

オーストラリア連邦高等裁判所

Gageler 首席裁判官

Gordon 裁判官、Edelman 裁判官、Steward 裁判官、Gleeson 裁判官、
Jagot 裁判官、Beech-Jones 裁判官

NZYQ

原告

及び

移民・市民権・多文化問題担当大臣、その他

被告

NZYQ 対 移民・市民権・多文化問題担当大臣
[2023] HCA 37

審理日：2023年11月7日、8日

判決日：2023年11月8日

判決理由公表日：2023年11月28日

S28/2023

判決

2023年10月31日に提出された再修正版の特別事実記載書に記載された
大法廷意見を求める質問に対して、次のとおり回答する。

質問1： 1958年移民法（Migration Act 1958 (Cth)）第189条1項及
び第196条1項を適切に解釈した場合、2023年5月30日時
点における原告の收容は、両条項に基づき認められるか。

回答： 1958年移民法第3A条に基づき、認められる。

質問2： 認められる場合、上記の両条項は、原告に2023年5月30日
時点で適用される限りにおいて、オーストラリア連邦の立法
権を逸脱するものであるか。

回答： 逸脱するものである。

質問 3 : 1958 年移民法第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項を適切に解釈した場合、現時点における原告の収容は、両条項に基づき認められるか。

回答 : 1958 年移民法第 3A 条に基づき、認められる。

質問 4 : 認められる場合、上記の両条項は、原告に現時点で適用される限りにおいて、オーストラリア連邦の立法権を逸脱するものであるか。

回答 : 逸脱するものである。

質問 5 : 原告に救済が認められるべきであるとすれば、どのような救済か。

回答 : 以下の判決が下されるべきである。

- (1) 合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みが現在に至るまで存在しないことを理由に、以下を宣言する。
 - (a) 2023 年 5 月 30 日の時点で、原告の収容は違法であった。
 - (b) 原告の継続的収容は、2023 年 5 月 30 日から現在に至るまで違法である。
- (2) 被告らに原告の即時釈放を求める人身保護令状を発令する。

質問 6 : 再修正版の特別事実記載書の費用は誰が負担するべきか。

回答 : 被告らが負担するべきである。

代理人

原告側代理人 : C.L. Lenehan シニア・カウンセル、F.I. Gordon キングス・カウンセル、J.S. Stellios 及び T.M. Wood (Allens による依頼)

被告側代理人：S.P. Donaghue KC（オーストラリア連邦法務次官（Solicitor-General of the Commonwealth））、P.D. Herzfeld SC、Z.C. Heger 及び A.M. Hammond（オーストラリア法務官（Australian Government Solicitor）による依頼）

オーストラリア人権委員会（Australian Human Rights Commission）代理人：P.M. Knowles SC 及び M.F. Caristo。法廷助言者として出廷（オーストラリア人権委員会による依頼）

Human Rights Law Centr 及び Kaldor Centre for International Refugee Law 代理人：R.C.A. Higgins SC、A.M. Hochroth、J.R. Murphy 及び K.E.W. Bones。法廷助言者として出廷（Human Rights Law Centr による依頼）

注記：当裁判所の判決理由の写しは、コモンウェルス法判例集（Commonwealth Law Reports）への掲載前に、正式に訂正される場合がある。

キーワード

NZYQ 対 移民・市民権・多文化問題担当大臣

憲法 – 連邦の司法権 – 移民收容 – 司法府の決定によらない無期限收容 – 原告がミャンマーで迫害を受ける十分な恐れのある無国籍イスラム教徒のロヒンギヤである事例 – 刑事有罪判決後に原告のブリッジング・ビザが取り消された事例 – 原告が刑事拘禁から釈放された後に 1958 年移民法（以下「法」）第 189 条に基づき移民收容された事例 – 原告による保護ビザ申請が拒否され、最終決定された事例 – 法第 198 条 1 項及び第 198 条 6 項に基づき、法を所管する内務省職員に、合理的に実行可能な限り速やかに原告をオーストラリアから退去強制する義務が課された事例 – 法第 196 条 1 項が、オーストラリアからの退去強制、国外退去又はビザ発給が行われるまで原告の移民收容を継続する義務を課していた事例 – 審理日の時点で原告をオーストラリアから退去強制しようとする内務省の試みが成功していなかった事例 – 合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みがない事例 – 原告が即時釈放を求めて人身保護令状を請求した事例 – *Al-Kateb v Godwin* (2004) 219 CLR 562 における憲法判断の再審開始許可の申立てが認められるべきか否か – *Al-Kateb* 判決の憲法判断は破棄されるべきか否か – 原告の收容は憲法第 III 章に違反する刑罰的なものであるか否か – 退去強制が行われるまでの間、原告をオーストラリア社会から隔離することは正当かつ非刑罰的な目的と言えるか否か – 原告の收容は、正当かつ非刑罰的な目的に必要なものと合理的にみなしうるか否か。

移民 – 不法滞在外国人 – オーストラリアから退去強制するまでの收容 – 合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みがない事例 – 原告の收容は法第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項に基づき認められるか否か – *Al-Kateb* 判決における制定法解釈に関する判示の再審理開始許可の申立てが認められるべきか否か。

用語及び表現 – 「外国人」、「保守的な警告的の原則」、「退去強制」、「自由の剥奪」、「行政收容」、「人身保護令状」、「無期限收容」、「司法機能」、「連邦の司法権」、「正当かつ非刑事罰的な目的」、「Lim 原理」、「刑事」、「入国拒否権」、「実行可能」、「刑罰」、「刑罰的」、「現実的見通し」、「必要であると合理的にみなすことができる」、「合理的に予見可能な将来」、「オーストラリアからの退去強制」、「オーストラリア社会からの隔離」、「不法滞在外国人」。

憲法第 51 条 (xix) 項、第 3 章。

1958 年移民法第 3A 条、第 189 条、第 196 条、第 198 条。

- 1 Gageler 首席裁判官、Gordon 裁判官、Edelman 裁判官、Steward 裁判官、Gleeson 裁判官、Jagot 裁判官、及び Beech-Jones 裁判官。原告は、無国籍のイスラム教徒のロヒンギヤであり、1995 年から 1997 年の間にミャンマーで出生した。原告は、2012 年にボートでオーストラリアに到着し、到着時に 1958 年移民法（Migration Act 1958 (Cth)。以下「移民法」という。）第 189 条に基づき移民收容された。2014 年、ブリッジング・ビザが原告に付与された。
- 2 2016 年、原告は、ニュー・サウス・ウェールズ州地方裁判所において、児童に対する性犯罪の罪を認めた。原告には、5 年の拘禁刑（仮釈放禁止期間 3 年 4 か月）が宣告された。2018 年に仮釈放で刑事拘禁を解かれると、原告は、移民法第 189 条 1 項に基づき再び移民收容された。
- 3 原告は、刑事拘禁中に保護ビザを申請していた。原告が行った申請は、2020 年に、移民・市民権・多文化問題担当大臣（以下「大臣」という。）の代行者が審査した。同代行者は、原告にはミャンマーで迫害を受ける十分な恐れがあると判断した。同代行者は、これに基づき、原告はオーストラリアが保護義務を負う難民であると認定した。しかし、同代行者は、原告の有罪判決を考慮し、原告はオーストラリア社会にとって危険であるとする合理的理由があるものと認定した。この認定に基づき、同代行者は、移民法第 36 条 1C 項(b)に規定された保護ビザの条件を満たさないと判断して、保護ビザの発給を拒否した。
- 4 行政不服審判所は、同代行者の決定を支持した。2022 年、オーストラリア連邦裁判所は、行政不服審判所による上記決定の司法審査請求を棄却した。原告のビザ申請に対するこの最終判断は、移民法第 198 条 6 項が内務省（以下「内務省」という。）の職員に課している「合理的に実行可能な限り速やかに原告をオーストラリアから退去強制する義務」を発動させた。また、原告は 2022 年に、自らを退去強制するよう大臣に書面で求めた。この要求も、移民法第 198 条 1 項が内務省職員に課している「合理的に実行可能な限り速やかに原告をオーストラリアから退去強制する義務」を発動させた。
- 5 原告には迫害を受ける十分な恐れがあると認定されたこと、及びその状況に変化がないことから、移民法第 197C 条 3 項により、第 198 条 1 項及び第 198 条 6 項に基づき原告をミャンマーに退去強制するという職員の義務及び権限は生じないこととなった。いずれにせよ、原告は、ミャンマーへの入国権も居住権も有していない。原告には、サウジアラビアとバングラデシュに親戚が

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

3.

いたが、そのいずれかの国への入国権又は居住権が原告に付与される現実的な見込みはなかった。児童への性犯罪で有罪判決を受けたオーストラリア国内の者に、再定住を認める慣行が確立されている国は世界中に存在しない。また、内務省が、児童に対する性犯罪で有罪判決を受けた者をオーストラリアから他国（当該人物を自国民と認めている国を除く。）に退去強制することに成功した例は一度もなかった。

6 こうした背景のもと、2023年4月5日、原告は、憲法第75条(v)項及び1903年裁判所法（Judiciary Act 1903 (Cth)）第30条に基づき高等裁判所の第1審管轄権に属する事件として、大臣及びオーストラリア連邦に対する訴訟を提起した。この訴訟手続で、原告は、原告を継続的に収容することは移民法第189条1項及び第196条1項で認められていないと主張し、それが両規定の適切な解釈の帰結であると主張した。また、原告は、選択的に、両規定は憲法第III章に違反すると主張した。

7 両当事者は、2004年高等裁判所規則（High Court Rules 2004 (Cth)）第27.08条に基づき、当該訴訟手続の再修正版特別事実記載書（以下「特別事実記載書」という。）により、高等裁判所大法廷による検討を求める法律問題を申し立てることに合意した。2023年11月7日及び同月8日に、大法廷による特別事実記載書の審理が行われた。この審理では、オーストラリア人権委員会（Australian Human Rights Commission）、Human Rights Law Centre 及び Kaldor Centre for International Refugee Law が原告の立場を支持し、これらの各団体に法廷助言者としての出頭が許可された。

8 大法廷は、2023年11月8日の審理終結時に判決を出し、特別事実記載書に記載された、大法廷による検討が求められた各法律問題に対する回答を述べた。当裁判所の2名の裁判官（Gleeson 裁判官及び Jagot 裁判官）は、判決理由を公表せずに判決を下すことに反対し、また、いずれにしても本件の検討にはさらに時間を要するとしたことから、上記判決は「少なくとも過半数」が同意したものとして言い渡された。Gleeson 裁判官及び Jagot 裁判官は、本件を検討した後、2023年11月8日の判決に賛成した。

9 上記判決で述べられた質問事項への回答は、移民法第189条1項及び第196条1項の適切な解釈によれば、両条項に基づき原告の継続的な収容は認められないとする原告の主張は認められないものの、原告の継続的な収容は憲法第III章に違反するものであり、その結果、両条項の原告への適用は無効であ

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

4.

るとする原告の主張は認められることを明らかにした。さらに、この回答は、原告に認められる救済方法を明らかにした。この救済方法には、合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みは現在に至るまで存在しないことから、原告の継続的收容は 2023 年 5 月 30 日から違法であることの宣言が含まれる。また、救済方法には、原告の即時釈放を求める人身保護令状も含まれている。

10 以下は、我々が 2023 年 11 月 8 日の判決に参加し、又は検討後に賛成した理由である。

Al-Kateb 判決

11 移民法の第 2 編第 7 部及び第 8 部は、1994 年 9 月 1 日に追加されて以降¹、「不法滞在外国人 (unlawful non-citizen)」(オーストラリア人ではなく、かつ、オーストラリアへの渡航、入国又は滞在を許可する有効なビザを有しない者)²の義務的收容及びオーストラリアからの義務的退去強制を規定している。第 7 部及び第 8 部の重要条項の基本構造と文言は、追加時から変更されていない。これらの重要条項は、内務省職員を含む「職員 (officer)」³に義務を課すことで機能している。

12 第 7 部の第 189 条 1 項は、職員が「不法滞在外国人であることを知り、又は合理的に疑う」者を收容する義務を当該職員に課している。第 189 条 1 項が認める義務的收容の期間については、第 196 条 1 項が規定している。同項は、不法滞在外国人は、所定の事由のいずれかが生じる時点「まで、移民收容し続けなければならない」と規定している。上記事由の 1 つは、第 196 条 1 項(c)が規定する「当該外国人にビザが付与されること」であり、もう 1 つの事由は、

1 1993 年移民法改正法 (Migration Laws Amendment Act 1993 (Cth)) で改正された 1992 年移民法改正法 (Migration Reform Act 1992 (Cth)) により追加された。1994 年移民法改正法 (Migration Legislation Amendment Act 1994 (Cth)) も参照。

2 移民法第 14 条 1 項及び第 29 条 1 項を参照。

3 移民法第 5 条 1 項 (「職員 (officer)」の定義) を参照。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

5.

第 196 条 1 項(a)が規定する「当該外国人が第 198 条に基づきオーストラリアから退去強制されること」である。

13 第 8 部の第 198 条は、所定の様々な状況において、不法滞在外国人を「合理的に実行可能な限り速やかに (as soon as reasonably practicable)」オーストラリアから退去強制する義務を職員に課している。第 198 条 1 項は、「自らの退去強制を文書で大臣に求めた」不法滞在外国人について上記義務を課している。第 196 条 6 項は、移民収容されている不法滞在外国人であり、ビザ申請を行ったが、当該ビザの発給が拒否され、同人の申請について終局的決定が行われた者について上記義務を課している。前述のとおり、2022 年当時の原告に関しては、これら両方の義務が生じていた。原告の退去強制が合理的に実行可能であったとすれば、これらの義務は、憲法第 75 条(v)項に基づく職務執行令状で強制されたであろう。しかし、合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みがなければ、これらの義務の遂行を強制する職務執行令状は空振りに終わることから、当然のことながら、原告は本訴訟においてこの救済を求めている。

14 移民法に第 2 編第 7 部及び第 8 部が追加されてから 10 年後、連邦高等裁判所は、*Al-Kateb v Godwin*⁴において、第 198 条 1 項又は第 198 条 6 項に基づく退去強制が合理的に予見可能な将来に実行可能になる現実的見込みがない不法滞在外国人に対する第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項の適用について検討した。判決理由 (ratio decidendi) は、2 つの判示事項から成る。第 1 に、高等裁判所は、多数意見 (McHugh 裁判官、Hayne 裁判官、Callinan 裁判官及び Heydon 裁判官。Gleeson 首席裁判官、Gummow 裁判官及び Kirby 裁判官は反対意見。) で、189 条 1 項及び第 196 条 1 項を適切に解釈して適用すれば、当該外国人の継続的収容が義務付けられると判示した。第 2 に、高等裁判所は、こちらも多数意見 (McHugh 裁判官、Hayne 裁判官、Callinan 裁判官及び Heydon 裁判官。Gummow 裁判官は反対意見。Gleeson 首席裁判官及び Kirby 裁判官は判断を示さなかった。) で、このように適用される場合の第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項は、憲法第 III 章に違反しないと判示した。*Al-Kateb* 判決は、*Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v Al Khafaji*⁵において、

4 (2004) 219 CLR 562.

5 (2004) 219 CLR 664.

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

6.

実質的に同じ状況下にある不法滞在外国人の継続的収容を認めるために直ちに適用された。

15 Al-Kateb 判決が再審理され破棄されない限り、Al-Kateb 判決は、原告の主張を容赦なく阻む障害となる。そのため、原告には Al-Kateb 判決の再審理の許可が必要であるところ、原告は適切にこの許可を求めた。特別事実記載書の審理における当事者ら及び法廷助言者の弁論の主眼は、原告が求める Al-Kateb 判決の再審理が許可されるべきであるか否か、許可されるべきである場合は、Al-Kateb 判決が破棄されるべきであるかという点に置かれた。Al-Kateb 判決の再審理許可については、多数意見の 2 つの判示事項について別個に検討するべきであるというのが共通の前提とされていた。

16 当裁判所において Al-Kateb 判決の再審理及び破棄が主張されたのは、今回が初めてではない。しかし、当裁判所で争われている当事者らの権利について判断するため、当裁判所において Al-Kateb 判決の再審理及び破棄の問題を扱う必要性を生じさせる事実状態の存在が証明されたのは、本件が初めてであった。Plaintiff M47/2012 v Director-General of Security⁶では、当裁判所の 2 名の裁判官（Gummow 裁判官及び Bell 裁判官）が、Al-Kateb 判決の制定法解釈に関する判示を再審理し破棄すべきとする意見を述べ、他の 1 名の裁判官（Heydon 裁判官）は、これを行うべきではないとの意見を述べた。Plaintiff M76/2013 v Minister for Immigration, Multicultural Affairs and Citizenship⁷では、当裁判所の 2 名の裁判官（Kiefel 裁判官及び Keane 裁判官）が、Al-Kateb 判決における制定法解釈の判示を再審理するべきではないとの意見を述べ、他の 1 人の裁判官（Hayne 裁判官）は、Al-Kateb 判決は破棄されておらず、Al-Kateb 判決の判断は正しかったとの意見を繰り返し強調した。いずれの事件でも、当裁判所の他の裁判官らは Al-Kateb 判決に言及しなかった。Al-Kateb 判決の再審理及び破棄は、Plaintiff M47/2018 v Minister for Home

6 (2012) 251 CLR 1.

7 (2013) 251 CLR 322.

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

7.

Affairs⁸でも主張されたが、この事件でも、当裁判所に係属している紛争を解決するためにその主張を扱う必要はないと判断された。

17 当裁判所の過去の判決を再審理することがどのような場合に適切となりうるかを知るための考慮要素は、それぞれ重要性を異にする可能性があり、また、それらを網羅的に示すことは不可能である。この考慮要素については、これまでに何度も検討されてきた⁹。French 首席裁判官は、Wurridjal v The Commonwealth¹⁰で、ある状況である判決の再審理を行うことの適切性に関して行われるこれらの考慮要素の評価は、「法の継続性と一貫性のために採用された、そのような進路は軽々に選ぶべきではないという非常に保守的な警告的原則を踏まえて行われるべき」と述べている。

18 この非常に保守的な警告的原則を踏まえれば、斟酌されるべき考慮要素は、Al-Kateb 判決における制定法解釈に関する判示の再審理を否定する方向に働くが、Al-Kateb 判決における憲法に関する判示の再審理は認める方向に働く。

Al-Kateb 判決における制定法解釈の判示については再審理を行わない

19 Plaintiff M47/2012 において、Gummow 裁判官及び Bell 裁判官は、Al-Kateb 判決で多数意見が採用した第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項の解釈を批判しているが、Al-Kateb 判決の多数意見が当該解釈を採用するに至った論証プロセスは、Al-Kateb 判決の少数意見が依拠し、又は特別事実記載書の弁論において本件の原告や法廷助言者が強調した制定法解釈の諸原則を見落としていたと言うことはできない。Al-Kateb 判決の多数意見と少数意見の違いは、こうした制定法解釈の諸原則を第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項の条文に適用する方法、

8 (2019) 265 CLR 285.

9 John v Federal Commissioner of Taxation (1989) 166 CLR 417 at 438-439; Wurridjal v The Commonwealth (2009) 237 CLR 309 at 350-353 [65]-[71]を参照。

10 (2009) 237 CLR 309 at 352 [70].

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

8.

特に、多数意見の Hayne 裁判官が「難解である」¹¹と評した意味の解明において文言解釈をどの程度重視するかという点にあった。

20 Kiefel 裁判官及び Keane 裁判官は、Plaintiff M76/2013¹²において、Al-Kateb 判決の多数意見による第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項の解釈は、オーストラリア連邦議会の意思を実現するものではないとする指摘は、2013 年までに支持することが難しくなったと述べている。連邦議会は、Al-Kateb 判決以降の 10 年間に移民法を何度も改正したにも拘らず、これらの条項の重要な文言を変更しなかつただけでなく、2005 年には¹³、Al-Kateb 判決で採用された第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項の解釈が正しいことを前提に、そのように解釈される両条項の過酷な作用を緩和する条項を移民法に追加している。Kiefel 裁判官及び Keane 裁判官は、第 195A 条に言及し、同条が追加された時、同条は「被收容者がオーストラリアに在留する権利を有しないが、予見可能な将来に退去強制を行うことが現実的ではない場合に、同人に適切なビザを付与する柔軟性」を大臣に付与するものであると説明された¹⁴。また、両裁判官は、第 2 編 7 部 B 章（第 189 条 1 項に基づく義務的收容の対象となる者が、收容施設の代わりに指定された場所に居住することを許可する居住決定を大臣が行う旨を規定している。）や、第 8C 部（2 年以上にわたり移民收容されている者の收容措置の適切性に関する連邦オンブズマンによる定期的評価について規定している。）も参照した可能性がある。

21 2013 年に Kiefel 裁判官及び Keane 裁判官が指摘した、立法府による依拠及び立法府による黙示的承認という考慮要素は、連邦議会が Al-Kateb 判決の法解釈の正しさを前提に、2021 年移民法改正法（退去強制に関する国際的義務

11 (2004) 219 CLR 562 at 643 [241].

12 (2013) 251 CLR 322 at 382-383 [194]-[197].

13 2005 年移民法改正法（退去強制措置）（Migration Amendment (Detention Arrangements) Act 2005 (Cth)）。

14 Australia, House of Representatives, Migration Amendment (Detention Arrangements) Bill 2005, Explanatory Memorandum at 3 [10].

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

9.

を明記) (Migration Amendment (Clarifying International Obligations for Removal) Act 2021 (Cth))¹⁵で197C条3項を追加したことにより補強された。

22 立法府の依拠及び黙示的承認に関するこれらの考慮要素に加えて、The Commonwealth v AJL20 の判決¹⁶も考慮する必要がある。同判決で、多数意見 (Kiefel 首席裁判官、Gageler 裁判官、Keane 裁判官及び Steward 裁判官) は、Al-Kateb 判決の多数意見が制定法解釈の争点について示した判決理由の主要な側面を支持した。その際、多数意見は、Al-Kateb 判決の制定法解釈に関する判示に言及し、196条1項の「kept」と組み合わせられた「until」という文言は、189条1項に基づく収容が「当該事由 (ビザの付与又は退去強制) が実際に生じる時点まで維持されるべき継続的又は持続的状态」¹⁷であることを表していると述べた。

23 こうした考慮要素の蓄積を踏まえれば、特別事実記載書の審理の最後に下した判決中の回答に示されている結論、つまり、Al-Kateb 判決の制定法解釈の判示については再審理を許可するべきではないという結論に至らざるを得ない。

Al-Kateb 判決の憲法に関する判示については再審理を行う

24 AJL20 判決の事実関係の下では、Al-Kateb 判決が採用し AJL20 判決が支持した189条1項及び196条1項の解釈に基づき、これらの条項を、合理的に予見可能な将来にオーストラリアから退去強制することが実行可能になる見込みがない不法滞在外国人に適用することが有効か否かは問題とならなかった。

15 Australia, House of Representatives, Migration Amendment (Clarifying International Obligations for Removal) Bill 2021, Explanatory Memorandum, Attachment A (Statement of Compatibility with Human Rights) at 13 を参照。

16 (2021) 273 CLR 43 at 66 [33]-[34].

17 (2021) 273 CLR 43 at 72 [49] (強調部は原文のまま)

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

10.

AJL20 判決¹⁸の多数意見は、Al-Kateb 判決の憲法に関する判示の正当性については検討の余地がないと明示的に述べている。

- 25 Al-Kateb 判決の 12 年前、あるいは移民法第 2 編第 7 部及び第 8 部が追加される 2 年前に、当裁判所は、*Chu Kheng Lim v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs*¹⁹を判断した。同事件では、「オーストラリアにボートで違法に入国した外国人」というカテゴリーに該当する者の義務的收容を認める、当時追加されたばかりであった²⁰移民法の 2 つの旧条文²¹の合憲性を判断する必要があった。收容は、被收容者がオーストラリアから退去強制されるまで、又は入国許可を付与されるまで継続しなければならないとされていたが²²、收容期間には 273 日間という上限が設けられており²³、被收容者が退去強制を求めた場合は当該被收容者を「合理的に実行可能な限り速やかに」オーストラリアから退去強制しなければならないとされていた²⁴。違憲性が主張されたこれらの条項は、憲法第 51 条 (xix) 項に基づくものであり、憲法第 III 章に違反するものではないと判断された。
- 26 当裁判所の 3 名の裁判官 (Brennan 裁判官、Deane 裁判官及び Dawson 裁判官。4 人目の Mason 首席裁判官が上記 3 名に賛成した。) が示した、違憲性が主張されたこれらの条項は憲法第 III 章に違反しないとする判決理由には、判例性が認められるようになった 3 つの背景原理が含まれていた。
- 27 第 1 の原理は、「司法の判断によらずに、外国人 [ただし、戦時中の適性外国人については留保がある] の收容を許可又は実施しようとする連邦行政

18 (2021) 273 CLR 43 at 64 [26].

19 (1992) 176 CLR 1.

20 1992 年移民法改正法 (Migration Amendment Act 1992 (Cth)) で追加。

21 移民法第 54L 条及び第 54N 条。

22 移民法第 54L 条。

23 移民法第 54Q 条。

24 移民法第 54P 条。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

11.

府職員の行動は、有効な制定法の条文により正当化される限度でのみ適法となる²⁵」というものである。これは、何人も（外国人であれ非外国人であれ）、制定法に基づく権限又は司法の判断なしに行政府から拘束されることはないという伝統的な基本原理²⁶をより具体的に述べたものである。

28

第 2 の原理は、憲法第 III 章の趣旨は、例外的な事例を除いて、「国家による国民の強制的な身柄拘束は刑罰的又は懲罰的な性質を有しており、我が国の統治制度においては、刑事犯罪を裁き処罰するという司法府のみが有する機能に付随するものとしてのみ存在しうる²⁷」というものである。この原理は、憲法第 III 章は、形式だけではなく実体に関するものでもあること、また、刑罰を通常構成するのは強制的な自由の剥奪そのものであることを示している²⁸。また、この原理は、身柄拘束は、司法権の行使の結果として行われるだけでは不十分であり、例外的な事例を除いて「刑事犯罪を裁き処罰するという司法府のみが有する機能」の結果として行われる必要があることを認めている²⁹。Lim 判決は、この原理を述べる際に「国民」に言及している。しかし、法に基

25 (1992) 176 CLR 1 at 19. Plaintiff S4/2014 v Minister for Immigration and Border Protection (2014) 253 CLR 219 at 230-231 [24]; Plaintiff M68/2015 v Minister for Immigration and Border Protection (2016) 257 CLR 42 at 101-102 [147]-[149], 105-106 [162]-[163], 158 [372]を参照。

26 Williams v The Queen (1986) 161 CLR 278 at 292; Re Bolton; Ex parte Beane (1987) 162 CLR 514 at 520-521, 528 を参照。

27 (1992) 176 CLR 1 at 27. Minister for Home Affairs v Benbrika (2021) 272 CLR 68 at 90-91 [18]-[19], 108 [65], 130-131 [130]-[134], 159-160 [207]-[208]を参照。

28 (1992) 176 CLR 1 at 27-28.

29 Minister for Home Affairs v Benbrika (2021) 272 CLR 68 at 110-111 [71]を参照。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

12.

づく外国人の地位、権利及び免責特権は非外国人のそれとは多くの重要な点において異なるものの、この原理は外国人にも適用される旨が判示されている³⁰。

29 第 3 の原理は、憲法第 III 章に関する非外国人と外国人の違いは、「外国人が入国拒否や退去強制を受けやすい点にある³¹」というものである。Lim 判決の多数意見は、領土主権と国際法の問題にも言及しながら、この外国人の立場の弱さは、コモンロー及び憲法の両方に由来するものであると述べている³²。

30 これらの背景原理に従った結果、Lim 判決は、同事件で違憲性が主張された移民法の条文の合憲性を判断する際の基準となる憲法原理を体系的に表現した。この憲法原理は、次のように表現された³³。

「上述した内容に照らせば、これらの 2 つの条項は、両条項が認める義務的收容が、退去強制又は入国許可の申請及び審査を可能にするために必要なものと合理的にみなすことができる範囲に限定されている場合は、有効な法律となる。反対に、両条項が認める義務的收容が上記範囲に限定されていない場合、両条項により行政府に付与される権限は、外国人の入国拒否、入国許可及び退去強制という行政権に付随するものとみなすことはできない。この場合、両条項は刑罰的性質を有することになり、オーストラリア連邦の司法権は憲法第 III 章が指定する裁判所に排他的に帰属すると定める憲法第 III 章に違反することとなる。」

30 Chu Kheng Lim v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs (1992) 176 CLR 1 at 29; Falzon v Minister for Immigration and Border Protection (2018) 262 CLR 333 at 344 [33], 346 [39]-[40]; Minister for Home Affairs v Benbrika (2021) 272 CLR 68 at 110 [71]を参照。

31 (1992) 176 CLR 1 at 29.

32 (1992) 176 CLR 1 at 29-32.

33 (1992) 176 CLR 1 at 33 (強調部は筆者による)。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

13.

31 Al-Kateb 判決の多数意見は、Lim 判決が上記のように表現し適用した憲法原理を否定しなかった。しかし、外国人の収容は、正当かつ非刑罰的な目的（オーストラリアから外国人を退去強制すること、又は外国人によるオーストラリアの在留許可申請とその審査を可能にすること）のいずれかに「必要なものと合理的にみなすことができる」期間に限定されなければならないとする Lim 判決の主張と、Al-Kateb 判決における憲法の判示（移民法第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項は、合理的に予見可能な将来にオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みがない不法滞在外国人に有効に適用できるとした。）を整合的に理解することは困難である。また、Lim 判決の判決理由が示した背景原理も、Al-Kateb 判決の多数意見の判決理由の一部（憲法第 III 章は、連邦議会が憲法第 51 条 (xix) 項に基づき制定した法律に基づく外国人の収容には限定的にしか適用されないことを示唆するものと解釈しうる部分）と整合的に理解することは困難である³⁴。

32 Al-Kateb 判決と Lim 判決の緊張関係は、Re Woolley; Ex parte Applicants M276/2003 で McHugh 裁判官により強調された³⁵。McHugh 裁判官は、移民法第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項が無期限収容につながる可能性について、Re Woolley 事件で次のように述べている³⁶。

「Lim 判決において、Brennan 裁判官、Deane 裁判官及び Dawson 裁判官は、移民法が当時規定していた収容上限期間を、移民法に基づく行政府の収容権限を入国許可申請及びその審査に必要なものと合理的にみなすことを可能にする一要素とみなした。〔中略〕主張されている収容目的と収容期間との関連性が非常に希薄であり、ビザが発給までの間、ビザ申請の処理を行うことを可能にすることが収容目的であると認めることが不可能なケースも当然起こりうる。本件で問題となっている法律の関連性がこのように希薄なものである場合、この法律の目的は刑罰的であるとするのが通常の適切な結論になるであろう。当該法

34 (2004) 219 CLR 562 at 582-583 [39], [42], 584 [45], 648-649 [255]-[258], 649 [261]-[262], 650-651 [266]-[267], 658 [289], 659 [291].

35 (2004) 225 CLR 1 at 23-32 [54]-[77].

36 (2004) 225 CLR 1 at 36-37 [88].

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

14.

律が非刑罰的目的も有する可能性があるという事実により、当該法律が無効を免れることはできないであろう。」

33 Al-Kateb 判決の判示は、その後も Lim 判決の重要性を損なうものとは解されていない。それどころか、Plaintiff M76/2013 事件³⁷において、Bell 裁判官及び Gageler 裁判官は、Al-Kateb 判決後も先例性を維持していた Lim 判決の憲法原理を次のように再確認した。「制定法が行政府に与える権限（オーストラリアの在留許可の審査及び付与を行う権限、また、在留許可が与えられない場合には退去強制を行う権限）に付随するものとして、外国人の身柄を拘束する限定的な法的権限を付与することは、憲法第 III 章に適合する。ただし、身柄拘束の期間が、上記目的に向けた行政手続を完了させるために必要なものと合理的にみなすことができる期間に制限される場合に限る」。

34 Lim 原理は、Al-Kateb 判決以降の 20 年間、繰り返し承認され、頻繁に適用されてきた³⁸。近時では、Alexander v Minister for Home Affairs³⁹、Benbrika v Minister for Home Affairs⁴⁰及び Jones v The Commonwealth⁴¹で、この原理が適用された。

35 その結果、Al-Kateb 判決の憲法に関する判示は、Lim 判決の流れを汲む判例の中で、次第に異例の判示として捉えられるようになった。Wurridjal 事

37 (2013) 251 CLR 322 at 370 [140]-[141].

38 Plaintiff M96A/2016 v The Commonwealth (2017) 261 CLR 582 at 593 [21] 及び同判決で引用されている各事件；Falzon v Minister for Immigration and Border Protection (2018) 262 CLR 333 at 343-344 [29] を参照。

39 (2022) 96 ALJR 560; 401 ALR 438.

40 [2023] HCA 33.

41 [2023] HCA 34.

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

15.

件⁴²における French 首席裁判官の言葉 (Attorney-General (Cth) v Schmidt⁴³における Dixon 首席裁判官の言葉も引用している。)によれば、Al-Kateb 判決の憲法に関する判示の先例性は、その後の判決により、再審理が強く支持される程度にまで「弱められている」。Al-Kateb 判決の憲法に関する判示について再審理を行うこと、また、事案の事実関係により、憲法判断が真に必要とされる最初の機会にその再審理を行うことは、Al-Kateb 判決の多数意見が示したアプローチを軽視するものではない。French 首席裁判官の言葉を借りれば、Al-Kateb 判決の再審理は「『正解』と『誤り』という分類を必要とするものではなく」、むしろ「前述の保守的な警告的原則に服しつつも、憲法解釈の発展」を反映するものである⁴⁴。

36 基本的憲法原理の適用の継続性と一貫性の重要性を考慮すると、Al-Kateb 判決の制定法解釈に関する判示については再審理を認めない方向に作用した、立法府による依拠及び黙示的承認という考慮要素の重要性は、憲法に関する判示の再審理を検討する場面では必然的に低くなる。行政上の不都合という考慮要素についても同様である。R v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia⁴⁵における Dixon 首席裁判官、McTiernan 裁判官、Fullagar 裁判官及び Kitto 裁判官の表現を借りれば、立法府の依拠及び行政上の不都合という考慮要素は、重要な考慮事項として適切に扱われるが、他方で「当裁判所に施行義務が課されている憲法の施行に際しては、法に従って手続を進めなければならないという当裁判所の義務を免除することになるような扱いは避けなければならない」。

37 憲法原理の適用の継続性及び一貫性の重要性を踏まえれば、Al-Kateb 判決の憲法に関する判示の再審理を許可するべきであるという結論に至らざるを得ない。

42 (2009) 237 CLR 309 at 353 [71].

43 (1961) 105 CLR 361 at 370.

44 (2009) 237 CLR 309 at 353 [71] (脚注は省略)。

45 (1956) 94 CLR 254 at 295.

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

16.

Lim 原理に照らして Al-Kateb 判決を再考する

- 38 Al-Kateb 判決の憲法に関する判示が破棄されるべきか否かという問題は、この判示と Lim 原理（Lim 判決が示した Lim 原理、及びその後の判例において理解され、適用されている Lim 原理）との整合性に照らして判断するべきである。
- 39 適切な抽象度で表現すれば、Lim 判決が示した原理は、連邦議会が制定した法律（犯罪を裁き処罰する機能を遂行する裁判所による連邦司法権の行使によらない収容を認める法律）は、正当かつ非刑罰的な目的に必要なものと合理的にみなすことができる場合を除き、憲法第 III 章に違反するというものである。換言すれば、収容は、非刑罰的又は非懲罰的なものとして正当化されない限りは刑罰的又は懲罰的である⁴⁶。
- 40 この場合の法律の目的は、他の憲法の議論の場合と同様、適切な抽象度で特定しなければならない⁴⁷。適切な抽象度で特定される目的とは、法律が実際に実現しようとしている目的である⁴⁸。特定された立法目的が正当かつ非刑罰的な目的であるためには、特定された立法目的が実際に達成可能なものである必要がある。また、この立法目的は、正当で、かつ非刑罰的なものでなければならない。「正当」とは、収容の正当化根拠とされている当該目的が、憲法に規定された統治制度に適合していることを意味する。Lim 原理に従い、収容

46 North Australian Aboriginal Justice Agency Ltd v Northern Territory (2015) 256 CLR 569 at 611-612 [98]; Falzon v Minister for Immigration and Border Protection (2018) 262 CLR 333 at 342 [24], 344 [33]; Benbrika v Minister for Home Affairs [2023] HCA 33 at [35], [63]; Jones v The Commonwealth [2023] HCA 34 at [43], [78], [153].

47 Alexander v Minister for Home Affairs (2022) 96 ALJR 560 at 584 [103], 612 [242]; 401 ALR 438 at 462, 498-499.

48 Brown v Tasmania (2017) 261 CLR 328 at 392 [209]; Unions NSW v New South Wales (2019) 264 CLR 595 at 657 [171].

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

17.

の正当な目的（収容が本来有する刑罰的性質を失わせることができる目的）は、例外的なもののみならずなければならない⁴⁹。

41 したがって、**Lim** 原理に即して言えば、「行政収容を認める連邦制定法は、その収容期間を、特定された制定法の目的（合理的に達成可能な目的）を実現するために必要なものと合理的にみなすことができる期間に限定しなければならない⁵⁰」ということになる。

42 我々の理論と、**Al-Kateb** 判決の憲法判断を支持した多数意見の理論の出発点を明らかにしておくのが適切である⁵¹。**Al-Kateb** 判決において、**McHugh** 裁判官は、次のように述べている。

「外国人の収容を義務付ける法律の性質は、その収容の目的によって決まる。収容の目的が、外国人の退去強制を可能にすること、又は外国人がオーストラリアやオーストラリア社会に入り込むことを阻止することである限り、その収容は非刑罰的である。」

43 上記は、適用される原理の記述として不完全であり、したがって不正確であるというのが当裁判所の全員一致の判断である。この結論に至るに際し、2つの異なるアプローチが採用された。1つ目のアプローチは、以下に記載するものであり、当裁判所の6名の裁判官が採用したものである。2つ目のアプローチは、**Edelman** 裁判官が採用したものである。

49 **Chu Kheng Lim v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs** (1992) 176 CLR 1 at 27-28.

50 **CPCF v Minister for Immigration and Border Protection** (2015) 255 CLR 514 at 625 [374]. **Plaintiff M68/2015 v Minister for Immigration and Border Protection** (2016) 257 CLR 42 at 111 [184], 163 [392]も参照。

51 (2004) 219 CLR 562 at 584 [45]. At 584-586 [45]-[48], 648 [255], 649 [262], 650-651 [266]-[267], 658 [289], 662-663 [303]も参照。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

18.

当裁判所の6名の裁判官のアプローチ

- 44 外国人の収容権限の範囲に関するこの記述は、前述のとおり先例性を有するに至った **Lim** 判決における記述とは異なっている。最終的には権限が刑罰的性質を有するか否かという性質論の問題に帰着するとはいえ、**Lim** 判決が示した原理を適用する場合には、手段と目的、そして両者の関係进行评估する必要がある⁵²。合理的に予見可能な将来に当該外国人をオーストラリアから退去強制することが可能になる現実的見込みがない状況に **Lim** 判決の原理を適用した場合、客観的に判断して、「収容の目的は外国人の退去強制を可能にすること」又は入国を許可するか否かを決定するまでの間「外国人がオーストラリアやオーストラリア社会に入り込むことを阻止すること」であると言うことはできない。
- 45 再審理に付された **Al-Kateb** 判決の憲法に関する判示を破棄しなければならない理由は、ここにある。犯罪行為を裁き処罰するという司法権の行使によらない収容が、合理的に予見可能な将来に達成される見込みのない立法目的を達成するためのものであるというだけで正当化されるのであれば、**Lim** 原理は実質を欠くことになるであろう。
- 46 本件に関して言えば、**Lim** 判決が述べたように、外国人の行政収容を例外的に正当化する収容目的が、オーストラリアからの退去強制、又はオーストラリアの在留許可申請とその審査を可能にすることに限られるならば、合理的に予見可能な将来に当該外国人をオーストラリアから退去強制することが可能になる現実的見込みがない場合には、上記目的のうちの前者の存在が否定されることになる。
- 47 この根本的な難局に直面した被告が最初に行った主張は、「退去強制が行われるまでオーストラリア社会から隔離すること」は、外国人を収容する正当かつ非刑罰的な目的として適切であるという主張であった。被告側は、**AJL20** 判決⁵³の多数意見の判決理由の一節を参照して上記主張を裏付けようと

52 **Jones v The Commonwealth** [2023] HCA 34 at [43], [78], [154]-[155], [188].

53 (2021) 273 CLR 43 at 65 [28], 70-71 [44]-[45].

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

19.

したが、AJL20 判決の多数意見は、Al-Kateb 判決の憲法判断の正当性については検討する必要はないと明言していることから⁵⁴、上記判決理由の当該箇所を憲法問題に向けられたものとして理解することはできない。

48 外国人をオーストラリア社会から隔離するという目的は、Lim 判決で明らかにされ、Lim 判決以降の事件⁵⁵でも繰り返し確認されている「正当な目的」の範囲に含まれない。Lim 判決は、外国人を行政収容によりオーストラリア社会から隔離することは、より広範な目的の一要素として許容されるものではなく、2 つの正当な目的（オーストラリアの在留許可の審査及び付与を行うこと、また、在留許可が与えられない場合には退去強制を行うこと）のいずれかの実現に「付随するもの」に限り許容されるとしている。Al-Kateb 判決の多数意見の判決理由が、より広範な目的の正当性を認める趣旨として解釈しうる点で⁵⁶、この判決理由と Lim 判決は緊張関係にあった。

49 Lim 判決が示した原理によれば、収容目的が正当であるためには、その目的は収容そのものとは異なるものである必要がある。被告側が自らの主張する目的を表現するために用いた言葉が、その違憲性を証明している。被告側の表現が示唆するように、「オーストラリア社会からの隔離」が「収容によるオーストラリア社会からの隔離」と同一視されるとすれば、被告側が主張する目的は、収容と収容目的を不当に混同するものであり、また、収容を認める法律は特定された目的に合理的に必要なものと評価しうるかという議論を循環論法に陥らせ、自己成就的にしてしまう。外国人の収容は、外国人の収容を含む目

54 (2021) 273 CLR 43 at 64 [26].

55 Plaintiff M76/2013 v Minister for Immigration, Multicultural Affairs and Citizenship (2013) 251 CLR 322 at 369-370 [138]-[140]; Plaintiff S4/2014 v Minister for Immigration and Border Protection (2014) 253 CLR 219 at 231 [26]; Plaintiff M96A/2016 v The Commonwealth (2017) 261 CLR 582 at 593-594 [21]; The Commonwealth v AJL20 (2021) 273 CLR 43 at 64-65 [27]-[28], 85-86 [85], 102-103 [128]-[129].

56 (2004) 219 CLR 562 at 584-586 [45]-[49], 646-647 [251], 648 [255], 649 [261]-[262], 650-651 [266]-[267], 658-662 [289]-[299].

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

20.

的に照らして正当化されるという主張は、ひいては、収容を目的に行われる収容も憲法第 III 章に適合するものとして正当化されるという主張につながる。

50 被告側は、オーストラリア社会から外国人を隔離するという目的が正当な目的であることを裏付けるため、外国人の収容は外国人を退去強制させる行政権限に付随するものとして許容されるという **Lim** 判決⁵⁷の言葉に依拠しようとしているが、これは間違っている。**Gleeson** 首席裁判官は、**Re Woolley** で以下のように説明している⁵⁸。

「**Lim** 判決の多数意見は] 明らかに、ある人が入国許可申請を行うためには同人が身柄を拘束されていることが不可欠であるとか、行政府は入国許可申請者の身柄拘束中しか当該申請の審査を行うことができないなどとは考えていない。多数意見は、入国許可の受理、調査及び決定に必然的に要する時間に言及していたのである。この時間は、短時間で済む場合もあれば、再審や不服申立の手続が開始されて相当期間に及ぶ場合もありうる。外国人が無許可でオーストラリアに入国した場合、当該外国人を退去強制する権限は、当該外国人が行った滞在許可申請の調査及び決定を行う権限、そして所定の意思決定手続に必要な期間にわたり当該外国人を収容する権限にまで及ぶ。この外国人は、刑罰としてではなく、オーストラリア社会に入る許可を与えるか否かの意思決定手続に付随するものとして収容されているのである。この許可がなければ、この外国人はオーストラリア社会に入る法的権利を有しないのであり、意思決定手続が行われている間の収容を規定する法律は、刑罰的性質を有するものではない」。

Edelman 裁判官のアプローチ

51 **Edelman** 裁判官のアプローチは少し異なるが、これは、このアプローチが **Lim** 判決における「刑罰」という概念を細分化しているためであろう。この

57 (1992) 176 CLR 1 at 26, 29, 32.

58 (2004) 225 CLR 1 at 14 [26], Plaintiff M76/2013 v Minister for Immigration, Multicultural Affairs and Citizenship (2013) 251 CLR 322 at 369 [139]で引用されている。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

21.

アプローチは、当裁判所では未だ認められていない。Edelman 裁判官のアプローチは、Lim 判決が「刑罰」という概念を 2 つの意味で用いているという前提から始まる。第 1 の意味の中心的な例は、古典的な刑事概念である「応報」に基づき厳しい結果が課されるような場合である。憲法第 III 章は、応報に基づく刑罰という古典的な刑事概念を超えて、これに類似する「保護的刑罰」の例にまで及んでいる⁵⁹。法律の目的が、行政府による（この意味での）刑罰に関するものである場合、その目的は違憲となるであろう。

52 Lim 判決では、これと区別される第 2 の刑罰の意味も認められた⁶⁰。これは、収容が正当な目的に対して不均衡である（つまり、正当な目的に必要であると合理的にみなすことができない）ために、「明らかに (*prima facie*)」刑罰的であるとされてきた収容形態⁶¹、又は刑罰的であるとみなされてきた収容形態⁶²に関する新たな刑罰概念である⁶³。この意味では、本件の法律は、その正当な目的に対して不均衡な手段を用いていることから、刑罰的なものとみなされる。

53 Edelman 裁判官のアプローチは、特定された第 189 条 1 項と第 196 条 1 項の目的を正当なものとして扱っている。同裁判官は、Dixon 裁判官⁶⁴の言葉に基づきオーストラリア連邦法務次官が用いた表現である「退去強制までの収容」を、両条項が実際に達成しようとしている事柄に即して言い換えることので、この法律の目的を表現する。こうして表現される目的とは、不法滞在外国人が「退去強制が現実的に可能になった時点で退去強制に応じられるように」

59 *Minister for Home Affairs v Benbrika* (2021) 272 CLR 68 at 155-159 [197]-[204], 161-164 [210]-[214].

60 *Jones v The Commonwealth* [2023] HCA 34 at [149]を参照。

61 *Minister for Home Affairs v Benbrika* (2021) 272 CLR 68 at 98 [37], 133 [140]. At 113 [78]も参照。

62 *Chu Kheng Lim v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1992) 176 CLR 1 at 33.

63 *Jones v The Commonwealth* [2023] HCA 34 at [149].

64 *Koon Wing Lau v Calwell* (1949) 80 CLR 533 at 581.

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

22.

しておくための退去強制までの収容ということになる⁶⁵。連邦議会が、国境では目的を遂げる効果がほとんど無い、又は全く無いような手段で、目的を達成しようとする法律を制定することは可能である。その点では、連邦議会の目的は他の集団の目的と何ら変わらない。専門スポーツチームが、オリンピックに出場するためのトレーニングを目的とするプログラムを実施する場合に、そのトレーニングを行っても、チームの一部のメンバーには合理的に予見可能な将来にその目的を達成する現実的見込みがなかったとしても、上記目的は真正な目的であり続ける。目的とその実現には違いがある。それは目的と手段という違いである。

54

Edelman 裁判官によれば、Al-Kateb 判決の多数意見の問題は、第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項の目的を正当と認めたことではなく、Lim 判決の比例要件を無視し、又はほとんど注意を払わなかったことに原因がある。McHugh 裁判官が Re Woolley⁶⁶ で述べたように、「[Al-Kateb 判決] の多数意見の裁判官は誰も、収容目的が刑罰的であるか否かを決定する判断基準として、『必要であると合理的にみなしうるか』という判断基準を適用しなかった。例えば、Al-Kateb 判決の Hayne 裁判官は⁶⁷、Lim 判決が示した第 1 の意味における刑罰のみに着目し、「当該法律が（中略）不法滞在外国人の処理及び退去強制という目的に『必要であると合理的にみなすことができる』か否かを問うことで、現在生じているとされている第 III 章の問題に回答できるとは考えなかった」⁶⁸。より具体的に言うと、合理的に予見可能な将来に不法滞在外国人をオーストラリアから退去強制することが可能になる現実的見込みがない場合、退去強制が現実的に可能になった時点で当該外国人がこれに応じられるようにするために当該外国人を収容することが必要であると合理的にみなすことはできない。

65 Al-Kateb v Godwin (2004) 219 CLR 562 at 584 [45], The Commonwealth v AJL20 (2021) 273 CLR 43 at 64 [25]で支持された。

66 (2004) 225 CLR 1 at 30-31 [71].

67 (2004) 219 CLR 562 at 650 [265]-[266].

68 (2004) 219 CLR 562 at 648 [256].

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

23.

憲法上の制約の表現

- 55 既に述べた理由から、オーストラリアの在留許可を得ることができなかった外国人について行政収容が憲法上許容される期間は、合理的に予見可能な将来に当該外国人をオーストラリアから退去強制することが可能になる現実的見込みがなくなった時点で終了するという表現が、Lim 判決の原理から直接導かれる。これは、合理的に実行可能な限り速やかに外国人をオーストラリアから退去強制するという強制可能な義務が存在する法制度の下で課される憲法上の制約を適切に表現したものである。
- 56 それでも、被告側及び一部の法廷助言者から提示された憲法上の制約の表現を却下しなければならない理由を説明する必要がある。
- 57 被告側は、主たる主張に対する予備的主張として、オーストラリアの在留許可を得ることができなかった外国人の行政収容が憲法上許容される期間は、当該外国人をオーストラリアから退去強制する現実的な見通しがなくなった時点で終了すると単純に表現するべきであると主張した。「実行可能性 (practicability)」や「合理的に予見可能な将来 (reasonably foreseeable future)」という概念は、無用な混乱を招くとされた。しかし、それは違う。これらは、憲法上の制約を現実に落とし込むために不可欠な概念である。
- 58 これと対極的に、Human Rights Law Centre 及び Kaldor Centre for International Refugee Law は、オーストラリアの在留許可を得ることができなかった外国人の行政収容が憲法上許容される期間は、合理的に予見可能な将来に当該外国人がオーストラリアから退去強制されない可能性の方が、そうされる可能性よりも高いと判断された時点で終了すると表現するべきであると主張した。退去強制の可能性が変動するのに伴い、憲法の作用が不安定になるという点はさておき、憲法上の制約をこのように表現することは、その根底にある憲法上の正当性を失わせる。上記の言葉で表現される制約の遵守を要求することは、単に、収容の非刑罰的な目的が実際に達成可能な目的であり続けるよう担保することを上回る要求になるだろう。また、単に、収容が退去強制という目的に必要なものと合理的にみなしうるものに制限されるよう担保することを上回る要求にもなるだろう。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

24.

憲法上の制約の適用

59 Al-Kateb 判決が再審理され破棄されるべきであるとすれば、被告は適切かつ重要な譲歩をしたことになる。原告が最初の立証責任（原告の収容は、当該収容に適用される憲法上の制約を逸脱したことを理由に適法性を失ったと考える理由があることを証明する責任）を果たしたことから、被告は、被告側が憲法上の制約を逸脱していない旨の立証責任を負うことを認めた。この譲歩は、併存する 2 つの基本原則を踏まえれば、正しいものであったと言える。1 つ目の原則は、人身保護令状を取得する際の伝統的手続に反映されているコモンロー上の原則であり、他者から身体拘束を受けている者が、当該身体拘束の適法性を問題にするのに十分な証拠を提出した場合、当該身体拘束の適法性を立証する立証責任が他方当事者に移るという原則である⁶⁹。2 つ目の原則は、憲法上の原則であり、「あらゆる憲法事件において、立法が憲法上の根拠を有するために存在していなければならないあらゆる立法事実について確信を抱くことは、当裁判所の義務である⁷⁰」という原則である。

60 したがって、移民法第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項が、原告の収容継続を認めるために有効に適用されたことを証明するには、被告側が、合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みがあったことを証明する必要があった。その証明には、個人の自由が争点となる民事手続に適した確信度による事実認定を行うのに十分な証明度が要求される。他方で、仮に証明度を「蓋然性の優越」とした場合、争われている事実（合理的に予見可能な将来において、原告をオーストラリアから退

69 Plaintiff M47/2018 v Minister for Home Affairs (2019) 265 CLR 285 at 299-300 [39]; McHugh v Minister for Immigration, Citizenship, Migrant Services and Multicultural Affairs (2020) 283 FCR 602 at 619-620 [60], 663 [273]; Sami v Minister for Home Affairs [2022] FCA 1513 at [36].

70 Australian Communist Party v The Commonwealth (1951) 83 CLR 1 at 222. Unions NSW v New South Wales (2019) 264 CLR 595 at 622 [67] and the cases there cited も参照。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

25.

去強制することが実行可能になる現実的見込みがあったという事実)の将来予測的・確率論的な性質により混乱が生じていた可能性がある⁷¹。

61 憲法上の制約の表現に含まれている退去強制の実行可能性 (practicability) 及び予見可能性 (foreseeability) という概念は、「退去強制にまつわる現実世界の困難」を考慮したものである⁷²。また、現実的見込み (real prospect) の証明には、単に可能性が排除されないこと以上の証明が必要となる。

62 特別事実記載書には、原告が内務省職員の情報提供要請に応じており、内務省のその他の調査にも協力していたという事実に関する両当事者の合意が記録されている。本件は、退去強制を実現させようとする内務省職員による一連の調査遂行を被収容者が頓挫させた事例ではない⁷³。また、被収容者の特殊事情を根拠に、内務省職員が一連の調査を進めなかった事案でもない⁷⁴。

63 また、特別事実記載書には、2023年5月30日(特別事実記載書の当初の書式が合意された日)時点で存在した2つの重要事実に関する両当事者の合意が記録されている。第1は、当時、原告をオーストラリアから退去強制することは不可能であったという事実である。第2は、当時、合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制する現実的見込みはなかったという事実である。

71 *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Wu Shan Liang* (1996) 185 CLR 259 at 282-283 を参照。Contra *Sami v Minister for Home Affairs* [2022] FCA 1513 at [157].

72 *WAIS v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2002] FCA 1625 at [59].

73 Compare *Plaintiff M47/2018 v Minister for Home Affairs* (2019) 265 CLR 285. At 297 [30]-[33], 301-302 [47] を参照。

74 *Plaintiff M76/2013 v Minister for Immigration, Multicultural Affairs and Citizenship* (2013) 251 CLR 322 と比較せよ。At 334-335 [4], 368 [135] を参照。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

26.

- 64 両当事者は、2023年5月30日以降に内務省職員が実施していた調査の意義を争っていた。これらの調査は、ある意味、特別事実記載書の審理時も継続中であつた。これらの調査は、審理で提出された宣誓供述書及び書証の主題にもなつた。
- 65 証拠によれば、内務省職員の最近の調査は、2023年8月29日に大臣が内務省に与えた指示を契機に開始された。この指示は、「ファイブ・アイズ」構成国（米国、英国、カナダ又はニュージーランド）のいずれかに原告を退去強制する可能性がないか、調査を行うというものであつた。この指示に従い、「ファイブアイズ」各国の政府関係者に、外交ルートを通じて速やかに照会が行われた。英国、カナダ及びニュージーランド政府関係者の各回答により、これらの国はいずれも原告を受け入れない意向であることがすぐに明確になつた。
- 66 しかし、在ワシントン・オーストラリア大使館を通じて米国国務省職員に照会を行ったところ、2023年9月30日に、米国国務省は原告の事案を「検討」し、「慎重に審査する」が、原告の犯罪歴の詳細が必要であり、また、米国国土安全保障省及び米国移民局との協議が必要であるとの回答が得られた。同職員は、米国が原告の案件の受入れを進める場合、国連難民高等弁務官又は在キャンベラ米国大使館を通じて案件を受理しなければならない可能性が高い旨、また、在タイ又在マレーシア大使館における原告の面接を求めることになる旨を伝えた。要求された原告の犯罪歴の詳細は、2023年10月6日に提供された。頻繁にフォローアップの連絡を行ったものの、米国国務省からは、2023年11月7日の特別事実記載書の審理開始時まで、さらなる実質的回答は得られず、翌日の審理終了の時点でも追加の実質的回答は得られなかつた。
- 67 2023年10月26日付の宣誓供述書において、内務省国際部の副次官補は、特定の個人の第三国への退去強制について米国に働きかけた例は、本件以外に2件しか認識していないこと、また、これらの打診はいずれも即座に拒否されたことを説明した。副次官補は、米国国務省が2023年9月30日に、原告の案件を「検討」し「慎重に審査する」と回答した点で、原告の案件は特殊であるという見解を示した。副次官補は、米国が原告の再定住を受入れる見込みを予測することや、原告について辿る可能性があるプロセス又は道筋を説明することは不可能であるとの意見を述べた。
- 68 原告代理人から提出された米国の法及び慣行に関する証拠によれば、原告の米国への受入れは、米国の複数の行政機関が、制定法に基づく複数の裁量

権（制定法上の禁止事項の放棄を伴う裁量権を含む。）を行使しない限り起こり得ないことが示されている。この証拠から、これらの裁量権が行使される見込み、又はこれらの裁量権が行使される期間について有意義な評価をすることはできなかった。

69 したがって、2023年11月8日の審理終了時における見解は、原告を米国に退去強制する可能性は残されていたものの、予見可能な将来に米国への退去強制が行われる見込みが現実的であったことは証拠で証明されていないというものであった。いずれの当事者も、それ以外の点について、審理終了時の見解が2023年5月30日に合意した見解から変わった旨の主張を行っていない。

70 事実に関する必要な結論は、審理終了の時点で、また2023年5月30日以降、合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みはなかったというものである。この結論によれば、189条1項及び第196条1項は、審理終了の時点で、また2023年5月30日以降、原告の収容継続を認めるために有効に適用されていなかったことになる。

無効が原告の自由に与える影響

71 2023年11月8日の審理終了時に、移民法第189条1項及び第196条1項が原告の収容継続を許可するために有効に適用されていなかった結果⁷⁵、被告側が原告の収容を継続する際に依拠した唯一の制定法上の根拠は失われ、原告はコモンローに基づく自由を得る権利を得た。

72 違法な収容からの解放を、オーストラリアに在留する権利の付与と同一視するべきではない。移民法に基づき上記権利が原告に付与されない限り、原告が198条に基づく退去強制を受けやすい立場にあることに変わりはない。人身保護令状を発令しても、合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みを生じさせる事実状態が生じた場合には、第189条1項及び第196条1項に基づく原告の再収容は妨げられない。また、人身保護令状の救済が与えられても、他の制定法

75 移民法第3A条。1901年法律解釈法（Acts Interpretation Act 1901 (Cth)）第15A条と比較せよ。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

28.

(例：身柄を解放した場合に、容認できない再犯の危険性を示す児童性犯罪者の予防的拘禁について規定する法律) に基づき原告が収容されることは妨げられない。

- 73 完全を期して付言すると、憲法上の制約に違反するものと認定された状況で原告の収容を認めるために適用された⁷⁶移民法第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項の無効性は、その他の状況において収容を認めるために適用される両条項の有効性に影響を及ぼすものではないという点については、両当事者間に争いがなかったことを記録すべきである。

留保された質問に対する正式な回答

- 74 以上の理由から、特別事実記載書の審理終結時に下された判決は、留保された回答に対し、次のとおり正式に回答した。

質問 1： 1958 年移民法 (Migration Act 1958 (Cth)) 第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項を適切に解釈した場合、2023 年 5 月 30 日時点における原告の収容は、両条項に基づき認められるか。

回答： 1958 年移民法第 3A 条に基づき、認められる。

質問 2： 認められる場合、上記の両条項は、原告に 2023 年 5 月 30 日時点で適用される限りにおいて、オーストラリア連邦の立法権を逸脱するものであるか。

回答： 逸脱するものである。

質問 3： 1958 年移民法第 189 条 1 項及び第 196 条 1 項を適切に解釈した場合、現時点における原告の収容は、両条項に基づき認められるか。

回答： 1958 年移民法第 3A 条に基づき、認められる。

76 移民法第 3A 条。

Gageler 首席裁判官
Gordon 裁判官
Edelman 裁判官
Steward 裁判官
Gleeson 裁判官
Jagot 裁判官
Beech-Jones 裁判官

29.

質問 4 : 認められる場合、上記の両条項は、原告に現時点で適用される限りにおいて、オーストラリア連邦の立法権を逸脱するものであるか。

回答 : 逸脱するものである。

質問 5 : 原告に救済が認められるべきであるとすれば、どのような救済か。

回答 : 以下の判決が行われるべきである。

(1) 合理的に予見可能な将来に原告をオーストラリアから退去強制することが実行可能になる現実的見込みが現在に至るまで存在しないことを理由に、以下を宣言する。

(a) 2023 年 5 月 30 日の時点で、原告の収容は違法であった。

(b) 原告の継続的収容は、2023 年 5 月 30 日から現在に至るまで違法である。

(2) 被告に原告の即時釈放を求める人身保護令状を発令する。

質問 6 : 再修正版の特別事実記載書の費用は誰が負担するべきか。

回答 : 被告らが負担するべきである。