国際社会も大きく変わっている。1945年の時点では、民主主義・法の支配を採用している国は例外であり、国際連合も組織されておらず、人権を宣言する法的仕組みは構築されていなかった。このような中で、Dixon 裁判官に対して、「国連憲章に基づいた、人間の尊厳と正義の原則の観念の中に見いだせる人権と基本的自由という法的観念を予見すること、そして、それが我が国の憲法に対して与える影響を正当に評価することに期待を寄せることは、過剰であろう」⁹⁸⁾。

McHugh 裁判官は、政治的・社会的・経済的發展を憲法解釈の際の考慮要素に入れることはありうるとしても国際法という規範を取り込むことはないと判示している。しかし、「文脈はすべてのものである」と考えるべきである⁹⁹⁾。「現在、オーストラリア憲法は、それを制定し、それを統治の仕組みとして受け入れているオーストラリア人民についてのみ語っているわけではない。同時に、オーストラリア国家の基礎法として、オーストラリアもその共同体の一員である国際共同体についても語っている」¹⁰⁰⁾。1945年の時点においてどのような考え方があったにせよ、「憲法が国際法のダイナミックな影響から完全に孤立することは、今日では不可能であり、また、望ましいことではない」¹⁰¹⁾。

96) (1945) 70 CLR 60.

97) 70 CLR 60, 78.

98) *Al-Kateb*, [172].

99) *Al-Kateb*, [174].

100) *Al-Kateb*, [174].

101) *Al-Kateb*, [175].

(h) 憲法128条（憲法改正手続）との整合性

McHugh 裁判官は、このような解釈を認めることは、憲法改正手続を経ないで憲法改正を行うことであると批判している。しかし、憲法自身が、正式な改正と司法による再解釈を許容している。「当裁判所は、憲法の文言と法原則に適切かつ両立するように憲法を時代に合わせて変える役割を果たしている。1945年以降の国際法の発展によって、新たな変更が要求されたに過ぎない」¹⁰²⁾。

(i) 裁判所は新しい権利を宣言しているのか

上記のように裁判所は、国際法も考慮しなければならない。そうであるならば、「憲法または有効な国際法が明確な場合、憲法上の権限に由来する裁判所の義務として、裁判所は、法の要求に応えなければならない。国際法は、我々の憲法や制定法よりも上位にあるのでもなければ、その一部でもない。変型されてなければ、我々の国内法を構成しない」¹⁰³⁾。

オーストラリア裁判所が憲法解釈の文脈において権利を宣言することができないというのは誤りであり、過去の先例においても、新たに憲法上の権利を宣言した判決は存在している¹⁰⁴⁾。「その意味では、オーストラリア裁判所は、法制定機関である。ただし、憲法及び確立した法原則に合致した範囲において活動可能な、限定されたやり方であるが」¹⁰⁵⁾。

McHugh 裁判官は、法解釈において、ルーズリーフが用意されていると述べている。この見解には賛成する。しかし、McHugh 裁判官は、重大な問題を見落としている。ルーズリーフがあることによって、私は、単に、「現在、生じつつあり、国内憲法において採用されつつある重要な法発展、すなわち、人権及び基本的自由に関して、成長しつつある国際法上の役割に関する見解を追加す

102) *Al-Kateb*, [178].

103) *Al-Kateb*, [179].

104) *Citing, Kable v Director of Public Prosecutions (NSW) (1996) 189 CLR 51; Lange v Australian Broadcasting Corporation (1997) 189 CLR 520; Austin v The Commonwealth (2003) 77 ALJR 491; Mabo v Queensland [No 2] (1992) 175 CLR 1, 15-16.*

105) *Al-Kateb*, [180].

る必要があると述べているだけである」¹⁰⁶⁾。

(i) 他国を参照するアプローチそのものについて

他国の法解釈を見ていると、国際法の発展を、国内の権利章典解釈に影響を及ぼすかのように用いている。しかし、権利章典を持たないオーストラリア憲法では、状況は異なる。しかし、「国内の憲法裁判所が、国内の法伝統とは別に、国際的、地域的、他の政体の法構築物を参照しようとすることがある。これは、地域的な法に過ぎなかった領域において、近年生じているパラダイム転換である」¹⁰⁷⁾。例えば、アメリカ合衆国では、*Atkins v. Virginia* や *Lawrence v. Texas* などがある。これらの判決において採用したアプローチ（「一般的な文明社会 (wider civilization)」に由来する法理）は、私が提唱している考え方と一致する。

(3) 結論

Migration Act 1958, ss 196 & 198 を、純粋な文言解釈に従って無期限收容を認めると解釈したら重大な憲法上の問題が生じるため、法の文言及び文言が示す目的に従い、そして、国際人権法および基本的自由の原則に従って解釈すべきである。Gummow 裁判官の結論を支持する。

4. 分析・検討

4.1. 長期收容が生じる問題の背景

本件において問題となった条文について説明すると、次のようになる。

オーストラリアにおいて外国人の出入国・移民について規定している Migration Act 1958 (cth) では、正規滞在外国人¹⁰⁸⁾と不法滞在外国人¹⁰⁹⁾に区別される¹¹⁰⁾。

106) *Al-Kateb*, [183].

107) *Al-Kateb*, [185].

108) s13(1).

109) s14(1).

110) *Al-Kateb*, [204].

そして、本件のような事例の場合、裁量的収容ではなく、必ず収容される義務的収容制度が採用されている (s189(1))¹¹¹⁾。この制度は、1992年の法改正によって導入された¹¹²⁾。

s196では、収容期間を定め、s189によって収容された不法滞在外国人は、s198に基づいてオーストラリアから退去強制されるときまで収容されなければならない旨を規定している。そして、s198(1)では、「職員は、不法滞在外国人が、文書によって、大臣に対して退去強制されることを求めた場合には、可能な限り速やかに (as soon as reasonably practicable)、退去強制しなければならない」と定めている。

そして、本件では、事案の概要で説明したような事情から、退去強制の見込みが著しく低く、今後も収容されたままである可能性は高い。そこで、長期収容が憲法上、どのように評価されるのか、が争点となった。

4.2. 多数意見と少数意見の対立点—Lim 判決の射程をめぐって

本件では、収容期間が限定されるという解釈を許容するかどうかを判断する際に、行政権による長期収容は、実質的には刑罰に相当するものであって、刑罰権の行使は司法府の権限であるから、行政権が外国人を長期収容することは、司法権の侵害に該当するのではないか、という問題が提起されている。その際、先例、特に、*Chu Kheng Lim v Minister for Immigration Local Government & Ethnic Affairs*¹¹³⁾の射程が及ぶのか、が争点となっている。

4.2.1. Lim 判決について

まずは、Lim 判決について、簡単に紹介する。

111) ただし、例外として、大臣は、「ブリッジング・ビザ」と呼ばれる、特定のカテゴリに属する外国人に対して、一時的な滞在許可を与えることができる (ss37, 72-76)。

112) *Migration Reform Act 1992* (Cth), s13 [s54W]. see, *Al-Kateb*, [205].

113) [1992] HCA64; (1992) 176 CLR 1.

(1) 事案

第一原告、第二原告ともに、カンボジア国民であり、入国許可を持たずにボートでオーストラリアに到着した。ただし、第二原告には、オーストラリアに到着後出生したLim及びその母親も含まれる。第一原告、第二原告ともに、Migration Act 1958 (Cth) の手続きに従って大臣に対して難民申請を行ったが、却下された。

Lim 判決では、指定的人物 (s54K) に対する收容が争点となっている。指定的人物とは、1989年11月19日から1992年12月1日に、入国許可・ビザを持たずにオーストラリア海域にボートで来た者であり、指定された者を意味する¹¹⁴⁾。これは、条文の文言上では、例えばニュージーランドから来た者でも該当するように見えるが、実際には、いわゆるボート・ピープルに対する規制を目的としている¹¹⁵⁾。

そして、指定的人物に関しては、裁判所による介入が限定されていた。その一つとして、当時の Migration Act 1958 (Cth) s54R では、裁判所は、指定的人物に該当する外国人に対して釈放命令を出すことができないと規定されていた¹¹⁶⁾。本件では、s54R が立法権による司法権を侵害かに該当するかどうか、が論点の一つとなっている。

(2) 判旨

Brennan 裁判官・Deane 裁判官・Dawson 裁判官共同意見によれば、s54R によって、不法に收容されている指定的人物を救済できない状況が生じる。その一例として、入国申請を選択しなかった指定的人物が、收容期限の2ヶ月 (s54P(2)) を超えたにもかかわらず收容され続けている場合などが考えられる¹¹⁷⁾。

そして、裁判所が一切救済することができないような法制度を制定すること

114) 176 CLR 1, [13] per Brennan, Deane & Dawson.

115) 176 CLR 1, [14] per Brennan, Deane & Dawson.

116) 176 CLR 1, [36] per Brennan, Deane & Dawson.

117) 176 CLR 1, [37] per Brennan, Deane & Dawson.

は、司法権に対する侵害であり、司法府が行政権によるコントロールを行うという外観を剥奪するものである、と判示した¹¹⁸⁾。

上記の判断の過程において、共同同意見では、刑罰権と司法権について、次のような理解を示している。

司法府の権限にはいくつかあるが、「そのうちの最も重要なものは、連邦法において、刑罰を宣告し、有罪判断を下すことである」¹¹⁹⁾。「憲法は、第3章に定められた裁判所に対してのみ、刑罰を宣告し、有罪判断を下す権限を授權しているが、憲法の関心は、実質的なものであり、単なる形式論では済まない」¹²⁰⁾。「国家によって市民が非自発的収容状態におかれることは、その性質上、刑罰であり、現在の制度では、有罪を決定する司法的機能の一環としてのみ存在し得る」¹²¹⁾。

「もし、当該規定が定める収容が、退去強制の目的にとって必要、または入国許可申請を実現するために必要と考えられる合理的な範囲に限定されるならば、当該規定は無効ではない。他方、もし当該規定が認める収容が限界を設定していなかったら、行政権に対して授權した権限は、入国許可、退去強制に付随する権限とは推定できないだろう。そのような事態が生じた場合、あらゆる収容は、刑罰としての性質を帯び、連邦の司法権を裁判所に排他的に委ねた憲法第3章違反になるだろう」¹²²⁾。そして、収容の目的は、「退去強制目的または入国申請を可能にするために必要と考えられる合理的な範囲に限定されている」¹²³⁾。

118) 176 CLR 1, [38] per Brennan, Deane & Dawson.

119) 176 CLR 1, [22] per Brennan, Deane & Dawson.

120) 176 CLR 1, [23] per Brennan, Deane & Dawson.

121) 176 CLR 1, [23] per Brennan, Deane & Dawson.

122) 176 CLR 1, [32] per Brennan, Deane & Dawson.

123) 176 CLR 1, [33] per Brennan, Deane & Dawson.

4.2.2. Lim 判決をどう理解するのか

(1) 少数意見の見解—特に Gummow 裁判官の意見を中心として

Gummow 裁判官は、Lim 判決における上記の説示を、「立法が授権し、行政が執行する、外国人收容権限は、その收容目的の範囲において制約される」¹²⁴⁾と理解する。そして、McHugh 裁判官自身が、Lim 判決において非刑罰目的を達成するために合理的で必要な範囲を越えた收容はその性質上刑罰とみなされるとした判示に着目する¹²⁵⁾。

では、当該法律によって定められた收容が、刑罰か、非刑罰かをどのように線引きするのか¹²⁶⁾。これは、行政的收容を課す連邦権限に関する議論を反映するものであるが、明確な線引きは存在しない。手がかりとして、Chu Shao Hung v The Queen¹²⁷⁾に着目する。

この判決では、「刑罰：6ヶ月以上の收容、及び收容に加えて（または收容の代わりに）大臣による命令にしたがって連邦から退去強制すること」と規定した Commonwealth Immigration Act 1901, s 5 sub-s(6)の性質について、Kitto 裁判官は、次のように判示している。

「犯罪者を、大臣の決定が下された際に即座に退去強制できる状態にしておくこと以外に、收容の目的はありえない。したがって、收容規定は、退去強制に関して補助的な規定であると言うのが正しい」¹²⁸⁾。

Gummow 裁判官によれば、上記判示は、收容には、退去強制の実現という非刑罰目的のほかに、刑罰目的の6ヶ月以上の收容があると判示したものである¹²⁹⁾。非刑罰的か、刑罰的か、という区別は、行政的收容に関する司法府の制約を根

124) *Al-Kateb*, [128].

125) *Al-Kateb*, [129].

126) *Al-Kateb*, [135].

127) (1953) 87 CLR 575.

128) 87 CLR 575, [5] per Kitto.

129) *Al-Kateb*, [135].

拠付ける基礎とはならない。したがって、Lim 判決において、刑罰的か、非刑罰的か、という問いが立てられたが、これはミスリーディングである¹³⁰⁾。「連邦議会は、行政権に対して、退去強制目的で外国人を収容できることを認める権限を有している。そして、連邦議会は、それに付随して、入国許可申請を行う外国人によって提出される申請書を受け取り、調査し、決定する行政権を授権する権限を有する」¹³¹⁾。

「しかし、目的の範囲は広くはない。退去強制目的の実現可能性は、立法府によって、行政部門の意見だけで判断する事柄ではないと扱われている。なぜならば、行政府は、司法府が自由を剥奪する行為について類型化する決定を下すことができないからである」¹³²⁾。

Kirby 裁判官も、Gummow 裁判官と同様の立場に立つ (Kirby 裁判官の意見(a) 参照)¹³³⁾。

(2) 多数意見の見解—刑罰目的以外の収容

McHugh 裁判官が先例たる Lim 判決をどのように捉えているのか、という点については、既に述べた ([McHugh 裁判官の意見(2)(a)-(c)] 参照)。

Hayne 裁判官、Callinan 裁判官も、McHugh 裁判官と同様、Lim 判決によれば刑罰目的以外の収容は認められ、その場合は必ずしも司法による介入は必要としない、と理解する¹³⁴⁾。

Hayne 裁判官は、収容の目的を検討する立場から、次の2点を重視する。

第一に、かつては許可を持たずにオーストラリアに入国または滞在した外国人に対して刑罰を科していたが¹³⁵⁾、1992年の Migration Act 改正以後は、収容施

130) *Al-Kateb*, [136].

131) *Al-Kateb*, [139].

132) *Al-Kateb*, [140].

133) *Al-Kateb*, [153-154]. なお、Gleeson 長官も同様である (*Al-Kateb*, [10])。

134) *Al-Kateb*, [251] [294].

135) *Al-Kateb*, [213].

設から逃亡することだけが刑罰の対象となっていること¹³⁶⁾を指摘し、現在は不法滞在それ自体は刑罰の対象とはなっていない点である¹³⁷⁾。そして、刑罰以外の收容も、本来の権限の行使として正当化しうる。

第二に、「外国人が許可を持たずに入国した、あるいは入国しようとした場合、当該外国人を收容することは、彼らが入ろうとする共同体から、彼らを排除することを意味する。最大限に一般化したとして、外国人が無理やり入国しようとすることを防ぐことは刑罰と云うるかもしれない。しかし、許可を持たずに無理やり入国しようとする者を隔離することは、実質的にも異なる性質を帯びると考えられる」¹³⁸⁾。

Hayne 裁判官は、上記のように述べ、收容が刑罰には該当しないと判示した。

4.2.3. 検討—收容の目的について

收容が刑罰的であるならば、行政権単独によって收容を決定することは許容されず、司法による判断が必要になる。この点については、多数意見及び少数意見も、裁判所による介入なくして、刑罰として非自発的に身体を拘束することそれ自体は、原則として許容されないという考え方に立脚している（[3.2.1 (2)(b)] 参照）。

問題は、收容が刑罰としての性質を有するか、である。

多数意見は、オーストラリアという共同体の保護を掲げ、非刑罰的であるため、司法府による介入は、憲法上の要請とはならない、と判示する。他方、少数意見は、收容が刑罰になりうる場合もあると捉え、Lim 判決の射程を限定し、裁判所の介入なくして刑罰を科していることになり、権力分立の問題が生じる、と考える。

では、收容の目的を評価する際には、どのような考慮が必要なのか。

Al-Kateb 判決の約 2 ヶ月後に下された Re Wooley; Ex parte Applicants M276/

136) *Al-Kateb*, [215].

137) *Al-Kateb*, [266].

138) *Al-Kateb*, [266].

2003では、児童（それぞれ15歳，13歳，11歳，7歳の計4人の外国人）に対する収容の合法性が争われた。この判決において，逃亡のリスクまたは共同体に対する危険がないという主張に対して，Gleeson長官は，「入国ビザを求め，申請の途中である外国人を強制的に行政的収容することの妥当性は，各事情，例えば，申請者が逃亡するおそれがあるという点や収容に関連した個別の困難さ次第で定まる，という見解は，Lim判決が示したことには含まれていない。Lim判決において問題となった法律は，許可を持たずに入国した，いわゆる不法滞在外国人を，集団として対象としている」¹³⁹⁾と判示した。

これは，「収容の目的は，各個人の事情に言及するのではなく，オーストラリアにおける集団としての不法滞在外国人のレベルで評価されている」¹⁴⁰⁾と考えられる。したがって，各個人の事情を主張したとしても，それは裁判所では考慮されないことになる。

Al-Kateb判決の多数意見に対しては，刑罰と強制収容は，名称こそ異なるものの，実態において大きな違いを見出すことができない¹⁴¹⁾，という批判が向けられている。「公衆を保護するために，移民拘禁センター，病院，刑務所等に無期限にとどまることになるが，それは刑罰ではないということをいくら個人に話し理解させたとしても，彼ら個人が処罰されているという認識を抱くことは全く変わらないであろうと思う。拘禁を通じてなされる自由の剥奪は，法律上の言語でどのように表現しようとも，魔法のように，刑罰から，何らかの他の手段へと変わることはないのである」¹⁴²⁾。

139) Re Wooleys (2004) 225 CLR 1, [27].

140) Hanks et al, above n14, 521 [9.41].

141) Matthew Groves, 'Immigration Detention vs Imprisonment' (2004) 29(5) Alternative Law Journal 228, 230.

142) 藤本哲也「オーストラリアにおける予防拘禁制度」法学新報120巻3・4号101頁(2013年)。

4.3. 解釈の手法に関する対立—基本権に適合的な解釈と国際法

4.3.1. 基本権に合致した解釈

(1) 少数意見との対比—法解釈態度の相違

Kirby 裁判官は、基本権に合致した法解釈を行うべきであり、その一環として、国際法規範を取り込むべきである、という立場である（[3.2.2(1)参照]）。

Gleeson 長官は、Kirby 裁判官の見解と基本的に同一の方向性を示しつつ¹⁴³⁾、法解釈の基本原則の観点から、次のように説明する。

Gleeson 長官によれば、外国人を退去強制することも、外国人を無期限に收容することも、どちらも法律に従った結果であって、長期收容については、立法は何も語っていない、沈黙状態が生じている¹⁴⁴⁾。では、立法の沈黙が生じた場合に、裁判所はどのような解釈態度を取るのか。

「裁判所は、司法機能を行使する際に、連邦議会が制定した法律の意味を宣言することによって、連邦議会の意思に効果を与えようとする。権利または自由を侵害・制約する立法府の意図—これは、立法府が、問題となっている権利または自由に対して関心を寄せ、意図的に侵害することを決定したことを示している—が不明確な文言で表明されていたら、裁判所は、その意図を有する立法府を非難するだろう。」¹⁴⁵⁾

では、立法府は、明確な意図をもって無期限收容を認めたとと言えるのだろうか。

Gleeson 長官は、「可能な限り速やかに」退去強制しなければならないと規定した s198は、「被收容者または担当部門の過失がないにも関わらず退去強制でき

143) Gleeson 長官も、この点については一致する (*Al-Kateb*, [19])。

144) *Al-Kateb*, [18].

145) *Al-Kateb*, [19]. Gleeson 長官によれば、「連邦議会が一般的または曖昧な文言を用いて基本権を侵害すること」を禁止することは、「法の支配、自由な社会において、連邦議会が敬意を表明する裁判所によって支持及び承認された、法的価値の表明である」(*Al-Kateb*, [20])。

なかったならば、どのような事態が生じているのか、という点について何も語っていない。つまり、本件のような事態については扱っていない。被收容者が、個人的事情に関係なく、共同体に対して危害を与えるかどうかに関係なく、逃亡するかもしれないかどうかに関係なく、無期限に、そしておそらく永遠に行政的收容されるという可能性は、本規定が扱うものではない¹⁴⁶⁾。

Gleeson 長官の見解の要点は、個人的事情、共同体に対する危険、逃亡のおそれなどの事情がないにも関わらず、外国人を無期限に收容することは、法は想定していないというものである。従って、上記事情があれば格別、本件では、それが見当たらない以上は、收容を正当化することができない。

他方、McHugh 裁判官は、たとえ法内容が権利侵害的であったとしても、法文の文言が明確である以上は、それ以外の解釈を許さない、という立場である ([3.2.1(1)] 参照)。

(2) 検討—厳格な文言主義対目的アプローチ

Gleeson 長官が示した解釈原則は、Potter v Minahan¹⁴⁷⁾において示されたオーストラリア法において一般的に支持されている見解¹⁴⁸⁾であって、議会主権及び三権分立の観点から正当化される。そして、McHugh 裁判官も同様の立場に立脚している¹⁴⁹⁾。

この点について、Curtin は、「厳格な文言主義」の多数意見と「個人の自由を擁護し、国際人権法に適合的な目的アプローチ」を採用した少数意見を対比している¹⁵⁰⁾。多数意見が、「制定法の文言に特権を付与した」¹⁵¹⁾解釈を展開した背景は、連邦議会が有する外国人権限は、絶対的なものである、という発想であ

146) *Al-Kateb*, [21].

147) (1908) 7 CLR 277, 304.

148) Alexander Reilly et al, *Australian Public Law* (Oxford University Press, 2011) 250-251.

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

150) Juliet Curtin, 'Never Say Never: *Al-Kateb v Godwin*' (2005) 27(2) *Sydney Law Review* 355 at footnote 10-11.

151) *Ibid* footnote 64-65.

る。McHugh 裁判官が指摘するように、どのような人物をオーストラリアという共同体に入れるのか、を判断し、共同体を保護することは、まさに連邦議会が判断することである（[3.2.1(1)(b)参照]）。それゆえ、連邦議会の意思＝条文の文言が明白である以上、他の解釈は許容できない、というものである¹⁵²⁾。

上記の解釈原則に照らして考えるならば、McHugh 裁判官の見解も、筋が通った見解であり、十分に理解可能である。両者の対立点は、立法の意図は明白と捉えるのか、あるいは立法の沈黙と捉え、他の解釈の可能性（基本権や国際人権条約に適合的な解釈）を探るのか、という法の見方、法解釈態度の相違に帰着する。そこで、次は、後者の解釈の可能性について多数意見と少数意見ではどのような対立が生じているのかについて検討する。

4.3.2. 国際法を取り込んだ憲法解釈の可能性

憲法解釈の際に国際法はどのような役割を果たしているのか。この点についても、McHugh 裁判官（[3.2.1(2)(f) 参照]）と Kirby 裁判官（特に [3.2.2(2)(g)-(i)] 参照）が、激しく論争している。

(1) 提起されている問題—Polites 判決の射程範囲

ここでは、Polites v Commonwealth¹⁵³⁾判決の射程範囲が問題となっている。

Polites 判決では、オーストラリアに居住する外国人を徴兵する趣旨の法律が国際法に違反するかどうか争われた事案であって、その過程において、オーストラリアにおける国際法と国内法解釈の関係に関する準則を示している。

Polites 判決において、Latham 長官は、次のように判示している。「裁判所は、たとえ当該制定法が国際法に違反していたとしても、当該制定法に拘束される」¹⁵⁴⁾。「連邦議会は、国際的紛争が生じるリスクを抱えるが、国際法に違反した法律を制定することができる」¹⁵⁵⁾。「連邦議会の権限の範囲内において制定さ

152) *Al-Kateb*, [298].

153) (1945) 70 CLR 60.

154) 70 CLR 60, 69.

155) 70 CLR 60, 69.

れた法律は、それが国際法違反であるからという理由では、無効とはならない。ただし、当該制定法を、国際法及び国際礼讓に違反しないように解釈するように努力することは排除されない」(下線部は引用者による)¹⁵⁶⁾。

このような見解が採用される理由は、オーストラリアでは、国際法と国内法の関係について、いわゆる二元論¹⁵⁷⁾を前提とし、議会主権及び権力分立の観点から、国内法秩序の形成者は議会と捉えられ、裁判所は、国際法規範を直接取り込むことはできないという制約が課せられている¹⁵⁸⁾、という点に求められる。Polites 判決において、Starke 裁判官も、もし国際法が、主権国家としての憲法上の権限に対して制約を設定するとするならば、国家主権(及びその体现者たる連邦議会)の領域内における最高性が否定されてしまう、と判示している¹⁵⁹⁾。

(2) どのように考えられるのか—国際法と国内法(特に憲法)との関係

では、国際人権条約と憲法及び制定法の関係、憲法解釈及び制定法解釈をどのように考えるべきなのか。一般論として、国際法は、憲法51条の権限を制約する根拠にはならない¹⁶⁰⁾。しかし、[4.3.2(1)]において紹介した Polites 判決における下線部は、国際法に適合的に解釈することは排除されていないことを示唆しているようにも理解できる。Al-Kateb 判決では、この問題について、Polites 判決をどのように理解するか、が争われている。

Polites 判決について、McHugh 裁判官は、制定法を制定当時の国際法に適合的に解釈することは可能であるに過ぎないと判示したものと理解する。そして、Polites 判決は、憲法解釈については当てはまらない。McHugh 裁判官は、憲法制定当時の国際法規範は、憲法解釈の際に考慮要素にはなりうるとしても、

156) 70 CLR 60, 69.

157) 二元論とは、一般に、国内法と国際法の妥当根拠は異なり(国内法の妥当根拠は国家単独の意思であり、国際法の妥当根拠は諸国が共通して持つ意思にある)、したがって両者は別個の法秩序だ、と考える見解である(酒井啓亘=寺谷広司=西村弓=濱本正太郎『国際法』(有斐閣・2011年)382-383頁)。

158) Reilly et al, above n148, 245.

159) 70 CLR 60, 75.

160) Moens & Trone, above n21, 109-110 [204].

憲法制定後に成立した国際法規範を考慮することは、憲法を改正することに等しいと考える（[3.2.1(2)(f)] 参照）。

McHugh 裁判官の発想は、他の裁判官も共有している。

例えば、Heydon 裁判官—Al-Kateb 判決では特に何も語っていないが—は、Forge v ASIC (2006) 228 CLR 45において、憲法が制定された後の国際法規範は、憲法解釈の指針とはならないという立場から、「ヨーロッパ人権憲章、権利及び自由に関するカナダ憲章、南アフリカ共和国憲法の権利章典は、憲法第3章の後に制定されたものである。これらは、憲法第3章を導くものではなく、また、第3章の基礎となるものではない。したがって、第3章解釈の際に、これらの文書から示唆を得ることはできない」¹⁶¹⁾と判示している。

ほかにも、Callinan 裁判官は、Western Australia v Ward¹⁶²⁾において、次のように述べ、McHugh 裁判官と同様の立場を表明している¹⁶³⁾。

「憲法の規定は、国際法に合致して解釈されるべきではない。国際連合のような国際的機関が成立する以前に植民地人が起草し採択した憲法が、国際的共同体に向けて宣言している、と考えるのは、時代錯誤である。憲法は、人民及び機関によって解釈され、承認された、我々の基本法であり、人間の権利の集合体ではない。諸国の承認は、我々の憲法に何か効果を与えるものでもなく、それが欠如したからといって、憲法の効力が否定されるわけではない。したがって、そのような考慮は、我々の基本法を解釈する際に何も役割を果たさない。」¹⁶⁴⁾

McHugh 裁判官や Callinan 裁判官のような憲法解釈を国際法から完全に切り

161) 228 CLR 45, [250].

162) (2002) 213 CLR 1.

163) Devika Howell and George Williams, 'A Tale of Two Systems: The Use of International Law in Constitutional Interpretation in Australia and South Africa' (2005) 29(1) Melbourne University Law Review 95, footnote 90–91.

164) 213 CLR 1, [967].

離す発想の背景として、Polites 判決の紹介の際に触れた Starke 裁判官の見解の発想、及び法秩序の形成者たる議会の領域に対して過剰に踏み込まない裁判所の役割が挙げられる¹⁶⁵⁾¹⁶⁶⁾。

他方、Kirby 裁判官は、McHugh 裁判官・Callinan 裁判官とは対照的に、Polites 判決において示された制定法の解釈準則を発展させ、現代では国際法が憲法から孤立することは望ましいことではない、と述べている（[3.2.2(2) (i)] 参照）。

以前から Kirby は国際法を参照しつつ、基本権に適合的な法解釈することに積極的な立場を表明している¹⁶⁷⁾。このような発想は、「憲法は、オーストラリアを形成し、オーストラリアを統治するためにそれを受け入れてきたオーストラリア人民に対してだけ語っているものではない。憲法は、国際共同体の構成員であるオーストラリアという国の基本法として、国際共同体に向けても制定されたものである」¹⁶⁸⁾という憲法観を背景としている¹⁶⁹⁾。これは、既に紹介した Western Australia 判決における Callinan 裁判官の判示とは対照的である。

4.3.3. 権利保障と国際法—解釈論の限界？

McHugh 裁判官自身が認めるように、オーストラリアでは、国際法解釈を参考にしながら権利保障を実現しようとする考え方の論者が一定数存在し、有力な立場を形成している¹⁷⁰⁾。そして、実際に、ヴィクトリア州・首都特別地域

165) Hovell and Williams, above n163, footnote 92–93, 96–97.

166) ただし、憲法解釈と法律解釈を同一に考えて良いのか、という問題は残る。この点については、Kirby 裁判官の見解参照（[3.2.2(2)(i)]）。

167) Joseph & Castan, above n14, 55; Jennifer Clarke, *Hanks' Australian Constitutional Law* (LexisNexis Butterworths, 8th. ed., 2009) 221–222.

168) *Newcrest Mining (WA) Ltd v Commonwealth*, 190 CLR 513, 657.

169) 一見すると、憲法はその国民だけではなく国際共同体に対しても宣言しているという見解は違和感を覚えるかもしれないが、例えば、「日本国民は、国家の名誉をかけ、全力をあげてこの崇高な理念と目的を達成することを誓ふ」と定めた日本国憲法の前文は、「対外効果を目指した表現」（小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）138頁）と解されていることから考えると、それほど不自然ではないと思われる。

170) *Al-Kateb*, [73]. 日本における紹介としては、村上正直「オーストラリアに対する人権条約の影響—同国裁判所の動向を中心に—」国際法外交雑誌98巻1・2合併号194頁（1999年）など。

(ACT) において導入されている権利章典は、国際人権規約、就中、自由権規約を強く意識した規定である¹⁷¹⁾。

しかし、Al-Kateb 判決は、当時の高等法院において、このような立場を正確に表明しているのが Kirby 裁判官しかいないことを示している¹⁷²⁾。

一般論として、オーストラリアにおいて、条約の締結権は行政権の主体たる内閣 (Australian Constitution s61) にあるが、締結しただけでは、直ちには国内法としての効力を持つわけではない。国内法的効力を持つためには、明文上の根拠は存在しないものの、議会による編入手続が必要と解されている。その理由として、もし締結と署名だけで国内法的効力が認められるならば、行政権が法規範を制定することになってしまうことが挙げられる¹⁷³⁾。

したがって、このような原則から考えると、Kirby 裁判官が採用した国際人権条約を用いる手法は裏口から権利章典を導入しているという McHugh 裁判官の批判 [3.2.1(2)(f)] は、議会主権及び権力分立の観点からも正当化できる¹⁷⁴⁾。

[4.2] 及び [4.3] において述べた状況を考えると、Al-Kateb 判決は、基本的な人権の問題ではなく、権力分立の問題として処理している、という評価¹⁷⁵⁾が出てくるのも、納得できるだろう。

このような状況を解決するために、法解釈によるのではなく、権利章典を明示的に導入するかどうか、という論争へとつながる。この点について、Al-Kateb 判決は、権利章典が導入されていないからこそ生じた帰結という評価されている¹⁷⁶⁾。権利章典が導入されていれば基本権に適合的な解釈が可能だったという

171) David Clark, *Principles of Australian Public Law* (LexisNexis Butterworths, 3rd ed., 2010) 341-342 [12.27].

172) Michael Head, 'Detention without Trial — A Threat to Democratic Rights' (2005) 9(1) *University of Western Sydney Law Review* 33, footnote 44-45. Kirby の発想については [4.3.2(2)] 参照。

173) Clark, above n171, 375-376.

174) Reilly et al, above n 148, 246.

175) Hanks et al, above n14, 642 [10.300].

176) Ibid 641.

点では、McHugh 裁判官も、自身が示唆しているように、権利章典が導入されていた場合については、違う結論に到達していた可能性もある ([3.2.1(2)(f)]¹⁷⁷)。

4.4. 義務的収容・長期収容について

本件のように、長期間にわたって収容される事態が生じる理由は、[4.1] において述べたように、義務的収容制度及び収容期間に関する規定である。

4.4.1. 義務的収容制度に関する議論の状況

長期収容が生じる第一の理由は、義務的収容制度 (Migration Act 1958 (Cth) s189(1)) の存在である。これは、1992年の改正によって導入された¹⁷⁸)。導入された理由は、義務的収容制度を支持する見解と重なるため、次に述べる。

(1) 義務的収容制度を支持する見解

第一に、「不法滞在外国人を収容することは、オーストラリア移民法を順守するために最も効果的な方法である。もし不法滞在外国人が、違法であるにも関わらず収容されないならば、移民制度が嘲笑の対象となる。不法滞在外国人は、その地位が判定される前に、または一旦その申請が拒否されたあとに、共同体の中へと溶けこんでしまうだろう。不法滞在外国人が共同体の中へと流入する危険性は、彼らが第三世界出身の場合に高くなる。第三世界出身の外国人は、

177) McHugh 裁判官は、権利章典導入に関する講演会において、「Al-Kateb 氏の事件について、彼が置かれた状況は悲劇であり、私は、オーストラリアが当該制定法の s196及び s198が定める強制的文言を克服しようとする権利章典を有していないことを嘆いている」

(Michael McHugh, 'A Human Rights Act, the courts and the Constitution' at 32-33. McHugh 裁判官の講演内容は、〈www.humanrights.gov.au/letstalkaboutrights/events/McHugh_2009.html〉にて入手可能。) と述べている。また、McHugh 裁判官自身は、市民的及び政治的権利に関する国際規約を国内法化する立場である (Irina Kolodizner, 'The Carter of Rights Debate: A Battle of the Models' (2009) 16 Australian International Law Journal 219, 225)。

178) Migration Reform Act 1992 No. 184 (Cth), s54W [s13]. Explanatory Memorandum, Migration Reform Bill 1992 (Cth) 9. なお、同時にブリッジング・ビザ制度も導入されている。

彼ら自身の、オーストラリアにおける不法滞在外国人としての生活水準が、出身国の国民として利用可能な生活水準よりも高いと判断する。この主張は、オーストラリアと同等の国であり、不法滞在外国人を收容しない国（例えばイギリス）が、不法滞在外国人の高い逃亡率を抱えているという事実から支持されている」¹⁷⁹⁾。

第二に、「不法滞在外国人を收容することは、他の潜在的な不法滞在外国人が、オーストラリアに来ることを抑止している。もし不法滞在外国人がオーストラリアに到着するとすぐに收容されるならば、潜在的な不法滞在外国人は、そのような待遇を避けるためにオーストラリアを避けるであろう。義務的收容制度を支持する論者は、オーストラリアが2001年に起きた MV Tampa 物語以降、不法にボートで到着した人々を一切受け入れていない事実を指摘する。MV Tampa 物語とは、オーストラリアの難民手続制度に対して世界中から注目され（そして広く批判された）結末をもたらした」¹⁸⁰⁾。

「MV Tampa は、ノルウェー籍の船であり、クリスマス島から約1500km離れた国際海域において事故に遭遇した古い木造船に載っていた主にアフガニスタン出身の難民申請者約400名を救助した。オーストラリア政府は、難民申請者を彼らの難民申請手続が可能なオーストラリア（船から見て最も近い国である）に入国させることを拒絶した。その代わり、難民申請者を、他の近隣諸国（主にナウル）へと送還した。これは、オーストラリア政府によるクリスマス島及びオーストラリアの移民地域にある数多くの諸島に関連する『太平洋上の解決（Pacific Solution）』の実施という帰結を生み出した。『太平洋上の解決』とは、オーストラリア本土ではなく諸島に到着した者は、オーストラリアにおいて保護ビザを申請することができない、という意味である」¹⁸¹⁾。

第三の理由は、「不法滞在外国人は、いわば『列に割り込む人々』であり、通

179) Mirko Bagaric et al, *Migration and Refugee Law in Australia: Cases and Commentary* (Cambridge University Press, 2007) 490-491.

180) Ibid 491.

181) Ibid.

常の手續を通じて辛抱強く待機している世界中にいる無数の難民と同様に考慮されるべきであるにも関わらず、同様の見解を、不正に主張している。オーストラリアのような国において移民の場所は、非常に限定されている。オーストラリアのような国は、稀少であり価値が高い。オーストラリアのような場所へと移民するための申請は、緩慢であり退屈であるが、よく整備された手續である。オーストラリアにおいて申請手續を行い、その申請が成功した不法滞在外国人は、難民キャンプの列において待機している人々が得るはずであった場所を手に入れる。これは、移民制度の過酷なルールに従って行動している難民申請者にとって不公平である。オーストラリア共同体の中へと入り込むために最前線にいる人々がいるという事実は、他の数多くの難民より前に申請を処理する根拠となるだろうか¹⁸²⁾。

(2) 義務的收容制度に対する批判

「義務的收容制度に反対する主な見解は、非人道的かつ残虐であるというものである。難民申請者は、犯罪を犯しているわけではなく、適当な理由がないにも関わらず收容される。彼らは、犯罪を犯していないだけでなく、收容の前提となる陪審手續も受けない。不法滞在外国人は刑罰上の理由ではなく收容され、彼らの状況は、行政的收容と分類されるが、その違いは単に形式的なものに過ぎない。行政的收容は、刑罰的收容と同様に権利剥奪的であり、個人の精神的地位に対しても損害を与える」¹⁸³⁾。

「もしこの政策がなかったならば、不法滞在外国人の多くが共同体の中へ溶けこんでしまうという見解は、犯罪を犯していないにも関わらず收容することを通じて、共同体へ及ぼす損害が、不法滞在外国人及び我々が共有する価値に対して及ぼす害悪と比して過剰評価されている」¹⁸⁴⁾。

「不法滞在外国人が『列に割り込む人々』だとしても、收容は、彼らが行った

182) Ibid.

183) Ibid 492.

184) Ibid.

悪事に比較すると酷であり、均衡原則という基本的な規範を侵害している。利益と負担は、人々の利益と負担に比例して分配されなければならない。これは、我々が公正と正義の社会において暮らしていることを確保するために果たす重要な役割である。もし利益と負担が行き当たりばつりに配分されるならば、成功を求めて努力する理由や害悪を及ぼす行為を行わない理由も消滅するだろう。均衡原則の一つの表現は、刑罰は、犯罪に合致していなければならない、というものである。過剰な刑罰は、犯罪者が相当の刑罰を知っていた場合であっても、不公平であり、道徳的啓蒙を主張する社会においては許容されない。列に割り込む人々を收容することは、義務的收容制度の反対者にとっては、過剰な反応とみなされている¹⁸⁵⁾。

「義務的收容制度が抑止力になるという主張は、過剰である。違法なボートはもはやオーストラリアに来ることがなくなっている。この理由は、オーストラリアと近隣諸国との外交関係の改善である。例えば、インドネシアは、オーストラリアの海域へ入ろうとする違法船を防ぐ手続を行っている¹⁸⁶⁾。

なお、支持派が第二の根拠として挙げた「太平洋上の解決」政策は、2008年に廃止されている¹⁸⁷⁾¹⁸⁸⁾。

4.4.2. 收容期間の定めについて

(1) 收容期間の定めについて

長期收容が生じる第二の理由は、收容期間については、「可能な限り速やかに」という規定 (Migration Act (Cth) s198) の存在である。Migration Act 1958に

185) Ibid.

186) Ibid.

187) UNHCR, *UNHCR welcomes close of Australia's Pacific Solution* (8 February 2008) <<http://www.unhcr.org/47ac3f9c14.html>>, THE AUSTRALIAN, *Pacific Solution sinks quietly* (February 9, 2008) <<http://www.theaustralian.com.au/archive/news/pacific-solution-sinks-quietly/story-e6frg6no-1111115512067>>.

188) ほかに、義務的收容制度が国際人権条約違反だと主張する見解については、Matthew Stubbs, 'Arbitrary Detention in Australia: Detention of Unlawful Non-Citizens under the Migration Act 1958 (Cth)' (2006) 25 *Australian Year Book of International Law* 273.

は、明確な期限（例えば6ヶ月など）の定めがない。

Gummow 裁判官の見解のように、6ヶ月以上を経過した場合には、刑罰としての性質を有する、という見解（[4.2.2(1)参照]）も考えられる。Gleeson 長官及び Kirby 裁判官も、解釈によって同規定について限界を設定するという点では一致している。

それに対して、多数意見は、規定の文言が明白である以上、少数意見のような解釈は成立しない、と考えている。さらに、Hayne 裁判官は、次のように指摘する。

「現在は、オーストラリアが排除しようとする特定の外国人を受け入れる国がない。そして、現在は、退去強制が起きる時期が予見できない。Migration Act s198が定める義務を実施する時期が来るとは述べていない。その義務はまだ実施されていない。いまだ退去強制を実行していない。これは、退去強制が今後も一切実現しないというわけではない。」¹⁸⁹⁾

このような見解に立つ限り、たとえ現実的に可能性が低くとも、退去強制が実現する可能性がゼロではない以上、収容は継続されることになる。

(2) 無国籍者の法的地位について

収容期間の定めに関する規定に関連して、本件のように、無国籍者であるために長期収容が生じた場合、無国籍者であるという特有の地位を理由に保護すべきなのか、という問題がある。

保護ビザ（Migration Act 1958 s36）の対象には、難民は規定されているものの、無国籍者それ自体は含まれていない。オーストラリア国内法上は、日本における入管法と同様、無国籍者を特別に保護する規定は存在しない。

Gummow 裁判官は、無国籍条約31条では追放の可能性を認めていることに着

189) *Al-Kateb*, [229].

目する。無国籍条約31条は、「締約国は、国の安全又は公の秩序を理由とする場合を除くほか、合法的にその領域内にいる無国籍者を追放してはならない。」と定める。この規定の対象は、「合法的に」国内にいる無国籍者であって、Al-Kateb は、そもそも合法的に国内に滞在している者ではない、と解されている¹⁹⁰⁾。

5. 終わりに—関連する問題の提示と今後の研究課題

(1) Al-Kateb 判決について

本稿では、Al-Kateb v Godwin 判決を題材として、オーストラリアにおける長期被收容者の法的地位について検討するとともに、それに関連して、法解釈手法及び国際法に関する態度の対立について検討した。

Al-Kateb 判決の多数意見の結論それ自体は、McHugh 裁判官自身が認めているように「悲劇」¹⁹¹⁾であるが、本稿において示したように議会主権と裁判所の役割の観点から考えてみた場合、解釈論としては理解できないわけではない。

よって、問題は、法政策的観点から解決されるべきかもしれない。しかし、現在のところ、当該規定を改正する動きはオーストラリア国内では登場していない。

(2) 日本法に対して

日本の出入国管理法では、文言上では裁量的收容制度（收容するかしないかを当該行政機関が判断する制度）が採用されているように見えるが（入管法39条、52条5項）、実務では、入管法45条1項が「入国警備官が容疑者を收容しないで（在宅のままで）違反事件を入国審査官に引き渡す手続を定めていない」¹⁹²⁾ことを根拠に、義務的收容制度（＝全件收容主義）が採られている。

190) *Al-Kateb*, [106].

191) *Al-Kateb*, [31]. なお、これに対する Kirby 裁判官の応答は、*Al-Kateb*, [149] 参照。

192) 坂中英徳＝齋藤利夫『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第4版）』（日本加除出版・2012年）638頁。

そして、日本の入管法においても、外国人は退去強制が実現されるまで収容施設に収容されるが、入管法上は「速やかに」送還しなければならないと規定（入管法52条3項）するのみであって、オーストラリアと同様に明確な期限の定めがない¹⁹³⁾。

したがって、Al-Kateb 判決のような状況も、日本法の下では生じうる可能性が十分に考えられる。実際に、日本においても、最近では、全件収容主義及びそれに起因する収容期間の長期化が問題として認識されつつある。例えば、「収容期間の実態を見ると、かなりの期間収容されている。東日本入国管理センター（茨城県牛久市）には、6ヶ月以上収容されている者が多数おり、なかには2年に及ぶものもある。いわゆる特別放免（52条6項）もほとんど機能していないのが実情である」¹⁹⁴⁾と指摘されている。

本文中においても少し触れたように、オーストラリアにおいて義務的収容制度は国際法違反であるという批判が有力に唱えられている¹⁹⁵⁾。ただし、Kirby 裁判官が少数意見に過ぎないことから明らかなように、このような主張は、オーストラリア国内では不発に終わっている。

しかし、オーストラリア法の立場から国際法を用いない根拠は、日本法では採用されていない。であるならば、日本はオーストラリアと比べると柔軟な解釈が許容されていると捉え、国際人権法の観点から全件収容主義を批判する道は開かれているだろう¹⁹⁶⁾。

ただ、日本の裁判所が、法解釈において国際法を用いることに対して消極的な現状を鑑みると、成功の見込みは低いかもしれない（ただし解釈指針として

193) 坂中=齋藤・前掲713頁。

194) 入管実務研究会『入管実務マニュアル〔改訂第2版〕』（現代人文社・2009年）158頁。

195) Eg, Stubbs, above n188.

196) そのような主張として、例えば、大橋毅=児玉晃一「『全件収容主義』は誤りである」移民政策研究創刊号85頁（2009年）、菅充行「外国人の入国・在留と退去強制」芹田=棟居=薬師寺=坂元（編）『講座国際人権法2 国際人権規範の形成と展開』（信山社・2006年）439頁、付月「常居国による無国籍者の権利保障について—常居国に居住する権利を中心に—」法政論叢44巻2号8頁（2008年）。

国際法を採用することはありうる¹⁹⁷⁾。

それよりも、少数意見のように、不必要な收容＝実質的には刑罰に相当するものであって司法権の侵害であると構成する手法を、人身保護請求の場面で活かすことも一つのアイデアかもしれない。

(3) 権利章典導入論争について

McHugh 裁判官は、共同体に入れるかどうかは、「保護的」性質を持ち、連邦議会の専権として描いている。そして、McHugh 裁判官自身も認めているように、権利章典が導入されていれば、移民法を、権利章典に適合的に解釈することによって、異なる結論に到達していた可能性は十分に考えられる。であるならば、McHugh 裁判官も、連邦議会の判断を絶対視する発想に立脚しているわけではない。

[4.3.3] において示したように、現在、オーストラリア国内において権利章典導入論争が一大テーマとなっている。その際には、権利章典が国家権力に対してどのような統制規範として機能するのか、という問題が提起されている。そのほかにも、外国人の憲法的地位の位置付けもテーマとなっている。

このような問題は、日本国内では、冒頭の筆者の問題意識において述べたように、マクリーン判決で思考停止するのではなく、もう一度再検討する素材を提供している。この点については、次の検討課題としたい。

197) 例えば、江島晶子は、一般論として、「裁判所は国際法の直接適用には積極的ではないが、間接適用においては、国内法の解釈指針として積極的に援用する場合もある」と指摘している（杉原泰雄（編）『新版体系憲法事典』（青林書院・2008年）429頁 [江島晶子執筆]）。